

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



TEMMUZ -AĞUSTOS 2019

CİLT: 93 • SAYI: 2019/4 ISSN 1304-737X





İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



TEMMUZ - AĞUSTOS 2019
CİLT: 93 - SAYI: 2019/4 ISSN 1304-737X

*Dergide yayımlanan yazılar yazarların, kişisel görüşünü yansıtır.
Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir.*

*Yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
Yayımlanmayan yazılar için, gerekçe gösterme zorunluluğu
yoktur. Gönderilen yazılarda, Yayın Kurulu'nun saptadığı
yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.*

Dergi'de yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)

Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 130.00 TL'dir.

Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki

TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,

dekontun Derginin gönderileceği

adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.

Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 393 07 57

(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile
8.000 adet basılmıştır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayınlanır.

Sahibi

İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Mehmet DURAKOĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Cengiz YAKA

Yayıncıdan Sorumlu Yönetim Kurulu Üyeleri

Av. Nazan MOROĞLU
Av. Muazzez YILMAZ

YAYIN KURULU

Başkan

Av. İsmail GÖMLEKLİ

Genel Yazman

Av. A. Coşkun ONĞUN

Üyeler

Av. Osman KUNTMAN
Av. Yörük KABALAK
Av. Celal ÜLGEN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. Ali Turan HÜR
Av. Sevgi BARUTÇU
Av. M. Şeref KISACIK
Av. Çiğdem KORKMAZ
Av. Nihal AKYAZICI
Av. Hakan MURAN

Yönetim Yeri

İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.

Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60

dergi@istanbulbarosu.org.tr

www.istanbulbarosu.org.tr

Yayıncı Sertifika No: 12457

Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047 Ataşehir İSTANBUL
Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05

www.egebasim.com.tr

AĞUSTOS 2019



İÇERİK DİZİNİ

Yayın Kurulundan	9
Kefile Karşı veya Kefil Tarafından Açılan “Tasarrufun İptali Davaları”nda, ‘Borcun Doğum Tarihi’ Hangi Tarihtir?	
Av. Talih UYAR / Av. Cüneyt UYAR	15
Karar İncelemesi: Kötüniyetle Temyiz	
Dr. Öğr. Üyesi Okan GÜNDÜZ	38
Giordano Bruno Olayı	
Av. Yörük KABALAK.....	48
Borçlar ve Ceza Hukukunda Yer Alan Kusur Kavramlarına Genel Bir Bakış	
Av. Melih ŞEKER	51
Yapay Zeka, Robotlar, Hukuki Düzenlemeler	
Av. Burçak ÜNSAL	64
Tasarrufun İptali Davaları Zorunlu Arabuluculuk Kapsamında Değildir	
Av. Onur ÖREN	74
İmar Kanunu’nun 18. Maddesinin Genel Uygulaması	
Av. Umut GÜN	79
Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Borçlunun Temerrüdü	
Av. Gökçe Naz TANDOĞDU.....	94
Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Bağlı Değer Kaybı Hesaplanmasına Dair Ekte Yer Alan Formül Hakkında Değerlendirme Ve Kısaca Genelgenin Normlar Hiyerarşideki Yeri	
Stj. Av. Yunus Emre YAVUZTÜRK	112
İl Ve İlçelerde Kurulmuş Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının Her Biri Ayrı Bir İşyeri Ve Bağımsız İşverendir	
Av. Erol TÜRK.....	118
Türk Ceza Kanunu’nda Suç Gelirlerinin Aklanması Suçu	
Av. Maşallah MARAL	141
Gümrük Uyuşmazlıklarının İdari Çözüm Usulleri	
Av. Suphan OLCAY.....	145
Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergisel Yükümlülükler Bakımından Sorumluluğu	
Av. Baki GÜZGÜ	156

**Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği
Açısından Girişim Sermayesi Yatırımlarına İlişkin Sözleşmeler**

Dr. Gülşah YILMAZ..... 165

Yargıtay Kararları

Yargıtay İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı	189
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	191
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi	267
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi	275
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi	294
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi	306
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi	312
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi	313
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi	330
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi	389
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi	394
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi	401
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi	410
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi	420
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi	432
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi	434
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi	454
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi	458
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi	488
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi	506
Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları.....	512
Uygulamadan Dosya.....	523

Yararlı Bilgiler

Tablo ve Çizelgeler

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz	535
Nakiller	541
Ayrılmalar	542

Kavram Dizini

Kavram Dizini

YAYIN KURULU'NDAN



ADLİ TATİL

Anayasa Mahkemesi son dönemde Kamuoyunun gündemini meşgul eden konularda önemli kararlara imza atıyor. Yüksek Mahkeme son kararında ihraç edilen akademisyenlerin imzalandıkları bildiri sonrasında maruz kaldıkları işten atılma ve cezai yaptırımlar sonucunda hak ihlali ne uğradıklarına hükmetti.

Anlaşılan o ki Yüksek Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce özgürlüğünü düzenleyen maddesini, önüne gelen uyuşmazlığa uygulayarak Ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde mahkûm edilmesinin önüne geçmiş oldu ki zaten amaç da buydu.

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi Başkanlığının bireysel başvuru dosyalarındaki artış ve meydana gelen tıkanma konusundaki şikâyet ve isteklerinin gözetilmesi bu güzide Kurumun çalışmalarındaki niteliğin sürekliliği açısından önem arz ediyor.

Bu sayımızda da İmar Hukukundan tutun kefilin sorumluluğuna dair geniş bir yelpazeyi kapsayan hukuki içerikli uygulamaya yönelik yazılara yer veriyoruz.

Kararlarda da aynı çeşitlilik devam ediyor.

Meslektaşlarımızın da sürdürdükleri davalar veya karşılaştıkları ilginç ve önemli Yüksek

Mahkeme içtihatlarını bizimle paylaşmayı sürdürmelerini diliyoruz.

Bu konudaki iletilerin dergi@istanbulbarosu.org.tr adresine gönderilmesi yeterli.

Adli tatil süreci başladı.

Avukatların her zamanki gibi yorucu ve yoğun geçen bir adli süreci daha geride bıraktığını görüyoruz.

Mesleğimizi daha verimli ve nitelikli biçimde sürdürebilmemiz için dinlenceye de zaman ayırmamız yaşantımız adına önemli bir koşul. Çünkü asıl olan biziz asıl olan mesleğimiz.

Turgut Uyar'ın da dediği gibi, *"...biziz ne varsa kalan, biziz ne varsa gerçek, nerden baksan bir bütün hüznümüz nerden baksan sonunda o diri çiçek, ki hüznü bir mavilik duygusuna bozar gideriz biz, çünkü biliriz yulkularımız serin yaylalarda üreyecek, yağmurlar yağar o serin yaylalara, çünkü serin yaylalarda otlar büyüyecek..."*

Yeni adli yılda buluşmak umduyla...

Yayın Kurulundan



YAZILAR



KEFİLE KARŞI VEYA KEFİL TARAFINDAN AÇILAN “TASARRUFUN İPTALİ DAVALARI”NDA, ‘BORCUN DOĞUM TARİHİ’ HANGİ TARİHTİR?

Av. Talih UYAR / Av. Cüneyt UYAR¹

Bilindiği gibi; “bir tasarrufun İİK.m. 277 vd./TBK. m. 19’a göre ‘tasarrufun iptali davası’na konu olabilmesi için, davacı-alacaklının alacağı-nın doğumundan sonra yapılmış olmasının gerekip gerekmediği” konusundaki tartışmada, doktrindeki hakim (egemen) görüşe göre² «bir tasarrufun iptal edilebilmesi için, davacı-alacaklının alacağının, dava konusu yapılan bu tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. Borçlunun tasarrufta bulunurken, o tarihte (tasarruf tarihinde) mevcut olmayan bir alacak-lısına zarar vermesi mümkün değildir. Alacaklı, borçlu ile işlemde bulunurken -örneğin; ona borç verirken ya da ona bir taşınır ya da taşınmazını satarken işlem (tasarruf) tarihindeki durumunu dikkate alır. Borçlunun mâli durumu hakkında alacaklının gerekli araştırmayı yaparak, ona göre, borçlu ile işlemde bulunması gerekir. Tedbirl bir kişi gibi gerekli araştırmayı yapmayan kimse, bunun sonucuna katlanır... Başka bir deyişle, alacaklı, borçlunun tasarruf (işlem) tarihindeki mal varlığına güvenerek onunla işlem yaptığından, işlem tarihinden (borcun doğum tarihinden) önceki tasarruflar iptal davasına konu olamaz... Ayrıca; İİK. 277 vd. maddelerinin Millet Meclisi Adalet Encümeninde müzakeresi sırasına, ‘alacaklıların, muamelede bulunduğu sırada, borçlunun mâli durumunu bilmeleri gerekeceği’ belirtilerek, ‘borçlu veya müflisin, borçlu olmadığı bir zamandaki tasarrufunu muteber saymanın doğru olmayacağı’ belirtilmiştir...»

1 İzmir Barosu Avukatlarından

2 **SERKAYA, Ş. A./KUL, S.** Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s:156 vd. - **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, 1997. C: 4, s: 3417 vd - **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, 2013, s:1402 -**MUŞUL, T.** Tasarrufun İptali Davaları, 2015, s:95- **MUŞUL, T.** İcra ve İflas Hukuku, C:2, 6. Baskı, 2013 s: 1764 vd.- **MUŞUL, T.** Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar, 2006, C: 2, s: 887, 928 - **KOSTAKOĞLU, C.** Takip Hukukunda İptal Davaları (Ad. D. 1989/6, s: 21 vd; Yasa D. 1989/6, s: 1048 vd.) - **GÜNEREN, A.** Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, 2012, s: 419 vd.- **KALE, S.** Aciz Halindeki Borçlunun, Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Fiilleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK. mad. 279) (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, 2003 s: 193) - **KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E.** Tasarrufun İptali Davaları, 1998, s: 74 - **ŞİMŞEK, E.** İcra ve İflas Kanunu (Açıklamalar ve İçtihatlar), 1989, s: 863

Diğer bir görüşe göre³ ise «iptal davasının açılabilmesi için, alacaklinin alacağını iptale tâbi tasarruftan önce veya sonra doğmuş olması önemli değildir. Başka bir ifade ile, alacaklinin alacağı, iptali istenen tasarruftan sonra doğsa bile alacaklı, kendi alacağının doğumundan önce yapılmış olan tasarrufun iptalini isteyebilir. Özellikle günümüzde, borçluların önce malvarlığını boşaltıp, sonra borçlandıkları sıklıkla görülmektedir...»^{4 5}

Hemen belirtelim ki, İsviçre hukukunda “alacağın iptali istenen tasarruftan önce doğması” tasarrufun iptali davasının bir ‘ön şartı’ olarak öngörülmemiştir. Orada, alacağın ‘tasarrufun yapıldığı tarihten önce veya sonra doğması’na bir önem atfedilmemektedir.⁶

Bilindiği gibi; tasarrufun iptali davalarının amacı borçlunun henüz tasarruf yetkisinin kısıtlanmamış olduğu dönemde (yani; ‘haciz’den ve ‘iflas kararı’ndan önce) alacaklılarından mal kaçırmak kastı ile, kötü niyetli yapmış olduğu tasarrufları davacı-alacaklı bakımından hükümsüz sayarak, borçlunun malvarlığından uzaklaştırdığı (çıkardığı) dava konusu mal üzerinde, alacaklinin -sanki, bu mala halâ borçluya aitmiş gibi- cebri icra yolu ile alacağını elde etmesine -bu malın haciz ve satışı isteyerek- sağlamaktır.⁷

İptal davası sonucunda, borçlu ile işlemde bulunmuş olan, ‘iyi niyetli’ üçüncü kişilerin bu olaydan zarar görmemeleri sadece «kötü niyetli olan» ya da «kötü niyetli sayılan» üçüncü kişilerin bu davanın sonucundan etkilenmeleri amaçlanır.

Bu nedenle «borçlunun borçlanmadan önce yaptığı bütün tasarruflar hakkında tasarrufun iptali davası açılmaz» şeklinde ‘mutlak’ bir

- 3 **ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, T.S./HANAGASI, E.** İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, 2018, s:531-**ERDÖNMEZ, G.** Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2017, s:77- **ÜSTÜNDAĞ, S.** İflas Hukuku, 8. Baskı, 2009, s: 285 - **BERKİN, N.M.** İflâs Hukuku, 1972, 4. Bası, s: 499 - **BERKİN, N.M.** İflâs Hukuku Rehberi, 1980, s: 110 - **YILDIRIM, M. K.** İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, 1995, s: 139, 288 vd. - **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** Tasarrufun İptali Davaları, 5. Baskı, 2018, s:96; s:799 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** Tasarrufun İptali Davaları, 4. Baskı, C: 2, 2011, s: 1562 vd. - **ALTAY, S.** Türk İflas Hukuku, 2004, C: 1, s: 675 - **TOKTAŞ, M.** Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları, Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler, 2009, s: 59 - **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İİK. Şerhi, C: 3, 2014, s: 4340
- 4 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** age. C:2, s:1562 vd. - **UYAR, T.** İİK. Şerhi, C:11, 3. Baskı, 2010, s:18869 - **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İİK. Şerhi, C: 3, s: 4369 vd.
- 5 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** Tasarrufun İptali Davaları, 5. Baskı, s: 798 vd.
- 6 **ERDÖNMEZ, G.** age., s:71
- 7 Bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.,** Tasarrufun İptali Davaları, s:3 vd. - **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4306 vd.**

kural öngörülemez. Burada önemli olan 'iyi niyetli' üçüncü kişileri korumaktır. Böylece «herkesin iyi niyetle yapmış olduğu işlemlerin hiçbir zaman bozulamayacağı» konusunda bu kişilere güven verilmiş olunur. Buna karşın «borçlunun, borçlanmadan önce yaptığı hiçbir tasarruf hakkında iptal davası açılmaz» denilirse, borçluların kötü niyetle, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla önce mallarını yakınlarına, güvendiği kişilere -deyim yerinde ise- kaçırp, sonra borçlanma yoluna gitmeleri konusunda adeta borçlular teşvik edilmiş olurlar. Örneğin; bir bankadan kredi almak, başkasının satışa çıkardığı bir taşınmazı, aracı satın almak isteyen kötü niyetli bir kişi, önce sahip olduğu taşınmaz/taşınmaz mallarını bir yakınına (eşine/oğluna/kızına vb.) devreder (satar/bağışlar), sonra bankadan kredi kullanır (ya da; malını satan kişiden onun aracını, taşınmazını -ona bir senet vererek- satın alır). Ödeme günü geldiğinde borcunu ödemez, borçlandığı bankanın ya da alacaklının açacağı tasarrufun iptali davasında «dava konusu tasarrufunun borçlanmadan önce yapılmış olduğunu» ileri sürerek «hakkındaki davanın reddini» istemesi, 'dürüstlük kuralına' (MK. m. 2) uygun bir davranış sayılır mı? Bugün bilinçli olan borçlular -maalesef- **Yargıtay**'ımızın kanımızca hatalı olan bu konudaki içtihatlarına sığınarak bu yolu izlemekte (daha doğrusu, âdeta bu yolu izlemeye teşvik edilmekte)dirler. Bu nedenle **kanımızca**, borçlunun borçlanmadan önce -14.02.1951 T. 17/1 sayılı İct. Bir. K'da ifade edildiği gibi- "vakıa ve karinelerden olayda iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumu belirmiş olan kimsenin kötüniyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine gerek bulunmadığı" kuralı dikkate alınarak⁸, 'iyiniyet iddiası'nda bulunamayacak konumda bulunan yakınlarına (İİK.m.278/III-1; 280/I, II) yaptığı tasarruflar hakkında, tasarrufun iptali davası açılabilmesi konusunda herhangi bir tereddüt bulunmaması gerekir....

Yüksek mahkeme⁹ -öteden beri- "tasarrufun iptali davasının dinlenilmesi için, tasarrufun, takip konusu borçtan (borcun doğum tarihinden) sonra yapılmış olması gerektiği" görüşünde olmuştur.¹⁰

a) Uygulamada "bir kimsenin, ortağı ve temsilcisi/müdürü olduğu şirketin -icra takibine konu olmuş olan- borcuna kefil olması -ve bu borcunu ödememesi- halinde, alacaklı tarafından kefil hakkında açıl-

8 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** Tasarrufun İptali Davaları, s: 210

9 Bknz: 17. HD. 05.11.2018 T. 6517/10079; 09.10.2018 T. 9899/8826; 04.10.2018 T. 5240/8614; 11.09.2018 T. 2770/7624; 06.09.2018 T. 3873/7497; 08.05.2018 T. 18338/4714; 21.02.2018 T. 12253/1199; 19.02.2018 T. 8069/1094; 12.02.2018 T. 5920/863; 20.12.2017 T.8647/11899; 13.12.2017 T. 4280/11638; 07.12.2017 T. 10977/11385 (www.e-uyar.com)

10 Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** Tasarrufun İptali Davaları, s: 96 vd., 806 vd.

lacak tasarrufun iptali davasında **'kefilin borcunun doğum tarihi'nin 'kefil olduğu tarih' olmayıp, 'ortağı ve temsilcisi olduğu şirketin borçlandığı tarih' olduğu**" kabul edilmektedir. **Yüksek mahkeme** (Yargıtay 17. HD.); 07.04.2009 tarihin-den ve özellikle Hukuk Genel Kurulu'nun 13.10.2010 tarihinde -'muhalefet şerhi de ihtiva eden- (4) kararından sonra bu karar doğrultusunda kararlar vermektedir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin artık *süreklilik kazanmış olan* bu kararları aşağıda -tarih sırasına göre- uygulamadaki önemi nedeniyle sunulmuştur;

I- Davacı vekili "davalı borçlu Mehmet... 'in alacaklısından mal kaçır-mak amacıyla K ilçesi, İmaret Mahallesi, 4175 ada, 1 parsel ve 8 parselde adına kayıtlı taşınmaz hisselerini, 31.8.2005 tarihinde yeğeni davalı Y.. 'ye sattığını" belirterek "davalılar arasındaki tasarrufların öncelikle Borçlar Kanununun 18. maddesi gereğince muvazaa nedeniyle iptaline, bu talep kabul edilmezse İİK.nun 277 ve devamı maddeleri gereğince iptaline, cebri icra yetkisi tanınmasına, taşınmazların yargılama sırasında satılması halinde davalı Y..'ye karşı, davanın 'tazminat davası' olarak devam edilmesi hakkının saklı tutulmasına karar verilmesini" talep etmiştir.

Davalılar vekili "süre, aciz vesikasının varlığı, tasarruftan borçtan önce yapılmış olması nedeniyle dava şartlarının oluşmadığını, davalıların iyini-yetli olduğunu" belirterek "davanın reddini" savunmuştur.

Mahkemece "iddia, savunma, toplanan delillere göre *davalı Mehmet ..'in dava dışı şirket borçları nedeniyle şirket ortağı olarak şahsi so-rumluluğu bulunmadığı, tasarrufun, borçtan önce yapıldığı*" gerekçesi-yile "Borçlar Kanununun 18 ve İİK.nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılan tasarrufun iptali davasının reddine" karar verilmiş; hüküm, da-vacı ve davalı vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dava; İİK. 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış 'tasarrufun iptali' istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilmesi için, "*alacak-lının borçluda gerçek bir alacağının olması, borcun tasarruftan önce doğması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması ve borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması gerekli*"dir.

Somut olayda; **davalı Mehmet; davacı şirkete borçlu olan K... AŞ'nin kurucu ortağı ve yönetim kurulu üyesidir.**

Davalıların 17.11.2006 tarihli savunma dilekçesinden de anlaşıldığı üzere, **davalı Mehmet, ... ortağı olduğu borçlu K... AŞ'nin borcuna kar-şılık şirket hakkında yapılan icra takibi sırasında, şahsi çek ve senet vermiş, 23.11.2005 tarihli protokol ile şirket borcuna kefil olmuştur. O halde davalı Mehmet ... yönünden borcun doğum tarihinin, ortağı**

ve kefilî olduğu K... AŞ'nin borçlandığı tarih olarak kabulü gereklidir.

Davacı vekili "borcun 2005 yılı başlarında başlayan ticari ilişkiden doğduğunu" iddia etmiş, fatura ve cari hesap dökümlerini delil olarak bildirmiştir. O halde mahkemece, *borcun doğumuna ilişkin temel ilişki konusunda tarafların bildireceği delilleri toplamalı ve gerektiğinde şirket defteri üzerinde inceleme yaptırılarak borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğduğunun ispatlanması halinde, işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik incelemeye dayalı hüküm te-sisi doğru görülmemiştir.*

17. HD. 07.04.2009 T. E: 2008/4841, K: 2160(www.e-uyar.com)

II- Taraflar arasındaki "tasarrufun iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Karaman 1.Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 12.06.2008 gün ve 2006/379 E., 2008/165 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili ve davalılar M... E... ve Y... Ö... vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin 07.04.2009 gün ve 2008/4864 E., 2009/2161 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı vekili dava dilekçesinde, "davalı borçlu M... E... Ö... 'nun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla K. ilçesi, İ. Mahallesi, 4175 Ada, 5 parseldeki hissesini 31.8.2005 tarihinde, A... Mahallesi, 4181 Ada 5 parseldeki hissesini 19.8.2005 tarihinde yeğeni davalı Yunus'a, onun da aynı taşınmazları dava dışı şahıslara sattığını" belirterek, "fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 50.000.00.-YTL tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini" talep etmiş, 4.4.2008 tarihli ıslah dilekçesi ile de "toplam 144.800.00.-YTL tazminatın borçlanma tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalılardan tahsilini" istemiştir.

Davalılar vekili, "davanın süresinde açılmadığını, tarafları ve konusu aynı olan derdest iki dava daha bulunduğunu, aciz belgesi sunulmadığını, *borcun, tasarruf tarihinden sonra doğduğunu, dava dışı şirketin borcu nedeniyle müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini, davalıların iyiniyetli olduğunu; ayrıca, tazminatın sadece kötüniyetli üçüncü kişiden istenebileceğini*" belirterek "davanın reddini" savunmuştur.

Mahkemece "iddia, savunma, toplanan delillere göre özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan ve dava dışı K. AŞ'nin borcu nedeniyle şirket ortağı davalı M... E... Ö... 'ya müracaat edilemeyeceği, 19.8.2005 ve 31.8.2005 tarihli *tasarrufların 23.11.2005 tarihli borçlanmadan önce yapıldığı, borçlanmadan önce yapılan tasarrufların, muvazaa nedeniyle iptali için hukuki yarar ve ilgisinin olması gerektiği, davacı tarafından davalı borç-*

lunun temlik tarihinde ileride şahsen borçlanacağı öngörüşü ile alacaklıdan mal kaçırma inancı ile taşınmazları devrettiğinin kanıtlanamadığı” gerekçesiyle “davanın reddine” karar verilmiş; hüküm, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dava; İİK 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış *tasarrufun iptali* istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilmesi için; alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması, borcun tasarruftan önce doğması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması ve borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması gereklidir.

Somut olayda **davalı M... E... Ö....; davacı şirkete borçlu olan K... AŞ'nin kurucu ortağı ve yönetim kurulu üyesidir.** Davalıların 17.11.2006 tarihli savunma dilekçesinden de anlaşıldığı üzere; **davalı M... E... Ö....ortağı olduğu borçlu K... AŞ'nin borcuna karşılık şirket hakkında yapılan icra takibi sırasında şahsi çek ve senet vermiş, 23.11.2005 tarihli protokol ile şirket borcuna kefil olmuştur. O halde davalı M... E... Ö....yönünden borcun doğum tarihi, ortağı ve kefil olduğu K... AŞ'nin 'borçlandığı tarih' olarak kabul edilme-lidir.** Davacı vekili “borcun 2005 yılı başlarında başlayan ticari ilişkiden doğduğunu” iddia etmiş, fatura ve cari hesap dökümlerini delil olarak bildirmiştir. O halde mahkemece, *borcun doğumuna ilişkin temel ilişkisi konusunda tarafların bildireceği delilleri toplamalı ve gerektiğinde şirket defteri üzerinde inceleme yaptırılarak, borcun iptali istenen tasarruftan önce doğduğunun ispatlanması halinde, işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru görülmemiştir...*) gerekçesiyle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, *Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, bozma nedenine göre davalılar vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 13.10.2010 gününde, oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY:

Davacı, "davalılardan M... E... Ö....'nun, alacaklısından mal kaçırmak amacı ile üzerinde kayıtlı taşınmazı diğer davalıya sattığını, amacının, hakkında yapılan icra takibini sonuçsuz bırakmak olduğunu" iddia ederek "yapılan satışın muvazaa nedeniyle iptalini, olmazsa İ.İ.Y. 277 ve devam eden maddelerine göre tasarrufun iptalini" istemiştir. Mahkemece "davaya konu olan tasarrufun borç tarihinden önce olduğu" gerekçesi ile "davanın reddine" karar verilmiş, Özel Daire "davalının davacı şirkete borçlu olan dava dışı K... A.Ş. nin kurucu ortağı ve yönetim kurulu üyesi olduğunu, daha sonra bu şirket hakkında yapılan icra takibi nedeniyle şirketin borcuna kefil olduğunu, şirketin borcunun doğduğu tarihin, davacı vekilinin iddiasına göre 2005 yılı başları olup, **davalının da kefaletten dolayı sorumluluğunun asıl borcun doğum tarihinden başlayacağını**, bu nedenle asıl borcun doğduğu tarih araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi" gerekçesi ile H.G.K. da, yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

Aşağıda açıklanan nedenlerle bozma ilamına katılamıyorum:

Davacıya asıl borçlu olan dava dışı K... A.Ş. dir, bu şirket sermaye şirketi olduğundan, T.T.Y.nun 269/1 maddesine göre kendi mal varlığı ile sorumlu olup kurucu dahi olsa ortakların bir sorumluluğu söz konusu değildir. Bu durumda davacının sorumluluğunun şirket ortağı olmasından değil şirketin borcuna kefaletten doğduğunun kabulü gerekir. Zaten davalının borcunun kefaletten doğduğu hususu hem Özel Daire tarafından hem de H.G.K. tarafından kabul edilmektedir.

Kefilin sorumluluğunu kefalet hükümleri içerisinde değerlendirmek gerekir. Kefil olan kişi sadece kendi kefalet koşullarına göre alacaklıya karşı sorumludur ve borcu kefaletle birlikte doğar. Bilindiği gibi bir tasarrufun, İ.İ.Y.nun 277 ve devam eden maddelerine göre iptale konu olabilmesi için, bu tasarrufun, borcun doğumundan sonra yapılması gerekir. Bu borç, asıl borcun doğduğu tarih olmayıp, kefilin kefalet tarihinde doğan kendi borç tarihidir. Asıl borçlu borcunu icra takibine rağmen ödemediği gibi, kefil olan davalı da, kefaletten doğan borcunu yerine

getirmediğinden, hakkında icra takibi yapılmıştır. **Eğer kefil kendi kefaletinden sonra taşınmazını satmış olsa idi, o zaman tasarrufun iptali söz konusu olabilecek idi.** Bu nedenle kefilin borcunun başlangıcının, asıl borçlunun borcunun başladığı tarihe çekilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

Davalı kefil, asıl borçlunun borcuna kefil olurken, “davaya konu edilen mal varlığının da kefaletle dâhil olduğu” yolunda herhangi bir taahhütte bulunmamıştır. *Alacaklı da, onun kefil olduğu tarihteki mevcut durumu itibarı ile kefaletini kabul etmiştir.* Kaldı kefaletin, asıl borçlu hakkında başvuru yasal yolların yani icra takibinin semeresiz kalmasına neden olduğu, kefalet nedeni ile asıl borçlu hakkındaki takipten vazgeçildiği, bu nedenle zarara uğranıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir.

“Kefilin borcunun, asıl borcun doğduğu tarihe çekilmesi” uygulamada birçok sorunları da beraberinde getirecektir. *Örneğin beş, altı yıl süren bir icra takibinde, sonradan kefil olan kişinin, bu beş, altı yıl içerisinde yaptığı bütün tasarrufların iptali söz konusu olabilecektir.*

Sonuç olarak; *davalı kefilin borcunun, kendi kefaleti ile başladığı, kefaletten doğan borcun, asıl borç tarihine çekilemeyeceği, kefaletten önceki tasarruflarla ilgili olarak kötüniyet iddiasında bulunulamayacağından, yerel mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesindeyim.*

HGK. 13.10.2010 T. E: 17-401, K: 500 (www.e-uyar.com)

Aynı doğrultuda:

HGK. 13.10.2010 T. 17-399/498(www.e-uyar.com)

HGK. 13.10.2010 T. 17-400/499(www.e-uyar.com)

HGK. 13.10.2010 T. 17-398/497(www.e-uyar.com)

III- Taraflar arasındaki “tasarrufun iptali davası”nın yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı ‘davanın reddine’ dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

Davacı vekili, “D... Gıda Mad. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti. aleyhine başlatılan icra takibinde, *şirketin ortağı ve müdürü olan davalı Adem...>nun , 02/04/2010 tarihinde borca kefil olduğunu, borçlunun 01/07/2009 tarihinde İzmir İli Güzelyalı Mh. 2472 ada 50 parselde kayıtlı 1 no’lu bağımsız bölümü alacaklıyı zarara uğratmak amacıyla kızı olan diğer davalı Düriye...’e sattığını*” belirterek “tasarrufun İİK.nun 277 ve devamı maddeleri gereğince iptaline karar verilmesini” talep etmiştir.

Davalılar vekili, “aciz vesikasının bulunmadığını ve tasarrufun borçtan önce yapılmış olduğunu” belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, “borçlu Adem...’nın dava dışı şirket borçları nedeniyle koyduğu sermayesi oranında sorumlu olduğu, tasarrufun borçtan önce yapıldığı” gerekçesiyle “davanın reddine” karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava, İİK 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış ‘*tasarrufun iptali*’ istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenebilmesi için, alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması, borcun tasarruftan önce doğması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması ve borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması gereklidir.

Somut olayda *davalı Adem; davacıya borçlu olan D... Gıda Ltd. Şti. nin ortağı ve müdürüdür.* Davalı Adem, ortağı olduğu borçlu D... Şti.nin borcuna karşılık şirket hakkında yapılan icra takibi sırasında (02.04.2010 tarihinde) şirket borcuna kefil olmuştur. O halde davalı Adem... yönünden **borcun doğum tarihi, ‘kefil olduğu tarih’ değil, ‘ortağı ve kefil olduğu D... Şti.nin borçlandığı tarih’ olarak kabul edilmelidir.** Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.10.2010 gün ve 2010/17-401 E.-500 K. sayılı kararı da bu yöndedir.

“*Asıl borçlu D... Ltd. Şti.nin borcunun, takip dayanağı olan bononun, 02.12.2008 olan tanzim tarihinde doğduğu*” konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Dava konusu tasarruf ise 01.07.2009 tarihinde yapılmıştır.

O halde mahkemece, “borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğduğunun kabulü” ile işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

2- Diğer yandan tasarrufun iptali davalarında, 3. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü kişinin iyi niyetli olması halinde, İİK’nin 283/2 maddesi uyarınca ‘*üçüncü kişinin*’ malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması gerekir. Somut olayda, taşınmazın davalı 3. kişi Düriye tarafından elden çıkarıldığı hususu getirtilen kayıtlardan açıkça görülmektedir. Ne var ki mahkemece, davacıdan ‘4. kişi durumundaki dava dışı K...hakkındaki talebi’ sorulmamış, adı geçenin davaya dahil edilip edilmeyeceği belirlenmemiştir. İİK’nin 282. maddesi hükmüne göre davacının 4. kişiye karşı da iptal istemini yönelterek kötü niyetli 3.kişi olduğunu iddia ve ispat etmek hakkı bulunmaktadır. Bu durumda hukuki yararının olmadığı da

söylenemez.

Hal böyle olunca; davacıya, taşınmazın son maliki durumundaki dava dışı Kadri Özüt hakkındaki talebi açıklattırılmalı, davaya dahil etmesi durumunda anılan dördüncü kişinin delilleri toplanmalı, bu suretle toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Eksik inceleme ile hüküm kurulması usule aykırı olmuştur.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA...

17. HD. 01.04.2013 T. E:15317, K:4587(www.e-uyar.com)

IV- Esas ve birleştirilen davanın davacısı vekili, davalı borçlu M.Ç.'nin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla adına kayıtlı iki taşınmazı 13.2.2009 tarihinde kayınpederi davalı M.A.'na, M. A.'nın da bu taşınmazlardan birini 20.7.2009 tarihinde davalı M.S.'e sattığını belirterek davalılar arasındaki tasarrufların iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı borçlu M.Ç. vekili, "Bakırköy Mahkemelerinin yetkili olduğunu, iptali istenen tasarrufların takip konusu borçtan önce yapıldığını, müvekkili yönünden borcun 2.4.2009 tarihli protokol ile doğduğunu, aciz belgesi sunulmadığını" belirterek "davanın reddini" savunmuştur.

Davalı M.A. vekili, "Bakırköy Mahkemelerinin yetkili olduğunu, iptali istenen tasarrufların takip konusu borçtan önce yapıldığını, aciz belgesi sunulmadığını" belirterek "davanın reddini" savunmuştur.

Davalı M.S. savunma yapmamıştır.

Mahkemece "iddia, savunma, toplanan deliller ve bilirkişi raporu gereğince davacı ile davalı borçlu arasındaki ticari ilişkinin 2.4.2009 düzenleme tarihli bonoya davalı borçlunun kefaleti ile doğduğu, bu durumda iptali istenen tasarrufun borçtan önce yapıldığı" gerekçesiyle "esas ve birleşen davanın reddine" karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. *Bu tür davaların dinlenme koşullarından biri, mahkemenin de kabul ettiği gibi iptali istenen tasarrufun takip konusu borcun doğumundan sonra yapılmış olmasıdır.* Uygulamada alacak borç ilişkisi daha önce başlamasına karşın, alacak için düzenlenen bono çek gibi kıymetli evraka sonraki tarihlerin atıldığı sıklıkla görülmektedir. Bu nedenle davacı alacaklı, borcun doğumunun takip dayanağı bononun

düzenleme veya çekin keşide tarihinde önce gerçekleştiğini ileri sürerse, mahkemece alacaklıya bu konuda kanıt sunma olanağı verilmeli senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişki araştırılarak borcun gerçek doğum tarihi tespit edilmeli, dava koşullunun gerçekleşip gerçekleşmediği saptanmalıdır.

Somut olayda mahkemece “davacı ile davalı borçlu arasındaki ticari ilişkinin, 2.4.2009 düzenleme tarihli bonoya davalı borçlunun kefaleti ile doğduğu, bu durumda iptali istenen tasarrufun, borçtan önce yapıldığı” gerekçesiyle “davanın reddine” karar verilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun düşmemektedir.

Somut olayda davacı şirket, dava dışı B.M. Paz.ve Tic.Ltd.Şti ile B.M. San ve Tic.Ltd Şti.hakkında 1.8.2008-12.12.2009 tarihleri arasında düzenlenen dokuz adet senede dayalı olarak, 439.177, 00 TL asıl alacak olmak üzere 474. 410, 16 TL üzerinden İstanbul 3.İcra Müdürlüğünün 2009/11461 sayılı dosyası ile takip yapmıştır.

Davalı M.Ç., İstanbul 3 İcra Müdürlüğünün 2009/11461 sayılı takip dosyasından davacı şirkete borçlu olan B.M. San ve Tic.Ltd. Şti'nin kurucu ortağı ve temsilcisidir. Bu borcun ödenmemesi üzerine davacı şirketin yetkilileri H. D., şirket vekili Av. Ö. Ö. ile dava dışı B.M. Paz.ve Tic.Ltd.Şti.yetkilileri S.P., M. Ç. ile B.M. San ve Tic.Ltd yetkilileri S.Ç., M.Ç. arasında 2.4.2009 tarihli protokol düzenlenerek 2009/11461 sayılı takip dosyasındaki borcun ödenmesine yönelik olarak yeni ödeme planı yapılarak eldeki davanın konusunu oluşturan 2.4.2009 tanzim 6.4.2009 vadeli 264.000 TL meblağlı B.M. San ve Tic Ltd.Şti'nin borçlu, şirket yetkilileri Su. Ç. ve M.Ç.'nin kefil olduğu senet, düzenlenmiş anılan senet 2009/11611 sayılı dosya ile takibe konmuş ödenmemesi üzerine de eldeki dava açılmıştır.

Gerek dosyadaki mevcut deliller gerek davalı M.Ç. vekilinin savunma dilekçesi, gerek dosyada mevcut bilirkişi raporu içeriğinden anlaşıldığı üzere ; *davacı ile davalı M.Ç.'in ortağı ve temsilcisi olduğu B.M. San ve Tic.Ltd.Şti arasındaki ticari ilişkinin 5.1.2007 tarihinde başladığı, davalı M.Ç.'nin ortağı ve temsilcisi olduğu borçlu B.M. Tic.Ltd.Şti'nin borcuna karşılık şirket hakkında yapılan icra takibi sırasında 2009/11461 sayılı takip dosyası), 2.4.2009 tarihli protokol ile davalı M.Ç.'in ortağı ve temsilcisi olduğu şirket borcuna kefil olduğu, 2009/11611 sayılı takip dosyasına konu senedi kefil olarak imzaladığı anlaşıldığından davalı M.Ç. yönünden borcun doğum tarihinin, ortağı ve kefil olduğu B.M. San ve Tic, Ltd.Şti'nin borçlandığı tarih olarak kabulü gereklidir. Dosya kapsamından da bu tarihin bilirkişi raporuna göre, ticari ilişkinin başladığı*

5.1.2007, 2009/11461 sayılı takip dosyası yönünden ise 1.8.2008 tanzim tarihli senet olması nedeniyle 13.2.2009 ve 20.7.2009 tarihli dava konusu tasarrufların borcun doğumundan sonra yapıldığının kabulü ile davanın esas yönden incelenmesi, taraf delillerinin toplanması ve sonucuna göre, dava konusu tasarrufların İİK 277, 278, 279, 280 ve 283 maddeler gereğince iptale tabi olup olmadığı araştırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun olmayan gerekçeyle hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.(Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.10.2010 gün 2010/17-398 Esas 2010/497 Karar, 2010/17-399 Esas 2010/498 Karar, 2010/17-400 Esas 2010/499 Karar, 2010/17-401 Esas 2010/500 Karar sayılı ilamları aynı doğrultudadır.),

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazların kabulü ile hükmün BOZULMASINA peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 01.07.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

17. HD. 01.07.2014 T. E: 2013/2670, K: 10411(www.e-uyar.com)

Aynı doğrultuda:

HGK. 13.10.2010 T. 17-401/500(www.e-uyar.com)

HGK. 13.10.2010 T. 17-399/498(www.e-uyar.com)

HGK. 13.10.2010 T. 17-400/499(www.e-uyar.com)

HGK. 13.10.2010 T. 17-398/497(www.e-uyar.com)

V- Davacı alacaklı vekili, “davalı borçlu hakkında takip başlatıldığını, borçlunun alacağı karşılayacak mal varlığı bulunmadığı ve hakkındaki takipleri sonuçsuz bırakmak için dava konusu taşınmazı davalı Ferda’ya devrettiğini, bu tasarrufun iptaline karar verilmesini” istemiştir.

Mahkemece, “tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılması gerektiği, tasarrufun 23.03.3009 tarihinde yapıldığı, borcun 13.04.4009 tarihinde doğduğu, borçlunun ortağı olduğu dava dışı şirketin borçlarından sorumlu olmadığı”ndan bahisle “davanın reddine” karar verilmiş hüküm davacı alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK’nun 277 ve devamı maddelerine dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davasına ilişkindir.

Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan ön-ce doğması dava önkoşulu olup mahkemece resen araştırılmalıdır.

Somut olayda; **davalı borçlu Hasan T.'in, ortağı olduğu şirkete ait borç 23.01.2009 tarihinde doğmuş, şirket borcunu ödemeyince alacaklı aynı borcu yeniden yapılandırarak bu kez 13.04.2009 tarihinde, hem şirket yetkilisi hem de ortaklar şahsi olarak bono düzenleyerek alacaklıya vermiş ve bu bono da ödenmeyince dava konusu takip yapılmıştır.** Bu durumda davaya konu borç, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13/10/2010 tarihli ve 2010/17-398 E. - 497 K. sayılı ilamında da benzer şekilde kabul edildiği üzere *borç, 23.01.2009 tarihinde doğmuş olup*, bu tarihten sonraki borçlu tasarrufları için iptal davası açılması mümkündür.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak işin esasına girilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

17. HD. 31.03.2015 T. E: 2013/16833, K: 5185(www.e-uyar.com)

NOT: Kanımızca; kefilin borcu (sorumluluğu) kefaletle birlikte doğar. "*Kefilin borcunun doğum tarihi*"nin "*kefil olduğu dosya borcunun doğum tarihi*" olduğunu kabul etmek, uygulamada "işlem emniyeti"ni bozar. İyiniyetli üçüncü kişilerin, güvenle alışverişte bulunmalarına engel olur.

Kefilin sorumluluğunun, asıl borcun doğduğu tarihe çekilmesi, yıllarca süren bir icra takibinde, bu takibe kefil olan üçüncü kişinin, kefalet tarihinden önceki dört/beş yıl içinde yaptığı tüm tasarrufların iptaline neden olur. *Bu durum da, haklı olarak, bu süreçte kefil ile işlemde bulunmuş olan tüm kişileri rahatsız eder...*

b) Gerçek kişi veya tüzel kişi *borçlu hakkında yapılmış olan bir icra takibine, borçlunun yakını/ortağı/temsilcisi durumda bulunmayan bir kişinin kefil olması ve bu kefaletten kaynaklanan borcunu ödememesi halinde, kefilin bu borcu hangi tarihte doğmuş sayılır?* Dosya borcuna '*kefil olduğu tarihte*'mi yoksa '*dosya borcunun doğduğu tarihte*'mi? Takip alacaklısı, kefilin '*hangi tarihten sonra*' yapmış olduğu tasarruflar hakkında '*tasarrufun iptali davası*' açabilir?

Yüksek mahkemenin, bu konuya ışık tutan herhangi bir içtihadına rastlamadık...

Kanımızca, kefilin bu dosyaya kefaletten kaynaklanan borcunun, "*kefil olduğu tarihte*" doğmuş olduğunu kabul edip, eğer varsa bu tarihten sonra yapmış olduğu tasarrufları hakkında dosya alacaklısı tarafından '*tasarrufun iptali davası*' açabileceği kabul edilmeli, kefilin borcunun doğum tarihi, asıl dosya borcunun doğum tarihine çekilmemelidir.

c) Uygulamada ; borçlunun dosya borcuna kefil olan üçüncü kişinin, takip alacaklısına, asıl borçlunun borcunu ödemesinden sonra, alacaklının haklarına halef olup, asıl borçludan dosyaya ödediği parayı tahsil edememesi üzerine, asıl borçlunun yaptığı herhangi bir tasarruf hakkında “tasarrufun iptali davası” (İİK.m.277 vd. ;TBK.m. 19) açmak istemesi halinde, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi , *asıl borçlunun kefil olan kişinin borcunun doğum tarihinin “kefilin, borcu ödediği tarih” değil “asıl borçlunun takip alacaklısına olan borçlanma tarihi”* olduğunu -isabetli olarak- aşağıdaki şekilde -tarih sırasına göre- belirtmiştir:

I- Dava, İİK.nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan ‘tasarrufun iptali’ isteğine ilişkindir.

Mahkemece bozmaya uyulduktan sonra, yapılan araştırma ve inceleme sonucu verilen karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir. *Tasarrufun iptali davalarında kural olarak borcun tasarruf tarihinden önce doğmuş olması ge-rekir.*

Somut olayda, davacı vekili mahkemeye vermiş olduğu 08.04.2011 tarihli dilekçede ve duruşmadaki beyanında, “borçlu ile aralarındaki hukuki ilişkinin davalı Bülent A.’ın borçlu olarak, annesi Gülizar’ın ise kefil olarak imzaladığı ve *alacaklısı A. Yılmaz olan 05.11.2004 tanzim tarihli senet ile başladığını*, borçlu Bülent’in bu borcu ödememesi nedeniyle annesi hakkında icra takibi yapılmaması için *senet bedelinin kendisi tarafından ödendiğini*, buna karşılık kendisinin Bülent A.’dan icra takibine konu ettiği senedi aldığı” öne sürerek “borcun doğum tarihinin 05.11.2004 olduğunu” beyan etmiştir.

Davacı tarafından ibraz edilen senet sureti, olayların akışı ve tüm dosya kapsamından **borcun doğum tarihinin 05.11.2004. tasarruf tarihinin ise 02.03.2005 tarihi olduğunun kabulü gerektiğinden.** borcun tasarruf tarihinden önce doğduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece ‘borcun, tasarruf tarihinden önce doğduğu’nun kabulü ile davalı Selim’in borçlu davalı Bülent’in kardeşi olması nedeniyle, *İİK.nun 280/1-2 maddesi uyarınca davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu “davanın reddine” karar verilmesi doğru bulunmamıştır.*

SONUÇ: Yukarda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 5.4.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

II- Davacı vekili “davalı borçlu G. O.’ın alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla adına kayıtlı üç taşınmazı 26.3.2010 tarihinde kayınpederi davalı M. Ç.’a sattığını” belirterek “davalılar arasındaki tasarrufun iptaline karar verilmesini” talep etmiştir.

Davalı borçlu G. O. “bankadan kullandığı kredileri davalı kayınpederi M. Ç. ile birlikte harcadıklarını, kredi borçlarının çoğunu ödediğini, davalı Muzaffer’in, oğlunun baskısı ile kendisine ve eşine ait taşınmazları üzerine aldığını ve daha sonra da boşanmalarına neden olduğunu” belirterek takdiri mahkemeye bırakmıştır.

Davalı M. Ç. Vekili “aciz belgesi sunulmadığını, tasarrufların borçtan önce yapıldığını, borçludan iki taşınmaz aldıklarını, karşılığında borçlunun banka borçlarını ödediklerini, borçlunun banka borçları için yapılan ödemenin 510.066, 57 TL olduğunu, borçlu ile müvekkilinin kızının 4.5.2010 tarihinde boşandığını” belirterek “davanın reddini” savunmuştur.

Mahkemece “iddia, savunma, toplanan delillere göre, iptali istenen tasarrufların takip konusu alacaktan önce yapıldığı” gerekçesiyle “davanın reddine” karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK. 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış ‘tasarrufun iptali’ istemine ilişkindir. Bu tür davaların dinlenme koşullarından biri, mahkemece de belirlendiği gibi, “iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması”dır.

Somut olayda davacının alacağı, *davalı borçlu G. O.’ın Hayrabolu Yapı Kredi Bankasından kullandığı kredi borcuna davacının kefil olması ve davalı borçlunun borcu ödememesi nedeniyle, davacının kefil olarak yaptığı ödemelerden doğmaktadır.*

Mahkemece “davacı tarafından Yapı Kredi Bankası Hayrabolu Şubesine ödenen en eski tarihli makbuzun 20.12.2010 tarihi olduğu, iptali istenen tasarrufların ise 26.3.2010 tarihinde yapılmış olması nedeniyle, tasarruf tarihinde davacının henüz alacaklı olmadığı, gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun düşmemektedir. Hayrabolu İcra Müdürlüğü’nün 2010/749 sayılı takip dosyasından takip konusu alacağın davacının davalı G. O.’ın Yapı Kredi Bankasından kullandığı kredilerin kefilisi sıfatıyla 9.4.2010-21.5.2010 tarihleri arasında 3., 5., 6., 14., 16., 17., 18. taksit ödemelerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Dosya kapsamındaki kredi sözleşmelerinden de davalı borçlunun Y.. Kredi Bankası Hayrabolu Şubesinden kullandığı ta-

rihsiz 30.000, 00 TL ve net okunamamakla birlikte, 30.7.2007 tarihli 45.000, 00 TL'lik Limit artırımlı kredilere davacının kefil olduğu anlaşılmaktadır. **Kredi sözleşmelerinde borcun doğumu, hem asıl borçlu hem de kefiller açısından (gerek asıl borçluya, gerekse kefilin asile rücuu halinde) kredi sözleşme tarihinde doğacağından,** mahkemece, Y.. Kredi Bankası Hayrabolu şubesinden anılan kredi sözleşmelerinin tarihleri net olarak sorularak, *sözleşme tarihlerinin iptali istenen tasarruftan önce olduğu takdirde* davanın esasına girilerek, İİK. 278, 279 ve 280. maddeler gereğince dava konusu tasarrufların iptale tabi olup olmadığı değerlendirilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.

Kabule göre de; dava önkoşul yokluğu nedeniyle reddedildiğinden, AA-ÜT'nin 7.maddesi gereğince davalı M. Ç. lehine maktu vekalet ücreti takdiri gerekirken, nispi vekalet ücreti takdiri de doğru görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazların kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 01.11.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

17. HD. 01.11.2013 T. E:2013/8951, K:14923(www.e-uyar.com)

III- Dava, *İİK'nun 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan "tasarrufun iptali"* isteğine ilişkindir. Bu tür davalarda kural olarak "borcun doğum tarihinin tasarruf tarihinden önce olması" gerekmektedir. Mahkemece "borcun tasarruf tarihinden sonra doğması nedeniyle davanın reddine" karar verilmiş ise de verilen karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir.

Somut olayda davacı alacaklı Antalya 3. İcra Müdürlüğü'nün 2009/21548 ve Antalya 8. İcra Müdürlüğü'nün 2010/408 sayılı dosyası ile icra takibine girişmiş, takibin dayanağı olarak kefil olarak dava dışı bankaya yaptığı ödemeleri göstermiştir. *İptali istenilen tasarruf 28.01.2008 tarihidir. Davacı alacaklı ile borçlu davalı M.S.E. arasında ilk hukuki ilişki davacının borçlu davalının bankadan almış olduğu kredi nedeniyle kendisine kefil olduğu 20.10.2004 tarihinde başlamış olup bu kredi borcunun asıl borçlu tarafından ödenmemesi nedeniyle davacı tarafından ödenmiş olduğu, daha sonrada yapılan bu ödemeler nedeniyle borçlu davalı M.S. aleyhine icra takibine başlandığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Böylece davacının alacağı, dava dışı banka ile 2004 yılında imzalanan kredi sözleşmesi ile doğmuş olup, bu tarihten sonraki borçlu tasarrufları için iptal davası açılması mümkündür.* Bu durumda mahkemece "borcun tasarruf tarihinden önce doğmuş olduğu"nun

kabulü ile, işin esasına girilerek, tarafların delillerinin toplanması, ondan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar vermesi gerekirken, yazılı olduğu üzere davacının "davasının reddine" karar vermesi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ : Yukarda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, 1.100, 00 TL vekalet ücretinin davalılardan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davacıya verilmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 4.3.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

17. HD. 04.03.2014 T. E: 2013/2152, K: 2964(www.e-uyar.com)

IV-Taraflar arasındaki "*tasarrufun iptali*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Akhisar 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 27.04.2012 gün ve 2012/97 Esas 2012/223 Karar sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 10.06.2013 gün 2012/9203 E., 2013/8718 K sayılı ilamı ile;

(...Davacı İsmail vekili, davalı borçlu Rüstem aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunamadığını, ileri sürerek "borçlunun, dava konusu taşınmazını davalı yeğeni Eyüp'e satışına ilişkin tasarrufun iptalini" talep etmiştir.

Davalılar "davanın reddini" savunmuştur.

Mahkemece, "taşınmazın satış tarihinin borcun doğum tarihinden önce olduğu" gerekçesi ile "davanın reddine" karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için borcun, iptali istenen tasarruftan önce doğması dava önkoşulu olup, mahkemece res'en araştırılmalıdır. Dava koşulu gerçekleşmediği takdirde, *işin esası hakkında hüküm kurulamaz. Somut olayda davalı borçlu Rüstem için davaya konu borç, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13/10/2010 tarihli ve 2010/17-398 Esas ve 2010/497 Karar numaralı ilamında da benzer şekilde kabul edildiği üzere, dava dışı banka ile imzalanan kredi sözleşmesi ile doğmuş olup, bu tarihten sonraki borçlu tasarrufları için iptal davası açılması mümkündür. Hal böyle olunca "davacının kredi sözleşmesinin kefil olması ve borçlu yerine ödemeyi, tasarruf tarihinden sonra gerçekleştirmiş olduğu" gerekçesi ile "davanın reddi" isabetli değildir...)* gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili “*davacının, davalı ve kardeşinin bankadan aldığı kredi-ye kefil olduğunu, kredi borcunun ödenmemesi üzerine bankanın davacı -kefil hakkında icra takibi başlattığını, davacının alacaklı - bankaya 31.3.2011 tarihinde kredi borcunu ödeyerek davalı-asıl borçlu hakkında icra takibi başlattığını, takibin kesinleştiğini, haciz için gidildiğinde haczi kabil mal bulunmadığını, yaptığı araştırmada davalı Rüstem’in 193 parselde kayıtlı taşınmazdaki hissesini abisinin oğlu olan diğer davalı E. K.’e devrettiğini öğrendiğini, İİK 280. maddenin 2. fıkrasına göre tasarrufun alacaklılara zarar verme kastıyla yapıldığının açık olduğunu, aynı yasanın 277 ve devam maddeleri gereği bu tasarrufun iptali gerektiğini*” belirterek “*davalılar arasındaki işlemin iptaline karar verilmesini*” istemiştir.

Davalı R. K.; “mal kaçırma kastının olmadığını, tasarrufun borcun doğmasından çok önce olduğunu” belirterek “davanın reddini” savunmuştur.

Davalı E. K. ; davacı ile davalı Rüstem arasındaki iç ilişkiyi bilmediğini, satışın bu işlemde çok önce gerçekleştiğini ve gerçek bir satış olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece; “Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için *iptali istenen tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılması gerekir*. Bu husus dava şartı olup mahkemece resen dikkate alınmalıdır. Davalı Rüstem taşınmazını 12/01/2010 tarihinde diğer davalı Eyüp’e satmıştır. Davacı İsmail davalı Rüstem’in bankadan almış olduğu kredi borcunu kefil olarak 31/03/2011 tarihinde ödemiştir. BK.nın 496. maddesine göre *kefil eda ettiği şey nisbetinde alacaklının haklarında ona halef olur*. Kefil ödeme yapmakla, yapmış olduğu ödemeyi asıl borçludan talep edebileceğinden, davacı İsmail ile davalı Rüstem arasındaki borcun doğum tarihi ödeme tarihi olan 31/03/2011’dir. İptali istenen tasarrufun yapıldığı tarih ise 12/01/2010’dur. Bu hali ile iptali istenen tasarruf borcun doğumundan önce yapılmıştır” gerekçesiyle “davanın reddine” karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece; "...kefilin alacaklının haklarına halefiyeti alacaklının hakları tatmin edildiği anda doğar. Kefilin ödeme yapması ile ilk alacak başka bir alacağa dönüşür ve alacaklının hakkından bağımsız olan yeni bir hak meydana gelir.

Kefilin bütünü ile alacaklının yerine geçtiği kabul edilirse halef mevcut bir hakkı devralmış olacak ve bu suretle o borca ilişkin olarak işlemekte olan zamanaşımı ile bağlı olacaktır. Ancak kefilin nezdinde bağımsız bir hak doğduğu kabul edilirse, kefilin rücu talebinin tabi olduğu zamanaşımı, borçlunun kefil olan ödeme borcunun muaccel hale gelmesinden itibaren başlayacaktır. Her ne kadar Borçlar Kanunu'nda rücu halinde zamanaşımı başlangıç tarihine ilişkin bir düzenleme yoksa da, Yargıtay'ca *alacaklının tatmininden itibaren zamanaşımının başlayacağı kabul edilmektedir*. Yine İsviçre Borçlar Kanunu'nda açıkça kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımının *alacaklıyı tatmin ettiği anda başlayacağı* belirtilmiştir. Zamanaşımı konusundaki Yargıtay'ın bu uygulaması da *kefilin alacağının, ödeme yaptığı tarihte doğduğunu göstermektedir.*" gerekçeyle direnme kararı verilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, kefil tarafından açılan tasarrufun iptali davasında dava önkoşulu olan tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması koşulu değerlendirilirken borcun doğum tarihi olarak kefil tarafından borcun ödendiği tarihin mi yoksa asıl borçlanma (kredi sözleşmesi) tarihinin mi esas alınacağı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere tasarrufun iptali davası, borçlu tarafından alacaklısını zarara uğratmak kastıyla gerçekleştirilen tasarruftan zarar gören alacaklının, borçlunun mal varlığından çıkarmış olduğu, mal ve hakların veya bunların yerine geçen kıymetlerin, tekrar borçlunun mal varlığına geçmesini sağlamak ve bu yolla alacağını elde etmek amacıyla ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 277. maddesine dayalı olarak açtığı davadır.

Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması, borcun tasarruftan önce doğması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması ve borçlu hakkında alınmış aciz belgesinin bulunması gereklidir.

Nitekim, tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından biri olan "*borcun tasarruftan önce doğması*" koşulu yönünden bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. *Uyuşmazlığın çözümünde, kefilin ödeme yaptığı tarihin 'borcun doğum tarihi' olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.*

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Kefilin hakları" başlıklı 496. maddesinde kefilin eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında ona halef olacağı öngörülmüş; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Kefilin rücu hakkı" başlıklı 596. maddesinde de 'kefilin alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacağı' düzenlenmiştir.

Buna göre somut olaya dönüldüğünde dava dışı alacaklı-Denizbank ile borçlu - davalı R. K. arasında imzalanan 10000 TL kredi verilmesine ilişkin sözleşmenin 15.06.2009 tarihinde imzalandığı, davacı İ. Ş.' in sözleşmeyi müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzaladığı görülmektedir. Davacı-kefil borcu 31.3.2011 tarihinde ödeyerek davalı Rüstem'in diğer davalı Eyüp'e 12.01.2010 tarihinde satış suretiyle devrettiği taşınmazdaki hisse yönünden eldeki davayı açmıştır. Buna göre, *davacı-kefil, ödeme yaptığı 31.03.2011 tarihinde alacaklı - bankanın haklarında ona halef olmuştur. Tasarrufun iptali istemi de, alacaklının haklarındanadır. Bu durumda kefil yönünden borcun doğum tarihinin, asıl borcun doğduğu; diğer bir ifade ile kefil olduğu kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihin, borcun doğum tarihi olarak kabul edilmesi gerekir.*

Uyuşmazlığa konu olayda davacı - kefilin ödeme yaptığı kredi borcunun doğum tarihi 15.06.2009, iptali istenen tasarruf tarihi 12.01.2010 olduğuna göre dava ön koşulu gerçekleşmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13/10/2010 tarihli ve 2010/17-398 Esas ve 2010/497 Karar numaralı ilamında da aynı ilke benimsenmiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, yanılığın gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine 16.09.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

HGK. 16.09.2015 T. E: 2013/17-2350, K: 1759(www.e-uyar.com)

Aynı doğrultuda:

HGK. 13.10.2010 T. 17-398/497(www.e-uyar.com)

V- Davacı vekili dava dilekçesinde; "davacının davalı H... aleyhine Kumluca İcra Müdürlüğünün 2012/1773 sayılı dosyası ile takip başlattığını, takibe gidildiğinde haczi kabil mallara rastlanılmadığını, bu durumun aciz vesikası niteliğinde olduğunu, takipten kısa bir süre önce borçlunun

Kumluca Beşikçi köyü 154 ada 54 parsel sayılı taşınmazını diğer davalı ve torunu olan L..'ya temlik ettiğini, bundan başka haczi kabil malının bulunmadığını "beyan ederek "davalılar arasında muvazaalı olarak yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesini" talep ve dava etmiştir.

Davalı Levent vekilinin cevap dilekçesinde; "müvekkilinin 20/08/2010 tarihinde bedeli karşılığında dava konusu taşınmazı satın aldığını, ilamsız takip tarihinin 02/07/2012 tarihli olduğunu, takibe konu ödeme dekontunun da 28/10/2011 tarihli olduğunu, taşınmazın borcun doğumundan önce tasarruf edildiğini, bu nedenle davanın ön şart yokluğundan reddedilmesi gerektiğini, bu olmasa bile borçlu H... aleyhine aynı gayrimenkul ile ilgili Kumluca İcra Müdürlüğü'nün 2009/3598 sayılı dosyasında takip başlatıldığını, müvekkilinin annesi A... aracılığıyla bu takip dosyası için Ziraat Bankasına 80.000, 00 TL ödeme yaptığını, taşınmazdaki ipoteği kaldırttığını, haricen H...'ye 125.000, 00 TL ödeme yaptığını, taşınmazı gerçekten satın aldığını" belirterek "davanın reddine" karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, "davacı İ... 'ın, davalı H... 'nin 31/03/2008 tarihinde çekmiş olduğu krediye kefil sıfatı ile imza attığı, bu sözleşme ile H... 'nin asıl borçlu ve İ... 'ın kefil olarakBankasına borçlandığı, bu tarihte H... 'nin İ... 'a borçlu olmadığı, dava konusu tasarrufun 20/08/2010 tarihinde yapıldığı, icra takibine dayanak ödeme belgesinin ise 28/10/2011 tarihli olmasına göre ve borca yeter malın haczinin yapılmadığı ve aciz durumuna düştüğünün de ispatlanmadığı" gerekçesi ile "davanın reddine" karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK 277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. İcra ve İflas Kanununun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun haciz ya da iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da "iyiniyet kurallarına aykırılık" nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamlı alacağın tahsilini sağlamaktır.

Bu tür davaların dinlenebilmesi için, davacının borçludaki alacağının gerçek olması, borçlu hakkındaki icra takibinin kesinleşmiş olması, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapılmış olması ve borçlu hakkında alınmış kesin veya geçici aciz belgesinin (İİK.nun 277 md) bulunması ve davanın beş yıllık hakdüşürücü süre içinde açılmış olması gerekir. Bu ön koşulların bulunması halinde ise İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal şartlarının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Özellikle İİK.nun 278.maddesinde akdin yapıldığı sırada kendi verdi-

ği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği ve yasanın bağışlama hükmünde olarak iptale tâbi tuttuğu tasarrufların iptali gerektiğinden mahkemece ivazlar arasında fark bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Aynı maddede sayılan akrabalık derecesi vs. araştırılmaldır. Keza İİK.nun 280.maddesinde malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve zarar verme kastının işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde tasarrufun iptal edileceği hususu düzenlendiğinden yapılan işlemde mal kaçırma kastı irdelenmelidir. Öte yandan İİK.nun 279. maddesinde de iptal nedenleri sayılmış olup bu maddede yazılan iptal nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği de takdir olunmalıdır. Somut olayda davalı borçlu aleyhine Kumluca İcra Müdürlüğü'nün 2012/1773 sayılı dosya ile icra takibi başlatıldığı takibin kesinleştiği anlaşılmış, mahkemece “dava konusu taşınmazın devir tarihinin 20.08.2010 olduğu, krediden kaynaklı kefalet borcunun ise 28.10.2011 tarihinde ödendiği, tasarruf tarihinin borcun doğum tarihinden önce olması ve dosyada davalı borçlunun aciz haline düştüğünün ispat edilememesi” gerekçesi ile “davanın reddine” karar verilmişse de varılan sonuç dosya kapsamına uygun düşmemektedir.

1-Davacı alacaklı İ...’ın, davalı borçlunun bankadan kullanmış olduğu kredi sözleşmesine müştereken ve müteselsilen kefil sıfatı ile imza attığı, davalı borçlunun kredi borcunu ödememesi sebebi ile **kefil olarak 28.10.2011 tarihinde kredi borcunu ödediği, BK m. 496 uyarınca, ‘kefil ifada bulunduğu tutar oranında alacaklının haklarına halef olur’** hükmüne göre davalı borçlunun 20.08.2010 tarihinde adına kayıtlı gayrimenkulü davalı 3. kişi olan L...ya mal kaçırma gayesi ile devretmesi sebebi ile işbu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanununun 487. maddesi “Kefil, borçlu ile beraber müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile veya bu gibi diğer bir sıfatla borcun ifasını deruhde etmiş ise alacaklı asıl borçluya müraعات ve rehinleri nakde tahvil ettirmeden evvel kefil aleyhinde takibat icra edebilir. Bu babın hükümleri, bu nevi kefalet de tatbik olunur” hükmüne haizdir. Kural olarak kefalet borcu asıl borç ile birlikte muaccel olmaktadır.

Bu durumda **davacı alacaklının kefaletten kaynaklı alacağının doğum tarihi, genel kredi sözleşmesinin imzalandığı tarih olan 31.03.2008 tarihi olmasına göre; davacı ile davalı borçlu arasındaki borç ilişkisinin başlangıcının dava konusu tasarruf tarihinden önceye dayandığı anla-**

şılmaktadır. Mahkemece bu husus gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

2-Mahkemece “davalı borçlunun aciz halinin olup olmadığı” hususunda araştırma inceleme yeterli değildir. Davanın dayanağı olan Kumluca İcra Müdürlüğü'nün 2012/17773 sayılı icra dosyası incelendiğinde ve davacı tarafından dosyaya ibraz edilen 07.11.2012 tarihli haczi tutanağında “borçlunun haczi kabil malı bulunmadığı” belirtilmiştir. Bu hali ile haciz tutanağı İİK 105 maddesi hükmüne göre geçici aciz belgesi niteliğindedir. Ancak borçlu adına kayıtlı plakalı araç kaydı olduğu anlaşılmaktadır. Aracın kıymet taktiri yaptırılarak, borca yeter kıymette olup olmadığı belirlenerek, sonucunda borçlunun aciz halinin değerlendirilmesi gerekirken, aracın kıymeti belirlenmeksizin yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) ve (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 23.05.2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

17. HD. 23.05.2018 T. E: 2016/115, K: 5391(www.e-uyar.com)

KARAR İNCELEMESİ

KÖTÜNİYETLE TEMYİZ

Dr. Öğr. Üyesi Okan GÜNDÜZ¹

T.C.YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

TÜRK MİLLETİ ADINA

YARGITAY İLAMI

ESAS NO : 2018/16021

KARAR NO : 2018/14096

Yukarıda tarih ve numarası yazılı Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın müddeti içinde temyizden tetkiki davacılar tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Hüseyin Arıkan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü;

26.04.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanuna paralel olarak, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümlerinde değişiklik yaparak istinaf ve temyiz ile ilgili hükümleri yeniden düzenleyen 18.03.2005 tarih ve 5311 sayılı Kanun ile İcra İflas Kanunu'na eklenen geçici 7. Maddeye göre, 5311 sayılı Kanun hükümleri Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başladığı 20.07.2016 tarihinden sonra verilen kararlar hakkında uygulanır.

Somut olayda, davacıların icra mahkemesine başvurduğu, İstanbul Anadolu 16. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 12.02.2018 tarih ve 2018/118 E. – 2018/174 K. Sayılı kararı ile davanın reddine karar verildiği, davacıları tarafından, davanın reddine dair ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurulduğu, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk

¹ İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Dairesi'nin 29.06.2018 tarih ve 2018/990 E. – 2018/1666 K. Sayılı kararı ile istinaf başvurusunun İİK'nun 365/3. Maddesi gereği reddedildiği, bu kararın temyiz edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesinde temyiz talebinin de reddine karar verildiği, bu kez son kararın temyiz konusu yapıldığı anlaşılmaktadır.

02.03.2005 tarih ve 5311 sayılı Kanun'un 24. Maddesi ile değişik 2004 sayılı İİK'nun 363/1. Maddesi ile aynı Kanunun bazı maddelerinde (m. 134/4, m. 97/5, m. 36/5 gibi), istinaf yoluna başvurulmayacak icra mahkemesi kararları sayılmıştır.

Borçluların icra mahkemesine başvurması, İİK'nun 106-110 maddeleri gereğince süresinde satış istenmemesi nedeni ile haczin kaldırılmasına ve satış kararının iptaline ilişkin olup, borçlunun şikayeti hakkında ilk derece mahkemesince verilen karar konu itibariyle kesin nitelikte olduğundan, İİK'nun 365/3 maddesi gereğince istinaf isteminin reddi kararı doğru olup, anılan Bölge Adliye Mahkemesinin temyiz talebinin reddine ilişkin son kararının onanması gerekmiştir.

SONUÇ : 1- Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararında yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun Bölge Adliye Mahkemesi'nin temyiz talebinin reddine dair son kararının 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 370. Maddeleri uyarınca **(ONANMASINA)**

2- Bölge Adliye Mahkemesi kararının temyiz kabiliyetinin bulunmadığı ve temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşıldığından HMK'nun 368. Maddesi yollamasıyla aynı kanunun 329. Maddesi uyarınca temyiz eden davacılar vekilinin takdiren 3.000, 00.-TL disiplin para cezası ile **CEZALANDIRILMASINA**, alınması gereken 35, 90 temyiz harcından, evvelce alınan harç varsa mahsubu ile eksik temyiz edenden tahsiline, **24.12.2018** gününde oy birliğiyle karar verildi.

KARAR İNCELEMESİ:

I. KARARA KONU OLAN KANUN MADDELERİ:

Kararla ilgili olan kanun maddeleri, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 368 ve 329. maddeleridir:

Kötüniyetle temyiz

MADDE 368- (1) Temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa Yargıtayca 329 uncu madde hükümleri uygulanır.

Kötüniyetle veya haksız dava açılmasının sonuçları

MADDE 329- (1) Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâl-

de dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması hâlinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur.

(2) Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır.

II. KARARA KONU OLAY:

Dava konusu olayda, davacıların, icra mahkemesine haczin kaldırılması ve satışın iptal edilmesi istemiyle şikâyet yoluna başvurduğu, İcra Hukuk Mahkemesince davanın reddine karar verildiği, davacılar tarafından, davanın reddine dair ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurulduğu, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun, ilk derece mahkemesi kararının İcra ve İflas Kanununun 365/3 maddesi uyarınca reddedildiği, bu kararın temyiz edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesinde temyiz talebinin de reddine karar verildiği, bunun üzerine temyiz başvurusunun reddine dair kararın temyiz konusu yapıldığı görülmektedir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesince, borçlunun şikâyeti hakkında ilk derece mahkemesince verilen karar konu itibarıyla kesin nitelikte olduğundan, Bölge Adliye Mahkemesinin temyiz talebinin reddine ilişkin son kararının onanması yoluna gidilmiş, aynı zamanda Bölge Adliye Mahkemesi kararının temyiz kabiliyetinin bulunmaması ve temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığının anlaşılması nedeniyle HMK'nun 368. maddesi yollamasıyla aynı kanununun 329. maddesi uyarınca temyiz eden davacılar vekilinin takdiren 3.000, 00.-TL disiplin para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

III. KÖTÜNİYETLE TEMYİZ:

A. Hükmün Getiriliş Amacı:

HMK m. 329'un gerekçesine bakıldığında; *“Kötü niyetli kişileri caydırıcı bir hükmün zaruri olması sebebiyle bu kişiler aleyhine, karşı tarafın vekalet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûmiyet kararının verilmesi öngörülmüştür. İkinci fıkrada ise kötü niyetli davalı veya hakkı olmadığı hâlde dava açan tarafın adli teşkilatı kötü niyetle meşgul etmesi, ayrıca disiplin para cezası ile cezalandırılmıştır”* şeklinde bir gerekçeye yer verildiği görülmektedir.

Söz konusu hüküm ile taraf ve vekil açısından kanun yollarına başvuru hakkının kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Adli teşkilatın kötüniyetle

meşgul edilmesi nedeniyle maddede sözü edilen disiplin para cezası yaptırımını uygulanacaktır. HMK m. 329'un gerekçesinden, özellikle kanun yoluna başvurulması açısından taraf ve vekilin mahkemeye karşı bir yükümlülüğünün bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar, hükmün gerekçesinde sadece kötünietli dava açılmasına yönelik bir açıklamaya yer verilmiş ise de, HMK m. 368, uygulanacak yaptırım açısından HMK m. 329'a atfı yapmakta olduğundan, mahkemeyi meşgul etmeme şeklinde öngörülen ve taraf ve vekiline yüklenen yükümlülüğün temyiz hakkını da kapsayacağını kabul etmek doğru olur. İncelememize konu olan olay, yargılamada dürüstlük kuralına uygun davranılması yükümlülüğü ve usuli hakların kötüye kullanılmaması ile ilgilidir.

B. Yargılama Dürüstlük Kuralı:

Dürüstlük ilkesinin (genel kuralının) medeni usul hukukunda, daha somut bir deyişle hukuk davasında uygulanması konusu, eskiden beri hukukçuların özellikle usul hukukçularının ilgisini çekmiştir. Yargıtay kararlarında da bu kurala sık sık yollama yapıldığı ve re'sen uygulanması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. HMK m. 29'da tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmaları gerektiğine açıkça yer verilmiştir.

Dürüstlük kuralına aykırı olan usuli işlemlerin hakim tarafından dikkate alınmaması (yok sayılması) mümkün değildir. Fakat, usulüne uygun yapılmış olsa bile bu işlemler hakim tarafından hukuki sonuç doğurmadıkları veya dinlenebilir olmadıkları gerekçesiyle reddedilmelidir. Özellikle, tarafın usul işlemini, sırf davayı geciktirmek (uzatmak) amacıyla yaptığının anlaşılması halinde, bu usul işleminin reddine karar verilmelidir. Yargılamada dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde hareket etme yükümlülüğü altındaki tarafların, bu yükümlülüğe aykırı düşen işlemlerinin hukuki sonuç doğurmasına izin verilemez. Çünkü, haklar ve usuli yetkiler iyiniyetle kullanıldığı takdirde hukuki sonuç doğururlar². Dürüstlük kuralının uygulanması şu somut durumlarda görülebilir: a) yetkili mahkemenin belirlenmesinde, b) hakimin reddi sebebi yaratılmak istenmesinde, c) iddia ve savunma hakkının kullanılmasında, d) ispat yükünün belirlenmesinde, e) davanın ıslahında, f) kanun yollarına başvurmada.

Davanın açılmasında, davaya cevap verilmesinde, başlangıcından sonuna kadar yargılamanın yürütülmesinde tarafların iyiniyetli davranmaları gereklidir. Burada en azından tarafların yargı organlarına yönelttikleri taleplerinde hukuki yararının bulunması gerektiği unutulmamalıdır. Bu çerçevede, sadece dava açarken ve savunma yaparken değil; aynı zamanda usuli işlemler yaparken de tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmaları esastır³.

2 Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s. 77-78.

3 Özekes, Muhammet, "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aley-

C. Usuli Hakların Kötüye Kullanılması:

Medeni yargılama hukukunda, tarafların bazı yükümlülükleri söz konusudur. Modern usul hukukunda, tarafların yalnızca birbirlerine karşı yükümlülükleri yoktur, bunun yanında tarafların mahkemeye karşı olan yükümlülüklerinden de söz edilir⁴. Bir yükümlülüğten bahsetmek için bir tarafın belirli bir davranışta bulunması durumu mevcut olmalıdır. Tarafların yükümlülüğüne ilişkin örneklerin başında, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranışları gelir. Dürüstlük kuralına aykırılık olarak şu haller belirtilebilir: i) hile ile usuli durumlar yaratma; ii) önceki tutumla çelişki teşkil eden davranışlar; iii) usuli yetkilerin kötüye kullanılması ve iv) doğruyu söyleme ödevine aykırı davranışlar⁵.

Usuli hakların kötüye kullanılmasına karşı uygulanacak yaptırımlar, önceleri sorumluluk hukukunun bir alanı olarak görülmekteyken, bugün adaletin düzgün işlenmesini sağlayacak araçlardan biri olarak kabul edilmektedir. Bugünkü anlayış bu konuyu bir hakkın ihlal edilmesinden çok, dürüstlük, doğruyu söyleme ödevi gibi usuli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi içerisinde değerlendirmektedir. Usuli haklar, artık yargılama hukukunun teknik bir alanı olmaktan çıkmış, adil yargılanma hakkı, Ortak Hukuk (*Common Law*) ülkelerinde “due process” gibi ilkelerle anayasal kurallar içerisinde korunur hale gelmiştir⁶.

Usuli hakların kötüye kullanılmasında, bir usul kuralının ihlal edilmesi ile hakların kötüniyetli şekilde, temelsiz, kasten veya ağır ihmâl ile kullanılması arasındaki ayırımın nasıl çizilmesi gerektiği bir sorundur. Bu konuda her iki durumun ayırt edilmesini sağlayacak genel ve yeknesak bir kuralın bulunması gerektiği söylenebilir. Bir usuli hakkın kullanılması suretiyle hukuki olmayan bir amaca ulaşmak isteniyor ise, bu durumda usul hakkının ihlali değil, kötüye kullanılmasından söz edilir. Bu durumda iyiniyet, dürüstlük, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı gibi ilkeler öznel durumun yorumlanmasında ve hakkın kullanımının arkasında gizlenmiş hukuki olmayan amacın ortaya konulmasında rol oynar⁷.

hine Hükmedilecek Vekalet Ücreti”, MİHDER 2005, S.1, s. 17-49, s. 35; Avukatların dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri yükümlülüğü bakımından ayrıca bkz Kuru, Baki, “Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler”, Makaleler, İstanbul 2006, s. 117-141, s. 125-126.

4 Hess, Burkhard, “*Abuse of Procedure in Germany and Austria*”, *Comparative Standards of Procedural Fairness* (Kıs.: Procedural Fairness), International Association of Procedural Law International Colloquium, Kluwer Law International, 1999, s. 151-179, s. 155.

5 Taniguchi, Yasuhei, “*Abuse of Procedural Rights: A Japanese Perspective*”, *Procedural Fairness*, s. 215-231, s. 220.

6 Taruffo, Michele, “*Comparative Standards of Procedural Fairness*,” *Procedural Fairness*, s. 3-31, s. 5-6.

7 Taruffo, s. 8; Hess, s. 156-157.

Usuli hakların kötüye kullanılmasında dikkate alınması gereken hususlardan birisi de, konunun dava açma hakkı, adalete erişim, savunma hakkı gibi anayasal haklar ile temel insan hakları ile bağlantısıdır. Örneğin adalete erişim hakkı kapsamında dava açma hakkının kullanılmasının veya ispat hakkı çerçevesinde delil ikame edilmesinin ne şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği sorusu sorulabilir. Bu gibi durumlarda, temel hakların kullanılmasında, hakkın kötüye kullanılmasından söz etmek mümkün değildir şeklindeki bir düşünce doğru değildir. Temel hakkın kullanılması hiçbir zaman bir hakkın kötüye kullanımı için bir araç olamaz. Bu nedenle temel hakların kullanımı da hakkın kötüye kullanılması ile sınırlandırılmıştır. Diğer yandan, usuli hakların kötüye kullanımı ile etik ve ahlak kuralları arasında bir ilişki genellikle kabul görmemekte; daha çok konunun yargılama ilkeleri içerisinde değerlendirilmesi uygun görülmektedir. Bu konu daha çok yargılamanın taraflarca kötüniyetli şekilde uzatılması hususu içerisinde mülhaza edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanımını, sadece taraflar arasında bir tarafın diğerine göre dezavantajlı konuma geçmesi olarak değil, aynı zamanda adalet sisteminin düzgün işleyişinin önünde “objektif” bir engel olarak değerlendirmek mümkündür⁸.

Usuli hakların kötüye kullanımının her hukuk düzeninde benzer ve değişik görünüşleri vardır. Usuli hakların kötüye kullanılmasında, dava açma hakkının veya savunma hakkının kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Maddi temeli olmayan dava ikame etmek, hasmını rahatsız etmek için dava açmak veya savunma yapmak, zamanaşımına uğramış olduğunu bildiği bir davayı açmak, hasmını güçsüz konumda bırakmak için ihtiyati tedbir talep etmek, başka bir ülkede dava açılmasını yasaklama tedbiri (anti-suit injunction) talep etmek, aynı davayı birden fazla mahkemede açmak (forum shopping), davayı uzatmak için hakimin reddedilmesi prosedürüne başvurmak, görevsiz olduğunu bildiği mahkemede dava açmak, yargılamayı uzatmak için dilekçe vermek bu konuda verilebilecek bazı örneklerdir⁹.

Yargıtay’ın da HMK m. 329 bağlamında usuli hakların kötüye kullanılması ile ilgili vermiş olduğu çeşitli kararlar bulunmaktadır: *“HMK’nın 368. maddesi gereğince temyiz talebinin kötü niyetle yapıldığı anlaşılırsa, Yargıtay’ca 329. madde hükümleri uygulanır. Şikayetçi tarafından ihalenin feshi talep edilmiş mahkemece ihalenin feshine karar verilmiştir. Şikayetçi, alacaklı aleyhine %10 para cezasına hükmedilmesi gerektiği ve yargılama giderinin takdir edilenden fazla olduğu gerek-*

8 Taruffo, s. 11-14.

9 Taruffo, s. 18-19; Shaw, Stephen/Mambro, David di, “Abuse of Process: A Modern Approach”, Litigation, 1998, s. 17-23.

çesi ile temyiz talebinde bulunmuş olup, ihalenin feshi talebinin reddi halinde para cezasına hükmedildiği borçlunun ihalenin feshi talebinin mahkemesince kabul edildiği, temyiz talebinin kötüniyetle yapıldığı anlaşıldığından HMK'nın 368. maddesi yollamasıyla aynı yasanın 329. maddesi uyarınca kararı temyiz eden şikayetçi vekili Av. M. Y.'ın takdiren 2.500.- TL disiplin para cezası ile cezalandırılmasına...."¹⁰;

"Mahkemece, toplanan delillere göre, bononun protokolle teminat olarak davacılara verildiği, taraflar arasındaki protokolün düzenlenme sebebi olan davanın davacı aleyhine red ile sonuçlanması nedeniyle bononun bedelsiz kaldığı, davacının dava açmakta kötüniyetli olduğu, gerekçesiyle davanın reddine, davacının HMK 329/1 maddesi gereğince davalı tarafın 5.420 TL vekalet ücreti ile HMK'nın 329/2 maddesi gereğince 500 TL disiplin para cezasına mahkum edilmesine karar verilmiş, hüküm davacı şirket temsilcisi tarafından temyiz edilmiştir... hükmün onanmasına..."¹¹.

Usuli hakkın kötüye kullanılmasının kimin tarafından yapılabileceği hususunda ise bütün yargılama sùjelerinin bu konuda rol alabileceğini söylemek mümkündür. Hakimin, dava yönetimi yetkilerini kötüye kullanarak davayı uzatması söz konusu olabilir. Yargılamada, taraflar ve avukatlar tarafından hakkın kötüye kullanılmasında ise anlayış farklılıkları vardır. Davacı veya davalının bizzat kendisinin bir hakkı kötüye kullanması halinde, bunun tespitini yapmak kolay iken, yargılamadaki avukatın bir usuli hakkı kötüye kullanması halinde tespiti yapmak nispeten daha zordur. Kıta Avrupasında, bazı istisnalar dışında, taraf ile avukat kavramları genelde taraf kavramı içerisinde birlikte ele alınır, ikisi arasında açık bir ayırım yoktur. Anglo-Amerikan hukukunda ise usuli hakların kötüye kullanımı, avukatın profesyonel sorumluluğu ve meslek kuralları içerisinde ele alınır. Kıta Avrupasında, hakkın kötüye kullanılmasında kasıtlı davranışlar veya ağır ihmal ile hareket edilmesi gibi ölçütler kullanılmakta ve bu ölçütün altında kalan davranışlar genellikle yaptırıma tabi tutulmaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda ise bu konuda subjektif ölçütler kullanılmamakta, objektif ölçüt olarak hakkın özünde kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılmaktadır¹².

Usuli hakların kötüye kullanıldığıının anlaşılması halinde uygulanacak yaptırımlar çeşitlidir. En sık kabul gören yaptırım şekli, hakkı kötüye kullanan tarafın para cezasına mahkum edilmesidir. Bazı durumlarda, hakkın kötüye kullanılması bir haksız fiil de teşkil edebilir. Eğer bu tarz

10 Yargıtay 12. HD. 2015/24955E., 2015/26834K., 05.11.2015T (www.kazanci.com)

11 Yargıtay 19. HD. 2014/6570E., 2014/10452K., 03.06.2014T. (www.kazanci.com)

12 Taruffo, s. 19-22.

bir işleme maruz kalan taraf, hasmın hakkını kötüye kullanmasından dolayı bir zarara uğradığını ispatlar ise tazminata hak kazanabilir. Diğer bir yaptırım çeşidi ise, hakkını kötüye kullanan tarafın yargılama giderlerine mahkum edilmesidir. Ancak, Kıta Avrupası ülkelerinde genel kural olarak davayı kaybeden taraf yargılama giderlerini üstlendiğinden, bu ülkelerde bu yaptırımın uygulanma alanı sınırlıdır. Usuli hakları kötüye kullanan tarafın davranışlarının hakim tarafından delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınması veya usuli bir yükümlülüğü yerine getirmeyen taraf aleyhine ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusudur¹³.

Anglo-Amerikan hukukunda ise kural olarak davanın tarafları yargılama giderlerinden kendi yaptıkları giderler ölçüsünde sorumlu olduklarından, bu yaptırım türü bu hukuk düzeninin uygulandığı ülkelerde etkili bir yöntemdir. Özellikle, usuli hakkı kötüye kullanan taraf veya avukat aleyhine, kendi işlemleri nedeniyle doğan masraflara hükmedilmesi (*wasted costs order*) çok etkili bir yaptırım türüdür. Başka etkili bir yaptırım türü ise, dürüstlük kuralına aykırı davranan tarafın bazı usuli haklardan mahrum bırakılmasıdır. Bu kategoride, hakkın kötüye kullanılması teşkil eden işlemin hukuken geçersiz sayılması, yargılamanın durdurulması ve tarafın iddia veya savunmasının dosya kapsamı dışına çıkartılması gibi yöntemler sayılabilir. Diğer bir kategori ise, yaptırımların doğrudan hakkın kötüye kullanılması yoluna başvuran avukat aleyhine uygulanmasıdır. Bu yaptırım türü, avukatın yaptığı işlemlerden dolayı tarafın cezalandırılmasının doğru olmayacağı düşüncesi üzerine kuruludur¹⁴.

D. Disiplin Cezasının Vekil Açısından Uygulanması:

1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 1 ve 3 uyarınca, avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu ve amacının, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bu açıdan avukatın sadece müvekkiline karşı değil aynı zamanda yargılamanın kurucu unsurlarından olduğundan kamuya karşı da üstlenmiş olduğu yükümlülükler vardır. Avukatın müvekkiline karşı olan özen yükümlülüğü, avukatın uyumsuzluğunun adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinin bir yansımasıdır¹⁵.

13 Fentiman, Richard, "Abuse of Procedural Rights: The Position of English Law", *Procedural Fairness*, s. 53-64, s. 60.

14 Taruffo, s. 23-27; Fentiman, s. 59-61.

15 Özkan-Sungurtekin, Meral, "Avukat Yükümlülükleri", Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları No:81, İzmir 1997, s. 291-309.

Davayı kabul eden avukat, yaptığı işin niteliği gereğince, uyumsuzluğa uygulanacak olan yasaları bilen ve muhtemel sonucu öngörebilen bir komundadır. Çünkü avukatın, iş sahibini, açılacak davanın riskli ve avantajlı yönleri hakkında objektif olarak aydınlatma yükümlülüğü vardır. Avukat, aynı zamanda, iş sahibinin, işinin başarıya ulaşması bakımından en güvenli ve amaca en uygun olan yolu seçmekle yükümlüdür¹⁶.

Vekil, Müvekkilinin talimatı ile kanun yoluna başvurmuş ise, disiplin cezası yaptırımının vekil ve vekalet veren arasındaki ilişki açısından da değerlendirilmesi gerekir.

Vekil, vekil edenin iradesine ve özellikle talimatlarına uygun hareket etme yükümlülüğü altındadır. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 505/1'de "Vekil, vekalet verenin açık talimatlarına uymakla yükümlüdür" şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Talimatın hukuka ve ahlaka aykırı olması durumlarında vekilin talimata uyma zorunluluğu olmadığı gibi amaca aykırı talimatları yerine getirmekten kaçınma yetkisi de bulunmaktadır. Vekil verilen talimat doğrultusunda işin görülmesini uygun bulmazsa TBK m. 512 doğrultusunda sözleşmeyi tek taraflı sona erdirebilir. Bazı durumlarda, vekilin verilen talimatı yerine getirmekten kaçınma hakkı zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Avukatlık Kanununun 38. maddesine göre avukat kendisine yapılan teklifi haksız görür veya haksız olduğunu sonradan fark ederse işi reddetmek veya işten çekilmekle yükümlüdür.

Avukat, üstlendiği dava sonunda verilen kararın temyizinde yarar görmüyorsa, bu yoldaki hukuki kanaatini temyiz süresi geçmeden ve yazılı olarak iş sahibine bildirmekle yükümlüdür¹⁷. Avukat, yargı erkinin bir ögesi olup, kamu hizmeti görmektedir. Bu nedenlerle, iş sahibininin hukuk aykırı taleplerinde kendisini uarmakla, vazgeçirmekle, onu bundan alıkoymakla yükümlüdür¹⁸.

IV. SONUÇ:

Bugün yargılama hukukunda bilinen bir gerçek vardır, o da yargı kaynaklarının sınırlı olduğudur. Kişilerin bir hukuk düzeninde adalete erişim hakları çok temel bir haktır ancak bu mahkeme kaynaklarının zaman ve ekonomik açıdan sınırsızca kullanılması anlamına gelmemektedir. Kişilerin sahip oldukları adalete erişim hakkı, subjektif haklarının mahkeme vasıtasıyla korunması ve sağlanması ile kaynakların adil dağılımına bağlıdır. Bu açıdan, tarafların haklarını dürüstlük kuralına uygun şekilde

16 Aday, Nejat; *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2. Bası, İstanbul 1997, s. 13-15.

17 Güner, Semih, *Avukatlık Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 436

18 Güner, age, s. 438.

kullanmaları ve mahkemelerin gereksiz yere taraflarca meşgul edilmemesi adalete erişim hakkının etkin sağlanmasının temel unsurlarındandır.

Usuli hakların kötüye kullanılmasında, bir usul kuralının ihlal edilmesi ile hakların kötüniyetli şekilde, temelsiz, kasten veya ağır ihmal ile kullanılması arasındaki ayırımın çizilmesi önemlidir. Bu husus, her somut olay özelinde ele alınmalıdır. Ağır bir mesleki yükümlülük altında bulunan avukatların, genellikle kendilerini müvekkillerine karşı koruma güdüsüyle tüm yasal yolları tüketme yoluna gittikleri de göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan, kötüye kullanılan hakın tarafa haksız bir menfaat sağlayıp sağlamadığı, ihlalin kusur derecesi, yapılan işlemde hukuki yarar bulunup bulunmadığının kötüniyetin değerlendirilmesinde göz önüne alınması gereken hususlardır.

KAYNAKÇA

Aday, Nejat. *Avukatlık Hukukumun Genel Esasları*, 2. Bası, İstanbul 1997.

Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989.

Fentiman, Richard. "Abuse of Procedural Rights: The Position of English Law", Comparative Standarts of Procedural Fairness, International Association of Procedural Law International Colloquium, Kluwer Law International, 1999, s. 53-64.

Güner, Semih. *Avukatlık Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Hess, Burkhard. "Abuse of Procedure in Germany and Austria", Comparative Standarts of Procedural Fairness, International Association of Procedural Law International Colloquium, Kluwer Law International, 1999, s. 151-179.

Kuru, Baki. "Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler", Makaleler, İstanbul 2006, s. 117-141.

Özekes, Muhammet, "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti", MİHDER 2005, S.1, s. 17-49.

Özkan-Sungurtekin, Meral, "Avukat Yükümlülükleri", Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları No:81, İzmir 1997, s. 291-309.

Shaw, Stephen/Mambro, David di. *Abuse of Process: A Modern Approach, Litigation*, 1998.

Taniguchi, Yasuhei. "Abuse of Procedural Rights: A Japanese Perspective", Comparative Standarts of Procedural Fairness, International Association of Procedural Law International Colloquium, Kluwer Law International, 1999, s. 215-231.

Taruffo, Michele. "Comparative Standarts of Procedural Fairness", Abuse of Procedural Rights: Comparative Standarts of Procedural Fairness, International Association of Procedural Law International Colloquium, Kluwer Law International 1999, s. 3-31.

GIORDANO BRUNO OLAYI ¹

Av. Yörük KABALAK

Giordano Bruno bundan 419 yıl önce Engizisyon Mahkemesinde yargılanıp sapkın ilan edilmesinden dolayı İtalya'da Roma'da diri diri yakılarak öldürülmüştü.

Giordano Bruno kimdi ?

Giordano Bruno 1548 yılında Napoli Krallığı'na bağlı Nola kasabasında soylu bir ailenin çocuğu olarak dünyaya gelmişti.

Kendisi tarikat mensubu dominiken keşişi,filozof, matematikçi ,şair ve teorisyendi.

On altı yaşındayken Kopernikus ile tanışınca mensup olduğu tarikat-tan ayrıldı ve Hıristiyan inancıyla olan bütün bağlarını kopardı.

Bundan sonra kiliseye karşı olan sistem içinde yer aldığından din sapkınılığı ile suçlandı. Bu nedenle ilk önce Roma'ya sonra Kuzey İtalya'ya kaçtı. Dinsizlikle suçlandığı için hiçbir yerde kalıcı olarak yaşayamadı. Güney Fransa, Paris ve Londra gibi yerlerde yaşadı.

bu arada 1582 yılında Sorbonne Üniversitesi'nde kürsü sahibi oldu. Sonunda aldığı bir davet üzerine İtalya'nın en liberal dükalığı olduğuna inandığı Venedik'e gelince burada uğradığı ihanet üzerine yakalanarak Papalık bünyesindeki Roma Engizisyonuna teslim edildi.

Engizisyonunun gerçekleştirdiği insanlık dışı yargılama sürecinde düşüncelelerinden ve ilkelerinden ödün vermeyi reddettiği için din sapkını olduğu ve Hıristiyanlığa karşı geldiği için odun ateşiyle yakılarak idamına karar verildi.

Karar 17 Şubat 1600 günü Roma'da infaz edildi.

Suçtu din tüccarlarına ve gericiliğe karşı çıkmaktı.

Giordano Bruno edebi kişiliği yanında filozof ve gökbilimci olarak bilime inanmış

ve Kopernik'in güneş merkezli uzay sistemi görüşlerini benimsemişti. Aristoteles'in yıllar önce ileri sürdüğü Katolik çevrelerin yıllardan beri benimsediği dünyanın uzay sisteminin merkezi olduğu şeklindeki inançlarına karşı çıkmıştı.

¹ Daha fazla bilgi için Prof Dr. A.Can TUNCAY'ın Yargı Etiği Açısından Tarihte Ünlü Davalar isimli eserine bakınız

Uzayda dünya dışında başka gezegenler olduğunu ve oralarda da insanların, hayvanların ve bitkilerin olabileceğini söylüyordu.

Benimsemiş olduğu bilime dayalı görüşler kilise çevreleri tarafından hoş karşılanmıyordu.

Giordano Bruno 'nun düşünce ve ilkelerini belirleyen bazı sözleri şöyledir:

“ Tanrı iradesini kullanmak için yeryüzündeki iyi insanları kullanır; yeryüzündeki kötü insanlar ise kendi iradelerini hakim kılmak için Tanrı'yı kullanırlar “ demiştir.

“ Ne gördüğüm hakikati gizlemekten hoşlanırım, ne de bunu açıkça ifade etmekten korkarım. Aydınlık ve karanlık arasındaki bilim ve cehalet arasındaki savaşa her yerde katıldım. Bundan dolayı her yerde zorlukla karşılaştım ve cehaletin babaları olan resmi akademisyenlerin yanı sıra kalın kafalı çoğunluğun öfkesinde hedef olarak yaşadım “ demiştir.

Zaferin elde edilebilir olduğunu düşünerek mertçe savaştım. Ne yazık ki ruhumun gücü bedenimden esirgenmiş. İnaniyorum ki gelecek kuşaklar gerçek uğruna savaşmayı tüm yaşam zevklerinden üstün tutacaklardır“ demiştir.

“İnsanın sırf çoğunluk, çoğunlukta olduğu için, kitlelerle ya da çoğunlukla aynı şekilde düşünmek istemesi aşağılık ve düşük bir kafası olduğunun kanıtıdır. Halkın çoğunluğu ona inansın inanmasın, hakikat değişmez” demiştir.

“Zaman her şeyi alır ve her şeyi verir” demiştir.

“Gömleğin ilk düğmesi yanlış iliklenince, diğerleri de yanlış gider” demiştir.

“Büyücüler inanç sayesinde, fizikçilerin hakikat sayesinde yaptıklarından daha fazlasını yaparlar” demiştir.

“Bilgisizliğin azgınlığına karşı savaştım. İnanın ki dünya nimetleri ya da öz saygı için bu acıya katlanmıyorum, yaşamı ben de çok seviyorum; fakat inançlarım bunun üstündedir “

demiştir.

Bu doğrultuda tüm yaşamında inançlarından ve ilkelerinden hiçbir şekilde ödün vermeyen Giordano Bruno yakalandıktan ve engizisyona teslim edildikten sonra sekiz yıl hapiste kalarak tanrıya saygısızlık, ahlaksız davranış ve dinden çıkmak suçlarından soruşturuldu ve yargılandı.

Bu yargılama sürecinde kendisine düşüncelerinden vazgeçmesi halinde affedileceği söylendi ise de, düşüncelerinde ısrar etti ve ilkelerinden ödün vermedi.

Sonuçta: Uzun bir yargılamanın sonunda Hıristiyanlığın ünlü ilkesine göre, “kanı akıtılmadan eziyet edilerek yakılarak öldürülmesine” karar verildi.

Bu karar 17 Şubat 1600 günü Roma’da infaz edildi; Giordano Bruno diri diri yakılarak öldürüldü.

İnsanlığın aydınlanması için savaşıyan Bruno, tarihin her döneminde halkların karanlıkta kalmalarını isteyen resmi görüşün savunucusu otorite tarafından yakılmıştır. Her resmi görüş, belli bir süreçte eskir ve karanlığın temsilcisi durumuna düşer. Ancak, gerçeği yakalayan bilimin savunucuları, ürettikleri bilgiler eskise de, yolları ve yordamları ile aydınlığı temsil ederler. Bilim tarihinin, yolu-yordamı en aydınlık kişiliklerinden birisi de Bruno’dur.²

Kendisini mahkum eden yargıçlara: “Ölümümü bildirirken siz benden daha fazla korkuyorsunuz “ demişti.

2 Apelasyon başlıklı internet sitesinden alınmıştır.

BORÇLAR VE CEZA HUKUKUNDA YER ALAN KUSUR KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

Av. Melih ŞEKER¹

GİRİŞ

Bu çalışmada ceza ve borçlar hukuku başta olmak üzere, hukukun her alanında kendisine yer edinmiş bir kavram olan “Kusur” kavramı ve buna bağlı olarak kusurun gerek türleri gerekse dereceleri şeklinde ortaya çıkan diğer bazı alt kavramlar karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Uygulamada ortaya çıkan ve sadece pratiğe ilişkin olduğu düşünülen bazı sorunların, esasında teorik değerlendirmelerden kaynaklı sorunlar olduğu göz önünde bulundurulduğunda konumuzun önemi daha net anlaşılacaktır.

İncelememizin ilk bölümünde borçlar hukuku açısından, ikinci bölümünde ise ceza hukuku açısından incelenen kavramlar; üçüncü bölümde borçlar hukuku ve ceza hukuku bakımından karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Kusura ilişkin açıklamalar yapılırken bugünkü özel hukukumuzun kaynağını oluşturan Roma Hukuku’ndaki bilgilerden faydalanılmış ve kavramlar mümkün olduğunca Roma Hukuku’ndaki karşılıklarıyla birlikte değerlendirilmiştir.

Borçlar Kanunu’muzun kabul etmiş olduğu sorumluluk temellerinden önemli ikisi; borca aykırılıktan doğan sorumluluk ve haksız fiilden doğan sorumluluktur. Kural olarak, ikisi için de çalışmamızın ana eksenini oluşturan kusur kavramı vazgeçilmezdir.

Kusurun, sorumluluğun subjektif şartını oluşturduğu ve kişinin iradesiyle ilgili psikolojik bir unsur olduğu özel hukuk alanında genel olarak kabul edilmektedir². Her ne kadar kusurun Türk Borçlar Kanunu³’nda bir tanımı mevcut olmasa ve üzerinde görüş birliği bulunmasa da öğretilerde verilen tanımlar göz önünde tutularak kusurluluk; hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı

1 Avukat (İstanbul Barosu).

2 Türkan Rado, **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 24; Selahattin Sulhi Tekinay v.d., **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 492.

3 **RG**, 04.02.2011, Sayı: 27836.

davranıştan kaçınmak için gerekli özeni göstermemek (ihmal) şeklinde ifade edilebilir⁴.

Ceza hukuku açısından baktığımızdaysa, ceza sorumluluğu için failin kusurunun bulunması gerekliliği ceza hukukunun temel ilkelerindedir (Kusursuz Ceza Olmaz İlkesi)⁵. Ayrıca TCK⁶'nın "Cezanın Belirlenmesi" kenar başlığını taşıyan 61.maddesinin "f" bendi uyarınca cezanın miktarının belirlenmesinde de kusur dikkate alınmalı ve kusur ile ceza arasında bir orantı olmalıdır. Psikolojik bir unsur olma özelliği ise ceza hukukunda tartışmalıdır⁷. Ceza hukukunda kusurluluk ile manevi unsurun farklı olgular olduğu kabul edildiğinde manevi unsur söz konusu psikolojik bağı oluştururken, kusurluluk ise kişinin kınanabilmesine ilişkin bir değerlendirme yargısını oluşturmaktadır⁸. Ancak bu ihtimalde dahi manevi unsur ile kusur kavramı birbiriyle çok yakından irtibatlıdır ve suçun manevi unsurlar açısından işleniş şekli kusurun belirlenmesinde büyük önem arz edecektir⁹. Belirtmemiz gerekir ki öğretilerde kusurluluk ile manevi unsurları bir arada değerlendiren yazarlar da mevcuttur¹⁰.

I. BORÇLAR HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Hem borca aykırılıktan doğan sorumlulukta ve hem de haksız fiil sorumluluğunda kusur kavramının önem arz ettiğini yukarıda belirtmiştik. Konumuz dikkate alındığında, biz bu bölümde kusuru haksız fiil sorumluluğunu temel alarak incelemeyi daha uygun buluyoruz¹¹.

Bilindiği üzere haksız fiil sorumluluğunun şartları; hukuka aykırı fiil ve buna bağlı olarak hukuka aykırılık bağı (normun koruma amacı), kusur, zarar ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağıdır. Bu şartlardan hukuka aykırılık sorumluluğunun objektif şartını, kusur ise subjektif şartını teşkil eder. Dolayısıyla sorumluluk için fiilin hukuka aykırılığının

4 M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 54.

5 Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 299.

6 **RG**, 12.10.2004, Sayı: 25611.

7 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., İstanbul, Adalet Yayınevi, 2015, s. 480.

8 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 293; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 370 vd.

9 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 294.

10 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 293.

11 Sözleşmeden doğan kusur için bkz.: Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çev. Cevat Edege, C.II, İstanbul, Yeni Matbaası, 1953, s. 622 vd.

yanında kural olarak failin kusurlu olması da aranır¹². Kişi, kasten hukuka aykırı davranmış veya bir işi yerine getirirken göstermesi gerekli olan dikkat ve özeni göstermeyerek alınması gereken tedbirleri almamışsa onun kusurlu olduğundan bahsedilir. Örneğin: Bir kişi, başka birisinin malını çalar veya hayvanını öldürürse, malı çalan veya hayvanı öldüren kişinin kusurlu olduğundan bahsedilir. Aynı şekilde borçlu, bildiği veya bilmesi gerektiği halde borcu imkansız hale getirmişse onun da kusuru söz konusu olacaktır.

Bugünkü özel hukukumuzun temelini oluşturan Roma Hukuku'na baktığımızda da bir kişinin haksız fiilinden sorumlu tutulabilmesi için aranan unsurlar arasında kusurun (culpa) da yer aldığını görürüz. Roma'nın çok eski devirlerinde suç veya haksız fiil failinin sorumluluğu için, fiil ile zarar arasındaki objektif bağın var olmasının yeterli görüldüğü düşünülmektedir; ancak ilerleyen devirlerden itibaren Roma Hukuku'nda da sorumluluk için kusur aranmıştır¹³. Şöyle ki; hukuka aykırı davranışı ile bir zarara yol açan kişi, bu davranışından ötürü her zaman sorumlu tutulmazdı. Bir haksız fiilin söz konusu olması için, kural olarak, şartlardan birisi de hareketin bilinçli olarak yapılmasıydı. Burada kişinin haksız fiil ehliyetinden (kusur ehliyeti) bahsedilmekteydi¹⁴. Roma'da haksız fiillerde kusur konusunu düzenleyen ilk kanun M.Ö. 287 tarihli lex Aquila¹⁵'dir ve bu nedenle Romalılar haksız fiillerdeki kusuru "culpa Aquiliana" olarak isimlendirmişlerdir. Eklememiz gerekir ki kusur, sözleşmesel ilişkiye dayanıp dayanmama ve birazdan inceleyeceğimiz ağırlık derecelerine göre yapılan ayırımın haricinde daha pek çok ayrıma tabi tutulmuştur¹⁶.

B. Kusurun Türleri

1. Genel Olarak

Kusur, çeşitli ifade şekillerinden de anlaşılacağı üzere temel olarak kast (dolus) ve ihmâl (culpa) olmak üzere ikiye ayrılır¹⁷. Nitekim 818 sayılı eski TBK m.41'de "... gerek kasten, gerek ihmâl ..." denilerek bu ayırım kabul edilmiştir. 6098 sayılı yeni TBK'da bu maddeyi karşılayan m.49'da ise "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille ..." denilerek ayırımın detaylarına girilmeden kapsayıcı bir şekilde düzenleme getirilmiştir.

12 Tekinay v.d., s. 492; Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2010, s. 48.

13 Rado, s. 26, 143; Pervin Somer, **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar: Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı**, İstanbul, Derin Yayınları, 2008, s. 45.

14 Somer, s. 45.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Somer, s. 15 vd.

16 Rado, s. 143; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 210.

17 Oğuzman, Öz, s. 56; Tekinay v.d., s. 493.

Belirtmemiz gerekir ki, ahlaka aykırı fiilden sorumluluğu düzenleyen ve aynı maddede yer alan TBK m.49 f.2'de ise kast aranmaktadır. Hukuka aykırı fiilden sorumluluk için kusurun ağırlığının burada bir önemi yoktur, kusurun burada anlatılacak türleri ise tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz eder (TBK m.51)¹⁸.

Kast ve ihmâl kavramlarını ve bunların kendi içlerindeki ayrımlarını şimdi daha yakından inceleyelim:

2. Kast (Dolus)

Kastın Roma Hukuku'ndaki karşılığı olarak kullanılan "Dolus" tabiri-ne baktığımızda bu tabirin haksız fiillerde aldatma, hile anlamına geldiğini görmekteyiz. Burada ise "Kast" anlamında kullanılan kelimenin anlamı, sonradan oldukça genişleyerek her türlü haksız hareket etme niyetini ifade etmek için yani Latince'de iyiniyetin ve dürüstlüğü'nün zıddı anlamına gelecek şekilde kullanılır hale gelmiştir¹⁹.

Kusurun en ağır derecesi olan kast, kişinin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve isteyerek haksız şekilde hareket etmesi anlamını taşır²⁰. Bir kişinin düşmanına silahını doğrultup onu öldürmek için ateş etmesi buna örnektir. Burada kastın bilme ve isteme unsurları birlikte ve tam olarak gerçekleşmiştir, buna doğrudan kast (dolus directus) denir.

Eğer kişi hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istememesine rağmen işlediği fiilin bu sonucu ortaya çıkarabileceğini öngörüyor ve bunu göze alarak hareketine devam ediyor, yani razı oluyor, ise burada kastın özel bir tipi olan ihtimali (olası) kast ortaya çıkar (dolus eventualis)²¹. İhtimali kasta ceza hukukunda da verilen tipik örnek, kalabalık bir caddede aşırı hızlı araç kullanan sürücüdür; çünkü söz konusu sürücü çarpma ihtimalini öngörmekte ve bunu göze almaktadır. İhtimali kast kavramı ile karıştırılabilecek bir kavram olan bilinçli ihmali aşığıda, "İhmâl" başlığı altında ele alacağız²².

Belirtmemiz gerekir ki; kasttan dolayı sorumluluk için kişinin (fail) doğacak zararın biçimini ve kapsamını bilmesi değil, sadece hukuka aykırılık bilinci ve isteğine sahip olması aranır. İhtimali kastta ise hukuka aykırılık bilinci ile beraber bir kabullenme var olmalıdır²³.

18 Oğuzman, Öz, s. 56.

19 Rado, s. 24; Tahiroğlu, s. 50.

20 Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Çev. Cevat Edege, C.I, İstanbul, Yeni Matbaası, 1952, s. 403-405; Oğuzman, Öz, s. 56; Rado, s. 24; Tekinay v.d., s. 493.

21 Tahiroğlu, s. 51.

22 Oğuzman, Öz, s. 57; Tekinay v.d., s. 493.

23 Oğuzman, Öz, s. 57.

3. İhmal (Culpa)

İhmal, dar anlamda dikkatsizliği, özensizliği ve tedbirsizliği ifade eder. İhmalde haksızlık ve hukuka aykırılık niyeti yoktur. Ancak kişi hukuka aykırı sonucun ortaya çıkmasını önlemek için yeterli dikkat ve özeni göstermemiştir²⁴. Paulus'un *Digesta*'da bulunan bir metninde ihmal şöyle tarif edilmiştir:

D. 9, 2, 31 Paulus.

“Culpa esse, quod cum a diligente provideri potuerit non esset provisum.”

“Dikkatli bir kimse (diligens) tarafından önlenmesi mümkün olan önlenmemiş ise ihmal (culpa) vardır.”²⁵

Iustinianus hukukunda ihmal; ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis) olarak iki dereceye ayrılmıştır. Bu ayrım modern hukuk öğretisi tarafından da kabul edilmektedir²⁶. Bu ayrıma göre ağır ihmal, herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemek olarak tanımlanırken; hafif ihmal, tedbirli bir kişinin göstereceği dikkat ve özeni göstermemek olarak ifade edilebilir. Hafif ihmalin bu ifadesindeki tedbirli bir kişi ölçütü için Romalılar, “İyi aile babasının (bonus pater familias) gösterdiği dikkat ve özen” ölçütünün yanı sıra subjektif bir ölçüt olan “Kişinin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen” ölçütünü de kullanmışlardır. Aralarında ilk bakışta anlaşılabilir kadar kesin sınırlar olmasa da hafif ihmalden sorumluluğun ağır ihmalden doğan sorumluluğa kıyasla çok daha ağır bir sorumluluk olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Ağır ihmalin özel bir türü olan bilinçli ihmal kavramı ise kişinin fiilinin hukuka aykırı sonuç doğurabileceğini öngörmesi fakat bu sonucun gerçekleşmeyeceğini umması olarak ifade edilebilir. Örneğin karanlıkta dinamitle balık avlamakta olan birisi dinamit alanına başka bir kişi sokulursa onun bir kazaya uğrayabileceğini biliyor fakat deniz تنها olduğu için böyle bir sonucun gerçekleşmeyeceğini umuyorsa dinamitle balık avlayan bu kişinin kusuru bilinçli ihmal olarak isimlendirilir²⁷.

İhmalin özel bir türü olan bilinçli ihmal ile kastın özel bir türü olan ihtimali kast kavramları birbirlerine çok yakındır. Aralarındaki fark ise kişinin (fail) göze aldığı başkasına zarar verme olasılığının somut olaydaki derecesinde kendisini gösterir. İhtimali kastta hukuka aykırı sonuç

24 von Tuhr, C.I, s. 405 vd.; Tahiroğlu, s. 52

25 Çeviri için bkz.: Rado, s. 25.

26 Tahiroğlu, s. 55; Oğuzman, Öz, s. 58; Rado, s. 25.

27 Tekinay v.d., s. 495.

kabullenilirken (olursa olsun), bilinçli ihmalde böyle bir sonucun gerçekleşmeyeceği umulur (istememe)²⁸. Borçlar hukukunda asıl önem arz eden ayırım, ceza hukukundan farklı olarak, kast-ihmal ayırımı değil de ağır kusur-hafif kusur ayırımı olduğundan; TBK m. 49 f.2 gibi kasta özel olarak sonuç bağlanan durumlar hariç olmak üzere, bilinçli ihmal ile ihtimali kast ayırımının uygulamada büyük bir önem taşımayacağı ifade edilmektedir²⁹. Tabii ki yine de her olayda somut olayın şartları ayrı ayrı değerlendirilip, kişinin içinde bulunduğu durumda nasıl davranması gerektiğine göre karar verilmelidir.

C. Kusurun Dereceleri

Kusurun ağır ve hafif olmak üzere iki ana derecesi vardır. Ağır kusur; kast ve ağır ihmali kapsarken, hafif kusur sadece hafif ihmali ifade eder. Yukarıda belirttiğimiz gibi borçlar hukuku açısından bakıldığında diğer ayırımlara nazaran daha önemli olan ağır kusur - hafif kusur ayırımı, sorumluluğun kapsamının tayininde kendisine özel bir yer bulur. Çünkü hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirlemede de (TBK m.51 f.1) tazminatın indirilmesinde de (m.52 f.2) bu ayırımı özellikle dikkate alacaktır³⁰.

Bu derecelendirmenin önem arz ettiği bir diğer nokta da şudur: Kişi, hafif kusuru halinde sorumlu tutulacak mıdır? Uygulamadan da anlaşılacağı üzere kişi, kural olarak hafif kusuru halinde de sorumlu tutulur ancak kanunda belirtilen bazı haller istisnadır³¹.

II. CEZA HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI

A. Kavramın İfade Ettiği Anlam

Ceza hukukunda kusurun yerini tam olarak tespit edebilmek için öncelikle “Ceza Hukuku Uygulama Metodu” olarak isimlendirilen suç inceleme sistematığına ilişkin tabloyu vermeyi uygun görüyoruz³²:

I. OLAY VE HUKUKİ SORUN

II. İRDELEME

A. SUÇUN TEMEL UNSURLARI AÇISINDAN İRDELEME

1. Maddi unsurlar

a. Suçun faili

28 Oğuzman, Öz, s. 59; Tekinay v.d., s. 495.

29 Oğuzman, Öz, s. 59.

30 Tekinay v.d., s. 495, 496.

31 Bkz.: Tahiroğlu, s. 49; Umur, s. 308.

32 Adem Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, s. 53, 54.

- b. Suçun konusu ve mağduru
- c. Fiil
- d. Netice
- e. Nedensellik bağı
- f. Objektif isnadiyet

2. Manevi Unsur

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

B. NİTELİKLİ UNSURLAR

C. KUSUR

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs
2. İştirak
3. İçtima

E. SUÇUN UNSURLARI DIŞINDA KALAN, YAPTIRIM UYGULANMASI İÇİN GEREKEN VEYA YAPTIRIM UYGULANMASINI ENGELLEYEN ÖZEL ŞARTLAR

III. YAPTIRIM

Ceza hukuku bağlamında kusur, kişinin işlediği fiilinden ötürü kınanabilmesini ifade eder³³. Söz konusu kişinin kınanabilmesi için kusur yeteneğine suçu işlediği sırada sahip olması gerekir. Kusur yeteneği ise doğru ile yanlış birbirinden ayırt edebilme yeteneği olarak ifade edilebilir ve kendi içerisinde algılama (anlama) ve irade (isteme) yetenekleri olarak ikiye ayrılmaktadır³⁴.

Algılama yeteneği, kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuken tasvip edilip edilmeyen bir davranış olduğunu bilmesi şeklinde tanımlanabilir. Gözden kaçırılmaması gereken nokta algılama yeteneğinin kişinin somut olarak hangi hukuk normunu ihlal ettiği değil, fiilin hukuk nazarında bir haksızlık teşkil ettiğinin farkında olmasını ifade ettiğidir. Yine algılama yeteneği, sadece ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak değil de işlediği fiilin ne anlama geldiğinin bilincinde olmaktır. Yani burada algılanması

33 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 293; Koca, Üzülmez, s. 298 vd.; Ceza hukukunda kusura ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Serkan Meraklı, **Ceza Hukukunda Kusur**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

34 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 476; Özgenç, s. 373 vd.

gereken şey TCK'da da defaatle belirtilen "işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçları"dır³⁵.

İrade yeteneği ise en sade haliyle kişinin davranışlarını serbest olarak kontrol edebilme kudretine sahip olmasıdır. Failin kusurlu sayılabilmesi için fiili işlediği sırada davranışlarını yönlendirebilme yetisine sahip olması da gerekmektedir, tek başına algılama yeteneği kusurun oluşması için yetmemektedir.

Fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olmadan cezalandırılabilme ihtimali "actiones liberae in causa - sebebinde serbest olan ya da aslında özgür olan hareketler" durumunda ortaya çıkar³⁶. Şöyle ki kişi bu ihtimalde kusur yeteneğini kendisi ortadan kaldırmıştır. Örneğin iradi olarak alınan alkolün etkisindeyken başka bir kişiyi yaralama.

Algılama veya irade unsurlarında eksiklik olması halinde kusurluluğu etkileyen (kaldıran veya azaltan) hallerin varlığından bahsedilir. Bu halleri şöyle sıralayabiliriz:

- Hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi (TCK m.24/2-4),
- Zorunluluk hali (TCK m.25/2),
- Sınırın aşılması (TCK m.27),
- Cebir, şiddet, korkutma ve tehdit (TCK m.28),
- Haksız tahrik (TCK m.29),
- Kusurluluğu etkileyen hata halleri (TCK m.30/3-4),
- Yaş küçüklüğü (TCK m.31),
- Akıl hastalığı (TCK m.32),
- Sağır ve dilsizlik (TCK m. 33),
- Geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (TCK m.34).

Şimdi borçlar hukukunda kusur başlığı altında incelediğimiz kast, ihmali ve bunların türevleri olan kavramların ceza hukukunda nerede yer aldığını ve yine ceza hukuku bağlamında kusur kavramı ile bağlantılarını inceleyelim. Söz konusu kavramlar, hukukun bu alanında bazı görüş ayrılıkları bulunsa da genellikle manevi unsur başlığı altında ele alınmaktadır³⁷.

35 Koca, Üzülmez, s. 302, 303.

36 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 476, 477; Koca, Üzülmez, s. 303-305.

37 Bkz.:Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 293 vd.; Koca, Üzülmez, s. 139 vd.; Sözüer, s. 21 vd.

B. Ceza Hukukunda Manevi Unsur ve Kusurluluk İlişkisi**1. Genel Olarak**

Öğretide, üzerinde bazı tartışmalar bulunsa da, manevi unsurun fail ile fiil arasındaki bir bağ olduğu kabul edilmektedir. Bu psikolojik bir bağdır ve suçun oluşması için mutlak surette gereklidir³⁸. Yine öğretilde, kusurun da haksızlığın manevi unsurunu teşkil ettiği bazı yazarlarca savunulmaktadır³⁹. Bu kapsamda kusur, gerçekleştirdiği haksızlıkla ilgili olarak faildeki iradenin oluşum şartlarının tespiti ve buna binaen gerçekleştirilmiş olan haksızlık dolayısıyla failin şahsen kınanıp kınanamayacağı hususundaki yargıyı ifade etmektedir⁴⁰. Manevi unsura ilişkin olarak burada vurgulamak istediğimiz başka bir nokta ise suçun manevi unsurlar açısından işleniş şeklidir⁴¹. Bu işleniş şekli temelde kasten ve taksirle olmak üzere ikiye ayrılır.

Kast, TCK m.21'de yer almaktadır. Maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere suçlardaki temel manevi unsur kasttır. Maddede ayrıca olası kast tanımı da yapılmış ve bu ihtimalde cezanın indirileceği düzenlenmiştir. TCK m.21'e göre kast (doğrudan kast), bilme ve isteme unsurlarından oluşurken; olası kast, öngörme ve kabullenme şeklinde ifade edilebilir. Kastta fail hareketinin hukuka aykırı neticeye sebep olacağını bilmeli yani öngörmelidir. Olası kast ile doğrudan kastı birbirinden ayıran ise irade unsurudur.

Taksir ise Arapça'daki "kusur" kökünden türetilmiştir ve kendisine TCK m.22'de yer bulmuştur⁴². Maddeye göre taksir de ikiye ayrılmaktadır: Bilinçli taksir – Bilinçsiz (Adi) taksir. Taksir, genel ifadeyle objektif özen yükümlülüğüne aykırılık anlamına gelmektedir. Bilinçli taksirde hukuka aykırı neticenin meydana gelebileceğini öngörme unsuru vardır ancak olası kasttan farklı olarak burada kabullenme (olursa olsun) değil de, neticenin meydana gelmeyeceğine olan güven söz konusudur (yani istememe). Bilinçsiz taksirde ise kişi fiilini, dikkat ve özen yükümlülüklerini ihlal ederek, hukuka aykırı olarak görmemekte dolayısıyla söz konusu neticeyi öngörememektedir⁴³. TCK m. 22, bilinçli taksir halinde cezanın arttırılacağını yanı sıra taksirle işlenen fillerin yalnızca kanunun açıkça gösterdiği hallerde cezalandırılacağını belirtmiştir. Ağır taksir – hafif taksir ayırımına, aşağıda yer alan tarihi gelişim bölümünde değinilecektir.

38 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 293.

39 Özgenç, s. 370.

40 Özgenç, s. 370.

41 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 294.

42 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 325.

43 Koca, Üzülmüş, s. 179.

2. Kast ve Taksir Kavramlarının Tarihsel Gelişimi

Kast ve taksir kavramının Roma Hukuku'nun ilk zamanlarında bilinmeyip, cumhuriyet devrinin sonlarına doğru ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁴⁴. Söz konusu dönemde kast ve taksir tabirleri bugünkü kullanımlarına paraleldir. Taksirli hareketin sahibi "Kimseye zarar vermeme - Neminem Laedere" kuralını ihlal ettiği için sorumlu tutulmaktadır⁴⁵. Daha sonraları felsefi hareketler, okulların mücadelesi ve kanunlaştırma hareketlerinin de etkisiyle yeni gelişmeler yaşanmış, Fransız İhtilali sonrasında "Kusursuz Ceza Olmaz" ilkesi yerleşmiş ve çeşitli devletlere ait kanunlarda hukukun çeşitli müesseseleri ile birlikte taksir tanımlarına da yer verilmiştir⁴⁶. İlerleyen dönemlerde taksir – tesadüf, bilinçli – bilinçsiz taksir ayrımlarına kadar çeşitli farklılıklar ortaya konulmuştur. Modern ceza hukuklarında taksirle sorumluluğun düzenlenmesi ihtiyacının ortaya çıkmasında, gelişen sanayi ve teknolojiyle birlikte tehlikeli faaliyetlerin artması da etkili olmuştur⁴⁷.

Ağır taksir hafif taksir ayrımına gelecek olursak bu ayrımın da Roma'dan kaynaklandığını ve özel hukuktan gelen ayrımı temel alan Orta Çağ hukukçularının taksiri derecelerine göre ağır, hafif ve pek hafif şeklinde üçe ayırdıklarını görürüz⁴⁸. Gerçekleştirilen fiilden doğan zararın herkesçe öngörülebilmesi halinde ağır taksir (culpa lata), sadece dikkatli kimseler tarafından öngörülebilmesi halinde hafif taksir (culpa levis) ve zararın ancak ve ancak olağanüstü bir dikkat neticesinde öngörülebilmesi halinde ise pek hafif taksir (culpa levissima) vardır. Ağır taksir kasta, pek hafif taksir ise tesadüfe yaklaşır. Bu bakımdan bizim de katıldığımız fikre göre pek hafif taksir cezalandırılmamalıdır. TCK ise taksirin derecelendirilmesi yolunu tercih etmemiştir.

3. Kavramların Kusurluluk ile İlişkisi

Yukarıda açıkladığımız kast, taksir ve bunlara ilişkin kavramların; ceza hukukunda suç teorisi içerisindeki yerleri konusunda öğretilerde ileri sürülen görüşleri üçe ayırmak mümkündür⁴⁹:

a) Klasik suç teorisi taraftarı yazarların görüşlerine göre kast ve taksir kusurun birer türünü teşkil etmektedir,

44 Bernd Heinrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart, 2005, §28, kn. 975 (Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 328'den naklen).

45 Robert von Hippel, **Deutsches Strafrecht, Band: II, Das Verbrechen.**, Allgemeines Lehren, Berlin, 1930 (Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 328'den naklen).

46 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 328.

47 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 329.

48 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 363.

49 Koca, Üzülmüş, s. 140-148.

b) İkinci görüşe göre kast ve taksir birer kusur türü değil de haksızlığın işleniş şeklidir,

c) Alman öğretisinde çok sayıda taraftarı bulunan üçüncü görüşe göre ise kast, hem haksızlığın bir işleniş şekli hem de bir kusur türüdür ve çifte bir konuma sahiptir (Doppelstellung des Vorsatzes).

Çalışmamızın ismi, söz konu kavramları kusura ilişkin kavramlar olarak kabul ettiğimizi gösterse de ceza hukuku bağlamında kusur kavramını açıklarken öğretilde azınlıkta kalan ikinci görüşten de faydalandığımızı ifade etmek isteriz. Belirtmek isteriz ki; hangi görüş benimsenirse benimsensin kast ve taksir kavramlarını kusurdan tamamen ayrı olarak düşünmemiz mümkün değildir.

III. İLGİLİ KAVRAMLARIN İKİ HUKUK DALI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

Kusura ilişkin kavramların iki hukuk dalı bakımından karşılaştırılmasına geçmeden önce, çalışmamızda hangi kavramlara değindiğimizi sıralayalım.

Borçlar hukukuna ilişkin bölümde ifade ettiğimiz kavramlar: (Doğrudan) Kast, ihtimali (olası) kast, (bilinçsiz) ihmal, bilinçli ihmal, ağır ihmal, hafif ihmal, ağır kusur ve hafif kusur.

Ceza hukukuna ilişkin bölümde zikrettiğimiz kavramlar: (Doğrudan) Kast, olası kast, (bilinçsiz, adi) taksir, bilinçli taksir, ağır taksir, hafif taksir ve pek hafif taksir.

Her ne kadar ceza hukuku açısından burada bahsedilen kavramların kusurluluk ile ilişkisi yukarıda açıkladığımız üzere tartışmalı olan bir konu olsa da söz konusu kavramların borçlar ve ceza hukukunda birbirlerine çok yaklaşan hatta neredeyse aynı diyebileceğimiz anlamlarda kullanıldıklarını tespit etmiş bulunmaktayız. Ceza hukukunda kınanabilme için bir şart olduğu ifade edilen kusur kavramının, borçlar hukukundaki kullanımında kusurun sorumluluğun subjektif şartını oluşturduğu ve kişinin iradesiyle ilgili psikolojik bir unsur olduğu ifadesi öne çıksa da kusur ehliyeti şeklinde de ifade edilebilen haksız fiil ehliyeti kavramının ceza hukukundaki kullanım ile örtüştüğü görülmektedir.

Kusura ilişkin borçlar ve ceza hukukunda yer alan ve yukarıda sıralanmış olduğumuz kavramları incelersek, kasta ilişkin kavramların birebir örtüştükleri hemen fark edilmektedir. İhmal ile de taksir birbirinin neredeyse aynı şekillerde ifade edilmiş, her ikisinde de dikkat ve özen kavramlarına vurgu yapılmıştır. Ağır – hafif ihmal ile ağır – hafif taksir, kendi

aralarındaki dereceleri teşkil etmektedirler ve karşılıklı örtüşme burada da kendini göstermektedir. Pek hafif taksirin bu eşleştirmede açıkta kaldığı düşünülebilirse de yukarıda da ifade ettiğimiz gibi pek hafif taksir dolayısıyla cezalandırılmamayı savunan görüşe katılmaktayız ve bu doğrultuda pek hafif taksirin hukuken pratik bir önemi kalmamakta ve olsa olsa pek hafif ihmal diyebileceğimiz bir kavramın karşılığını oluşturmaktadır.

Ceza hukukunda karşılığını bulamamış gibi görünen ağır kusur ve hafif kusur kavramlarının muadilleri ise öyle sanıyoruz ki “Kavramların Kusurluluk ile İlişkisi” başlığı altında vermiş olduğumuz görüşlerden hangisinin benimsendiğine göre değişiklik gösterecektir. Öğretimizde hakim olan birinci görüş kabul edilirse yani kast ve taksir kusurun birer türüdür dersek ağır kusur ve hafif kusur kavramları da ceza hukukunda borçlar hukukundakine benzer şekilde kullanılabilirler. Eğer kast ve taksir birer kusur türü değil de haksızlığın işleniş şeklidir diyen ikinci görüş benimsenirse bu “ağır” ve “hafif” olma kanımızca kusurlulukta değil de haksızlığın işleniş şeklinde kendini gösterir ancak bu nitelendirmenin de pratikte bir farkının olamayacağı aşikârdır. Son olarak Alman öğretisinde kendisine çok sayıda taraftar edinmiş olan görüş benimsenirse de kastın çifte konumu nedeniyle ağır kusur – hafif kusur kavramı yine aynı şekliyle ceza hukukundaki karşılıklarını bulacaktır.

SONUC

“Borçlar ve Ceza Hukukunda Yer Alan Kusur Kavramlarına Genel Bir Bakış” adını taşıyan bu eserde; hem TCK hem TBK hem de mevzuattaki çeşitli kanunlarda bulunan ve sorumluluğun tayinindeki temel unsurlardan birisi olan kusur kavramı, türleri ve dereceleri ile birlikte ele alınmış ve konu belirtilen iki hukuk alanı açısından karşılaştırılmıştır. Konu açıklanırken, kavramların temelini oluşturan ve günümüzde de özellikle borçlar hukuku alanında etkisini halen hissettiren Roma Hukuku’ndan yararlanılmıştır.

Çalışmamızın son bölümü, ceza hukuku ve borçlar hukukundaki kusura ilişkin kavramların, aralarında bazı küçük farklılıklar bulundursalar bile birbirlerine ne denli yakın olduklarını göstermiştir.

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Ahmet Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., İstanbul, Adalet Yayınevi, 2015.

Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Meraklı, Serkan: **Ceza Hukukunda Kusur**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Rado, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

Somer, Pervin: **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar: Türk Hukuku ile Karşılaştırma**, İstanbul, Derin Yayınları, 2008.

Sözüer, Adem: **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, Güncellenmiş, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015.

Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2010.

Tekinay, Selahattin Sulhi /

Akman, Sermet /

Burcuoğlu Haluk /

Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Umur, Ziya: **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.

von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Çev. Cevat Edege, C.I, İstanbul, Yeni Matbaası, 1952.

von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı**, Çev. Cevat Edege, C.II, İstanbul, Yeni Matbaası, 1953.

Elektronik Kaynaklar:

www.mevzuat.gov.tr/Kanunlar.aspx

www.resmigazete.gov.tr/default.aspx

www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.Giris

YAPAY ZEKA, ROBOTLAR, HUKUKİ DÜZENLEMELER

Av. Burçak ÜNSAL¹

I. GİRİŞ

Bu makale, yazım tarihi itibarıyla dünyada yapay zekâ ve robot teknolojilerinin kullanımının düzenleme çabaları açısından geldiği noktayı tespit, yapay zekâ ve robot teknolojilerine ilişkin kamu politikaları oluşturma ve hukuki düzenleme ilkelerinin belirlenmesine ilişkin öne çıkan çabaları incelemek amacıyla sunulmuştur.

Teknolojik araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin önünün açılabilmesi, bu faaliyetlerin yer altına itilip, kim olduğu belirsiz grupların farklı niyetlerine hizmet eder şekilde yapılmasının önüne geçilmesi ve nihayet insanlığın faydası için en hızlı, en verimli şekilde geliştirilip en iyi ve en doğru biçimde kullanılabilmesini sağlamak için bu alanların hukuki düzenlenmesinin yapılması, hiç yapılmamasından yeğdir.

Hukuki düzenleme mutlaka yukarıdaki amacı gerçekleştirmeye uygun şekilde yapılmalı, masraf, zorluk, bürokrasi ve gayrimakul cezai ve mali külfetler getirmeyecek şekilde, bilimin ve teknolojinin ruhuna uygun bir liberal düşünce felsefesi ile yapılmalıdır. Bu anlamda şeffaflığı, devamlılığı, aktarılan kaynaklara ve faaliyetlere ilişkin hesap sorulabilirliği ve toplumun sağlık, enerji, güvenlik, iletişim, eğitim, beslenme, çevre gibi sorunlarına cevap vermek, bu sorunların çözümünde fayda sağlamak üzere bir an önce uygulamaya geçebilmesini sağlayabilecek şekilde yapılmalıdır.

Hukuki düzenlemenin bu amaçlara uygun şekilde yapılabilmesi için multidisipliner çalışma grupları ile holistik bir yaklaşım izlenmeli, tanımlar, amaçlar ve usuller doğru belirlenmeli, düzenlemenin etkilerini takip edebilecek şekilde gerek araştırma geliştirme faaliyetlerine, gerekse sonuçların uygulamasına olan etkileri beşer yıllık süre zarfları ile gözden geçirilmeli ve gerekirse amaca uygun uyarlamalar yapılmalıdır.

II. KAVRAMLAR

Her konuda olduğu gibi bu konuda da doğru ve faydalı sonuçlara varabilmek için önce kavramsal tanımları iyi yapmak ve varsa batılı ayıklamak gerekir.

¹ İstanbul ve New York Baroları Avukatı, Boğaziçi Üniversitesi Bilgi Sistemleri Araştırma Merkezi Üyesi

Yapay, özellikle doğal olarak bulunan bir şeyin doğal olarak değil de, onun kopya veya taklit eder niteliğe en yakın şekilde insan eliyle imal edilen bir üründür.

Zeka, bilgi ve yetenekleri elde etme ve uygulayabilme becerisidir. Çok iyi bildiğimiz ve tanımdan da anlayabileceğimiz gibi zeka kavramı sadece insana özgü bir beceri değildir. Başta primatlar olmak üzere, köpek, yunus, balina gibi bir çok memelide, hatta bazı kuş cinslerinde ve ahtapotlarda bile şaşırtıcı seviyelerde zeka emareleri görürüz. Özellikle primatlarda ve sosyal memelilerde bilgi ve yetenek elde etme, bunları geliştirme ve problem çözümünde uygulayabilme becerisi çok çok ileri seviyededir.

Bu bakımdan zeka doğada kendiliğinden var olan ve doğada çeşitli seviyelerini görebildiğimiz bir bilgi ve yetenek elde etme, öğrenme, geliştirme ve bunları uygulayabilme becerisidir diyebiliriz.

Zeka, pasif ve zaten var olan bir olgu değil, süreçler içeren aktif bir fiil silsilesidir. Bu aktif fiil silsilesini aşağıdaki beş faza ayırmak mümkündür:

1. Kalıtsal bilgi ve içgüdünün varlığı, yani doğal durum;
2. Başlı başına bir tecrübe süreci olan öğrenme ve geliştirme, yani hazırlık;
3. Farklı durumlarla karşılaşıldığında veya farklı hisler duyulduğunda ona uygun bir davranış biçimi ile cevap verme tercihi, yani karar alma;
4. Bu tercihe uygun olarak bir fiil ortaya koyma, yani tasarruf;
5. Tasarrufun sonucunda ani olarak ve zaman içinde oluşan şartlara uyum, yani öğrenme ve tecrübe.

Bu noktada görebileceğimiz ve tanımların bize derhal hatırlatabileceği gibi robot aslında halkın bilim kurgu filmlerinden alışık olduğu veya medya mensupları, yatırımcılar hatta hukukçular da dahil konuyu popüler olarak incelemekten öteye gidemeyen bir çok kimsenin kullandığı veya iddia ettiği gibi zeki değildir. Biraz kompleks bir yazılım veya biraz insana benzer bir makine görünce hemen “yapay zeka” etiketi yapıştırıp ve ahlak ve hukuk felsefesi tartışmalarına soyunmak hem bilimi, hem de hukuki çabaları sulandırmaktadır.

Yapay zeka ve robotlar bugün itibarı ile bilim kurgu filmlerinde gördüğümüz veya popüler medyada hakkında spekülasyonlar ve komplo teorileri yapıldığı şekilde “otonom” ve “zeki” değildirlen.

Yapay zeka konusunu üç ana kategori üzerinden ele almak yerinde olur. Bunlar:

Birinci kategori: Dar Yapay Zeka

İkinci kategori: Genel Yapay Zeka

Üçüncü kategori: Süper Yapay Zeka'dır.

Dar yapay zeka aynı zamanda, zayıf yapay zeka olarak da bilinir ve hava durumu tahmini yapmak, satranç, go gibi zeka oyunları oynamak, bir müzik veya resim eseri yaratmak gibi spesifik bir veri tabanı üzerinden tek bir fonksiyon icra etmek üzere programlanmış, Google Assistant, Google Translate, Siri ve benzeri hayatımıza girmiş sistemlerle örneklenirebileceğimiz bir algoritma sistemidir.

Genel yapay zeka, aynı zamanda güçlü yapay zeka olarak da bilinir ve bir insanın gösterebileceği tüm zeka belirtilerini göstererek, görüntüde bir insandan beklenebilecek duygusal ve mantıki tepkileri verebilir. Bu onları bir insan veya bir organizma yapmamakla birlikte, dışarıdan özellikle fiziksel olarak karşı karşıya olunmayan mesafeli hallerde muhababımızın bir insan olduğu zannı uyandırır. Bugün dar yapay zeka insan aklının alamayacağı kadar çok veriyi, insan ile mukayese edilemez bir hızla işleyebilmekte ve eriştiği veri miktarı arttıkça, bilgi sayım hızı arttıkça daha kompleks ve çoklu fonksiyonları yerine getirebilir hale gelmekte ve genel yapay zeka ve süper yapay zekanın en önemli unsurlarından olan "öğrenme", makine öğrenmesine imkan tanımaktadır.

Halen tam olarak insanın algısı, özellikle soyut kavram algısı, mantığı ve duyguları sayısallaştırılıp belli bir patern halinde makine bilgisayarına tabi kılınmadığı için tam genel yapay zeka dünyada bulunmamaktadır. Sistemlerin çok büyük veri tabanlarına erişimi, kompleks algoritmaların programlanabilmesi ve quantum bilgi sayımının günümüzde 5qbit'e ulaşmış olmakla birlikte, zaten binary bilgisayarın geldiği baş döndürücü nokta "eksik genel yapay zeka" kabiliyetinin varlığını kabul etmemizi gerektirebilir.

Süper yapay zeka ise, yaratıcılıktan, strateji geliştirmeye, genel "aklı hikmetten", problem çözme yeteneğine kadar istisnasız her alanda insanın makine tarafından geride bırakıldığı bir durum olarak tanımlanabilir.

Robot, bir bilgisayar programı sayesinde, özellikle "kol gücü" gerektiren, karmaşık bir seri hareketi kendi başına yerine getirebilen bir makinedir. Burada altını çizmemiz gereken iki şey vardır, belirli bir veya karmaşık olmayan bir komut silsilesini değil, karmaşık bir seri hareketi

yerine getirmesi ve bunun bir bilgisayar programına bağlı olarak yapmasıdır. Aksinin kabulü pazarlama amaçlı olarak bu terimi barındıran bir “mutfak robotunu” veya herhangi elektrikle çalışan mekanik bir cihazı da robot olarak kabul etmemizi gerektirir.

Oysa robot, yapması gereken hareket silsilesinin zamanlaması, şiddeti, tekrar sayısı ve hatta diğer başka robotların faaliyetleri ile koordine olabilmelerini sağlayan, buna ek olarak ne zaman veya hangi şartlarla durması gerektiği gibi emniyet tanımlamaları da olan bir bilgisayar programı ile hareket edebilen bir makinedir.

Robot aslında hareketleri tanımlı sekansal komutların uygulanmasından ibaret elektronik bir cihazdır. Genel veya süper yapay zeka programı ile çalışıyor olmadıktan sonra zeki değildir, hareketinin ve varlığının hiçbir noktasında yukarıda fazlarla anlatılan zekaya ait bir unsur bulunmamaktadır. Aynı çıkarım insan tarafından kodlanan yazılım için geçerlidir.

Bu robotların zeka ile buluşamayacağı ve zeki bir robot haline gelebileceği anlamına gelmez. Zeka doğada bulunduğu şekliyle insan tarafından taklit edilerek kopyalanarak üretilebildiği noktada robotlar da artık şeklen “humanoid” olmaktan çıkarak, şekilleri ne olursa olsun, gerçekten zeka ile insana, canlılara yaklaşabilir.

III. SUUDİ ARABİSTAN VATANDAŞI ROBOT SOPHIA?

Zeki robotlar gündemimize hiçbir zaman Ekim 2017’de Suudi Arabistan’ın bir sosyal humanoid robot olarak üretilen Sophia’ya vatandaşlık haberi verdiği haberleri ile düştüğü etkiyle düşmemiştir.

Haber değerinin çok yüksek olmasının yanı sıra, son derece magazin sel ve aynı anda hukuki olarak da kompleks bir konuydu.

Neydi bu Sophia? Nasıl olur da Suudi Arabistan gibi bir ülke bir robota hem de kadın bir robota vatandaşlık verebilirdi? Vatandaşlık hakkı ancak bir insana ait olamaz mıydı? İnsana o kadar yakın mıydı? Suudi Arabistan’ın kadın bir vatandaşı, yanında kocası olmadan ülkeden çıkabilecek miydi? Cevabı hayır olduğuna göre, o zaman bir robot bir insanla mı evlenecekti? Buna İslami şeriat uyguladığını iddia eden bir ülke nasıl cevaz verecekti? Hong Kong “doğumlu” Sophia sahip olduğu “zeka” ile bir kadın olarak İslami şeriat hükümlerine tabi olmayı mı seçiyordu?

Gerçekten son derece hassas, tartışmalı ve magazin sel olarak dedikodu sohbetlerini renklendirecek cinsten pazarlama harikası bir proje.

Fakat biz Sophia örneğinden hareketle yapay zeka ve robotik teknoloji çalışmalarının dünyada geldiği yeri ve buna ilişkin hukuki düzenlemeleri tartışmaya dönmek zorundayız.

IV. YAPAY ZEKA ÇALIŞMALARI VE DÜNYADA GELDİĞİ NOKTA

Hanson Robotics, Hong Kong merkezli bir robot teknolojileri şirketi ve Sophia'nın üreticisidir. Sophia'yı, Google'ın ana şirketi olan Alphabet'in ses tanıma sistemleri ve Singularity NET'iyle, yani beyni ile geliştirmiştir. Sophia o kadar kompleks bir yazılım ile çalışmaktadır ki, bugüne kadar CBS 60 Minutes with Charlie Rose, the Tonight Show Starring Jimmy Fallon ve Good Morning Britain gibi programlara söyleşileriyle katılabilmiştir.

Sophia ayrıca Birleşmiş Milletler Geliştirme Programı'nın, ilk insan olmayan Innovation Champion'ı yani Yenilik/Buluş Şampiyonudur.

Bütün bu vatandaşlıkla onurlandırılması ve bir medya ikonu haline gelmesi gerçeğine rağmen, Sophia'nın GitHub üzerinden ulaşılacak açık kaynak yazılım kodu incelendiğinde Sophia bir "zeki robot" değil, aslında bir chatbot olduğu görülebilir. Yüzeysel olarak insana çok benzemesine, altmıştan fazla yüz ifadesi verebilecek şekilde bir yazılım ve materyal ile donatılmış olmasına ve etrafında olan biteni anlıyormuş gibi görünmesine rağmen aslında Terminatör filmindeki Skynet ve onun cyborg robotları gibi zeki değildir.

Katıldığı programlarda veya Birleşmiş Milletler'de bir konuşma yaptığı zaman, aslında önceden programlanmış metinleri seslendirmektedir.

Nitekim Sophia'nın beyninin mimarı ve Hanson Robotics'in baş bilim adamı ve CTO'su Ben Goertzel Sophia'nın ileri seviye bir mekanik robot ve bir chatbot yazılımından ibaret olduğunu ve yukarıda açıkladığımız anlamıyla zeki olmadığını kendisi ifade etmiştir.

Peki, Suudi Arabistan gerçekten Sophia'ya vatandaşlık verdi mi? Hayır, resmen vatandaş olmamıştır.

Buna rağmen bugün quantum fiziği prensipleri ile çalışan bilgisayarlar sayesinde bilgisayar kabiliyetlerimizle moleküler ve kimyasal etkileşimleri çözebiliyoruz.

Buna quantum bilgisayarlarının işlemlerinde kullanabileceği insanlığın tüm bu varlığı ve kabiliyetiyle ortaya koyduğu akıl almaz hacimdeki veriyi de ekleyince, yeni ilaçlar ve materyallerin geliştirilmesi sağlanabilmekte ve yapay öğrenmenin (machine learning) önü açılmaktadır.

Yani geldiğimiz noktada en başta saydığımız vasıflarla ve aşamalarla uyumlu insan yapısı bir zeka ortaya çıkmaktadır.

Ama bu yapay zeka uygulamaları nelerdir, nasıl somut olarak bunları görebiliriz? Bu haklı soruyu bir kaç örnekle açıklayarak somut bir şekilde anlatmak gerekir.

Google'ın enerji optimizasyonu, dijital sağlık, zeka oyunları ve şahsi asistan hizmetleri, satın aldığı Deep Mind şirketi tarafından kullanılmaktadır.

Finans sektöründe pazar trendlerinin takibi ve buna cevap verilmesi, risk hesaplaması, yönetimi ve giderilmesi ile sorumluluk oranları ve tazminat yükümlülüğü hesaplamalarında kullanılmaktadır.

Sağlık hizmetleri sektöründe özellikle hasta takip ve sağlık durumu öngörüsü sistemlerinde, sağlık verileriyle teşhis ve tedavi yöntemlerinin geliştirilmesinde kullanılmaktadır.

Siri ve Cortana gibi ses tanıma sistemleri zamanla kullandığımız dilde ve ses tonundaki nüansları ve semantiği anlayabilir ve mekanik öğrenmeyle insana ait duygusal reaksiyonları belli oranda taklit edebilir hale geldi ve bu gelişim devam etmektedir.

Bu örnekleri artırmak mümkün.

V. YAPAY ZEKAYA İLİŞKİN KAMU POLİTİKALARI ve HUKUKİ DÜZENLEMELER

Avrupa Birliği Avrupa Komisyonu son yedi yıldır Avrupa Robotik Haftası düzenlemektedir. Benim de bizzat takipçisi olduğum bu çalışma 2017'de Kasım ayında yapıldı ve yapay zeka robotik sistemlerin sağlık, çevre ve tarım, arama-kurtarma, spor, taşıma ve lojistik sektörlerindeki etkileri ele alınmıştır.

Avrupa Birliği, yapay zeka ve robot teknolojilerinin gelişimi engellemeyecek, tam tersine önünü açacak şekilde multidisipliner biçimde ele alınması ve sağlıklı düzenlemelere konu olabilmesi için önemli çalışmalar yapmaktadır.

1 Mart 2012'de Avrupa Parlamentosu'nun da sağladığı 1, 497, 966 Avro finansman ile 27 süre ile yapılan RoboLaw Project, Mayıs 2014'te tamamlandı ve "Robotik Alanın Hukuki Düzenlenmesi Rehberi" yayınlandı.

Bu projeye gelişmekte olan robotik, bionik, neural beyin – bilgisayar arayüzler ve nanoteknolojilerin hukuki ve ahlaki etkilerini incelemek, mevcut hukuki düzenlemelerin yeterli olup olmadığını araştırmak, geliş-

tirme ihtiyacı varsa bu değişikliklerin neler olduğunu ve bunun insanlar için önemli olan sosyal değerlere ve süreçlere etkilerinin neler olduğu araştırılmıştır.

Bu çalışmada Avrupa ülkelerinin konuya kendi yaklaşımlarının ve Avrupa Değerleri çerçevesindeki yaklaşım olduğu kadar, Kuzey Amerika, başta Japonya ve Çin olmak üzere Doğu yaklaşımları da incelenmiş ve mukayeseli hukuk anlamında fayda sağlanmıştır.

Avrupa Komisyonu, 2013 yılında Avrupa Komisyonu'nun 700 milyon Avro, 180 şirket ve araştırma kuruluşundan oluşan EURobotics'in ise 2, 8 milyar Avro ile katıldığı SPARC isimdeki dünyanın en büyük sivil robotik programını bir kamu özel işbirliği modeli olarak hayata geçirmiştir.

2014'te Avrupa Birliği'nin en büyük Araştırma ve Yenilik Programı olan ve 2020'ye kadar olan 7 yıllık süre için 80 milyar Avro ayrılan Horizon 2020 projesi robotik çalışmaların özel bir önem vermektedir.

Bu gibi çalışmaların sonunda özellikle takip edilmesi gereken şu önemli metinler çıkmıştır:

Robotik Üzerine Medeni Haklar (EPLO 2015/2103);

Robotik Üzerine Hukuki ve Ahlaki Düşünceler (EPRS, STOA Briefing, Haziran 2016) ve

Robot Hukuku Üzerine Bir Avrupa Perspektifi (Temmuz 2016)

Avrupa Birliği Avrupa Parlamentosu 16 Şubat 2017 tarihinde, Robotikte Medeni Haklar (Civil Rights on Robotics) Komisyonu tavsiyesi üzerine robotik ve robotlara ilişkin tarihi kararlar almıştır.

Bu kararlar içinde konunun takibi ve düzenlenmesi için özerk bir Avrupa kurumu kurulması, "zeki robotların" tanımlanması ve kullanım amaçlarına göre kategorize edilmesi, zeki robotlara sui generis bir kişilik tanınması, standardizasyon, emniyet ve güvenlik, fikri haklar ve veri akışı, sorumluluklar, etik araştırma ve geliştirme dalları üzerinde önemli tespitler, tanımlar ve yapılacak düzenlemelerin ipuçlarını bize verirken ayrıca Robotik Mühendisleri için Davranış Kodu ve Araştırma Etiği Komisyonları Kodu olmak üzere davranış kodları da ortaya koymuştur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği üyesi ülkeler 10 Nisan 2018 tarihinde Avrupa Birliği Yapay Zeka İşbirliği Bildirgesine imza atarak Avrupa Birliği'ni bu alanda global rekabette en öne taşıyacak önlemler almayı, bilimsel, hukuki ve ahlaki çalışmalar yapmayı resmen taahhüt etmiştir.

Bunun garantisi olarak da 2020'den itibaren yılda 20 milyar Avro kaynak yaratılması öngörülmektedir.

ABD'de de Google ve Amazon şirketlerin yürüttüğü ortak AI projelerin yanı sıra üniversiteler, sivil toplum örgütleri, eyalet hükümetleri ve federal hükümet de yapay zeka ve robotik alanın düzenlenmesi ile ilgili önemli çalışmalar yapmaktadır.

Bu çalışmaların en önemlilerinden bir tanesi eski başkan Barack Obama döneminde 2009'da ilk olarak ortaya konan Ulusal Robotik Girişimi'dir. O günden beri iki kere güncellenen Amerika Robotik Yol Haritası (US Robotics Roadmap) son versiyonu 1 Kasım 2016'da yayınlanmıştır. Bu çalışmalarla insan-robot etkileşimi, zeki robot teknolojilerinin gelişimi ve bunun eğitim, muhtaçların bakımı, arama kurtarma, sağlık hizmetleri ve bakım, güvenlik alanlarında kullanımına ilişkin etik ve hukuki prensipler içermektedir.

Yine Obama, kendi döneminin son haftalarında Yapay Zekanın Geleceğine Hazırlık konulu bir rapor yayınlarak, yapay zeka araştırma geliştirme faaliyetlerine ilişkin bir ulusal strateji planı açıklamıştır.

Amerikan Federal Hükümeti'nin yapay zeka ve robot teknolojilerine yaklaşımı Trump hükümeti döneminde de değişmemiş hatta artmıştır.

2018 Mayıs ayında Trump hükümeti bir Amerikan Sanayisi için Yapay Zeka zirvesi düzenledi. Bu zirvede Beyaz Saray, Bilim ve Teknoloji Politikaları Genel Müdürlüğü başkanlığında bir Yapay Zeka Komitesi kurduğunu açıkladı.

13 Ağustos 2018'de Başkan Trump, John S. McCain Ulusal Güvenlik Yetkilendirme Kanunu'nu imzalayarak bir Yapay Zeka Ulusal Güvenlik Komisyonu kurulmasına ve Amerikan Savunma Bakanlığı'nın, silahlı kuvvetler nezdinde yapay zeka teknolojisinin orduya ve savunma sanayisine entegrasyonu üzerine çalışacak ve hükümet ile ordu arasında işbirliğini artıracak üst düzey bir yetkili atanmasına ilişkin kanunu onayladı.

Bu kanun ile ayrıca Yabancı Yatırım Risk Değerlendirme Modernizasyonu Kanunu ile İthalat Kontrol Reformu Kanunu'nda da değişiklikler yapılmıştır. Bu mevzuatlarda yapılan değişikliklerle ABD Yabancı Yatırım Komisyonu tarafından yapılan yabancı yatırımların risk değerlendirme usulleri değiştirilmekte ve "geliştirilmekte olan ve temel teknolojilerin" değerlendirilmesinde ulusal güvenlik açıları değerlendirmelere dahil edilmektedir. Aynı şekilde bu değişikliklerle ithal edilecek teknolojilerin Savunma, Enerji ve Devlet Bakanlıkları tarafından değerlendirilmesi ve

ulusal güvenlik için sakıncalı bulunanlara kısıtlamalar veya yasaklar getirilmesi söz konusu olabilecektir.

26 Eylül 2018'de hem Cumhuriyetçi hem de Demokrat senatörlerden oluşan bir grup Hükümette Yapay Zeka Kullanılması Kanunu teklifini sundular.

Amerika'da halihazırda 21 eyalette ve District of Columbia'da sürücüsüz araçlara ilişkin mevzuat bulunmakta ve bu konuda senatoda iki federal yasa tasarısı beklemektedir.

KPMG 2018 yılında yirmi ülkeli Sürücüsüz Araçlar Hazırlık Endeksi yayınlamış ve bu endekste birinci sırayı Hollanda almıştır. Japonya ve Birleşik Krallık da bu konuda mevzuat çalışmalarını hızla sürdüren, bir kısmını çıkararak ülkelerdir. 2020 yılında Japonya ve Avustralya, 2021 yılında ise Birleşik Krallık sürücüsüz araçları kontrollü şekilde trafiğe çıkaracağını açıklamıştır.

Japonya 2015'te Robot Devrimi Girişimi'ni açıklayarak Ulusal Robot Stratejisini yayınladı. Bu stratejinin uygulanması amacıyla Robot Devriminin Gerçekleştirilmesi Konseyi kuruldu. Kurul Robot Düzenleme Reformu Uygulama ilkelerini açıkladı ve telekomünikasyon, sanayi üretimi, sivil havacılık ve aeronautics, tüketicinin korunması, trafik ve sağlık mevzuatlarında yapılması gereken değişiklikleri tespit ederek bir dizi değişikliğe başladı.

Bu değişikliklerin yanı sıra şu anda Robotik Emniyetin Yönetimi Kanunu görüşülmektedir.

VI. SONUÇ

Bütün bu baş döndürücü gelişmelere, quantum bilgisayarını ve makine öğrenimi kabiliyetlerinin, yapay zekanın ve robot teknolojilerin genetik bilimlerinde kullanımı eklenince ortaya insanlıkla ilgili varoluşsal bir kriz ortaya çıkmaktadır.

Son altı ay içinde Çin'de DNA olarak insanla hemen hemen aynı olan bir maymunun klonlandığı, genetik editing ile HIV virüsüne dayanıklı insan yavrusu dünyaya getirildiği ve vatandaşların belli kriterlere göre sınıflandırıldığı açıklamaları yapılmıştır.

Asıl mesele bilim kurgu filmlerinde veya bazı fütürist spekülasyonlarca yapılan komplo teorilerinde dile getirildiği gibi makinelerin insanları yok etmesi veya köleleştirilmesi değildir.

Asıl mesele dünyanın da artan insan nüfusunu ve Afrika, Güney Asya gibi coğrafyalarda başlayacak büyük ölçekli toplu göç hareketleri karşısında dünyanın fiziki olarak dayanma gücü kalmadığından uzay kolonizasyonunun önümüzdeki otuz yıl içinde tamamlanacağı gerçeğidir.

Bununla birlikte asıl mesele, insan, dünyayı ve yerleşeceği yeni dünya dışı yerleşkeleri değiştirmekten aciz olduğu için en kolay ve en masrafsız yol olarak insan genetiğinin, insan yapısının milyonlarca yıl sürmesi gereken evrimi beklemeyerek yine insan tarafından değiştirilerek, insanın yeni yaşam şartlarına zorunlu olarak adapte edilmesi, organ ve uzuvların laboratuvar ortamlarında üretilerek kolaylıkla ikame edilebilir hale gelmesidir.

Önümüzdeki otuz - kırk yıl içinde karşı karşıya kalacağımız bu durum insana insanı değiştirme hakkını tanımakta, bazı insanların, bazı insanları, kendi vaz edecekleri kriterlerle dünya dışına taşıyarak, kalanları dünya şartlarına mahkum edebilme hakkını tanımaktadır.

Bu durum İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan ve insan olmakla kazanılan temel hak ve eşitliklere aykırı bir durum ortaya çıkarmakta ve her birimizin içine işlemiş insan hakkı kavramı ile çelişmektedir.

Öte yandan teknoloji ve karşılaşılan yeni durum belki de Türkiye'ye teknik ve hukuki rekabetçi avantaj şartları ortaya çıkarabilmek açısından fırsatlar da sunmaktadır.

Daha katılımcı, daha çoğulcu, uzmanlık gerektiren bazı faaliyetlerin uzman olarak yetişen insanlar veya yapay zeka tarafından çok daha hatasız yerine getirildiği, yapay zeka, quantum bilgisayarını, bio-genetik, uzay teknolojileri ve blockchain sistemlerinin geliştirilmesinde ciddi rol oynanan, hem kamuda, hem özel sektörde bu teknolojilerin daha entegre kullanılarak verimliliğin artırıldığı, know-how ve yatırım destinasyonu olarak bir cazibe merkezi haline geldiği ve bu yetkinliklerle yaratılabilecek yeni maddi kaynaklarla sürdürülebilir ilerlemenin mümkün kılınabileceği bir dönem.

Başta AB'de ve ABD'de gözlemlediğimiz şekliyle, bilim adamlarının, Ar-Ge merkezlerinin ve hukukçuların, devletin üç ergi ile birlikte özel bir program çerçevesinde ve işbirliği içinde teknoloji geliştirme imkanlarının ülkemize çekilmesi, ülkemizde yapılması ve ülkemizde kalması yönünde çalışmaya bir an önce başlaması elzemdir.

TASARRUFUN İPTALİ DAVALARI ZORUNLU ARABULUCULUK KAPSAMINDA DEĞİLDİR

Av. Onur ÖREN

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa, 7155 sayılı Kanun ile; “MADDE 5/A - (1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.” hükmü eklenmiş, böylelikle ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk, diğer bir anlatımla ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk hukuk yaşantımıza dâhil olmuştur.

İhdas edilen düzenlemede ticari bir uyuşmazlık nedeni ile açılacak dava öncesinde, dava şartı olan arabuluculuk kurumuna başvurulması iki ölçüte bağlanmıştır;

(1) TTK.md.4 hükmüne atıf yapıldığından mutlak veya nisbi bir ticari davanın ikamesi söz konusu olacaktır.

(2) İkamesi düşünülen mutlak veya nisbi ticari dava, “konusu bir miktar paranın ödenmesi olan” alacak ve tazminat talepleri hakkında olacaktır. Diğer bir ifade ile tüm alacak davaları bu kapsamda değildir.

Düzenlemenin yoruma oldukça açık ve muğlak oluşu pek çok tartışmayı beraberinde getirmiş, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı sanıyoruz ki ortaya çıkabilecek hak kayıplarını ve karmaşayı ortadan kaldırmak maksadı ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3.Hukuk Dairesi Hakimi Sayın İlker Koçyiğit ile Hukukçu Sayın Alper Bulur’un kaleme aldığı “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk” adlı kitabı yol gösterici olması bakımından <http://www.adb.adalet.gov.tr/> sitesinde yayınlamıştır. ¹

Bu yazımızda kitabın genel bir eleştirisinden ziyade, kitapta İİK.md.277 vd. hükümleri ile düzenlenen Tasarruf İptal Davası ile BK.md.19 hükmü uyarınca ikame edilerek İİK.md.283 hükmünün kıyasen uygulan-

¹ <http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf>

ması talebini içerir Muvazaa Nedeni ile İptal Davaları hakkında yapılan kanaatimizce hatalı yorumlara değinilecektir.

Bahsi geçen kitabın 96'ncı sayfasında, Sayın Alper Bulur'un kalem aldığı belirtilen İcra ve İflas Hukukuna ilişkin kitaba atf yapılmak sureti ile başlıklanan "Dava Şartı Olan Arabuluculuğun İcra ve İflas Hukukuna Etkisi" başlıklı kısımda;

*"Haciz yolu ile takipte hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden, iflâs yolu ile takipte ise iflâsın açılmasından önce, borçlunun üçüncü kişiyle yapmış olduğu ve alacaklısına zarar veren, kanun koyucu tarafından da uygun bulunmayan birtakım işlemlerin iptali amacıyla açılabilen tasarrufun iptali davasının (İİK m. 277 vd.) temelinde alacak hakkı olması nedeniyle, aynı değil; şahsî bir davadır. İptal davası ile maddi hukuka ilişkin yeni bir sonuç doğmamakta, sadece üçüncü kişiye takibe katlanma yükümlülüğü yüklenmektedir. Bununla birlikte, tasarrufun iptali davası **bir eda davası niteliğindedir ve dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır.**"* denilmektedir.

Az yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir davanın TTK.md.5/A hükmü uyarınca zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilebilmesi için dava mutlak veya nisbi ticari dava niteliğinde olmalı ve "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan" alacak ve tazminat talepleri hakkında olmalıdır.

Tasarruf İptal Davalarında davacı alacaklının dava sonucunda elde edebileceği iki menfaat bulunmaktadır. Bu davada davacı alacaklı; mal üzerinde kendisine cebri icra yetkisinin verilmesini isteyebileceği gibi şayet mal devam eden devirler neticesinde artık kendisi açısından iptal şartları oluşmamış kimselerin eline geçmiş ise, taşınmaza el atma imkanı ortadan kalktığından, borçlunun ızrar kastını bilen/bilmesi gereken kimseler açısından mal yerine geçen değer nakden tazminini de isteyebilir.

Konusu halen mal üzerinde cebri icra yetkisinin tanınması olan Tasarrufun İptali Davası neticesinde davayı açan alacaklı İİK.md.283/1 hükmünde düzenlendiği üzere *"..davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder."*, bu davanın konusunun TTK.md.5/A'da ifade edildiği şekli ile "bir miktar paranın ödenmesi" olmadığı ve bu nedenle de bu davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı çok açıktır. Tasarruf İptal Davası kanaatimizce Sayın Alper Bulur'un ifade ettiği şekli ile temelinde alacak hakkı olan bir dava olma-makla birlikte, şayet böyle olsa idi dahi,

Kanun Koyucu tüm alacak davaları için değil, açıkça “*konusu bir miktar paranın ödenmesi*” olan Alacak Davaları bakımından zorunlu arabuluculuk sonucunu öngördüğüne göre, bu davanın yine zorunlu arabuluculuk kapsamında olamayacağı tartışma konusu yapılamayacak kadar açıktır.

İfade ettiğimiz üzere Tasarruf İptal Davasının konusu mal yerine geçen değerler nakden tazmini de olabilmektedir. Bu durum İİK.md.283/2 hükmü ile düzenlenmiştir. Buna göre “*İptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (Davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkum edilir.*” Burada TTK.md.5/A hükmünde düzenlenen iki ölçütten birinin sağlandığı, ortada “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan*” bir “*alacak davası*” ve “*tazminat*” talebinin bulunduğu değerlendirilebilecek ise de bu kez ikinci ölçüt olan, davanın TTK’nın “*4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan*” olup olmadığı, diğer bir ifade ile mutlak yada nisbi ticari davalardan olup olmadığı tartışılması gerekecektir. Önemle belirtmek gerekir ki; “*İptal davası, ticari dava olmadığından, ticaret mahkemesinin görevine girmez.*”²

Pek çok meslektaşımızın malumu olduğu üzere, 6762 sayılı eTTK uygulamasında Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Asliye Ticaret Mahkemeleri arasındaki ilişki işbölümü ilişkisi olarak kabul edilmekte idi. eTTK döneminde Tasarruf İptal Davaları bakımından gerek bu mahkemelerde görevli hâkim sayısının fazlalığı, gerekse de daha tecrübeli hâkimlerin bu mahkemelerde görevlendirilmesi nedeni ile Ticaret Mahkemelerinde açılmak istenmekte idi. Asliye Hukuk ve Asliye Ticaret Mahkemeleri arasındaki ilişki de görev ilişkisi olmadığından, ilk itiraz olarak işbölümü itirazı ileri sürülmediğinde Ticaret Mahkemelerinde Tasarrufun İptali Davalarının görülmesi mümkün olmakta idi. 6102 sayılı TTK ile ise bu ayırım görev ayırımına dönüştürülmüştür. Böylece neticelenen bir Tasarruf İptal Davasının görev nedeni ile bir Bozma ile karşı karşıya kalmaması için görevli mahkemenin kesin olarak belirlenmesi gereği ortaya çıkmıştır. Bu dönemde Tasarruf İptal Davalarını temyizden tetkik ile görevli Yargıtay 17.Hukuk Dairesi pek çok kararında davanın ticari niteliğinin bulunmadığını bu nedenle de Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğunu içtihat etmiştir.³ Konu 2014 yılında Hukuk Genel Kurulu önüne gitmekle,

2 Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku , 2013 s.1427

3 Bu hususta bkz. Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin T.29.12.2016 E.2016/10294 K.2016/12177, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin T.30.1.2017 E.2014/24358 K.2017/742, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin T.4.10.2016 E.2016/10183 K.2016/8543 Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin T.18.10.2016 E.2014/14988 K.2016/9040, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin T.1.11.2016 E.2014/20849 K.2016/9681 ayrıca Bu hususta Uyar T. İcra ve İflas

karardan naklen;

“Özellikle vurgulandığı gibi tasarrufun iptali davasında ya da somut olayda olduğu gibi TBK'nın 19. maddesi gereğince ve İİK'nun kıyasen uygulanması istemli olarak açılan davalarda alacaklı ile borçlu taraflar arasındaki ticari nitelikteki alım satım ya da banka alacağını oluşturan ticari ya da genel kredi sözleşmeleri görevin belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. **Ne tasarrufun iptali davası ne de TBK m.19 gereğince İİK'nun 283. maddesinin kıyasen uygulanması istemli muvazaa davası TTK'nun 4.maddesinde belirtilen MUTLAK YA DA NİSPİ TİCARİ DAVA niteliğine haiz olduğundan,** 6100 sayılı HMK'nun 2. maddesi gereğince genel görevli Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görev alanında kalmaktadır.”⁴

Tasarruf İptal Davalarının hiçbir şart altında, “TTK'nun 4.maddesinde belirtilen mutlak ya da nispi ticari dava” olmadığı içtihat edilmiş durumdadır. Böylelikle davanın mal yerine geçen değer nakden tazmini talebi ile ikamesi halinde yahut davanın seyri esnasında davaya tazminat talepli olarak devam edilmesi halinde, davanın zorunlu arabuluculuk kapsamında olmayacağı açığa çıkmaktadır.

Yine bahsi geçen “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk” adlı kitabın 262'nci sayfasında, hangi davaların Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamında bulunduğu örneklendirilmek sureti ile anlatılmak istenmiş, burada konu yeniden İİK.md.277 vd. hükümlerinde yer alan Tasarrufun İptali talepli davalara getirilmiştir;

“2. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanundan Kaynaklanan

Talepler

Dava şartı arabuluculuk kapsamında olanlar;

Örnek 5- Davacı vekili, borçlu ET Ltd. Şti. hakkında takip başlatıldığını, takibin semeresiz kaldığını, borçlunun dava konusu 20 U 4848 plakalı aracını önce 23.08.2012 tarihinde davalı SB A.Ş.'ye onun da 04.12.2013 tarihinde davalı borçlu Haşim'e devrettiğini belirterek, bu tasarrufların iptalini talep etmiştir. *Tüm davalılar vekili, davacı iddialarının doğru olmadığını davalılar arasındaki satış sözleşmelerinin gerçek satış olup mal kaçırma iradelerinin olmadığını, satış bedellerinin ödendiğini, ödemelerin banka kanalı ile yapıldığını ileri sürerek talebin reddi gerektiğini savunmuşlardır.*”

Hukukunda Tasarruf İptal Davaları 5.Bası, 2018 s.389 ve devamında yer alan 17 HD. 07.07.2014 T. 12643/10775, 17 HD. 06.05.2014 T. 3661/7221.

4 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2014/17-2389 Esas 2016/129 Karar sayılı kararı.

Örnek olarak gösterilen olayda Arabuluculuk Daire Başkanlığının bakış açısına göre; Yerel Mahkemece, dava şartı yerine getirilmediğinden davanın usulden reddi gerekmektedir. Konunun İstinaf Mahkemesine ve Yargıtay 17.Hukuk Dairesine intikali halinde sonucun ne olacağını elbette bilemeyiz fakat Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Dairesi Başkanlığının, Tasarrufun İptali Davalarını temyizden tetkik ile görevli Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin, var olan Hukuk Genel Kurulu Kararına rağmen yerleşik içtihadından dönmesi beklentisinde olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde davacı alacaklılar bakımından Yargıtay Kanununun 15'inci⁵ maddesi yollaması ile Yargıtay Kanununun 45'inci⁶ maddesine göre içtihadın birleştirilmesini istemek imkânı da ortaya çıkabilecektir. Uygulamanın yerleşmesi için geçecek sürenin uzunluğu Tasarrufun İptali Davaları bakımından hakkını almak için çaba sarf eden alacaklıları bir açmazın içerisine sürüklemiş durumdadır.

Tasarrufun İptali Davaları İİK.md.284 hükmünde belirtildiği üzere iptali istenen işlemi yapıldığı tarihten itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gereken davalardır. Bu sürenin bitimine kısa bir süre kala, borçlunun malını kaçırdığını öğrenen alacaklı; davanın arabuluculuğa tabi olmadığını kabul edip davasını açtıktan sonra uygulama aksi yönde gelişir ise, arabuluculuğa başvurmadan açılan davası usulden reddedilecektir. Bu sürede hak düşürücü süre geçeceğinden alacaklının hakkı zayi olacaktır. Aynı alacaklı davanın arabuluculuğa tabi olduğunu kabul edip kalan kısa sürede dava açmaz ve süreyi keseceğinden bahisle arabuluculuğa başvurur ise bu kez de uygulama aksi yönde geliştiğinde, bu alacaklının başvurduğu arabuluculuk ihtiyari olup (başvuru anında) süreyi kesmeyeceğinden davayı süresinde açamayacak yine hakkı zayi olacaktır.

Sonuç olarak Tasarrufun İptali Davaları ister mala ister mal yerine geçen değere taalluk etsin kanaatimizce zorunlu arabuluculuk kapsamında değildir. Bu davaların zorunlu arabuluculuk kapsamında olması Arabuluculuk Dairesince temenni ediliyor olabilir, fakat bu temenni yayınlanan kitaplar ile uygulamaya geçirilemez. Böyle bir uygulama şüphe uyandırmayacak mevzuat düzenlemeleri ile başarılabilir.

5 "Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri: Madde 15 – Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri şunlardır: Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa, Bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak.."

6 "İçtihadların birleştirilmesini istemek yetkisi ve bağlayıcılığı: Madde 45 – İçtihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurması halinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur. Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir."

İMAR KANUNU'NUN

18. MADDESİNİN GENEL UYGULAMASI

Av. Umut GÜN

1. Giriş

Şehirleşme ya da kentleşme Batı Avrupa ülkelerinde 9. Yüzyılda sanayileşme sürecinin bir etkisi olarak ortaya çıkmıştır. Sanayileşme ile birlikte ekonomi kavramının kendisini toplumsal hayatta iyice hissettirdiği bu zamanda yerleşimler faaliyet gösteren fabrikaların çevresine kurulmakta idi. Bu şehirleşme tipine düzenli şehirleşme denilebilir. Batı Avrupa ve Amerika Birleşik Devletlerinde yer alan şehirleşmeler büyük oranda bu kapsamda değerlendirilmektedir. Az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde ise sanayileşme hızlı seyretmemiştir. İşte bunun bir sonucu olarak yerleşim yerleri bir fabrika çevresinde sistematik olarak kurulmamıştır. Bu tarz şehirleşmeye de “sanayileşmesiz şehirleşme” veya “çarpık şehirleşme” denilmektedir.

Her yıl artan ülke nüfusu ile doğru orantılı olarak büyük şehirlerin nüfus yoğunluğu da artmaktadır. Türkiye İstatistik Kurumunun 27587 sayılı ve 01/02/2018 tarihli haber bülteninde yer alan bilgilere göre, Türkiye nüfusunun %18, 6'sının ikamet ettiği İstanbul, 15 milyon 29 bin 231 kişi ile en çok nüfusa sahip olan il oldu. İstanbul'u temel alarak konuyu açıklamaya devam edersek, söz konusu bu artışın sebebinin sadece doğum oranları ile değil aynı zamanda köylerden kentlere olan göç akımı ile de açıklanması gerekmektedir. Hali hazırda kentlerde yaşamakta olan insanların, doğum yolu ile sayısının artması yanında köylerden şehirlere yönelen göç hareketi de şehir nüfus yoğunluğunu arttırmıştır. İşte bu iki etkenin yol açtığı artış neticesinde şehirlerde işsizlik oranı artmaya başlamış ve işsizlik sebebi ile de bireyler arasında mevzu bahis olan gelir dağılımının eşitsizliği yüksek seviyelere ulaşmıştır. Bu halde de şehirde yer alan insanların bir kısmı gökdelenlerde, siteler ve apartmanlarda yaşarken, bir diğer kesim de herhangi bir yer gözetmeksizin denetim dışı olarak kendi yaptığı evleri ile gecekondu mahallelerini yaratmıştır. Dolayısıyla, Türkiye'nin hatta Avrupa'nın en kalabalık şehirlerinden biri olan İstanbul'da çarpık kentleşme oranının çok yüksek olduğu gözle görülebilir seviyelere ulaşmıştır. Öyle ki, bazı yerleşim bölgelerinde gökdelenlerin ve iş merkezlerinin hemen yanlarında gecekondu mahallelerinin bulunması

“çarpık kentleşme” kavramını artık görülebilir kılmıştır.

Çarpık ve düzensiz şehirleşmeyi durdurmak, düzenli devletin ve onun yerel idari organları kadar vatandaşların da görevidir. Anılan bu görevin gereklerini gerçekleştirebilmek için de çeşitli imar uygulamaları keşfedilmiştir. İmar Hukuku'nun en çok tartışılan konularından birisi olan İmar Kanunu'nun Arsa ve Arsa Düzenlemesi başlıklı 18. maddesinde yer alan “Düzenleyici Ortaklık Payı” da bu uygulamalardan biridir. İşbu çalışma ile anılan madde kapsamında genel uygulama açıklanmış, madde kapsamında yer alan kavramların ve düzenlemelerin hukuki nitelikleri tartışılmıştır.

2. Madde ve DÜZENLEME ORTAKLIK PAYI (DOP)'un Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Normlar hiyerarşisi hukuk düzeni içerisinde var olan yazılı kaynakların astlık ve üstlük ilişkisidir. Başka bir deyiş ile normlar hiyerarşisi, hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemekte ve bir hukuk düzeninde var olan normların çokluğu anlamına gelmektedir¹. Söz konusu yapıyı bir piramide benzetecek olursak, hiyerarşide üst sıralardan başlamak üzere sıra anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler şeklinde belirlenebilmektedir. Milletlerarası antlaşmaların normlar hiyerarşisinde nerede yer aldığı ise tartışma konusu olup, konuya ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır².

Bir sonraki “Maddenin İncelenmesi” başlıklı kısımda anlatılacağı üzere Kanun'un Arsa ve Arsa Düzenlemesi başlıklı 18. maddesi genel anlamda Düzenleme Ortaklık Payından bahsetmektedir. O halde, madde kapsamında ayıca DOP'un da kanunlar hiyerarşisinde ilişkili olduğu düzenlemelerden bahsetmekte yarar olacaktır.

DOP ile ilgili 1982 tarihli Anayasa'da bağlantılı bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, her ne kadar DOP ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası arasında doğrudan bir ilişki bulunmasa da, Anayasa'nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması” başlıklı 13'üncü³, “Yerleşme ve

1 Erdal KULUÇLU, **Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi Ve Sayıştay Denetimine Etkileri**, Sayıştay Dergisi, S. 71, s.3

2 Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, BETA Basım Yayım, 22, İstanbul 2018, s.80

3 **II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması**

Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.) Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Seyahat Hürriyeti” başlıklı 23’üncü⁴ ve “Mülkiyet Hakkı” başlıklı 35’inci⁵ maddeleri sayesinde dolaylı bir ilişkidten bahsetmek isabetli olacaktır.

Anılan 13’üncü madde incelendiğinde temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmadığı sürece sebeplere bağlı olarak kanunlar vasıtası ile sınırlanabileceğini açıklamaktadır. AYM 21.06.1990 tarih ve 1990/7 E., 1990/11 K. sayılı kararında olaya “hakkın özü” kavramından hareket ederek yaklaşmış ve DOP’u, hakkın özüne dokunan ve onu yok eden bir sınırlandırma olarak görmemiştir⁶.

Anayasa’nın “Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti” başlıklı 23’üncü maddesinde ise herkesin yerleşme ve seyahat hakkına sahip olduğu ve bu hakkın da yine kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu maddeye göre de sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi sağlamak amacıyla yerleşme özgürlüğüne sınırlandırma getirilebileceği hüküm altına alınmıştır⁷.

DOP ile Anayasa’nın dolaylı bağlantısını sağlayan mülkiyet hakkı konulu maddeye göre ise herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, bu hakkın kamu yararı amacıyla kanun ile sınırlanabileceği ve bu hakkın kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı açıktır. “Maddenin İncelenmesi” başlıklı kısımda da açıklanacağı üzere belediyelerce yürütülmekte olan DOP işlemleri de kamu yararı amacı ile toplum yararına uygun olarak gerçekleştirilmektedir.

Görüldüğü üzere, normlar hiyerarşisinin bir gereği olarak, makalenin konusunu teşkil eden madde kapsamında kalan DOP ve kanunun 18. maddesinin, Anayasa’ya herhangi bir aykırılığı bulunmamaktadır.

DOP’un kaynağının ise Kanun’un “Arsa ve Arsa Düzenlemesi” başlıklı

4 V. Yerleşme ve seyahat hürriyeti

Madde 23 – Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

(Değişik fıkra: 7/5/2010-5982/3 md.) Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz.

5 XII. Mülkiyet hakkı

Madde 35 – Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

6 Mustafa YILMAZ, İmar Kanunu’nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S.3-4, s.49

7 Ibid

18.maddesine⁸ dayandığı açıktır. Madde kapsamında arazi ve arsa dü-

8 Arazi ve arsa düzenlemesi:

Madde 18 – İmar hududu içinde bulunan binahı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakati aranmaksızın, birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise yukarıda belirtilen yetkiler valilikçe kullanılır.

Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında “düzenleme ortaklık payı” olarak düşülebilir. Ancak, bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırkını geçemez.

(Değişik üçüncü fıkra: 3/12/2003-5006/1 md.) Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tâbi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, otopark hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi umumi hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz. (Ek iki cümle: 19/4/2018-7139/32 md.) Düzenlemeye tabi tutulan alan içerisinde bulunan taşkın kontrol tesisi alanlarının, bu fıkroda belirtilen kullanımlar için düzenleme ortaklık payı düşülmesini müteakip kalan hazine mülkiyetindeki alanlardan karşılanması esastır. Ancak taşkın kontrol tesisi için yeterli alanın ayrılamaması durumunda, düzenleme ortaklık payının ikinci fıkroda belirtilen oranı aşmaması şartıyla, düzenlemeye tabi diğer arazi ve arsaların yüzölçümlerinden bu fıkradaki kullanımlar için öncelikle düzenleme ortaklık payı ayrıldıktan sonra ikinci fıkroda belirtilen orana kadar taşkın kontrol tesisi için de ayrıca pay ayrılır.

Düzenleme ortaklık paylarının toplamı, yukarıdaki fıkroda sözü geçen umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde, eksik kalan miktar belediye veya valilikçe kamulaştırma yolu ile tamamlanır.

Herhangi bir parselden bir miktar sahanın kamulaştırılmasının gerekmesi halinde düzenleme ortaklık payı, kamulaştırmadan arta kalan saha üzerinden ayrılır.

Bu fıkra hükümlerine göre, herhangi bir parselden bir defadan fazla düzenleme ortaklık payı alınmaz. Ancak, bu hüküm o parselde imar planı ile yeniden bir düzenleme yapılmasına mani teşkil etmez.

Bu düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenleme ortaklık payı alınanlarından, bu düzenleme sebebiyle ayrıca değerlendirme resmi alınmaz.

Üzerinde bina bulunan hisseli parsellerde, şüylanma sadece zemine ait olup, şüyüün giderilmesinde bina bedeli ayrıca dikkate alınır.

Düzenleme sırasında, plan ve mevzuata göre muhafazasında mahzur bulunmayan bir yapı, ancak bir imar parseli içinde bırakılabilir. Tamamının veya bir kısmının plan ve mevzuat hükümlerine göre muhafazası mümkün görülemeyen yapılar ise, birden fazla imar parseline de rastlayabilir. Hisseli bir veya birkaç parsel üzerinde kalan yapıların bedelleri, ilgili parsel sahiplerince yapı sahibine ödenmedikçe ve aralarında başka bir anlaşma temin edilmedikçe veya şüyüü giderilmedikçe bu yapıların eski sahipleri tarafından kullanılmasına devam olunur.

Bu maddede belirtilen kamu hizmetlerine ayrılan yerlere rastlayan yapılar, belediye veya valilikçe kamulaştırılmadıkça yıktırılamaz.

Düzenlenmiş arsalarda bulunan yapılara, ilgili parsel sahiplerinin muvafakatları olmadığı veya plan ve mevzuat hükümlerine göre mahzur bulunduğu takdirde, küçük ölçüdeki zaruri tamirler dışında ilave, değişiklik ve esaslı tamir izni verilemez. Düzenlemeye tabi tutulması gerektiği halde, bu madde hükümlerinin tatbiki mümkün olmayan hallerde imar planı ve yönetmelik hükümlerine göre müstakil inşaata elverişli olan kadastral parsellere plana göre inşaat ruhsatı verilebilir.

zenlemelerinden bahsedilmiş, DOP ile ilgili genel hükümlere ve DOP'un uygulanması konusunda prensipler öngörülmüştür.

2981 sayılı Kanununun 10/c maddesi, imar mevzuatına aykırı bina yapılmış, hisseli arsa ve araziler veya özel parselasyona dayalı arazilerde DOP ile ilgili düzenlemeler yer almakta, 2. paragrafın son cümlesinde DOP alınabileceğine dair hüküm bulunmaktadır⁹.

Normlar hiyerarşisinde mevcut sıra ile devam edecek olursak, DOP'un uygulanması ile ilgili 02/11/1985 tarih ve 18916 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İmar Kanununun 18 İnci Maddesi Uyarınca Yapılacak Arazi ve Arsa Düzenlenmesi İle İlgili Esaslar Hakkında Yönetmelikten bahsetmek gerekecektir. Yönetmeliğin "Amaç" başlıklı 1.maddesi "*yönetmeliğin amacı; 3194 sayılı İmar Kanununun 18 inci maddesine göre yapılacak arazi ve arsa düzenlemesinin nerelerde ve ne şekilde tatbik edileceği ve bununla ilgili diğer hususlara açıklık getirmektir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Gerçekten de anılan yönetmeliğin incelenmesi sonucunda DOP'un uygulanması ile ilgili birçok ölçüt, ilke, usul ve düzenlemelere yer verildiği görülecektir. Konu ile ilgili bir diğer yönetmelik de, Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında 3030 Sayılı Kanun Dışında Kalan Belediyeler Tıp İmar Yönetmeliği'dir. Ancak, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun "Yürürlükten Kaldırılan Hükümler" başlıklı 31. maddesinde açıkça "*27.6.1984 tarihli ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile aynı Kanunun ek ve değişiklikleri yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunlarda ve diğer mevzuatta, 27.6.1984 tarihli ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile değişikliklerine yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.*" denilmektedir.

Somut konuya ilişkin olarak Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından 31/01/2000 tarih ve 86 sayılı bir genelge yayımlanmıştır. Genelge'nin konusunu 3030 Sayılı Kanun Kapsamı Dışında Kalan Belediyeler Tıp İmar Yönetmeliği teşkil etmektedir. Genelge kapsamında parselasyon planları, inşaat ruhsat işlemleri, daha önce yapılmış müracaatlar, ruhsat yenileme

Bu maddenin tatbikinde belediye veya valilik, ödeyecekleri kamulaştırma bedeli yerine ilgililerin muvafakatı halinde kamulaştırılması gereken yerlerine karşılık, plan ve mevzuat hü- kümlerine göre yapı yapılması mümkün olan belediye veya valiliğe ait sahalardan yer verebilirler.

Veraset yolu ile intikal eden, bu Kanun hükümlerine göre şuyulandırılan Kat Mülkiyeti Kanunu uygulaması, tarım ve hayvancılık, turizm, sanayi ve depolama amacı için yapılan hisselendirmeler ile cebri icra yolu ile satılanlar hariç imar planı olmayan yerlerde her türlü yapılaşma amacıyla arsa ve parselleri hisselerle ayıracak özel parselasyon planları, satış vaadi sözleşmeleri yapılamaz.

9 YILMAZ, Op Cit., s.53

işlemleri, yapı kullanma izni, kamu yapıları, konut alanlarında yapılabilecek gündelik ihtiyaçlar kapsamında yapılar ile ilgili düzenlemeler yapılmış olup, belirli denetim kriterlerinden ve cezalardan bahsedilmiştir¹⁰.

3. DOP'un Tanımı ve Esasları

3194 sayılı İmar Kanunu'nun "Arazi ve Arsa Düzenlemesi" başlıklı 18. maddesinde genel itibarıyla DOP ve DOP'un esasları belirlenmiştir. Ancak bu açıklama ve düzenlemelere rağmen DOP'un tanımı anılan maddede değil, Yönetmelik kapsamında yapılmıştır. Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4.maddesine istinaden DOP, *düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan yol, meydan, park, yeşil saha, genel otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan ve tescile tâbi olmayan alanlar ile cami, karakol yerleri ve ilgili tesisler için kullanılmak üzere, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında düzenlemeye tâbi tutulan arazi ve arsaların, düzenlemeden önceki yüzölçümlerinden % 35'e kadar düşülebilen miktar ve/veya zorunlu hallerde malikin muvafakati ile tesbit edilen karşılığı bedeldir.*

Kanun'un 18. maddesine göre idare, malikleri veya diğer hak sahiplerinin onayı aranmaksızın, imar sınırları içerisinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri birbirleri ile, yol fazlaları ile, kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve re'sen tescil işlemlerini gerçekleştirebilir. Anılan madde kapsamında söz konusu işlemleri gerçekleştirme konusunda yetkili olan idari yönetim ise belediyeler olup, bahsedilen yerler belediye ve mücavir¹¹ alan dışında ise belirtilen yetkiler valilikçe kullanılacaktır.

10 Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, http://www.makineosb.org.tr/dosyalar/Mevzuat/Y4J_BayIskBak31102000TarihliGenelge.pdf

Site 28/11/2018 tarihinde ziyaret edilmiş ve erişime açık olduğu görülmüştür.

11 T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belediye ve mücavir alan farkı belirlenmiştir. Belediye", Belde halkının ortak yerel gereksinmelerini karşılayan ve belde hizmetlerini gören kamu tüzel kişiliğine sahip yerel yönetim kuruluşudur. "Belediye Sınırı", bir belediyenin Yasa kurallarına göre belirlenen sınırlarıdır. İl ve ilçe merkezlerinde zorunlu olmak üzere, nüfusu 5000 ve üzerinde olan yerleşim birimlerinde belediye kurulmaktadır. Belediye, mahalli yöneticisi olan idari birimlerdir. Belediyeler, o çevre halkı tarafından seçilen bir belediye Meclisi ile bir Belediye başkanı tarafından yönetilir. Gerek idari, gerekse mali bakımdan bağımsız olan bir teşekküldür. Köy, mahalli idare teşkilatının en küçük yerleşim yeri, muhtar ile tüzel kişiliğe sahiptir. Mücavir alan sınırı ise belediye sınırlarının dışında, imar mevzuatı bakımından belediyelerin kontrol ve mesuliyeti adına verilmiş olan sınırdır. Belediye ya da il, ilçe ve köy sınırları birer idari sınırdır. Mücavir alan idari sınır değildir. Örneğin, bir alanda belediye kurulup, belediyenin seçilmiş organlarının iş başına gelmesi bu alan içindeki köylerin idari varlığı ve tüzel kişiliğinin sona ermesine yol açar. Oysa bir köyün mücavir alan sınırlarına alınması, köyün idari ve tüzel kişiliğinin sona ermesi anlamına gelmez.

DOP'un uygulanabilmesi için bir takım şartların mevcut olması¹² ve bu uygulamanın da belirli esasların çizdiği sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Genel itibariyle bu sınırlamalar Kanun ve Yönetmelik kapsamında belirtilmiştir. Söz konusu kriterlere uyulmaması ve idarenin yetkisini aşması halinde de arsa ve arazi maliklerince idare aleyhine el atmanın önlenmesi davası açılabilir. Yüksek mahkeme, kararında¹³ taşınmazı yola çevrilen malikin, kamu tüzel kişiliği aleyhine el atmayı önlenmesi davası açılabilirliğini, şehir imar planının onaylanarak kesinleşmiş olmasının, idareye vatandaşın taşınmaz malına kamulaştırma kararı olmadan el atma hakkını vermeyeceğini belirlemiştir¹⁴.

Söz konusu sınırlardan bahsedecek olursak, ilgili alana ait 1/1000 veya 1/500 ölçekli uygulama imar planının mevcut olması gerekli olup, birebir arazi kullanımını göstermeyen küçük ölçekli nazım imar planları ya da mevzii imar planlarına¹⁵ göre imar uygulaması olanaklı değildir¹⁶. Ek olarak, belirlenen imar planı hayata geçirileceğinden, 18. madde uygulaması mutlaka imar planına uygun olmalıdır¹⁷. DOP'un idarenin yetkili organları aracılığı ile uygulanabilmesi için söz konusu alanın imara açık bir alan olması gerektiği ise maddenin lafzından anlaşılmaktadır. Kanun'un 18. maddesinin 2. fıkrasına göre de, DOP uygulaması yapılabil-

12 Halil KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, Ankara 2009., s.336

13 HGK.13.11.1971 T. E:1844, K:676 (İBD.1972/1-2, sh.37)

14 Talih UYAR, Yargıtay Kararlarında "El Atmanın Önlenmesi" (Men'i Müdahale) ve "İstihkak Davaları" (Mk. 618), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara(2000), S.1, s.115

15 Nazım İmar Planı ve Mevzii İmar Planı, Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik kapsamında tanımlanmıştır.

Buna göre, Nazım İmar Planı, onaylı hali hazır haritalar üzerine varsa kadastral durumu işlenmiş olan, varsa bölge ve çevre düzeni planlarına uygun olarak hazırlanan ve arazi parçalarının; genel kullanım biçimlerini, başlıca bölge tiplerini, bölgelerin gelecekteki nüfus yoğunluklarını, gerektiğinde yapı yoğunluğunu, çeşitli yerleşme alanlarının gelişme yön ve büyüklükleri ile ilkelerini, ulaşım sistemlerini ve problemlerinin çözümü gibi hususları göstermek ve uygulama imar planlarının hazırlanmasına esas olmak üzere 1/2000 veya 1/5000 ölçekte düzenlenen, detaylı bir raporla açıklanan ve raporu ile bir bütün olan plandır.

Mevzii İmar Planı, mevcut planların yerleşmiş nüfusa yetersiz kalması veya yeni yerleşim alanlarının kullanıma açılması gereğinin ve sınırlarının ilgili idarece belirlenmesi halinde, bu Yönetmeliğin plan yapım kurallarına uyulmak üzere yapımı mümkün olan, yürürlükteki her tür ve ölçekteki plan sınırları dışında, planla bütünleşmeyen konumdaki, sosyal ve teknik altyapı ihtiyaçlarını kendi bünyesinde sağlayan, raporuyla bir bütün olan imar planıdır.

Söz konusu Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik

16 Saffet ERDOĞAN, Cafer ERGEN, **3194 Sayılı İmar Kanununun 18. Maddesi Uygulamalarının Yasal Dayanakları Yönünden İncelenmesi**, <https://www.mevzuatdergisi.com/2005/09a/03.htm>

Site 29/11/2018 tarihinde ziyaret edilmiş ve erişime açık olduğu görülmüştür.

17 Ibid

mesi için AAD uygulamasının yapılmış olması gerekir¹⁸.

Bir diğer sınırlama da Kanununun 18. maddesine göre, belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar sahanın, arazi ve arsa düzenlemesi dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında DOP olarak düşürülebileceği ancak, her ihtimalde alınacak DOP'ların, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırkını geçemeyeceği anlaşılmaktadır. Başka bir deyiş ile ADD uygulaması sonrasında meydana gelen değer artışı karşılığı olarak idare DOP kesintisi gerçekleştirebilir. Ancak, söz konusu kesinti ADD öncesinde tespit edilen yüzölçümünün %40'ını geçemeyecektir. Söz konusu oran, 3/12/2003 tarih ve 5006 sayılı Kanununun 1 inci maddesi ile güncellenmiş olup, değişiklik öncesi oranın %35 olduğunu belirtmekte fayda vardır. Ancak, Kanun metninde yaşanan bu değişiklik Yönetmeliğe yansımamış ve DOP kesintisi oranı Yönetmelikte %35 olarak kalmıştır. Yönetmeliğin yukarıda paylaşılan "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinden ve "Düzenleme Ortaklık Payı Oranı" başlıklı 33. maddesinden 19 DOP oranının %35'den fazla olamayacağı anlaşılmaktadır. Kanun ve Yönetmelik hükümlerinin karşılaştırıldığında DOP oranının farklılık gösterdiği, bu farklılığın da 2003 yılında gerçekleştirilen değişiklik²⁰ sebebi ile meydana geldiği anla-

18 YILMAZ, Op Cit., s.59

19 **Düzenleme Ortaklık Payı Oranı**

Madde 33 - Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tâbi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin % 35`ini geçemez.

Düzenleme ortaklık payı, düzenlemeye tâbi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeye giren kısımlarının yüzölçümleri ile orantılı olarak alınır.

Düzenleme ortaklık payı oranı ile, düzenlemeye giren her bir kadastro parselinin veya evvelce bir pay alınmamış bir imar parseli varsa, bunların bağış veya düzenleme sebebiyle bulunacak yüzölçümü ile çarpılıp esas yüzölçümünden çıkarılmak suretiyle maliklerin düzenlemeden sonra sahip olması gereken parsel yüzölçümleri elde edilir.

20 Arsa ve Arsa Düzenlemesi başlıklı 18.maddede gerçekleştirilen bir diğer değişiklik de maddede geçen "cami" ibaresinin, 15/7/2003 tarih ve 4928 sayılı kanununun 9 uncu maddesiyle, "ibadet yeri" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiş olmasıdır. Söz konusu değişikliğin isabetli olduğu görüşündeyiz. Zira, AYM'nin 1970/53 E., 1971/76 K. sayılı ve 21/10/1971 tarihli kararında laiklik ilkesinin tanımı yapılmıştır. Anılan karara göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında kabul edilen lâiklik ilkesi: Özellikle;

- Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,
- Dinin, bireylerin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dinî Anayasa inancası altına alma,
- Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,
- Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir.

şılmaktadır. Bir görüşe göre bu durum, Yönetmelik hükümleri ile Kanun arasında bir çelişki yaratmıştır ve bu çelişkinin giderilmesi için de Yönetmelikte değişiklik yapılarak %35'lik oranın %40'a çıkarılması gerekmektedir²¹. Tarafımızca, Yönetmelik ve Kanun hükümlerinde belirtilen DOP oranları arasında fark olması bir çelişki ya da Yönetmeliğin Kanun'a aykırılığı sonucunu doğurmamaktadır. Zira, Yönetmelikte belirtilen DOP oranı Kanunda belirtilen orandan daha azdır ve Yönetmeliğin esas alınarak işlem gerçekleştirilmesi durumunda somut düzenleyici işlem Kanuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Somut durumunda tam tersi bir ihtimalin geçerli olduğu varsayımında, başka bir deyiş ile Yönetmelikte bulunan DOP oranının Kanunda belirtilen orandan daha fazla olması ihtimalinde ancak Yönetmelik hükmünün Kanuna aykırı olduğundan bahsedilebilecektir.

Maddenin 3. fıkrasına göre, DOP, umumî hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz. Anılan umumi hizmetler ve bu hizmetlerle ilgili tesisler, düzenlemeye tâbi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi hizmet ve tesislerdir. İlgili fıkra metninden ve lafzından sayılan bu hizmet ve tesislerin sınırlı olmadığı, sonradan başka hizmet ve tesislerin de eklenebileceği anlaşılmaktadır. Ancak, tesisler ile ilgili somut kriterler ve şartlar belirlenmemiş, hangi tesislerin hangi şartlar dâhilinde DOP kesintilerinde kullanılıp kurulabileceği tartışılmamıştır²². Ek olarak, Yönetmeliğin "Düzenleme Ortaklık Payından Fazla Çıkan Miktarın Sağlanması" başlıklı 32. maddesinde²³, meydan, yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu

Söz konusu değişiklik ile bütün ibadethanelerin madde kapsamına alınması AYM'nin yapmış olduğu tanım bakımından da isabetli olmuştur.

21 Halil KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, Ankara 2009, s.335. dan aktaran Mustafa YILMAZ, İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları, s.39

22 Halil AKDENİZ, İmar Planlarının Uygulanmasında Arazi ve Arsa Düzenlemesi, Ankara 2001., s.210

23 **Düzenleme Ortaklık Payından Fazla Çıkan Miktarın Sağlanması**

Madde 32 - Düzenleme sahasında umumi hizmetlere ayrılan miktarın, düzenlemeye girilen alan toplamının % 35`inden daha fazla çıkması halinde, bu miktarın % 35`e düşürülmesi için önce, varsa bu düzenleme sahasındaki belediyeye ait arsalar, bu işe tahsis edilir. Bunlar yetmediği takdirde, bu sahada, belediyeye devri mümkün hazine veya özel idare mülkiyetindeki parsellerden; meydan, yol, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere rastlayan kısımların belediyeye devirleri sağlandıktan sonra aynı maksada tahsis edilirler.

Bunlar da yetmediği takdirde, aşağıdaki sıraya göre kamulaştırma yapılır.

- a) Kadastro parsellerinin yüzölçümü en büyük olanından başlamak üzere, müstakil imar parselleri verildikten sonra arta kalan miktarları,

nu ve terminal gibi farklı tesis ve hizmetler de sayılmaktadır.

Anılan maddenin 4. fıkrasına göre DOP'ların toplamı, maddede belirtilen umumi hizmetler için, yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde, eksik kalan miktar belediye veya valilikçe kamulaştırma yolu ile tamamlanır. Söz konusu hükme göre ADD sonrasında belediye ya da valilikçe DOP'ların yüzölçümü, kurulacak umumi hizmet ve hizmet tesislerine yetersiz kalacak ise, gerekli ve açıkta kalan alanın tamamlanması için belediye kamulaştırma yolunu kullanacaktır. Kamulaştırmanın hangi esaslar ile gerçekleştirileceği ise Yönetmeliğin 32. maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddeye göre, DOP'un umumi hizmet ve tesis için yetersiz kalması halinde *kadastro parsellerinin yüzölçümü en büyük olanından başlamak üzere, müstakil imar parselleri verildikten sonra arta kalan miktarları, alanları en küçük bir imar parseli alanının dörtte birinden daha küçük olan kadastro ve varsa imar parsellerinin en küçüğünden başlanarak yeteri kadarı, tamamı yol, meydan, park, yeşil saha, genel otopark, cami, karakol gibi umumi tesislere isabet eden kadastro ve varsa imar parsellerinin yeteri kadarı kamulaştırılır.*

Aynı maddenin 5. fıkrasına göre de herhangi bir parselden bir miktar sahanın kamulaştırılmasının gerekmesi halinde ise DOP, kamulaştırmadan arta kalan saha üzerinden ayrılacaktır.

Düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların DOP alınanlarından, bu düzenleme sebebiyle ayrıca değerlendirme resmi alınmayacağı da maddenin 7. fıkrasında belirtilmiştir. DOP ile zaten arazi ve arsaların belli bir bölümüne el konulmakta ve ortak olunmaktadır. Bir de değerlendirme resmi ile parasal bir miktarın alınması ikinci bir defa DOP alınması anlamına gelecektir ki, bu durum hukuka, adalet ve hakkaniyet anlayışına uygun düşmeyecektir²⁴.

Madde kapsamında DOP uygulanacak alanların üzerinde gayrimenkul bulunması halinde nasıl hareket edileceği de belirlenmiştir. Anılan maddenin 8. ve devamı fıkralarına göre, üzerinde bina bulunan hisseli parsellerde, şüyanma sadece zemine ait olup, şüyuun giderilmesinde bina bedeli ayrıca dikkate alınacaktır. Düzenleme sırasında, plan ve mevzuata göre korunmasında herhangi bir sakınca bulunmayan gayrimenkuller imar bir parseli içerisinde

- b) Alanları en küçük bir imar parseli alanının dörtte birinden daha küçük olan kadastro ve varsa imar parsellerinin en küçüğünden başlanarak yeteri kadarı,
- c) Tamamı yol, meydan, park, yeşil saha, genel otopark, cami, karakol gibi umumi tesislere isabet eden kadastro ve varsa imar parsellerinin yeteri kadarı, kamulaştırılır.

24 YILMAZ, Op Cit., s.65

birakılacak, eğer gayrimenkulün tamamının veya bir kısmının plan ve mevzuata göre korunması mümkün olmayacak ise birden fazla parselde bırakılabilecektir. İlgili parsel üzerinde kalan yapıların bedelleri, ilgili parsel sahibi ya da sahiplerince ödenmedikçe ya da bu anlamda aralarında bir anlaşma akdedilmemişse, bu yapılar eski sahipleri tarafından kullanılmaya devam edecektir. Eğer, madde kapsamında belirtilen umumi hizmetlere ayrılan alanlara taşınan yapılar mevcut ise de, belediye ya da valilikçe kamulaştırma yapılmaksızın yıktırılma işleminin gerçekleştirilmesi uygun olmayacaktır. Kanununun 18. maddesinin uygulanması çerçevesinde belediye veya valilik, DOP sonrasında gerekli alanların kamulaştırılması karşılığında ödeyecekleri kamulaştırma bedeli yerine ilgililer ile anlaşmaları halinde, plan ve mevzuat hükümlerine göre yapı yapılması mümkün olan kendilerine ait sahalardan yer verebilirler.

Kanun'unun 15.25 ve 16.26 maddelerine göre, imar planının uygulanması amacıyla ifraz ve tevhit işlemleri gerçekleştirilmiş ve bu esnada bedelsiz terkler malikten talep edilmişse, bu alanların da içinde bulunduğu parseller daha sonra AAD'ye tabi tutulduğu zaman, önceden maliklerce terk edilen oranların da uygulanacak olan DOP hesabında dikkate alınması gerekecektir. Bu anlamda, uygulanacak olan DOP hesaplaması terk edilen kısımların ancak %40 oranına tamamlanması ile kanuna uygun olacaktır²⁷. Örneğin, bir parselde önceden %20 oranında bedelsiz terk

25 İfraz ve Tevhid

Madde 15 – İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez.

İmar parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin bu planlara uygun olması şarttır.

İmar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir.

İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez.

26 Tescil ve Şüyuun İzalesi

Madde 16 – Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki gayrimenkullerin re'sen veya müracaat üzerine tevhit veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkinin, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurumlarınınca onaylanır.

Onaylama işlemi, müracaatın belediyelere veya valiliklere intikalinden itibaren en geç 30 gün içinde sonuçlandırılır ve tescil veya terkinin için 15 gün içinde tapuya bildirilir.

Tapu dairesi, tescil veya terkin işlemi bir ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.

Bu Kanun hükümlerine göre şüyulandırılan gayrimenkullerin sahipleri ilgili idarenin tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aralarında anlaşamadıkları veya şüyuun izalesi için, mah- kemeye müracaat edilmediği takdirde ilgili idare hissedarmış gibi, şüyuun izalesi davası açabilir.

Tarafların rızası veya mahkeme kararı ile şüyuun izalesi ve arazi taksimi de yukarıdaki hükümlere tabidir.

27 KALABALIK, Op. Cit, s.339

sağlanmış ise uygulanacak DOP hesaplaması da en fazla %20 oranında olacaktır. Her ne kadar DOP ile kesinti gerçekleştirilmesi Anayasada mevcut mülkiyet hakkının kanun çerçevesinde sınırlandırılması anlamına gelse de, parselde AAD öncesinde uygulanan bedelsiz terkin hesaba katılmadan DOP kesintisinin gerçekleştirilmesi mülkiyet hakkını zedeleyici nitelikte olacaktır. Çünkü Anayasada, mülkiyet hakkı temel hak ve hürriyetler arasında sayılmış, ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilirliği ve bu sınırlamanın da bazı koşullara bağlı olduğu kabul edilmiş, başka bir deyiş ile sınırlamanın da sınırları olduğu vurgulanmış, bu sınırlamaları da iki ilkeyle özetleyebilmiş ve bu iki ilkelerin, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülüktür olduğunu belirtmiştir²⁸.

Düzenleme sahasında ayrılan umuma ait tesisler o bölgedeki bütün parsel malikleri tarafından kullanılacağından bu parsellerin hepsinden eşit kesinti yapılmalıdır²⁹. Şayet Danıştayın ilgili dairelerince de kabul edilen bu esas vatandaşları güvence altına alan ve anayasal bir ilke olan eşit ilkesinin de bir gereği olarak kabul edilmelidir.

4. Madde Kapsamında DOP'un Hukuki Niteliği

DOP uygulaması, İdare hukuku çerçevesinde bireysel (sübjektif) idari işlem niteliğindedir³¹. Daha önceden de bahsedildiği üzere, güçler dengesinde bireylerin idareden çok daha zayıf konumda olduğu bulunduğu açıktır. İşte hukuk düzeni idare ve birey arasındaki bu dengeyi sağlamak ve bireyi korumak maksatlı idarenin denetlenebilmesi için bir takım ölçüt ve esaslar belirlemiştir.

İdari İşlem, idari makamların kamu gücü kullanarak idare işlevine yönelik olarak tesis etmiş oldukları idare hukuku alanında sonuç doğuran hukuki işlemlerdir³². 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2/a maddesinde *idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatle-*

28 Sıtkı Çelik, **Mülkiyet Hakkı Ve Kamulaştırma (Türk İdari Yargı Uygulamasının Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İrdelenmesi)**, s.27

29 Danıştay 6.Dairesinin 28.09.1994 tarihli, E.1994/169, K.1994/3262 sayılı; 20.11.1990 tarih, E.1989/614, K.1990/2207 sayılı; 19.12.2002 tarihli, E.2001/6392, K.2002/6191 sayılı kararları

30 Hüseyin Koçak, İmar Uygulamasında Düzenleme Ortaklık Payı, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 12. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı 11-15 Mayıs 2009, Ankara

31 YILMAZ, Op Cit., s.54

32 Melikşah Yasin, İdari İşlemler Kısa Ders Notları, <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/idare-hukuku.hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2014/11/IDARI-ISLEMLER.pdf>

Site 30/11/2018 tarihinde ziyaret edilmiş ve erişime açık olduğu görülmüştür.

ri ihlâl edilenler tarafından iptal davaları açılabileceği anlaşılmaktadır. O halde idare tarafından gerçekleştirilen birel işlem niteliğinde olan DOP hesaplaması ve uygulaması yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden incelenebilecektir. Söz konusu unsurlarda herhangi bir hukuka aykırılık bulunması halinde de DOP birel işlemi aleyhine yargı yoluna gidilebilecektir.

5. DOP Uygulamasına Dair Bazı Güncel Sorunlar

Yukarıda yer alan DOP esasları ve mevzuat ışığında konuya ilişkin güncel uygulama sorunlarına değinmek ve bu sorunlara bir çözüm önerisinde bulunmak gerekmektedir. Gerçekten de idare, gerçekleştirmiş ve gerçekleştirmekte olduğu bireysel bir işlem olan DOP uygulamasında bazı hallerde keyfi davranarak bazı hallerde de Kanun ve Yönetmeliğe aykırı davranarak hareket etmekte, bu yolla da bireylerin hak ve menfaatlerine zarar vermektedir. Bu hallerde idare tarafından DOP gereği gerçekleştirilen işlemlerin unsurları incelenerek itiraz noktaları tespit edilmelidir.

Güncel sonunlardan bir tanesi, tapu kayıtlarında yer alın parsel yüz ölçümü ile kullanılmakta olan ve bireyin mülkiyetinde bulunan alanın yüz ölçümünün farklı olmasıdır. Hiç kuşkusuz kayıtlar ve fiili uygulama arasında bulunan bu fark idare tarafından gerekli ölçüm, haritalama işlemleri ile giderilmelidir. Söz konusu işlemler neticesinde tapu ve fiili durum arasında fark kapatıldıktan sonra DOP işlemleri gerçekleştirilmelidir. Aksi durumda, idarenin tapu kayıtları ya da fiili durumdaki yüz ölçümlerinden herhangi birini tercih ederek DOP uygulamasını gerçekleştirmesi, bireylerin haksız olarak bir hak kazancı elde etmelerine ya da yine haksız olarak hak kaybına uğramalarına neden olacaktır.

Bahsedilebilecek bir diğer sorun da DOP uygulaması yapılan yerlerdeki taşınmaz mal sahiplerinin, ya tahsis edilen imar parselinin yerine, ya imar parselinin hisseli oluşuna veyahutta düzenleme sahası sınırına itiraz etmeleridir³³. Bu hal ise karşımıza tamamen egemen güç olan idare ve birey arasındaki iletişimsizlikten kaynaklanan durumun bir sonucu olarak çıkmaktadır. Oysa, DOP uygulaması sonrasında bireylere tahsisi edilecek olan alanlar ilan edilse ya da bu süreç müzakere ile yönetilse söz konusu bu sorunun da önüne geçilebilecek olması düşünülmektedir.

En önemli hukuka aykırılıklardan birisi de, düzenlenecek alanlarda bulunan farklı parsellerden farklı oranda DOP kesintisi yapılmasıdır. Eş bir deyiş ile, bütün parsellerden eşit kesinti yapılması esasının ihlâl edilmesidir. Burada daha önce de bahsedildiği üzere sadece DOP esasını değil

33 Yılmaz, Op. Cit., s.76

aynı zamanda eşitlik ilkesinin de zedelenmesi gündeme gelmektedir. Hukuku aykırı olarak gerçekleştirilen bu işlemler Danıştay tarafından da kabul görmemektedir³⁴.

Kanun'un 18/12'inci maddesinde açıkça "Bu maddenin tatbikinde belediye veya valilik, ödeyecekleri kamulaştırma bedeli yerine ilgililerin muvafakati halinde kamulaştırılması gereken yerlerine karşılık, plan ve mevzuat hükümlerine göre yapı yapılması mümkün olan belediye veya valiliğe ait sahalardan yer verebilirler." denilmektedir. İşte, bu noktada idare, DOP kesinti kapsamında gerekli şartların da oluşması ile ayrıca bir de kamulaştırma işlemini gerçekleştirir ise, bireylerin muvafakati ile kamulaştırma bedeli olarak plan ve mevzuat hükümlerine göre yapı yapılması mümkün olan belediye veya valiliğe ait sahalardan belirli kısımları ifa etmektedir. Ancak, uygulamada idarenin kamulaştırdığı alanlar ile kamulaştırma bedeli yerine kişilere tahsis ettiği alanlar arasında bireyler aleyhine olmak üzere kıymet takdiri farkı bulunmaktadır. Bu halde de bireyler, DOP uygulaması ve idarenin işlemi sebebi ile zarara uğramaktadır.

SONUÇ

DOP, sağlıklı bir kentleşme sağlanması ve çarpık şehirleşmenin önlenmesi için yasama organı tarafından idareye sunulan araçlardan biridir. Doğru oranlarının artması, köyden kentlere olan yoğun göç ve idarenin denetimlerindeki eksikliklere karşılık Kanunda ve Yönetmelikte belirlenen esaslara uygun hareket edilmesi halinde sağlıklı bir şehirleşmeye yol açıcı bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. DOP'un kentleşmeye olduğu kadar idare ve yerel yönetim organlarına da faydası vardır. DOP kesintisi, AAD sonrasında arsaların artan değerine karşılık kesilmektedir. Başka bir ifade ile, sö konun bu kesintiler için idare herhangi bir bedel ödememektedir. Dolayısıyla, DOP uygulaması idare bütçesine de katkı sağlamaktadır. Bahsedilen uygulamada yer alan hukuka aykırılıkların da ortadan kaldırılması ve esasalarına göre uygulanması halinde DOP, düzenli şehirleşmenin etkili araçlarından biri olabilir.

34 DANIŞTAY 6.Dairesinin 28.09.1994 tarih, E.1994/169, K.1994/3262 sayılı kararı:

"Umumi hizmet alanlarının düzenleme sahası içinde kalan taşınmaz malların %35 kadar olan bölümünün, o saha içerisinde hesap edilen zaiyat miktarı oranında gayrimenkul sahiplerinden bir hizmet karşılığı olarak değer artışı da göz önünde bulundurulmuş suretiyle ve herkesten eşit oranda bedelsiz alınması gerektiği yasal olarak öngörülmüş olduğundan, aksi yönde hükümler taşıyan idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."

KAYNAKÇA

AKDENİZ Halil, İmar Planlarının Uygulanmasında Arazi ve Arsa Düzenlemesi, Ankara 2001..

Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, http://www.makineosb.org.tr/dosyalar/Mevzuat/Y4J_BayIskBak31102000TarihliGenelge.pdf

ÇELİK Sıtkı, Mülkiyet Hakkı Ve Kamulaştırma (Türk İdari Yargı Uygulamasının Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İrdelenmesi)

ERDOĞAN Saffet, ERGEN Cafer, 3194 Sayılı İmar Kanununun 18. Maddesi Uygulamalarının Yasal Dayanakları Yönünden İncelenmesi, <https://www.mevzuatdergisi.com/2005/09a/03.htm>

KALABALIK Halil, İmar Hukuku Dersleri, Ankara 2009..

KOÇAK Hüseyin, İmar Uygulamasında Düzenleme Ortaklık Payı, TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası 12. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı 1115 Mayıs 2009, Ankara

KULUÇLU Erdal, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi Ve Sayıştay Denetimine Etkileri, Sayıştay Dergisi, S. 71

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, BETA Basım Yayım, 22, İstanbul 2018

UYAR Talih, Yargıtay Kararlarında "El Atmanın Önlenmesi" (Men'i Müdahale) ve "İstihkak Davaları" (Mk. 618), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara(2000), S.1,

YASİN Melikşah, İdari İşlemler Kısa Ders Notları, <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/ida-rehukuku.hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2014/11/IDARI-ISLEMLER.pdf>

YILMAZ Mustafa, İmar Kanunu'nun 18. Maddesi Çerçevesinde Düzenleme Ortaklık Payı Kavramı ve Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S.3-4,

TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİ UYARINCA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

Av. Gökçe Naz TANDOĞDU

I. TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ¹:

TBK uyarınca borçlunun temerrüdü, borcun ifa edilmemesi, diğer bir deyişle borca aykırı davranış hallerinden biridir.² Borçlunun temerrüdünden söz edebilmek için ifası mümkün ve muaccel bir borç söz konusu olmalı ancak borçlu borcun ifasında gecikmiş olmalıdır.³ Oğuzman ve Öz, borçlunun ifada gecikmesinin ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde borçlu temerrüdü olarak nitelendirileceğinin bu nedenle de borçlu temerrüdünü, borçlunun ifada “nitelikli gecikmesi” olarak nitelendirmektedirler.⁴

A- Borçlunun temerrüdü, alacaklının temerrüdü ve ifa imkansızlığı halleri arasındaki ayırım:

Borcun ifasındaki imkânsızlık hali, borçlu edimini yerine getirmek istese dahi getirememesi haliyken, temerrüt ise borçlu edimini yerine getirebilecekken getirmek istememesi halidir.⁵ Bunun yanı sıra olayda ifa zamanının gecikmesi bundan sonra borcun ifasını imkânsız hale de getirebilir⁶ (bir açık arttırmaya katılma, belirli bir gün ve saatte konferans verme gibi)⁷. Bu halde artık borçlunun temerrüdü değil ancak imkânsızlık söz konusu olur ve borçlunun sorumluluğu olup olmamasına göre hükümler uygulama alanı bulur.⁸ Rona Serozan, sübjektif imkânsızlık halinde edimin telafi imkânı olması halinde, ifada gecikmeden kaynaklı olarak imkansızlıktan borçlunun temerrüdü hükümlerine kayılabileceğini be-

1 Türk Borçlar Kanunu m. 117-126, (Türk Borçlar Kanunu, 2011), <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>

2 REİSOĞLU, P. D. (2012). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta, s.367.

3 REİSOĞLU, 2012, s. 367; OĞUZMAN, P., & ÖZ, P. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1 . İstanbul, s. 458; NOMER, D. D. (2008). Borçlar Hukuku Gnele Hükümler. İstanbul, s. 150

4 OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 458

5 SEROZAN, P. (2014). İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme . İstanbul, s. 216

6 (SEROZAN, 2014, s. 216); (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 458)

7 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 458)

8 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 458)

lirtmiştir.⁹ Genel olarak toparlamak gerekirse, borçlunun temerrüdü ile imkansızlık arasındaki en önemli ayırım, edimin sonradan yerine getirilip getirilemiyor olmasıdır. Ancak Rona Serozan, uygulamada, sözleşmelerdeki imkânsızlık kavramı ile temerrüdün çakıştığını ve bu nedenle de bu ayırımının kolay kolay yapılamadığını belirtmiştir.¹⁰

Bunun yanı sıra alacaklı temerrüdünün olduğu yerde borçlu temerrüdünden de söz edilemeyecektir.¹¹ Alacaklı temerrüdünün de söz konusu olabilmesi için edimin borçlu tarafından eksiksiz ve ayıpsız olarak, ifa yerinde ve ifa zamanında önerilmiş olması ancak alacaklı tarafından kabul edilmemiş olması gerekmektedir.¹² Yani, alacaklı haklı sebep olmaksızın ifayı reddetmiş olması gerekmektedir.¹³

B- Borçlunun Temerrüde Düşmesinin Şartları:

TBK m.117'de borçlu temerrüdünün koşulları şu şekilde ifade edilmiştir:

“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bugünün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”¹⁴

Kanun hükmünde borçlunun temerrüdü için iki şart aranmıştır. Bunlar; alacaklının ihtarı ve borcun muaccel olmasıdır. Ancak Oğuzman ve Öz, bu iki şarta ek olarak borcun ifasının mümkün olması ve alacaklının ifayı kabule hazır olması şeklinde iki şartın daha var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir.¹⁵

1- Borcun muaccel olması:

Borçlunun temerrüde düşmüş sayılabilmesi için öncelikli olarak borcun muaccel olmuş olması diğer bir deyişle alacağın ödeme zamanının gelmiş olması gerekmektedir.¹⁶ İfa zamanının gelmiş olmasına karşın ifa

9 (SEROZAN, 2014, s. 216)

10 (SEROZAN, 2014, s. 216)

11 SEROZAN, 2014, § 17, s. 216; NOMER, 2008, kenar notu 181, s. 151

12 (SEROZAN, 2014, s. 143)

13 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 272)

14 Türk Borçlar Kanunu, m.117, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>

15 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 459)

16 KARAKILIÇ, Y. D. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları. İstanbul, s. 211

talebinde bulunan alacaklıya karşı borçlu zamanaşımı ya da ödemezlik def'i¹⁷ gibi ifadan kaçınmasına imkân tanıyan haklarını ileri sürüp temerrüde düşmekten kurtulabilir. Ancak, def'i olanağının varlığı tek başına yeterli değildir. Borçlunun bu hakkı kullanmış olması da gerekmektedir.¹⁸ Bunun yanı sıra def'i kullanıldığı tarihten itibaren değil ancak def'i hakkının şartlarının gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade edecektir. Borçlunun temerrüde düşeceği anda definin şartları gerçekleşmiş ancak borçlu def'iyi temerrüde düştüğü tarihten sonraki bir tarihte ileri sürmüşse o zaman temerrüt baştan itibaren bertaraf edilmiş olacaktır.¹⁹

Bunlara ek olarak, Oğuzman ve Öz, bölünebilir edimlerde borcun bir kısmının ifa edilmiş olması henüz ifa edilmemiş kısım bakımından borçlunun temerrüde düşmesini engellemeyeceğini belirtmiştir.²⁰

2- Alacaklının ihtarı:

aa. Genel Olarak:

Serozan'ın "...borçlu temerrüdü, borçlu için ağır hukuki sonuçlar doğuran bir ifa engelidir. Bu nedenle, sivri dişli ağır sorumluluk çarkı döndürülmeden önce borçlunun özel olarak uyarılması gerekir."²¹ Şeklinde ifade ettiği üzere kanun, borçlunun temerrüdü için yalnızca ifanın gecikmesinin yeterli olmadığını bunun yanında temerrüdün gerçekleşebilmesi için alacaklının ihtarını da aramaktadır.²² İhtar borç muaccel olduktan sonra yapılmalıdır.²³

İhtarın geçerliliği belirli bir şekil şartına tabi değildir.²⁴ Ancak tacirler arası işlemler bakımından bir taraf diğer tarafı temerrüde düşürmek istiyorsa Türk Ticaret Kanunu m. 183/ f.3'te ihtarın hangi şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir.²⁵

İhtarın hukuki niteliğinin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüş, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğu yönündedir. Oğuzman ve Öz, alacaklının ihtarında bulunurken borçluyu temerrüde düşürme

17 Def'i: "borçlunun ifadan kaçınmasına imkân veren özel sebebi bulunduğuna dair savunmalara denir. Örneğin: Zamanaşımı def'i, ödemezlik def'i gibi" (NOMER, 2008, s. 11)

18 (KARAKILIÇ, 2016, s. 211-212), (REİSOĞLU, 2012, s. 367), (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 459), (SEROZAN, 2014, s. 217)

19 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 459-460)

20 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 460)

21 (SEROZAN, 2014, s. 219)

22 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 460), Türk Borçlar Kanunu m.117,

23 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 460)

24 (REİSOĞLU, 2012, s. 368)

25 Türk Ticaret Kanunu, m. 18/3, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf> ; (REİSOĞLU, 2012, s. 368)

iradesiyle yapmış olup olmamasının bir önemi olmadığından ihtarın bir hukuki işlem değil ancak hukuki işlem benzeri fiil olduğunu ifade etmişlerdir.²⁶ Aynı şekilde Reisoğlu da alacaklının ihtar ile borcun ifasını talep ettiğini ancak temerrüt durumunun yasanın bağladığı bir hukuki sonuç olduğunu bu nedenle de ihtarın hukuki işlem benzeri bir fiil niteliği taşıdığını belirtmiş ancak bu görüşün HMK m. 200'ün²⁷ amacıyla ne ölçüde bağdaşacağı tartışmaya açık olduğunu da belirtmiştir.²⁸ Nihayet, alacaklının borcun ifasını talep eden beyanı ihtar niteliğinde olacaktır ve bu ihtar talebi borca uygun olmalıdır.^{29,30} Oğuzman ve Öz, ihtar sayılacak hallere şu şekilde örnek vermişlerdir; borcun ifası için alacaklının dava açması, alacaklının borçluya ödenmiştir kaydı taşıyan fatura göndermesi gibi.³¹

İhtarın nerede ve ne zaman yapılacağı yönünde belirli bir kural olmakla birlikte TMK m. 2³² dürüstlük kuralı uyarınca uygun yer ve zaman belirlenecektir.³³ İhtarı yapmaya kimin yetkili olduğu konusunda da yine alacaklı ya da alacaklının yetkili temsilcisi aranmıştır. Yetkili temsilci için gerekli şart genel temsil yetkisi ve ayırt etme gücünün varlığıdır.³⁴ Aynı şekilde ihtar borçluya veyahut yetkili temsilcisine yapılmalıdır. Hasan Karakılıç ifadesiyle "ihtarda amaç, alacaklının, alacak miktarını belirterek, borçludan borcun ifasını istemesi ve aynı zamanda ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesidir."³⁵

26 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 460-461)

27 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 2011, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>,

Madde 200: Senetle ispat zorunluluğu: (1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. (2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir.

28 (REİSOĞLU, 2012, s. 368-369)

29 Alacaklı ihtarda borç miktarından daha az miktar talep etmişse o zaman ihtar yalnızca talep ettiği miktar için geçerli olacaktır. Eğer alacaklı borç miktarından fazlasını talep etmiş ve borç miktarını da kabul etmediğini beyan etmişse, o halde ihtar hüküm ifade etmeyecektir. (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 462)

30 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 361)

31 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 361)

32 Türk Medeni Kanunu, 2001, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>,

Madde 2 – (1) Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.(2) Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

33 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 362)

34 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 362)

35 (KARAKILIÇ, 2016, s. 212)

Kural olarak İhtar muhataba ulaştığı anda hüküm ifade etmeye başlar.³⁶ Ancak, alacaklı ihtarda borçluya belirli bir süre tanımış olması halinde, borçlunun sürenin bitimi ile temerrüde düşeceği kabul edilir.³⁷

bb. TBK Uyarıca İhtara Gerek Olmayan Haller:

TBK M. 117 uyarınca, borçlunun temerrüde düşebilmesi için alacaklının borçluya ihtarı gerekmektedir³⁸. Ancak maddenin ikinci fıkrasında ihtara gerek olmayan haller sayılmıştır.

Madde 117 f. 2: “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bugünün geçmesiyle; ... temerrüde düşmüş olur.”

Kanun maddesinden de anlaşıldığı üzere sözleşmede ifa günü kararlaştırılmış ise, borçlu ifa gününün bitimine kadar borcunu ödemezse alacaklının ihtarına gerek olmaksızın temerrüde düşer.³⁹ Örneğin sözleşmede 15 Nisan 2018 tarihinde borç ödenecektir demişse, o günün sonunda hala daha ifa yapılmamışsa alacaklının ihtarına gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşer.⁴⁰ Keza borçlu borcunu ifa etmeyeceğini alacaklıya açıkça belirtmesi halinde alacaklının ihtarda bulunması gerekmektedir.⁴³

Sözleşme dışı, yani haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan haller TBK m.117 f.2’de ayrı düzenlenmiştir. Bu haller bakımından TBK m.117 f. 2’nin devamında “haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için

36 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 362), (KARAKILIÇ, 2016, s. 212)

37 (NOMER, 2008, s. 150; KARAKILIÇ, 2016, s. 212; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 463)

38 MADDE 117- Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. (Türk Borçlar Kanunu, 2011)

39 OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 463; NOMER, 2008, s. 150; SEROZAN, 2014, s. 219; REİSOĞLU, 2012, s. 369

40 Vadenin takvim tarihi olarak değil de borçlunun hesap edebileceği bir tarih olarak belirlenmesi halinde de yine alacaklının ihtarına gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşer. Örneğin, sözleşme imzalandıktan 20 gün sonra borç ifa edilecektir gibi. OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1519, s. 463

41 İfa zamanının kanunla ile belirlendiği haller bakımından borçlunun temerrüdü için alacaklının ihtarı gerekmektedir. Örneğin TBK M. 90- “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” TBK M. 90 da belirtildiği üzere derhal muaccel olan borçlar bakımından alacaklının ihtarı gerekmektedir. (REİSOĞLU, 2012, s. 369; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1520, s. 464)

42 Bu husus Roma hukukundan gelen Dies interpellat pro homine (tarih insan yerine ihtar eder) esasıdır. OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1519, s. 463 ; SEROZAN, 2014, § 17, s. 219

43 NOMER, 2008, kenar numarası 181, s. 150; SEROZAN, 2014, § 17, s.219

bildirim şarttır.” denmiştir. Buna göre, haksız fiiller bakımından ihtar gerekmezsizin, fiilin işlendiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş sayılacaktır.⁴⁴

Sebepsiz zenginleşme bakımından ise kanun bir ayırım yapmıştır. Maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde borçlunun iyiniyetli olması halinde temerrüde düşebilmesi için alacaklının ihtarı gerektiğini, iyiniyetli olmaması halinde ise haksız fiil gibi zenginleşmenin gerçekleştiği anda temerrüde düşeceğini belirtmiştir.⁴⁵

cc. TTK Uyarınca İhtara Gerek Olmayan Haller:

6102 sayılı TTK m. 1530’da özel ihtarsız temerrüt halleri düzenlenmiştir.

TTK m. 1530 f.1 uyarınca “borçlu, gecikmeden sorumlu tutulamaya-çağı hâller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer.”

Maddenin ikinci fıkrasında “mal⁴⁶ ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde”⁴⁷ para borcunun ifa edileceği tarih taraflarca belirli veya kesin vade⁴⁸ ile belirlenmişse kural olarak borçlu, faturanın kendisine ulaşmasını takip eden 30 günlük sürenin (kanun maddesinin dördüncü fıkrasında 30 günlük sürenin nasıl hesaplanacağı gösterilmiştir)⁴⁹ sonunda alacaklının ihtarı gerekmezsizin temerrüde düşeceği belirtilmiştir (ihtarsız temerrüt ilkesi).⁵⁰

44 OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1523, s. 465; REİSOĞLU, 2012, s.369-370, SEROZAN, 2014, § 17, s. 220

45 Türk Borçlar Kanunu, 2011, m.117/f.2; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1524, s. 465; REİSOĞLU, 2012, s.369-370, SEROZAN, 2014, § 17, s. 220

46 Oğuzman & Öz, mal ifadesinin, maddenin alıntılandığı ilgili Avrupa Birliği Yönergesi uyarınca yalnızca taşınır mal olduğu, taşınmazların bu kapsamda olmadığı savunulduğunu dile getirmiştir. (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1525a, s.466)

47 (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 2011)

48 Belirli vade, taraflar borcun ifa edileceği tarihi belirlemiş olmaları halinde buna belirli vade (vade) denir. Vadeli borçlar müccel borç, vadesiz borçlara muaccel borç (ifası istenebilen borç) denir. Daha sonradan vadesi gelen borç da muaccel hale gelir. Vadesi belli borçlarda ihtara gerek olmaksızın vade gelince borçlu temerrüde düşer. Kesin vadede ise, taraflarca belirlenmiş olan vadeden sonra borçlunun edimini yerine getirmesi mümkün olmayacak (“mutlaka belirli zamanda ifası gereken işlemler” (OĞUZMAN & ÖZ, s. 312) veyahut vade tarihinde ifanın gerçekleşmemesi halinde daha sonradan yapılacak ifanın kabul edilmeyeceği yönünde anlaşmışlarsa o zaman kesin vade söz konusudur. Kesin vadede, borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklı borçluya TBK m.123’teki süreyi vermesi gerekmeyip derhal sözleşmeden dönebilecektir. OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 990-997, s. 312-313.

49 OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1525b, s.466-467; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 2011

50 AYAN, Y. D. (2010). 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU’NUN 1530. MADDESİ GEREĞİNCE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , s. 719; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1525c, s.467

Buna ek olarak, ilgili maddenin 5. fıkrasında "...Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir." denerek sözleşme özgürlüğüne bir kısıtlılık getirilmiş taraflarca belirlenecek olan vadenin 60 günlük süreyi aşacak şekilde belirlenemeyeceği belirtilmiştir.⁵¹

3- Borcun İfasının Mümkün Olması:

Borcun ifasının mümkün olması hali, kanunda yer alan temerrüt için açıkça belirtilmiş olan şartlardan biri olmamakla birlikte duruma temerrüt hükümlerinin mi yoksa imkânsızlık hükümlerinin mi uygulanacağına kararı bakımından önem taşımaktadır. Meğerki borcun ifası borçlu temerrüde düşmeden önce herhangi bir nedenden ötürü imkansızlaşırsa borçlu temerrüdü değil ancak ifa imkansızlığı hükümleri uygulama alanı bulur. Borç, borçlunun temerrüde düşmesinden sonra imkansızlaşırsa bu durumda temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması önlenemez. Bu halde de ifa imkansızlaşana kadar ki geçen süre için temerrüt hükümleri imkansızlıktan sonrası için ise imkânsızlık hükümleri uygulanır.⁵² Yukarıda belirttiğim üzere, subjektif imkânsızlık halinde yine borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁵³

4- Borçlu Bakımından Kusur Şartı Aranmaması:

Borçlunun temerrüde düşmesinde borçlunun kusuru aranmaz. Kusur yalnızca temerrüde bağlanan sonuçlar bakımından önem taşımaktadır.⁵⁴ Örneğin, para borçları bakımından borçlunun kusuru olmasa dahi TBK m. 120'deki geçmiş günler faizi ödemekle yükümlü olduğu gibi alacaklı TBK m.125/ f.2 uyarınca sözleşmeden dönebilir. Öte yandan alacaklının TBK m. 118'te yer alan borcun geç ifasından dolayı tazminat talebi ya da TBK m. 125/ f.3'teki zararın giderilmesi talebinde bulunabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir.⁵⁵ Kusur-suz olduğunun ispat yükü borçludur.⁵⁶

C- Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi:

Mütemerrit borçlunun daha sonradan usulüne uygun şekilde (edim + gecikmeden doğan tazminat) bulunacağı ifa teklifini alacaklı kabule mec-

51 AYAN, 2010, s. 719; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1525d, s.467

52 REİSOĞLU, 2012, s. 370; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1526-1529, s. 468-469

53 (SEROZAN, 2014, s. 216)

54 (NOMER, 2008, s. 151; KARAKILIÇ, 2016, s. 213)

55 REİSOĞLU, 2012, s. 370; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1533-1534, s. 470-471

56 (REİSOĞLU, 2012, s. 370)

burdur. Borçlunun ifası ile temerrüt sona erer. Eğer ki alacaklı usulüne uygun yapılan ifayı kabul etmezse, borçlu yine temerrütten kurtulur ve bu sefer kabul etmemekte haklı bir sebebi bulunmaması halinde alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşer.⁵⁷ Temerrüt ortadan kalksa dahi alacaklının geçmiş temerrütten doğan haklarını (tazminat/faiz) talep hakkının ortadan kalkmaması için alacaklı gecikmiş ifayı kabul ederken faiz talep etme hakkını saklı tuttuğu belirtmeli, aksi halde temerrüt faizsiz bir ifayı kabul ettikten sonra böyle bir talepte bulunamaz.⁵⁸

D- Borçlu Temerrüdünün Sonuçları:

Temerrüdün sonuçları borcun/sözleşmenin türüne göre değişiklik göstermektedir. Borçlar hukuku genel hükümler kitaplarında borçlunun temerrüdünün sonuçları şu başlıklara ayrılmıştır:

- Borçlu temerrüdünün genel sonuçları
- Para borçları bakımında borçlu temerrüdünün sonuçları
- Karşılıklı edim borçları içeren sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdünün sonuçları
- Sürekli edimli sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdünün sonuçları

1- Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçları:

TBK m. 118-119 uyarınca borçlu temerrüdünün sonuçları, gecikme tazminatı ve beklenmedik halden doğan sorumluluktur.

aa. Gecikme Tazminatı:

Gecikme tazminatı MADDE 118- “Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”⁵⁹

Borçlu mütemerrit olduktan sonra alacaklı ifanın gecikmesinden kaynaklı uğradığı zararların tazminini borçludan talep edebilir. Buradan önemli olan hususlardan biri, gecikme tazminatı için dikkate alınacak tarih alacağın muaccel olduğu değil ancak borçlunun mütemerrit olduğu zamandır.⁶⁰ Yani, borçlu eğer mütemerrit olduktan sonra borcunu ifa ederse o zaman alacaklı temerrüt tarihi ile borcun ifa edildiği zaman arasındaki geçen süre için gecikme tazminatı talebinde bulunabilecektir.⁶¹

57 OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1535-1536, s. 471; REİSOĞLU 2012, s.371

58 REİSOĞLU, 2012, s. 371; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, 1539, s.472

59 (Türk Borçlar Kanunu, 2011)

60 (REİSOĞLU, 2012, s. 372)

61 (REİSOĞLU, 2012, s. 371)

Alacaklı, karşılıklı borçları içeren sözleşmeler bakımından istisnai haller hariç tutulmak üzere, ifadan vazgeçip tazminat talep etme veyahut sözleşmeden dönme haklarına sahip değildir. Alacaklı yalnızca borcun aynen ifası ile birlikte gecikme tazminatı talep edebilecektir.⁶² Bunun sebebi Türk hukuk sisteminde “aynen ifa” ilkesinin benimsenmiş olmasıdır.⁶³ Taraflar arasında ifa yerine edim anlaşması olmadıkça tarafların en başta anlaştıkları edim değiştirilemez.⁶⁴

Gecikme tazminatı ile borçlu geç ifadan dolayı alacaklının uğradığı zararları tazmin etmeyi amaçlar. Borçlunun bu tazminat ile karşılayacağı zarar olumlu zarardır, diğer bir deyişle “alacaklının malvarlığının, temerrüde düşülmeden borcun ifa edilmesi halinde içinde bulunacağı durumla, gecikmeli ifa sonucunda içinde bulunduğu durum arasındaki farkı ifade eder.” (OĞUZMAN & ÖZ, s. 486) Kısaca, tazminatın kapsamı gecikmeden dolayı alacaklının yaptığı masraflardır.⁶⁵

Borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispat etmesi halinde tazminat yükümlülüğünden kurtulabilecektir.⁶⁶

bb. Beklenmedik Halden Sorumluluk:

MADDE 119- “Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.”⁶⁷

Bu hüküm ile artık borçlu temerrüde düştükten sonra meydana gelecek beklenmedik hallerden dolayı da sorumlu tutulacaktır. Borçlu mütemerrit olarak borca aykırı davranmıştır ve temerrütten sonra borcun imkansızlaşması halinde her ne kadar imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulacak olsa dahi borçlunun kusuru olup olmadığına bakılmaksızın borçlu sorumlu tutulacaktır.⁶⁸ Ancak madde hükmü bu duruma iki istisna getirmiştir:

- Borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını veya

62 (REİSOĞLU, 2012, s. 371) (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 485)

63 (IŞINTAN, Y. D. (2013). Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı . Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 164-165)

64 (SEROZAN, 2014, s. 221)

65 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 486), (REİSOĞLU, 2012, s. 371)

66 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 487), (REİSOĞLU, 2012, s. 371)

67 (Türk Borçlar Kanunu, 2011)

68 OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 488, dipnot 533

-Borcu zamanında ifa etmiş olsa dahi beklenmedik halin ifa konusuna zarar vereceğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulur.

Belirtmek gerekir ki zarara yol açan olayın beklenmedik hal veya mücbir sebep olması bir fark yaratmamaktadır. Bunu nedeni, istenilen şey borçlunun temerrüde düşmenin sonuçlarına katlanmasını sağlamaktır o nedenle de zarara yol açan olayın niteliği önem taşımamaktadır.⁶⁹

5- Para borçları bakımından borçlu temerrüdünün sonuçları:

Para borçları diğer borçlar bakımından farklılık arz eder. Kanunda, borçlunun para borcunu ödemediği temerrüde düşmesi halinde alacaklının ifanın gecikmesinden doğan zararlarını karşılayabilmek adına, temerrüde düştüğü günden itibaren temerrüt faizi ödeneceği belirtilmiştir. Temerrüt faizinin ödenip ödenmeyecek olması alacaklının zararının varlığına ya da borçlunun temerrüde düşmede kusuru bulunduğu ispatına bağlı değildir. Para borçları bakımından temerrüdün farklılık arz ettiği nokta burasıdır işte. Diğer borçlar bakımından borçlu kusursuz olduğunu ispat etmesi halinde gecikme tazminatı ödemekten kurtulabilecekken para borçları bakımından böyle bir şansı bulunmamaktadır.⁷⁰

Temerrüt faizi, gecikme tazminatı ile tazminatın alt sınırını teşkil etmektedir. Yani alacaklının zararı daha az olsa dahi temerrüt faizi ne kadar olsa o kadar ödenir. Ancak, alacaklının zararı belirlenen temerrüt faizinden fazla ise alacaklı fazla kısmı da talep etme hakkına sahiptir.⁷¹

aa. Temerrüt Faizi:

aaa- Genel olarak :

MADDE 120- Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkraya uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.

Akdi faiz⁷² oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranı geçerli olur.”

69 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, s. 489)

70 Nomer, P. D. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler . İstanbul:, N. 190, s. 286.; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N. 1600-1602, s. 491.

71 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1599, s. 491)

72 Akdi faiz tarafların miktarını sözleşme ile kararlaştırdığı faizi ifade ederken; kanuni faiz, miktarı kanunla belirlenen faizin ifade eder (TTK.m.1461/I).

Öncelikli olarak, madde metninden de anlaşıldığı üzere taraflar sözleşme ile yasal temerrüt faizinden daha düşük oranda temerrüt faizi belirleyebileceklerdir. İkinci olarak, maddenin ikinci fıkrasında taraflarca belirlenecek faiz oranına bir üst sınır getirilmiştir. Buna göre, tarafların sözleşme ile kararlaştıracakları faiz oranı mevzuat hükümlerine göre belirlenecek yasal faiz oranının bir katını aşamayacaktır.⁷³

Temerrüt faizi, kural olarak borçlunun temerrüde düştüğü günün ertesi günü işlemeye başlar ve borçlu borcunu ifa edene kadar devam eder.⁷⁴ Temerrüt faizi her ne kadar kendiliğinden işlemeye başlasa dahi alacaklı talep etmedikçe hâkim re'sen temerrüt faizine hükmedemez.⁷⁵

Temerrüt faizi, temerrüde düştüğü tarihteki faiz oranı üzerinden hesaplanır, borcun doğduğu andaki oran üzerinden değil.⁷⁶

bbb- Ticari Olmayan İşler Bakımından:

Adi işler bakımından yasal temerrüt faiz oranı %9'dur.⁷⁷ Yani, kanun maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, taraflarca adi işler bakımından sözleşmede belirlenecek faiz oranı %18'i aşamayacaktır.

ccc- Ticari İşler Bakımından:

6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 8'inci maddesi uyarınca "*Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir*" hükmü ile akdi faiz oranının taraflarca serbestçe belirleneceği; TTK'nın 9'uncu maddesi uyarınca "*Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır*" ifadesi ile de ticari işler bakımında temerrüt faizinin nasıl belirleneceği belirtilmiştir. Ancak TBK m.120/F. 2'de yer alan ibare ("*Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.*") ile TTK m.8'deki ibare ("*Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.*") **birbiri ile çelişmektedir. Yani, TBK m.120 ile getirilen sınırlamaların ticari işler bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir.**⁷⁸ Çoğunluk, bu sınırlamaların ticari işler bakımında geçerli olmadığı görüşündedir.⁷⁹

73 (AYAN, 2010, s. 778)

74 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1624, s.497)

75 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1627, s.498)

76 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1623, s. 497)

77 2018 Yılı Kanunu Faiz ve Temerrüt Faiz Oranları. (2018, Ocak 1). Mevzuatın Yeri: <https://mevzuatinyeri.com/maliye-mevzuati/2018-yili-kanuni-faiz-ve-temerrut-faiz-oranlari.html> adresinden alındı, ziyaret tarihi 29.03.2018

78 (AYAN, 2010, s. 779)

79 OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1613, s.494; SEROZAN, 2014, §. 8 N.10

Ticari işler bakımından, taraflar sözleşme ile anapara faiz oranında anlaşmamışlarsa kanuni faiz oranı uygulanır. 3095 sayılı Kanununun 1'inci maddesi uyarınca kanuni faiz⁸⁰ oranı yıllık %9'dur. Temerrüt faizi ise; yukarıda da belirtildiği üzere TTK m.8/f.1 uyarınca taraflar sözleşme ile temerrüt faiz oranını serbestçe kararlaştırabileceklerdir.

3095 sayılı Kanuni Faiz Ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun uyarınca:

“Temerrüt faizi Madde 2 – (Değişik : 15/12/1999 - 4489/2 md.):

Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz.”

3095 sayılı kanun maddesinden de görüldüğü üzere, taraflar sözleşme ile temerrüt faiz oranını kararlaştırmamış ise yıllık % 9 oranında temerrüt faizi talep edebilir.⁸¹ Ancak yine maddenin ikinci fıkrasında, “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.” denerek ticari iş olması nedeniyle taraflar bir önceki yılın 31 Aralık günü Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nın kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranından (01.01.2018-31.12.2018 tarihleri arasında geçerli olmak üzere ticari işlerde temerrüt faiz oranı %10, 75'tir⁸²) temerrüt faizi talep edebilecek-

80 3095 sayılı Kanunda, kanuni faiz deyimi ile kastedilen yalnızca anapara faizidir. (ÇEKER, Y. D. (2005, Nisan 7). ADI VE TİCARİ İŞLERDE FAİZ. <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/adi%20ve%20ticari%20i%C5%9Flerde%20faiz.ppt> adresinden alındı)

81 (ORTAÇ, D. N. (2014, Şubat). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz. Ankara Barosu Dergis, s. 117-133., s. 128); (3095 Sayılı KANUNİ FAİZ VE TEMERRÜT FAİZİNE İLİŞKİN KANUN m.2/f.1.

82 (TTK Md. 1530 Uyarınca Belirlenen Temerrüt Faiz Oranı ve Asgari Giderim Tutarı)

tir.⁸³ Ancak bu oranın uygulanabilmesi için alacaklının talebi gerekmektedir, aksi halde hakim re'sen hükmedemez, adi işlerde geçerli olan faiz oranı üzerinden hesaplama yapması gerekir.⁸⁴

Son olarak, m. 2/ f.3' te tarafların anapara faiz oranını belirlemiş ama temerrüt faiz oranını belirlememiş olmaları halinde; belirlenen anapara faiz oranı, 3095 sayılı Kanunun m.1/f.1'de öngörülmüş orandan (% 9) daha fazla ise temerrüt faiz oranının anapara faiz oranından daha az olmayacağı belirtilmiştir.

ddd- Yabancı Para Borçları Bakımından:

3095 Sayılı Kanun M. 4/a "Yabancı Para Borçlarında Faiz:

Sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır."

Yabancı para borçlarına ilişkin temerrüt faizinin uygulanabilmesi için tarafların muhakkak sözleşmede borcun yabancı para ile ödeneceğini belirtmiş olmaları gerekmektedir. Yabancı para borcun Türk parasına çevrilip ifa edilmesi halinde yabancı para borcu olmaktan çıkmaz.⁸⁵ Yabancı para borcu üzerinden temerrüt faizi hesaplanıp alacaklının belirlediği (borcun vade tarihi/ fiili ödeme tarihi) Türk parasına çevrileceği tarihteki kur üzerinden anapara ve temerrüt faizi Türk parasına çevrilecektir.⁸⁶

bb. Temerrüt Faizi ile karşılanmayan zararlar:

Temerrüt faizi ile alacaklının zararı tam olarak karşılanamaması halinde alacaklı aşan kısmın (munzam zarar/ aşkın zarar) karşılanması için de talepte bulunabilecektir (TBK m. 122/ f.1). Şunun altını çizmek gerekir ki, temerrüt faizinde alacaklı zararını ispatla yükümlü değildir ancak alacaklı munzam zarar iddiasında bulunduğu zaman temerrüt faizinin zararını karşılamadığını ispat etmekle yükümlüdür. Bu noktada artık borçlu kusuru olmadığı ispat etmedikçe bu zararı gidermekle yükümlü olur.⁸⁷

TTK m. 1530' da ticari işler bakımından temerrütün sonuçlarında aşan zarar için herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu bakımdan genel hüküm niteliği taşıyan TBK m. 122'nin uygulama alanı bulacağı söylen-

83 (ORTAÇ, 2014, s. 128; OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1610-1612 s. 494)

84 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1610, s. 494)

85 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1614-1616, s. 495)

86 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N. 1617, s. 496, s. 502-504)

87 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N.1630-1632, s.500-501)

mektedir.⁸⁸ Yargıtay kararları incelendiğinde de aşkın zararın ispatı için Yargıtay'ın munzam zararın oluştuğunun somut delillerle ispat edilmesi ve niceliğinin kanıtlanması şartını aradığı görülmüştür.⁸⁹

6- Karşılıklı Edim İçeren Sözleşmeler⁹⁰ Bakımından Borçlunun Temerrüdü:

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından taraflardan biri edimini ifa etmekte temerrüde düşmesi halinde genel sonuçlardan farklı olarak alacaklıya bir takım ek imkanlar sunulmuştur.

Karşılıklı edim içeren sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde aynen ifa ve gecikme tazminatı dışındaki seçimlik haklarını kullanabilmesi için alacaklının, TBK m.124'teki haller hariç olmak üzere, borçluya ifa için ek süre vermeli ya da temerrüde düşen taraf uygun bir süre verilmesini hâkimden talep edebilir (TBK m.123). Ek sürenin bitimi ile alacaklı kullanmak istediği seçimlik hakkını derhal bildirmekle yükümlüdür.⁹¹

TBK m.124'te ek süre verilmesine gerek olmayan haller sayılmıştır. Bu haller:

“1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa.

2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.

3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa.” (Türk Borçlar Kanunu, 2011, m.124)

Temerrüde düşen borçlu kendisine uygun süre verilmiş olmasına rağmen sürenin sonunda yine borcunu ifa etmezse ya da süre verilmesine gerek olmayan hallerden birinin söz konusu olması halinde alacaklının derhal karşı tarafa bildirmesi şartıyla kanunda karşılıklı borç ilişkileri

88 (AYAN, 2010, s. 785-786)

89 (Munzam zararın tazmini istemine ilişkindir., 2012)

90 Karşılıklı edim yükleyen sözleşmeler: sözleşmenin her iki tarafının da sözleşme ile kararlaştırılan karşılıklı borçlar altına girdiği sözleşme türüdür. Taraflardan biri kendi yükümlülüğünü yerine getirmişken öteki tarafın getirmekte gecikmesi halinde o taraf temerrüde düşecektir. (KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE, KENDİ ÜZERİNE DÜŞEN EDİMİ İFA ETMEYEN TARAFYA KARŞI YAPILMASI GEREKENLER, 2014)

91 (SEVİNÇ, 2014); Akbaş, A. F. (2015, Aralık 30). *Her İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları*. Hukuki Haber: <http://www.hukuki-haber.net/her-iki-tarafa-borc-yukleyen-sozlesmelerde-borclunun-temerrudunun-sonuclari-makale.4519.html>.

bakımından kendisine tanınan seçimlik haklardan yararlanabilecektir.⁹² TBK m.125'te alacaklıya tanınan seçimlik haklar şu şekildedir:

1. Alacaklı, her zaman borcun aynen ifasını ile birlikte gecikme tazminatı da talep etme hakkına sahiptir. Ancak, bu hakkın kullanılabilmesi için borcun aynen ifası mümkün olmalıdır.

2. Alacaklı, borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini derhal bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın (müspet zararın)⁹³ giderilmesini talep edebilir.

3. Alacaklı, borcun aynen ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini derhal bildirerek sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu halde sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkar ve böylelikle yapılan ifalar geri talep edilebilecek ve taraflar sözleşmenin yüklediği yükümlülüklerden kurtulacaktır. Sözleşmeden dönme yolunu tercih eden alacaklı menfi zararını⁹⁴ talep edebilecektir.

Menfi/müspet zararın tazmini talep edilebilmesi için borçlunun kusuru aranmaktadır.

7- Sürekli Edimli Sözleşmeler Bakımından Borçlu Temerrüdünün Sonuçları:

Sürekli borç ilişkisini ani edimden ayıran özelliği, borçlu borcunu bir an içinde değil ancak zaman içinde sürekli bir davranışla ifa ediyor olmasıdır. Bir borç ilişkisinde asli edimlerden en az birinin süreklilik arz edi-

92 (KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE, KENDİ ÜZERİNE DÜŞEN EDİMİ İFA ETMEYEN TARAF KARŞI YAPILMASI GEREKENLER, 2014); (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N. 1651-1732, s.506-530); (SEROZAN, 2014, N. 12, s17, s. 230-231)

93 Müspet (Olumlu) Zarar: borçlunun sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sonucu alacaklının uğradığı zararı ifade eder. Yani, alacaklının borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi sonucu malvarlığının durumu ile sözleşmede bahsedilen şekilde ve zamanda borcun ifa edilmiş olması halinde alacaklının malvarlığındaki durum arasındaki farktır. Örnek vermek gerekirse, noterden ihtar çekmek, alacaklının gecikme nedeniyle mal veya hizmeti başka kaynaktan temin etmesi nedeniyle uğradığı zarardır. (Sevinç, A. S. (2014, Nisan). Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdünün Sonuçları ve Müspet Zarar- Menfi Zarar Ayrımı. Erdem&Erdem : <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/karsilikli-borc-yukleyen-sozlesmelerde-borclu-temerrudunun-sonuclari-ve-muspet-zarar--menfi-zarar-ayrimi/> adresinden alındı)

94 Menfi Zarar: alacaklının sözleşmeye güvenerek ve borcun ifa edileceğine inanarak yaptığı masraflardır. Bu durumda da alacaklının sözleşmeyi yapmamış olması halinde malvarlığının değeri ile sözleşmenin geçersiz hale gelmesi halinde malvarlığının değeri arasındaki farkı ifade etmektedir. Örnek: söz konusu sözleşme ilişkisine girildiği için diğer fırsatların kaçırılmasından kaynaklanan kayıplar, sözleşmenin kurulması için yapılmış olan her türlü masraf (harçlar, damga vergisi ödemesi gibi). (SEVİNÇ, 2014)

yor olması o borç ilişkisinin sürekli edimli olduğu kabulü için yeterlidir. Kira ve hizmet akdi bu sözleşme türüne örnek teşkil eder.⁹⁵

Sürekli edimlerde borcun tutarı baştan belli olup bu tutar belli veya belirsiz aralıklarla yerine getirilebileceği gibi tutarı baştan belli olmayıp birbirinden bağımsız dönemlerde yerine getirilecek borç ilişkileri (elektrik, su, doğalgaz gibi) olabilir.⁹⁶

Sürekli edimli sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüde düşmesi hali TBK m. 126' da düzenlenmiştir. Sürekli edimler içeren sözleşmelerde sözleşmeden dönmenin o ana kadar yerine getirilmiş edimlerin geri iadesi işleminin hem pratik olmayışı hem de adalete aykırı oluşundan kaynaklı olarak alacaklı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı kazandığı ve bunu kullandığı zaman borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona ereceği düzenlenmiştir.⁹⁷

TBK m.126 uyarınca sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının hakları:

1- Borcun aynen ifası ile birlikte gecikme tazminatını talep edebileceği gibi

2- Sözleşmeyi ileriye dönük olarak fesh edip sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden kaynaklı olarak uğradığı zararın tazminini talep edebilir.⁹⁸

Kaynakça

2018 Yılı Kanunu Faiz ve Temerrüt Faiz Oranları. (2018, Ocak 1). Mevzuatın Yeri: <https://mevzuatinyeri.com/maliye-mevzuati/2018-yili-kanuni-faiz-ve-temerrut-faiz-oranlari.html> adresinden alındı

3095 Sayılı KANUNİ FAİZ VE TEMERRÜT FAİZİNE İLİŞKİN KANUN. (tarih yok).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu. (2011).

AKBAŞ, A. F. (2015, Aralık 30). *Her İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları*. Hukuki Haber: <http://www.hukukihaber.net/her-iki-tarafa-borc-yukleyen-sozlesmelerde-borclunun-temerrudunun-sonuclari-makale>, 4519.html adresinden alındı

AKÇURA KARAMAN, Y. (2013). Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayrıntan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 225-258.

ATAMER, D. D. (2012). *Milletlerarası Satım Hukuku*. İstanbul: On İki Levha .

AYAN, Y. D. (2010). 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN 1530. MADDESİ GEREĞİNCE BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 717-793.

95 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N. 38 ve 40bb, s. 10-12)

96 (SEROZAN, 2014, §1, N. 18, s.13-14)

97 (OĞUZMAN & ÖZ, 2016, N. 1441, s.439)

98 (REİSOĞLU, 2012, s. 390)

- ÇEKER, Y. D. (2005, Nisann 7). *ADI VE TİCARİ İŞLERDE FAİZ*. <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/adi%20ve%20ticari%20i%C5%9Flerde%20faiz.ppt> adresinden alındı
- DEVELİOĞLU, D. D. (2013). CISG'nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53-72.
- DOĞAN, A. M. (2014, Nisan). Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunu Temerrüdü. *Ankara Barosu Dergisi*, s. 385-413.
- ERDEM, P. D. (2013). Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 259-288.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu. (2011).
- İŞINTAN, Y. D. (2013). Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı . *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 161-182.
- Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizi Oranları*. (tarih yok). Koç Yeminli Mali Müşavirlik : <http://www.koc-ymm.com.tr/pratik-bilgiler/kanuni-faiz-ve--temerrut-faizi-oranlari> adresinden alındı
- KARAKILIÇ, Y. D. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*. İstanbul: onikilevha.
- KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE, KENDİ ÜZERİNE DÜŞEN EDİMİ İFA ETMEYEN TARAF KARŞI YAPILMASI GEREKENLER*. (2014, Haziran 1). Öngören Hukuk Bürosu: <http://www.ongoren.av.tr/karsilikli-borc-yukleyen-sozlesmelerde-kendi-uzerine-dusen-edimi-ifa-etmeyen-tarafa-karsi-yapilmasi-gerekenler/> adresinden alındı
- KORNET, N. (2012, Mart). THE COMMON EUROPEAN SALES LAW AND THE CISG COMPLICATING OR SIMPLIFYING THE LEGAL ENVIRONMENT? Maastricht , Netherlands.
- Munzam zararın tazmini istemine ilişkindir., 2012/11-418 E. (Hukuk Genel Kurulu Kasım 22, 2012).
- NOMER, D. D. (2008). *Borçlar Hukuku Gnele Hükümler*. İstanbul : Beta.
- Nomer, P. D. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta .
- OĞUZMAN, P., & ÖZ, P. (2016). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*. İstanbul : Vedat Kitapçılık.
- ORTAÇ, D. N. (2014, Şubat). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz. *Ankara Barosu Dergisi*, s. 117-133.
- ÖNER, A. Ö. (2017). VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN UYGULANMA ALANI, YORUMLANMASI VE BAĞLAYICILIĞI. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 801-837.
- ÖZ, P. D. (2013). Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG). *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3-18.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, P. D. (2013). Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19-52.
- REİSOĞLU, P. D. (2012). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta.
- Schmidt-Ahrendts, D. N. (2017). The CISG. Wiesbaden, Almanya.
- SEROZAN, P. (2014). *İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*. İstanbul : Filiz Kitapevi.
- SEVİNÇ, A. S. (2014, Nisan). *Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdünün Sonuçları ve Müspet Zarar- Menfi Zarar Ayrımı*. Erdem&Erdem: <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/karsilikli-borc-yukleyen-sozlesmelerde-borclu-temerrudunun-sonuclari-ve-muspet-zarar--menfi-zarar-ayrimi/> adresinden alındı
- Status United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)*. (2018). UNCITRAL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html adresinden alındı
- Ticari İşlerde Uygulanacak Kanuni Temerrüt Faiz Oranı Güncellendi*. (2017, Ocak 4).

ProCompliance: <https://www.procompliance.net/ticari-islerde-uygulanacak-kanuni-temerrut-faiz-orani-guncellendi/> adresinden alındı

TOKER, Y. D. (2013). VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG) UYARINCA SÖZLEŞMENİN ESASLI İHLÂLİ. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* , s. 213-250.

TTK Md. 1530 Uyarınca Belirlenen Temerrüt Faiz Oranı ve Asgari Giderim Tutarı. (tarih yok). Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası: <http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Piyasa+Verileri/TTK+Md.+1530> adresinden alındı

Türk Borçlar Kanunu. (2011).

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499). (2008, Ocak 22). Ankara.

Türk Medeni Kanunu. (2001).

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. (tarih yok).

VİYANA SÖZLEŞMESİ [CISG]. (2010). <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/Textsammlung/textsammlung-tuerkisch.pdf> adresinden alındı

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARINA BAĞLI DEĞER KAYBI HESAPLANMASINA DAİR EKTE YER ALAN FORMÜL HAKKINDA DEĞERLENDİRME VE KISACA GENELGENİN NORMLAR HİYERARŞİDEKİ YERİ

Stj. Av. Yunus Emre YAVUZTÜRK¹

A. GİRİŞ

Değer kaybı; kazaya karışması akabinde bu kaza sebebiyle onarım gören araçların, ikinci el piyasa değerlerinde meydana gelen maddi kaybı ifade etmektedir. Kaza sonucu hasar gören araç, tamamen tamir edilse dahi, araçta güncel değer kaybı meydana gelecektir. Bu aracın, emsallerine göre satışı zorlaşacak ve ikinci el değeri düşen araç, daha düşük bir fiyata satılmak zorunda kalacaktır. Bu sebeptir ki hukuk bunu korumuştur.

Değer kaybı; ZMMS² poliçesi kapsamında olup , poliçe limitleri dahilinde ödenmelidir.

T.C. YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ³

“...Davacı, hasar onarım bedeli isteğinin yanı sıra hasar ve onarım sebebiyle aracının değerinin düştüğünü ileri sürerek değer kaybı zararını da istemektedir. Sigorta şirketi tarafından davacıya hasar bedeli için tazminat ödendiği, değer kaybı sebebiyle ise herhangi bir ödeme yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Mahkemece, yukarda açıklanan olgular gözetilerek araçta değer kaybı olup olmadığının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yaptırılması ve varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.”

Meydana gelen trafik kazasında kusuru bulunmayan araç sürücüsü, aracında oluşan maddi hasarın tespiti ve oluşan değer kaybının karşılanması için talepte bulunabilecektir. Dava yoluna gidilmeden evvel ilgili sigorta şirketine başvuru bir önşart olup, sigorta şirketlerine başvurudan evvel bir ekspertiz raporu temin edilmelidir.

1 İstanbul Barosu - 65059

2 Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası

3 E. 2010/8927 K. 2011/10635 T. 17.10.2011

1. DEĞER KAYBI HESAPLANIRKEN BAZ ALINMASI GEREKEN KALEMLER

Sigorta eksperleri değer kaybını tespit ederken pek çok kriteri dikkate alarak değerlendirme yapar ve bir sonuca varır. **Bu kriterler** ; aracın 2. el piyasa değeri , hasar geçmişi, vasıtanın kilometresi, üretim yılı, vasıtanın hasar gören parçaları ve bu parçaların araçtaki değeri gibi kalemlerdir.

Tüm bu kriterler **birlikte** değerlendirilerek, araçtaki reel değer kaybı tutarı hesaplanır. Bizim özellikle değineceğimiz husus ise kilometre kriteri olacaktır.

B. KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK (TRAFİK) SİGORTASI GENEL ŞARTLARI VE DEĞER KAYBI

Genel Şartlara⁴ ekli olan değer kaybı hesaplama formülü, 1 Haziran 2015 tarihinden itibaren ülkemizde uygulanmaya başlamıştır.

Genel Şartlara ekli değer kaybının hesaplama formüllerinde, aracın ana gövdesi, kaynaklı parçalar ve şasesinde yapılan parça değişim ve onarım durumu önem arz etmekte, bu parçalarda onarım bulunması durumunda hasarın ağırlığına göre *eksper takdiri* formüle eklenmektedir. Onarım gören ve değişen parçaların boya işlem adedi değer kaybı hesaplama formülünde yer almaktadır. Değer kaybını etkilemeyen plastik, cam, mekanik vb. özellikteki bazı parçalar hesaplama katılmamaktadır.

Değer kaybının tespitinde aracın piyasa rayiç değeri ve kaza esnasındaki kilometre bilgisi hesaplama formülünde dikkate alınmaktadır. Aracın değer kaybına konu olan hasarlı kaporta parçalarından, aracın eski kazalarında hasar ve onarım görmüş olanlarının değer kaybı hesaplamasına dahil edilmemektedir.

1.ARACIN KİLOMETRESİNİN EKTE UYGULUNANAN FORMÜLDEKİ ÖNEMİ

Değer kaybının genelgedeki formül ile hesaplanmasında, değer kaybı talep edilen aracın kilometresinin **165 binden fazla olması durumunda**; geliştirilen formül sebebiyle sonuç sıfır olarak çıkmakta ve değer kaybı tazminatı vermemektedir.

Ancak piyasada talep gören birçok aracın kilometresi yüksek olsa bile, kazadan dolayı piyasa rayiç değeri araştırıldığında değer kaybı olduğu görülmektedir. Yargı kararlarında da, değer kaybının bütün verilerin hakkaniyetli olarak bir bütün halinde göz önüne alınarak belirlenmesi

4 Resmi Gazete - 14.05.2015 tarih ve 29355 sayı

gerektiği görüşü de hakimdir. Nitekim spesifik olarak değinmek gerekir ki; aracın kilometresi, aracın kaportasında yıpranmaya yol açmayacaktır, yıpranma ve eskime aracın mekanik aksanında söz konusu olacaktır.

Gerçekten de değer kaybı hesaplanırken sadece aracın kilometresi baz alınarak hak kaybına yol açmakta olan bu formül; hakkaniyetten çok uzaktır. Nitekim örneğin 2-3 yaşında 300.000, 00 - TL rayiç bedeli olan bir araç dahi sınırı çizilen kilometrenin üzerine bitabi çıkabilecektir. Örneğimizdeki araç olası bir kazaya maruz kaldığında; piyasadaki değer kaybı, değişen parçalar ve diğer faktörler göz önünde bulundurulmaksızın araç kilometresi sebebi ile değer kaybına hak kazanamayacaktır.

Bundan dolayı değer kaybı hesaplamasında hayatın olağan akışına ve hakkaniyete açıkça aykırı olan kilometre sınırlandırmasının yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

T.C.YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ⁵

“...Hükme esas alınan bilirkişi raporunda araçtaki değer kaybının tespiti, Dairemizce değer kaybının belirlenmesi hususunda esas alınan, aracın kaza tarihindeki hasar görmemiş 2.el piyasa değeri ile kazadan sonra onarılmış haldeki 2.el piyasa değeri arasındaki fark kriterine uyulmaksızın aracın yaşı, hasar durumu

ve piyasa koşullarına göre genel bir niteleme yapılarak sağlanmıştır. Değer kaybı konusunda genel bir değerlendirme ile değer kaybının tespit olunduğu bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm kurulamaz.

Bu durumda mahkemece aracın modeli, markası, özellikleri, hasarı, yapılan onarım işlemleri, kilometresi, olay tarihindeki yaşı, davacı tarafın iddiaları, davalıların savunmaları ve **tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek aracın kaza öncesi hasarsız ikinci el piyasa rayiç değeri ile kaza meydana geldikten ve tamir edildikten sonraki ikinci el piyasa rayiç değeri arasındaki farka göre değer kaybının yeniden hesaplanması** konusunda önceki raporu düzenleyen bilirkişiden ayrıntılı, gerekçeli, denetime elverişli ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde eksik inceleme ile hükmü elverişli olmayan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

T.C. YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ⁶

“...Araçta meydana gelen değer kaybı aracın modeli, markası, km si, kullanım tarzı vs.gibi hususlar gözönünde bulundurularak kaza tarihi itibarıyla serbest piyasadaki 2.el piyasa rayiç değeri (hasarsız hali ile) ile

5 E. 2015/3412 K. 2015/11157 T. 26.10.2015

6 E. 2016/1282 K. 2016/5801 T. 11.5.2016

aracın hasarı onarıldıktan sonraki hali ile serbest piyasadaki 2.el piyasa değeri arasındaki farktır. Değer kaybının bu yöntemle tespiti gerekir. Eksik inceleme ve hüküm kurmaya elverişli olmayan bilirkişi raporuna göre karar verilemez.”

C. GENELGENİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

1. TANIM

Genelge; yasa ve yönetmeliklerin uygulanmasında yol göstermek, herhangi bir konuda aydınlatmak, dikkat çekmek üzere ilgililere gönderilen yazı, tamim, sirküler anlamına gelmektedir.

2. NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Normlar hiyerarşisi hukukun yazılı kaynakları arasında bulunan astlık üstlük ilişkileridir. Normlar hiyerarşisi hukukun asıl kaynakları içinde yer alan yazılı kaynakların hiyerarşi sırasını belirterek hangi yazılı kaynakların öncelikli olduğunu göstermektedir.

Normal hiyerarşisi; genel itibari ile Anayasa > Kanun > Tüzük > Yönetmelik şeklinde oluşmaktadır.

İdare, Anayasamızda düzenlenmiş olan Kanun Hükmünde Kararname, tüzük ve yönetmelikler dışında genelge, sirküler, talimat, tebliğ, yönerge, gibi isimler altında da düzenleyici işlemler yapmaktadır. Doktrinde yaygın olarak bu işlemlere, Anayasada isimleri geçmediği için, adsız düzenleyici işlemler denilmektedir⁷.

Doktrinde temelde iki farklı görüş hakimdir; bir grup bunların anayasada düzenlenmiş olan düzenleyici işlemlerin altında yer aldığını söylemekte iken; diğer grup bunların yönetmeliklerle aynı düzeyde buldukları kanısındadırlar. Hukuk devleti ilkesi gereğince normlar hiyerarşisince adsız düzenleyici işlemlerin yönetmeliklerin altında yer aldığı kabul edilmesi gerekmektedir⁸.

Anayasamız, idarenin düzenleyici işlem çıkarmasını kanundan kaynaklanmak şartına bağlanmıştır. Bu şart; doktrinde adsız düzenleyici işlemler olarak adlandırılan genelge, sirküler, talimat için de söz konusudur. Fakat ismi üzerinde adsız düzenleyici işlemler anayasada geçmediği için ve kanunlara aykırı olmama şartına kuşkusuz ve boşluksuz olarak haiz olmadığı için çeşitli sakıncalar ortaya çıkabilmektedir. Nitekim Gözler de “Adsız düzenleyici işlemlerin kanuna dayanmak zorunda olduğunu söyleyemeyiz” demektedir⁸. Fakat az evvel de ifade ettiğimiz üzere kanuni

7 Fatma Didem Sevgili Gençay, Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, özet

8 Gözler , s.1170

idare ilkesi adsız düzenleyici işlemlerin de kanuna dayanmasını zorunlu kılar. Aksi, hukuka ve anayasaya açıkça aykırıdır.

3. GENEL ŞARTLAR VE MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI

Yukarıda izah edildiği üzere; değer kaybı belirleme formülünün hukuka ve hakkaniyete aykırı olmasının yanı sıra, genelgelerin normlar hiyerarşisindeki yerini açıkladık.

Trafik kazası akabinde tazmin talebi için görülen işbu davalarda hakimler istisnasız olarak; teknik bilgi ve ihtisas isteyen bir konu olması sebebiyle dosyaların bilirkişiye tevdiine karar vermektedirler.

Bilirkişilerin de tamamına yakın bir çoğunluğu; değer kaybı belirlenmesinde genel şartlar ekindeki formülü baz almaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere sırf araç kilometresinin yüksek olmasından yola çıkarak, raporlara değer kaybı hesaplanmayacağı kaydı düşülmektedir.

Bilirkişilerin hukuk yaratma, hukuki yorum yapma yetkileri olmadığından işbu değer kaybı hususu tamamen hakimlerin ilgi, bilgi ve vicdanlarına kalmış bir husustur.

Anayasa'nın 138.maddesi 1.fıkrasına göre: "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler."

Maddenin 2.fıkrasına göre de: "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; **genelge** gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."

Maddenin 2.fıkrasında hiçbir organ ve makamın mahkemelere ve hakimlere "emir ve talimat veremeyeceği, GENELGE gönderemeyeceği" açıklandığına göre, yayımlanmış olan hukuka aykırı genelge ve yönetmeliklerin mahkemeleri bağlamayacağı Anayasa'nın açık hükmüdür⁹.

D. SONUÇ

Genel Şartların ekinde 1 Haziran 2015 tarihinde yayımlanmış olan değer kaybı hesaplaması uygulamasını, yöntem itibari ile isabetli ve fakat formüle edilen sınırlar itibari ile hukuka ve hakkaniyete aykırı buluyorum. Değer kaybının formülle hesaplanmasında, değer kaybı talep edilen aracın kilometresinin 165 binden fazla olması durumunda tazminat çıkması hususunun yeni bir düzenlemeye ihtiyacı olduğu aşikardır. Nitekim Yargıtay Kararlarında, piyasa şartlarına göre değer kaybının belirlenmesi uygulamasının da dikkate alındığı bilinmektedir.

9 Çelik Ahmet Çelik-Tazminat ve Alacak Davaları Syf.10

Bunun yanı sıra; bu hususlarda görüş belirtmemize temel itibari ile neden olan şey, genelgenin normlar hiyerarşisindeki konumudur Ülkemizde trafik kazalarının sıklıkla görülmesi, araçlarda değer kayıpları oluşması ve bu makaleye konu olan genel şartlar ekinin varlığını yanyana koyduğumuzda ne yazık ki sıklıkla mağduriyetler ortaya çıkabilmektedir.

“Ahlakın amacı bireysel iyiyi gerçekleştirmektir ve ahlakın kaynağı içtedir, yani vicdandadır. Ahlaka uymak iyi niyetli olmaktır ve bu ah-laksallıktır. Hukuk da ah-laksal temellidir, ancak hukuk varolan içinde güncelleşir ve gelişir.”¹⁰

10 İmmanuel Kant

İL VE İLÇELERDE KURULMUŞ SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA VAKIFLARININ HER BİRİ AYRI BİR İŞYERİ VE BAĞIMSIZ İŞVERENDİR

Av. Erol TÜRK

ÖZET: 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup, ayrı işyeri ve bağımsız işverendirler. Her vakıf için işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yetkisi verilebilir. İş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ön koşullarından olan işçi sayısı tespit edilirken her vakıf yönünden sadece kendi işçi sayısı dikkate alınmalıdır. Otuz işçi sayısının her vakıf işyeri için aranması gerekir. (Y.İ.B.G.K. 09.06.2017 T. 2016-3 E. 2017-4 K.)

I. GİRİŞ

A. İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KONUSUNDAKİ BAŞVURU

İl ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının her birinin ayrı işyeri ve bağımsız işveren olup olmadığı ya da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı işverenine bağlı işletme kapsamında sayılıp sayılmayacağı. 4857 sayılı İş Kanunu Md. 18 hükümlerinden yararlanmak bağlamında her bir sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfında otuz işçi çalışıp çalışmadığının araştırılması gerekip gerekmediği konusunda Daireler arasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarının birleştirilmesi istenmiştir.

B. YARGITAY BİRİNCİ BAŞKANLIK KURULUNUN KARARI VE İÇTİHADI BİRLEŞTİRMENİN KONUSU:

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının her birinin ayrı işyeri ve bağımsız işveren olup olmadığı. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı işverenine bağlı işletme kapsamında sayılıp sayılmayacağı. 4857 sayılı İş Kanunu Md. 18 hükümlerinden yararlanmak bağlamında her bir sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfında otuz işçi çalışıp çalışmadığının araştırılması gerekip gerekmediği konusunda daireler arasında görüş ayrılığı bulunduğu ve farklı uygulamaların sürdürüldüğü sonucuna varıldığından; bahse konu görüşmenin İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

B. GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLAR

Yedinci Hukuk Dairesinin 17.02.2015 T ve 2014/13957 E. 2015/1715 K.10.03.2015 T.ve 2014/16802 E., 2015/3971 K. Dokuzuncu Hukuk Dairesinin 30.04.2015 T ve 2015/6398 E., 2015/15903 K.; Yirmi ikinci Hukuk Dairesinin 06.10.2011 T ve 2011/837 E., 2011/2456 K; 04.02.2015 T ve 2015/1262 E., 2015/2884 K. sayılı kararları.

C. GÖRÜŞ AYKIRILIĞININ GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KARARLARDA BELİRTİLEN GÖRÜŞLERİN ÖZETLERİ

1. İçtihatların birleştirilmesi konusu kapsamında vakıfların Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı işverenine bağlı işletme kapsamında olduğu ve dolayısıyla iş güvencesi hükümleri yönünden tüm Türkiye’de bulunan toplam vakıf işçi sayısı esas alınmalıdır görüşünde olan daireler:

Yedinci Hukuk Dairesinin görüşü: Türkiye’deki tüm il ve ilçelerde kurulu sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalışan toplam işçi sayısının, 4857 sayılı Kanunu Md.18 göre otuz işçi kıstasının dikkate alınması gerekir. Tüm yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü ve alt birimi olan Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığının, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının üzerinde yönetim ve denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu vakıflar, sosyal yardımların ülke genelinde yürütülmesi ve ihtiyaç sahiplerine ulaştırılmasında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının taşra örgütü gibi faaliyet göstermektedir. Vakıfların ekonomik gelir ve idari örgütlenme açısından Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vesayeti altında olduğu anlaşıldığından aynı iş kolunda bulunan tüm sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları açısından işletme toplu iş sözleşmesi yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Dokuzuncu Hukuk Dairesinin görüşü: Türkiye’de tüm il ve ilçelerde 3294 sayılı Kanuna göre kurulan ve kamu tüzel kişiliğe sahip Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının taşra teşkilatı olan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları Bakanlığın aynı iş kolunda işyerleri olduğu kabul edilmelidir. İşletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi imzalanması gerektiği ve iş güvencesi yönünden tüm vakıflarda çalışan işçi sayısının esas alınması gerekir.

2. İçtihatların birleştirilmesi konusu kapsamında her vakfın ayrı ve bağımsız bir işyeri olduğu görüşünde olan daireler:

Yirmi ikinci Hukuk Dairesi konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle il ve ilçelerde kurulu bulunan ve özel hukuk tüzel kişisi olan anılan vakıfların. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının alt birimi veya taşra teşkilatı olmadığı. Fon Kuruluna verilen görevlerin, vakıf tüzel kişiliğini ve işveren sıfatını ortadan kaldıracak mahiyette olmadığı, bağımsız işyerleri olan özel hukuk tüzel kişileri oldukları, işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapılması; iş güvencesi yönünden de her bir işyerinde çalışan işçi sayısının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

II. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMEYLE İLGİLİ KAVRAM, KURUM VE YASAL DÜZENLEMELER

A. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRMEYLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE KURUMLAR

1. İşveren

4857 sayılı İş Kanunu Md.2de işveren, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar şeklinde tanımlanmıştır.

İşverenin işçi çalıştıran kişi olarak tanımlanması nedeniyle işçi sayılmayan kişileri çalıştıranlar işveren sayılmayacaktır. Örneğin istisna veya vekâlet sözleşmesi ile iş gördürenler işveren olamayacağı gibi bu sözleşmelere göre de iş görenler işçi sayılamaz.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda işverenin tanımı yapılmamıştır. Bu Kanunda Md. 2/3 te Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramlarının 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı şekli ile geçerli olacağı ifade edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu Md. 2 göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denilmektedir. Aynı Kanunun Md. 8 ise iş sözleşmesi, bir tarafın –işçi-bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın –işveren- de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. B. K. Md. 391/1 ise işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme şeklinde ifade edilmiştir. Bu tanımlardan hareketle iş sözleşmesinin unsurları, iş görme-emek- ücret, zaman ve bağımlılık olarak sıralanabilir.

Bağımlılık ekonomik ve kişisel bağımlılık olarak ikiye ayrılmaktadır. Günümüzde artık ekonomik bağımlılığın işçi açısından Önemi yitirmesi nedeniyle buradaki bağımlılığın ekonomik bağımlılık değil işçinin işverene kişisel bağımlılığı olduğu kabul edilmelidir.(1)

Kişisel bağımlılık iki yönlü olup birincisi, işverenin yönetim hakkıdır. İşveren yönetim hakkını, işçiye işin yürütülmesine ilişkin emir ve talimat vererek kullanır. İşverenin yönetim hakkı, Borçlar Kanunu Md.399 göre, işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir şeklinde ifade edilmiştir.

Bağımlılık unsurunun ikinci yönü ise işçi ile ilgili olup işçinin, işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü biçiminde somutlaşır. Bunun doğal sonucu olarak eğer çalışanın işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü yoksa ya da işin görülmesi sırasında talimatlara uyması gerekli değilse bu çalışma ilişkisi iş sözleşmesinin konusunu teşkil etmeyecektir.

Bu ölçütler içinde kişisel bağımlılığın tamamlanması ve daha da belirginleştirilmesi bakımından özellikle işçinin işverene ait iş ya da hizmet organizasyonu içinde yer alıp almadığının belirlenmesi önem taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, işverenin organizasyonunda yer alsa bile kendisine ait müşterisi olan karar verine özgürlüğü olan, kendi işletmesinin riskini taşıyan kişiler işveren ile sürekli ilişki içinde bulunsalar bile iş sözleşmesine göre çalışmazlar. (2)

İşçi çalıştırma ve bağımlılık unsuru yukarıda açıklandığı gibi işverenin yönetim hakkının bir tezahürü olduğundan yönetim hakkının tespiti ile işverenin kim olduğu belirlenmektedir. Diğer bir ifadeyle işveren, işin görülmesini isteme hakkı kapsamında en yüksek düzeyde işçiye talimat veren kişidir. İşverenin, vereceği talimatlarla işçi üzerinde yönetim hakkını kullanması, işçinin de bu talimatlara uygun hareket etmesi taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığına işaret eder. Yönetim hakkı yanında ayrıca işverenin kendine ait bir organizasyonu bulunmalı, hukuki ve ekonomik bağımsızlığı da olmalıdır.(3)

2. İşveren vekili

4857 sayılı İş Kanunu Md.2/4 göre işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denilir. İş Kanununda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri içinde uygulanır.

İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Md.2/1-e bendi uyarınca işveren vekili, işveren adına işletmenin bütününe yönetendir. Bu

tanıma göre işyerinin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili sayılmamaktadır. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun yönünden işveren vekili kavramı kapsam olarak daraltılmıştır.

İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan doğruya işveren sorumludur. O halde işveren vekilliğinin ilk koşulu işvereni temsil etmek ve onun adına hareket etmeyi gerektirir. Bu özelliğinden dolayı işveren vekilinin, işveren ve alt işveren gibi kavramlarla karıştırılmaması gerekir. İşveren vekilliğinin temsil yetkisi herhangi bir hukuki işlemde doğabileceği gibi kanundan da kaynaklanabilir.

Dolayısıyla temsil yetkisinin verilmiş olması, ancak bu yetkinin kullanılmasını sağlayacak bir görev üstlenilmemesi bir başka deyişle soyut bir temsil yetkisinin verilmiş bulunması işveren vekili sıfatını kazanmayı sağlamayacaktır. Dolayısıyla işveren vekilinin ikinci koşulu işin, işyerinin veya işletmenin yönetiminde görev almaktır. İş Kanunu işveren vekili tanımını geniş tuttuğundan İş Kanunu kapsamında bir işyerinde ya da işletmede genel olarak birden fazla işveren vekili bulunması mümkün iken 6356 sayılı Kanun kapsamında birden fazla işveren vekili bulunması istisna şeklinde olabilecek, işveren adına işletmenin bütününe yönetenler bu sığa hak kazanacaklardır.

3. İşyeri

4857 sayılı İş Kanununun amaç ve kapsamı belirleyen Md.1/2 “Bu kanun, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır” şeklinde belirtilmekle kanun koyucunun, iş kanununun yer bakımından uygulanması için işyerini esas aldığı sonucuna varılmaktadır. İşyeri, bir faaliyet bütünlüğü içerisinde işçinin, iş görme edimini yerine getirdiği yerdir.

4857 sayılı İş Kanunu Md.2/1 uyarınca işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmıştır. Md. 2/2 İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağılılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene v.c bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

4857 sayılı İş Kanunu Md.2/3 göre: işyeri, işyerine bağılı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğu belirtilmiştir. Eğer yönetim birliği altında örgütlenme sağlanamamış ya da farklı ve birbirinden bağımsız iki ayrı yönetim birliği oluşmuşsa

artık tek bir işyerinden değil bağımsız olan yönetim birliği sayısınca işyerinden bahsedilecektir. İşyeri ile bağlı yerin işverenlerinin farklı olması halinde bağlı yerin işyerinin bir parçası olarak kabulü mümkün değildir. İşverenin farklı olması yönetim birliğinin de farklı olduğunu göstereceğinden bu yer, ayrı bir işyeri olarak değerlendirilir. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus ise aynı işverenin birden fazla işin görülmesi yere sahip olması oluşturmaktadır.

Aynı işverene ait yerlerde görülen işler arasında nitelik olarak fark varsa yani gıda satımına dair bir yer ile turizm faaliyetinin görüldüğü otel gibi ise bunlar iki ayrı işyeri kabul edilecektir. Buna karşılık yapılan işler arasında nitelik farkı yoksa bu durumda da yönetim birliği olup olmadığı yani bu yerlerin birbirinden bağımsız olarak bir organizasyon şeklinde örgütlenip örgütlenmediği üzerinde durulacaktır. Eğer birbirinden tamamen bağımsız bir organizasyon yapılması söze konu ise ayrı işyerlerinden, değilse tek bir yönetim birliği altında yapılmışsa, işyerine bağlı yer kabulü ile tek işyeri kabul edilecektir.

Bir faaliyetin icra edildiği ancak işçi çalıştırılmayan yerler işyeri sayılmaz. Hal böyle olunca işyeri kavramının temelinde de işçi çalıştırma şartı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte işçinin, o işyeri içinde sabit bir şekilde iş görmesi şart değildir.

Uygulamada çoğunlukla işçiler, çalıştıkları işyerinin coğrafik sınırları içinde ve belli bir mekânda iş görme edimlerini icra etmekte iseler de; kimi bazı durumlarda işçinin, işyeri sınırları dışında da iş görme edimini yerine getirmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin pazarlamacı olarak çalışanlar, gazete dağıtım görevlisi ve ürün tanıtım elemanları gibi kimi çalışanlar işlerinin niteliği gereği işyerinde sabit bir şekilde iş görmemekte, sabit olmayan, sürekli değişken olan ve/veya belli bir yerle sınırlı kalmayan bir çalışma içerisinde bulunabilmektedir.

İşyerinde teknik amacın gerçekleştirilmesi-mal veya hizmet üretimi için belli bir örgütlenme gerekli olduğu kadar bu mal ve hizmet üretimi bir sürekliliği de bulunmalıdır. İşçiler ise bu şekilde örgütlenmiş olan işyerinde amaca ulaşmak için hizmet vermektedirler. Ulaşılmak istenen amaç kar elde etmek olabileceği gibi kültürel, sosyal, özel ya da kamusal nitelik de taşıyabilir.

4. İşletme

İşletme kavramı, ekonomik yapı içinde üretimin örgütlenmesi ve gelişmesi açısından işletmenin temel hücrelidir. Bir görüşe göre, işletme, kar sağlamak amacıyla bir pazar için mal üretme ve hizmet sunma örgütü-

dür. Bu görüşün karşısında yer alan ve işletme kavramını daha geniş bir açıdan değerlendiren ikinci bir görüşe göre, esas olarak pazar için mal üretme ve hizmet sunma amacını taşıyan ve mali açıdan diğer tüm kurumlardan bağımsız olan her örgüt işletme olarak adlandırılmalıdır. (4)

İşletme kavramı, ticaret hukuku kapsamında işletmenin yapısı ve işleyişiyle ekonomik ve mali yönleri ile ilgili kurallar düzenlenmiş, iş sözleşmesi ile çalışan işçilere yönelik bir düzenleme ticaret hukukunun ilgi alanı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle işveren karşısında zayıf konumda bulunan işçinin korunması ve haklarının yasal koruma altına alınması zorunludur.

İşletme de, işyeri gibi bir organizasyondur. Tek bir işyerinden oluşacağı gibi birden fazla işyerini de kapsayabilecektir ki uygulamada en çok bu şekli ile karşılaşılmaktadır. Buna karşılık aynı işverene ait birden çok işyeri her zaman işletme olarak değerlendirilemez. Bunun için bu işyerlerinin hepsinin ekonomik ve hukuksal bir merkeze bağlanabiliyorsa yani bu işyerlerinin bir tek organizasyon yapılanması olduğu anlaşılabiliriyorsa işletme olduğu kabul edilecektir. İşletme, işyerinden farklı olarak ekonomik üretim birimidir.

İşletmenin ortaya çıkmasını sağlayan çeşitli öğeler mevcuttur. Bunlardan ilki ve en önemlisi işletmede ücret karşılığı çalıştırılan işçi bulunmalıdır. İkinci husus ise bu işçilere en yüksek düzeyde talimat verme yetkisine sahip bir kişinin ya da kişi grubunun varlığıdır. Bu kişi ya da kişi grubu somut işverendir. İşletmenin diğer bir unsuru ise faaliyet alanıdır. İşletmenin alanını ve sınırlarını faaliyetin öngördüğü konu ile çizilir. Ayrıca işletmenin bu amacını gerçekleştirebilmek için gerekli araçların varlığı da şarttır. Bir başka deyişle işletme, sermaye, organizasyon ve yönetim ile personel olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır.(5)

6356 sayılı Sendikal ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Md. 2/d bendinde işletme toplu iş sözleşmesi bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. Aynı Kanunda Md.34/2 göre ise bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceği belirtilmiştir. Bununla amaçlanan işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde tek bir toplu iş sözleşmesi yapılarak tek düzen sağlanmasıdır.

İşletme kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nda tanımlanmamıştır. İktisadi anlamda işletme, genel olarak, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için

aynı işverene ait bir veya birden fazla işyerinin örgütlenmesi ile oluşmuş ünite olarak tanımlanabilirse de toplu iş hukuku anlamında işletme kavramı, farklı bir nitelik arz etmektedir.(6)

6356 sayılı Kanunu Md.2 ve 34 birlikte değerlendirildiğinde, kanundaki işletme deyiminin, gerçek anlamdaki işletmeyle ilgisi bulunmadığı, bir işverenin aynı işkolundaki birden çok işyerini ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, bir toplu iş sözleşmesi birimi olarak işletme niteliğinin varlığını tespit için, işveren kavramı en önemli unsurdur (7)

5. İş güvencesinden yararlanmada işçi sayısı ölçütü:

İş güvencesi ya da uygulamada bilinen ismi ile işe iade kavramı, mevzuatımıza 1475 sayılı mülga İş Kanununda 15.03, 2003 tarihinde yapılan değişiklik ile girmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 18 -21 maddeleri ile iş güvencesi yeniden düzenlenmiştir. İş güvencesi, kısaca işçinin işinin korunması olarak tanımlanabilir. İş güvencesi hükümlerinin amacı, işverenin iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın keyfi olarak sona erdirmesine engel olmak ve iş ilişkilerinde sürekliliği sağlamaktır.

4857 sayılı İş Kanunu Md.18 göre Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildirimini yapıldığı tarihte işyerinde aynı iş kolunda otuz ve daha fazla işçi çalıştırılması zorunludur. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde işçi sayısı, bu işyerlerindeki toplam işçi sayısı esas alınarak sonuca gidilmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde geçici iş ilişkisi ile çalıştırılanlar o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmazlar.

4857 sayılı İş Kanunu Md.2 uyarınca oluşan asıl-alt işveren ilişkisinde ise alt işveren işçileri asıl işveren işçi sayısının; asıl işveren işçileri de alt işveren işçi sayısının tespitinde dikkate alınmaz. Ancak asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun tespiti halinde alt işverenin işçileri asıl işverenin işçi sayısına eklenip sonuca gidilmelidir.

Grup şirketlerinde yani holding bünyesinde çalışan işçiler, grup ya da holdingi oluşturan her bir şirket ayrı bir bağımsız işveren ve tüzel kişiliğe sahip olduğundan temel kural iş güvencesi yönünden her şirketin aynı iş kolundaki kendi işçi sayısı gözetilmelidir. Bununla birlikte grup veya holdingi oluşturan birden fazla şirkete aynı anda hizmet verilmesi yani birlikte istihdamın söz konusu olduğu durumlarda hizmet verilen şirketlerdeki işçi sayısı toplamı esas alınarak sonuca gidilmelidir.

B. TÜZEL KİŞİ ve VAKIF KAVRAMLARI:

1. Tüzel kişi kavramı

Medeni Kanuna göre tüzel kişiler başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.

Tüzel kişiler yapılarına göre kişi toplulukları ve mal toplulukları: bağlı oldukları hukuk kurallarına göre kamu hukuku tüzel kişisi ve özel hukuk tüzel kişisi olarak gruplandırılır.

Özel hukuk tüzel kişileri de kazanç amacı güden tüzel kişiler-ticari şirketler- ile kazanç amacı gütmeyen tüzel kişiler-dernekler ve vakıflar-şeklinde iki guruba ayrılır.

Tüzel kişi, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildir. Aynı gerçek kişiler gibi kamu ve özel hukuktan doğan hak ve borçlara sahip olabilir. Tüzel kişi, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanır. Tüzel kişinin zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur.

Hak ve fiil ehliyetine sahip olan tüzel kişi, organları aracılığıyla hukuki işlemler yapabilir. Tüzel kişi, haksız eylemlerden sorumlu olma ehliyetine de sahiptir. Tüzel kişi, sahip olduğu hak ve borçlarla ilgili davalarda, dava ehliyetinin gerektirdiği her türlü işlemi de yapabilmektedir.

2. Vakıf kavramı:

Vakıf belli bir amaca özgülenen mal topluluğu olup kazanç amacı gütmeyen tüzel kişidir. Medeni Kanun Md. 101 de vakıf, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla vakfın bir malvarlığı bulunması ve malvarlığının özgülenebileceği bir amacının varlığı, vakfın kuruluşunda iki önemli unsur oluşturmaktadır.

tadır. Vakfın amacı ise hukuka uygun, belirli, anlaşılabilir olmalı ve süreklilik arz etmelidir. Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.

Vakfa özgülenecek malvarlığı, vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli olmalı, vakfın amaç veya devamını imkânsız veya yararsız hale getirmemesi gerekir. Gerçek ya da tüzel kişiler vakıf kurabilirler.

Vakıf kuruluşu Medeni Kanun Md. 102 de düzenlenmiştir. Vakıf kurma iradesi, resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır. Vakıf, yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil edilmekle tüzel kişilik kazanır. Tesciline karar verilen vakıf, vakfın yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sicile tescil edilir; ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünde tutulan merkezî sicile kaydolunur. Vakıflar Genel Müdürlüğünce merkezî sicile kaydolunan vakıf Resmî Gazete ile ilân olunur. Vakfın amacını gerçekleştirmek için özgülenen malların mülkiyeti ile haklar, tüzel kişiliğin kazanılması ile vakfa geçer.

Vakıf senedinde, vakfın adı, amacı, bu amaca özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yeri gösterilir. Tescilli istenen vakfa ölüme bağlı tasarrufla özgülenen mal ve haklar amacın gerçekleşmesine yeterli değilse; vakfeden aksine bir irade açıklamasında bulunmuş olmadıkça bu mal ve haklar, denetim makamının görüşü alınarak hâkim tarafından benzer amaçlı bir vakfa özgülenir.

Medeni Kanun Md. 109 da vakfın örgütlenmesi düzenlenerek, vakfın bir yönetim organının bulunması zorunlu olduğu, ayrıca vakfedenin, vakıf senedinde gerekli gördüğü başka organları da gösterebileceği belirtilmiştir.

Vakıfların denetimi M.K. Md. 111 de düzenlenmiştir. Vakıflar; Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterirler.

C SOSYAL YARDIMLAŞMA ve DAYANIŞMA TEŞVİK FONU ve SOSYAL YARDIMLAŞMA ve DAYANIŞMA VAKIFLARI:

a) Fonun ve Vakfın Kuruluşu, Görevleri ve Gelirleri:

Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir hükmü gereği sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulmuştur.

3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununun amacı, fakrı zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler alarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmektir.

Kanunun Md.2 Fakrı zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan, sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayan ve bu kuruluşlardan aylık ve gelir almayan vatandaşlar ile geçici olarak küçük bir yardım veya eğitim ve öğretim imkânı sağlanması halinde topluma faydalı hale getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişiler bu kanun kapsamı içindedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Md.60/1-c bendinde sayılan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin 5510 sayılı Kanun gereği ödedikleri katılım payları bu kanun kapsamındadır. Ancak yıl içinde ödenen tutarlar, takip eden yılda Hazine tarafından Fona geri ödenir.

Her türlü acil durum ve afetten zarar görenler ve şehit yakınları ile gaziler ise. Fon Kurulu ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca belirlenecek ölçüt ve süreler çerçevesinde bu Kanun ile sağlanacak haklardan yararlandırılır.

b-633 sayılı Kanun Hükmünde Kararname:

08.06.2011 tarihinde yürürlüğe giren Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile Başbakanlığa bağlı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Hizmetler Genel Müdürlüğü adı altında düzenlenmiştir. 633 sayılı KHK Md. 2 ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görevleri sıralanmıştır;

KKK'NIN 3 ncü maddesi ile Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının verilen bu görevleri yerine getirmek üzere merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatından meydana geleceği. Bakanlığın merkez teşkilatını oluşturan hizmet birimleri ve bunların görevlerine değinildiği, 23 ncü maddesinde ise Bakanlığın taşra teşkilatının düzenlendiği görülmüştür. Bakanlığın merkez teşkilatı içerisinde yer alan ve içtihadı birleştirme konusu ile bağlantısı bulunan Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün görevleri Kararnamenin Md. 11 de sıralanmıştır.

Buna göre;" Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

*Yoksullukla mücadele ve sosyal yardımlar alanında ulusal düzeyde uygulanacak politika ve stratejilerin oluşturulması çalışmalarını koordine etmek, belirlenen politika ve stratejileri uygulamak, uygulanmasını izlemek ve değerlendirmek.

*3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununun amaçlarını gerçekleştirmek ve uygulanmasını sağlamak için gerekli idarî ve malî tedbirleri almak.

*Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonunun gelirlerini zamanında toplamak, toplanan gelirlerin yerinde, zamanında ve ihtiyaçlara göre kullanılmasını sağlamak.

* 3294 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan vakıfların harcamalarını, iş ve işlemlerini araştırmak, incelemek, izlemek ve denetlemek, görülen aksaklıklarla ilgili gerekli tedbirleri almak, vakıfların çalışma usul ve esasları ile sosyal yardım programlarının ölçütlerini belirlemek.

*Kamu kaynaklarıyla yardım yapılması öngörülen kişilere aylık, tazminat, ücret, yardım veya başka bir ad altında yapılacak her türlü sosyal yardımın ödenmesi. Anılan yardım ve ödemelerin veri tabanına işlenerek izlenmesi ile ilgili işleri diğer birimler ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği içinde yerine getirmek; diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılmakta olan her türlü sosyal yardım ve ödemelerin veri tabanında izlenmesine ilişkin işlemleri yürütmek.

*Yoksullukla mücadeleye ve Genel Müdürlüğün görev alanına giren diğer konulara ilişkin olarak araştırma ve incelemeler yapmak, proje hazırlamak ve uygulamak.

*Yoksullukla mücadele alanında uluslararası gelişme ve uygulamaları izlemek, değerlendirmek, ülkemiz açısından yararlı görülen modelleri uygulamaya koymak.

*Sosyal Yardımlar Bilgi Sistemi ile ilgili işleri yürütmek.

* Sosyal yardımlaşma ve dayanışma kültürünü kökleştirici çalışmalar yapmak, geniş kitleleri kapsayan yardım kampanyalarını koordine etmek ve desteklemek.

*Sosyal yardıma hak kazanılmasında ve genel sağlık sigortalılığının tespitinde esas alınacak gelir tespit testlerine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu testleri Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarıyla işbirliği yaparak uygulamak.

*Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.” şeklinde sıralanmıştır.

Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'nün görevlerini belirleyen Yönergenin 13 ncü maddesinde Genel Müdürlüğe bağlı Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığının görevleri ise;

* Vakıfların personel norm kadroları ile vakıf personelinin çalışma usul ve esaslarını belirlemeye yönelik çalışmalar yürütmek

* Fon Kurulu ilke kararları doğrultusunda vakıf personelinin görev, yetki ve sorumluluklarını belirlemek.

*Vakıf personelinin eğitimine yönelik programlar hazırlamak.

*Vakıf mütevelli heyetinde yer alan üyelerin seçilme ve üyeliklerinin sona ermesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesine yönelik çalışmalar yapmak.

*Vakıf mütevelli heyetinin toplantı, karar, çalışma ile karar defteri usul ve esaslarının belirlenmesine yönelik çalışmalar yapmak.

*Vakıf denetim raporlarının takibini yapmak ve denetim raporları doğrultusunda gerekli düzeltici işlemleri yürütmek.

* Genel Müdürlüğe iletilen vakfa ilişkin ihbarların değerlendirme ve inceleme işlemlerini yaparak soruşturma işlemlerinin yürütülmesini sağlamak,

*Vakıf senetlerine ilişkin görüş yazılarını incelemek ve senetlerde uygulama birliğini sağlayıcı tedbirleri almak.

*Diğer dairelerin görev alanına giren yatırım talepleri hariç olmak üzere, vakıfların yatırım planlarına (menkul, gayrimenkul ve demirbaş) ve hizmet mekanlarının iyileştirilmesine yönelik kaynak taleplerini değerlendirmek ve Fon Kurulunun onayına sunmak.

*Fon Kurulu kararlarına uygun olarak kaynak aktarım talimatlarını düzenlemek ve kararları vakıflara bildirmek.

*Bakanlık Hukuk Müşavirliğinin görüşüne ihtiyaç duyulmayan hallerde vakıfların hukuki görüş taleplerini değerlendirmek ve sonuçlandırmak.

* Vakıfların ve diğer kamu kurumlarının görüş taleplerini içeren, dairesinin görev alanına giren hususlara ilişkin yazıları cevaplamak.

*Diğer daire başkanlıklarının görev alanına girmeyen konularda vakıfların görüş talep yazılarına cevap vermek şeklinde belirlenmiştir.

Bakanlık birimleri ve kamu kurum ve kuruluşları ile 3294 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan vakıflar, yardım yapacakları kişilerin sosyal yardıma hak kazanıp kazanmadığını tespit amacıyla muhtaçlık durumlarını ve sosyal yardım alıp almadıklarını yardım yapılmadan önce Veri Tabanından sorgulamakla ve yapılan yardımların türü, miktarı ve ailenin diğer bireyleri de dâhil olmak üzere verildiği kişi ve verilme süresine ilişkin bilgiler ile yönetmelikle belirlenecek diğer konulara ilişkin bilgileri, yardım yapılmasına onay veren belgelerin oluşturulması ile eş zamanlı olarak Veri Tabanına işlemekle yükümlüdür.

c-Fon Kurulunun görevleri şunlardır:

*Fonda toplanan kaynakların Bakanlıkça ve il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından yürütülecek sosyal yardım proje ve programları ile yatırım programları çerçevesinde dağıtım önceliklerini belirlemek ve dağıtımına karar vermek.

* Gerekli görülen hâllerde, hizmetin aksamadan yürütülmesi için usûl ve esaslarını açıkça belirlemek kaydıyla Bakanlığa yetki devrinde bulunmak.

*İl ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalıştırılacak personelin nitelikleri ile özlük hakları ve diğer hususlarla ilgili belirlenecek kriterleri görüşmek ve karara bağlamak.

*İl ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları ile diğer kurum ve kuruluşlardan gelen sosyal yardım amaçlı talep ve teklifleri değerlendirmek.

*Toplumda dayanışma ve paylaşma bilincini geliştirmek ve desteklemek üzere bilimsel, sosyal ve kültürel programlar ve projeler önermek, hazırlanan projelere destek sağlamak.

Fon Kurulunun çalışma usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.” denilerek Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu yeniden düzenlenmiş ve görevleri de belirlenmiştir.

d-Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları resmi senedi:

Vakıf kurma yönündeki iradenin yazılı olarak açıklanması gerekir. Vakfedenin bu yazılı açıklamasına vakıf senedi denilir. Vakıf senedi resmi senet ya da vasiyetname biçiminde düzenlenebilir. Ancak vakıf senedinde yer alması gereken hususlar, vakfın adı, amacı, bu amaca özgülenen mal ve haklar, vakfın örgütlenme ve yönetim şekli ile yerleşim yerinin gösterilmesi gerekir. Bunlar dışında vakfeden tarafından vakıf senedinde başka hususlar da düzenlenebilir.

Bu genel açıklamalardan sonra sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarına ait örnek resmi senedin incelenmesine geçilmelidir.

Resmi senedin 1 nci maddesinde vakfın adı; 2 nci maddesinde ise vakfın merkezi ve ikametgâhı düzenlenmiştir. 3 ncü maddesinde ise vakfın amacı, fakrı zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan, kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlardan aylık ve gelir almayan vatandaşlar ile geçici olarak küçük bir yardım veya eğitim ve öğretim imkânı sağlanması. Toplumla faydalı hale getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişilere yardım etmek ve sosyal adaleti pekiştirici tedbirler almak suretiyle, gelir dağıtımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek olduğu belirtilmiştir.

Vakfın gelir kaynakları 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu Md.8 de sayılan gelirler ile nakdi ve aynı, menkul ve gayrimenkul olmak üzere iktisadi değeri olan halkın bağışları. Ayrıca 6 nci maddesine göre de vakıf gelirlerinin tamamı vakıf amaçlarına tahsis ve sarf edilmelidir.

7 nci maddesinde vakıf organlarının vakıf başkanı ve vakıf mütevelli heyeti olacağı; 8 nci maddesinde vakfın ve mütevelli heyetinin başkanının mahallin en büyük mülki idare amiri olacağı ve vakfın tescilinin Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre mütevelli heyet başkanı mülki idare amiri tarafından sağlanacağı düzenlenmiştir.

9 ncu maddesinde ise mütevelli heyetinin nasıl oluşacağı belirtildikten sonra 10 ncu maddesinde de vakfın yönetim ve temsile yetkili organı olduğu belirtilen mütevelli heyetinin görevleri sıralanmıştır.

Buna göre mütevelli heyetinin görevleri;

*Görev alanı içerisinde fakrı zarurete düşmüş ve muhtaç durumda olan kişileri tespit etmek,

*Bu kişilerin sağlık ve tedavi giderlerini karşılamak ve bunun için sağlık kuruluşları ile işbirliği yapmak,

* Geçici olarak küçük bir yardım veya eğitim ve öğretim imkânı sağlanması halinde topluma faydalı hale getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişilerin müracaatlarını değerlendirmek, onlara gerekli yardım yapmak ve yardım sonrasında takip etmek,

*Mahalli şartlara uygun olarak, vakıf gelirlerinin dağıtımının usul ve esasları ile yardım miktarlarını tespit etmek,

*Bilanço, gelir-gider hesabı, çalışma raporu, bütçe ve yıllık programları hazırlamak,

*Vakıf işlerinde uygulanacak prensipleri tespit etmek ve vakfın amacına ulaşabilmesi için gerekli kararları almak,

*Vakfın amacına ulaşabilmesini sağlamak üzere teberru yapılmasını teşvik etmek ve bunları kabul etmek, vakfa menkul ve gayrimenkul mal almak ve satmak, bunları işletmek ve mevcut gelirin artması hususunda her nevi kararlar almak,

*Vakıf personel ihtiyacı ve kadrosunu tespit ve tayin etmek, bunlara ödenecek ücretleri belirlemek ve gerektiğinde mevzuattaki sebeplere binaen görevlerine son vermek,

*Vakfın amacının gerçekleştirilmesi için sağlık ve sosyal yardım tesisleri kurmak, işletmek ve işlettirmek.

Mütevelli heyeti, vakfın amaçlarının gerçekleşmesi için gereken işlemi yapmaya ve kararları almaya yetkili ve görevli organdır. Bu nedenle vakfın yönetim ve temsile yetkili organı olması nedeniyle yukarıda belirtilen işleri yapmak ve uygulamak mütevelli heyetinin yetkisindedir. Vaktin denetimi ise 14 ncü maddesinde düzenlenmiş olup Medeni Kanunu Hükümlerine göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük hükümlerine göre Vakıflar Genel Müdürlüğünün teftiş ve denetimine tabi olacağı; vakıfların Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kumlan Vakıflar Hakkında Tüzük'te belirtilen defterleri tutacakları 15 nci maddesinde belirtilmiştir.

e- Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalışan personelin çalışma usul ve esasları:

3294 sayılı Kanun, vakıf çalışanları ile ilgili bir düzenleme içermemektedir. Buna karşılık 5263 sayılı Kanun ile 633 sayılı K.H.K hükümlerine göre Fon Kurulunun görevleri arasında vakıflarda çalıştırılacak personelin nitelikleri ile özlük hakları ve diğer hususlarla ilgili belirlenecek kısıtları görüşmek ve karara bağlamak da olduğu belirtilmiştir. Fon Kuruluna verilen bu görev nedeniyle 02.08.2006 tarih ve 2006/4 sayılı karar ile "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları Personelinin Norm Kadro Standartları, Nitelikleri, Özlük Hakları ve Çalışma Şartlarına İlişkin Esaslar" düzenlenmiştir.

Bu esaslar, Fon Kurulunca 16.02.2012 tarihli ve 2012/1 sayılı karar ve 11.12.2014 tarih ve 2014/7 sayılı kararı ile önemli değişikliklere uğramıştır. Fon Kurulunun söz konusu kararları ile özellikle 2014/7 sayılı kararı ile şekillenmiş olan bu esaslara ilişkin hükümlere aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

Öncelikle bu esaslar, 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında K.H.K.Md. 4 te vakıf personelinin unvanı, nitelikleri ve ücret cetveli, norm kadro standardı cetveli, belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi örnekleri, aşevi, yurt, iktisadi işletme gibi hizmetler için belirli süreli iş sözleşmesi örneği, personel kimlik kartı örneği, kıdem tazminatı hesaplama cetveli, personel işe giriş bilgi formu ve personel iş tanımları örnek şekilde düzenlenerek esasların ekinde yer almıştır.

Vakıflarda kullanılacak personel istihdamı ve işten çıkarılması Md. 8 ve 9 da düzenlenmiştir. Vakıf personeline ödenecek aylık ücret Md. 10 da düzenlenmiştir.

Doğum yapan personele, doğum sonrası analık izni süresinin bitiminden itibaren istekleri üzerine on iki aya kadar ücretsiz izin verilir. Personelin ücretsiz doğum iznine ayrılış ve dönüşüne ilişkin bilgiler Vakıf Müdürü tarafından Vakıf İnsan Kaynakları Modülüne işlenir. Vakıf personelinin istihdam edildiği vakıfta çalışması esastır. Ancak başka bir vakıfta görev almak isteyen personel, istihdam edildiği vakıfta en az 1 yıldır görev yapıyor olmak şartıyla, görev almak istediği vakfın personel ihtiyacı ve norm kadro durumuna göre, hali hazırda çalıştığı ve görev yapmak istediği vakıf mütevelli heyetlerinin uygun görüşüyle vakıf değişikliği yapabilir. Bu şartlara dayanarak geçiş yapan personele kıdem tazminatı ödenmez. Farklı vakıflarda aynı unvanla görev yapan personelin karşılıklı olarak yer değiştirme durumunda da bu fıkra da belirtilen hükümler uygulanır.

Vakıf personelinin sicil ve disiplin işlemlerinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre yürütüleceği Md.16 da açıkça düzenlenmiştir. Sözleşmenin feshi Md. 17 de düzenlenmiştir. Personelin sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu Md. 25 göre Mütevelli Heyeti kararı ile sistem üzerinden feshedilebilir. Ayrıca, taraflar sözleşme gereği deneme süresi içerisinde ihbarsız ve tazminatsız olarak iş sözleşmesini feshedebilirler.

Vakıfların işlettikleri aşevi, yurt, iktisadi işletme ve benzeri yerlerde görevlendirilen geçici personelin görev süreleri, bu işletmelerin faaliyetleri ile sınırlıdır. İşletme faaliyetlerinin sonlandırılması halinde bu kapsamdaki personelin sözleşmesi Mütevelli Heyeti kararı ile feshedilir.”

Md. 18 de personelin; emeklilik, istifa, ölüm, göreve alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya bu şartlardan herhangi birinin sonradan kaybedilmesi, geçici görevlerde sözleşme süresinin, vakıfların işlettikleri aşevi, yurt, iktisadi işletme vb yerlerde işletme faaliyetlerinin sona ermesi.

Md.19 da kıdem tazminatı düzenlenmiştir. Kıdem tazminatının İş Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde ödeneceği,

Md. 20 de personelin yıllık izin hakkını İş Kanunu hükümleri uyarınca Vakıf Başkanı tarafından uygun görülen zamanlarda kullanacağı, Personelin yıllık ücretli izin gün sayısının personelin hizmet süresi iş kanununa göre düzenlemesinin esas alındığı görülmüştür.

Md.22 de işveren ve işveren vekili düzenlenmiştir. Buna göre, İş Kanunu hükümleri çerçevesinde vakıf personelinin işvereni vakıf müteveli heyeti olduğu, her vakfın müdürünün de çalışmakta olduğu vakıfta işveren vekili olacağı açıkça ifade edilmiştir.

Personel ile ilgili bir diğer düzenleme ise vakıf senedinde yer almaktadır. Vakıf senedi vakıfta istihdam edilecek personel ile iş sözleşmesi yapmak, işin gereği gibi yerine getirilmesi için emir ve talimatları vermek ve koşulların oluşması halinde personelin iş sözleşmesini sonlandırmak görevini müteveli heyete yüklemiştir.

III. GEREKÇE

İçtihadı birleştirmenin konusu:

İl ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının her birinin ayrı işyeri ve bağımsız işveren olup olmadığı ya da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı işverenine bağlı işletme kapsamında sayılıp sayılmayacağı. 4857 sayılı İş Kanunu Md. 18 uyarınca iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak bağlamında her bir sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfında otuz işçi çalışıp çalışmadığının araştırılmasının gerekip gerekmediği hususundadır.

Öncelikle üzerinde durulması gereken Fon Kurulunun ve sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının yukarıda belirtilen nitelikleri itibarıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının idari ve hiyerarşik yapılanmasındaki yeri ile hukuki statüsünün tespiti.

Anayasa Md. 113/1 uyarınca bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir. Anayasa Md. 123 idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olup kanunla düzenleneceği, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı, kamu tüzelkişiliğinin ise ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiştir.

Bu bağlamda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının kuruluşunu düzenleyen 633 sayılı KHK Md. 3 Bakanlık teşkilatı düzenlenerek teşkilat yapılanmasının merkez, taşra ve yurtdışından meydana geleceği belirtilmiştir. Bakanlık merkez teşkilatı Kararnameye ekli cetvelde gösterilmiş olup, ekli cetvel incelendiğinde Bakanlık merkez teşkilatı içerisinde Fon

Kurulu yer almamaktadır. Yine Kararnamenin devam eden maddelerinde sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının da taşra teşkilatı içerisinde olmadığı anlaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesince incelenen bir iptal başvurusunda Yüksek Mahkeme benzer sonuca ulaşmıştır. Bu karara göre sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları, bakanlıkların bağlı, ilgili veya ilişkili kuruluşu olmadığı gibi bakanlıklar ile arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmayıp, merkezi idare teşkilatı içerisinde de yer almamaktadır. (8)

Dolayısıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Fon Kurulunun sadece sekreteryaya hizmetlerini yerine getirmekte olup, Fon Kurulu ve vakıflarla hiyerarşik bir ilişkisi bulunmamaktadır.

Vakıflar, belli bir amaca özgülenmiş mal topluluğu olduğu ve tüzel kişiliğe sahip bulunduğu M.K. Md. 101 de düzenlenmiş ise de kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi olup olmadığı belirtilmemiştir. Aynı şekilde 3294 sayılı Kanunun Md.7/ son fıkrasında vakfın Medeni Kanunu hükümlerince tescil edileceği ifade edilmiş ancak bu tüzel kişiliğin özel hukuk tüzel kişiliği olduğuna dair bir düzenleme yer almamıştır. Vakıf resmi senedinde de benzer hükümlere yer verilmiş, senette düzenlenmeyen hallerde Medeni Kanun hükümleri ile Vakıf Tüzüğü nün uygulanacağı ifade edilmiştir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu Md. 2 de Kanun kapsamı ifade edilirken “mazbut”, “mülhak”, “yeni”, “esnaf ve cemaat” vakıfları ile Vakıflar Genel Müdürlüğü hakkında uygulanacağı, Md. 3 de “yeni vakfın”, Medeni Kanunu hükümlerince kurulan vakıf olduğu tanımlanmıştır. Md. 4 de bu Kanun kapsamında bulunan vakıfların tümünün özel hukuk tüzel kişisi olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu yasal düzenlemeler neticesinde sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının Medeni Kanun hükümlerince kurulan «yeni vakıf» olup bu hali ile de özel hukuk tüzel kişisi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kaldı ki Uyuşmazlık Mahkemesi de çeşitli kararlarında vakıflar ile ilgili uyuşmazlıkların adli yargıda görüleceğini ifade ederken bu vakıfların özel hukuk tüzel kişiliklerine özellikle vurgu yapmıştır.(9)

Vakıfların, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı teşkilat yapılanmasında yer almayan özel hukuk tüzel kişiliğine sahip mal toplulukları olduğunun anlaşılmasına göre artık vakıfların işveren sıfatına sahip olup olmadığı hususu irdelenmelidir.

Tüzel kişilerin faaliyetlerinin bir başka kamu kurumu tarafından denetlenmesi veya faaliyetinde dikkate alacağı esasların önceden belirlenmiş olması, tüzel kişiliğin ve işveren sıfatının yok sayılmasını gerektirmez.

5449 sayılı Kanunla kurulan Kalkınma Ajansları da özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir. Kalkınma Ajansları birçok konuda Kalkınma Bakanlığına bağlı faaliyet gösterir ve Bakanlığın denetimine tabidir. Ajansların gelirleri ise önemli ölçüde kamu kaynaklarından gelmektedir. Buna rağmen her Kalkınma Ajansı ayrı işveren olarak değerlendirilmekte ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini her ajans bakımından işyeri düzeyinde vermektedir.

Belediyeler de birer kamu tüzel kişisidirler. Belediyelerin gelirleri Kanunla belirlenmiştir ve önemli kısmı kamusal niteliktedir. Belediyeler de İçişleri Bakanlığının denetimine bağlıdır. Bu durum her Belediyenin ayrı bir tüzel kişilik ve işveren olduğu gerçeğini değiştirmez. (10)

Bu kapsamda; 633 sayılı KHK Md. 34/3-c bendine göre “İl ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalıştırılacak personelin nitelikleri ile özlük hakları ve diğer hususlarla ilgili belirlenecek kriterleri görüşmek ve karara bağlamak” Fon Kurulun görevleri arasında belirtilmiştir. Bu kapsamda Fon Kurulunca 02.08.2006 tarih ve 2006/4 sayılı karar ile kabul edilen ve aşamalarda Fon Kurulunun yeni kararları ile tadil edilen “Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları Personelinin Norm Kadro Standartları, Nitelikleri, Özlük Hakları ve Çalışma Şartlarına İlişkin Esasları” yayımlanmıştır.

Bu esaslar ile Fon Kurulu, Türkiye’de bulunan tüm vakıflar yönünden geçerli olan temel ilkeleri belirlemiştir. Özellikle vakıf gelirleri incelendiğinde büyük bir oranının Fondan aktarılan kamu kaynakları ile sağlandığı düşünüldüğünde bu kaynakların, verimli şekilde kullanımının sağlanması, amaca aykırı kullanımın önüne geçilmesi de Fon Kurulunun görevleri arasında olduğundan söz konusu esasların bu temel üzerine inşa edildiği sonucuna varılmaktadır.

Buna karşılık 3294 sayılı Kanunu Md. 7 göre vakıfların karar organı mütevelli heyettir. Aynı şekilde vakıf resmi senesinde vakfın yönetim ve karar organının mütevelli heyeti olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla il ve ilçelerdeki tüm yardım programları, bu mütevelli heyetlerin kararları ile yürürlüğe girmektedir. Ayrıca mütevelli heyetinin görevleri arasında Vakıf personel ihtiyacı ve kadrosunu tespit ve tayin etmek, bunlara ödenecek ücretleri belirlemek ve gerektiğinde mevzuattaki sebeplere binaen görevlerine son vermek de yer almaktadır.

Fon Kurulunca vakıf personelinin nitelikleri ile özlük hakları ve çalışma şartlarına ilişkin genel ilkeler düzenlenmiştir. Bu esaslar incelendiğinde, istihdamına karar verilecek personelin seçimi, bu personel ile iş söz-

leşmesinin bağtlanması, yapacağı iş ile alacağı ücretin belirlenmesi, yıllık izin ve diğer özlük hakları ile iş sözleşmesinin feshinin müteveli heyeti tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla işçi alma ve işten çıkarma yetkisi bu vakıflardadır. Ayrıca personel ile bağtlanan iş sözleşmesinin tarafı da yine bağımsız tüzel kişiliği bulunan bu vakıflar oluşturmaktadır. Anılan vakıflarda çalışan işçilerin ücreti iş sözleşmesinin tarafı olan vakıflar tarafından ödendiği gibi işçi üzerindeki yönetim hakkı da vakıflar tarafından kullanılmaktadır. Vakıflar tarafından bağtlanacak sözleşme içeriğinin, Fon Kurulu tarafından karara bağlanan ilke ve esaslara aykırı olmasının, iş sözleşmesinin geçerliliğine herhangi bir etkisi de bulunmamaktadır. Hal böyle olunca vakıfların işveren vekili olduğu da söylenebilir. Zira yönetim yetkisi en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisi vakfa ve dolayısıyla müteveli heyetine ait olmaktadır.

633 sayılı KHK. Md. 11 ile Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne, anılan vakıfların harcamaları, iş ve işlemleri üzerinde denetim yetkisi verilmesi de Bakanlığın işveren sıfatını kazanması yönünden yeterli değildir. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün de mülhak, cemaat ve yeni vakıflar ile esnaf vakıfları üzerinde denetim yetkisi bulunmakta olup, aynı husus Vakıflar Genel Müdürlüğü için de geçerlidir.

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının yönetimleri birbirinden farklıdır. Vakıflar Kanunla kurulmuş ve görev tanımları yine Kanunla yapılmıştır. Bu nedenle farklı il ve ilçelerde faaliyet gösteren vakıflar arasında organik bir bağdan söz edilemez. Vakıfların tamamının Aile ve Sosyal Politika Bakanlığının denetimine bağı olması vakıflar arasında organik bir bağ olduğunu göstermez. Kaldı ki işçilerin farklı sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalıştırılması ve bu yolla haklarından yoksun bırakıldığından da bahsedilemez. (11)

Dolayısıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının salt denetim içerikli yetkisi nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak işveren olduğunun kabulü de mümkün değildir.

Söz konusu vakıfların gelirlerinin tamamının fondan sağlandığı dikkate alınarak, kaynaklarının amaca uygun bir şekilde kullanılması, yoksul ve ihtiyaç sahiplerine ulaşması amacıyla Fon Kurulunca sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları için norm kadro belirlenmesi ve denetlenmesi öngörülmüştür. Ülkemizde personel istihdamı norm kadro ile denetlenen birçok kamu kurum ve kuruluşu vardır. Örneğin, belediyelerin norm kadroları İşçileri Bakanlığınca belirlenip denetlenmektedir.

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarınca işçi alma-çıkarma ve vakıflar arasında işçi nakillerinin kurulan sistem üzerinden norm kadro denetiminin yapılması işverenlik yetkilerinin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına devredildiği anlamında değerlendirilemez.

633 sayılı K. H. K. Md. 11/h bendinde yer alan, Genel Müdürlük ile sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının işbirliği yapmasına dair açık ifade de, anılan vakıfların tüzel kişiliği haiz ve bağımsız işveren sıfatına sahip olduğunu aralarında idari yönden hiyerarşik bir ilişki bulunmadığını ortaya koymaktadır.

3294 sayılı Kanun ile il ve ilçelerde kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olup, ayrı işyeri olan bağımsız işveren oldukları, Bakanlığın denetim yetkisi nedeniyle işveren sıfatının Bakanlığa ait olduğu ileri sürülemez. Anılan vakıfların ayrı tüzel kişiliğe sahip işyerleri olması nedeniyle toplu iş sözleşmesinin işyeri düzeyinde bağitlanabileceği, işletme düzeyinde bağitlanmasının mümkün olmadığı sonucu ve kanaatine varılmıştır.

Ayrıca her vakfın ayrı tüzel kişiliğe sahip ayrı işveren kabul edilmesi nedeniyle 4857 sayılı İş Kanunu Md. 18 de düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ön koşullarından olan işçi sayısı tespit edilirken her vakıf yönünden sadece kendi işçi sayısı dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle Türkiye’de Kurulu bulunan tüm vakıf işçi sayısı toplamı esas alınarak iş güvencesi hükümlerinden yararlanılması da artık mümkün değildir.

KARAR

3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir. Her biri ayrı işyeri olan bağımsız işverendir. Bu nedenle her vakıf için işyeri düzeyinde toplu iş sözleşmesi yetkisi verilebileceği; iş güvencesi hükümlerinden yararlanmanın ön koşullarından olan işçi sayısı tespit edilirken her vakıf yönünden sadece kendi işçi sayısının dikkate alınacağına, 09.06.2017 günlü oturumda oy çokluğu ile karar verilmiştir.

SONUÇ

Bu YİBGK kararı ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulan İl ve ilçelerde ki sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının her biri ayrı bir işyeri ve her vakıf ayrı bir işveren olarak kabul edilmiştir. Vakıfların tamamının Aile ve Sosyal Politika Bakanlığının denetimine bağlı olması vakıflar arasında organik bir bağ olduğunu göstermez.

KAYNAKÇA:

- (1) Prof. K. Oğuzman
- (2) S.Süzek İş Hukuku
- (3) Engin E. Murat
- (4) Engin E. Murat İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku
- (5) Engin E. Murat
- (6) Yenisey K.Doğan İş Hukukunda İşyeri ve işletme
- (7) T.Canbolat Toplu İş Sözleşmesi Türleri
- (8) A.Y.M. 03.04.2014 T. 2011-142 E. 2013-52 K. Sayılı kararı.
- (9) Uy. Mah. 21.05.2012 T. 2012-42 E. 2012-113 K.ve 2013-253 E. 2013-367 K.
- (10)Sümer H.Hadi.
- (11)Sümer H.Hadi

TÜRK CEZA KANUNU'NDA SUÇ GELİRLERİNİN AKLANMASI SUÇU

Av. Maşallah MARAL

I. Tanım

Suç gelirlerinin aklanması tanım olarak, kanun dışı yollardan kazanılan gelirin değerini mümkün olduğunca koruyarak, yetkililerin dikkatini çekmeyecek ve kullanılabilirliğini arttıracak şekilde gizleyerek veya kanuni gerekçe kazandırarak, başka varlıklara dönüştürülmesi işlemidir¹.

Suçlardan elde edilen gelirlerin, yani diğer ismiyle kara paranın, aklanması suçu hukukumuzda ilk olarak 4802 sayılı Kanun² ile girmiştir. Ancak bu kanun ile istenen sonuçlara varılamamıştır. Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde "Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama" suçu düzenlenmiştir³.

1 YILMAZ Sacit, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s. 71.

2 Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda Ve 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

3 Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama

Madde 282- (1) (Değişik: 26/6/2009 – 5918/5 md.) Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek: 26/6/2009 – 5918/5 md.) Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu suçun, kamu görevlisi tarafından veya belli bir meslek sahibi kişi tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi halinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır.

(4) Bu suçun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(5) Bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(6) Bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükmolunmaz.

II. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme

TCK'nın 282. maddesinde suç düzenlenirken, belli fiillerin sayılması yerine, ceza alt sınırı esas alınmıştır. Maddenin ilk fıkrasındaki suç tanımına göre; alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkararak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Burada iki ayrı suç kavramından bahsedilmektedir. İlki, kara paranın elde edildiği öncü suç olarak nitelendirilen suçtur. İkincisi ise, onun aklanması yoluyla oluşan ikinci suçtur. TCK'da öncü suç açısından bir ayırım yapılmayıp yalnızca ceza sınırı belirlendiği için, altı aylık veya daha fazla hapis cezası gerektiren herhangi bir suç, öncü suç niteliği taşıyabilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre; birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi de iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Buradaki suçun oluşabilmesi için "bu özelliği bilerek" ifadesine yer verildiği için, ancak kasten işlenebileceğini söylemek mümkündür. Yani bir kimse örneğin, suç gelirlerinin aklanması suçunun konusu olan bir malvarlığı değerini, bu özelliği olduğunu bilmeden satın alırsa, bu takdirde kastı bulunmadığı için, ikinci fıkradaki suç da oluşmayacaktır.

III. Ceza Arttırım Nedenleri

Maddenin üçüncü fıkrasında suçun kamu görevlisi veya belli bir meslek sahibi kişi tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi hali, cezanın yarı oranında arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemedeki amaç şüphesiz ki kamu görevlisi sıfatını haiz kişinin bunu kötüye kullanmasının daha ağır şekilde cezalandırılmak istenmesi ve diğer yandan sahip olduğu meslek nedeniyle bu suçu işleyen kişi açısından ise, sahip olduğu imkanı kötüye kullanması, elde ettiği kolaylık ile suç işleminin cezalandırılmak istenmesidir.

Maddenin dördüncü fıkrasında bu suçun, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali bir diğer nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve bu halde verilecek cezanın bir kat arttırılacağı belirtilmiştir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların nitelikli hal olarak düzenlenmesi, TCK'nın pek çok maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bunun

temel gerekçesi, örgüt halinde işlenen suçlarda failer açısından elde edilen kolaylığa karşılık suçla mücadele eden birimlerin yaşadığı zorluktur.

IV. Tüzel Kişilere İlişkin Düzenleme

Maddenin beşinci fıkrasında failin tüzel kişi olması durumunda, bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme de TCK'daki diğer pek çok hüküm ile paraleldir. Tüzel kişiler için uygulanacak güvenlik tedbirleri TCK'nın 60. maddesinde belirtilmiştir ve bunlardan biri uygulanacaktır.

Bu tedbirler; müsadere veya iznin iptali şeklinde karşımıza çıkabilir.

V. Etkin Pişmanlık Düzenlemesi

Son olarak, maddenin altıncı ve son fıkrasında “etkin pişmanlık” olarak adlandırılan düzenlemeye yer verilmiştir. Yani düzenlemeye göre; bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükmolünmayacaktır.

Etkin pişmanlık da yine TCK'da başka suçlar açısından da kabul edilen bir hukuki kurumdur. Burada amaç, yaptığı kötü davranıştan vazgeçen, suç yönündeki iradesini ortadan kaldıran faili ödüllendirmektir. Ancak bunun uygulanabilmesi için şartlar fıkrada belirtilmiştir. Öncelikle henüz kovuşturma aşamasına geçilmemiş olmalıdır. Yani henüz iddianame kabul edilmemiş olup soruşturma aşaması devam ediyor olmalıdır. İkinci şart ise failin yetkili makamlar ile işbirliği yapmasıdır. Bu doğrultuda ya suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlamalı ya da buldukları yeri haber vermek suretiyle ele geçirilmelerini kolaylaştırmalıdır.

VI. Yargıtay'ın Değerlendirmesi

Yargıtay kararlarına baktığımızda bu suça ilişkin bazı kriterlerin belirlendiğini görmekteyiz. 9. Ceza Dairesi'nin bir kararında⁴ öncül suç olarak nitelendirilmesi gereken eylemlerin, aklama suçundan daha sonraki tarihe tekabül etmesi nedeniyle suç unsurlarının oluşmadığına karar verilmiştir. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir; *26.02.2003 tarihinde uyuşturucu madde ticareti suçundan yakalanarak tutuklanan sanığın yapmış olduğu araç alım satım ve tescil işlemlerinin öncül suçtan önceki tarihlere ilişkin olduğu anlaşılmalı ve unsurları oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi.. bozmayı gerektirmiştir”.*

4 Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2012/7409 K. 2013/9914 T. 26.6.2013

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir öncü suç ve bunun ardından, öncü suç yoluyla elde edilen gelirin aklanması faaliyeti söz konusu olmalıdır. Olayların gelişimi bu sıraya uymadığında, fiiler duruma göre ayrı ayrı suçlar oluşturabilirse de, Yargıtay tarafından da ifade edildiği üzere, aklama suçu oluşmayacaktır.

Yine aynı doğrultuda Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin bir kararında⁵, suç gelirlerinin aklanması suçunun konusunun, öncü suçların işlenmesi sonucu elde edilen karapara olduğu açıkça vurgulanmıştır. Herhangi bir suç öncül suç olarak tanımlanamadığında, elde edilen paranın da karapara olarak nitelendirilmesinin olanaklı bulunmadığı belirtilmiştir ve burada da aksi yöndeki yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.

VII. SONUÇ

Yukarıda incelediğimiz suç, ceza kanunumuzda düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. Her zaman olduğu gibi burada da önemli olan kanunda yazan hükümlerin uygulanabilmesidir. Maddede belirtilen cezalar etkin şekilde uygulandığı takdirde caydırıcılık sağlanabilecektir.

KAYNAKÇA

Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda Ve 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2009/15629 K. 2010/17189 T. 29.12.2010

Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2012/7409 K. 2013/9914 T. 26.6.2013

YAŞAR Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010, Cilt V

YILMAZ Sacit, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s. 71.

5 Yargıtay 7. Ceza Dairesi E. 2009/15629 K. 2010/17189 T. 29.12.2010

GÜMRÜK UYUŞMAZLIKLARININ İDARİ ÇÖZÜM USULLERİ

Av. Suphan OLCAY

GİRİŞ

Gümrük ve dış ticaret mevzuatının çok teknik ve karmaşık bir yapısı bulunmaktadır. Türk Vergi mevzuatıyla benzerlik gösteren mevzuat, kanun ve yönetmelik kadar baskın olan genelge, tebliğ ve kimi zaman da muktezalar üzerinden yürümektedir. Bu sürekli değişiklik gösteren ve buna bağlı olarak da büyük bir sirkülasyonu beraberinde getiren yapı, gerek gümrük personeli gerekse mükellefler bakımından hayli sıkıntılı süreçleri de beraberinde getirmektedir. Gümrük işlemlerini yürüten gümrük idaresi ve personelleri riskle karşı karşıya kalmamak için gümrük işlemlerinin yürütülmesinde katı bir tutum sergilemekte, bu durum ise mükellef şahıs ve firmaların gümrük idaresiyle ihtilafa düşmesine neden olmaktadır. Gümrük mevzuatı, ortaya çıkan bu uyuşmazlıkların çözülmesi açısından idari yargıya başvurmadan önce ilk aşamada “uzlaşma” ve “itiraz” ayaklarından oluşan iki ayrı idari usul getirerek bu sayede yargı safhasından önce uyuşmazlığın çözümünde idari sürecin işletilmesini öngörmüştür.

UYUŞMAZLIKLARIN İDARİ SÜREÇTE ÇÖZÜMÜ

Gümrük idaresi ile yükümlüler arasındaki uyuşmazlıklar ilk aşamada Ticaret Bakanlığı'nın idari kademelerinde çözümlenir. İdari itiraz yolları tamamlanmadan yükümlülerin vergi mahkemelerinde dava açmaları durumunda, merci tecavüzünün varlığı kabul edilerek dava dilekçesi yetkili gümrük idarelerine gönderilir. Başka bir deyişle, idari yollar tüketilmeden yargıya gitmek mümkün değildir.

Eski Kanun'da bu konuda açık bir hüküm mevcutken meri kanunda açık bir şekilde düzenlenmese de itiraz yollarını ve itiraz makamlarını düzenleyen hükümlerden idari itiraz yollarına başvurulmadan yargıya gidilemeyeceği sonucu çıkarılmaktadır. Yargı kararları da bu çıkarımı desteklemektedir. Bu uygulama yargı organlarının iş yükünü azaltması bakımından olumlu bir düzenlemedir.

Eski Kanun zamanında uygulamada olan ve kullanılan idari usuller-

den biri olarak bilinen “düzeltme” yolu kaldırılmış ve yeni bir idari yol olan “uzlaşma” yolu (md. 244) getirilmiştir. Şu an Gümrük mevzuatı çerçevesinde uyuşmazlıkla ilgili başvurulabilecek ilk idari yol uzlaşma yoludur. Aslında düzeltme yolu uygulamada mükelleflere pratik bir kazanç sağlamadığı gibi sadece tüketilmesi gereken bir usuli süreç olarak idari makamlara ve mükelleflere külfet yüklemektedir. Bu sebeple kaldırılması ve yerine süreç içerisinde (vergi mevzuatında çoktandır var olan ve sıklıkla kullanılan) pratikte çok daha efektif, uzlaşma yoluna gümrük mevzuatı içerisinde yer verilmesi uyuşmazlığın tarafları için çok daha anlamlı ve faydalı olmuştur.

Mükellefin uzlaşma yolundan beklediğini alamaması halinde başvurabileceği ikinci idari yol itiraz usulüdür (md.242). Burada dikkat edilmesi gereken nokta idari itiraz yoluna başvurduktan sonra kararın olumsuz çıkması halinde tekrar uzlaşma yoluna başvurma imkanı yoktur. İtiraz edilmesi ve yetkili gümrük makamlarının konu hakkında karar vermesi üzerine idari yollar tüketilmiş olup artık uyuşmazlık idari yargılamada dava konusu edilebilecektir. Bu sebeple idari yolların, mükellef tarafından, öncelikle uzlaşma, akabinde itiraz yoluna başvuru şeklinde tüketilmesi önem taşımaktadır.

Gümrük Kanunu gereğince, karşılığında idari para cezası öngörülen fiiller kabahat olarak nitelendirilir ve gümrük idaresinin kestiği para cezalarına Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi çerçevesinde işlem yapılır. Gümrük Kanunu'nun “Usulsüzlüklere İlişkin Cezalar” başlıklı bölümünde düzenlenen para cezaları hakkında karar vermeye gümrük idareleri yetkilidir. Bu kapsamda ceza kararlarının gümrük idare amirleri (gümrük müdürleri ve başmüdürler) tarafından karara bağlanması gerekmektedir.

A. Uzlaşma Usulü

Uzlaşma, genel hatlarıyla 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 244üncü maddesinde yer almış, ayrıntılı olarak 2011 yılında çıkartılan Gümrük Uzlaşma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Buna göre; yükümlü tarafından yapılan beyan ile gümrük idaresince yapılan denetleme, muayene ve kontrol sonucunda belirlenen farklılıklarla ilgili tebliğ edilen gümrük vergileri alacakları ve Gümrük Kanunu ile diğer kanunlarda yer verilen cezalar hakkında, yükümlü ya da ceza muhatabı tarafından bu eksiklik ya da aykırılıkların kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten ya da kanun hükümlerini hatalı yorumlamaktan kaynaklandığının ya da yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi hallerinde gümrük idaresi, yükümlüler ya da cezanın muhatabı ile uzlaşabilir.

Gümrük vergisi, ilave gümrük vergisi, tek ve maktu vergi, dampainge karşı vergi, sübvansiyona karşı telafi edici vergi, katma değer vergisi, özel tüketim vergisi, ek mali yükümlülük, toplu konut fonu, tütün fonu, ek fon, kaynak kullanımını destekleme fonu, çevre katkı payı, telafi edici vergi (ithalat), TRT Bandrol Ücreti {ticari olmayan eşya için} ve Gümrük Kanunu'nun 234, 235, 236, 237, 23S, 239 ve 241. maddeleri uyarınca verilen para cezaları, 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesine Hakkında Kanun'un 4. maddesi uyarınca verilen para cezaları, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu 51. maddesi uyarınca verilen para cezaları, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu 16. maddesi uyarınca verilen para cezaları alacakları uzlaşmaya konu olabilir.

Kural olarak aynı tür vergi veya cezanın bir kısmı için uzlaşma talebinde bulunulamaz. Ancak istisnai hallerde uzlaşma talebi, yükümlüye tebliğ edilen alacakların tamamı için yapılabileceği gibi vergiler veya cezaların tür itibariyle bir kısmı için de yapılabilir. Bununla birlikte gümrük vergilerinin matrahına giren, ancak aslı gümrük idarelerince takip ve tahsil edilmeyen vergi ve benzeri mali yükler uzlaşmaya konu edilemez. Ayrıca 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarına ve kabahatlerine ilişkin alacaklar için uzlaşma talebinde bulunulamaz.

Uzlaşma talebi, BİLGE Sistemi üzerinden elektronik olarak, Uzlaşma Yönetmeliği Ek-3'te yer alan başvuru dilekçesi örneği ile yapılacaktır. Bilge Sistemi üzerinden elektronik olarak yapılan başvuru sonrasında bu başvuruya ilişkin oluşturulan fiziki evrak da ilgili Bölge Müdürlüğü'ne sunulur. Uzlaşma talebi, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde henüz itiraz başvurusu yapılmamış gümrük vergileri ve cezaları hakkında yapılabilir. Yükümlü ya da ceza muhatabı tarafından uzlaşma talebinde bulunulması ile itiraz ya da dava açma süresi durur. Uzlaşmanın vaki olmaması ya da sağlanamaması halinde süre kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak sürenin bitimine üç günden az kalmış olması halinde, süre üç gün uzar. Uzlaşmanın vaki olmaması ya da sağlanamaması durumunda yeniden uzlaşma talebinde bulunulması mümkün değildir. Süresi içinde uzlaşma talebinde bulunan yükümlü, uzlaşma talep ettiği alacaklar için, başvurusuna ilişkin süreç sonuçlanmadan itiraz veya dava yoluna gidemez.

Uzlaşma talepleri gümrük uzlaşma komisyonlarınca değerlendirilir. Konusu 500.000 TL'ye kadar olanlar (bu tutar dahil) için Gümrük Ve Muhafaza Başmüdürlüğü Uzlaşma Komisyonları, 500.000TL'yi aşanlar için ise Merkezi Uzlaşma Komisyonu yetkilidir. Uzlaşmaya konu aynı ni-

telikteki alacakların birden fazla gümrük ve muhafaza başmüdürlüğüne bağlı gümrük müdürlüklerine ilişkin olması durumunda, uzlaşmaya ilişkin talepler, merkezi uzlaşma komisyonunun yetkisine giren alt tutarı aşmamak kaydıyla uzlaşmaya esas alacak tutarının en çok olduğu gümrük ve muhafaza başmüdürlüğünde oluşturulacak uzlaşma komisyonu tarafından sonuçlandırılır. Gümrük ve muhafaza başmüdürlüğü uzlaşma komisyonları üç üyeden oluşur. Başmüdür veya görevlendireceği başmüdür yardımcısı komisyonun başkanıdır. Diğer iki üye şube müdürü, gümrük müdürü, müdür yardımcısı, şef ve muayene memuru arasından başmüdür tarafından belirlenir.

Gümrük uzlaşma komisyonları tarafından tutulacak uzlaşma tutanakları kesindir. Gümrük idaresince derhal yerine getirilir. Yükümlü ya da ceza muhatabı üzerinde uzlaşmaya varılan ve tutanak altına alınan konular ile ilgili dava açamaz ve hiçbir mercie şikâyette bulunamaz.

Uzlaşmaya konu edilen gümrük vergileri ve cezalar, uzlaşmanın sağlanması ile birlikte uzlaşma tutanağının tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. Uzlaşılan vergilerin alınması gereken tarihten itibaren uzlaşma tutanağının imzalandığı tarihe kadar geçen süre için AATUHK'da belirlenen oranlarda gecikme faizi alınır. Uzlaşılan cezalar ile ilgili olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde yer alan peşin ödeme indirimi yapılmaz.

Uzlaşmanın vaki olmaması ya da temin edilememesi durumunda genel hükümlere göre işlem tesis edilir. Bu halde mükellef, tahakkuk eden ve kendisine tebliğ edilen alacaklara, uzlaşmanın vaki olmadığına dair düzenlenen ve kendisine tebliğ olunan tutanağın tebliğinden itibaren belirlenen esaslar çerçevesinde itiraz/dava yoluna gidebilir. Uzlaşmanın vaki olmaması veya temin edilememesi hallerinde, aynı alacaklar için yeniden uzlaşma talebinde bulunulamaz.

Mükellef, kendisine tebliğ edilen alacaklar için Gümrük Kanunu'nun 242. maddesinde düzenlenen itiraz hakkı ile Gümrük Kanunu'nun 244. maddesinde düzenlenen uzlaşma hakkını aynı anda kullanamaz. Uzlaşmaya konu edilen alacaklar, uzlaşmanın vaki olmaması halinde Gümrük Kanunu'nun 242. maddesi çerçevesinde itiraza konu olabilir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere öncesinde itiraza konu edilmiş alacaklar için uzlaşma talebinde bulunulamaz.

Uzlaşma usulü, devletin vergi alacağını pazarlık konusu yapması ve vergisini geç ödeyenlere avantaj sağlanması yönlerinden eleştiriliyor olsa da, Gümrük İdaresinde "itiraz" sürecinin çok uzun sürmesi, buna muka-

bil uzlaşma usulü uyuşmazlıkların kısa sürede çözüme bağlanabilmesi olanağı, maliyetlerin azaltılması ve kamunun alacaklarını bir an önce elde etmesi gibi sebeplerle önemi geç anlaşılmış bir yol olarak gümrük mevzuatı içerisinde kendine yer bulmuştur.

B. İtiraz Usulü

1- Genel Olarak

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda, mükelleflerin gümrük vergileri, cezaları ve idari kararlar aleyhine başvurabilecekleri bir yol olarak "itirazlar" genel başlığı altında 244'üncü maddeyi düzenlenmiştir.

Böylelikle kanun koyucu, mükelleflere yalnızca tarh edilen vergiye değil diğer gümrük işlemlerine de itiraz edebilme olanağı tanımıştır. Fakat uygulamada yapılan itirazların büyük bir kısmını gümrük vergileri oluşturmaktadır.

Yükümlüler kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde itiraz edebilir. Bu itiraz bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama verecekleri bir dilekçe ile gerçekleştirilir. Gümrük Müdürlüklerinin tahakkuk ettiği bir vergi, ceza yahut idari karara bir üst makam olan Gümrük Başmüdürlüğü'ne yapılacak itiraz dilekçesiyle itiraz gerçekleştirilir. İtiraz dilekçelerinin ne şekilde düzenleneceğine ilişkin Gümrük Kanunu'nda ve Gümrük Yönetmeliği'nde herhangi bir hüküm olmamakla birlikte itirazın neye dair olduğu ve sebeplerinin açık ve anlaşılır şekilde izahının yapılması gerekeceği muhakkaktır.

İtiraz dilekçesini alan gümrük idaresi, itirazı önce şekil yönünden inceleyer. Bu incelemede, başvurunun süresi içinde yapıp yapılmadığı ile dilekçeyi verenin mükellef veya onun temsilcisi olup olmadığına bakılır. Temsilin süre ile tahditli olması halinde ilgili süre de kontrol edilir. Usule ve şekle uygun olmayan başvurular reddedilerek yükümlüye bildirilir. İtiraz dilekçesinin idare kayıtlarına geçtiği tarihte mi, yoksa postaya verildiği tarihte mi yapılmış sayılacağı konusu hakkında; Gümrük Yönetmeliği'nin 585. Maddesinde, itirazların süresi içerisinde olup olmadığının tespitinde; taahhütlü olarak posta yolu ile yapılacak itirazlarda itiraz dilekçesinin postaya verildiği tarihin, posta yolu ile veya doğrudan ilgili gümrük idaresine yapılacak itirazlarda itiraz dilekçesinin itirazın yapıldığı gümrük idaresinin kaydına giriş tarihinin esas alınacağı hüküm altına alınmıştır.

İdareye intikal eden itirazlar otuz gün içinde karara bağlanarak ilgili kişiye tebliğ edilir, itiraz dilekçelerinin süresi içinde yanlış makama veril-

mesi halinde, itiraz süresinde yapılmış sayılır ve idarece yetkili makama ulaştırılır. İtirazın reddi kararlarına karşı işlemin yapıldığı yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabilir. İdari Yargıya başvuru süresi için öncelikle kararın vergisel yahut idari bir karar olup olmadığı tespit edildikten sonra İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dava Açma Süresi" başlıklı 7nci maddesine göre 30 yahut 60 gün içerisinde dava açılmalıdır. Bu süreler hak düşürücü süre niteliği taşıdığından re'sen gözetilmelidir.

2- Tahlile İtiraz - İkinci Tahlil

Gümrük vergilerinin hesaplanmasında esas alınan kimyevi tahlil sonuçlarına karşı gümrük ve muhafaza başmüdürlüğüne yazılı olarak itiraz edilebilir. Bu itiraz biçimi gümrük vergisinin özelliğinden doğmaktadır. Eşyanın tarife pozisyonunun dolayısıyla vergilerin hesaplanması veya muaflik hükümlerinin uygulanması ile kısıntı ya da yasaklık hükümlerine tabi olup olmadığını anlamak amacıyla yapılan kimyevi tahlil sonuçlarına karşı, tahlil sonucunun tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde gümrük başmüdürlükleri nezdinde yazılı olarak itiraz edilebilecektir.

İtiraz üzerine, birinci tahlilin yapıldığı gümrük laboratuvarında görevli olan ve ilk tahlili yapan kimyager dışındaki iki kimyager tarafından ikinci tahlil yapılır. Yükümlünün talebi halinde, gümrük idareleri, gümrük kimyageri olmayan bir gözlemci kimyagerin de ikinci tahlilde hazır bulunmasına izin verirler. Bahis konusu eşya için daha önce bir tahlil yapıldığı için bu tahlile ikinci tahlil adı verilmektedir, ikinci tahlil sonucu, eşyanın teknik özellikleri ve niteliklerinin tespiti bakımından kesindir. Üç kimyagerden fazla kimyager olmayan gümrük laboratuvarında yapılan tahlile itiraz edilirse, ikinci tahlil en az iki kimyager bulunan en yakın gümrük idaresine ait laboratuvarında yaptırılır.

3- Gümrük Kanunu Uygulamalarında Zımnî Ret Sorunu

Gümrük Kanunu özel kanun olma vasfı sebebiyle usule ilişkin noktalarda çoğunlukla genel nitelikli kanunlardan ayrılmaktadır. "Zımnî Ret" hususu da bunlardan biridir. Zımnî redde ilişkin düzenleme Gümrük Kanunu'nun 6/2 ve 242/2 maddelerinde açıkça görülmektedir. Kanun Koyucu, Gümrük Kanunu'da İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndakine benzer bir ayırıma giderek ilgilinin, gümrük mevzuatına ilişkin olarak gümrük idaresinden bir karar almasını talep ettiği durumu 6ncı maddede, kendisine tebliğ edilen gümrük vergi, ceza ve idari kararlarına karşı itirazı ise 242nci maddede düzenlemiştir.

Gümrük Kanunu 6/2nci madde: "Karar alınması talebinin yazılı olarak yapılması gerekir. Gümrük idareleri, söz konusu talebe ilişkin

başvurunun kendilerine ulaştığı tarihten itibaren otuz gün içinde karar alırlar. Verilen kararlar başvuru sahibine yazılı olarak tebliğ edilir.

Ancak, gümrük idareleri tarafından bu süreye uyulması mümkün değilse, belirtilen süre aşılabılır. Bu durumda, söz konusu idareler, yukarıda belirlenen sürenin dolmasından önce başvuru sahibine süre aşımını haklı kılan gerekçeler ile talep hakkında karar vermek için gerekli gördükleri ek süreyi de belirterek bilgi verirler.”

Madde metninden de görüldüğü üzere; kanun koyucu, ikinci fıkrada gümrük idarelerinin, ilgili tarafından gerçekleştirilen, yazılı talepler üzerine otuz (30) gün içerisinde karar alacaklarını düzenlemiştir. Her ne kadar otuz günün geçmesinin ardından ilgili talebin reddedilmiş sayılacağı -İYUK'da yer aldığı gibi- açıkça belirtilmemiş olsa da, söz konusu sürenin zımni redde ilişkin olduğuna şüphe yoktur. Otuz günün geçmesinin ardından ilgililer İYUK çerçevesinde belirtilen dava açma sürelerine uygun olarak dava açma hakkına sahip olacaklardır.

Gümrük Kanunu 242/2nci madde: “İdareye intikal eden itirazlar otuz gün içinde karara bağlanarak ilgili kişiye tebliğ edilir.”

Madde, aynı 6ncı maddede olduğu gibi gümrük idaresine ulaşan itirazların otuz (30) gün içerisinde karara bağlanmasını şart koşmuştur. Bu haliyle otuz gün içerisinde karar bağlanmayan itirazların zımnen reddedilmiş sayılacağı açıktır. Her iki maddeyi beraber değerlendirdiğimizde, Gümrük Kanunu'nun zımni ret konusuna ilişkin olarak İYUK'dan ayrılarak otuz günlük daha kısa bir süre belirlediği görülmektedir. Buna göre; ilgilinin, Gümrük İdaresi'ne yapmış olduğu talep yahut itirazın Gümrük İdaresi tarafından tebellüğünden itibaren geçecek otuz günün ardından söz konusu talebe ilişkin herhangi bir cevabi yazı alamaması durumunda konusuna göre zımni reddi takip eden altmış (60) gün içerisinde idare mahkemesinde yahut zımni reddi takip eden otuz (30) gün içerisinde vergi mahkemesinde dava açması gerekecektir. Söz konusu sürenin geçirilerek, sonraki bir tarihte tebellüğ edilecek karara karşı açılacak bir dava, mahkeme tarafından sürenin geçirilmesi sebebiyle, davanın usulen reddi ile sonuçlanabilecektir. Örneklendirecek olursak;

X isimli mükellef, Gümrük İdaresi tarafından kendisine tebliğ edilen gümrük vergisi ve cezalarını 25.07.2015 tarihinde tebellüğ etmiş olsun. Mükellef bu vergi ve cezalara Gümrük Kanunu 242. maddede belirtilen 15 gün içerisinde 03.08.2015 tarihinde itiraz etmiş ve bu itiraz aynı gün gümrük idaresince kayda alınmış olsun. X itiraz tarihten itibaren otuz (30) gün boyunca gümrük idaresinin karar almasını bekleyecektir. Güm-

rük idaresinin karar alma süresi 02.09.2012 tarihinde dolacak ve akabinde ilgili vergi ve cezayı vergi mahkemeleri nezdinde idari yargıya taşımak için firmanın otuz (30) günlük dava açma süresi başlayacak ve bu süre de 02.10.2012 tarihinde sona erecektir. Bu tarihten sonra açılacak davanın, vergi mahkemeleri tarafından usulden reddedilecektir.

Uygulamaya bakıldığında; Gümrük İdaresi, son yıllarda, yargı kararlarının da etkisiyle, karar tesis etmek için Gümrük Kanunu 6/2’de belirtilen, ek süre kararı alarak mükellefe tebliğ etme yolunu tercih etmeye ve ilgilinin ilettiği konuyu makamlarınca karara bağlanmadan yargıya gitmesini önlemeye çalışmaktadır. Bu hareket tarzı kanununun verdiği, yasal bir yetkiye dayandığından, mahkemeler tarafından dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte uzatım yazısını takip eden dava açma süresi içerisinde her zaman dava açılabileceği gibi, işin aciliyetinin büyük önem kazandığı durumlarda, kanaatimce İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 10/2 maddesi içerisinde yer alan:

“Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir.”

Hükmü uyarınca söz konusu süre uzatım kararının “kesin olmayan cevap” olarak değerlendirilerek dava açılabilmesi de mümkün olmalıdır.

Öte yandan zımni ret işlemine ilişkin olarak verilmiş yargı kararlarının da ise muhtelif görüşler göze çarpmaktadır. İstanbul 8. Vergi Mahkemesi’nin E:2010/1379 K:2011/2971 sayılı kararında:

“... davacı şirketin uyuşmazlık konusu para cezası işlemine karşı 08.10.2010 tarihinde ilgili gümrük başmüdürlüğüne itiraz başvurusunda bulunduğu görüldüğünden ilgili başmüdürlüğün bu itirazın sonucunu otuz gün içerisinde ve en geç 07.02.2010 tarihinde davacı şirkete tebliğ etmesi gerektiğinden, bu tarihe kadar herhangi bir cevap verilmemesi halinde ise zımni ret işlemi doğacağından bu zımni ret işlemine de otuz gün içerisinde ve en geç 09.03.2010 tarihinde dava açılması gerekirken, bu tarih geçirilerek 16.04.2010 tarihinde açılan davada uyuşmazlığın esasını inceleme olanağı da bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 15/1-b maddesi gereğince sonra açılan DAVANIN REDDİNE...”

Şeklinde belirtilmek suretiyle davayı usulden reddetmiştir. Bununla birlikte söz konusu davanın reddine ilişkin olarak yapılan itirazı karara bağlayan İstanbul Bölge İdare Mahkemesi’nin E:2011/14654 K:2011/15774 sayılı kararında:

“..... Dolayısıyla yükümlülerin mağduriyetlerinin ve menfaatlerinin ihlali söz konusu olduğunda, idarelerin belirtilen bağlı süreler içinde cevap vermemesi nedeniyle oluşan zımni ret işlemlerine karşı 30 gün içinde dava açma haklarını kullanabilmeleri mümkün olduğu gibi 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 242. Maddesi uyarınca itiraz makamı tarafından itirazın reddi yolunda verilen ve yükümlüye tebliğ edilen karara karşı, tebliği izleyen 30 gün içinde dava açma hakkını kullanması da mümkündür.

.....davanın esasına girilmesi gerekirken aksi yolda süre aşımı yönünden verilen kararda usule ve hukuka uygunluk görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle; davacı itirazının kabulüne”

Demek suretiyle mükellef lehine bir yorum getirerek itirazı kabul etmiş ve çok daha sonra tebellüğ edilen karara karşı açılan davanın kabulüne imkan sağlayarak mahkeme kararının bozulması yönünde hüküm kurmuştur.

Bununla birlikte Yüksek Yargı Organı Danıştay'ın Gümrük Davalarını karar bağlayan 7. Dairesi konuyla ilgili olarak E:2004/1536 K:2004/1410 sayılı kararında:

“... Anılan yasa hükmüne göre; Gümrük Kanununda öngörülen idari itiraz prosedürü tamamlanmadan idari yargı yoluna başvurulamayacağı gibi, yükümlülerin itirazlarının, gümrük başmüdürlüklerince 30 gün içinde karara bağlanarak ilgisine tebliği de yasal bir zorunluluk olup, bu süre içerisinde cevap verilmemesi halinde, idari itirazın zımnen reddedildiğinin kabulü gerekmektedir. Bu durumda ise, idari davaya konu edilebilecek nitelikte kesin ve yürütülmesi zorunlu olan işlemin oluşacağı açıktır. Aksi halde idari itirazın cevap verilmemek suretiyle sürüncemede bırakılması ve dolayısıyla, hak arama özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracak uygulamaların ortaya çıkması kaçınılmazdır”

Şeklinde hüküm vermek suretiyle zımni ret işleminin uygulamasına ilişkin olarak sürelerle sıkı sıkıya bağlı bir yorum getirmiş ve söz konusu sürenin geçirilmesini davanın usulden reddi sayılacağına ilişkin duruş sergilemiştir.

Görülebileceği üzere Gümrük Kanunu'nda yer alan zımni ret işlemine ilişkin olarak Yargı Kararlarında bir birlik bulunmamakla beraber, Danıştay, işlemin sürelerle bağlılığı konusunda katı bir uygulama getirirken Bölge İdare Mahkemesi ise, bu konuda ilgilinin seçimlik bir hakka sahip olduğu ve dolayısıyla yapılan itirazın üzerinden geçen 30 günü takip eden

dava açma süresinde zimni ret sebebiyle dava açılabileceği gibi Gümrük İdaresinin kararının beklenip ilgili kararın tebellüğünü takip eden dava açma süresi içerisinde de dava açılabileceğini belirtmektedir.

Kabul etmek gerekir ki idare, özellikle ülkemiz gibi bürokrasinin yoğun olduğu ülkelerde güçlü olduğu kadar, işleyiş bakımından ağır bir yapıya sahiptir. Hali hazırda sadece Gümrük ve Ticaret Bölge Müdürlüğü nezdinde karara bağlanmayı bekleyen binlerle ifade edilen dosya bulunması bu durumu doğruladığı gibi konunun ciddiyetini de gözler önüne sermektedir. Bu sebeple idarenin kanunda belirtilen otuz (30) gün gibi kısa sayılabilecek bir süre zarfında talep ve itirazları karara bağlamasını beklemek fazlasıyla iyimser bir beklenti olacaktır. Bu sebeple zimni ret işleminin Danıştay'ın kararlarında belirtildiği üzere sıkı bir şekilde uygulanmasının da başlı başına hak arama özgürlüğünü kısıtlayacağını da belirtmek gerekir.

Son olarak konuyla ilgili yukarıda örneği verilen Bölge İdare Mahkemesi kararında olduğu gibi ilgilinin/mükellefin seçimlik bir hakka sahip olduğu ve bu hakkını ister zimnen reddedilen işlemle ilgili derhal dava açma yoluna gidebileceği isterse de sessiz kalan idarenin konuyla ilgili nihai kararını bekleyerek bu kararın tebellüğünden itibaren dava yoluna gidebileceğini kabul etmek, mükelleflerin hak arama özgürlüğünü muhafaza hususunda yerinde bir yaklaşım olacaktır.

SONUÇ

Gümrük Mevzuatı sadece kanun ve yönetmelikten ibaret olmayan, bilakis tebliğ, yönerge ve muktezaların da uygulama açısından önem arz ettiği kapsamlı ve dinamik bir mevzuattır. Bu sebeple ihtilafların yargılamaya konu olmadan idare bünyesinde ve bizzat Gümrük Kanunu tarafından öngörülen usullerle çözümü önem kazanmaktadır. Zira bu denli yoğun değişimlere sahne olan mevzuat kaynaklı ihtilafların yine bu mevzuatın uygulayıcısı olan idare tarafından çözüme kavuşturulması daha mümkün görünmektedir. Fakat ihtilafları inceleyerek çözüm bulmaya muktedir personel sayısının yetersizliği ve buna mukabil ihtilaf sayısının çokluğu göz ardı edilmemesi gereken bir diğer gerçektir.

Bu çerçevede sonradan mevzuata eklenen “Uzlaşma” usulünün gayet yerinde ve etkili bir uygulama olduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimce bu müesseseye getirilen eleştiriler yapıcı olmadığı gibi, uzlaşmanın bir nevi “Af” olarak görülmesi de son derece yanlıştır. “Uzlaşma” müessesesinin gümrük mevzuatına getirilmesi geç kalmış bir uygulamadır. Zira uzlaşma, vergi mevzuatında uzun süredir yer alan yapıcı bir şekilde uy-

gulanmaktadır. Söz konusu kurum sayesinde bir taraftan idare, alacağını kısmen de olsa çok hızlı bir şekilde tahsil etme imkanına kavuşurken, diğer taraftan mükellef de ilgili vergi ve/veya para cezasının tamamını ödemek yerine bir kısmını ödemek suretiyle tahakkuktan kurtulmaktadır. Üstelik bu müessese sayesinde, her iki taraf da uzun bir yargılama sürecini bertaraf etmektedirler. Bu durumun ise idari yargı makamlarının iş yükünü somut bir şekilde azalttığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Öte yandan gümrük nezdinde yaşanan uyuşmazlıklara ilişkin idari çözüm önerilerinin son halkası olan itiraz kurumu uzlaşmaya nazaran eski ve oturmuş bir usule sahiptir. Özellikle uzlaşma yolunun getirilmesinden sonra mükellefin itiraz yoluna eskiye oranla daha az başvurduğu bilinmektedir. Buna bağlı olarak itiraza konu dosya sayısında yaşanan azalmanın ilgili uyuşmazlıkların daha etkin şekilde incelenerek karara bağlanmasında önemli rol oynayacağı da rahatlıkla söylenebilir. Bu çerçevede mükellef nezdinde, daha önceleri dava açmadan önce “*tüketilmesi gereken usuli bir yol*” olarak görülen itiraz prosedürünün, gerçek manasıyla bir uyuşmazlık çözüm şekli olarak vücut bulması pek muhtemeldir.

İdari çözüm müesseselerinin, daha etkin olmasının önünde yer alan teknik personel ve fiziki altyapı gibi birtakım eksikliklerin zaman ve bütçe ile orantılı olarak giderilebilir olması sevindiricidir. Bununla birlikte ülkemizde diyalog kültürünün yeteri kadar gelişmiş olmaması, özellikle idare ile karşı karşıya kalan mükellefin ihtilafı yargıya götürmeye mecbur hissetmesi, kanaatimce idari çözüm yollarının önündeki en büyük engellerdendir. Bu durumu önlemek adına vergi/ceza tahakkukundan önce konuyla ilgili olarak tarafların bir araya gelme imkanı sunacak, “*sözlü savunma*” yahut “*izahat talebi*” gibi yeni bir müessesenin de Kanun Koyucu tarafından getirilmesinin hem idare hem de mükellef açısından çok yerinde bir hareket olacağı, bu sayede uyuşmazlığın içyüzünün anlaşılması ve bir ihtilafa dönüşmeden halledilmesinin mümkün kılınacağı mütalaa olunmaktadır.

KAYNAKÇA

- AYDIN Murat, Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları Adalet Yayınevi, Ankara, 2012
DÖLEK Ali, Gümrük İşlemleri ve Kaçakçılık, Beta Basım, İstanbul, 2004
ERCAN Tayfun, Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012
KILIÇ Kaptan, Gümrük Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları Gümrük Kabahatleri ve Uygulaması, Ankara, Kasım 2009
SELEN Ufuk, Gümrük İşlemleri ve Vergilendirmesi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011
YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN VERGİSEL YÜKÜMLÜLÜKLER BAKIMINDAN SORUMLULUĞU

Av. Baki GÜZGÜ

GİRİŞ

Anonim Şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergisel yükümlülükler bakımından sorumluluğu ikinci derece sorumluluk biçimindedir. Vergisel yükümlülükler nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi, öncelikle Şirket hakkında takibe giriŐilmesi, takibin sonuçsuz kalması ya da sonuçsuz kalacağının anlaşılması halinde mümkündür.

Bu çalışmada anonim Şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergi ve diğer amme alacakları bakımından sorumluluğunun hukuki niteliği ile sorumluluk hallerinin düzenlendiği mevzuat hükümleri hakkında genel bilgiler verilerek konunun sorumluluk hukuku alanındaki yansıması kısaca açıklandıktan sonra tartışmalı olabilecek noktalar üzerinde durulmaya, son olarak da cezai sorumluluk halleri açıklanarak konuya farklı açılardan bakılmak suretiyle incelenmeye çalışılacaktır.

1- Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluk Halleri

Anonim Şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergisel yükümlülükler bakımından sorumluluğu açıklanırken öncelikle konu ile ilgili bazı temel ayrımların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, yönetim kuruluna kanun¹ ile tanınmış bulunan yönetim ve temsil ödevinden kaynaklanmaktadır. Tedbirli yöneticilerden oluşan yönetim kurulunun yönetim ve temsil ödevini gereği gibi ve sadakatle yerine getirmediği durumlarda sorumluluk davası ile karŐılaŐma ihtimali söz konusu olabilecektir². Konu ile ilgili olan sorumluluk halle-

1 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, T.13/1/2011, R.G.:14/2/2011, Sy. 27846. Kanun'un B) Yönetim ve Temsil başlıklı 365. Maddesinde temsil ve yönetim ödevi "(1) Anonim Şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Kanundaki istisnai hükümler saklıdır" Şeklinde tanımlanmıştır.

2 Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serhan Dinç, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Bs., Ankara, 2018, s.75 vd. Yazara göre Anonim Şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk durumları; "Yönetim kurulunun bir kurul halinde veya üyelerin kişisel olarak kötü niyetle genel kurul kararı aleyhine iptal davası açmasından doğan sorumluluk, esas sermayenin usulsüz olarak artırılmasından veya azaltılmasından doğan sorumluluk, Şirketin iflası halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, müzakerelere katılma yasağının ihlál edilmesinden doğan sorumluluk, or-

ri ise, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un³ mükerrer 35. Maddesinde düzenlenen sorumluluk hükümleri ile Vergi Usul Kanunu'nun⁴ 10. maddesinin 2. Fıkrası hükümlerinde düzenlenen sorumluluk halleridir. İlgili yasal düzenlemeler incelendiğinde, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun yalnızca vergi alacağı bakımından değil, aynı zamanda vergiye bağlı alacaklar da dahil olmak üzere bütün amme alacaklarını içine alan geniş bir sorumluluk hali olduğu görülmektedir.

Yukarıda belirtilen kanun hükmü uyarınca yönetim kurulu üyelerinin vergisel yükümlülükler bakımından şirket borcunun tamamını kapsayacak şekilde müşterek ve müteselsil sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu olduğu açıktır. Tüm bu yasal düzenlemeler uyarınca, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin vergisel açıdan sorumluluğunun diğer sorumluluk hallerinden farklı kanunlarda düzenlendiği ve yönetim kurulu üyelerine son derece ağır bir sorumluluk yüklediğini ifade etmek mümkündür.

Konu ile ilgili diğer bir sorumluluk hali Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁵ m.88' de "Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil

taklıkla işlem yapma yasağının ihlâl edilmesinden doğan sorumluluk, rekabet yasağının ihlâl edilmesinden doğan sorumluluk, belge ve beyanların kanuna aykırı olmasından doğan sorumluluk, sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesinden doğan sorumluluk, değer biçilmesinde yolsuzluk yapılmasından doğan sorumluluk" ve nihayet "halktan usulsüz olarak para toplanmasından doğan sorumluluk" şeklindedir.

3 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, T.21/7/1953, R.G.:28/7/1953 Sy. 8469. Kanunun "Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu" başlıklı mükerrer 35. Maddesinin 1. Fıkrası; "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir." Şeklindedir.

4 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, T.4/1/1961, R.G.:10-11-12/1/1961 Sy. 110703-10704-10705. Kanun'un "Kanuni Temsilcilerin Ödevi" Başlıklı 10. Maddesinin 1. ve 2. Fıkrası; "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. (Değişik: 3/12/1988-3505/2 md.) Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır." Şeklindedir.

5 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, T.31/5/2006, R.G.:16/6/2006, Sy. 26200.

olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.” hükmü ile yukarıda yer alan sorumluluk halleri ile benzer biçimde açıklanmış, farklı olarak özellikle şirket yönetim kurulu üyelerinin de sorumluluğu bulunduğu ifade edilmiştir. Mülga Sosyal Sigortalar Kanunu’ndan farklı olarak 5510 sayılı yasada düzenlenen açık hüküm gereği, Yargıtay’ın evvelki kararlarında üst düzey yöneticilerin sorumluluğunun sadece prim alacaklarıyla sınırlı olduğuna hükmedilmesi temelli uygulama ve görüşün artık savunulabilmesi hukuken imkansızdır.

Türk Ticaret Kanunu m. 553’te belirtilen ana kurala göre sorumluluk, kanun veya esas sözleşme uyarınca kendilerine düşen yükümlülüklerin yönetim kurulu üyelerinin kusuru ile yerine getirilmemesi durumunda gerçekleşecektir. Ana kural bu şekilde olmakla birlikte, çalışmanın konusu olan vergisel yükümlülükler bakımından sorumluluk hallerinden biri olan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da yer alan düzenleme⁶ doğrultusunda yönetim kurulu üyelerinin kusurunun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır⁷. Niteliği gereği, son derece ağır bir sorumluluk hali olan kusursuz sorumluluk halinin gerçekleşebilmesi için kanun gereği yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün yahut hakkaniyete aykırı bir davranışın ya da tehlike sorumluluğunun bulunması gerekmektedir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin şirket tarafından yerine getirilmeyen ya da yerine getirilemeyen vergisel yükümlülükler bakımından sorumluluğunun özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan bir kusursuz sorumluluk hali olarak kabul edilmesi, son derece ağır sonuçlar doğurabilecek ve ticaret hukukumuzda kabul edilen kusura dayalı sorumluluk ilkesine aykırı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da yer alan mükerrer 35. Maddenin 5. ve 6. fıkraların Anayasa Mahkemesi’nce iptali⁸ üzerine artık kusur ilkesinin geçerliliği

6 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un Mükerrer 35. Maddesi; “Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.” Şeklinde dir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, T.21/7/1953, R.G.:28/7/1953, Sy. 8469.

7 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mert Silahşör, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Alacağı Sorumluluğu”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/270566> (22.02.2019).

8 Anayasa Mahkemesi’nin 2014/144 E., 2015/29 K. Sayılı ve 19.03.2015 tarihli kararında; “(..)Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği göz önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak

açık olup kusursuz sorumluluğa dair tartışmaların geçerliliğini yitirdiği söylenebilecektir.

Yukarıda anlatılanlardan hareketle, vergi hukukunda sağlanan temel amacın kamusal boyutu olduğunun kabulü ile kamusal yükümlülüklerin özel hukuk tüzel kişilerince yerine getirilmemesi durumunda yönetim organlarının da temsil ve özen yükümlülüğü bulunduğu ve bu çerçevede sorumlu olacağı kabulü ile yönetim kurulu üyelerinin de söz konusu ödevden dolayı şahsi malvarlıkları ile sorumluluğunun doğacağı söylenebilecektir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğabilmesi için vergisel yükümlülüğün asıl sorumlusu olan anonim şirket tarafından söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması ya da vergisel yükümlülüğün anonim şirketten tahsil edilememesi, yönetim kurulu üyesinin ise bu durumun gerçekleşmesinde kusurunun bulunması gerekmektedir.

2- Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergisel Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Vergisel sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için öncelikle sorumluluk kapsamı, süresi ve şartlarının tespit edilmesi gerekmektedir. Sorumlu olarak ifade edilmenin bir hukuki sonucu olarak da vergisel yükümlülüğün ne şekilde tahsil edileceği konusu gündeme gelecektir.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda⁹ yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulabilmesi için aranılan tek koşul, ilgili kişinin yönetim kurulu üyesi olmasıdır. Kararda, "(..)Yönetim Kurulu üyesi olması yeterli bulunmuştur. Buna göre, primlerin tahakkuk ve ödenmesinde yetkili üst düzey yönetici, yönetim kurulu başkanı, başkan yardımcısı gibi unvan taşınmaması veya temsil ve ilzam yetkisine sahip olunmaması 5510 sayılı Yasanın 88. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki dönem için haklı bir

yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır.." Denilerek sorumluluğun ilgili yönetim kurulu üyesinin görevde kaldığı süre ile sınırlı olacağına değinilmiş, kararda devamla, "213 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, kanuni temsilciler için kabul edilen sorumluluk, kusura dayalı sorumluluktur. Buradaki kusur, vergilendirmeye dair ödevlerin ihlal edilmesidir. Buna göre, 213 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca kanuni temsilcilerin sorumlu tutulabilmesi için vergilendirme ödevlerini yerine getirmemiş olması gerekmektedir. İtiraz konusu kuraldan kaynaklanan sorumluluk ise kusursuz sorumluluk esasına dayanmakta olup kamu alacağının borçlu şirketten tahsil edilememesinde kanuni temsilcilerin kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulmasına neden olmaktadır." Şeklinde sorumluluğun ancak kusurun varlığı halinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir.

9 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2014/2313 E., 2017/152 K. Sayılı ve 25.01.2017 tarihli kararıdır. Karar metni için; KBB. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2014-21-2313.htm&kw=yönetim+prim#fm> (23.02.2019).

neden olarak kabul edilemez” şeklinde sorumluluk kapsamında bulunan bir durum tespit edilmiştir.

Yönetim kurulu üyesinin, görevde olduğu süre bakımından sorumlu olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak, yönetim kurulu üyeliği sona eren bir üyenin kendi üyelik döneminde yahut sonrasında sorumlu olup olmayacağı hususu önem arz etmektedir¹⁰. Kanaatimizce, tek başına yönetim kurulu üyeliği sıfatı nedeniyle kendi görev süresi dışında gerçekleşen olaydan dolayı yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulması, temel ilke olarak kusur sorumluluğu ilkesinin düzenlendiği TTK'nın 553. maddesi kapsamında¹¹ isabetli olmayacaktır.

Yukarıda anlatılanlardan hareketle, yönetim kurulu üyeliği sona eren üyenin kendi dönemi bakımından sorumluluğunun saklı kalacağı, ancak kendi üyeliği sonrasında dönem bakımından TTK'nın 553. Maddesinin 3. Fıkrasındaki “Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.” şeklindeki düzenleme uyarınca sorumluluğuna gidilemeyeceği söylenebilecektir.

Kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık durumunda yönetim kurulunun sorumluluğu gündeme gelecektir. Her ne kadar YTTK 553/1. maddesi, yasalara ve esas sözleşmeye aykırılık hallerini sorumluluk nedeni saymış ise de, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, gerek yasalara ve esas sözleşmeye aykırılık halinde ve yolsuzlukların varlığı halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmesi için, sorumluluk doğuran bu olayların ya da kararların, yönetim kurulu üyelerinin kontrolünde gelişmiş olmasını da şart olarak aramaktadır¹².

10 “Vergi borcundan dolayı yönetim kurulu üyesine başvurulabilmesi için o üyenin amme alacağına ilişkin olduğu dönemlerde borçlu şirketi temsil yetkisi bulunması gerekir. Bu koşul da Danıştay kararlarında kabul edilmiş bir ilkedir”. Bkz. Ender Dedeoğlu / Oğuzhan Sapan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi Yayınları, Ankara, 2013, s.107 vd., <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf> s.107 (01.03.2019). Detaylı bilgi için, ilgili makalenin atfı ile bkz. Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.329-449.

11 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553. Maddesinin birinci fıkrasında yer alan; “(1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, (...) (2) hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.” hükmü ile 388. Maddesinin 3. Fıkrasında; “Kanuna aykırı taahhütte herhangi bir kusurları bulunmadığını ispat eden kurucular ve sermaye artırımlarında yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulurlar.” Şeklinde yönetim kurulu üyelerinin kusur sorumluluğu bulunduğu hususu ifade edilmiştir.

12 Özen Kaya Göçmen / Ender Dedeoğlu, **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergisel Sorumluluğu**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayınları, Ankara, 2017, s.78 vd., <http://tbdbdgersi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1640> (03.03.2019).

Vergisel yükümlülükler bakımından sorumlulukta bu kuralın, konunun taşıdığı kamusal boyut ve kamu yararı bakımından, ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Yukarıdaki temel kusur ilkesine benzer nitelikte bir durum, VUK¹³ ve AATUHK kapsamında söz konusu olabilecektir. Burada vergisel yükümlülüğe aykırılığın 3 farklı yaptırıma tabi olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar para cezası, kabahat ve ceza yaptırımıdır. Bölüm başlığı kapsamında inceleme konusu olan anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergisel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde doğan sorumluluğudur. Bu bağlamda, anonim şirket tüzel kişiliğince yerine getirilmeyen vergisel yükümlülükler nedeniyle doğan para cezalarının da VUK madde 10 hükmü gereğince kusurunun varlığı halinde yönetim kurulu üyesinden tahsilinin mümkün olduğu söylenebilecektir.

Yönetim kurulunun organ sıfatıyla sorumluluk hallerinden farklı olarak¹⁴ yönetim ve temsil yetkileri yönetim kurulu üyelerinin tamamına ait olmakla birlikte meydana gelen zararlardan üyelerin birlikte sorumluluğu ancak yönetim kurulu üyelerinin tamamının kusurunun varlığı halinde söz konusu olacaktır. TTK'nın 367. Maddesi uyarınca yönetim kurulu, anonim şirketin yönetimini kanunda belirlenmiş usul ile devredebilir. Buna göre; "Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir." Buradan hareketle yetki ve görevlerin devri durumunda yönetim kurulunun nezaret yükümlülüğü dolayısıyla bilinebilir vergisel yükümlülükler bakımından sorumluluk devam edebilecektir.

TTK madde 553/2 gereği; "Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derece-

13 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Kanuni Temsilcilerin Ödevi" başlıklı 10. Maddesinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, "Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, Vakıflar ve cemaatlar gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mükellef veya vergi sorumlusu olmaları halinde bunlara düşen ödevler kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenler ve varsa bunların temsilcileri tarafından yerine getirilir. (Değişik: 3/12/1988-3505/2 md.) Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır. Bu hüküm Türkiye'de bulunmayan mükelleflerin Türkiye'deki temsilcileri hakkında da uygulanır" şeklinde düzenlenmiştir.

14 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553. Maddesinde aranılan kusur şartı gereği, sorumluluk kusuru olan yönetim kurulu üyesi ile sınırlıdır.

de özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.” Yetki ve görevlerin devrinin kanunda belirtilen şartlara uygun yapılması durumunda ise artık yetkilendirilen kişinin kendi kusuru nedeni ile gerçekleşen bir durum varsa ve bu durum yönetim kurulunca bilinebilir değilse, yönetim kurulu üyesi bakımından sorumluluk gündeme gelmeyecektir.

Sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi, pratik önemini kusurun bulunmadığının ispat edilmesi durumunda gösterecektir. Anonim şirket yönetim kurulu üyesi, vergisel yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile kendi görevi arasında bir nedensellik bağı bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bir önemli farklılık olarak belirtmek gerekir ki, limited şirket ortaklarındaki durumun aksine, anonim şirket ortağının vergisel yükümlülük nedeniyle dahi şahsi malvarlığı ile sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, anonim şirket yönetim kurulu üyesinin vergisel yükümlülüğünün gerçekleşmesi durumunda, sorumluluk kapsamına ilgili yönetim kurulu üyesinin tüm şahsi malvarlığı girmektedir.

3- Vergisel Yükümlülükler Bakımından Cezai Sorumluluk Halleri

Vergisel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda yönetim kurulu üyelerinin karşılaşılabileceği diğer bir hal ise, cezai yaptırım ile karşı karşıya kalma tehlikesidir.

Tüzelkişi vergi mükelleflerinin vergi ödevlerini yerine getirmemelerinden kaynaklanan cezalarda sorumluluk tüzelkişiye değil; kanuni temsilcilerine aittir. Kanuni temsilciler anonim şirketlerde; yönetim kurulu başkanı ve üyelerdir¹⁵.

Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenen suç tiplerinin vergi ziyaı suçu, usulsüzlük suçları ve kaçakçılık suçları olarak ayrılması mümkündür. Konu ile ilgili bir başka kanun olan Kabahatler Kanunu’nun 43. maddesinde yer alan düzenleme¹⁶ gereğince, kanunda sayılan belirli suçların tüzel kişinin temsilcisi olmamakla birlikte şirket faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen

15 Mehmet Altundış, **Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Vergi Suç ve Cezaları ile Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bu Suçlara Etkisi**, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, Kış 2007, s.170, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2007-1/12.pdf> (02.03.2019).

16 Kanunun “Tüzel Kişilerin Sorumluluğu” başlıklı 43. Maddesi; “Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından; a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun; 1) 157 nci ve 158 inci maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun, 2) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun, 3) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, 4) 252 ncı maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun, 5) 282 nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun, b) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ncı maddesinde tanımlanan zimmet suçunun, c) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarının, ç) 4/12/2003 tarihli ve 5015

bir kişi tarafından işlenmesi durumunda şirket aleyhine idari para cezası yaptırımını öngörmektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin ise vergisel yükümlülükler bakımından cezai sorumluluğu, vergi kaçakçılığı suçu bakımından söz konusu olabilecektir. VUK madde 359'da yer alan¹⁷ düzenleme gereğince, vergi kanunlarınınca tutulması zorunlu olan kayıtlarda hile yapılması, bu kayıtların tahrif edilmesi ya da kanunda sayılan diğer fiiller ile suçun işlenmesi halinde, ilgili yönetim kurulu üyesi hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

SONUÇ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergisel yükümlülükler bakımından sorumluluk alanlarını göstermesi amacı ile oluşturulan bu çalışmada sorumluluk şartı olarak ilgili yönetim kurulu üyesinin kusurunun bulunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Çalışmada konu ile ilgili temel kavramlar incelendikten sonra yetki devri durumunda sorumluluk görünümüne yer verilmiş, son olarak konunun cezai boyutu ile ilgili mevzuatın incelemesi yapılmıştır. Bu suretlerle konu ile ilgili yapılacak olan akademik çalışmalar ve akademik alanda meydana getirilecek eserler için genel bir bilgi edinilmiş, diğer yandan konu ile ilgili karşılaşılan ya da karşılaşılabilecek olan sorunların çözüm yolları hakkında yeni bir bakış açısı oluşturulmuştur.

KAYNAKÇA

Atundiş, Mehmet: **Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Vergi Suç ve Cezaları ile Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Bu Suçlara Etkisi**, Ankara, Ankara Barosu Dergisi, Kış 2007.

Dedeagaç, Ender & Sapan, Oğuzhan: **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu**, Ankara, Ankara Barosu Dergisi Yayınları, 2013, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf> s.107 .

sayılı Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suçun, d) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun, tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir." Şeklindedir. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu, T.30/3/2005, R.G.:31/3/2005, Sy. 25772 (Mükerrer).

17 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. Maddesi; "Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; 1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler, 2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklindedir.

Dinç, Serhan: **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.

Göçmen, Özen Kaya & Dedeoğaç, Ender: **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergisel Sorumluluğu**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Yayınları, 2017, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1640> .

Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & **Ortaklıklar Hukuku I**, Vedat Kitapçılık Çamoğlu, Ersin: İstanbul, 2014.

Silahşör, Mert: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Alacağı Sorumluluğu**, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2 (1), 2016, <http://dergipark.gov.tr/tfm/issue/27322/287628> .

GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIM ORTAKLIKLARINA İLİŞKİN ESASLAR TEBLİĞİ AÇISINDAN GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIMLARINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

Dr. Gülşah YILMAZ¹

GİRİŞ

Küresel piyasalarda özellikle son yıllarda adı sıklıkla gündemde olan girişim sermayeleri ("*private equity*") bir kurumsal finansman aracı ve fon kaynağı olarak ülkemizde de önemli şirketlerin fon ihtiyacını karşılamaktadır. Genellikle profesyoneller tarafından oluşturulan Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklığı sistemi genç, dinamik, hızlı büyüme ve yüksek karlılık potansiyeli olan ancak yatırım ve büyümenin gerçekleştirilmesi için gerekli olan finansal kaynakların temininde sıkıntı çeken küçük boyutlu işletmelerin projelerine yatırım yapmaktadır. Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları (GSYO) kayıtlı sermayeli olarak kurulan ve çıkarılmış sermayelerini esas olarak girişim sermayesi yatırımlarına yönelen ortaklıklardır. Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları girişim sermayesi yatırımlarının gerçekleştirilmesinde kullanılan araçlardan biridir. Girişim sermayesi yatırımı bir yatırım kararı olup, bunu kişiler veya herhangi bir şirket de yapabilir. Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları aynı zamanda bir kurumsal yatırımcı ve bir sermaye piyasası kurumudur. Bu sebeple GSYO'ların faaliyetlerinde sermaye piyasası mevzuatına uyum sağlaması gerekmektedir. Portföyündeki girişim sermayesi yatırımlarından kar sağlayan girişim sermayesi yatırım ortaklığı, yılsonunda bu karı ortaklarına temettü olarak dağıtabilmekte ve böylece girişim sermayesi gelirini ortaklarına aktarabilmektedir.

Girişim sermayesi ile ilgili ülkemizdeki yasal düzenleme Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 48'de yer almaktadır. Buna göre yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmeye üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklardır (SerPK m. 48/1). Bu maddeye dayanıla-

¹ Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

rak hazırlanan Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-48.3) ise girişim sermayesi yatırımlarına ilişkin esas düzenlemedir.

Bu çalışmada GSYO'ların yapacakları yatırımlara ilişkin sözleşmeler Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği'nde yer alan düzenlemeler açısından incelenmiş ve bu sözleşmelerde yer alan hükümlerin Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlere ilişkin kurallar açısından geçerli kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır. Bu kapsamda inceleme TTK m. 340'da düzenlenen emredici hükümler ve pay devrine ilişkin kısıtlamalar ile ilgili bağlam kuralları (TTK m. 491 vd.) ile sınırlı tutulmuştur.

I. GİRİŞİM SERMAYESİ KAVRAMI

Girişim sermayesi kavramı genel olarak fikirlere ve henüz başlangıç aşamasındaki yeni kurulmuş şirketlere yapılan yatırımların yanı sıra, şirket satın almaları, şirketlerin yeniden yapılandırılmaları ve büyüme stratejisi güden genellikle 3-10 yıllık şirketlere yapılan büyüme ve genişleme yatırımlarını da kapsayacak şekilde kullanılan bir kavramdır. Bu çerçevede, girişim sermayesi, fon fazlasına sahip yatırımcıların, gelişme potansiyeli yüksek olan küçük ve orta ölçekli işletmelerin oluşumu ve faaliyete geçmesi için yaptıkları uzun vadeli bir yatırım olarak da ifade edilebilir². Girişim sermayesinde süreç yatırımın planlanması, yatırımın yapılması ve yatırımdan çıkış şeklinde olmaktadır. Bir projenin hemen her aşaması girişim sermayesi ile finanse edilebilir. Girişim sermayesi işletmenin yaşam döngüsü esas alındığında üç kısımda incelenmektedir. Bunlar: erken dönem girişim sermayesi; gelişme dönemi girişim sermayesi; çıkış dönemi girişim sermayesi olarak sınıflandırılmaktadır. Erken dönem girişim sermayesi kendi içinde çekirdek sermayesi, başlangıç sermayesi ve erken aşama finansmanı olmak üzere üçe ayrılmaktadır³. Girişim sermayesi ile yatırım yapan yatırımcının yatırım yaptığı işletmenin pay senetlerini borsa aracılığıyla ya da doğrudan üçüncü bir gerçek ya da tüzel kişiye satma yoluyla elinden çıkarması işlemine "çıkış" adı verilmektedir. Çıkış stratejilerine ilişkin tartışmalar girişim sermayesi literatüründe önemli bir yer tutar⁴. Zira girişim sermayedarının kâr elde etmesi çıkış stratejisine bağlı olarak gerçekleşmektedir⁵.

2 Sermaye Piyasası Kurulu. **Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları 6**, Ankara, 2010, s. 4.

3 Fulya Evren Yatmaz, **Girişim Sermayesi**, T.C. Kalkınma Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012, s. 16.

4 Yatmaz, s. 20.

5 Yatmaz, s. 20. Sermaye Piyasası Kurulu, s. 5.

Girişim sermayesi yatırımlarında girişim sermayesi yatırımını yapan şirketlerin amacı yatırım yapılan şirketteki ortaklıklarının sonsuza kadar sürmesi değildir. Sermayeyi sağlayan şirketin yatırım politikası ve stratejilerine bağlı olarak belirli bir sürenin sonunda yatırımın likitidasyonu gündeme gelecektir. Likitidasyon, yapılan yatırımın nakte çevrilmesi süreci olup yatırımdan çıkış süreci olarak adlandırılır. Bu aşamada yatırımcı, yatırım yapılan şirketteki paylarını halka arz ederek ya da başkasına devrederek yatırımını likitide eder ve yatırımdan çıkmış olur⁶. Çıkış kararı bir zamanlama problemidir. Yatırımcı elindeki payları değerleri en yüksek olduğu zamanda satarak yatırımdan beklediği maksimum faydayı elde etmeye çalışır. Bu satışın koşulları ve fiyatlandırması girişim sermayesi yatırımını yapan şirketin performansını ve başarısını belirleyen önemli bir etmendir⁷. Yatırımdan çıkış şekilleri ile ilgili olarak çeşitli sınıflandırmalar yapılmakla birlikte çıkış şekilleri temel olarak iki ana başlık altında toplanmaktadır. Bunlar halka arz yöntemiyle çıkış (*initial public offering-IPO*) ve ticari satış yöntemiyle çıkıştır (*trade sale*)⁸. Girişim sermayesi şirketten ticari satış (*trade sale*) şeklinde olan çıkış, girişim sermayesi şirketindeki bir kısım payların 3. kişilere satılması şeklinde kısmen (*partial sale/exit*) olabileceği gibi, ortaklığın tamamının üçüncü bir kişiye satılması şeklinde de (*complete sale/full exit*) gerçekleşebilir⁹.

II. GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIM ORTAKLIKLARINA İLİŞKİN ESASLAR TEBLİĞİ

Girişim sermayesi ile ilgili ülkemizdeki yasal düzenleme SerPK m. 48'de yer almaktadır. Yatırım ortaklıkları başlığını taşıyan bu maddeye dayanılarak hazırlanan Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği (III-48.3) girişim sermayesi yatırımlarına ilişkin detaylı kurallar içermektedir. Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Sermaye Piyasası Kurulunca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklardır (SerPK m.48/1). Girişim sermayesi yatırım ortaklığı ise tebliğ ile belirlenmiş usul ve esaslar dahilinde, girişim sermayesi yatırımları, sermaye piyasası araçları ve Ser-

6 Uludağ, s. 29.

7 Selim Soydemir, "Risk Sermayesi", **Ekonomik Yaklaşım Dergisi**, Cilt: 4, Sayı:11, 1994, s. 87.

8 OECD. **Türkiye'deki Dinamik Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Geliştirilmesine ve Finansmanına Yönelik Çerçeve**, 2005, <https://www.oecd.org/turkey/38369169.pdf>, Erişim Tarihi: 08.02.2019, s. 67.

9 Carsten Bienz ve Uwe Walz, "Venture Capital Exit Rights", **Journal Of Economics & Management Strategy**, Cilt: 19, Sayı: 4, 2010, s. 1076.

maye Piyasası Kurulunca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyü işletmek amacıyla paylarını ihraç etmek üzere kurulan veya esas sözleşme değişikliği yolu ile dönüşen Sermaye Piyasası Kanununun 48 inci maddesinde sınırı çizilen faaliyetler çerçevesinde olmak kaydı ile tebliğde izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen ve kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim ortaklık olan sermaye piyasası kurumudur (GSYO Tebliğ m. 4).

Girişim sermayesi ortaklıkları tebliğde belirtilen esaslar çerçevesinde girişim sermayesi yatırımları yapabilirler. Portföylerindeki girişim şirketlerinin yönetimine katılabilirler. Portföylerindeki girişim şirketlerine danışmanlık hizmeti verebilirler. Türkiye'deki girişim sermayesi faaliyetlerine yönelik olarak danışmanlık hizmeti vermek üzere yurtiçinde ve yurtdışında kurulu danışmanlık şirketlerine ortak olabilirler. Yurtiçinde kurulu portföy yönetim şirketleri ile yurtdışında kurulmakla birlikte faaliyet kapsamı sadece yurtiçinde kurulu girişim şirketleri olan portföy yönetim şirketlerine ortak olabilirler (GSYO Tebliğ m. 20/1).

Girişim şirketi, tebliğin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre girişim şirketi Türkiye'de kurulu veya kurulacak olan, gelişme potansiyeli taşıyan ve kaynak ihtiyacı olan şirketleri ifade etmektedir (GSYO Tebliğ m. 3/f). Girişim şirketlerinin, sınai, zirai uygulama ve ticari pazar potansiyeli olan araç, gereç, malzeme, hizmet veya yeni ürün, yöntem, sistem ve üretim tekniklerinin meydana getirilmesini veya geliştirilmesini amaçlamaları ya da yönetim, teknik veya sermaye desteği ile bu amaçları gerçekleştirebilecek durumda olmaları gereklidir (GSYO Tebliğ m. 21/1). Ayrıca yatırım yapılacak girişim şirketinin anonim ya da limited şirket olması gerekmektedir. Yatırım tarihi itibari ile limited şirket olan girişim şirketlerinin ise, ilk yatırım tarihini takip eden bir yıl içinde anonim şirkete dönüşüm işlemlerinin tamamlanması zorunludur (GSYO Tebliğ m. 21/2).

III. GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIMLARINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

A. Girişim Sermayesi Yatırımına İlişkin Sözleşmenin Tanımı ve Amacı

Girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının girişim şirketlerine nasıl yatırım yapacakları tebliğin 21. maddesinin 3. fıkrasında açıklanmıştır. Girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının girişim şirketlerine yapacağı, ortaklık hakkı veren girişim sermayesi yatırımları ile ilgili olarak tebliğin 23. maddesinde "Girişim sermayesi yatırımlarına ilişkin sözleşmeler" başlığı altında birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Bu madde uyarınca

yapılacak olan yatırım, ortaklık ile girişim şirketlerinin yönetim kontrolüne sahip mevcut ortakları arasında imzalanacak bir pay sahipliği sözleşmesi çerçevesinde yapılır. Pay sahipliği sözleşmesinde girişim şirketinin yönetimi hususu başta olmak üzere, ortaklığın ve girişim şirketinin mevcut ortaklarının hak ve yükümlülüklerine yer verilmesi zorunludur. Ayrıca söz konusu pay sahipliği sözleşmesinde ortaklığın girişim şirkettinden kısmi veya tam çıkış olanakları, ön alım, birlikte satış, satışa katılma, temettü politikası, pay satım veya alım opsiyonları gibi hususlara da yer verilebilir. Ortaklık tarafından girişim şirketinin sermayesini temsil eden payların tamamının iktisap edilmesi veya yönetim kontrolünün sağlanması halinde, pay sahipliği sözleşmesi imzalanması zorunlu değildir (GSYO Tebliğ m. 21/3-f).

Tebliğin 23. maddesinin başlığında ifade edilen girişim sermayesi yatırımlarına ilişkin sözleşmeler (girişim sermayesi yatırım sözleşmesi) madde metninde pay sahipliği sözleşmesi olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla maddede belirtilen sözleşme taraflar arasında gerçekleşecek olan girişim sermayesi yatırımına ilişkin oluşacak hak ve borçları içerecek sözleşme serbestisi doğrultusunda hazırlanacak bir sözleşmedir. Bu nedenle “*girişim sermayesi yatırım sözleşmesi*” pay sahipliği ya da daha sık kullanılan hali ile “*pay sahipleri sözleşmesi*” adı altında hazırlanabilir¹⁰. Madde metninden yapılan bu çıkarım sonucunda girişim sermayesi yatırım sözleşmesinin ne olduğunu anlayabilmek için kanaatimizce pay sahipleri sözleşmesi kavramının incelenmesi gerekmektedir.

Tebliğde belirtilen bu sözleşme ülkemizde herhangi bir yasal düzenleme yer almamaktadır. Ancak ülkemizde ve dünyada girişim sermayesi, risk sermayesi ve joint venture yatırımlarında pay sahipleri sözleşmelerinin sözleşmelerin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir.

Pay sahipleri sözleşmesi bir ortaklığın pay sahiplerinin kendi aralarında yarattığı iç düzeninin kurallarını oluşturan sözleşmedir. Bu sözleşme ile pay sahipleri arasında sözleşme serbestisi sınırları içerisinde ayrı bir dünya yaratılmaktadır. Bu sözleşmeye uluslararası düzeyde bakıldığında hemen hemen tüm hukuk sistemlerinin sözleşme ile ilgili çekincelerinin olduğunu görebiliriz. Zira bu sözleşme ile kabul edilen bazı konuların ortaklığın ana sözleşmesi (*articles of association*) ile oluşturulmasının imkânı yoktur. Bu durum sözleşmenin var olma nedeninin bir sonucu-

10 Pay sahipleri sözleşmesi çeşitli ticari amaçlara göre çeşitli sınıflara ayrılmaktadır. Bu kapsamda ortak girişim sözleşmeleri, risk ve girişim sermayesi yatırım sözleşmeleri, adi ortaklık sözleşmeleri, oy sözleşmeleri, azlığın korunması sözleşmelerinin pay sahipleri sözleşmesi kavramının alt türleri olarak da nitelendirildiği görülmektedir (Katherine Reece Thomas ve Chris Ryan, **The Law and Practice of Shareholders' Agreements**, 3rd Edition, Butterworths Law / LexisNexis, 2009, s. 17).

dur. Pay sahipleri sözleşmesinin var olma nedeni pay sahiplerinin menfaatlerinin dengede tutulması ihtiyacıdır. Ana sözleşmeler pay sahiplerinin ihtiyaçlarını karşılamadığı sürece pay sahipleri kendi aralarında bu tür sözleşmeler yapmaya devam edecektir. Özetlenecek olursa, pay sahipleri sözleşmesi, tarafları ortaklığın pay sahipleri olan, pay sahiplerinin kendi aralarında ve ortaklıkla ilgili çıkabilecek pay sahipliğinden kaynaklı menfaat çatışmalarını önleme amacıyla oluşturdukları kuralları içeren bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Pay sahipleri sözleşmesi ile ilgili geniş bir tanım verilmesi gerekirse, pay sahipleri sözleşmesi pay sahiplerinin tamamının veya bir kısmının pay sahibi olarak kendi aralarındaki hukukî ilişkiyi, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerini veya ortaklığın tabi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri bir sözleşmedir¹¹.

Pay sahipleri sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur sözleşmenin taraflarıdır. Zira bu sözleşmeye adını veren özellik sözleşmeye taraf olan kişilerdir. Bu kişilerse bir ortaklıkta pay sahibi olan ortaklardır. Bu sözleşme bir ortaklığın tüm pay sahipleri arasında yapılabileceği gibi bazı pay sahipleri arasında da yapılmış olabilir¹². Ancak sık görülen sözleşmenin tüm pay sahipleri arasında yapıyor olmasıdır. Ayrıca ortaklığın da sözleşmeye taraf olması mümkündür¹³.

Pay sahipleri sözleşmesi kanunla düzenlenmemiştir. Bu nedenle sözleşme hakkında şekil serbestisi hükümleri uygulanır (TBK m.12). Buna göre pay sahipleri sözleşmesi sözlü, yazılı ya da resmi şekilde düzenlenebilir. Ancak sözleşmenin içerisinde tahkim şartı (HMK m. 412/3) gibi yer alan bazı düzenlemelerin özel şekil şartını gerektirdiği durumlarda bu hükümlerin geçerliliği şekil şartına bağlı olduğundan sözleşmenin bu şekle uygun olarak hazırlanması gerekir¹⁴.

Pay sahipleri sözleşmesi pay sahipliği haklarının kullanılmasını ve pay sahiplerinin ortaklığı yönetimi ile ilgili konuları ele alır. Ortaklığın anayasası niteliğini taşımaz. Sözleşmeye taraf olmayan kişileri hukuken bağlamaz. Sözleşme pay sahiplerinin taahhütlerinin bir bütünüdür. Bu neden-

11 Gül Okutan Nilsson, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmesi**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004. s. 4.

12 Thomas ve Ryan, **The Law and Practice of Shareholders' Agreements**, 3rd Edition, Butterworths Law / LexisNexis, 2009, s. 2. Graham Stedman ve Janet Jones, **Shareholders' Agreements**, 3rd Edition, Sweet & Maxwell, 1998, s. 1.

13 Stedman ve Jones, s. 1. Sık rastlanmamakla beraber bazı hakların uygulanması açısından sözleşmeye pay sahibi olmayan üçüncü kişilerin de taraf olması mümkündür (Diane Bertrand, Geoff Lyster, Greg Powers, Sean Stevens, **IBA Guide on Shareholders' Agreements Canada**, International Bar Association, 2012, s. 1).

14 Okutan Nilsson, s. 74.

le bir borç sözleşmesi niteliği taşır¹⁵. Pay sahipleri sözleşmesi tek tarafa ya da iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kurulabilir¹⁶. Bunun haricinde adi ortaklık sözleşmesi olarak da ortaya çıkması mümkündür¹⁷.

Bu sözleşme ile amaçlanan ana husus ortaklığın işleyişinin ortakların arzularına göre yazılı kurallar ile belirlenmesi¹⁸ ve nihayetinde ortaklıkta oluşabilecek menfaat çatışmalarının önlenmesidir¹⁹. Geniş anlamda amaçlanan konu bu olmakla beraber pay sahipleri sözleşmesinin dar anlamda şu amaçlarla kullanılmaktadır: Ortaklığın ana sözleşmesinde kanunen yer alamayacak konuların düzenlenebilmesi²⁰. Pay sahipleri arasında özel olan ve yönetimle ilgisi olmayan konuların kararlaştırılması²¹. Ortaklığın, pay sahipleri ile ilgili bazı hakları tanınmasının sağlanması²². Ortaklıkta kontrolü elinde tutan bir pay sahibi yoksa oy kullanma ile ilgili gücü yoğunlaştırmak ve sözleşme yapan pay sahiplerinin ortaklıktaki etkisinin güçlendirilmesi²³. Kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde ortaklıktaki küçük pay sahibinin haklarının korunması²⁴. Ortaklıkta pay sahipleri arasında oluşabilecek yabancılaşmanın engellenmesi²⁵. Ortaklıkla ilgili konularda gizlilik ve güvenlik sağlanması²⁶.

B. Sözleşmenin İçeriği

Pay sahipleri sözleşmesi ile şirketin ana sözleşmesi gibi yapılması yasal olarak zorunlu olan sözleşmelerde yer alamayan konular sözleşme serbestisi kapsamında düzenlenmektedir. Ancak sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenebilir olması noktasında yaşanan sorun pay sahipleri sözleşmesinin kaderini de etkilemektedir. Şöyle ki, pay sahipleri sözleşmesi ile düzenlenen hususların yasal düzenlemeler karşısında geçerliliği ve nihayetinde bu hükümlerin uygulanabilirliği sorunu bu sözleşmenin

15 Okutan Nilsson, s. 79.

16 Paulius Miliauskas, "Shareholders' Agreement As A Tool To Mitigate Corporate Conflicts Of Interests", **Int. J. Private Law**, Cilt: 6, Sayı: 2, 2013, s. 114.

17 Okutan Nilsson, s. 79. Miliauskas, s. 114.

18 Stedman ve Jones, s. 57.

19 Thomas ve Ryan, s. 1.

20 Stedman ve Jones, s. 57.

21 Stedman ve Jones, s. 57.

22 Stedman ve Jones, s. 58.

23 Miliauskas, s. 114.

24 Miliauskas, s. 114.

25 Okutan Nilsson, s. 77.

26 Stedman ve Jones, s. 57. Ortaklıkla ilgili düzenlenen sözleşmelerin tescil ve ilan edilmesinin zorunlu olduğu durumlarda (TTK m. 354, m. 587) pay sahipleri sözleşmesi sözleşmeyi düzenleyen ortakların kamu tarafından çeşitli sebeplerle (rekabet, ticari sır gibi) bilinmesini istemediği konuların düzenlendiği yer olma özelliği göstermektedir.

amacını gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğini de belirlemektedir. Bu nedenle sözleşmenin ana yurdu olan İngiliz ve Amerikan hukukları da dâhil olmak üzere birçok ülke hukukunda pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklanan hakların o ülkeye ait yasal düzenlemeler karşısında geçerliliği ve uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde bulunan çözüm yolları mahkemelerin sözleşmeleri denetlemesi ya da sözleşmelerde yer alan hakların yasal düzenlemeye kavuşturulmasıdır.

Pay sahipleri sözleşmesi ortaklığın ticari uğraşısı ile uyumlu olarak farklı şekillerde hazırlanmakla birlikte sözleşmelerde düzenlenen ana hususlar genelde benzerdir. Bu konular yönetim, oy hakları ve kullanımı, ortaklığın finansmanı, vergilendirme, kilitlenme, uyuşmazlık çözümü, payların devri, şirketin sona ermesi şeklinde gruplandırılmaktadır. Son üç başlık şirketten çıkma, ayrılma konuları (*exit issues*) ile ilgili düzenlemeler olarak kabul edilmektedir²⁷.

Tebliğin 23. Maddesinde hazırlanacak olan sözleşmenin içeriği ile ilgili olarak bir belirleme yapılmaktadır. Buna göre “..söz konusu pay sahipliği sözleşmesinde ortaklığın girişim şirketinden kısmi veya tam çıkış olanakları, ön alım, birlikte satış, satışa katılma, temettü politikası, pay satım veya alım opsiyonları gibi hususlara da yer verilebilir”. Maddede belirtilen bu içeriğin ilki girişim sermayesi yatırım ortaklığının girişim şirketinden ne şekilde ayrılacağı ile ilgilidir. Kısmi ve tam çıkış olarak belirtilen kavramlar ticari satış (*trade sale*) şeklinde olan çıkış olarak da adlandırılmaktadır. Girişim şirketindeki bir kısım payların üçüncü kişilere satılması şeklinde olan çıkış kısmi (*partial sale/exit*) çıkış olarak, ortaklığın tamamının üçüncü bir kişiye satılması şeklinde olan çıkış ise tam çıkış (*complete sale/full exit*) olarak adlandırılır²⁸. Maddenin devamında ön alım, birlikte satış, satışa katılma, pay satım veya alım opsiyonların sözleşmede yer alabileceği belirtilmiştir. Madde metninde belirtilen bu kavramlar sözleşme ile pay sahiplerine tanınan ve bir ortaklık payının devri söz konusu olduğunda kullanılan yenilik doğurucu haklardır.

Bu haklardan ön alım hakkı sahibine, yükümlü olan pay sahibi paylarını üçüncü bir kişiye satmak istediğinde onun paylarını tek taraflı bir irade beyanıyla satın alma imkânı sağlar. Ön alım hakkı pay sahiplerinin ortaklıkta yabancılaşmayı önlemek için kullandıkları bir haktır. Pay sahipleri sözleşmesinde ön alım hakkı tanındığı durumlarda payın sözleşmede belirlenen bazı kişilere satılması halinde ön alım hakkının işleme-yeceği, buna karşılık payın satıldığı kişinin de pay sahipleri sözleşmesine

27 Thomas ve Ryan, s. 2.

28 Bienz and Walz, s. 1076.

taraf olması gerektiği kararlaştırılabilir. Böylelikle istenmeyen kişilerin ortaklığa girme tehlikesinin mevcut olmadığı hallerde önalım hakkı doğmayacaktır²⁹.

Ortaklık payına ilişkin olarak tanınan alım hakkında (*call option*) ise hak sahibi belirli miktarda payı belli süre içerisinde ve önceden belirlenen fiyat üzerinden tek taraflı beyanı ile alma hakkına sahip olmaktadır³⁰. Hak sahibi hakkını kullandığında yükümlü olan pay sahibinin payı satma yükümlülüğü doğar. Bu hak farklı amaçlarla öngörülebilir. İlk olarak büyük pay sahibi küçük pay sahibinin oyları üzerinde bu hakka sahip olmak istemektedir. Bu durumda alım hakkı ortaklıktaki kontrolü elde etmeye imkân sağlar³¹. Bunun yanı sıra alım hakkı ortaklığa yeni bir pay sahibi girdiğinde de öngörülmektedir. Pay sahibinin ortaklıktan beklediği kârlılığın zamanla gerçekleşmesi ya da bazı risklerin kaybolması durumunda ortaklıktaki pay oranını arttırmak isteyebilmektedir. Böylece yatırımcının ortaklığa dâhil olması aşamasında üstlendiği riskin miktarı belli seviyede tutulur. Bunun yanı sıra bu hakların kilitlenmeyi önleme fonksiyonu da bulunmaktadır³².

Satım hakkı ise (*put option*) tek taraflı irade beyanıyla payları belli süre içerisinde ve önceden belirlenen fiyatla satma imkânı tanımaktadır³³. Payları satım hakkında pay sahibi ortaklığın işlerinin yolunda gitmemesi ya da payların satım bedelinin payların piyasa değerinden fazla olması gibi durumlarda bu hakkını kullanarak ortaklıktan ayrılma imkânına sözleşme yoluyla kavuşmaktadır³⁴.

Alım ve satım hakları aynı paylar üzerinde karşılıklı öngörülebilir. Bu durumda genelde hakların kullanımı belli bir süre içinde gerçekleşmezse sıra diğer hak sahibine geçecek şekilde düzenlenir. Bu şekilde öngörülen alım ve satım hakları “çapraz opsiyon” (*cross option*) olarak adlandırılmaktadır³⁵.

Satışa katılma hakkı bir diğer ifade ile birlikte satma hakkı³⁶ sahibine yükümlünün paylarını üçüncü kişiye satmak istemesi durumunda onunla

29 Okutan Nilsson, s. 214.

30 Stedman ve Jones, s. 291. Okutan Nilsson, s. 225.

31 Stedman ve Jones, s. 291.

32 Okutan Nilsson, s. 225. Sevi, s. 59.

33 Stedman ve Jones, s. 292.

34 Sevi, s. 60, Stedman ve Jones, s. 292.

35 Stedman ve Jones, s. 292.

36 Birlikte Satma Hakkı ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz. Gülşah Yılmaz, **Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı Ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (Tag Along&Drag Along Rights)**, İstanbul, 2018.

birlikte paylarını üçüncü kişiye aynı koşullarda satmak için talep hakkı verir³⁷. Bu hakkın içerdiği talep “birlikte hareket etme” talebidir. Bu talep yükümlüye karşı yapılır. Bu birlikte hareket etme eylemi ise “payın satışı”dır. Kelime anlamı ile uyumlu olarak burada hak sahibi olan pay sahibi, yükümlü olan pay sahibinin yapacağı pay satışında onun peşine takılmakta onunla birlikte hazır olan satış sürecine aynı koşullarda katılmak istemektedir³⁸. Hak sahibinin satış sürecine katılması iki şekilde olabilir. İlk olarak, payları devralacak üçüncü kişi hak sahibinin paylarını almaya istekli ise yükümlünün paylarının yanında hak sahibinin paylarını da aynı oranda satın alır. Bir diğer ihtimalde eğer üçüncü kişi sadece yükümlünün payları oranında pay satın almak istiyorsa ve hak sahibi hakkını kullandıysa bu durumda yükümlünün birlikte satma zorunluluğu olduğu için üçüncü kişinin almak istediği toplam pay oranı hak sahibi ve yükümlü arasında orantılı olarak paylaştırılabilir. Bu durumda yükümlünün paylarından azaltılan kısım kadar hak sahibi paylarını üçüncü kişiye satar. Burada önemli olan birlikte pay devrinin yapılmasıdır. Bir diğer deyişle hak sahibi paylarını üçüncü kişiye devretmedikçe yükümlü de payını devredemez. Birlikte satma hakkı çoğunlukla ortaklıkta küçük pay sahibine tanınan bir haktır. Bunun en önemli nedeni küçük pay sahibinin payının likiditesinin³⁹ büyük pay sahibininkine oranla daha düşük olmasıdır. Bu hakkın küçük pay sahibine tanınmasıyla payların likiditesi yükselecektir⁴⁰.

Birlikte satış ya da birlikte satışa zorlama hakkı, sahibine kendi paylarını üçüncü bir kişiye satmak istediğinde, yükümlü olan pay sahibinden paylarını onunla birlikte üçüncü kişiye satmasını talep etme hakkı verir. Bu talebin karşısında yükümlü olan pay sahibi paylarını gösterilen üçüncü kişiye hak sahibi ile birlikte satma borcu altına girer⁴¹. Bu hakkın

37 Rupert Pearce ve Simon Barnes, **Raising Venture Capital**, John Wiley&Sons Ltd, Cornwall, 2006, s. 214. Chris Wilkinson, **Joint Ventures&Shareholders' Agreements**, 3rd Edition, Bloomsbury Professional, 2009, s. 252. Carsten Bienz ve Uwe Walz, “Venture Capital Exit Rights”, **Journal Of Economics & Management Strategy**, Cilt: 19, Sayı: 4, 2010, s. 1072. Gilles Chemla, Michel A. Habib, Alexander Ljungqvist, “An Analysis Of Shareholder Agreements”, **Journal of The European Economic Association**, Sayı: 5 (1), 2007, s. 94.

38 Bu kavram doktrinde “Bir AO pay sahibinin kendi paylarını satarken bir diğer pay sahibinin paylarını da aynı koşullarda satma borcu yüklenmesine ilişkin sözleşme hükmü tag along option olarak anılır. Mezkûr terimi ‘paylarını satarken benim paylarımı da kendininkilerle birlikte satmak zorundasın’ şeklinde Türkleştirilebiliriz” şeklinde açıklanmaktadır (Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, (Sermaye Ortaklıkları), s. 160).

39 Şükriye Gül Reis ve Nurhan Aydın, “Pay Likiditesi ve Finansal Performans Arasındaki Nedensellik İlişkisi: Borsa İstanbul Uygulaması”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 13 (3), 2014, s. 608.

40 Pearce ve Barnes, s. 214.

41 Pearce ve Barnes, s. 214. Wilkinson, s. 215. Bienz ve Walz, s. 1072. Chemla ve diğerleri s. 94.

bünyesinde barındırdığı “zorlama”, “sürükleme” kavramları hakkın kullanılmasyla yükümlünün içine girdiği durumu anlatmaktadır. Nitekim bu hakkın kullanılmasyla yükümlü, hak sahibi ile birlikte pay satışına zorlanmaktadır.

Birlikte satma ile birlikte satışa zorlama (tebliğdeki haliyle satışa katılma ve birlikte satış) hakların ortak yönü şudur: Her iki hakkın içeriğinde “birlikte pay satışı yapmayı talep” bulunmaktadır. Bu talep hakkı hak sahibi olan pay sahibine tanınır. Bunun karşılığında ona bu hakkı tanıyan yükümlü pay sahibi bu hakkın kullanılmasyla birlikte bu talebi artık reddedemez. Yükümlü olan pay sahibi her iki hakta da hak sahibi ile birlikte hareket etmek zorundadır. Bu hakların arasındaki en önemli fark birlikte hareket edilecek kişinin kim olduğu ile ilgilidir. Şöyle ki; birlikte satma hakkında yükümlünün payları satılırken birlikte satışa zorlama hakkında hak sahibinin paylarının satılması söz konusudur. Birlikte satma hakkının kullanılabilmesi için yükümlünün paylarının satılması ihtimalinin olması zorunludur. Zira istemese bile peşine takılacak kişi yükümlüdür.

III. GİRİŞİM SERMAYESİ YATIRIMLARINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YER ALAN EMREDİCİ HÜKÜMLER (TTK M. 340) VE BAĞLAM KURALLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Girişim Sermayesi Yatırımlarına İlişkin Sözleşmelerin Emredici Hükümler Açısından Değerlendirilmesi (TTK m. 340)

Girişim sermayesi yatırım ortaklığı ile girişim şirketi arasında imzalanacak olan pay sahipleri sözleşmesinde yer alan hükümlerin kurulacak olan girişim şirketinin esas sözleşmesinde yer alması istendiğinde bu hükümlerin Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan emredici hükümler açısından denetlenmesi söz konusu olacaktır. Zira tebliğe göre kurulacak olan şirketin anonim şirket olması gerekmektedir (GSYO Tebliğ m. 21/2). Girişim şirketine ait pay sahipleri sözleşmesi sadece sözleşme taraflarını bağlarken esas sözleşmede yer alan hükümler ise şirketin daha sonra gelecek olan tüm ortaklarını da bağlayacaktır⁴². Esas sözleşme kurucuların birbirlerine yönelik irade beyanları ile oluşan bir borçlar hukuku sözleşmesidir⁴³. Esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması gerekmektedir (TTK m. 339/1). Kurucuların şirket kurma konusundaki irade beyanları ile oluşan ilk esas sözleşme teknik anlamda bir borç sözleşmesi niteliğinde olmakla birlikte tescil edilip şirketin kurulmasıyla kurucuların iradesinden

42 Erdoğan Moroğlu, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukukî Niteliği”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 2000, İstanbul, s. 523. Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 50.

43 Moroğlu, s. 522. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 118.

bağımsız hale gelerek adeta kanuna benzeyen nesnel normlar bütününe dönüşür⁴⁴.

Bu durumda girişim sermayesi yatırıma ilişkin pay sahipleri sözleşmesinin genel olarak TTK m. 340 da yer alan emredici hükümler ilkesi karşısında durumunun ne olacağı önem kazanmaktadır. TTK m. 340 uyarınca “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*” şeklindedir. TTK m. 340 ile anonim şirketlerde geçerli olan sözleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirilmiştir. Bu madde uyarınca esas sözleşmede yapılacak olan ihtiyari düzenlemeler ancak kanunda açıkça izin verilmiş olma koşuluyla geçerli olacaktır. Bu nedenle 6102 sayılı TTK’ da anonim şirketlere ilişkin hükümler kural olarak emredici nitelikte kabul edildiğinden anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesi yerine emredici hükümler ilkesi geçerli olmaktadır⁴⁵. Esas sözleşmenin normatif (düzenleyici) niteliği TTK m. 340’a dayanır. Esas sözleşme TTK m. 340’ın koyduğu sınırlar içerisinde sözleşme serbestisi ilkesine tabidir⁴⁶. Emredici hükümler ilkesinin en önemli amacı ve fonksiyonu anonim şirketlerin esas sözleşmelerine belli bir standart getirerek, hukukî güvenlik, açıklık ve öngörülebilirliği sağlamak, mevcut ve müstakbel pay sahiplerinin, alacaklılarının ve işçilerin menfaatini korumaktır⁴⁷.

Türk doktrininde emredici hükümlere aykırı sözleşme hükümlerinin yaptırımının ne olacağı konusunda hâkim görüş emredici hükümlere aykırılık durumu incelenirken konunun TTK m. 447/1’de yer alan genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü açısından da değerlendirilmesi ve sonucun buna göre şekillenmesi gerektiği yönündedir. Bu nedenle anonim şirketlere ilişkin her emredici hükme aykırılığın butlan sonucunu doğurmayacağı ihlal edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik, butlan ya da yokluk yaptırımının söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir⁴⁸. *Pulaşlı*’ya göre, TTK m. 340 Alman Anonim şirketler Kanunu’nun § 23/5’in tamamını değil sadece ilk cümlesini almış ve ikinci cümledeki “*tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri geçerlidir; meğerki bu Kanun konuyu sınırlayıcı*

44 Rauf Karasu, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 30. Moroğlu, s. 523.

45 Karasu, s. 45.

46 Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, s. 118. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: 1 ve 2*, 2. Baskı, Ankara, 2015, *Şirketler*, s. 611).

47 Karasu, s. 46. Oruç Hami Şener, **Ortaklıklar Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 304.

48 Karasu, s. 102. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, 13. Baskı, İstanbul, 2014, s. 529. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıkları*, s. 399.

biçimde düzenlemiş olsun” hükmünü almamıştır. Alman bilimsel öğretisinde maddeye ilişkin yapılan yorumlar AktG § 23/5 hükmünün tamamı dikkate alınarak yapılmakta ve AktG § 23/5 hükmünün ilk cümlesindeki “*emredici hükümlerden sapmalar*” ile ikinci cümlesindeki “*tamamlayıcı hükümler*” arasındaki ölçütün tespitine ilişkin olarak sapmaların yalnızca kanunun açıkça izin verdiği hallerde söz konusu olabileceği buna karşın tamamlayıcı hükümlerde ise yasanın sınırlayıcı bir hüküm içermediği durumda mümkün olabileceği belirtilmektedir. Bu durumda AktG § 23/5 hükmünün birinci ve ikinci cümle hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Alman hukukundaki mevcut duruma ilişkin bir kanaatin oluştuğu açıktır. Dolayısıyla kaynak AktG § 23/5 hükmünün tümüne ilişkin Alman öğretisindeki görüşlerden ve uygulamasındaki kararlardan TTK m. 340. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına uygun olarak yapılacak yorumlarda tam olarak yararlanmak mümkün değildir. Ayrıca emredici hükümlere aykırı olan her esas sözleşme hükmünün mutlak surette butlanla malul olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu konuda dikkat edilmesi gereken emredici hükme aykırı düzenlemenin niteliğinin tespit edilmesi ve ona uygun yaptırımın uygulanmasıdır⁴⁹.

Şehirali Çelik, TTK m. 340’a aykırılığın yaptırımının tespitinde borçlar hukukunun butlan ve iptal edilebilirlik arasındaki sınırı çizilmesine ilişkin genel ilkelerinin yanı sıra hükmün anlam ve amacı ile konunun TTK’nın genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin düzenlemeleleriyle ilişkisinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. TTK m. 340’ın amacı aksi açıkça kabul edilmediği sürece anonim şirketlere ilişkin bütün hükümlerin emredici kabul edilmesi suretiyle başta yatırımcılar ve alacaklılar olmak üzere şirketle ilişki içinde bulunan farklı grupların menfaatlerinin korunmasıdır. Bu amaca ulaşılabilmesi ancak hükmün yaptırımının butlan olarak kabul edilebilmesi halinde mümkün olacaktır. Hükme aykırılığın yaptırımının her olaya ve ihlal edilen hükmün niteliğine ve koruduğu menfaate göre değerlendirilmesi hükmün uygulama alanında esnekliğe ve belirsizliğe neden olacaktır⁵⁰.

Karasu, bu görüşe karşılık olarak her emredici hükme aykırılığın butlan sonucunu doğurmayacağını ihlal edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik butlan veya yokluk yaptırımının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Zira yazara göre bir esas sözleşme hükmü ya da genel kurul kararı TTK’da yer alan herhangi bir emredici hükmü değil de bizzat emredici hükümler ilkesini ortadan kaldırmayı amaçlıyorsa söz

49 Pulaşlı, Şirketler, s. 610.

50 İsmail Kirca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 174.

konusu bu esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı batıl sayılmalıdır. Emredici hükümler ilkesi anonim şirketlere ait temel bir ilkedir. Bu nedenle bu ilkenin kaldırılması anonim şirketin temel yapısı ve niteliği ile bağdaşmaz dolayısıyla butlan nedenlerinin sayıldığı TTK m. 447/1, c hükmüne aykırı olur. Emredici hükümler ilkesini ortadan kaldırmayan ancak anonim şirketlere ilişkin herhangi bir emredici hükme aykırı olan bir esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı genel kurul kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin genel hükümlere göre değerlendirilmelidir. Bir diğer deyişle TTK'nın 340. maddesi sadece TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin kural olarak aksinin kararlaştırılmayacağını belirttiğinden bu hükümlere aykırı düzenlemelerin ne tür sonuçlar doğuracağı genel hükümsüzlük kurallarına göre tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararlarının hangi emredici hükmü ihlal ettiğine bakmak gerekir. Emredici hükümlere aykırılık ihlal edilen hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik, butlan ya da yokluk şeklinde ortaya çıkabilecektir⁵¹.

Dolayısıyla girişim sermayesi yatırım ortaklığı ile girişim şirketi arasında imzalanacak olan pay sahipleri sözleşmesinde yer alan hükümlerin esas sözleşmeye yazılması ve bu hükümlerin TTK m. 340'a aykırı olması durumunda bu hükümler hükmün niteliğine göre iptal edilebilirlik, butlan ya da yokluk şeklinde geçersizlik yaptırımına tabi tutulacaktır. Bu nedenle girişim sermayesi yatırımın ilişkin yapılacak sözleşme hükümlerinin tüm ortakları bağlaması amacıyla esas sözleşmeye yazılmak istenmesi durumunda her hüküm TTK m. 340 açısından denetlenmelidir. Aksi halde sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilecektir.

B. Sözleşmede Yer Alan Pay Devrine İlişkin Kısıtlamaların Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Bağlam Kuralları Açısından Değerlendirilmesi

Payın devredilebilirliği ilkesi pay ister hamiline ister nama yazılı olsun payın ve pay sahipliğinin kolayca el değiştirmesini amaçlar⁵². Ancak nama yazılı paylar açısından bu ilke devredilebilirliğin engellenebildiği istisnaları bünyesinde barındırır. Bir diğer deyişle hamile yazılı payların aksine nama yazılı paylar açısından devrin sınırlandırılması mümkün kılınmıştır. Bu nedenle anonim ortaklık payı üzerinde bir devir sınırlaması yaratılmak isteniyorsa bu payın nama yazılı olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bir anonim ortaklıkta nama yazılı paylar üzerinde oluşturulan bu

51 Karasu, ss. 69, 70.

52 Ünal Tekinalp, **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları**, İstanbul, 2012, (Bağlam), s. 1.

sınırlama belli bir yöntemle yapılmaktadır. Bu sınırlama kanunda ya da esas sözleşmede sınırlama için belli sebeplerin öngörülmesi şeklinde yapılır. Bir anonim ortaklıkta nama yazılı olan bir payın devrini sınırlayan sebeplere ya da hallere “bağlam” adı verilmektedir⁵³. Devri sınırlandırılan nama yazılı paylar ise “bağlı nama yazılı” pay olarak adlandırılmaktadır⁵⁴.

Halka açık olmayan kapalı tip veya aile tipi anonim ortaklıklarda ortaklığın asıl hedefi payların kolayca tedavülü değildir. Bu durumda pay sahiplerinin kişilikleri önem kazanmaktadır⁵⁵. Pay devri sonucunda yabancı bir kişinin ortaklığa katılması arzulanmayabilir⁵⁶. Zira yabancı kişinin ortaklık ilişkisine temel teşkil eden yapıyla uyum gösterememesi ihtimali bulunmaktadır. Bu ihtiyacın karşılanması amacıyla nama yazılı payların devirlerinin kontrol altına alınması çözümü benimsenmiştir⁵⁷.

Bağlam anonim ortaklığı ideal konumu olan sermaye ortaklığı niteliğinden ve anonimlik unsurundan uzaklaştırmaktadır. Buna rağmen bağlamı meşrulaştıran hukuk düşüncesi ile korunan menfaat anonim ortaklığın işletme konusudur. Kanun koyucular yöresel anonim ortaklıklarla pay sahipliğinin bir mesleğe bir aileye veya benzeri kapalı çevrelere özgü olduğu anonim ortaklıklarda ortaklığın işletme konusunun daha iyi bir şekilde elde edilebileceğine, verimliliğin artabileceğine ve diğer bazı kazanımlarında olabileceğine inanarak nama yazılı payların bu kapalı çevrede devredilmesine müsaade etmektedir. Bunun yanı sıra bağlam anonim ortaklığın ekonomik bağımsızlığının korunmasına yardımcı olmaktadır. Bağlam kuralları bu düşünce ekseninde şekillenmektedir⁵⁸. Bağlam hükümlerinin asıl amacı belirli gerekçelerle ortaklık tarafından istenilmeyen kişilerin ortaklıkta pay sahibi olmalarının önlenmesi düşüncesine dayanır⁵⁹. Amaç şirketin birikimini aile veya yakın çevre içinde kalmasını sağlamak olabileceği gibi yakın çalışma ortamına uyum sağlayamayacak kişilerin ortaklığa girmesini önlemek de olabilir⁶⁰.

53 Alman, İsviçre ve Avusturya literatüründe bağlam karşılığı “*Vinkulierung*” kelimesi kullanılır. Bu kelime Latincedeki zincirlemek, bağlamak anlamına gelen “*Vinculum*” dan türemiştir (Tekinalp, Bağlam, s. 3). Pulaşlı, Şirketler, s. 1611.

54 Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 150. Pulaşlı, Şirketler, s. 1611.

55 Pulaşlı, Şirketler, s. 1615.

56 Ali Murat Sevi, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 251.

57 Sevi, s. 249. Pulaşlı, Şirketler, s. 1611.

58 Tekinalp, Bağlam, s. 150. Bağlam kuralları anonim ortaklığın yabancılaşmasını engeller. Anonim ortaklığın ulusal niteliğini kaybetmesi “*dış yabancılaşma*”, yerli rakipler gibi istenilmeyen kişiler tarafından ele geçirilmesi de “*iç yabancılaşma*” olarak adlandırılır (Hasan Pulaşlı, **Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri**, Ankara, 1992, s. 117).

59 Pulaşlı, Şirketler, s. 1615.

60 Okutan Nilsson, s. 77.

Girişim sermayesi yatırımı ile ilgili olarak hazırlanacak pay sahipleri sözleşmesi ile tebliğde belirtilen önalım, alım ve satım haklarının paylar üzerinde tanınması söz konusu olacaktır. Ancak pay sahipleri sözleşmesi ile tanınan bu hakların yarattığı pay devrine ilişkin kısıtlamaların şirket açısından bağlayıcı olması bu hakların anonim şirket esas sözleşmesinde geçerli bir şekilde yer almasına bir diğer ifadeyle esas sözleşmesel bağlam olmasına bağlıdır. Öğretide bu hakların anonim şirket esas sözleşmesinde yer alması durumunda ortaklığı bağlayıcı olup olmadıklarına ilişkin çeşitli görüşler yer almaktadır.

Tekinalp, önalım, alım ve geriye alım haklarının bir limited ortaklık sözleşmesinde bulunmaları hali dışında anonim ortaklık esas sözleşmesinde bulunmaları durumunda bu hakların ortaksal nitelikte olmayacağını, ortaklığı ve ortaklık organlarını bağlamayacağını belirtmektedir. Bu hakların ihlalleri halinde borçlar hukukuna özgü yaptırımlar uygulama alanı bulur⁶¹. Dolayısıyla borçlar hukuku sözleşmelerinde ya da anonim ortaklık esas sözleşmesinde yer alan önalım, alım ve geriye alım hakkına ilişkin düzenlemeler bağlamı bertaraf edemez⁶². Bu durumda alım, önalım ve geri alım hakkının sahibi bağlam hükümlerine dayanarak sözleşmeyi feshedebilir veya sözleşmeden dönebilir, zararının tazmini için tazminat davası açabilir⁶³. Yazar, buna ek olarak hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi noktasında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 29.03.2007 tarihli bir kararına atıf yapmıştır. Bu kararın Türk Ticaret Kanunu'nun yeni bağlam sistemine uygulandığında kapalı anonim ortaklıklara uygulanan TTK m. 493/1 hükmü dolayısıyla satım önerisine öncelikle muhatap olma hakkı hükmü payı devralan üçüncü kişiye de uygulanabilecektir. Zira karara konu somut olayda esas sözleşme ile öngörülmüş bir önalım hakkı vardır. Bu önalım hakkı ise hakiki bir red sebebi olacaktır. Red sebebi esas sözleşme hükmünün üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi demektir. Bu durumda esas sözleşmeye aykırı bir devir ve tescil yapıldıysa şirket aleyhine açılacak yolsuz tescil davası ile üçüncü kişi adına yapılan tescilin iptali sonucu ortaya çıkacak dolayısıyla üçüncü kişiye karşı uygulanabilirlik söz konusu olacaktır⁶⁴.

Akın, bu hakları TTK m. 493/7 ve TTK m. 340 ekseninde incelemiştir. Bu doğrultuda ilk olarak TTK m. 493/7 kapsamında esas sözleşme ile pay sahipleri sözleşmesi arasında bağlam hükümlerinin uygulamasının sağlaştırılması amacıyla bir organik bağ kurulmasının mümkün olup

61 Tekinalp, Bağlam, s. 84.

62 Tekinalp, Bağlam, s. 86.

63 Tekinalp, Bağlam, s. 87.

64 Poroy ve diğerleri, Ortaklıklar, s. 609.

olmadığı, ikinci olarak da TTK m. 340 da bulunan emredici hükümlerin bu duruma izin verip vermediği açıklanmıştır. Yazara göre, TTK m. 493/7 uyarınca öngörülen esas sözleşmenin devredilebilirlik şartlarını ağırlaştırıramayacağı hükmü emredicidir. Bu bakımdan esas sözleşme ile pay devrine ilişkin daha hafif koşullar getirilebilir ancak kanunda çizilen çerçevenin dışına tadılarak esas sözleşmede devre ilişkin ek külfetler getirilmesi imkânı yoktur⁶⁵. Yazar, hakların esas sözleşmeye yazılmaları durumunu TTK m. 340 ekseninde ele almış ve özellikle kaçış klozu ile ilgili düzenlemelere aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorununu değerlendirmiştir. Buna göre, kaçış klozuna ilişkin hüküm emredici ve tüketici niteliktedir. Ancak TTK m. 340 ile getirilmek istenen koruma esas sözleşmede yer alan herkes için geçerli olan maddi hükümlere ilişkindir. Emredici hükümler ilkesi gereğince bu hükümlerin aksi kararlaştırılmaz. Esas sözleşmeyle düzenlenen bu haklar esas sözleşmenin maddi hükümleri olarak sayılmayacağından bu nedenle hakların esas sözleşmede düzenlenmesi TTK m. 340'ın düzenleme konusu dışında kalacaktır⁶⁶.

Erdem, esas sözleşmesel önalım hakkını bir borçlar hukuku hükmü olarak değerlendirmektedir. Borçlar hukuku kapsamındaki borçlar için kuralın aynen ifa olduğunu tazminatın aynen ifanın mümkün olmadığı durumlar için öngörülen bir telafi yöntemi olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, önalım hakkına aykırı olarak yapılan devirlerde önalım hakkını kullanamayan pay sahibi pay defterindeki kaydın terkinini ve zaten devreden ortak devir iradesini önceden açıklamış olduğundan önalım hakkını kullanmaya hazır olduğundan bahisle devre konu payların kendi adına pay defterine kaydedilmesini isteyebilir⁶⁷.

Uzel, alım, önalım ve öncelik haklarının TTK m. 493/7 uyarınca esas sözleşmede yer almasının mümkün olmayacağı görüşündedir. Yazara göre, TTK hükümleri eski TTK'dan farklı olarak devir sınırlamalarının öngörüleceği halleri açıkça düzenlemiştir. Bu sınırlamalar dışında pay sahibinin ek bir yükümlülüğe tabi tutulması kabul edilemez. Bu anlamda esas sözleşmede yer alan bir öncelik hakkına rağmen pay sahibinin bu yükümlülüğe uymaksızın payını devretmesi halinde de bu hakkın devralan pay sahibine ileri sürülmesi mümkün değildir. Aynı durum alım ve önalım hakları içinde geçerlidir. TTK bakımından geçerliliği söz konusu olabilecek tek ihtimal payların satın alınmasına yönelik ortaklığın teklifidir⁶⁸.

65 Murat Yusuf Akın, **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, İstanbul, 2014, s. 217.

66 Akın, s. 229.

67 H. Ercüment Erdem, "Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXV**, Ankara, 2011, s. 109.

68 Necdet Uzel, **Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam**, İstanbul, 2013, ss. 139-142.

Sevi, anılan hakları TTK m. 493/7 açısından değerlendirmiştir. Yazara göre, sözleşmesel nitelikte olan bu haklar payın devredilebilirlik şartlarını ağırlaştırmaktan ziyade devralanın kim olacağını tayin etmeye yönelik düzenleme içerirler. Bu açıdan bakıldığında sözleşmesel hakların esas sözleşmeye yansıtılmasının TTK m.493/7'ye aykırı olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bununla beraber sözleşmesel haklara paralel olarak düzenlenmiş bağlam hükümlerine aykırı yapılmış olan borsaya kote edilmemiş bir nama yazılı pay devrini yönetim kurulunun TTK m. 493/2 uyarınca reddedebilmesi için red kararının ortaklığın işletme konusu ya da işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden haklı görülmesi gerektiği hususu unutulmamalıdır. Ayrıca bu hakların TTK m.493/1'de anonim ortaklık lehine öngörülen satın alma hakkının ne şekilde kullanılacağına ilişkin olarak da esas sözleşmeye konulması mümkündür⁶⁹.

Bozkurt, bu tarz hükümlerin tek borç ilkesi ile bağdaşmasının güç olduğunu ve yeni bağlam rejiminin borsada işlem görmeyen ve gören paylar ayrımını dikkate almaksızın ana dayanağının TTK m. 493/7 olduğuna işaret etmektedir. Bağlam nedenlerini kısıtlayan 1. ve 2. fıkra bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu nedenle yazara göre, ayrılma hakkı olmayan anonim şirket ortağının şirketten ayrılmasına olanak sağlayan tek yol olan pay devrini kısıtlayan bağlam hükümleri düzenlenirken pay sahibi lehine güvence sağlayan TTK m. 493/7 hükmü esas sözleşme ile tanınacak öncelik, önalım, alım ve satım hakları gibi haklar değerlendirilirken temel nokta olmalıdır. Bu hüküm devir sınırlamalarının ortaksal düzeyde yasanın çizdiğinden daha fazla olmayacağını öngörerek mevcut ve gelecekteki pay sahiplerinin haklarını güvence altına almaktadır. Bu haklara izin verildiği takdirde payını devreden istemediği bir kişiyle sözleşme kurmak zorunda kalacaktır. Hakların payların bir kısmı üzerinde kullanılması durumunda geri kalan payların değeri ve payları elden çıkarma ihtimali azalacaktır. Bununla beraber kaçınma klozu ile ilgili hüküm işlevsizleşecek ve hatta şirket devre dışı kalabilecektir. Bağlam klozlarının içinin nasıl doldurulması gerektiği sınırlı bir düzenleme ile hükme bağlanmıştır ve bunlar genişletilemez⁷⁰. Yazara göre, yeni anonim şirketler hukuku düzeninde bu tarz öncelik haklarının kaçınma klozu işletilmesi hükümleri dışında ortaksal düzeyde kabul görmeyeceğinin bir kanıtı limited şirketler hukuku kurallarıdır. TTK m. 577/1-b uyarınca ortaklara veya şirkete, esas sermaye payları ile ilgili olarak önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları tanınması şirket sözleşmesinde öngörüldüğü

69 *Sevi*, s. 65.

70 Tamer Bozkurt, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, İstanbul, 2016, s. 272.

takdirde bağlayıcıdır. Bu düzenlemenin aynısını kanun koyucu arzulasaydı anonim şirketler için de öngörebilirdi⁷¹.

Önalım hakkının esas sözleşmede yer alabilmesi ile ilgili olarak *Keskin*, Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin önalım hakkına ilişkin vermiş olduğu kararda Avusturya Yüksek Mahkemesinin, emredici hükümler ilkesini tipoloji öğretisi perspektifinden ele alarak, kapalı tip anonim şirketlerde ilkenin daha yumuşak bir yoruma tâbi tutulması gerektiği sonucuna vardığını ve esas sözleşmede önalım hakkının öngörülebilmesine imkân tanıdığını belirtmektedir. Kararda Avusturya Yüksek Mahkemesi esas sözleşmede önalım hakkının öngörülebilmesine imkân tanımıştır. Yüksek Mahkeme bu sonuca ulaşırken iki önemli hususu göz önünde bulundurmuştur. Bunlardan ilki Yüksek Mahkemenin, Avusturya AktG'nin anonim şirketi halka açık şirket modeli üzerine inşa etmiş olduğu varsayımından hareket etmiş olmasıdır. Bu çerçevede Yüksek Mahkeme, emredici hükümler ilkesinin daha ziyade halka açık anonim şirket tipi düşünülerek tasarlandığını ifade etmektedir. Mahkemenin göz önünde bulundurduğu diğer husus ise, anonim şirketler hukukunun geçirdiği tarihsel süreç olmuştur. Avusturya'da anonim şirketler hukukuna ilişkin olarak 2004 senesinden bu yana yapılan değişikliklerin hemen hepsinde borsaya kote edilmiş ve kote edilmemiş anonim şirket ayrımı gözetilmiştir. Yüksek Mahkeme, Avrupa Birliği hukukundaki genel eğilimin borsaya kote edilmiş ve edilmemiş anonim şirketler arasında fark gözetmek olduğuna dikkat çekmiş ve kararını bu doğrultuda gerekçelendirmiştir⁷².

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bağlam hükümlerinin mehzarı olan İsviçre hukukunda yer alan görüşlerden *Böckli*, önalım hakkını İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) m. 685b kapsamında incelemiş ve bu hakkın esas sözleşmede yer almasının özellikle İsvBK m.685b/7 (TTK m. 493/7) hükmüne aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Yazara göre, önalım hakkının tanınması ile kişiler istemedikleri kişilerle sözleşme kurmak zorunda kalabilirler. Bu kişiler ödeme gücü olmayan ya da ülke dışında yaşayan kişiler olabilir. Bu durumda pay sahibinin özgürlüğü aşırı kısıtlanmış olur⁷³. Bunun yanında önalım hakkı ile payın yasal önalım hakkında öngörülen gerçek değer (İsvBK m. 685b/1) altında daha düşük bir değerden alınması gündeme gelebilir. Ayrıca önalım hakkının her bir pay

71 Bozkurt, s. 277.

72 Harun Keskin, "Emredici Hükümler İlkesinin Borsaya Kote Edilmemiş Anonim Şirketlerde Daha Esnek Yorumlanmasına İlişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) Kararı Önalım, Alım Ve Önerilmeye Muhatap Olma Gibi Hakların Esas Sözleşmeye Konulması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", **BATIDER**, Cilt: XXXI, Sayı: 4, 2015, s. 195.

73 Peter Böckli, "Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und Statutarische Vorkaufsrechte Unter Neuem Aktienrecht", **ZBJV/ 129**, 1993, s.500.

sahibi için bağlayıcı olduğu düşünülduğünde oluşan prosedür yükü de ayrı bir zorluk yaşatacaktır. Bu nedenle önalım hakkı payın devredilmesini güçleştirmektedir⁷⁴. Yazar ayrıca kanunun uygulanması ile ilgili geçiş sürecinde bu hakkın ayrı bir pay sahipleri sözleşmesi ile öngörülebileceği önerisinde de bulunmuştur⁷⁵. *Oertle/ du Pasquier*, ise esas sözleşmede kabul edilen önalım hakkının payın gerçek değeri üzerinden olacak şekilde öngörülmesi durumunda kaçış klozunun uygulanmasının bir şekli olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir⁷⁶. *Forstmoser/ Kücher* de aynı şekilde sözleşmesel önalım hakkının kaçış klozu (İsvBK m.685b/3) kapsamında uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir⁷⁷.

SONUÇ

Teknolojik gelişmelerin hızlanması ve bu nedenle modern iş yaşamında ihtiyaç olarak ortaya çıkan, hızlı çözümler, buluşlar, yaratıcı fikirler, klasik sermaye-üretim ilişkisinden ayrı bir tür sermaye çeşidini doğurmuştur: Girişim sermayesi denilen bu tür, özellikle küçük-orta işletmeler ile, yaratıcı fikirleri ve buluşları olan ama sermaye bulma sıkıntısı çeken küçük girişimciler için ideal bir çözüm olarak iş yaşamına girmiştir. Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin (III-48-3) düzenlemelerine göre girişim sermayelerinin, girişim sermayesi yatırım ortaklıkları olarak, anonim şirket statüsünde kayıtlı sermaye sistemine tabii şekilde kurulması gerekmektedir. Buna göre ortaklığın tanımı özet olarak, sermaye piyasası araçları ve Sermaye Piyasası Kurulu'nca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyü işletmek amacıyla paylarını ihraç etmek üzere kurulan veya esas sözleşme değişikliği ile dönüşen, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 48. maddesinde çizilen sınırlar içerisinde faaliyet göstermek kaydı ile ve yine SPK tarafından izin verilen diğer faaliyetlerde de bulunmak üzere kurulmuş sermaye piyasası kurumudur. Tebliğin 23. maddesinde "*Girişim sermayesi yatırımlarına ilişkin sözleşmeler*" başlığı altında birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Bu madde uyarınca yapılacak olan yatırım, ortaklık ile girişim şirketlerinin yönetim kontrolüne sahip mevcut ortakları arasında imzalanacak bir pay sahipliği sözleşmesi çerçevesinde yapılır.

Öğretide yer alan görüşler incelendiğinde girişim sermayesi yatırım ortaklıkları ile girişim şirketleri arasında yapılacak pay sahipleri sözleş-

74 Böckli, s.501.

75 Böckli, s.503.

76 Matthias, Oertle ve Shelby du Pasquier. **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II**, (Ed. Honsell Heinrich, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter), 2. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, 2002, s. 642.

77 Peter Forstmoser ve Marcel Küchler. **Aktionärbindungsverträge Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis**, Schulthess Verlag, 2015, s. 394.

mesinde tebliğde öngörülen hakların tesisi kurulacak ortaklığın anonim şirket olması nedeniyle TTK'nın m. 340 ve m. 491 vd. hükümlerinde çizilen sınırlar dahilinde olmak zorunda kalacaktır. Bu nedenle tebliğde belirtilen -pay devrine kısıtlama getiren- önalım, alım, satım, birlikte satma, ve birlikte satışa zorlama haklarının sadece pay sahipleri sözleşmesine yazılması bu hakların getirdiği sınırlamaların uygulanacağı anlamını taşımamaktadır. Kanaatimizce ülkenin ekonomik anlamda kalkınmasına destek olan bir unsur olan girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının yatırımlarına ilişkin sözleşmeler ile ilgili daha detaylı ve uygulanabilir kuralların hazırlanması ve girişimcilerin hukuken doğru yönlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle girişim sermayesi yatırım ortaklıkları ile ilgili hazırlanacak yasal düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu ile uyumlu olmalı ve gerekirse kurulacak şirketler anonim şirket olma zorunluluğundan çıkarılmalıdır. Zira tebliğde belirtilen bu hakların limited şirket kuralları açısından uygulanabilirlikleri daha mümkün olacaktır. Ya da bu tür haklar ile ilgili girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına belli istisnalar tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akın**, Murat Yusuf. Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, İstanbul, 2014.
- Bahtiyar**, Mehmet. Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- Bertrand**, Diane/Geoff Lyster/Greg Powers/Sean Stevens. IBA Guide on Shareholders' Agreements Canada, International Bar Association, 2012.
- Bienz**, Carsten /Uwe Walz. "Venture Capital Exit Rights", Journal Of Economics & Management Strategy, Cilt: 19, Sayı: 4, 2010, ss.1072-1116.
- Borsa İstanbul**, Halka Arz ve Borsa İstanbul'da İşlem Görme, 2015.
- Bozkurt**, Tamer. Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam), İstanbul, 2016.
- Böckli**, Peter. "Aktionärbindungsverträge, Vinkulierung und Statutarische Vorkaufsrechte Unter Neuem Aktienrecht", ZBJV/ 129, 1993.
- Chemla**, Gilles/Michel A. Habib, Alexander Ljungqvist, "An Analysis Of Shareholder Agreements", Journal of The European Economic Association, Sayı: 5 (1), 2007.
- Çapanoğlu, Sema Gençay. Avrupa Birliği'nde Risk Sermayesi Uygulamaları ve Türkiye, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005.
- Erdem**, H. Ercüment. "Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXV, Ankara, 2011.
- Erol**, Cengiz. İşletmelerde Finansal Yönetim, İmge Kitabevi, Ankara, 1999.
- Forstmoser**, Peter/ Marcel Küchler. Aktionärbindungsverträge Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Schulthess Verlag, 2015.
- Keskin**, Harun. "Emredici Hükümler İlkesinin Borsaya Kote Edilmemiş Anonim Şirketlerde Daha Esnek Yorumlanmasına İlişkin Avusturya Yüksek Mahkemesi (OGH) Kararı Onalım, Alım Ve Önerilmeye Muhatap Olma Gibi Hakların Esas Sözleşmeye Konulması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", BATIDER, Cilt: XXXI, Sayı: 4, 2015.

- Oertle**, Matthias/Shelby du Pasquier. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, (Ed. Honsell Heinrich, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter), 2. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, 2002.
- Poroy**, Reha. Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul, 2014.
- Pulaşlı**, Hasan. Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara, 1992, (Bağlı)
- Şener, Oruç Hami. Ortaklıklar Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Tekinalp**, Ünal. Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, İstanbul, 2012, (Bağlam).
- Pulaşlı**, Hasan. Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: 1 ve 2, 2. Baskı, Ankara, 2015, (Şirketler).
- Karasu**, Rauf. Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Kırca**, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Miliauskas**, Paulius. "Shareholders' Agreement As A Tool To Mitigate Corporate Conflicts Of Interests", Int. J. Private Law, Cilt: 6, Sayı: 2, 2013, ss.109-131.
- Moroğlu**, Erdoğan. "Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukukî Niteliği", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000.
- Okutan Nillson**, Gül. Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmesi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2004.
- Pearce**, Rupert/Simon Barnes, Raising Venture Capital, John Wiley&Sons Ltd, Cornwall, 2006.
- Sevi**, Ali Murat. Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. Baskı, Ankara, 2014.
- Stedman**, Graham /Janet Jones. Shareholders' Agreements, 3rd Edition, Sweet & Maxwell, 1998.
- Tekinalp**, Ünal. Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Thomas**, Katherine Reece /Chris Ryan. The Law and Practice of Shareholders' Agreements, 3rd Edition, Butterworths Law / LexisNexis, 2009.
- Uludağ**, İlhan. Gümrük Birliği Sürecinde KOBİ'ler ve Risk Sermayesi Şirketleri Modeli, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1996.
- Uzel**, Necdet. Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, 2013.
- Wilkinson**, Chris. Joint Ventures&Shareholders' Agreements, 3rd Edition, Bloomsbury Professional, 2009
- Yatmaz**, Fulya Evren, Girişim Sermayesi, T.C. Kalkınma Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012.
- Yılmaz**, Gülşah. Pay Sahipleri Sözleşmesinden Doğan Birlikte Satma Hakkı Ve Birlikte Satışa Zorlama Hakkı (Tag Along&Drag Along Rights), İstanbul, 2018.

YARGITAY KARARLARI



Resmi Gazete: 18.07.209 / 30835

YARGITAY KARARI

Yargıtay Başkanlığından:

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULU KARARI

ESAS NO : 2017/10
KARAR NO : 2019/1
KARAR TARİHİ : 08.03.2019

ÖZET: Belirli süreli olarak yapılmış ancak objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli olarak kabul edilen iş sözleşmesinde kararlaştırılan 'süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart' hükmü, belirlenen süre ile sınırlı olmak üzere geçerlidir.



YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

İŞ AKDİNİN SONA ERMESİ • ÇELİŞKİLİ BEYANLAR

KIDEM VE İHBAR

ÖZET: İşverenin davacı işçinin istifa ederek işyerinden ayrıldığını savunduğu, bu duruma göre SGK ayrılış sebebi kodunun “3” olması gerektiği, buna karşın SGK ayrılış kodunun “işveren tarafından işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı sebebiyle haklı fesih” kodu olan “29” beyan edildiği görülmekte olup işverenin bu çelişkili beyanları karşısında davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığı sonucuna varılmalıdır.

Y. HGK. E.2015/3097 K. 2018/1339 T.19.09.2018

Dairesinin 19.02.2013 gün ve 2012/14396 E., 2013/3303 K. sayılı kararı ile;

“...Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın feshedildiğini belirterek, kıdem-ihbar tazminatı ile yıllık izin, fazla mesai ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağı talebinde bulunmuştur.

Davalı vekili, davacının istifa etmek suretiyle işten ayrıldığını, işten ayrıldıktan kısa bir süre sonra rakip firmada işe başladığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın davalı işveren tarafından feshedildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, davacı... davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

2-Bozma kapsamı itibariyle taraflar arasındaki uyumsuzluk, iş sözleşmesinin kim tarafından başka bir deyişle hangi tarafça feshedildiği ve fesheden tarafın haklı nedene dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davacı iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini iddia etmiş, buna karşılık davalı işveren ise davacının K. isimli bir şirkette çalışmak için kendi isteğiyle işten ayrıldığını, istifa dilekçesini vereceğini beyan etmesine rağmen yazılı istifa dilekçesi vermeyip ve ihbar süresine de uymayarak sözleşmeyi feshettiğini ileri sürmüştür.

Davacı tanıkları davacının iddiaları arasında yer alamayan küçülme politikasından dolayı işverence iş sözleşmesinin feshedildiğini, davalı tanıkları ise davacının başka bir şirkette iş bulunduğunu, bu nedenle istifa etmek suretiyle işten ayrıldığını belirtmişlerdir. Dosyada mevcut sosyal güvenlik belgelerinde davacının davalı şirketten 31.03.2011 tarihinde çıkışı yapıldıktan kısa bir süre sonra 05.04.2011 tarihinde K. şirketinde işe giriş kaydının yapıldığı görülmektedir. Davacının bu tarihten itibaren adı geçen şirkette çalışmaya başladığı, işe giriş bildirgesi ve şirketin cevabi yazısıyla sabit olup esasen bu hususta çekişmede bulunmamaktadır. Tanık anlatımları ve dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde davacı iş sözleşmesinin başka bir şirkette çalışmak amacıyla kendisinin feshederek işten ayrıldığı ve iş sözleşmesinin feshinin haklı bir nedene dayanmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin reddine karar verilmesi gerekirken dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçesiyle oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, mahkemece yeniden yapılan yargılama sonunda önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde saha müdürü olarak aylık net 3.153, 65 TL ücret ile 08.03.2006-21.03.2011 tarihleri arasında çalıştığını, iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın davalı işverence feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin, fazla çalışma,

ulusal bayram ve genel tatil ücret alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesi devam ederken başka bir dağıtım şirketi ile anlaşarak istifa ettiğini, 21.03.2011 tarihinde müvekkili şirketçe kendisine teslim edilen eşyaları şirket yetkilisine teslim ettiğini ve bu tarihten sonra da mazeretsiz işe gelmediğini belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, saha müdürü konumunda olan davacının her türlü ekipmanı elinden alınmak suretiyle işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece, davacının kullandığı ekipmanın elinden alınması suretiyle 21.03.2011 tarihinde işveren tarafından sözlü olarak iş sözleşmesinin feshedildiği, bu tarihten sonra uzun süre devamsızlık tutanakları düzenlendiği, davalı tarafın davacı işçinin istifa ettiğine dair yazılı belge sunmadığı, davacının sektörde tecrübesi ile tanınmış olması nedeniyle daha düşük ücretle kısa sürede yeni bir iş bulduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından mı yahut davacı işçi tarafından mı haklı sebep olmaksızın feshedildiği ve burada varılacak sonuçta göre davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Fesih bildirimini tek taraflı bir irade beyanı olup, bu beyan belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde süre verilerek sözleşmenin sona erdirilmesinde kullanılabileceği gibi belirli ya da belirsiz süreli sözleşmelerin haklı nedene dayanarak, işçi veya işveren tarafından süre verilmeksizin sona erdirilmesinde de kullanılmaktadır. Bu nedenle iş sözleşmelerinde fesih bildirimini sözleşmeyi belirli bir sürenin geçmesiyle ya da derhal sona erdiren, karşı tarafa yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanı olup muhataba ulaşması ile sonuç doğurur. İş sözleşmelerinde fesih bildiriminde bulunma hakkı, kural olarak her iki tarafa da tanınmıştır. Hukuki niteliği itibarıyla fesih bildirimini yenilik doğuran bir hak olduğundan beyanın karşı tarafa ulaşması ile sonuç doğuracağından karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanımı olan fesih bildirimini ile iş sözleşmesi sona ereceğinden, bildirim belirlenmiş ve açık şekilde yapılması gerekmektedir. Bu nedenle fesih bildiriminde bulunan tarafın

sözleşmeyi sona erdirme isteğinin bildirimden açıkça anlaşılması gerekmektedir. Bunun için sözleşmeyi sona erdirme iradesi açıkça anlaşılma-yan teklif veya soru şeklindeki beyanlar fesih bildirimini sayılamaz (Çelik, N.; İş Hukuk Dersleri, 26. Baskı, İstanbul 2013, s. 205).

Hukuk sistemimizde feshin işçi veya işveren tarafından yapılmasına bağlanan hukuki sonuçlar farklı olduğundan fesih bildiriminin kimin tarafından gerçekleştirildiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Yine iş sözleşmesinin her iki tarafça feshedilmiş olması hâlinde de ilk önce kimin tarafından feshedildiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Öncelikle iş sözleşmesinin kimin tarafından feshedildiği belirlendikten sonra sözleşmeyi sona erdiren bozucu yenilik doğuran hak bu kişi tarafından kullanılmış sayılacağından, feshe bağlanan hukuki sonuçlar kullanan kişiye göre belirlenecektir.

İşçinin haklı sebeple iş sözleşmesini derhal feshi 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir. İşçinin süreli fesih bildiriminin kanuni düzenlemesi ise aynı Kanun'un 17'inci maddesinde ele alınmıştır. Bunun dışında işçinin istifası kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 120'inci maddesi yollamasıyla hâlen yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun "Kıdem Tazminatı" başlıklı 14'üncü maddesinde de kıdem tazminatına hak kazandıran nedenler sınırlı olarak sayılmış olup, istifa kıdem tazminatına hak kazandıran iş sözleşmesinin sona erme nedenleri arasında yer almamaktadır.

İşçinin haklı bir sebebe dayanmadan ve bildirim süresi tanımaksızın iş sözleşmesini feshetmesi istifa olarak değerlendirilmelidir. İstifa iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte iş ilişkisi sona erer.

İş sözleşmesinin istifa ile sona ermesi hâlinde işçi iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacağı gibi ihbar ve kıdem tazminatlarına da hak kazanamaz.

Açıklanan bu maddi ve hukuki olgular ışığında somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde; davacı işçi, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep olmaksızın feshedildiğini ileri sürmüştü, davalı işveren ise davacının başka bir dağıtım şirketi ile anlaştığını belirterek istifa ettiğini, 21.03.2011 tarihinde elinde bulunan ekipmanları teslim ettiğini ve bu tarihten sonra işe gelmediğini savunmuştur.

Dosya içerisinde bulunan 21.03.2011 tarihli tutanakta, davacıya verilen şirket ekipmanlarının davacı tarafından teslim edildiği, işveren yetkilisi tarafından teslim alındığı belirtilmiştir. Ayrıca 22.03.2011 ile 23.04.2011 tarihlerini kapsayan devamsızlık tutanakları, davacının bahsi geçen günlerde izinsiz ve bilgi vermeksizin işe gelmediği şeklinde düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, davalı işveren tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna verilen işten ayrılış bildirgesinde ayrılış kodu “29-İşveren tarafından işçinin ahlâk ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeni ile fesih” olarak gösterilmiştir.

Öte yandan, davacı iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın feshedildiğini ileri sürerken davalı işveren ise davacının istifa ettiğini savunduğu görülmekle, iş sözleşmesinin tazminat gerektirmeyecek şekilde feshedildiğinin davalı işveren tarafından ispat edilmesi gerekmektedir.

Bütün bu açıklamalar karşısında, davalı işverenin saha müdürü olarak çalışan davacının işini yaparken kullanması zorunlu olan ekipmanlarını elinden almak suretiyle çalışmasını imkânsız hâle getirdiği, davacının 21.03.2011 tarihinden sonra işyerinde çalışmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmadığı, davalı işverenin davacının 21.03.2011 tarihinde istifa ettiğine ilişkin savunmasına rağmen 22.03.2011 ile 23.04.2011 tarihleri arasında devamsızlık tutanakları düzenlemesinin ve Sosyal Güvenlik Kurumuna işten ayrılış kodunu “ 29-İşveren tarafından işçinin ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle fesih” olarak bildirmesinin çelişki içerdiği, dolayısıyla davalı işverenin davacı işçinin istifa ederek işyerinden ayrıldığını ispat edemediği anlaşılmıştır. Bu durumda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazandığı açıktır.

He ne kadar Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, davacı tanıklarının feshe ilişkin somut bilgilerinin olmadığı, davalı tanıklarının beyanlarının ve telefon görüşmelerinin esas alınması gerektiği, davacı işçinin başka bir şirkette çalışmak amacıyla istifa ettiği ve ekipmanlarını işverene teslim ettiği, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanamayacağı bu nedenlerle direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de Kurul çoğunluğu tarafından bu görüş benimsenmemiştir.

O hâlde açıklanan nedenlerle mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, hüküm altına alınan alacak miktarlarına ilişkin temyiz incelemesi yapılmadığından dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun olup; hüküm altına alınan alacak miktarlarına ilişkin temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyanın **22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 19.09.2018 gününde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

SERVİS HİZMETİ • TEK TARAFLI DEĞİŞİKLİK İŞÇİNİN ONAYI

ÖZET: Bir işyeri uygulaması olan servis hizmetinin kaldırılması esaslı değişiklik niteliğinde olup, bu değişikliğin geçerli olabilmesi için işçinin yazılı rızasının alınması gereklidir.

İşverenin yaptığı tek taraflı değişiklik işçiyi bağlamaz.

Y. HGK E. 2016/1924 K. 2018/1826 T. 04.12.2018

“...1-Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı, davalı işyerinde yemek işlerinde görevli işçi olarak çalışırken fazla mesai, ulusal bayram ve genel tatil, yıllık izin ve servis ücretlerinin ödenmediğinden bahisle dava açarak alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir.

Davalılar, davacının tüm haklarının ödendiğini hiçbir alacağı olmadığını savunarak, davanın reddini talep etmişlerdir.

Mahkemece, iş akdinin feshedilmediği gerekçesiyle yıllık izin alacağının reddine diğer alacak taleplerinin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Davacının fazla mesai yapıp yapmadığı ve varsa süresi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesine göre haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağına daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut olayda, aynı işyerinde çalışan ve aynı işi yapan işçiler tarafından farklı mahkemelere açılan davaların bir kısmında fazla mesai süresi farklı farklı hesaplanmıştır. Ayrıca bir kısım dosyalarda 2009, 2010 ve 2011 yıllarına ait puantaj kayıtlarının bulunduğu bildirilmesine rağmen dosyalarda birkaç aylık puantaj dışında puantaj kaydına da rastlanmamıştır. Aynı işyerinde, aynı işi yapan işçiler arasında farklı çalışma saati sözkonusu olamayacağı gözetilerek, HMK 31. maddesinde düzenlenen "hakimin davayı aydınlatma görevi" de dikkate alınarak tüm puantaj kayıtları (devam çizelgeleri) getirtilip özellikle Diyarbakır 2. İş Mahkemesine sunulan bilirkişi raporları ile arasındaki çelişkiler de giderilerek, haftalık 45 saati aşan çalışmanın fazla mesai olduğunun kabulü ile hesaplama yapılması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozma nedenidir.

3-Davacının servis ücreti talep edip edemeyeceği konusunda da taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Somut olayda, davacı, davalı işveren tarafından servis ücretlerinin ödenmediğini iddia etmiştir. Davalı taraf bu talebin haksız olduğunu savunmuştur. Davacı tanıkları işyerinde 2008 yılında bir ay kadar servis hizmeti verildiğini ve daha sonra bu hizmetin kaldırıldığını belirtmiştir. Davalı işyerinde uygulanan bir Toplu İş Sözleşmesi bulunma-

maktadır. Davalılar arasındaki hizmet alım sözleşmesinde sözleşme bedeline dahil giderler arasında ulaşım ve nakliye giderlerinin sayıldığı görülmekle beraber bu husus davalılar arasındaki sözleşme bedelinde dikkate alınan bir durum olup davacıya servis ücreti ödendiğini ispatlar nitelikte değildir. Servis ücreti alacağı davacı tarafından kanıtlanamamıştır. Bu nedenle anılan isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

O halde taraf vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır....”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDENLER: Davalı ... ve davacı vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin garson olarak davalı ...'na bağlı hastanede alt işverenler nezdinde çalıştığını, işin sona ermesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshedildiğini, çalıştığı süre içerisinde, servis hizmeti verilmediği gibi servis ücretlerinin de ödenmediğini, yıllık izinlerinin kullandırılmadığını, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının da ödenmediğini ileri sürerek işçilik alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... vekili, Bakanlığın taraf sıfatı bulunmadığı gibi diğer davalı şirket ile aralarında asıl-alt işveren ilişkisinin de olmadığını, zamanaşımı definde bulduklarını, davacının talep ettiği servis ücretinin diğer davalı şirket ile müvekkili arasında imzalanan sözleşme bedeline dahil olup müvekkili tarafından yüklenici şirkete ödendiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı Yemek Hiz. Tem. Sağ. Oto. İnş. Tic. Ltd. Şti. vekili, zamanaşımı definde bulduklarını, davacının çalışmasına devam ettiğini, belirli bir süre servis hizmetinin, müvekkili tarafından kendi inisiyatifi ile iyi niyetli olarak yerine getirildiğini ancak işçilerin büyük çoğunluğunun hastaneye yakın olan semtlerde oturmaları ve bu hizmetten faydalananın fazla olmaması sebebi ile kaldırıldığını, servis hizmetinin olmayışının zaman içerisinde iş koşulu hâline dönüştüğünü, alacağının bulunmadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacının çalışmaya devam etmesi sebebiyle yıllık izin ücreti talebinin yerinde olmadığı, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının bulunduğu, tanıkların iş yerinde 2008 yılının 4. ayı gibi 1 ay süreyle servis sağlandığına ilişkin beyanları, bu hususun davalı şirketçe de kabul edilmesi, davalı İdarenin beyan dilekçesinde servis ücretinin diğer davalı şirket ile İdare arasında imzalanan sözleşme bedeline dahil olduğu yönündeki beyanı, iş yerinin yerleşim yeri dışında bulunması, hizmet alım sözleşme tasarısının 7'nci maddesinde yol bedelinin aynı olarak karşılanacağı ve teklif fiyatına dahil olması hususları birlikte değerlendirildiğinde servis ücreti alacağının bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece önceki gerekçelerle ve bozma kararında Diyarbakır 2. İş Mahkemesine sunulan bilirkişi raporları ile arasındaki çelişkiler giderilerek fazla çalışmanın hesaplanması gerektiği belirtilmiş ise de, bahsi geçen dosyanın Diyarbakır 2. İş Mahkemesine ait olduğunun gözden kaçırıldığı, servis ücreti yönünden de benzer dosyalarda (Diyarbakır 3. İş Mahkemesinin 2013/187 Esas ve benzeri) onama kararları verildiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı ... ve davacı vekilleri temyiz etmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda aynı iş yerinde çalışan ve aynı işi yapan işçiler tarafından farklı mahkemelere açılan davaların bir kısmında fazla çalışma süresinin farklı hesaplandığından bahisle, fazla çalışma alacağına ilişkin olarak tüm puantaj kayıtlarının getirtilmesinin ve mahkemeye sunulan bilirkişi raporları arasındaki çelişkilerin giderilmesinin gerekip gerekmediği ile davacının servis ücreti alacağının bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır.

I- Davacı temyizi yönünden;

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, esasa girilmeden önce, ilk hükmün taraf vekilleri tarafından temiz edildiği, Özel Dairece tarafların sair temyiz itirazlarının reddi ile fazla çalışma alacağının araştırmaya yönelik, servis ücreti alacağının ise reddinin gerektiği gerekçeleriyle kararın bozulduğu, davacı vekilinin direnme kararını fazlaya ilişkin isteminin reddi ile yıllık izin alacağı yönünden temyiz ettiği, bu durumda davacı vekilinin direnme kararını temyizde hukuki yararının bulunup bulunmadığı hususu öncelikle incelenmiştir.

Bilindiği üzere, hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır. İlk hükmü temyiz etmiş ancak bu istemi Özel Dairece reddedilen taraf yönünden karar kesinleşmiş olmakla, artık bu tarafın direnme kararını temyizde hukuki yararı bulunmamaktadır. Bu durumda eldeki davada davacının direnme kararını temyizde hukuki yararı bulunmamaktadır.

Bu nedenle davacı vekilinin direnme hükmüne yönelik temyiz isteminin reddine oy birliği ile karar verilmiştir.

II-Davalı ... temyizi yönünden;

1) Fazla çalışma alacağına ilişkin uyuşmazlığın değerlendirilmesi: İşçilik alacakları davaları, basit yargılama usulüne tabi, temel olarak tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalardır. Taraflarca getirilme (hazırlama) ilkesinin uygulandığı davalarda, deliller kural olarak taraflarca gösterilir; hâkim, delillere kendiliğinden başvuramaz (Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, 22. Baskı, s.377, 378).

Dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemelerinin mahkemeye kimin tarafından getirileceğiyle ilgili bir ilkedir. Buna göre, hâkim, kendiliğinden, taraflarca ileri sürülmemiş vakıaları araştıramaz, hükmüne esas alamaz. Mahkeme, sadece tarafların getirdiği vakıalara göre talep sonucunu inceleyip karar verir.

Taraflarca getirilme ilkesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 25'inci maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz."

Bu ilkenin bir sonucu olarak mahkeme, sadece taraflarca ileri sürülen vakıaları inceleyebilir. Buna kural olarak deliller de dahildir (m. 25/2).

Belirtilmelidir ki hâkim, olayın aydınlatılması için tarafların delil ikamesini isteyebilir, ancak tarafa belli bir delili hatırlatamaz.

Mahkemenin hüküm vermesi için, kendisine yöneltilen talebin formüle edilmesi ve ileri sürülmesi tarafların görevi ise de, bunları anlamlandırmak veya gerektiğinde açıklattırmak hâkimin görevidir. Ancak bu durum, hâkimin tarafların ileri sürmediği vakıaları ileri sürmelerine imkân vermesi veya hatırlatması anlamını taşımaz. Burada mevcut olmayanın talep edilmeyenin ortaya çıkartılması değil, talep edilenin netleştirilmesi, aydınlatılması, belirlenmesi sözkonusudur.

Taraflarca getirilme ilkesi, hâkimin soru sorma ve davayı aydınlatma ödevi (m. 31) çerçevesinde yumuşatılmıştır (Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, 2011, 11.Bası, s. 248 vd).

6100 sayılı HMK'nın "hâkimin davayı aydınlatma görevi" başlıklı 31'inci maddesine göre, "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir."

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenleme ile doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar "açıklama yaptırabilir" denilmişse de, bunun, hâkimin davayı aydınlatması için bir "ödev" olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, age, s. 248 vd).

Görüldüğü üzere, hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin 31'inci maddede, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü konular hakkında taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği, kanıt gösterilmesini isteyebileceği belirtilmiştir.

Bu aşamada, davanın dayanağını oluşturan fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıldığı iddiasının ispat koşulları üzerinde de durulması gerekmektedir.

Gerek mülga 1475 sayılı İş Kanunu, gerekse halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatı, genel hükümlere tabidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6'ncı maddesi uyarınca, "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür."

Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını, hafta tatilleri ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını iddia eden işçi, kural olarak, bu iddiasını ispat etmek zorundadır.

Fiili bir olgu söz konusu olduğundan kural olarak işçi, fazla çalışma yaptığını, hafta tatillerinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını her türlü delille ispat edebilir.

Bu kapsamda, iş davalarında sıklıkla başvuru delillerden biri olan tanık beyanı, takdiri bir delildir; hâkimi bağlamaz ancak hâkim, tanık beyanını serbestçe takdir ederken sadece vicdani kanaati ile karar veremez. Tanık beyanları yönünde ya da aksine hüküm tesis edilmesi durumunda, tanık beyanının neden kabul edildiği ya da edilmediği açıklanmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta davacı iş yerinde çalıştığı sürelerin İş Kanunu'nda belirlenen azami sınırın çok üzerinde olduğunu ve bu çalışmalarının karşılığının ödenmediğini ileri sürerek fazla çalışma ücretinin tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya içeriğine göre, taraflarca delil listeleri ibraz edilmiş, bildirilmiş olan tanıklar dinlenilmiş ve davacının çalıştığı süreleri gösterir 01.05.2010 ilâ 30.06.2010 tarihleri arası dönemi kapsayan puantaj kayıtları sunulmuştur. Mahkemece toplanılan deliller değerlendirilerek hüküm kurulmuştur.

Bu açıklamalara göre, bozma kararında belirtilen ve davalı tarafça ibraz edilmeyen belge ve kayıtların mahkemece resen getirilmesi, uyuşmazlık konusu alacaklar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu olduğundan, 6100 sayılı HMK'nın 25'inci maddesinde ifade edilen "taraflarca hazırlama ilkesine" aykırıdır.

Hâl böyle olunca, yukarıda açıklanan nedenlerle fazla çalışma alacağı yönünden direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, hüküm altına alınan alacak miktarlarına ilişkin temyiz incelemesi yapılmadığından dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

2) Servis ücretine ilişkin uyuşmazlığın değerlendirilmesi;

Bu noktada, üçüncü kişi yararına sözleşmeyle ilgili açıklama yapmakta yarar bulunmaktadır.

Bir sözleşmede, ifanın taraflarca üçüncü kişiye yapılmasının kararlaştırılmasına, üçüncü kişi yararına sözleşme denir. Burada sözleşmenin alacaklı ve borçlu tarafı, sözleşmede taraf olmayan üçüncü bir kişi yararına bir edim kararlaştırmaktadır. Üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin tarafı olan borçlu, diğer taraf olan alacaklıya, üçüncü kişi yararına bir edimde bulunmayı kararlaştırmaktadır (Prof. Dr. Fikret Eren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler 2012, 14. Baskı, s. 1141). Üçüncü kişi yararına sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 129'unc (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 111'inci maddesi) maddesinde düzenlenmiştir. Bu türden sözleşmeler, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK. md. 129/1) ve tam

üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK. md.129/2) olarak ikiye ayrılır. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi yararına doğrudan doğruya bir alacak hakkı doğmaz. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde ise, üçüncü kişinin kendisi adına talepte bulunabilmesi mümkündür. Bir sözleşmenin ne zaman eksik ne zaman tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu TBK'nın 129'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen hükme göre belirlenir. Bu hükme göre, üçüncü kişinin kendisi adına talepte bulunabileceği ya sözleşmede açıkça yazılı olmalı ya da tarafların sözleşmede açıklanan iradelerinden bu durum tespit edilebilmeli yahut bu konuda bir örf veya adet bulunmalıdır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 55'inci maddesi ile ücret Anayasal güvenceye alınmış ve açıkça "ücretin emeğin karşılığı" olduğu belirtilmiştir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise açıkça "Devletin, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı" kurala bağlanmıştır.

Dosya içerisinde bulunan davalılar arasında 01.01.2010-31.12.2010 tarihlerini kapsayan yemek pişirme, dağıtım ve sonrası hizmetler konulu sözleşmenin 7'nci maddesinde ulaşımın, sözleşme bedeline dahil olduğu, yine davalı ... ile dava dışı Büroğulları Şirketi arasında imzalanan 01.01.2011-28.02.2011 tarihli ve malzemeli, dağıtım ve sonrası yemek hizmeti alınmasına dair sözleşme tasarısının "Sözleşme bedeline dahil olan giderler" başlıklı 7'nci maddesinde ulaşımın sözleşme bedeline dahil olduğu belirtilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta kamunun taraf olduğu hizmet alım sözleşmesinde açık bir şekilde, ulaşım giderinin sözleşme bedeline dahil olduğu kararlaştırıldığından, hizmet alım sözleşmesi kapsamında çalışan işçiler yararına olmak üzere üçüncü kişi lehine şart öngörüldüğü ortadadır.

Uyuşmazlığın çözümü için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22'nci maddesi ile yapılan düzenleme üzerinde de durmak gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22'nci maddesindeki, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi, değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak sure-

tiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir “ şeklindeki düzenleme, çalışma şartlarındaki değişikliğin kanuni dayanağını oluşturur.

Sözü edilen 22’nci maddenin yanı sıra Anayasa, kanunlar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile iş yeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma şartları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma şartlarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, iş yerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma şartları arasında yerini alır.

Çalışma şartlarındaki değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren, iş yerinin kârlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesinin şekli, zamanını ve hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da iş yerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

4857 sayılı Kanun’un 22’nci maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma şartlarının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır. Çalışma şartlarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması kanun gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir. İşçi çalışma şartlarında yapılmak istenen değişikliği usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur. İşçinin değişikliği kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerlidir. Bir başka anlatımla işveren işçinin bir kez vermiş olduğu değişiklik kabulünü, daha sonraki dönemlerde başka değişiklikler için kullanamaz.

İşçinin, değişikliği kabul yazısının işverene ulaşma anına kadar bu değişiklikten vazgeçmesi mümkündür. Yapılan değişiklik önerisi, altı iş günü içinde işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz.

İşçi çalışma şartlarında esaslı değişikliği kabul etmez ve iş yerinde çalışmaya devam edilirse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır.

Somut uyuşmazlıkta davacı, işverence servis hizmeti sağlanmadığını ve servis ücretinin de ödenmediğini ileri sürerek servis ücretinin tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... vekili, davacının talep ettiği servis ücretinin diğer davalı ile müvekkili arasında imzalanan sözleşme bedeline dahil olup müvekkili tarafından yüklenici şirkete ödendiğini; davalı Yemek Hiz. Tem. Sağ. Oto. İnş. Tic. Ltd. Şti. vekili ise belirli bir süre servis hizmetinin yerine getirildiğini ancak bu hizmetten faydalananların fazla olmaması sebebi ile daha sonra kaldırıldığını savunmuştur.

Davacı, davalılar nezdinde 01.04.2008 tarihinde çalışmaya başlamıştır. Taraf tanıklarının beyanlarından, iş yerinde 2008 yılının Nisan ayında servis hizmetinin sağlandığı ancak daha sonra kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Davalı Yemek Hiz. Tem. Sağ. Oto. İnş. Tic. Ltd. Şti. vekilinin sunmuş olduğu bozma öncesi temyiz dilekçesinde de 4 veya 6 ay süre ile servis hizmetinin sağlandığı ve daha sonra tek taraflı olarak kaldırıldığı belirtilmiştir.

Açıklanan bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacının işe başladığı tarih itibarıyla iş yerinde servis hizmetinin mevcut olduğu, bu hizmetin 4 veya 6 ay süre ile temin edildiği gözetildiğinde işverenin servis uygulamasının üçüncü kişi lehine sözleşmeyle güvence altına alındığı ve iş yeri uygulaması olduğunun kabulü gerekmektedir. Bir iş yeri uygulaması olan servis hizmetinin kaldırılması ise esaslı değişiklik niteliğinde olup, değişikliğin geçerli olabilmesi için işçinin yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin yazılı rızası da mevcut olmadığından işverence yapılan tek taraflı değişiklik davacı işçiyi bağlamaz.

Hâl böyle olunca, yukarıda açıklanan nedenlerle servis ücreti alacağı yönünden direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, hüküm altına alınan alacak miktarlarına ilişkin temyiz incelemesi yapılmadığından dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

(I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan **REDDİNE**,

(II) numaralı bendin 1 ve 2 numaralı alt bentlerinde açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan, davalı ... vekilinin hüküm altına alınan alacak miktarlarına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 04.12.2018 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: Somut olayda davacının talep konusu yaptığı işçilik alacaklarının hesaplanabilmesi için işverenin sunacağı kayıt ve bordrolara ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu nedenle davanın “belirsiz alacak davası” olarak açılması doğrudur

Y HGK E. 2015/2626 K. 2018/2002 T. 20.12.2018

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı noktasında toplanmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesiyle, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107. maddesine göre,

“(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.”

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından, esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak

arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi üzerinde durularak ihdas edilmiş ve nihayetinde kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafca belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklanılmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde “Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez.” şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkanlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir.

Alacağın hangi hallerde belirsiz, hangi hallerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu alacak bakımından somut olayın özelliklerinin nazara alınarak sonuca gidilmesi gereklidir.

6100 sayılı Kanun’un 107/2. maddesinde, sorunun çözümünde yol gösterici mahiyette kriterlere yer verilmiştir. Anılan madde fıkrasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabileceği hüküm altına alınmış, madde gerekçesinde de “karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneği bilirkişi ya da keşif incelemesi sonucu)” belirlenebilme hali açıklanmıştır.

Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün

olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Sıf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması anlamına gelmez. Önemli olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır. Sadece alacak miktarının taraflar arasında uyuşmazlık bulunması ya da tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması halinde, neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki, bu da kanunun amacına aykırıdır. Çünkü, zaten uyuşmazlık bulunduğu için dava açılmakta ve uyuşmazlık mahkeme önüne gelmektedir. Önemli olan davacının talebini belirli kılacak imkâna sahip olup olmadığıdır. Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Davacının talep ettiği alacağı belirlenmesi objektif olarak mümkün, ancak belirleyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde ispatı (elindeki delillerle) mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü, bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir; ancak her zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güclüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir.

Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz.

Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Belirsiz alacak davası, bu davaya ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gerekir.

Hakime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde hakimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibarıyla ala-

cağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkansız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, şahit anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda takdiri indirim yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, şahit anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hakimın takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.

6100 sayılı Kanun ile birlikte, yukarıda belirtilen çerçevede belirsiz alacak davası açma imkanı tanınarak belirsiz alacaklar bakımından hak arama özgürlüğü genişletilmiş; bununla bağlantılı olarak da hukuki yarar bulunmadan kısmi dava açma imkanı sınırlandırılmakla birlikte, tamamen kaldırılmamıştır.

Zaman zaman, 6100 sayılı Kanun ile birlikte kabul edilen belirsiz alacak davası ile kısmi davaya ilişkin yeni düzenlemedeki sınırın tam olarak tespit edilemediği, birinin diğeri yerine kullanıldığı görülmektedir. Oysa bu iki davanın amacı ve niteliği ayrıdır. Alacak, belirli veya belirlenebilir ise, belirsiz alacak davası açılmaz ancak şartları varsa kısmi dava açılması mümkündür.

Kanunun kısmi dava açma imkanını sınırlamakla birlikte tamamen ortadan kaldırmadığı da gözetildiğinde, belirli alacaklar için, belirsiz alacak davası açılmasa da, şartları oluştuğunda ve hukuki yarar bulunduğu kısmi dava açılması mümkündür. Aksi halde, sadece ya belirsiz alacak davası açma veya belirli tam alacak davası açma şeklinde iki imkandan söz edilebilir ki, o zaman da kısmi davaya ilişkin 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesindeki hükmün fiilen uygulanması söz konusu olamayacaktır. Çünkü, belirsiz alacak davasında zaten belirsiz alacak davasının sağladığı imkanlardan yararlanarak dava açılacak şayet alacak belirli ise de, o zaman sadece tam eda davası açılacaktır. Oysa kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği prensibi gereği, anılan maddeyle kısmi davaya ilişkin düzenleme yapıldığı düşünülerek ve Kanundaki sınırlamalara dikkat edilerek kısmi dava açılacaktır.

Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın be-

lirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir. Aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkan sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkan yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılacakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşulamıyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşulamıyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanununun 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşımıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir.

6100 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanununun 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu belirtmek gerekir ki, iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılmaz. Keza aynı şey kısmî dava için söz konusudur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında eldeki davaya konu somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirsiz alacak davası yönünden yapılan değerlendirmede;

Fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarına yönelik talepler bakımından, alacak iddiasının şahit anlatımlarına dayanması sebebiyle, kabul ihtimalinde hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda takdiri indirim yapılması gerekliliği sözkonusu olduğundan ve hakimın takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacaklar belirsizdir.

Uyuşmazlık konusu kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin alacağı bakımından ise talep içeriğinden açıkça anlaşıldığı üzere, davacı çalışma süresini, en son ödenen ücreti, alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını, hizmet süresine göre kaç gün yıllık izne hak kazandığını ve kaç gün ücretli izin kullandığını belirleyebilmektedir. Tazminat hesaplamasına esas alınacak aylık ücrete ek para veya parayla ölçülebilen sosyal menfaatleri de belirleyebilecek durumdadır. Bu halde kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin alacakları, belirsiz alacak değildir. Dava konusu edilen alacakların gerçekte belirlenebilir olacak olmaları ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılınca, bu talepler yönünden hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığını, müvekkilinin davalı iş yerinde şef garson olarak 16.12.2006-06.09.2011 tarihleri arasında çalıştığını, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedildiğini, yıllık izinlerinin kullandırılmadığını belirterek, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının müvekkiline ait iş yerinde garson olarak 16.12.2006-06.09.2011 tarihleri arasında asgari ücret ile çalıştığını, yıllık ücretli izinlerinin kullandırıldığını, davacı işçi tarafından iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davacının komilik yapmayı kabul etmemesi üzerine davalı işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedildiği, davacının yemin beyanı doğrultusunda yıllık ücretli izin alacağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenle bozulmuştur.

Mahkemece, çoğu işçinin kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin alacağını belirlemeye ilişkin ücret miktarını bilemediği, yeterli bilgi ve belge bulunmadığından avukatların tam dava açabilecek durumda olmadıkları, genel olarak her davada çalışma süresinin belirsiz olduğu, davacının belirlediği miktar ve süreye itiraz edilmemesi ile dosyanın bilirkişiye gönderilmemesi durumunda alacakların belirlenebilir olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda dava konusu kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin alacağının belirsiz olacak olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davacının belirsiz alacak davası olarak eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle belirsiz alacak davasının hukuki niteliğinden bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 107' nci maddesiyle mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107' nci maddesinde yer alan;

“1- Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

2- Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

3- Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.” şeklindeki hüküm ile belirsiz alacak davası düzenlenmiştir.

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi ile ihdas edilmiş ve kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hâli, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde; “Bu davanın kabul edilmesinin artık salt hukuki korumanın ötesine geçilerek “etkin hukuki koruma”nın gündeme gelmiş olmasının da bunu gerektirdiği belirtildiği gibi, hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukuki ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilecektir. Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukuki ilişki ile asgari bir miktar ya da değer belirtmek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Belirsiz alacak veya

tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanışımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hâllerde yalnızca tespit yahut kısmi eda ile birlikte tespit davasının açılabilceğı genel olarak kabul edilmektedir. Alacaklı, yalnızca eda davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi eda ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahip olduğu, hak-arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde var olan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamayacağı, esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her eda davasının temelinde bir külli tespit unsuru bulunduğıu, başka deyimle eda hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur.” şeklindeki açıklamayla, alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak bazı kriterler kabul edilmiştir.

Bu kriterler, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

1- Davacının kendisinden beklenememesi,

2- Bunun olanaksız olması,

3- Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir.

Belirsiz alacak davasının getirdiğı en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanışımına uğrama riskini azaltmasıdır.

İşçilik alacakları bakımından, dava konusu edilen alacağın belirli olup olmadığı ile ilgili olarak davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenememesi kriteri ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kriterini birlikte değerlendirip sonuca gidilmesi gerekir. Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması veya bu konuda belge düzenlenip kendisine verilmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile işverene yazılı sözleşme yapılmayan hâllerde en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih hâlinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belgeyi işçiye verme yükümlülüğü getirilmiştir. Kanununun 32/2'nci maddesi ile ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın kural olarak Türk parası ile iş yerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği, çalıştırdığı işçilerin söz konusu alacaklarını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişilerin özel olarak açılan banka hesapları dışında bu alacakları ödeyemeyeceği belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 37'nci maddesi ile işverene iş yerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya iş yerinin özel işaretini taşıyan bir pusula verme yükümlülüğü hükme bağlanmıştır. Söz konusu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

Kanununun 67'nci maddesinde, günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin iş yerlerinde işçilere duyurulacağı; 75'inci maddesinde ise işverene çalıştırdığı her işçi için işçinin kimlik bilgilerinin yanında, İş Kanunu'nun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorunda olduğu bir özlük dosyası düzenlemesi gerektiği yükümlülükleri getirilmiştir.

Söz konusu düzenlemelere bakıldığında işçi işveren arasındaki iş ilişkisinde belgeye bağlama görev ve yetkisinin işçide değil, işverende olduğu görülmektedir.

İş sözleşmesinde iş görme edimini yerine getiren ve belge düzenleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunmayan işçinin, alacaklarını belirleyebilmesi için işveren tarafından düzenlenen kanuna uygun belgelere ihtiyacı vardır. Diğer yandan iş ilişkisindeki alacak kalemlerinin hesaplanmasında çıplak ücret ya da giydirilmiş ücrete göre hesaplanan farklı alacak türleri bulunmaktadır. Örneğin kıdem tazminatı, giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer işçilik alacakları (fazla çalışma, hafta tatili, yıllık ücretli izin alacakları gibi) çıplak ücretten hesaplanmaktadır.

Giydirilmiş ücrete, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Özellikle ücrete dâhil edilecek menfaatlerin iş yerinde süreklilik arz edip arz etmediği de çoğunlukla taraflar arasında tartışma konusu edilmektedir. Bu nedenle eğitim düzeyi ve sosyal durumları birbirinden farklı olan işçilerin alacağı tam ve kesin olarak belirleyebilmelerini beklemek mümkün değildir. Bunun için yukarıda bahsedilen iki kriter birlikte değerlendirilerek, dava konusu edilen işçilik alacağının belirli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2012 tarihli ve 2012/9-838 E., 2012/715 K. sayılı kararında belirtildiği üzere, işçilik alacaklarının özelliği dikkate alınarak alacakların belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi aksinin kabulü de doğru değildir. Aynı şekilde bu nedenle talep konusu işçilik alacaklarının belirli olup olmadığı somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.06.2015 tarihli ve 2015/22-1156 E., 2015/1598 K., 22.06.2016 tarihli ve 2016/22-874 E., 2016/824 K., 17.01.2018 tarihli ve 2016/22-2177 E., 2018/29 K. ve 17.01.2018 tarihli ve 2016/22-2181 E., 2018/24 K, 07.03.2018 tarihli ve 2014/22-2350 E., 2018/439 K., 14.03.2018 tarihli ve 2015/22-186 E., 2018/479 K. ile 28.03.2018 tarihli ve 2015/22-127 E., 2018/559 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Öte yandan işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olmayacağı konusunda Yargıtay'ın iş davalarına bakan 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu içtihatları arasında ortaya çıkan farklılığın giderilmesi için Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca yapılan değerlendirme sonucunda 15.12.2017 tarihli ve 2016/6 E., 2017/5 K. sayılı kararı ile "İşçilik alacaklarının çok çeşitli tür, nitelik ve kapsamda olması, somut olayın özelliklerine göre oldukça değişkenlik göstermesi, hatta aynı tür işçilik alacaklarında dahi somut olayın özellikleri itibarıyla işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olmayacağı konusunda soyut ve genel nitelikte, her bir olayda geçerli olacak ölçüde bir karar almamayacağından, içtihadı birleştirmeye gerek olup olmadığı" ön sorun olarak tartışılmış ve sonuç olarak içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı yönünde karar verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı vekili müvekkilinin davalı iş yerinde şef garson olarak 16.12.2006-06.09.2011 tarihleri arasında çalıştığını, işveren tarafından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, yıllık izinlerinin kullandırılmadığını belirterek kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ücreti alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının çalışma süresinin 16.12.2006-06.09.2011 tarihleri arasında olduğu, davacının aldığı bahşışın devamlılığının olmaması sebebiyle bahşış ücretinin dikkate alınmadığı, dosya kapsamında bulunan tanık beyanları ve 2011 yılı Haziran ayına ait imzalı bordro dikkate alınmak suretiyle ücretinin brüt 837, 00TL olduğu kabul edilerek hesaplama yapılan bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulmuştur.

Somut olayda aylık brüt ücretin belirlenebilmesi ve talep edilen işçilik alacaklarının hesaplanabilmesi için işverenin sunacağı kayıt ve bordrolara ihtiyaç duyulmaktadır. Davalı işveren yargılama sırasında sadece 2011 yılı Haziran ayına ait bordro sunmuş ise de hesaplama esas teşkil edecek diğer bordro ve kayıtları sunmamıştır.

Bu durumda davacının son aylık brüt ücret miktarını ve buna bağlı olarak kıdem ve ihbar tazminatlarını belirlemesi, davacı işçinin eğitim ve sosyal durumu dikkate alındığında kendisinden beklenemeyeceği gibi, söz konusu alacakların belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasına ve tahkikata ihtiyaç duyulduğundan, mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, alacağın belirli olup olmadığına talep sonucunun belirlenmesiyle alakalı olduğu, yargılama sırasındaki ispat sorunlarının konuyla bir ilgisinin bulunmadığı, davacının dava dilekçesinde çalışma süresi ve ücretini açıkça belirtmediği, mahkemenin somutlaştırma ilkesinin gereklerini yerine getirmediği, bahşış ücreti ve yemek yardımı dahil edilmeyerek belirlenen ücret miktarı doğrultusunda hazırlanan bilirkişi raporuna davacı tarafça itiraz edilmediği, davacı işçinin çalışma süresi ve ücretinin belirli olduğu, davacı tarafın ücrete ilişkin açık temyiz itirazının bulunmadığı belirtilerek kararın bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Hâl böyle olunca mahkemenin direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, Özel Dairece bozma nedenine göre davanın esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Direnme uygun bulunduğundan davalı vekilinin işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 20.12.2018 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ • BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: İşçinin kıdem ve ihbar tazminatı alacakları işverenin yasa gereği düzenleyip işçiye vermekle yükümlü olduğu belgelerdeki bilgilere göre hesaplanacaktır.

Bu belgeler işçiye verilmemiştir.

Bu duruma göre davanın belirsiz alacak davası olarak açılması doğrudur.

Y. HGK E. 2015/2642 K. 2018/1902 T. 12.12.2018

“...Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davanın belirsiz alacak davası olduğunu belirterek, davacının 23.11.2009 - 13.09.2012 tarihleri arasında davalıya ait iş yerinde tespitçi kurye olarak çalıştığını ve 2012 Ağustos ayı bordrosunu ihtirazi kayıtla imzalamak istemesi üzerine iş sözleşmesinin 13.09.2012 tarihi itibari ile haksız olarak, çalışmaları karşılığı ücretler ödenmeden ve ihbar sürelerine uyulmadan feshedildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile fazla çalışma, genel tatil ve ücret alacaklarını istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin devamsızlık haklı sebebine dayanılarak feshedildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

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

Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Taraflar arasında öncelikle çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı noktasında toplanmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesiyle, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107. maddesine göre,

“(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açulabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.”

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından, esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi üzerinde durularak ihdas edilmiş ve nihayetinde kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açulabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibarıyla uyumsuzluğa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde “Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez.” şeklindeki açıklamayla,

alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkanlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir.

Alacağın hangi hallerde belirsiz, hangi hallerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu olacak bakımından somut olayın özelliklerinin nazara alınarak sonuca gidilmesi gereklidir.

6100 sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde, sorunun çözümünde yol gösterici mahiyette kriterlere yer verilmiştir. Anılan madde fıkrasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği hüküm altına alınmış, madde gerekçesinde de "karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneği bilirkişi ya da keşif incelemesi sonucu)" belirlenebilme hali açıklanmıştır.

Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Sırf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması anlamına gelmez. Önemli olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır. Sadece alacak miktarının taraflar arasında uyuşmazlık bulunması ya da tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması halinde, neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki, bu da kanunun amacına aykırıdır. Çünkü, zaten uyuşmazlık bulunduğu için dava açılmakta ve uyuşmazlık mahkeme önüne gelmektedir. Önemli olan davacının talebini belirli kılacak imkâna sahip olup olmadığıdır. Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Davacının talep ettiği alacağı belirlenmesi objektif olarak mümkün, ancak belirleyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde ispatı (elindeki delillerle) mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü, bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı

ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir; ancak her zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güclüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir.

Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabilir kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz.

Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Belirsiz alacak davası, bu davaya ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gerekir.

Hakime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde (Örn: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 50, 51, 56), hakimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibariyle alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkansız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında, Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, tanık anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hakimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.

6100 sayılı Kanun ile birlikte, yukarıda belirtilen çerçevede belirsiz alacak davası açma imkanı tanınarak belirsiz alacaklar bakımından hak arama özgürlüğü genişletilmiş; bununla bağlantılı olarak da hukuki yarar bulunmadan kısmi dava açma imkanı sınırlandırılmakla birlikte, tamamen kaldırılmamıştır.

Zaman zaman, 6100 sayılı Kanun ile birlikte kabul edilen belirsiz alacak davası ile kısmi davaya ilişkin yeni düzenlemedeki sınırın tam

olarak tespit edilemediği, birinin diğeri yerine kullanıldığı görülmektedir. Oysa bu iki davanın amacı ve niteliği ayrıdır. Alacak, belirli veya belirlenebilir ise, belirsiz alacak davası açılmaz; ancak şartları varsa kısmi dava açılması mümkündür.

Kanunun kısmi dava açma imkanını sınırlamakla birlikte tamamen ortadan kaldırmadığı da gözetildiğinde, belirli alacaklar için, belirsiz alacak davası açılmasa da, şartları oluştuğunda ve hukuki yarar bulunduğu kısmi dava açılması mümkündür. Aksi halde, sadece ya belirsiz alacak davası açma veya belirli tam alacak davası açma şeklinde iki imkandan söz edilebilir ki, o zaman da kısmi davaya ilişkin 6100 sayılı Kanunun 109. maddesindeki hükmün fiilen uygulanması söz konusu olamayacaktır. Çünkü, belirsiz alacak davasında zaten belirsiz alacak davasının sağladığı imkanlardan yararlanarak dava açılabilir; şayet alacak belirli ise de, o zaman sadece tam eda davası açılabilir. Oysa kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği prensibi gereği, anılan maddeyle kısmi davaya ilişkin düzenleme yapıldığı düşünülerek ve Kanundaki sınırlamalara dikkat edilerek kısmi dava açılabilir.

Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanunun 119/1-ğ maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkan sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkan yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır. Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılacakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla

birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılıyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanunun 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılıyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanunun 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşıyamıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir (Dairemizin 31.12.2012 tarih 2012/30463 esas 2012/30091 karar sayılı kararı).

6100 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanunun 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu belirtmek gerekir ki, iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılmaz. Keza aynı şey kısmî dava için söz konusudur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında eldeki davaya konu somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirsiz alacak davası yönünden yapılan değerlendirmede;

Davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı şüphesizdir. Fazla çalışma ve genel tatil alacakları yönünden, davacı haftada kaç saat fazla çalışma yaptığını, hangi genel tatillerde çalıştığını belirleyebilmekte ise de, hakimin hesaplanan miktardan hangi oranda takdiri indirim yap-

cağını bilebilecek durumda değildir. Bu sebeple fazla çalışma ve genel tatil alacakları belirsiz alacak davasına konu edilebilir. Uyuşmazlık konusu kıdem ve ihbar tazminatı alacağı bakımından; talep içeriğinden de açıkça anlaşıldığı üzere, davacı çalışma süresini, en son ödenen ücreti, alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını belirleyebilmektedir. Tazminat hesaplamasına esas alınacak aylık ücrete ek para veya parayla ölçülebilen sosyal menfaatleri de belirleyebilecek durumdadır. Bu halde kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacakları, belirsiz alacak değildir. Dava konusu edilen alacakların gerçekte belirlenebilir alacak olmaları ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılacakla, kıdem ve ihbar tazminatı alacakları yönünden hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir....”

gereğesiyle oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkilinin davalı işveren nezdinde 23.11.2009 tarihinden iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedildiği 13.09.2012 tarihine kadar “tespitçi kurye” olarak çalıştığını, en son aldığı ücretin 846,00TL olduğunu, iş yerinde her gün öğle yemeği verildiğini, servis hizmeti sağlandığını, tazminata esas brüt aylığın hesabının bu aşamada tespitinin mümkün olmadığını, davanın belirsiz alacak davası olduğunu belirterek, kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddinin gerektiğini, davacı imzalı ve ihtirazi kayıt bulunmayan bordrolara göre fazla çalışmaların karşılığının ödendiğini, bunun dışında fazla çalışması olmadığı gibi ücret ve genel tatil alacaklarının da bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece davanın belirsiz alacak davası olduğu kabul edilerek bilirkişi raporu uyarınca davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece davanın açıldığı tarihte alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin davacıdan beklenememesi, belirlenmesinin imkansız olması, taraflar arasında tartışmalı olması, açıkça belirlenememesi halinde Kanunun belirsiz alacak davası açılabileceğini vurguladığı, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiren her alacağın belirsiz kabul edilmesi gerektiği, dava dosyasında da emsal ücret araştırması neticesinde bilirkişi incelemesi yapılarak hesap raporu alınması karşısında alacağın belirsiz kabul edilmesi gerektiği, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 27.12.2012 tarihli ve 2012/1756 E., 2012/5741 K. sayılı kararında, dava şartı olan hukuki yarar şartının tamamlanması gereken şartlardan olup belirsiz alacak davası kriterleri olmadığına dahi davanın hemen reddedilmemesi ve tam eda davası için davacı tarafa harç yatırılması hususunda süre verilmesi gerektiğinin belirtildiği, davacının alacağının bulunduğu bilirkişi raporu ile tespit edilmişken hukuki yararının olmadığından bahsedilemeyeceği, aynı konuda bir kısım işçilerin açmış olduğu belirsiz alacak davalarında aynı gerekçe doğrultusunda verilen kabul kararlarının Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından onandığı, bu durumda eşitsizliğin ve çelişkili kararlarının ortaya çıktığı gerekçesiyle ve önceki gerekçeler de eklenmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda dava konusu kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının belirsiz alacak olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davacının belirsiz alacak davası olarak eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle belirsiz alacak davasının hukuki niteliğinden bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 107' nci maddesiyle mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinde yer alan,

“1-Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

2-Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

3-Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.” şeklindeki hüküm ile belirsiz alacak davası düzenlenmiştir.

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi ile ihdas edilmiş ve kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibarıyla uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hâli, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde; “Bu davanın kabul edilmesinin artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek “etkin hukukî koruma”nın gündeme gelmiş olmasının da bunu gerektirdiği belirtildiği gibi, hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilecektir. Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmaması ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Miktarı belirsiz

alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin varolduğu hâllerde yalnızca tespit yahut kısmi eda ile birlikte tespit davasının açılacağı genel olarak kabul edilmektedir. Alacaklı, yalnızca eda davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi eda ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahip olduğu, hak-arama özgürlüğünün (...m.36, İHAS.m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamayacağı, esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her eda davasının temelinde bir külli tespit unsuru bulunduğu, başka deyimle eda hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur.” şeklindeki açıklamayla, alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak bazı kıstaslar kabul edilmiştir. Bu kıstaslar, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

1- Davacının kendisinden beklenememesi,

2- Bunun olanaksız olması,

3- Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir.

Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katlanma ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğrama riskini azaltmasıdır.

Usul hukukunun maddi hukuk içinde gerçekleşen hakkın talep edilebilirliğini, tespitini belirli kurallara bağlayan hukuk dalı olması nedeniyle maddi hukuk için araç olduğu unutulmamalıdır. O nedenle iş yargılaması kuralları ve bu anlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu kurallarının iş ve sosyal güvenlik hukukuna hizmet ederken, bu hukukun ilkelerini de göz ardı etmemesi gerekecektir.

İşçilik alacakları bakımından, dava konusu edilen alacağın belirli olup olmadığı ile ilgili olarak davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan beklenememesi kıstası ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kıstasının birlikte değerlendirilip sonuca gidilmesi gerekir.

Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması veya bu konuda belge düzenlenip kendisine verilmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile işverene yazılı sözleşme yapılmayan hâllerde en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belgeyi işçiye verme yükümlülüğü getirilmiştir.

Kanunun 32/2'nci maddesi ile ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın kural olarak Türk parası ile iş yerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği, çalıştırdığı işçilerin söz konusu alacaklarını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişilerin özel olarak açılan banka hesapları dışında bu alacakları ödeyemeyeceği belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 37'nci maddesi ile işverene iş yerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya iş yerinin özel işaretini taşıyan bir pusula verme yükümlülüğü hükme bağlanmıştır. Söz konusu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 67'nci maddesinde, günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin iş yerlerinde işçilere duyurulacağı; 75'nci maddesinde ise işverene çalıştırdığı her işçi için işçinin kimlik bilgilerinin yanında, İş Kanunu'nun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorunda olduğu bir özlük dosyası düzenlemesi gerektiği yükümlülükleri getirilmiştir.

Söz konusu düzenlemelere bakıldığında işçi işveren arasındaki iş ilişkisinde belgeye bağlama görev ve yetkisinin işçide değil, işverende olduğu görülmektedir.

İş sözleşmesinde iş görme edimini yerine getiren ve belge düzenleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunmayan işçinin, alacaklarını belirleyebilmesi için işveren tarafından düzenlenen kanuna uygun belgelere ihtiyacı vardır. Diğer yandan iş ilişkisindeki alacak kalemlerinin hesaplanmasında çıplak ücret ya da giydirilmiş ücrete göre hesaplanan farklı alacak türleri bulunmaktadır. Örneğin kıdem tazminatı, giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer işçilik alacakları (fazla çalışma, hafta tatili, yıllık ücretli izin alacakları gibi) çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrete, işçinin

asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Özellikle ücrete dâhil edilecek menfaatlerin iş yerinde süreklilik arz edip arz etmediği de çoğunlukla taraflar arasında tartışma konusu edilmektedir. Bu nedenle eğitim düzeyi ve sosyal durumları birbirinden farklı olan işçilerin alacağını tam ve kesin olarak belirleyebilmelerini beklemek mümkün değildir. Bunun için yukarıda bahsedilen iki kriter birlikte değerlendirilerek, dava konusu edilen işçilik alacağının belirli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2012 tarihli ve 2012/9-838 E., 2012/715 K. sayılı kararında belirtildiği üzere işçilik alacaklarının özelliği dikkate alınarak alacakların belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi aksinin kabulü de doğru değildir. Aynı şekilde bu nedenle talep konusu işçilik alacaklarının belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.06.2015 tarihli ve 2015/22-1156 E., 2015/1598 K., 22.06.2016 tarihli ve 2016/22-874 E., 2016/824 K. ile 17.01.2018 tarihli ve 2016/22-2181 E., 2018/24 sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Öte yandan işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda Yargıtay'ın iş davalarına bakan Daireleri olan 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu içtihatları arasında ortaya çıkan farklılığın giderilmesi için Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca yapılan değerlendirme sonucunda 15.12.2017 tarihli ve 2016/6 E., 2017/5 K. sayılı kararı ile "İşçilik alacaklarının çok çeşitli tür, nitelik ve kapsamda olması, somut olayın özelliklerine göre oldukça değişkenlik göstermesi, hatta aynı tür işçilik alacaklarında dahi somut olayın özellikleri itibarıyla işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda soyut ve genel nitelikte, her bir olayda geçerli olacak ölçüde bir karar alınamayacağından içtihadı birleştirmeye gerek olup olmadığı ön sorun olarak tartışılmış ve sonuç olarak içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı" yönünde karar verilmiştir.

Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular ışığında somut olay değerlendirildiğinde, davacı vekili müvekkilinin davalıya ait iş yerinde 23.11.2009-13.09.2012 tarihleri arasında çalıştığını, son aldığı ücretin 846TL olduğunu, işyerinde öğle yemeği verildiğini ve servis hizmeti sağlandığını, iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı neden olmaksızın feshedildiğini ileri sürmüştü, davalı vekili ise iş sözleşmesinin 17.09.2012 tarihi itibarıyla haklı nedenle feshedildiğini, davacının imzasının bulun-

duğu bordroların dosyaya sunulduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının ücreti net 846TL (brüt 1.181, 73 TL) olarak belirlenmiş, brüt ücretine günlük 3, 86TL yemek ücreti ile 2, 57TL servis ücreti de ilave edilerek tespit edilen giydirilmiş ücret üzerinden dava konusu kıdem ve ihbar tazminatı alacakları hesaplanmıştır.

Açıklandığı üzere kıdem ve ihbar tazminatlarının hesabına esas olan ücret giydirilmiş ücrettir ve giydirilmiş ücrete işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Bu kapsamda aynı olarak sağlanan yemek ve yol yardımlarının parasal değerinin de tazminat hesabında göz önünde tutulacağı kuşkusuzdur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/3'üncü maddesinde işveren açıkça işçiye varsa ücret eklerini gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlü tutulmuştur. Bu kapsamda davacı işçiye iş yerinde aynı olarak yemek ve yol yardımlarının sağlandığı açık olup işveren tarafından ise dosyaya Kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirerek gerekli belgeleri işçiye teslim ettiğine dair bir delil sunulmamıştır. Bu nedenle işçinin alacağını belirleyecek verilerin elinde bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.

Öyleyse, dava konusu kıdem ve ihbar tazminatı istemlerinin belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesine ihtiyaç duyulduğundan, anılan alacakların belirlenebilir olduğundan bahsedilemeyecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.03.2018 tarihli ve 2015/22-2283 E., 2018/421 K., 25.09.2018 tarihli ve 2015/22-856 E., 2018/1350 K. ile 02.10.2018 tarihli ve 2015/22-220 E., 2018/1398 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Hâl böyle olunca mahkemenin direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, Özel Dairece bozma nedenine göre davanın esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Direnme uygun bulunduğundan davalı vekilinin işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 12.12.2018 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

TRAFİK KAZASI NEDENİYLE TAZMİNAT İŞLETEN KAVRAMI

ÖZET: Aracın tamir işi ile uğraşan şirketin elemanına teslim edildiği, kazanın meydana geldiği sırada her iki davalının araç üzerinde eylemsel egemenliğinin bulunmadığı, kazanın tamir işi ile uğraşan işyerinin nam ve hesabına hareket eden ve teslim ile araç üzerindeki eylemsel egemenliği çalıştığı işyeri adına üstlenen davalı yönetiminde iken meydana geldiği, kaza nedeni ile oluşan zarardan KTK 3. maddesi kapsamında aracın gerçek işletenleri olan davalılar sorumluluklarının bulunmadığı, davalının KTK 104. maddesi anlamında işleten gibi sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Y. HGK E. 2018/78 K: 2018/1957 T. 18/12/2018

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Muğla 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 02.05.2013 tarihli ve 2004/409 E., 2013/367 K. sayılı karar davalılar ... ve ... vekili ile davalı ... vekili tarafından ayrı ayrı temyiz edilmekle; Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 23.12.2014 tarihli ve 2013/12660 E., 2014/19296 K. sayılı kararı ile;

(...Davacılar vekili, davalılar ... ve ...'in işleteni, davalı ...'nin sürücüsü olduğu aracın, davacıların desteği A.'ya çarparak ölümüne neden olduğunu belirterek fazlaya ilişkin talep hakları saklı kalmak kaydıyla 35.000, 00 TL maddi tazminat ile birlikte davacı eş ... için 15.000, 00 TL, çocuk Y. için 10.000, 00 TL ve çocuk Y. için 10.000, 00 TL manevi tazminatın davalılardan kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiş, islah dilekçesi ile maddi tazminat taleplerini davacı eş ... için 49.138, 75 TL, çocuk Y.A. için 3.241, 08 TL, çocuk Y.A. için 15.899, 53 TL'ye yükselttiklerini bildirmiştir.

Davalılar ... ve ... vekili, müvekkillerinin, aracın bozulması nedeniyle tamirciyi aradıklarını, tamirhanede işçi olarak çalışan diğer davalı

...nin aracın bulunduğu yere geldiğini, araçla ilgilendiğini ve tamirinin yapılması için servise gitmesi gerektiğini söylediğini, aracı alıp götürdüğü esnada kazanın meydana geldiğini, buna göre davalıların olayın meydana gelmesinde kusur ve sorumluluğunun bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... vekili, kazanın aracın teknik kusurundan meydana geldiğini, zararın sigorta şirketlerinden karşılanması gerektiğini ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kısmen kabulü ile davacı ... için 33.376, 18 TL, davacı ... için 3.241, 08 TL, davacı Y. için 15.899, 53 TL maddi tazminatın olay tarihi olan 05.06.2003 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacılara verilmesine, davacı ... için 15.000, 00 TL, davacılar Y. ve Y.'in her biri için 10.000, 00'er TL manevi tazminatın olay tarihi olan 05.06.2003 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacılara verilmesine, karar verilmiş; hüküm, davalı ... vekili ve davalılar ... ve ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı ... vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davalılar ... ve ... vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı ile manevi tazminat istemine ilişkindir.

2918 Sayılı KTK'nin 85. maddesinde motorlu aracın işletilmesinden doğan zararlardan işletenin sorumlu olduğu belirtilmiş olup işletenin kim olduğu 3. maddede açıklanmıştır. Aynı Yasanın 104.maddesinde motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibinin gözetim, bakım, onarım, alım-satım araçta değişiklik yapılması amacıyla veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın neden olduğu zararlardan dolayı işleten gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu halde aracın trafikte adına kayıtlı olduğu işletenin bu zararlardan sorumlu olmadıkları hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda, davalılar ... ve ...'in maliki olduğu araç kendi işyerlerinin önünde arızalanmış, davalılar, aracın tamiri için tamir işi yapan

davadaşı ...'ün servisini aramış, ..., işyeri çalışanlarından olan davalı ...'yi aracın tamiri için göndermiştir. Davalı ..., aracın tamiri için bir süre uğraştıktan sonra aracın servise gitmesi gerektiğini belirterek diğer davalılardan izin almak suretiyle aracı götürmek için hareket ettirmiş ve gidiş için manevra yaparken aracın kontrolünü kaybederek kaldırırında yürüyen destek A.A.'ya çarpmıştır. Bu durumda mahkemece, araç maliki olan davalılar ... ve ...'in, aracın tamir edilmesi için araçlarını tamir işi yapan servis çalışanı ...'ye teslim ettikleri, kazanın aracı servise götürmek için hareket ettiren ...'nin tedbirsiz ve dikkatsizliği sonucu meydana geldiği, kazanın oluşumunda araç maliki davalılara atfedilecek bir kusurun da bulunmadığı anlaşılmalı davalılar ... ve ... yönünden davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir....)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar vekili davalılar ... ve ...'in işleteni, davalı ...'nin sürücüsü olduğu aracın, davacıların desteğine çarparak ölümüne neden olduğunu, kazanın davalı sürücünün kusurundan kaynaklandığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 35.000, 00TL maddi tazminat ile birlikte davacı eş ... için 15.000, 00TL, çocuk ... için 10.000, 00TL ve çocuk Y.A. için 10.000, 00TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiş iken, ıslah dilekçesi ile maddi tazminat taleplerini yükseltmiştir.

Davalı ... ve ... vekili, müvekkillerinin aracın bozulması nedeniyle tamirciyi aradıklarını, tamirhanede işçi olarak çalışan diğer davalı ...'nin aracı tamirhaneye götürdüğü esnada meydana gelen kaza nedeniyle davalıların kusur ve sorumluluğunun bulunmadığını belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Davalı ... vekili kazanın aracın teknik kusurundan meydana geldiğini, zararın sigorta şirketlerinden karşılanması gerektiğini ifade ederek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile davacı ... için 33.376, 18TL, davacı ... için 3.241, 08TL, davacı Y.A. için 15.899, 53TL maddi tazminat ile davacı ... için 15.000, 00TL, davacılar Y.A. ve Y.A.'ın her biri için 10.000, 00'erTL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Davalı ... vekilinin ve davalılar ... ve ... vekilinin ayrı ayrı temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Davacılar vekilinin karar düzeltme istemi ise Özel Dairece reddedilmiştir.

Yerel mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı ... vekili ile davalılar ... ve ... vekili tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut uyuşmazlıkta aracın kayıt maliki olan davalılar ... ve ...'in 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. ve 104. maddeleri uyarınca işletenlik sıfatlarının sona erip ermediği, burada varılacak sonuca göre bu davalılar yönünden davanın reddinin gerekip gerekmeyeceği noktasında toplanmıştır.

I- Davalı ... vekilinin temyizi yönünden yapılan incelemede;

Davalı ... vekilinin mahkemece verilen ilk karara yönelik tüm temyiz itirazlarının Özel Dairece reddine karar verildiği ve davalı yanca karar düzeltme isteminde bulunulmayıp bu davalı hakkında verilen kararın kesinleştiği anlaşılacakla davalı ... vekilinin temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmiştir.

II- Davalılar ... ve ... vekilinin temyizi yönünden yapılan incelemede;

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konu ile ilgili kavramların ve yasal düzenlemelerin incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 3. maddesinde kimlerin işleten sayılayacağı açıklanmıştır. Buna göre; "araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır."

İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen 85. maddenin 1. fıkrasında “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar” düzenlemesi getirilmiş iken; aynı maddenin 5. fıkrasında da “İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.” amir hükmüne yer verilmiştir.

Kanun koyucu işletenin tanımına ve hukuki sorumluluğuna yukarıdaki şekilde düzenleme getirirken, bazı kişilerin KTK 3. maddesi kapsamında işleten olmadıkları hâlde meydana gelen zarardan işleten gibi sorumlu olacaklarını belirtmiştir. Uygulamada farazî işleten olarak adlandırılan bu kişiler ile ilgili düzenlemeler motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyetlerde bulunanlar, yarış düzenleyicileri, Devlete ve Kamu Kuruluşlarına ait araçlar, çalınan ve gaspedilen araçlar başlıkları altında yer almıştır.

Uyuşmazlıkta uygulanması gereken KTK'nın “Motorlu Araçlarla İlgili Mesleki Faaliyetlerde Bulunanlar” başlıklı 104. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan teşebbüslerin sahibi, gözetim, onarım, bakım, alım - satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya benzeri bir amaçla kendisine bırakılan bir motorlu aracın sebep olduğu zararlardan dolayı; işleten gibi sorumlu tutulur. Aracın işleteni ve araç için zorunlu mali sorumluluk sigortası yapan sigortacısı bu zararlardan sorumlu değildir.”

Görüldüğü gibi motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette kişiler, bu tür araçların gözetim, onarım, bakım, alım-satım, araçta değişiklik yapılması amacı ile veya buna benzer amaçlarla kendisine bırakılıp, teslim edilen aracın neden olduğu bu yasaya tabi tutulan zararlardan dolayı işleten gibi sorumlu tutulmaktadırlar. Bu şekilde oluşan zararlardan dolayı aracın asıl işleteni veya o araç için KZMSS yapan sigortacısı bu zararlardan sorumlu olmayacakları da bu yasal düzenlemede açıkça belirtilmiş bulunmaktadır (Ulaş, I.: Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012, s: 907).

104. maddede sayılan kişilerin farazî işleten olarak sorumlu tutulabilmesi için araç üzerindeki eylemsel egemenliğin kesin biçimde bu yere geçtiğinin kabulü gerekmektedir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalılar ... ve ...'in adlarına kayıtlı olan aracın bozulması üzerine, aracın bulunduğu yerden alınıp tamir amacıyla servise götürülmesi için işyeri sahibi ve araç malikleri ile anlaşmaya varıldığı, yapılan anlaşma sonucu tamirhanenin yetkili çalışanı olan davalı ...'nin aracı tamir yapılacak işyerine götürmek üzere aracın bulunduğu yere gönderildiği, kazanın davalı ...'in aracı işyerine sevki sırasında meydana geldiği anlaşılmaktadır. Olayın meydana geliş süreci taraflarca ve tamir işi ile uğraşan işyeri sahibince de doğrulanmıştır. Dosya kapsamında yer alan bilirkişi raporlarında da teknik arızanın kazanın oluşu üzerinde etkili olmadığı da belirtilmiştir.

O hâlde, davalı ... ve ...'in aracı tamir işi ile uğraşan şirketin elemanına teslim ettiği, kazanın meydana geldiği sırada her iki davalının araç üzerinde eylemsel egemenliğinin bulunmadığı, kazanın tamir işi ile uğraşan işyerinin nam ve hesabına hareket eden ve teslim ile araç üzerindeki eylemsel egemenliği çalıştığı işyeri adına üstlenen davalı ... yönetiminde iken meydana geldiği, kaza nedeni ile oluşan zarardan KTK 3. maddesi kapsamında aracın gerçek işletenleri olan davalılar ... ve ...'in sorumluluklarının bulunmadığı, davalı ...'nin KTK 104. maddesi anlamında işleten gibi sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Hâl böyle olunca, gerçek işletenlerin de kaza nedeni ile sorumlu oldukları yönünde verilen yerel mahkeme kararı doğru değildir.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı ... vekilinin temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan **REDDİNE**,

(II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalılar ... ve ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istekleri hâlinde peşin temiz harcının davalılar ... ve ...'e iadesine, kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 18.12.2018 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

ECRİMSİL • DÖNEMSEL GELİR

ÖZET: Davacı malik tarafından konutun kullanımını için verilen onayın geri alınması karşısında davalının konutu kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez. Hâl böyle olunca yerinde uzman bilirkişi marifetiyle keşif yapılarak ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihe yedi gün eklenmesiyle tespit edilecek tarihten anahtarın teslim edildiği tarihe kadar olan dönem için belirlenecek ecrimisilin hüküm altına alınması gerekir.

Y. HGK E: 2017/1205 K: 2018/1947 T: 18/12/2018

“...Dava, ecrimisil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; 5362 ada parsel sayılı taşınmazdaki ... nolu bağımsız bölümün davacı adına kayıtlı olduğu, davalının bu taşınmazda kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir hakkının bulunmadığı ancak davacının oğlu ile evlenmesi sebebiyle taşınmazı davacının muvafakati ile kullandığı ne var ki; davacının dava açılmadan önce 09.04.2010 tarihinde tebliğ edilen ihtarname ile davalıdan, taşınmazdan el çekilmesini ve ecrimisil istediğini bildirerek muvafakatini geri aldığı; 06.07.2012 tarihinde taşınmazın anahtarının davacıya teslim edildiği davalının, davacının oğlundan boşandığı, mahkemece boşanma davasının Yargıtay tarafından onama tarihi ile anahtarın davacıya teslim edildiği tarihler arasındaki dönem için ecrimisile karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere; ecrimisil, taşınmazı haksız kullananın, malike ödemekle yükümlü olduğu bir bedeldir.

Taşınmazın, davacının muvafakati ile davalı tarafından kullanıldığı, davacının gönderdiği ihtarname ile muvafakatini geri aldığı açıktır.

O halde, davalının ihtarnamenin tebliği tarihinden itibaren taşınmazı kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez.

Hâl böyle olunca; 08.04.2010 tarihli ihtarnamede verilen bir haftalık sürenin sonundan itibaren anahtarın teslim edildiği 06.07.2012 tari-

hine kadar hesaplanacak ve davacı tarafın talep miktarını aşmayacak ecrimisilin hüküm altına alınması gerekirken delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması doğru olmadığı gibi uzman bilirkişiler aracılığıyla bilimsel verilere uygun ve denetime elverişli rapor düzenlenmeden mahkemece takdiren belirlenen ecrimisile hükmedilmesi de isabetsizdir ...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, ecrisimil istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili adına kayıtlı olan meskende haksız olarak oturan davalının müdahalesinin mahkeme kararı ile sonlandırıldığını, davalının taşınmazı haksız olarak kullandığı 17.04.2010 ilâ 06.07.2012 tarihleri arasındaki dönem için toplam 10.220, 00TL ecrimisil bedelinin davalıdan faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin davacının oğlu ile evli olduğu dönemde dava konusu evin davacı tarafından ailesi ile birlikte oturması için oğluna tahsis edildiğini, dava dışı C. ile müvekkili arasındaki şiddetli geçimsizlik nedeniyle açılan boşanma davasında C. hakkında evden uzaklaştırma kararı verilmediğini bu sebeple boşanma davasının kesinleştiği tarihten önceki dönem için sorumluluğun davacının oğlu C.'ye ait olduğunu, boşanma kararının onanarak kesinleştiği tarihten sonraki dönem içinse 3.500, 00TL ödemeyi kabul ettiklerine dair beyanda bulunmuştur.

Mahkemece, dava konusu taşınmazın davacı tarafından oğlu C.O. ve ailesine tahsis edilmesi nedeniyle ücretsiz olarak davalı tarafından kullanılırken, davalı ile eşi C. arasında şiddetli geçimsizlik bulunduğundan bahisle boşanma davası açıldığı, bu davanın yargılaması sırasında oğlunun evden altı ay süre ile uzaklaştırılmasına karar verildiği, davalının bu tarihten sonra taşınmazı kullanma hakkı olmadığından bahisle ecrimisil talep edilmiş ise de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 186'ncı maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca davacının oğlu Cihat'ın ailesinin oturacağı konutu seçme ve giderlerine katılma yükümlüğünün bulunduğu, bu durumda boşanma kararı verilip kesinleşinceye kadar ailesinin

oturacağı konutu sağlamakla sorumlu olduğu dikkate alındığında boşanma kararının kesinleştiği tarihe kadarki kullanımdan doğan sorumluluğun davalıya değil eşi C.'ye (davacının oğluna) ait olacağından bu dönem için davalıdan doğrudan kullanım bedeli istenilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle boşanma kararının kesinleştiği 28.03.2012 tarihinde evi boşaltarak anahtarını teslim ettiği 06.07.2012 tarihine kadar olan dönem için ödeme yapmayı kabul etmesi nedeniyle davacının bu dönem için talep ettiği kullanım ücreti olan 400, 00TL ile 440, 00TL'nin ortalaması olan 420, 00TL'nin aylık kullanım ücreti olarak belirlenmesinin davacının talebine de uygun olması nedeniyle taraflar arasında ihtilafsız olan döneme ilişkin haksız kullanım bedelinin tespiti amacıyla keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı belirtilmek suretiyle toplam 1.414, 00TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda gösterilen gerekçe ile bozulmuştur.

Mahkemece bozmadan önceki gerekçelerle ve özellikle davalının eski eşi C.'nin TMK'nın 191'inci maddesindeki konut sağlama yükümlülüğünü davacıya ait evi kullanma şeklinde yerine getirdiği, TMK'nın 194'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca eşlerden birinin diğerinin açık izni bulunmadıkça aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağı, davacının da aile konutu olarak kullanılacağını bilerek oğluna tahsis ettiği dava konusu taşınmaz nedeniyle asıl muhatabı olan oğluna karşı bu yönde bir talepte bulunmadan doğrudan davalıya yönelmiş olması nedeniyle intifadan men koşulunun tam bir iyi niyet ile gerçekleşmiş bulunduğu söylenemeyeceği, zira TMK'nın 2'nci maddesi uyarınca haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uymayan ve hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki davranışların hukuk düzenince korunmayacağı vurgulanmak suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme hükmünü davacı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı aleyhine hükmolunacak ecrimisilin 08.04.2010 tarihli ihtarnamenin tebliğinden itibaren yedi gün sonrasına denk gelen 17.04.2010 tarihinden, anahtarın teslim edildiği 06.07.2012 tarihine kadar olan dönem için mi, yoksa boşanma kararının onama ile kesinleştiği tarih olan 28.03.2012 gününden anahtarın teslim edildiği 06.07.2012 tarihine kadar olan dönem için mi hesaplanması gerektiği; ayrıca hüküm altına alınacak olan ecrimisil bedelinin belirlenmesi amacıyla uzman bilirkişiden rapor alınmasının gerekli olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki mülkiyet, toplum yararı ile sınırlı, sahibine gerek yetki ve gerekse ödevler yükleyen kamu ve özel hukuk karakterli, kendine özgü bir haktır.

1982 Anayasası, mülkiyet hakkını 1961 Anayasası'na göre daha da güçlendirerek, temel hak ve ödevler kısmına almıştır. 1982 Anayasası'nın 35'inci maddesinde; "herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz " düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı ve kamu düzeni amacı ile sınırlandırılacaktır.

Malik, mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde dilediği gibi kullanabilir. Eşya üzerindeki egemenliğin üçüncü kişilere karşı korunması için malike verilen bu yetkilerin yaptırımı olan davalar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde belirlenmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun, "Mülkiyet hakkının içeriği" başlıklı 683'üncü maddesi (Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 618. madde);

"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir." hükmünü içermektedir.

Mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin malik tarafından gereği gibi kullanılmasını önleyen ve üçüncü kişilerden gelen etkilere karşı korunma aracı olarak haksız el atmanın önlenmesi, taşkınlığın giderilmesi, durdurulması için, el atmanın önlenmesi davası hakkı tanınmıştır.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki, Yasa hükmünde "haksız el atmadan" söz edilmiş olması karşısında, bütün bu davranışların haksız olması, davalının bir hakka dayanmaması gerekli ve yeterlidir.

Bilindiği ve gerek öğretide gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötü niyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarihli 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; fuzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerekece-

ği vurgulanmıştır. Bir başka ifadeyle ecrimisil, haksız işgal nedeniyle “tazminat” olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.02.2004 gün ve 2004/1-120-96 sayılı kararı).

Hemen belirtilmelidir ki, ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hâkimin denetimine açık olmalı ve değerlendirme gerekçelerinin bilimsel veriler ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 266'ncı ve devamı maddelerine uygun olarak açıklanmalıdır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde; davacı taşınmazın kayıt maliki olup, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683'üncü maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Davacı maliki olduğu konutu kullanması için dava dışı oğlu ve davalı gelinine tahsis etmiş ise de arada bir sözleşme ilişkisi bulunmamakta olup; tek taraflı olarak verdiği onayı her zaman geri alabileceği kuşkusuzdur. Bu durumda davacı tarafından verilen onay devam ettiği sürece konutun davacının oğlu ve davalı tarafından kullanımının haksız olmadığı söylenecektir.

Ecrimisil davasında husumetin taşınmazı haksız olarak kullanan kişiye yöneltilmesi gereklidir. Eldeki davada her ne kadar davacı baba, taşınmazı bedelsiz olarak kullanmaları için dava dışı oğlu ve davalı gelinine vermişse de, oğlunun boşanma davası sırasında çekişmeli konutu terk ettiği, davacının da hâlen ortak konutta oturmaya devam eden davalı gelinine karşı da ihtar çekerek eldeki davayı açtığı sabittir. Bu durumda artık davacının taşınmazın kullanımına dair verdiği muvafakatini geri aldığı kabulü gereklidir.

Öte yandan, çekişmeli taşınmaz davalı ve eşi tarafından aile konutu olarak kullanılmış ise de kayıt maliki davacı ile davalı (ve eşi) arasında hukuki ilişki kurulmadığından bu hususun davacıyı bağlamayacağı açıktır. Davacının oğlu ile davalının ayrı yaşamakla birlikte evliliklerinin devam etmekte olması davacının mülkiyet hakkı karşısında taşınmazı davalının kullanmasının haklı ve geçerli nedeni olarak kabul edilemez.

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 4.11.2009 tarihli ve 2009/1-401 E, 2009/473 K. sayılı kararında da vurgulanmıştır.

O hâlde, davacı malik tarafından konutun kullanımı için verilen onayın geri alınması karşısında davalının konutu kullanmasının haklı ve geçerli bir nedeninin bulunduğu söylenemez.

Hâl böyle olunca yerinde uzman bilirkişi marifetiyle keşif yapılarak ihtarnamenin tebliğ edildiği tarihe yedi gün eklenmesiyle tespit edilecek tarihten anahtarın teslim edildiği tarihe kadar olan dönem için belirlenecek ecrimisilin hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde direnme kararı kurulması isabetsizdir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; yerel mahkemenin dava konusu taşınmazın aile konutu olması nedeniyle boşanma kararının kesinleştiği tarihe kadar olan dönem için ecrimisil bedeli talep edilemeyeceği gerekçesiyle verdiği direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Bu durumda, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440-III/1. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 18.12.2018 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

GEÇİCİ ELEKTRİK ABONELİĞİ İŞLEMİNE KARAR VERİLMESİ

ÖZET: Davaya konu dairenin bulunduğu binada elektrik tesisatına ilişkin olarak ilgili yönetmelikler uyarınca fenni gereklerin yerine getirildiğinin tespit edildiği, binanın ruhsat tarihinin 23.03.2007 olduğu, binada doğalgaz aboneliğinin bulunduğu, yukarıda açıklanan Yasa hükümleri dikkate alındığında mahkemece davacının geçici abonelik talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.

Y. HGK E. 2017/2081 K. 2018/1974 T. 20/12/2018

“...Davacı vekili, dava dilekçesinde; davalı kuruma yapılan geçici elektrik abonelik başvurusunun, iskan işlemlerinin tamamlanmamış olması nedeni ile reddedildiğini; İmar Kanunu’nun geçici 11. Maddesi gereğince, binanın yapı ruhsatının bulunması, alt yapı hizmetlerinden bir veya birkaçının mevcut olması ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre fenni gereklerin yerine getirilmesi halinde abonelik tesis edilebileceğini; ilgili madde gereklerinin yerine getirildiğini, elektrik aboneliği başvurusunun reddedilmiş olmasının müvekkilinin mağduriyetine yol açtığını iddia ederek; geçici elektrik abonelik işleminin tesisine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, cevap dilekçesinde; İskan ruhsatı bulunmayan dava konusu yerde, geçici abonelik tesisi için İmar Kanunu’nun geçici 11. maddesinde belirtilen şartların yerine getirilmediğini, yapı denetim firması uygunluk belgesi ve iş bitim evraklarının sunulmadığını; binaya enerji verilmesi için yapılan başvuru olmadığını belirtilerek; davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; yapı ruhsat tarihi 23.03.2007 olan binada, ayrıca binanın ruhsata ve projeye uygun olarak tamamlanması ve bu hususun davalıya müracaat anında davacı tarafından ispatlanması gerektiği; davacının, elektrik bağlantı bildirim iş bitim evrakı sunduğu; ancak, evrakın imzasız olması nedeni ile ispata yarar kabul edilmediği; binanın ruhsata uygun yapıldığına ilişkin belgelerin ibraz edilemediği,

birlikli raporunda binanın oturmaya elverişli olduğu tespit edilmiş ise de; davalıya müracaat sırasında ispatı gereken bir hususun yargılanma sırasında ispatının geçmişe etkili olarak, davalının geçici abonelik talebini reddetmesini haksız hale getirmediği gerekçe gösterilerek; davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanununun Yapı kullanma izni başlıklı 30.maddesinde; “Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir” denilmektedir. Yine aynı kanunun Kullanma izni alınmamış yapılar başlıklı 31.maddesinde de; “İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınuncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir.” hükmü bulunmaktadır. Açıklanan madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde yapı kullanma (iskan) izni verilmeyen veya alınmayan yapıların izin alınuncaya kadar belediye hizmetlerinden ve tesislerinden faydalanamayacakları açıktır.

Hal böyle iken, yasa koyucu; ülkemizde, yapı (inşaat) ruhsatı alınmış olup, buna rağmen yapı kullanma (iskan) izni alınmamış birçok yapının bulunması nedeniyle yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere, 3194 sayılı İmar Kanununa 5784 sayılı yasanın 25. maddesi ile eklenen geçici 11. maddesi ile bir istisna getirmiştir. 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren bu madde; “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapı (inşaat) ruhsatı alınmış ve buna göre yapılmış olup, kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılara; yol, elektrik, su, telefon, kanalizasyon ve doğalgaz gibi altyapı hizmetlerinden birinin veya birkaçının götürüldüğünün belgelenmesi halinde, ilgili yönetmelikler doğrultusunda fenni gereklerin yerine getirilmiş olması ve bu maddenin yayımı tarihinden itibaren başvurulması üzerine, kullanma izni alınuncaya kadar ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak, geçici olarak su ve/veya elektrik bağlanabilir. Bu kapsamda, ilgili belediyeden dağıtım şirketlerine elektriğin kesilmesi talebinin söz konusu olması halinde, aboneliği iptal edileceğinden, su ve/veya elektrik bağlanması herhangi bir kazanılmış hak teşkil etmez. Ancak, yapı (inşaat) ruhsatı alınmış ve buna göre yapılmış olma şartı 12/10/2004 tarihinden

önce yapılmış olan yapılarla ilgili olarak uygulanmaz. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılan abonelikler de ait olduğu gruba dönüştürülür.” hükmünü ihtiva etmektedir.

Somut olayda; her ne kadar, keşif neticesinde bilirkişilerce düzenlenen raporun sonuç kısmında; yapı denetim kuruluşu tarafından düzenlenmesi gereken elektrik iç tesisine ait uygunluk belgesi ile iş bitirme tutanağının mevcut olmadığından; elektrik tesisatının fen ve teknik kurallara uygun olup olmadığı bilinemediği ve daireye geçici abonelik verilmesinin uygun olmadığı görüş ve kanaatine varıldığı ifade edilmiş ise de; aynı raporda, elektrik tesisatında bir olumsuzluk görülmediği, dava konusu dairenin projesine uygun olarak yapıldığı, dairenin elektrik , su, doğal gaz, alt yapı kanal bağlantılarının tam olduğu, dairenin iskan raporu alabilecek durumda bulunduğu hususlarının belirtildiği; davacı tarafça ibraz edilen , elektrik iç tesisler denetim ve muayene uygunluk belgesi ile elektrik iş bağlantı bildirim belgelerinin incelenmesinden, elektrik tesisatının ilgili yönetmeliklere uygun olarak yapıldığının anlaşıldığı, dairenin doğal gaz aboneliğinin bulunduğu ve binanın yapı ruhsat tarihinin 23.03.2007 olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, davaya konu dairenin bulunduğu binada elektrik tesisatına ilişkin olarak ilgili yönetmelikler uyarınca fenni gereklerin yerine getirildiğinin tespit edildiği; binanın ruhsat tarihinin 23.03.2007 olduğu, binada doğalgaz aboneliğinin bulunduğu hususları dosya kapsamından anlaşıldığına göre; az yukarıda açıklanan yasa hükümleri dikkate alındığında, mahkemece; davacının geçici abonelik talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde, davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava geçici elektrik aboneliği tesisi istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı kuruma elektrik aboneliği için başvurduğunda, davaya konu binanın iskân raporu bulunmadığı gerekçesiyle abonelik talebinin reddedildiğini belirterek geçici elektrik aboneliğinin tesisine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, elektrik aboneliğine ilişkin 3194 sayılı İmar Kanunu'nda belirtilen şartların gerçekleşmediğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkemece, Kanunda belirtilen tüm şartların gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

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

Bozma kararına karşı yerel mahkemece ilk karardaki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; mevcut delillere göre davalı idarenin geçici abonelik sözleşmesi yapmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle konuya ilişkin mevzuatın açıklanmasında yarar vardır.

3194 sayılı İmar Kanununun “Yapı Kullanma İzni” başlıklı 30’uncu maddesi; “Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir.” hükmünü içermektedir. Yine aynı kanunun “Kullanma İzni Alınmamış Yapılar” başlıklı 31’inci maddesinde de; “İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Açıklanan Yasa hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; yapı kullanma (iskân) izni verilmeyen veya alınmayan yapıların, izin alınıncaya kadar elektrik ve belediye (ferdi abonelik) hizmetlerinden faydalanamayacakları açıktır.

Hâl böyle iken, yasa koyucu ülkemizde, yapı (inşaat) ruhsatı alınmadan inşa edilmiş ya da yapı (inşaat) ruhsatı alınmasına rağmen yapı kullanma (iskân) izni alınmamış birçok yapının bulunması nedeniyle yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere, 26.07.2008 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5784 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 25’inci maddesi

ile 3194 Sayılı İmar Kanunu'na eklenen geçici 11'inci madde ile bir istisna getirmiştir. Geçici 11'inci madde;

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapı (inşaat) ruhsatı alınmış ve buna göre yapılmış olup, kanalizasyon kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılara yol, su, elektrik, telefon vb. gibi altyapı hizmetlerinden birinin veya birkaçının götürüldüğünün belgelenmesi halinde ilgili yönetmelikler doğrultusunda fenni gereklerin yerine getirilmiş olması ve bu maddenin yayımı tarihinden itibaren başvurulması üzerine, kullanma izni alınmaya kadar geçici abonelik yapılabilir. Bu halde elektrik ve su bağlanması abone için kazanılmış hak teşkil etmez. Ancak yapı ruhsatı alınmış ve buna göre yapılmış olma şartı 12.10.2004 tarihinden önce yapılmış olan yapılarla ilgili olarak uygulanamaz” hükmünü içermektedir.

3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen geçici 11'inci madde hükmü uyarınca yine aynı Yasanın 31'inci maddesindeki istisnalardan yararlanabilmek için yapı ruhsatının 26.07.2008 tarihinden önce alınmış olması gerekmektedir.

Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir. “Yapı Kayıt Belgesi alan yapılara, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilir.” denilmektedir.

Yapı kullanma izni verilmesi için gerekli olan belgeler ise Ankara Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliği'nin 97'nci maddesinde düzenlenmiş olup, anılan madde uyarınca yapı izni verilebilmesi için aranan koşullardan biri de; yapının ruhsat eki projelere uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğini belirten ve fenni mesuller ile yapı denetim kuruluşlarının denetçi mimar ve mühendisleri tarafından imzalanan raporun düzenlenerek ibrazıdır.

Somut olayda, binanın 23.03.2007 tarihli yapı ruhsatının olduğu, abonelik tesisi istenen dairenin doğalgaz aboneliğinin bulunduğu hususlarında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Öte yandan, seviye tespit tutanağına göre binanın gerçekleşme oranı %90 olup, yapının elektrik iç tesisleri denetim ve muayene uygunluk belgesi ile elektrik bağlantı bildirimi iş bitimi tutanağının bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, davaya konu dairenin bulunduğu binada elektrik tesisatına ilişkin olarak ilgili yönetmelikler uyarınca fenni gereklerin yerine getirildiğinin tespit edildiği, binanın ruhsat tarihinin 23.03.2007 olduğu, binada doğalgaz aboneliğinin bulunduğu, yukarıda açıklanan Yasa hükümleri dikkate alındığında mahkemece davacının

geçici abonelik talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.

O hâlde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Geçici 3'üncü maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429'uncu maddesi gereğince BOZULMASINA, aynı Kanun'un 440'ıncı maddesine göre kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 20.12.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

SÖZLEŞMEDE CEZAI ŞART

ÖZET: Bir sözleşme gereğince cezai şart talep edebilmek için her şeyden önce sözleşme ile yüklenilen edimlerin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilerek alacaklı konuma geçilmesi ve karşı tarafın sözleşmeye aykırı davranması gerekmektedir.

Mahkemece, programın gerçekten ayıplı olup olmadığı, davacının e-posta yazışmalarını kabul etmesi karşısında, yapılan ihtarların sözleşmenin 8.3. maddesi anlamında ihtar kabul edilip edilemeyeceği ve davalının bu ayıp nedeniyle başka bir program kullanmak zorunda kalıp kalmadığı ve bunun sonucuna göre sözleşmenin 4.2.5. ve 10.2. maddelerinin davalı tarafından ihlalinin söz konusu olup olmadığı hususları gerektiğinde Birliklik Kanunu'ndaki düzenlemeler de dikkate alınmak suretiyle yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak açıklığa kavuşturulması ve tüm kanıtlar çerçevesinde oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekmektedir.

Y. HGK E. 2017/113 K. 2018/1994 T. 20/12/2018

Taraflar arasındaki "lisans sözleşmesinin feshi ile cezai şart alacağının tahsili" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Antalya 2. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 01.02.2012 tarihli ve 2009/268 E. 2012/53 K. sayılı karar davalı vekilince temyiz edilmekle Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.12.2013 tarihli ve 2012/5366 E. 2013/22566 K. sayılı kararı ile:

"...Davacı vekili, müvekkilinin turizm ve seyahat acenteleri için bilgisayar programları üretimi yapan, ürettiği programlara destek hizmetleri sağlayan bir şirket olduğunu, turizm ve seyahat işletmeciliği yapan davalıyla 07.02.2007 tarihli 'Lisans ve İşbirliği Sözleşmesi' imzaladığını, taraflar için bir takım hak ve yükümlülükler belirlendiğini, davalının sözleşmeye aykırı şekilde sözleşme kapsamında geliştirilen ve kullanılan program yerine başka bir program konularak '.....' sayfa-

sındaki ‘..... by Grup’ ibaresinin kaldırıldığını, yerine ‘..... by’ yazılı aynı içerikli başka bir program koyduğunu, sır niteliğindeki bilgileri dava dışı ‘.....’ firmasına verdiğini, sözleşmeyi ihlal ettiğini ileri sürerek, sözleşmenin feshi ile kararlaştırılan 100.000 Euro cezai şartın dava tarihindeki karşılığı 214.860.00 TL’nin temerrüt tarihi 22.06.2009 tarihinden itibaren avans faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, sözleşmenin varlığının doğru olduğunu, davacının kurduğu sistemin ayıplı çıktığını, uyarılara rağmen ayıbın giderilmediğini, müvekkilinin başka bir program kullanmak zorunda kaldığını, davacı programıyla tamamen farklı bulunduğunu, davacının edimlerini yerine getirmediğini, talep hakkının bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, taraflar arasında 07.06.2007 tarihli lisans ve işbirliği sözleşmesi akdedildiği, davacı tarafın kendi çalışanlarının meydana getirdiği isimli yazılım üzerinde sözleşme uyarınca davalıya kullanım hakkı tanındığı, bir takım hak ve yükümlülükler kararlaştırıldığı, sözleşmenin lisans sözleşmesi mahiyetinde bulunduğu, haklı nedenle fesih halinde taraflara cezai şart talep hakkı tanındığı, yapılan incelemede sözleşmenin gizlilik hükmünün ihlal edilmediğinin ortaya çıktığı, sözleşmenin 4.2.5 maddesinde kullanılan sayfa üzerinde ‘..... by grup’ ibaresinin kullanılacağını kararlaştırıldığı, davalının programı bırakarak bu ibareye yer vermeksizin başka bir program kullanmaya başladığı, sözleşmenin 10.2 maddesinde davalının, işbu sözleşmenin yürürlükte olduğu sürede aynı içerikte başka bir programı davacı olmadan işletmeye açamayacağını taahhüt ettiği, sözleşmenin münhasırlık şartının ihlal edildiği, davalının ayıplı teslim yapıldığı ve bunun süresinde ihbar edildiği savunulmuş ise de böyle bir durum kabul edilse bile davalının sözleşmeyi feshetmediği, sözleşmenin feshinin daha önce davacı tarafça yapıldığı, davacının ihlalin sona erdirilmesi için 5 günlük mehil verdiği, sözleşmeyi feshetme ve cezai şartı tahsil etme hakkı doğduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, 214.860.00 TL’nin tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamları dışında kalan ve yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, sözleşmenin feshi ile cezai şartın tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, hüküm yeterli araştırma ve incelemeye dayanmadığı gibi, doğru değerlendirmeler de içermemektedir. Taraflar arasında 07.02.2007 tarihli 'Lisans ve İşbirliği Sözleşmesi' imzalandığı, hak sahibi olunan bilgisayar programının davalıya kullanımı için teslim edildiği, anılan sözleşmede tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlendiği hususları uyuşmazlık konusu değildir. Ayrıca, davalının teslim edilen programı ve sistemi bırakıp, başka bir program kullanmaya başladığı da dosya kapsamıyla sabittir. Davalı taraf davacının teslim ettiği program ve sistemin ayıplı çıktığını, bu ayıbın süresinde ihbar edilmesine ve birden ziyade başvuruya rağmen giderilmediğini, faaliyetinin devamı için başka bir program kullanmak zorunda kaldığını savunmuştur. Mahkemece, davalıya teslim edilen program ayıplı olsa bile, davalının usulüne uygun olarak sözleşmeyi feshetmediği, davacının önce fesih isteminde bulunduğu gerekçesiyle yazılı şekilde cezai şartın tahsiline karar verilmiştir. Taraflar arasında yapılan yazışmalardan sistem ve programda arızalar meydana geldiği, davalının, davacıya başvurularında bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının, davalı tarafından cezai şart tahsil edebilmesi için, öncelikle edimini sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirdiğini kanıtlaması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, ayıplı şekilde sistem ve program teslim etmediğini veya usulüne uygun ihbar sonrasında mevcut ayıbı giderdiğini, buna rağmen davalının başka bir program kullanarak sözleşmeyi ihlal ettiğini ispat etmek durumundadır. Davalıya ayıplı teslim edilen bir program mevcut ve usulüne uygun şekilde ayıbın ihbar edilmesine rağmen makul sürede bu ayıp giderilmemiş ise davalının bu sözleşmeyle bağlı kalacağı kabulü doğru değildir. O halde, uyuşmazlığın çözümü için, davalının savunmasında açıklandığı şekilde gerçekten ayıplı bir ifa söz konusu olup olmadığı, süresinde ihbar yapıp yapılmadığı, yapılmış ise ayıbın giderilip giderilmediği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bu durum karşısında, mahkemece, davalı savunması üzerinde durulması, gerçekten ayıplı bir teslimin olup olmadığının, davalının başka bir program kullanmak zorunda kalıp kalmadığının gerektiğinde bilirkişi kurulundan ek rapor alınarak veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak açıklığa kavuşturulması ve tüm kanıtlar çerçevesinde sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

3- Ayrıca, gerek öğretide gerekse uygulamada benimsendiği üzere, cezaya ilişkin sözleşme, ahlaka veya kişilik haklarına aykırı görülecek

derecede ağır ise, yargıcın oluşan duruma göre, bu cezanın geçersizliği-ne veya tenkisine karar vermesi mümkündür. Taraflar tacir ise, tacirin ekonomik yıkıntısına neden olacak cezanın tenkisi de mümkündür. Bu-nun tespitinde, üstlenilen işin değeri, tarafların özellikle de borçlunun cezai şartın kabul edildiği tarihteki ekonomik durumunun araştırılması ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılması gerekmektedir. Mahke-mece bu yönüyle bir inceleme ve araştırma yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması da kabul şekli bakımından yanlış olmuştur...”

gereğesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra ge-reği görüldü:

Dava, lisans sözleşmesinin feshi ile sözleşmeye aykırılık nedeniyle ce-zai şart alacağının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin turizm ve seyahat acenteleri için bilgis-a-yar programları üretimi yapan ve ürettiği programlara destek hizmetleri sağ-layan bir şirket olduğunu, turizm ve seyahat işletmeciliği yapan dava-lyla otel rezervasyonu yapılmasına imkân sağlayacak bilgisayar programı hazırlanmasına ilişkin 07.02.2007 tarihli “lisans ve işbirliği sözleşmesi” imzalandığını, sözleşme ile taraflar için bir takım hak ve yükümlülükler belirlendiğini, davalının müvekkili tarafından yazılımı yapılan ve “.....” adı verilen programı 22.03.2007 tarihinden itibaren internet ortamında tescil ettirip kullanmaya başladığını, bu kullanımın 10.06.2009 tarihine kadar sürdüğünü, ancak bu tarihten sonra davalının sözleşmeye aykırı şekilde sözleşme kapsamında geliştirilen ve kullanılan program yerine internet ortamına “..... by” ibareli aynı içerikli başka bir program koy-duğunu ve “.....” sayfasındaki “..... by Grup” ibaresini kaldırdığını, davalının sözleşmeye aykırı olarak sır niteliğindeki bilgileri dava dışı “.....” firmasına verdiğinin anlaşıldığını, müvekkili tarafından yapılan ihtar-a rağmen sözleşmeye aykırılığın sonlandırılmadığını ileri sürerek davalının sözleşmeye aykırı ve sözleşmeyi açıkça ihlal eden davranışları nedeniyle sözleşmenin feshi ile sözleşme ile kararlaştırılan 100.000, 00 Euro cezai şartın dava tarihindeki karşılığı olan 214.860.00TL’nin temerrüt tarihi olan 22.06.2009 tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte davalıdan tah-siline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; davacının müvekkili şirkete internet üzerinden otel rezervasyonu yapılmasını sağlayan programın yazılımı için hizmet verdiğini ve karşılığında çok ciddi paralar tahsil ettiğini, bu program ile internet sitesi üzerinden uluslararası alanda otel konaklama rezervasyon işlemleri gerçekleştirildiğini, söz konusu sistemin işlerliliğinin sağlanabilmesi için müvekkili şirket tarafından ciddi yatırımlar yapıldığını, müvekkilinin finansmanı ve bilgisi ile davacı tarafından faal hâle getirilen sistemde kısa sürede ciddi sorunlar yaşandığını, davacının yazılım programındaki ek-sik ve hataları gidermediği ve zamanında sorunlara müdahale etmediği için programın işleyişi ve performansında ciddi düşüşler meydana geldiğini, müvekkilinin davacıyı defalarca uyarmasına rağmen hiçbir önlem alınmadığını, bunun sonucunda da mülkiyeti ve tüm hakları müvekkiline ait olan “.....com” adlı sitede tamamen farklı oluşturulmuş özgün başka bir yazılım programına yer verilmek zorunda kaldığını, yeni programın davacı şirket tarafından oluşturulan program ile hiçbir ilgisinin bulunmadığını, iki sistemin teknik olarak birbirinden çok farklı olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece; taraflar arasında 07.06.2007 tarihli “lisans ve işbirliği sözleşmesi” akdedildiği, davacı tarafın kendi çalışanlarının meydana getirdiği isimli yazılım üzerinde sözleşme uyarınca davalıya kullanım hakkı tanıdığı ve bir takım hak ve yükümlülükler kararlaştırıldığı, sözleşmenin lisans sözleşmesi mahiyetinde bulunduğu, haklı nedenle fesih hâlinde taraflara cezai şart talep hakkı tanındığı, yapılan incelemede sözleşmenin gizlilik hükmünün ihlal edilmediğinin ortaya çıktığı, sözleşmenin 4.2.5 maddesinde kullanılan sayfa üzerinde “..... by grup” ibaresinin kullanılacağına kararlaştırıldığı, davalının programı bırakarak bu ibareye yer vermeksizin başka bir program kullanmaya başladığı, sözleşmenin 10.2 maddesinde davalının işbu sözleşmenin yürürlükte olduğu sürede aynı içerikte başka bir programı davacı olmadan işletmeye açamayacağını taahhüt ettiği, sözleşmenin münhasırlık şartının ihlal edildiği, davalı tarafından ayıplı teslim yapıldığı ve bunun süresinde ihbar edildiği savunulmuş ise de böyle bir durum kabul edilse bile davalının sözleşmeyi feshetmediği, sözleşmenin feshinin öncesinde davacı tarafça yapıldığı, davacının ihlalin sona erdirilmesi için beş günlük mehil verdiği, davacının sözleşmeyi feshetme ve cezai şartı tahsil etme hakkı doğduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile 214.860, 00 TL cezai şart alacağının dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında yer alan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasındaki sözleşmeye konu bilgisayar programının, yapılan e-posta yazışmaları karşısında ayıplı olup olmadığı ve buradan varılacak sonuca göre davacının cezai şart talep edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için öncelikle “cezai şart” kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun (818 sayılı BK) 158 ila 161. maddelerinde “cezai şart” kavramı kullanılmış, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (6098 sayılı TBK) ise 179 ila 182. maddelerinde bunun yerine “ceza koşulu” kavramı tercih edilmiştir.

Cezai şart borçlunun, asıl borcunu ilerde, hiç veya gereği gibi ifa etmediği takdirde alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği edime denir. Bu nedenle cezai şart, asıl borca bağlı olarak ve ancak bu borcun ihlali ile doğabilecek olan fer’i bir edimdir. Borçlu cezai şart ödemeyi taahhüt etmişse, artık alacaklı herhangi bir zarara uğradığını iddia etmek veya zararının şümulünü ispat etmek zorunda kalmadan, tazminat elde etmek imkânını bulacaktır. Zira cezai şart borcun ihlali hâlinde verilmesi gereken, önceden kararlaştırılmış kesin miktarlı (maktu) bir tazminattır. Cezai şartın kararlaştırılabilmesi için asıl borcun mahiyeti önemli değildir; bir verme borcu kadar, yapma veya yapmama borçlarında da cezai şart kararlaştırılabilir (Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 1210).

Ayrıca cezai şartın esas itibariyle iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan biri, borçluyu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almak; diğeri de, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir. Bu iki temel amacı dışında, cezai şartın diğeri bir amacı da, ifayı engelleyen cezai şartta (dönme cezasında) borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kolayca dönmesini sağlamaktır (Kocaağa, Köksal; Türk Özel Hukukunda Cezai Şart Ankara 2003, s. 40).

Hukukumuzda cezai şartın türleri seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve ifa yerine cezai şart (dönme cezası) olarak düzenlenmiştir.

Seçimlik cezai şart; 6098 sayılı TBK’nın 179/1. (818 sayılı BK’nın 158/1.) maddesinde, “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmeme-

si durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılma-
dıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir” şeklinde ifade
edilmiştir. Bu hükme göre, taraflar, sözleşmede borçlunun ya borcunu
sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi ya da cezai şartın ödenmesini karar-
laştırmış olabilirler. Bu durumda, borçlu borca uygun hareketle yüküm-
lüdür. Ancak, borçlu borca uygun hareket etmediği takdirde, kendisini
bir yaptırım beklemektedir. Bu yaptırım, sözleşmede kararlaştırılan cezai
şartın ödenmesidir.

Bu hüküm, borçluya borca aykırı davranarak ve böylece ifası gereken
edim yerine kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek borçtan kurtulma olana-
ğını vermemektedir. Borçlu borca aykırı davrandığı takdirde, sözleşmede
ceza koşulu kararlaştırılmasına rağmen, alacaklı borçludan aynen ifayı
talep edebilir. Bu nedenle, 6098 sayılı TBK’nın 179/1. (818 sayılı BK’nın
158/1.) maddesi de borçluya borca aykırı davranarak bunun yerine cezai
şartı ödeyip borçtan kurtulma yetkisini değil, buna karar verme yetkisini
alacaklıya vermiştir. Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı hâlinde,
aynen ifayı talep edebileceği gibi, bundan vazgeçerek cezai şartın öden-
mesini talep edebilir. Burada, alacaklıya tanınmış bir seçimlik hak söz
konusudur. Bu nedenledir ki, cezai şartın bu türüne “seçimlik cezai şart”
adı verilmektedir (Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Ankara 2012, s. 773).

İfaya eklenen cezai şart; 6098 sayılı TBK’nın 179/2. (818 sayılı BK’nın
158/2.) maddesinde, “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edil-
memesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça fera-
gat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla
birlikte cezanın ifasını da isteyebilir” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükme
göre, borçlunun borca aykırı davranışı hâlinde, alacaklı hem aynen ifayı,
hem de kararlaştırılan cezanın ödenmesini talep edebilecektir. Bu neden-
le, burada cezai şartın aynen ifaya ilave olarak (kümülatif) talep edilebil-
mesi olanaklıdır. Seçimlik cezai şarttan farklı olarak, alacaklı ya aynen
ifayı ya da cezayı talep etmek zorunda bırakılmamıştır. Alacaklı burada
her ikisini de talep yetkisine sahiptir.

İfa yerine cezai şart (dönme cezası); 6098 sayılı TBK’nın 179/3. (818
sayılı BK’nın 158/3.) maddesinde, “Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa
ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili ol-
duğunu ispat etme hakkı saklıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre
borçlu, borcu ifa yerine bizzat cezai şartı ödemek suretiyle borçtan kur-
tulma olanağına sahiptir. Bir başka ifadeyle, burada borçlu borca aykırı
davranmamakta, borcu ifa yerine cezai şartı ödeyerek sözleşmeden dö-

nebilmektedir. Bu nedenle, cezai şart ifanın yerini almaktadır (Kılıçoğlu, ...e., s. 775).

Yapılan tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; taraflar arasında 07.02.2007 tarihli “lisans ve işbirliği sözleşmesi” imzalandığı ve sözleşmenin 8.1. maddesi gereğince, haklı neden olmaksızın sözleşmeyi fesheden veya fesih hakkı kullanılmasa dahi sözleşmenin gizlilik hükümlerine aykırı davranan tarafın diğer tarafa 100.000 Euro cezai şart ödeyeceğinin kararlaştırıldığı, bu itibarla kararlaştırılan cezai şartın 818 sayılı BK’nın 158/1. (6098 sayılı TBK’nın 179/1.) maddesi gereğince seçimlik cezai şart olduğu, ancak davacının borcun ifasını değil cezai şartı talep ettiği anlaşılmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere bir sözleşme gereğince cezai şart talep edebilmek için her şeyden önce sözleşme ile yüklenilen edimlerin sözleşmeye uygun şekilde yerine getirilerek alacaklı konuma geçilmesi ve karşı tarafın sözleşmeye aykırı davranması gerekmektedir.

Hemen belirtmeli ki somut olayda, taraflar arasında yapılan e-posta yazışmalarından sistem ve programda arızalar meydana geldiği, davalının sözleşme süresince davacıya arızaların giderilmesi için sürekli ihbar ve uyarılarda bulunduğu, davacının ise e-posta yazışmalarının varlığını ve içeriğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının cezai şart talep edebilmesi için öncelikle edimini sözleşmede belirtilen şekilde yerine getirdiğini kanıtlaması gerekmektedir.

O hâlde, mahkemece, programın gerçekten ayıplı olup olmadığı, davacının e-posta yazışmalarını kabul etmesi karşısında, yapılan ihtarların sözleşmenin 8.3. maddesi anlamında ihtar kabul edilip edilemeyeceği ve davalının bu ayıp nedeniyle başka bir program kullanmak zorunda kalıp kalmadığı ve bunun sonucuna göre sözleşmenin 4.2.5. ve 10.2. maddelerinin davalı tarafından ihlalinin söz konusu olup olmadığı hususları gerektiğinde Bilirkişilik Kanunu’ndaki düzenlemeler de dikkate alınmak suretiyle yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak açıklığa kavuşturulması ve tüm kanıtlar çerçevesinde oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekmektedir.

Hâl böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerle 6100 sayılı Hukuk Muhake-

meleri Kanununun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanunun 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 20.12.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

HÜKMÜN NİTELİĞİ

ÖZET: Gerekçe, maddi olgularla hüküm arasında köprü görevi görür.

Y. HGK. E 2017/69 K 2018/2048 T.27/12/2018

Hukuk Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda gereği görüldü:

Asıl ve birleşen dava, FSEK kapsamında koruma altına alınmış olan mali ve manevi hakların davalılar tarafından ihlali nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyiz isteminde bulunması üzerine karar Özel Dai-rece yukarıda başlık bölümünde belirtilen karar ile bozulmuştur.

Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiş, direnme kararı davacılar vekili ile davalılardan ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda uyuşmazlığın esasının görüşülmesinden önce, dava dosyasında fiziki olarak bulunan ve hâkim imzalı şekilde taraflara tebliğe çıkarılan direnme kararı ile UYAP ortamında elektronik imzalı olarak kayıtlı bulunan direnme kararının birbirinden farklı olmasının HMK'nın "elektronik işlemler" başlıklı 445'inci maddesine aykırı olup olmadığı hususları ön sorun olarak ele alınıp incelenmiştir.

Ön sorunun değerlendirilmesi için öncelikle mahkeme kararlarının niteliği ile gerekçeli kararın hangi hususları kapsayacağına ilişkin yasal düzenleme irdelenmelidir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın "Hükümün kapsamı" başlıklı 297'inci maddesi: (1) Hüküm "Türk Milleti Adına" verilir ve bu ibareden sonra aşağıdaki hususları kapsar:

a) Hüküm veren mahkeme ile hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin ad ve soyadları ile sicil numaraları, mahkeme çeşitli sıfatlarla görev yapıyorsa hükmün hangi sıfatla verildiğini.

b) Tarafların ve davaya katılanların kimlikleri ile Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, varsa kanuni temsilci ve vekillerinin ad ve soyadları ile adreslerini.

c) Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri.

ç) Hüküm sonucu, yargılama giderleri ile taraflardan alınan avansın harcanmayan kısmının iadesi, varsa kanun yolları ve süresini.

d) Hükümün verildiği tarih ve hâkim veya hâkimlerin ve zabıt kâtibinin imzalarını.

e) Gerekçeli kararın yazıldığı tarihi.

(2) Hükümün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir” şeklinde düzenleme içermektedir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141'inci maddesi gereğince bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması gereklidir. Gerekçenin önemi Anayasal olarak hükme bağlanmakla gösterilmiş olup, gerekçe ve hüküm birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Hâkim, hükmün gerekçesini hazırlarken yargısal içtihat ve bilimsel görüşlerden yararlanabilir. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır. Hâkim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini kendiliğinden araştırıp bulmalı ve hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve nedenlerini gerekçede açıklamalıdır. Gerekçe, hâkimin tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar (Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, 22. Bası, s. 472).

Diğer taraftan, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP); HMK'nın “Elektronik işlemler” başlıklı 445'inci maddesinin birinci fıkrasında “Adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemidir” şeklinde tanımlandıktan sonra dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hâllerde UYAP

kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanır denilmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde, UYAP kapsamındaki tüm birimlerde her türlü yargısal, idari ve denetim faaliyetlerinin bu sistemle elektronik ortamda yürütüleceği belirtilmiştir.

Karar tarihinde yürürlükte bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin “UYAP’ın kullanılması” başlıklı 5’inci maddesi:

“ (1) Mahkemeler ve hukuk dairelerinin iş süreçlerindeki her türlü veri, bilgi ve belge akışı ile dokümantasyon işlemleri, bu işlemlere ilişkin her türlü kayıt, dosyalama, saklama ve arşivleme işlemleri ile uyum ve işbirliği sağlanmış dış birimlerle yapılacak her türlü işlemler UYAP ortamında gerçekleştirilir.

(2) Daire başkanı, hâkim, üye, yazı işleri müdürü ve diğer personel iş listesini günlük olarak kontrol etmek ve yargılamanın bulunduğu aşamanın gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Mahkemelere ve hukuk dairelerine fizikî olarak verilen ve gönderilen her türlü evrak, elektronik ortama aktarılarak UYAP’a kaydedilir ve ilgili birime gönderilir.

(4) Taraf ve vekilleri ile diğer ilgililer güvenli elektronik imza ile imzalamak suretiyle UYAP vasıtasıyla mahkemeler veya hukuk dairelerine elektronik ortamda bilgi ve belge gönderebilirler.

(5) Gelen evraktan sorumlu personel, UYAP üzerinden mahkeme veya hukuk dairelerine gönderilen ve iş listesine düşen belgeleri derhal ilgili kişiye ya da doğrudan dosyasına aktarır. Hâkimin onayını gerektiren evrak hâkimin iş listesine yönlendirilir.

(6) Tutanak, belge ve kararlar elektronik ortamda düzenlenir ve gerekli olanlar ilgilileri tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanır. Elektronik ortamda düzenlenen ve güvenli elektronik imza ile imzalanan evrak UYAP kapsamındaki birimlere elektronik ortamda gönderilir. Ayrıca fizikî olarak gönderilmez.

(7) Teknik nedenlerle fizikî olarak düzenlenen belge veya kararlar, engelin ortadan kalkmasından sonra derhal elektronik ortama aktarılır, yetkili kişilerce güvenli elektronik imza ile imzalanarak UYAP’a kaydedilir ve gerektiğinde UYAP vasıtasıyla ilgili birimlere iletilir. Bu şekilde elektronik ortama aktarılarak ilgili birimlere iletilen belge ve kararların asılları mahallinde saklanır, ayrıca fizikî olarak gönderilmez. Ancak, belge veya kararın aslının incelenmesinin zorunlu olduğu hâller saklıdır. Elektronik ortama aktarılması imkânsız olan belgeler ise fiziki ortamda saklanır ve gerektiğinde fizikî olarak gönderilir.

(8) UYAP üzerinden hazırlanmış ve güvenli elektronik imza ile imzalanmış evrakın dış birimlere elektronik ortamda gönderilememesi halinde; belge veya kararın fizikî örneği alınır, güvenli elektronik imza ile imzalanmış aslının aynı olduğu belirtilerek altı hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanmak sureti ile gönderilir

(9) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter. Elektronik ortamda yapılacak işlemlerin, ertesi güne sarkmaması açısından saat 00:00'a kadar yapılması zorunludur.

(10) Fizikî ortamda yapılan işlemlerde süre mesai saati sonunda biter. şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Tüm bu düzenlemeler açık bir biçimde göstermektedir ki, mahkemelerce dava ve yargılama işlemlerine ilişkin olarak fiziki ortamda yapılan tüm işlemler elektronik ortamda UYAP kullanılarak gerçekleştirilir ve elektronik veriler UYAP'a kaydedilerek burada saklanır. Elektronik ortamdan fiziki olarak örnek çıkartılması gereken hâllerde ise tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek, altı hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir (HMK, m. 445/3).

Dava dosyasında ise fiziki olarak hazırlanıp, elle imzalanarak taraflara tebliğe çıkarılan direnme kararı ile UYAP ortamında elektronik imzalı olarak kayıtlı bulunan direnme kararı birbirinden farklıdır. Bu durumda, yasal düzenlemelere uygun şekilde oluşturulmuş bir direnme kararı da bulunmamaktadır.

Hâl böyle olunca; yukarıda açıklanan nedenlerle ve salt bu usuli eksikliklere dayalı olarak direnme kararının bozulmasına, bozma nedenine göre davacılar vekili ile davalılardan ... vekilinin işin esasına yönelik temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Direnme kararının yukarıda gösterilen usuli nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3'üncü maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429'uncu maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davacılar vekili ile davalılardan ... vekilinin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine. Aynı Kanun'un 440'ıncı maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 27.12.2018 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

VELAYET • ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

ÖZET: Velayet konusunda, göz önüne alınması gereken konu, çocuğun üstün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Görülmekte olan davada ortak çocuğun inceleme tarihinde ergin olması nedeniyle velayet kendiliğinden sona erdiği için yerel mahkemece bu durum gözetilerek velayet talebinin konusuz kalması nedeni ile esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir. Yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğun kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda bizzat dinlenilerek, görüşlerini gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanmalı; ifade edecekleri görüşlerin, çıkarlarına ters düşmediği takdirde, buna değer verilmesi gerekir.

Y. HGK. E 2017/2066 K. 2019/15 T:17/1/2019

“...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı (koca)’nın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Velayet düzenlemesinde ana ile babanın yarar, istek ve beyanları gözetilmekle birlikte asıl olan; çocuğun üstün yararını korumak, geleceğini güvence altına almaktır. Velayetleri davacı anneye verilen tarafların müşterek çocuklarıe ile.....’in tarafların ayrılık süresince davalı baba yanında yaşadıkları ve velayet konusunda görüşüne başvuru uzmanın da “velayet davası babaya verilmesinin çocukların yararına olacağı yönünde” görüş bildirdiği anlaşılmaktadır. Çocukların alıştıkları ortam ve çevreden ayrılmaları onların bedeni ve fikri gelişimlerine olumsuz etki yapacağı gibi, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaları da onların kardeşlik duygularını olumsuz yönde etkileyecektir. Her ne kadar velayet konusunda görüşüne başvuru küçükler velayetlerinin annelerine verilmesini istediklerini belirtmiş iseler de, davacı annenin içinde bulunduğu ortam dikkate alındığında, küçüklerin ifade ettikleri görüşlerinin kendi çıkarlarına ters düştüğü de görülmektedir. Gerçekle-

şen bu durum karşısında, müşterek çocuklare ile.....'in velayetlerinin de davalı babaya verilmesi gerekirken, yazılı şekilde anneye verilmesi isabetsiz olmuş ve bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK 166/1 m.) boşanma istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalının düzenli bir işte çalışmadığını, son yaşanan tartışmada müvekkilini evden kovduğunu, ölümle tehdit ettiğini, müvekkilinin de bu olaylar sonrası evden ayrılarak Almanya'ya gittiğini, pasaport işlemlerinde davalının rızası gerektiği için çocuklarını yanına alamadığını ileri sürerek tarafların boşanmalarına ve müşterek çocukların velayetinin müvekkiline tevdiine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, dava dilekçesinde belirtilen hususların hiçbirinin doğru olmadığını, davacının Almanya'da bulunan ablasından etkilendiğini ve evi terk ettiğini belirterek davanın reddi ile velayet hakkının kendisine verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkemece, tarafların birbirlerine hakaret ettikleri, davalının davacıyı evden kovduğu, evlilik birliğinde üzerine düşen görevlerini yerine getirmediği gerekçesiyle TMK'nın 166/1. maddesine göre tarafların boşanmalarına, müşterek çocuklardan.....'in yaşı nedeni ile annesinin ilgi ve bakımına ihtiyacı olduğu,e'nin velayetinin annesine verilmesini,'in ise velayetinin babasına verilmesini istediği, uluslararası sözleşmeler gereğince idrak çağındaki çocukların velayet hakkındaki görüşüne önem verilmesi gerektiği belirtilerek,'in velayetinin davalı babaya,e ve.....'in velayetlerinin ise davacı anneye tevdiine karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece tarafların ayrı yaşadıkları süreçte müşterek çocuklare ve.....'in babaları onay vermediği için yurt dışına çıkamadıkları ve zorunlu olarak baba yanında kaldıkları, 15 yaşında olan'in velayetinin annesine verilmesini istediği,'in ise yaşı nedeniyle anne ilgi ve sevgisine ihtiyacı olduğu, davacı annenin velayeti kullanmasına engel ya-

şam tarzı ve yetersizliği olmadığı, davalının da bunu ifade ettiği, davacının çalıştığı, ayrı ev tuttuğu, 2009 doğumlu okul çağına dahi gelmemiş, idrak yeteneği olmayan bir çocuğu annenin bakmak istemesi ve bir yetersizliği olmadığı hâlde annesinden ayrı yaşamak zorunda bırakılmasının hiçbir hukuk kuralı ile bağdaşmayacağı,e'nin de Almanya'da yaşamak istediği, davacının ablasının yaşam tarzına ilişkin iddialarının ispatlanmadığı, gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, fiili ayrılık sırasında ve hâlen davalı baba yanında kalan 06.05.2000 doğumlue ve 02.10.2009 doğumlu.....'in velayet haklarının Türkiye'den ayrılarak Almanya'ya yerleşen davacı anneye verilmesi koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

1- Müşterek çocuklardane hakkında verilen karar yönünden;

İlke olarak her dava açıldığı tarihteki fiili ve hukuki sebeplere göre hükme bağlanır. Ne var ki, dava açıldıktan sonra meydana gelen bir olay nedeniyle dava konusunun ortadan kalkması, eş söyleyişle tarafların, davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmaması hâlinde bu olayın hükümde göz önüne alınması ve böyle bir durumda mahkemenin, davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermesi gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır.

Somut olaya gelince, velayete konu çocuklardane'nin 06.05.2000 doğumlu olduğu ve direnme kararının temyiz incelemesinin yapıldığı 17.01.2019 tarihinde 18 yaşını doldurduğu dosyada bulunan nüfus kayıt örneğinden açıkça anlaşılmaktadır.

Dava açıldıktan sonra ortaya çıkan bir olgu nedeniyle artık dava konusu edilen talep hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesine gerek ya da neden kalmıyorsa, burada davanın konusuz kalmasından söz edilebilir.

Görülmekte olan davada ortak çocuke'nin inceleme tarihinde ergin olması nedeniyle velayet kendiliğinden sona erdiği için yerel mahkemece bu durum gözetilerek velayet talebinin konusuz kalması nedeni ile esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

2- Müşterek çocuk..... hakkında verilen karar yönünden ise;

Bilindiği üzere, 4721 sayılı TMK'nın 339-347. maddeleri uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velayet, aynı zamanda ana babanın velayeti altındaki çocukların kişiliklerine ve mallarına ilişkin hakları, ödevleri, yetkileri ve yükümlülükleri de içerir.

Ana ve babanın çocukların kişiliklerine ilişkin hak ve ödevleri, özellikle çocuklara bakmak, onları görüp gözetmek, geçimlerini sağlamak, yetiştirilmelerini ve eğitimlerini gerçekleştirmektir. Bu bağlamda sağlayacağı eğitim ile çocuğu istenilen ölçüde dürüst, kötü alışkanlıklardan uzak, iyi ahlâk sahibi, çalışkan ve bilgili bir insan olarak yetiştirmek hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Buna göre, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır.

Öte yandan, TMK'nın 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenen "velayet"e ilişkin hükümler kural olarak, kamu düzenine ilişkindir ve velayete ilişkin davalarda resen (kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim, tarafların isteği ile bağlı değildir. Velayetin düzenlenmesine yönelik istem incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; ahlâki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur.

Velayetin anne ya da babaya verilmesi, daha çok çocuğu ilgilendiren, onun menfaatine ilişkin bir husus olduğuna göre, gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6.maddelerinde yer alan hükümler, gerekse velayete ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, velayeti düzenlenen çocuğun, idrak çağında olması hâlinde, tercihi onun aleyhine bir sonuç doğurmayacaksa, kendisini yakından ilgilendiren bu konuda ona danışılması ve görüşünün alınması gerekir.

Nitekim, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi:

"Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir tem-

silci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.” hükmünü içermektedir.

Diğer taraftan, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin:

Çocuğun usule ilişkin haklarından, davalarda bilgilendirilme ve dava sırasında görüşünü ifade etme hakkının düzenlendiği 3. maddesinde:

“...Yeterli idrake sahip olduğu iç hukuk tarafından kabul edilen bir çocuğun, bir adli merci önündeki, kendisini ilgilendiren davalarda, yararlanmayı bizzat da talep edebileceği aşağıda sayılan haklar verilir:

a)İlgili tüm bilgileri almak;

b)Kendisine danışılmak ve kendi görüşünü ifade etmek;

c)Görüşlerinin uygulanmasının olası sonuçlarından ve her tür kararın olası sonuçlarından bilgilendirilmek.”;

Adli mercilerin rolünden, karar sürecinin düzenlendiği 6. maddenin (b) ve (c) bentlerinde ise:

“b)...Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, ...çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır, çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.” hükümleri yer almaktadır.

Tüm bu açıklamalar kapsamında somut olaya gelindiğinde 2009 doğumlu olan küçük..... davanın açıldığı tarihte 3 yaşında ise de hali hazırda kendi görüşlerini ifade edebilecek olgunluğa eriştiği, diğer bir anlatımla idrak çağına geldiği açıktır.

Mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğun kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda bizzat dinlenilerek, görüşlerini gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanması; ifade edecekleri görüşlerin, çıkarlarına ters düşmediği takdirde, buna değer verilmesi olmalıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, küçük.....'in dava açıldığı tarihte 3 yaşında olduğu ve anne özlemi çektiği, davacı an-

nenin velayet görevini yerine getirebilecek yeterliliğe sahip olduğu, bu nedenle küçüğün velayetinin anneye verilmesine ilişkin direnme kararının onanması gerektiği, yine dava tarihinden sonra idrak çağına gelen çocuğun görüşüne başvurulması durumunda tespit edilecek beyanın mahkemeyi bağlamayacağı gibi, yargılama süreci gözetildiğinde davaya konu küçüğün ergin olması, dolayısıyla davanın konusuz kalması sonucunu da doğuracağı, annenin Almanya'da yaşadığı ortamın belirsizliği ve küçüğün alıştığı çevre ile kardeşlerinden ayrılmaması hususları dikkate alındığında Özel Daire bozma kararının doğru olduğu görüşleri ileri sürülmüş ise de bu görüşler Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

O hâlde, yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda belirtilen değişik gerekçelerle 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin harcın istek hâlinde yatıran iadesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğ edildiği tarihinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 17.01.2019 tarihinde (1) nolu bent açısından oy birliği ile, (2) nolu bent açısında oy çokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

KÖTÜ NİYET İDDİASI

ÖZET: Bir itiraz niteliğinde olan kötüniyet iddiasının, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın her zaman ileri sürülebilmesi mümkündür.

Y. 1. HD. E.2018/5100 Y. 2018/15736 T.19.12.2018

Dava, tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Asıl davada davacı, dava konusu parsel sayılı taşınmazı üzerine kat karşılığı bina inşa etmek üzere yükleniciler K. ile noterde düzenlenen sözleşme ile anlaştıklarını, yüklenicilerin sözleşmeye uymayarakı yarım bıraktıklarını, bu sebeple kat karşılığı sözleşmesinin feshi için ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı 2002/1715 E sayılı davanın kabulüne karar verilerek sözleşmenin feshedildiğini, ve kararın kesinleştiğini, ancak bu arada yüklenicilerin kendilerine sözleşme gereğince kısmen verilen arsa hisselerini davalılara aktardıklarının ileri sürerek dava konusu taşınmazın davalılar adına olan tapu kayıtlarının iptali ile adına tesciline karar verilmesini istemiş, birleşen davada davacı aynı sebeplere dayanarak asıl davada davalı olan ...'nın dava tarihinden önce öldüğünü bildirip mirasçıları olan davalılar adına olan tapu kayıtlarının iptali ile adına tesciline karar verilmesini istemiştir.

Asıl davada davalılar ..., ... ve ... cevap dilekçelerinde, davacının iptalinden bahsettiği sözleşme ile kendilerinin iktisabı arasında hiçbir bağlantının olmadığını, davacının 15.12.1995 tarihinde sözleşme tarihinden dört yıl önce 6/100 hissesini Kara'ya sattığını, davalı ...'nın ise sözleşme ve davacı ile hiç ilgisi olmayan bu şahıstan taşınmazı satın aldığını, yine davacının aynı tarihte 18/100 hissesini de 'a sattığını, diğer davalıların da kaynağı bu şahıs olan, sonra değişik kişilerce alınan şahıslardan taşınmazı edindiklerini, 1995 yılından beri davacının 76/100 hissesini korumakta olduğunu, sözleşme ile yüklenicilere tapu devretmediğini, iptal edilen sözleşmelerdeki hakların geri alımlarının dava zamanasını süresinin 5 yıl olduğunu belirterek davanın reddini savunmuşlar, devir yasağı nedeni ile uğranılan yaklaşık 10000 TL zararın tazmin edilmesine karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece, asıl davada davalı ... yönünden husumet nedeni ile davanın reddine, diğer davalılar hakkında ise asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir.

Bilindiği ve 04/05/1978 tarih, 4/5 sayılı Kararında da düzenlendiği üzere kişi aleyhine dava açılması mümkün olmadığı gibi ıslah yoluyla dahi olsa mirasçıları davaya dahil edilmek suretiyle davanın yürütülmesine olanak yoktur.

Somut olaya gelince; belirtilen husus göz önüne alınarak asıl davada davalı ... hakkındaki davanın reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davacının bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine.

Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince,

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, çekişme konusu 18427 parsel sayılı taşınmaz davacı ... adına kayıtlı iken, 3.Noterliği'nin 06.12.1995 tarihli vekaletnamesi ile yetkili kıldığı vekili Aygır tarafından (taşınmaz 100 hisse itibar edilerek ve 76/100 pay davacı üzerinde ipka edilerek), 6/100 payının dava dışı Kara'ya, 18/100 payının dava dışı 'a satış yolu ile temlik edildiği, tarafından 6/100 payın 2.10.2006 tarihinde davalı ...'a satıldığı, tarafından 6/100 payın 26.04.1996 tarihinde Karataş'a satıldığı,'un ise söz konusu payını 26.7.2004 tarihinde Sıddık Karakaş'a, Sıddık'ın 31.03.2010 tarihinde davalı ...'ya sattığı,'ın 12/100 payını 09.02.1999 tarihinde Çelik'e satarak devrettiği,'in bu paydan 6/100'ünü 03.6.2004 tarihinde davalı ...'e, diğer 6/100'ünü ise aynı tarihte 'ya satış yolu ile temlik ettiği, 'nın satın aldığı payı 22.06.2005 tarihinde ...'ya,'in ise 06.09.2006 tarihinde davalı ...'ya aktardığı ... 2.Asliye Hukuk Mahkemesinde davacı ... tarafından Karakaş aleyhine sözleşmenin feshi isteğiyle açılan 2002/1715 esas sayılı dava sonunda 2.Noterliğinin 25.02.1999 tarih ve 4835 yevmiye numaralı taşınmaz satış vaadi ile kat karşılığı sözleşmesinin geriye dönük olarak, yine aynı tarihte ve aynı noterlikte düzenlenen 4836 yevmiye numaralı taşınmaz satış vaadi ve kat karşılığı sözleşmesinin ileriye dönük olarak feshine karar verildiği, verilen kararın derecattan geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Tüm dosya içeriğinden kat karşılığı sözleşmesi uyarınca bir kısım payın yükleniciye değil de, yüklenici vekil kılınarak 3.kişilere temlik edildiği ve sözleşmelerin edim yerine getirilmediği için feshedildiği hususlarında bir çekişme yoktur.

Taşınmazları vekil marifeti ile temlik alanlar halen malik olsalardı, tapunun iptal edilmesi gerektiğinde de bir kuşku bulunmamaktadır. Ne

var ki, zaman içerisinde dava konusu taşınmazdaki payların birçok kez el değiştirdiği kayden sabittir.

Hukukumuzda, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları satın aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla 4721 s. Türk Medeni Kanununun (TMK) 2.maddesinin genel hükmü yanında menkul mallarda 988 ve 989., tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023. maddesinin özel hükümleri getirilmiştir.

Öte yandan, bir devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmamasından doğan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucu olarak da tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinen kişinin iyi niyetini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke TMK'nin 1023. maddesinde aynen ".....e iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan 3 ncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024.maddenin 1. fıkrasına göre "Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken 3 ncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde öngörülmüştür.

Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren kimse diğer yanda ise kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır.

Bu nedenle, yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükene değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim bu görüşten hareketle, "kötü niyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (resen) nazara alınacağı" ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 sayılı İçtihadı

Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşlerde aynı doğrultuda gelişmiştir.

Somut olayda, son kayıt maliklerinin iyiniyetli olup olmadıkları açısından bir araştırma yapılmamış olup, davacının tanık deliline de dayandığı görülmektedir.

Hal böyle olunca, davacının isimlerini bildireceği tanıklarının dinlenmesi, davacının delil listesinde yer alan icra dosyasının getirilmesi, son kayıt maliki davalıların yukarıdaki ilkeler uyarınca iyiniyetli olup olmadıkları hususunun açıklığa kavuşturulması ve varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken noksan soruşturma ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Davacının temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile yerel mahkeme kararının (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 19.12.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HARÇ DEĞERİ • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Harcı tamamlanan dava değeri üzerinden vekalet ücreti takdir edilmelidir.

Y.1. HD. E. 2019/1255 K. 2019/2396 T. 03.04.2019

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, maliki olduğu 15 parsel sayılı taşınmazın, dava dışı ortağın borçlu olduğu icra dosyasında, usulsüz şekilde tebliğ edilen haciz ihbarnameleri uyarınca, alacağa mahsuben davalıya ihale edildiğini, cebri satış işleminin yok hükmünde olup borcu bulunmadığını, kaldı ki İİK 89/5. maddesine göre de kötüniyetli alacaklının taşınmazı iade etmesi gerektiğini ileri sürerek dava konusu 15 parsel sayılı taşınmazın satışının yok hükmünde olduğunun tespitini, tapu kaydının iptali ile adına tescilini, olmadığı taktirde İİK 89/5. maddesine göre iptal ve tescilini, bunun da mümkün olmaması halinde taşınmazın dava tarihindeki güncel değerinin ticari faiziyle birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinin geçtiğini, taşınmazı cebri ihaleyle iktisap ettiğini ve ihalede bir usulsüzlük bulunmadığı gibi ihalenin feshine ilişkin sürelerin de geçtiğini, davacının bu hususta icra

mahkemesine yaptığı başvurunun retle sonuçlandığını bildirip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia kanıtlanamadığı gibi iddianın yerinde olmadığını kesinleşen icra mahkemesi kararı ile de sabit olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, taraflarca süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 18.12.2018 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davacı vekili Avukat ... ile diğer temyiz eden davalı vekili Avukat ... geldiler, duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, yolsuz tescil hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, olmadığı taktirde bedel isteğine ilişkin olup mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayanağı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle iddianın kanıtlanamadığı gözetilerek davanın reddedilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Davacının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine.

Davalının harç ve vekalet ücretine yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Somut olayda, dava 10.000 TL değer gösterilerek açılmış, yargılama sırasında keşfen saptanan 6.849.130, 80 TL üzerinden toplam 116.795, 24 TL harç ikmalı yapılmıştır. Mahkemece, davanın reddine karar verildiğine göre harcı tamamlanan dava değeri olan toplam 6.849.130, 80 TL üzerinden davalı yararına nispi vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken 161.500 TL üzerinden 15.640 TL vekalet ücretine hükmedilmiş olması doğru değildir.

Öte yandan; harç kamu düzenini ilgilendirdiğinden re'sen gözetilmesi gereken bir husus olup dava reddedildiğine göre ret harcına hükmedilmesi gerekirken 161.500 TL üzerinden 10.032, 06 TL nispi karar ve ilam harcına hükmedilmesi de doğru olmamıştır.

Ne var ki, değinilen hususlar yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden; mahkemenin gerekçeli kararının hüküm kısmının 2. fıkra-

sında yazılı “ Davanın reddine karar verildiğinden karar tarihi itibariyle yürürlükte bulunan harç tarifesi uyarınca alınması gerekli olan 11.032, 06-TL harç için peşin alınan 2.758, 04-TL harcın mahsubu ile bakiye 10.247, 00-TL harcın davacıdan alınarak HAZİNEYE İRAT KAYDINA, ” ifadesinin hüküm fıkrasından çıkarılarak yerine 2. fıkra olarak “Karar tarihi itibariyle alınması gerekli 29, 20 TL maktu karar ve ilam harcının peşin alınan toplam 116.966, 04 TL nispi harçtan mahsubu ile bakiye 116.936, 84 TL nispi peşin harcın istek halinde davacı tarafa iadesine” ifadesinin yazılmasına; hükmün 4. fıkrasında yazılı “... 15.640, 00-TL...” ibaresinin hüküm fıkrasından çıkarılarak yerine “...133.691, 30 TL...” ibaresinin yazılmasına, davalının temyiz itirazının kabulü ile 6100 sayılı HMK’nun geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK’nun 438/7. maddesi uyarınca hükmün bu şekliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, 30.12.2017 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince gelen temyiz eden taraflardan davalı vekili için 1.630 TL. duruşma vekâlet ücretinin diğer temyiz eden davacıdan alınmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 03.04.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

VEKALET ÜCRETİ • HARÇ DEĞERİ

ÖZET: Harçlandırılan dava değerine göre vekalet ücreti takdir edilmelidir.

Y. 1. HD. E.2019/1290 K. 2019/2537 T. 10.04.2019

Bilindiği üzere, tapulu taşınmazlarda mülkiyeti nakleden aktitlerin resmi biçimde yapılması TMK’nın 706 (eski MK.nun 634), B.K.nun 213 ve Tapu Yasasının 26. maddesi hükmü gereğidir. Ne var ki, gerek 766 sayılı Tapulama yasasının 32/B maddesi, gerekse 9 Ekim 1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 Sayılı Kadastro Yasasının 13/B maddesiyle bu yasaların genelde bir tasfiye yasası olmaları nedeniyle T.M.K.nun 706 (eski M.K. nun634) ve Borçlar Yasasının 213 maddesinde mülkiyetin naklinde öngörülen buyurucu nitelikteki hükümlere ayrık bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, kayıt sahibinin tapulama sırasında kadastro teknisyeni huzurunda taşınmazın zilyedi adına tespit ve tesciline muvafakatını bildirmesi , mülkiyetin zilyet adına geçirilip onun üzerine tespitinin yapılabilmesi için yeterli kabul edilmiştir. Eş anlatımla, kadastro teknisyeni huzurunda verilen muvafakat bildirimi, resmi memur önünde serbest irade ile belirtilen tescil isteme beyanı olarak görülmüştür. Kayıt sahibinini zilyet

adına tespite muvafakat beyanının haricen satış, hibe gibi ya da başka bir nedene dayandırılarak ileri sürülmüş olması da bu kabulde sonuca etkili değildir.

Somut olayda, çekişme konusu ... parsel (yeni ... ada ... parsel), ... parsel (yeni ... ada ... parsel), parsel (yeni ... ada ... parsel), ... parsel (yeni ... ada ... parsel) sayılı taşınmazların mirasbırakan ...'nın babası olan ...'dan davalı ...'a intikal ettiği, ... tarafından da diğer davalılar ... ve ...'e temlik edildiği, anılan taşınmazlar yönünden kök mirasbırakan ...'nın muvazaasına dayanılmadığı gibi davalı ... adına tapu kayıtlarının oluşmasının dayanağının kök miras bırakanın tapulama sırasında tapulama teknişyeni huzurunda verdiği ve imzası tahtında tapulama tutanağına alınan bu yerlerin davalı adına tespitine muvafakatini içeren tek taraflı beyanı olup, taşınmazların davalılara devrini sağlayan bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından muris muvazaasına ilişkin 01.04.1974 tarih 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama yeri de bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, dava açıldıktan sonrada sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanın da doğal bir sonucudur. Usul Hukukumuzda da ayırık durumlar dışında dava konusu mal veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebileceği kabul edilmiş, 6100 sayılı HMK'nın 125. maddesinde dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devir ve temlik halinde yapılacak usulü işlemler düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, iki taraftan biri dava konusunu (müddeabihi) bir başkasına temlik ettiği takdirde diğer taraf seçim hakkını kullanmakta dilerse temlik eden ile olan davasını takipten vazgeçerek davayı devralan kişiye yöneltmekte, dilerse davasına temlik eden kişi hakkında tazminat davası olarak devam edebilmektedir.

Bu usul kuralının kendiliğinden (re'sen) gözetilmesi gerektiği de açıktır.

Somut olaya gelince; kabul kapsamına alınan çekişmeli ... ada ... parsel sayılı taşınmazda 03.09.2018 itibari ile dava dışı ...'nın malik olduğu, ancak anılan parselin tedavüllü tapu kaydı bulunmadığından davalı ...'in, taşınmazı dava tarihinden önce mi sonra mı elden çıkardığı tespit edilmeksizin sonuca gidildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, bilindiği üzere, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı davalarda dava değeri taşınmazın tümü üzerinden, davayı açan mirasçı yada mirasçıların payına isabet eden değerdir. Davada harçlandırılan değer 5.000, 00 TL olup, yargılama sırasında tespit edilen taşınmazın

davacı payına isabet eden dava değeri üzerinden eksik harç davacı tarafça tamamlanmadığından, harçlandırılmayan değer üzerinden fazla nispi vekalet ücretine hükmedilmesi de isabetsizdir.

Hal böyle olunca, çekişme konusu ... ada ... parsel, ... ada ... parsel, ... ada ... parsel, ... ada ... parsel sayılı taşınmazlar yönünden davanın reddine karar verilmesi, çekişme konusu ... ada ... parsel sayılı taşınmazın tedavüllü tapu kaydının getirtilerek yargılama aşamasında dava dışı üçüncü kişiye temlik edildiğinin tespiti halinde 6100 sayılı HMK'nın 125. maddesi hükmü uyarınca, davacı tarafa seçimlik hakkı hatırlatılarak davayı ne şekilde sürdüreceğinin sorulması ve bu yöndeki usuli eksiklik giderildikten sonra işin esası bakımından bir karar verilmesi, taşınmazın dava tarihinden önce devredilmesi halinde davanın taraf sıfatı yokluğundan reddine karar verilmesi, vekalet ücreti yönünden de harçlandırılan dava değerinin esas alınması gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

Davalıların değinilen yönlerden yerinde bulunan temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 10.04.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

ORTAK VELAYET • KAMU DÜZENİ

ÖZET: “Ortak velayet” düzenlenmesinin Türk Kamu düzenine aykırı olduğundan söz etmek mümkün değildir.

Bu nedenle tarafların milli hukuklarındaki düzenlemeler dikkate alınarak “ortak velayet”istemi hakkında karar verilmelidir.

Y. 2. HD. E.2016/15771 K. 2017/1737 T. 20.02.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı baba tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Taraflar İngiliz vatandaşıdır. Davacı baba, evlilik dışı doğan 24/10/2003 doğumlu ortak çocuk...’un velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velayetin ortak düzenlenmesini istemiştir.

Mahkemece özetle; tarafların milli hukukuna göre evlilik dışı doğan çocuklar açısından ortak velayet düzenlemesi mümkün ise de ortak velayet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır(MÖHUK m. 17/1).

Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.(MÖHUK m.5/1).

Somut olayda çözülmesi gereken uyuşmazlık, “ortak velayet” düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığının belirlenmesine yöneliktir.

Bu bağlamda öncelikle iç hukukumuzdaki yasal düzenlemelere bakmak gerekir. İç hukukumuzda konumuzla ilgili yasal düzenlemeler aşağıdaki gibidir.

Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır(TMK m. 182/1-2).

Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz.

Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar(TMK m. 335).

Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir”(TMK m.336).

Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir.

Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir(TMK m.337).

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol”, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol’ün 5. maddesine göre, “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir”.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklar-

da Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son).

İç hukukla ilgili yasal düzenlemeye baktıktan sonra “kamu düzeni” (ordre public) kavramı üzerinde durmak uyuşmazlığın çözümü için yararlı olacaktır.

Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tarifini yapmak kolay değildir. Genel bir tanımla; “Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür”. Bu genel çerçeve içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanabilir. (Prof. Dr.Aysel Çelikel-Prof.Dr. B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk 11.bası-sayfa:149).

Genel olarak; hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-âdet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmayacağı söylenebilir. Yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün somut olayda tatbiki ile ortaya çıkaracağı sonuç, yukarıda belirtilen temel ilke ve değerler karşısında da tahammül edilmez bir durum yaratmakta ise, yabancı hukukun kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle yabancı hukuk uygulanmaz. Burada, yabancı hukukun tatbikini engelleyen kamu düzeninin “menfi etkisi”nden bahsedilir. Kamu düzeni kavramı geniş, muğlak, izafi ve değişkendir(Prof. Dr.Cemal Şanlı-Doç.Dr.Emre Esen- Yrd.Doç.İnci Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk-4.Bası-sayfa: 72-73-78).

Türk hukukunda kamu düzeni (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun tatbikini önleyen istisnâî bir göreve sahiptir. Kanunlar ihtilâfî kaidelerimizce yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine “açıkça” aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir(MÖHUK m.5). Şu halde, kamu düzeni bizim için kanunlar ihtilâfî hukukuna ait tek taraflı bir “bağlanma kaidesi” değildir. Aksine kanunlar ihtilâfî kaidemizin gösterdiği yabancı hukuk nizamının tatbiki prensibinin bir istisnasıdır(Prof.Ergin Nomer-Prof.Cemal Şanlı, Devletler Hususî Hukuk, 18.bası-sayfa:l59)

“...Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da

Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıs-

tas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak

benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır" (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir.

O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 20.02.2017

YABANCI MAHKEME KARARI • TASDIKLI TERCÜME

ÖZET: Yabancı mahkeme kararının noter tarafından yaptırılan tercümesinin veya o yerdeki Türk Konsolosluğu tarafından onaylanmış tercümesinin sunulmasından sonra karar verilmelidir.

Y. 2. HD. E. 2016/25666, K. 2017/11363 T. 19.10.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı

tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı, yabancı mahkemece verilen boşanma kararının tanınmasını istemiştir.

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, yabancı mahkemelerin hukuk davalarına ilişkin olarak verdikleri ve o devletin kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların tenfizi ve tanınmasına ilişkin davalarda; dilekçesine, yabancı mahkeme ilamının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilamı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesinin; ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin eklenmesi zorunludur. Bu belgelerde eksiklik varsa yargılama sırasında tamamlanması mümkündür.

Dosyaya yabancı mahkeme kararının aslı sunulmuştur. ... şerhi de bulunmaktadır. Eksik olan kararın Türkçe tercümesinin onaysız olmasıdır. Sunulan tercümenin o yerdeki Türk konsoloslugu tarafından veya noter tarafından yapılmış olması zorunludur. Dosyaya sunulan karara ilişkin tercüme, konsolosluk tarafından onaylanmadığı gibi, noter tarafından da yaptırılmamıştır. Sunulan Türkçe tercüme bu haliyle, tanımaya elverişli değildir. O halde, davacıya yabancı mahkemece verilen kararın o yerdeki Türk konsoloslugu tarafından onaylanmış veya noter tarafından yaptırılan Türkçe tercümesini sunması için uygun süre verilmeli, eksiklik tamamlandığı takdirde, tanıma talebinin 5718 sayılı Yasanın 58/1. maddesinde gösterilen şartları incelenip, hasıl olacak sonucu uyarınca karar verilmeli, verilen süre içinde eksiklik tamamlanmaz ise, davanın usulden reddi yönüne gidilmelidir. Bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 19.10.2017

YABANCI MAHKEME KARARI • APOSTİL

ÖZET: Tanınması istenen yabancı mahkeme kararının dosyaya sunulan örneğinin “kararın aslı” olduğu bizzat belge veya buna ekli kağıt üzerinde “Apostil” mevcutsa kabul edilir

Y 2. HD. E. 2016/21735 K. 2017/11391 T. 19.10.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava ile; ... mahkemesince verilen boşanma kararının tanınması talep edilmiştir. Dosyaya sunulan yabancı mahkeme kararında “...” mevcut değildir. Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmi belgelerin Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır. Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmi belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklıdır (HMK. m.224).

5 Ekim 1961 tarihli “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin Lahey Sözleşmesine, kararın verildiği...’te taraftır. Bu Sözleşme hükümleri, “yargı organları veya mahkemeler tarafından verilmiş olan resmi belgeler” için de geçerlidir. (Söz. m. 1) Sözleşmeye göre; yabancı belgedeki imzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin sıfatının ve gerektiğinde bu belge üzerindeki mühür ve damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi için, bizzat belge üzerine veya buna eklenecek bir kağıdın üzerine “tasdik şerhi” (apostil) konulması mecburidir. Bu şekilde verilmiş bir tasdik şerhi; imzanın doğruluğunu, belgeyi imzalayan kişinin hangi sıfatla imzaladığını ve gerektiğinde belge üzerindeki mühür ve damganın aslı ile aynı olduğunu teyid eder. (Söz. m. 3, 4 ve 5) Tanınması istenilen yabancı mahkeme kararının dosyaya sunulan örneğinin “kararın aslı” olduğu; bizzat belge veya buna ekli kağıt üzerinde “apostil” mevcutsa kabul edilir.

“...l”in bulunmaması, sunulan belgenin güvenilirliğini ortadan kaldırır. Bu bakımdan, tanınması istenilen yabancı mahkeme kararında apostilin bulunması zorunludur. O halde, davacıdan “...” taşıyan yabancı mahkeme kararının istenilmesi, bu yönde davacıya uygun süre verilmesi veya dosyaya sunulmuş olan yabancı kararın Adalet Bakanlığı (Uluslararası Hukuk

ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü) aracılığıyla kararın verildiği devlete gönderilerek, bu devletin yetkili makamlarından 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Konvansiyonu hükümlerine uygun "apostil" (tasdik şerhi) konulmasının istenilmesi, eksikliğin bu şekilde tamamlanmasından sonra işin esasının incelenmesi gerekir. Bu husus nazara alınmadan hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 19.10.2017

YABANCI MAHKEME KARARI • KAMU DÜZENİ

ÖZET: Yabancı mahkeme ilamının tanınmasına veya tenfizine karar verilmesi için hükmün Türk Kamu düzenine aykırı olmaması gereklidir.

Vatandaşlık kazanmak için yapılan evliliklerin kamu düzenine aykırı olduğundan söz edilemez.

Y. 2. HD. E. 2017/6175 K. 2018/7698 T. 20.06.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı erkek tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı erkek, ... İlçe Mahkemesi'nin kararı ile tarafların evliliğinin hükümsüz (butlan) olduğuna karar verildiğini belirterek kesinleşen yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar verilmesini talep etmiştir. Tanınması istenilen yabancı mahkeme kararında, davacı erkeğin vatandaşlık kazanabilmek için, davalı kadının ise para karşılığında bu evliliği yaptığı, bu nedenle yapılan evliliğin gerçek bir evlilik olmaması gerekçesiyle evliliğin hükümsüz olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme Türk Medeni Kanunu'nun 145. maddesinde evliliğin butlanı sebeplerinin sayıldığı, bunlar arasında vatandaşlık elde etmek amacıyla yapılan evliliklerin olmadığı bu nedenle kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle davanın

reddine karar verilmiştir. Yabancı mahkeme ilamının tanınmasına ya da tenfizine karar verilebilmesi için hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerekmektedir (5718 S.K m.54/1-c).

Tanıma ve tenfizde; yabancı mahkeme kararının doğruluğu, uygulanmış olan usul hükümleri, maddi ve hukuki tespitler inceleme dışında tutulmalıdır. Yabancı mahkemenin Türk Hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması veya yanlış yorumlayıp uygulaması tek başına yabancı kararın tanıma ve tenfizine engel teşkil etmez (İçtihatı Birleştirme Kararı 10.0.2012 gün 2010/1 esas, 2012/1 karar).

Anayasa ile düzenlenen temel hak ve hürriyetlere, milletlerarası hukukta kabul edilen temel ilkelere, adil yargılanma ve savunma hakkında genel ahlaka, Türk hukuk düzeninin temelini oluşturan ve devletin vazgeçemeyeceği ilkelere aykırılık oluşturması halinde, kamu düzenine açıkça aykırılıktan söz edilir. 5718 sayılı Yasanın 54/1-c maddesinde bu durum “açıkça aykırılık” ibaresiyle ifade edilmiştir. Türk Medeni Kanunu’ndaki butlan sebepleri arasında vatandaşlık kazanmak için yapılan evliliklerin sayılmaması, kararın kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği anlamına gelmez. Bu nedenlerle mahkemece davanın kabulü gerekirken, yazılı şekilde reddi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 20.06.2018

ÇOCUĞUN SOYADI • ÜSTÜN YARAR İLKESİ

ÖZET: Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir.

Üstün yarar yoksa dava reddedilir.

Y. 2. HD E. 2017/1097 K. 2018/12772 T. 12.11.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı anne tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşüldü:

Davacı anne dava dilekçesinde; davalılardan ... ile kesinleşen kararla boşandıklarını, ortak çocuk 15.03.2011 doğum tarihli ...'ın velayetinin kendisine verildiğini, davalının davacıyı yatak odasındaki kameraya çekmiş olduğu cinsel içerikli görüntüleri başkalarıyla paylaşmakla tehdit edip para istediğini ve şantajda bulunduğu, bunun için ... hakkında ... 15. Asliye Ceza Mahkemesinde dava açıldığını, tarafların boşanmalarından sonra davalı ...'in ortak çocuğu ile ilgilenmediğini, kendisiyle görüşmek istemeyen, annesine şantaj yaparak tehdit eden babasının soyadını taşımamasının çocuğun ruhunda kalıcı izler bırakacağını, çocuğun tüm bakım ve giderleri ile annesinin ilgilendiğini, çocuğun babasının soyadı olan “...” soyismini değil annesinin soyadı “....” olarak tashihine karar verilmesini talep ve dava etmiş, mahkemece; “Davaya konu çocuğun babasının soyismini kullanmayıp annesinin soyadını taşınmasında çocuğun menfaatini gerektirir bir husus bulunmadığı gibi dosyada mevcut Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2013/14681 Esas, 2013/14217 Karar sayılı 30/10/2013 tarihli ilamı doğrultusunda ve Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2002/9753 Esas, 2002/11293 karar sayılı, 19/07/2002 tarihli kararında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi hükmüne göre “Evlilik birliği içinde doğan çocuk ailenin yani babanın soyadını taşır. Boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olması soyadında herhangi bir değişikliğe sebep olamaz, ” Öngörülmüş olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre çocuk ergin olana kadar baba soyadını taşımaya devam edeceğinden annenin çocuğun soyadını değiştirmesine ilişkin dava açması mümkün olmadığı” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dava ortak çocuğun soyadının, davacı annenin kızlık soyadı ile değiştirilmesine yöneliktir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davacı ile davalının kesinleşen kararlar boşandıkları, boşanma kararı ile birlikte ortak çocuk...ın velayetinin davacı anneye bırakıldığı, davacı annenin halen velayet hak ve sorumluluğuna sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur (TMK m. 282). Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur (TMK m. 292). Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır (TMK m. 321).

Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir (TMK m. 27).

Soyadı, bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır.

Velayet; ana veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir (Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Kanunu C.2, Aile Hukuku, 2002, s. 400). Velayet, çocuk ergin oluncaya kadar onunla ilgili alınması zorunlu kararları alma hususunda veliye sorumluluk yükler ve onları yetkili kılar. Bu bakımdan modern hukukta velayet, bir hak olduğu kadar aslında çocuğun üstün yararının sağlanması bakımından yetki ve sorumluluk da içerdiğinden, hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak kabul edilmektedir. Velayetin nihai amacı, henüz erginliğe ulaşmamış küçüğün, ileride bir yetişkin olarak gelecekteki hayata hazırlanmasını sağlamaktır (... , ... Çocuk Hukuku Çocuk Haklarının Korunması, 2012 s. 220).

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde, velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dâhilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususunun düzenlendiği 21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şek-

lindeki düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.2011 tarihli ve 2010/119 esas, 2011/165 karar sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı gerekçesinde; kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları gereğine yer veren uluslararası sözleşme hükümlerine de atıf yapılmak ve eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmek suretiyle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı görülmesi nedeniyle iptaline karar verildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2015 ve 2013/3434 numaralı, 11.11.2015 tarih ve 2013/9880 numaralı, 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 numaralı bireysel başvuru kararlarında ise; velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, eldeki somut olaya benzer nitelikteki başvurulara konu yargısal kararlarda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiş, aynı kararlarında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol", 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürür-

lûge girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir".

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.90/son).

Kuşkusuz velayet kendisinde bulunan anne veya babanın, çocukla ilgili yapacağı her türlü iş ve işlemde çocuğun üstün yararını koruması gerektiği tartışmasızdır.

Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her işte göz önüne alınması zorunlu olan ve belirli bir somut olayda çocuk için en iyisinin ne olduğunu belirlemede dikkate alınan bir ölçüt bir kılavuzdur. Çocuğun üstün yararı çocuğun haklarını garanti altına alan bir işlev de üstlenmektedir (YÜCEL, Özge Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, Aralık 2013, s. 117-137). Esasın da çocuğun üstün yararına gereken önemin verilmesi, yalnızca çocuğun ya da ana babanın değil, toplumun da menfaatinedir. Çünkü çocuğun sosyal, kültürel, fiziksel ve psikolojik yönden olumlu gelişimi, ilerde toplumda zararlı davranışlarının ortaya çıkmasını da engelleyecektir (BAKTİR, Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Ankara 2000 s.33).

Çocuğun üstün yararı gereği, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir.

Somut olayda, velayet hakkına sahip davacı anne, soyadlarının farklı olmasından çocuğun rahatsız olduğunu ve kendisi ile aynı soyadını taşımak istediğini ileri sürmüş olup davacı tanıkları da davalı babanın çocuğuna ilgisiz olduğunu, yaklaşık 3, 5 yaşında olan çocuğu bir kere bile görmeye gelmediğini, anneyi tehdit ettiğini, tarafların arasında şantaj nedeniyle davalar bulunduğunu, davalı babanın çocuğu doğduğundan beri görmediği gibi onunla maddi manevi olarak da ilgilenmediğini anlatmış-

lardır. Çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesi halinde çocuğun üstün yararı bakımından ruhsal gelişiminin olumsuz etkileneceği ileri sürülmediği gibi, aksine çocuğun soyadının annenin soyadıyla değiştirilmesinde çocuğun üstün yararının bulunduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 12.11.2018

MİLLETLERARASI HUKUK • VESAYET KARARI

ÖZET: Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi ilgili kişinin milli hukukuna tabidir.

Y. 2. HD. E. 2017/469, K. 018/15030 T. 20.12.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı erkek tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşüldü:

Davalı erkek ... vatandaşı olup, mahkemenin gerekçeli kararında , davalı erkeğin...'da işlemiş olduğu suç nedeniyle ... Ceza Kanunu'nun 605. maddesi gereğince 5 yıl hapis ve 18.000 Euro para cezasıyla cezalandırıldığı ve...'da cezaevinde bulunduğu belirtilmiştir. Dava dilekçesi davalıya ... Cumhuriyet savcısı aracılığı ile tebliğ edilmiş, davalıya ön inceleme tahkikat, sözlü yargılama duruşma gününü bildirir davetiye tebliğ edilmiş, yokluğunda yargılamaya devam olunarak hüküm verilmiştir.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanun'un 10. maddesinde "Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna tâbidir. " şeklinde düzenlenmiştir.

Davanın tarafları müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olayda hukuki dinlenme hakkına sahiptirler (HMK m. 27/1). Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını içerir.

O halde davalının hükümlü olup olmadığı, hükümlü ise vasisinin bulunup bulunmadığının araştırılması, vasisinin bulunması halinde davaya vasisinin katılımının sağlanması, vasisinin bulunmaması halinde ise davalının milli hukuku çerçevesinde vasi tayin edilmesinin gerekip gerekmediğinin araştırılması gerekir. Hal böyle iken bu hususlar araştırılmaksızın ve davalı tarafa ön inceleme, tahkikat ve sözlü yargılama duruşma gününü bildirir davetiyede tebliğ edilmeden yargılamaya devam olunarak hukuki dinlenme hakkını ihlal edecek şekilde işin esası hakkında karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 20.12.2018(Prş.)

YABANCI ÜLKE HUKUKU • BOŞANMA • KAMU DÜZENİ

ÖZET: Tarafların boşanmalarına yabancı mahkemece karar verilmeyip üç ay süreyle geçerli olmak üzere erkeğe notere başvurmak suretiyle tek taraflı irade beyanıyla kadının iradesini yok sayan karar Türk Kamu düzenine aykırı olup, bu kararın tanınması imkansızdır.

Y. 2. H.D. E. 2018/3127 K. 2018/15305 T. 25.12.2018.

Yukarıda tarihi, konusu ve tarafları gösterilen hükmün; onanmasına dair Dairemizin 15.03.2018 gün ve 2017/1560-2018/3429 sayılı ilamıyla ilgili karar düzeltme isteminde bulunulmakla, evrak okundu, gereği düşünüldü;

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, bu Kanuna 6217 sayılı Kanunla ilave edilen geçici 3. maddenin (1.) bendinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama

tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26.09.2014 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı hükmüne bağlandığından, karar düzeltme talebinin incelenmesi gerekmiştir.

Davacı yabancı mahkeme kararının tanınmasını istemiş, mahkemece, 27.12.2016 tarihli ilk kararla davanın kabulüne karar verilmiş, davalı tarafın temyizi üzerine Dairemizin 03.02.2016 tarih 2015/11895 E.-2016/1617 K. sayılı ilamıyla; davalı kadının, tanınması istenilen davaya konu yabancı mahkeme kararının iptali için İran'da açtığı davanın sonucunun beklenilmesi gerekçesi ile hüküm usulden bozulmuş, ilamda diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar verildiği de açıkça belirtilmiştir. Mahkemece bozma ilamına uyulmuş, yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne karar verilmiş, hükmün davalı kadın tarafından temyizi üzerine Dairemizce hükmün onanmasına karar verilmiş, davalı kadın tarafından karar düzeltme isteğinde bulunulmuştur.

Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır (MÖHUK m.50/1). Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımda 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanmaz (MÖHUK m.58/1).

Tanıma kararı verilebilmesi için ortada bir mahkeme kararı bulunması ve bu kararın kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerekir (MÖHUK m.54/1-c, 58/1).

Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek normlarının ihlal edilmesi halinde kamu düzeninin açıkça ihlal edildiğinden söz edilebilir.

"...Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilâmın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır" (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K.sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (TCA) Kanun önünde eşitlik baş-

lıklı 10. maddesinde “Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Hiçbir kişiye, aileye, ... veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları, bütün işlerde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar (TCA m.10/1-2).” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Yine Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları başlıklı 41/1. maddesine göre “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlıklı 11. Maddesine göre; “Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” (TCA m.11/1).

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan “11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 Nolu Protokol”, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukuk hükmü haline gelmiştir. Ek 7 Nolu Protokol’ün 5. maddesine göre, “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir”.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (TCA m. 90/son).

Eldeki davada, dosyada bulunan aile nüfus kaydına göre, Türk vatandaşı olan taraflar Şişli nüfusuna kayıtlı olup 19.02.1981 tarihinde evlendikleri, Armin adında ergin bir ortak çocukları bulunduğu görülmektedir.

Tanınması istenen ... İlçe Hukuki Genel Mahkeme 6. Şubesi (Aile) Mahkemesinin 05.12.2013 tarihli kararının çevirisinin incelenmesinde; erkek tarafından geçimsizlik nedeniyle boşanma isteminde bulunduğu, mahkemece 05.12.2013 düzenleme tarihli kararla “...Boşanma konusunda kocayı haklı bularak ve karı yukarıda açıklandığı şekilde hazır bulunmaması ve eşleri hakemler ve mahkemece barıştırmak imkanı olmadığı için davacının isteğini yerinde bularak, Medeni Kanununun 1133. maddesi

ve Aile Koruma Kanununun 24., 26., 27., 28., 29. ve 34. maddelerine istinaden geçimsizlikten dolayı kocaya herhangi bir notere müracaat ederek boşanma sigası icrasının aşağıdaki şekilde yaptırıp tescil ettirmesine izin verilmiştir. "...İşbu karar kesin karar iblağı tarihinden itibaren veya kararın kesinlik kazanması durumunda üç ay geçerlidir." şeklinde bir karar verildiği görülmektedir. Dosyaya sunulan belgelere göre, mahkeme kararı uyarınca erkek tarafından notere başvurulması üzerine noter tarafından boşanma belgesi düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Yabancı mahkemece tarafların boşanmalarına karar verilmemiş, erkeğe üç ay süreyle geçerli olmak üzere notere başvurmak için boşanma yetkisi verilmiştir. Davacı erkek notere başvurmuş ve noter tarafından boşanma belgesi düzenlenmiştir. Bu durumda ortada yabancı mahkemece verilmiş bir boşanma kararı bulunmamaktadır.

Tarafların boşanmalarına, yabancı mahkemece karar verilmeyip üç ay süreyle geçerli olmak üzere, erkeğe notere başvurmak suretiyle tek taraflı irade beyanıyla boşanma yetkisinin verilerek kadının iradesinin yok sayılması niteliğindeki karar, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu itibarla yabancı mahkeme kararının tanınmasına karar verilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Dairemizin önceki bozma ilamında, davalı kadının ...'da açtığı, tanınması istenilen davaya konu yabancı mahkeme kararının iptaline ilişkin davanın sonucunun bekletici mesele yapılması (TMK m. 165) belirtilerek karar usulden bozulmuş, bozma ilamında diğer temyiz itirazlarının incelenmediğine de açıkça yer verilmiştir. Bu yönüyle ortada usuli kazanılmış bir haktan söz edilemeyeceği gibi kamu düzenine ilişkin konularda usuli kazanılmış hakkın oluşması da mümkün değildir.

O halde, davanın reddine karar verilecekken yazılı şekilde kabulü doğru görülmemiştir. Ne var ki, bu husus ilk inceleme sırasında gözden kaçırıldığından davalı kadının karar düzeltme isteğinin kabulüne, Dairemizin 15.03.2018 tarih, 2017/1560 esas ve 2018/3429 karar sayılı onama ilamının kaldırılmasına hükmün yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda gösterilen sebeple davalı kadının karar düzeltme isteğinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440-442. maddeleri gereğince kabulü ile Dairemizin 15.03.2018 tarih, 2017/1560 esas ve 2018/3429 karar sayılı onama kararının **KALDIRILMASINA**, kararın yukarıda açıklanan sebeple **BOZULMASINA**, karar düzeltme harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, oyçokluğuyla karar verildi. 25.12.2018

BOŞANMANIN SONUÇLARI • HAKİM TASDİKİ DAVADA GÖREV

ÖZET: Boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmalar hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.

Taraflar arasında imzalanan protokol hakim tarafından onaylanmadığından uyuşmazlık Aile mahkemesinde değil Genel Mahkemelerde çözümlenmelidir.*

Y. 2. HD. E. 2017/3517 K. 2018/13958 T. 04.12.2018

Davacı-karşı davalı baba, velayeti davalı-karşı davacı annede bulunan ortak çocuğun velayetinin değiştirilmesini, kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesini ve davalı-karşı davacı ile aralarında düzenledikleri 17.09.2014 tarihli protokol gereği davalı-karşı davacı adına kayıtlı/7 parsel sayılı 9 numaralı konut niteliğindeki taşınmazın tapu kaydına ortak çocuğun ergin olacağı tarihe kadar 3. kişilere satışının engellenmesi bakımından şerh konulmasını, davalı-karşı davacı ise; baba ile ortak çocuk arasında düzenlenen kişisel ilişkinin kaldırılmasını, olmazsa azaltılmasını talep ve dava etmişler; mahkemece 25.12.2015 tarihli ilk hükümde; davacı-karşı davalının velayetin değiştirilmesi davasının reddine, kişisel ilişkinin değiştirilmesi davasının kabulüne, davalı-karşı davacı annenin davasının reddine karar verilmiş, davacı-karşı davalının, davalı-karşı davacı adına kayıtlı 6932/7 parsel sayılı 9 numaralı konut niteliğindeki taşınmazın tapu kaydına ortak çocuğun ergin olacağı tarihe kadar 3. kişilere satışının engellenmesi bakımından şerh konulması talebi yönünden hüküm kurulmamış, hükmün davacı-karşı davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 21.06.2016 tarihli ilamı ile; davacı-karşı davalının diğer temyiz itirazlarının **ONANMASINA**, davalı-karşı davacı adına kayıtlı 6932/7 parsel sayılı 9 numaralı konut niteliğindeki taşınmazın tapu kaydına ortak çocuğun ergin olacağı tarihe kadar 3. kişilere satışının engellenmesi bakımından şerh konulması talebi yönünden harç tamamlandığı takdirde olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiş, mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda; “Davanın kabulü ile/17 parsel, ... nolu bağımsız bölümün tapu kaydına 17.09.2014 tarihli “Anlaşmalı boşanma protoko-

* Gönderen: Av. Erol Zeybekoğlu, Antalya Barosu

lünün uygulama hükümleri” başlıklı sözleşme gereğince, velayeti anneye bırakılan ortak çocuk....’ın 18 yaşını tamamlayacağı 05.06.2027 tarihine kadar 3. kişilere satılamayacağına şerh verilmesine.” karar verilmiştir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; tarafların ... 2. Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesinin 26.09.2014 tarihinde kesinleşen 17.09.2014 tarih ve 2014/358 esas -2014/427 karar sayılı kararı ile anlaşmalı olarak (TMK m. 166/3) boşandıkları, mahkemece tasdikine karar verilen anlaşmalı boşanma protokolünde davalı- karşı davacı adına kayıtlı 6932/7 parsel sayılı 9 numaralı konut niteliğindeki taşınmazın tapu kaydına ortak çocuğun ergin olacağı tarihe kadar 3. kişilere satışının engellenmesi bakımından şerh konulması yönünde bir düzenleme olmadığı gibi, bu yönde bir anlaşma olduğu hususunda boşanma kararında da bir hükmün bulunmadığı, tarafların anlaşmalı boşanma kararından sonra aralarında yaptıkları “Anlaşmalı boşanma protokolünün uygulanma hükümleri” başlıklı 17.09.2014 tarihli ek protokol ile bu konuda düzenleme yaptıkları anlaşılmaktadır.

Boşanma veya ayrılığın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz (TMK m. 184/5). Davacı-karşı davalının, davalı-karşı davacı adına kayıtlı 6932/7 parsel sayılı 9 numaralı konut niteliğindeki taşınmazın tapu kaydına ortak çocuğun ergin olacağı tarihe kadar 3. kişilere satışının engellenmesi bakımından şerh konulması davası bakımından düzenlenen ek protokolün boşanma davası sırasında hakim tarafından onaylanmadığı ve hükme esas alınmadığı nazara alındığında, taraflar arasında yapılan bu ek protokol, genel hükümlere tabi bir sözleşme niteliğinde olup uyuşmazlık aile hukukundan kaynaklanmamaktadır. Görev kamu düzenindedir ve mahkemece yargılamanın her aşamasında re’sen gözetilir (HMK m. 1). Gerçekleşen bu durum karşısında mahkemece temyize konu bu uyuşmazlık hakkında uyuşmazlığın genel yetkili mahkemelerin görev alanı kapsamında kaldığı gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, duruşma için takdir olunan 1630 TL. vekalet ücretinin...’dan alınıp ...’ya verilmesine ve 1630 TL. vekalet ücretinin de’dan alınıp ...’a verilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 04.12.2018

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

YEMİN DELİLİ

ÖZET: Yemin davetiyesi, ihtarlı davetiyedir. Bu davetiyeye yemine konu vakıalar hakkında sorulacak sorular ile geçerli bir özrü olmaksızın yemin için belirlenen gün ve saatte duruşmaya gelinmezse veya gelip de yemini iade etmezse veyahut yemini eda etmekten kaçınırsa, yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yazılır.

Yemin davetiyesine gerekli açıklamanın yazılması halinde bu davetiye usulüne uygun değildir ve böyle bir davetiye üzerine duruşmaya gelmeyen tarafın yemin edeceği vakıalar sabit olmuş sayılmaz.

Y. 3. HD. E. 2017/15744 K. 2017/16030 T.16.11.2017

Davacı; davalı ile kardeş olup aralarında BK'nun 520-540 maddeleri anlamında adi ortaklık bulunduğunu, davalının adi ortaklıkta idareci ortak sıfatıyla yer aldığını, davalının ortaklık nedeni ile elde ettiği menkul ve gayri menkulleri aralarındaki ilişkiye aykırı olarak uhdesinde bulundurduğunu, ihtara rağmen hesap vermediğini, ortaklığa ait sermaye ile kazanımlar yaptığını ve 3. şahıslar lehine vekaletsiz tasarruf gerçekleştirdiğini belirterek, davalı adına olan gayrimenkulleri ile ortaklığa ait tüm mal varlığının tespiti ve kendisine ait gerçek hissenin belirlenerek alacaklarının tahsiline; müspet, menfi ve munzam zararlarının hesaplanmasına, davalı adına kayıtlı ... Mah. ... Sk. No 27 ...'da bulunan taşınmazın 1/2'sinin müvekkili adına tesciline, davalı adına kayıtlı ... Petrol Ürünleri Pazarlama ve Nakliyat San. Tic. Ltd. Şti. hisselerinin 1/2 hissenin adına tesciline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı; davacının iddialarının asılsız olduğunu, davacı ile müvekkili arasında kan bağı olan kardeşlik dışında hukuki ve fiili bir bağı mevcut olmadığını, ortaklık bulunmadığını, kendi çalışmaları ve kredi kurumlarına borçlanmaları neticesinde söz konusu mal varlığına sahip olduğunu, davanın zaman aşımına uğradığını, diğer kardeşleri ile çalıştığı döneme ilişkin elde ettiği gelirleri eşit oranda paylaştığını, davacının iddia ettiği

gibi şirketler ile ilgili bir ilgisinin bulunmadığını, tarafların 8 yıldır görüşmediğini, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece; davanın reddine karar verilmiş, hükmün davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 10.02.2016 tarih, 2015/2390 Esas, 2016/1461 karar sayılı ilamı ile, "... davacıya, adi ortaklığın varlığı hususunda davalıya yemin teklif etme hakkının kullandırılması ve ortaya çıkacak uygun hukuksal sonuç çerçevesinde hüküm kurulması gerekirken, bu yön gözardı edilerek, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir." gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece, bozmaya uyma kararı verilerek yapılan yargılama sonucunda; davanın kabulü ile ... Petrol Ürünleri Pazarlama ve Nakliyat Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti'nin davalı adına olan hisselerin 1/2'sinin iptali ile davacı adına tesciline karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi hükmü uyarınca; kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan herbiri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. HMK'nın 190.maddesinde de; ispat yükünün kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu vurgulanmıştır.

İspat yükü kendisine düşen taraf, başlangıçta diğer delilleri ile birlikte yemin teklifinde de bulunabilir. Bu halde, öncelikle, diğer delilleri incelenir, bunlar ile iddia ispat edilirse yemin teklifine gerek kalmaz. Buna karşılık, diğer delillerle iddia veya savunmasını ispat edemezse, o zaman kendisine yemin teklifi hakkı kullandırılmalıdır. Bu durumda, mahkemenin; iddiasını veya savunmasını başka delillerle ispat edememiş olan tarafa, yemin teklif etme hakkı olduğunu hatırlatması uygun olur. Taraf davasını kendisi takip etmekte ise, mahkeme, yemin teklif etme hakkı olduğunu tarafa duruşmada kendisi hatırlatır.

Taraf davasını vekil aracılığıyla takip etmekte ise, mahkeme yemin teklif etme hakkını tarafın vekiline hatırlatır. Bu halde tarafın kendisine yemin teklif etme hakkını kullanıp kullanmayacağını bildirmesi için ihbarname gönderilmesine gerek yoktur. (B.Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulu, Altıncı Baskı, cilt III, syf 2483-2562)

6100 sayılı yasanın 228.maddesinde "1)Yemin teklif edilen kimse, duruşmada bizzat hazır bulunmadığı takdirde, kendisine yemin için bir davetiye çıkarılır.2)Yemin davetiyesine, yemine konu hususlar hakkında sorulacak sorular ile geçerli bir özrü olmaksızın yemin için tayin olunan gün ve saatte mahkemeye bizzat gelmediği veya gelip de yemini iade etmediği

yahut yemini eda etmekten kaçındığı takdirde, yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yazılır.” şeklinde, 229. md. 1.fikrasında ise “ Yemin için davet edilen kimse, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özrü olmaksızın bizzat hazır bulunmaz yahut hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda, kendisine yemin teklif edilen karşı tarafın yemin konusu olayları ikrar etmiş sayılabilmesi için usulüne uygun olarak düzenlenmiş yemin davetiyesinin kendisine tebliğ gerekir. Yemin davetiyesi usulüne uygun değilse kendisine yemin teklif olunan tarafın yemin konusu maddi olayları ikrar ettiğinden söz edilemez.

Yemin davetiyesi, ihtarlı davetiyedir. Bu davetiyeye yemine kou vakıalar hakkında sorulacak sorular ile geçerli bir özrü olmaksızın yemin için belirlenen gün ve saatte duruşmaya gelinmezse veya gelip de yemini iade etmezse veyahut yemini eda etmekten kaçınırsa, yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yazılır.

Yemin davetiyesine gerekli açıklamanın yazılmaması halinde bu davetiyeye usulüne uygun değildir ve böyle bir davetiyeye üzerine duruşmaya gelmeyen tarafın yemin edeceği vakıalar sabit olmuş sayılmaz.

Somut olayda; davalıya gönderilen yemin davetiyesinde “Davacının sunmuş olduğu yemin metni tebliğidir.” şeklinde ifade bulunmaktadır. Söz konusu yemin davetiyesinde, bulunması gereken ihtarataın olmadığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle, yemin davetiyesinin usulsüz düzenlenmesi nedeniyle duruşmaya gelmeyen davalının iddia olunan vakıaları ikrar etmiş sayılması düşünülemez.

Mahkemece yapılacak iş; davalıya yeniden usulüne uygun yemin davetiyesi tebliğ edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne ilişkin hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

2- Bozma nedenine göre, tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince davalı yararına **BOZULMASINA**, ikinci bentte açıklanan nedenle tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK.

nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİ • KUSURLU FESİH • KAR KAYBI

ÖZET: Sözleşmenin feshinde davacı kiracının kusuru bulunmamaktadır.

Bu durumda kiracı, kusurlu fesih sebebiyle kiralayan davalıdan kar kaybı alacağı isteyebileceklerdir.

Y. 3. HD. E. 2017/6517 K. 2019/2700 T. 28.03.2019

Davacı; davalıya ait parkı içinde bulunan kafeteryanın 2886 sayılı yasa gereğince yapılan ihale sonunda 01/03/2010 tarih ve 2 yıl süreli kira sözleşmesi ile tarafına kiraya verildiğini, davalının kira süresi dolmadan 08/03/2011 tarihinde park düzenlemesi nedeniyle kiralanan taşınmazı tahliye etmesi gerektiğini bildirdiğini, kira süresi sona ermeden davalı tarafından yapılan tahliye işleminin hukuka ve kanunlara açıkça aykırılık teşkil ettiğini, kira süresi dolmadan kiralayan tarafından tahliye isteminde bulunabilmenin şartlarınının 6570 sayılı gayrimenkullerin kiralaları hakkındaki kanununun 7. maddesinde açık ve net olarak belirtildiğini, davalının sadece ve sadece parkı düzenlemesi gibi keyfi bir sebeple kiralananın tahliyesini istediğini, haksız tahliye nedeniyle kazanç kaybına uğradığını, söz konusu işyerini işletmekle yıllık ortalama 30.000 TL kadar kârı olduğunu belirterek fazlaya ilişkin alacak ve dava hakları saklı kalmak kaydı ile hesaplanacak zararından şimdilik 10.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, ıslah ile talebini 16.635 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı; kira sözleşmesinin 7.maddesine göre istediği zaman tek tarafı olarak sözleşmeyi feshe yetkisi olduğunu, belediye encümeninin park düzenlemesine ilişkin kararı gereği kiralananın yıkıma tabi tutulacağını bildirildiğini, işlemde kamu yararı olduğunu belirterek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece; 2886 sayılı yasanın 75/4 maddesinin belediyeler hakkında uygulanamayacağı gerekçesiyle tahliye haksız kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiş; hükmün davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin

01.04.2014 tarihli ve 2013/11011 Esas, 2014/4128 Karar sayılı ilamı ile "...mahkemece, öncelikle kiralanan yerin (park içindeki kafeterya) nitelik ve vasfının araştırılarak (gerekliğinde yerinde keşif yapılarak) ile TBK'nun taşınır kirası hükümlerine mi yoksa çatılı işyeri hükümlerine tabi bir yer olup olmadığının tespiti, daha sonra hasıl olacak sonuca göre davalının kira süresi dolmadan akdi feshinin haklı olup olmadığı belirlenmesi, feshin haklı olduğu kanaatine varılır ise davacının tazminat istemi ile ilgili bir hüküm verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm verilmesi doğru değildir." gerekçesi ile bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece; bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, "Park içinde Kafeterya" olarak nitelendirilen kiralananın taşınmaz olduğu tespit edilmiş, davalı ... tarafından 2886 sayılı yasanın 75/4 maddesi gereğince tahliye edilen davacının haksız tahliye sebebi ile tazminat talep edebileceği gerekçesi ile davanın kabulüne; 16.635, 00 TL tazminatın 6.635, 00 TL kısmını ıslah tarihi olan 20/12/2012 tarihinden itibaren, 10.000, 00 TL için dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilmekle davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Borçlar Yasasının 96. maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için, bu yüzden bir zarara uğramış olması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar müspet zarar olacağı gibi, menfi zarar da olabilir. Müspet zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, müspet zarar sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır; kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.

Kâr kaybı, kardan mahrum kalma karşılığı meydana gelen zarardır. Genelde sözleşmeyi kusuruyla fesheden taraftan istenir. Aslında kâr kaybı açısından kârdan yoksun kalan tarafın malvarlığında kusurlu fesihden önce ve sonra bir değişiklik yoktur. Burada kârdan yoksun kalan kusurlu fesih yüzünden mal varlığında ileride meydana gelecek çoğalmadan mahrum kalır. Kâr kaybı zararının müspet zarar kapsamında bulunduğu şüphesizdir.

Taraflar arasında düzenlenen 01.03.2010- 01.03.2012 dönemini kapsayan kira sözleşmesinin süresi bitmeden davalı tarafından 23.02.2011 tarih ve 215 sayılı karar ile 08.03.2011 tarihinden itibaren feshedildiği ve kiralananın yıkılmış olduğu tartışmasızdır. Sözleşmenin feshinde davacı kiracının kusuru bulunmamaktadır. Bu durumda kiracının, kusurlu fesih nedeniyle kiralayan davalıdan kâr kaybı zararı adı altında bir miktar paranın kendisine ödenmesini isteyebilecektir. Ancak kâr kaybının hesabında kiracının aynı şartlarla bir kafeteryayı kiralaması için gereken makul süre tespit edilip bu süre içindeki kiracı karının ne olabileceği tespit edilip mahrum kalınan kârın belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, iki taraflı sözleşmelerin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde Borçlar Kanununun 106. ve 108. maddeleri hükümleri gereğince kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanununun 325. maddesi hükmünde gösterilen kesinti yönteminin uygulanması gerekir. Bu yöntemle göre kâr kaybı ise sözleşme ifa ile bitse idi zarar görenin elde etmesi muhtemel bütün gelirlerden yapması gereken bircümle zorunlu harcama kalemleri ile sözleşme süresinden evvel feshedildiğinden süresinden evvel fesih nedeniyle sağladığı yani tasarruf ettiği haklar ve yine bu süre içerisinde başka işten sağlayacağı veya kasten sağlamaktan kaçındığı kazanç miktarları toplamı indirilerek bulunur. Elde edilecek fark miktara da net kâr denilir. Bu yöntemle uygun kâr kaybı zararı hesaplanırken davacının davalıya ödemesi gereken kira paraları da elbette davacının yapması zorunlu giderler içindedir.

Mahkemece; yukarıda açıklandığı şekilde öncelikle kiracının aynı şartlarla bir kafeteryayı kiralaması için gereken makul süre tespit edilip bu süre içindeki kiracı kârının ne olabileceği ayrıntılı ve denetime elverişli bilirkişi raporu ile tespit edilip mahrum kalınan karın belirlenmesi ve daha sonra Borçlar Kanununun 106. ve 108. maddeleri hükümleri gereğince kâr kaybı zararına uğrayan tarafın isteyebileceği zararın saptanmasında kıyasen Borçlar Kanununun 325. maddesi hükmünde gösterilen kesinti yönteminin uygulanması ve hakim tarafından belirlenen bu mahrum kalınan kar üzerinden hakkaniyete uygun bir indirim yapılması, bu zarar kiralanan işyerinden tespit edilemiyorsa, bu durumda aynı özelliklere sahip benzer işletmelerin gelir-gider durumlarının vergi dairesi, esnaf odası, ticaret odası ve benzeri resmi kurumlardan araştırılıp, benzer işyerlerinin muhtemel cirosu, kâr oranı, işletme giderlerinin ciroya oranına ilişkin ayrıntılı bilgiler toplandıktan sonra bilirkişi marifeti ile bu veriler değerlendirilerek muhtemel aylık kârı tespit edilmeli ve dava konusu aynı vasıf ve özelliklere sahip başka bir taşınmaz aynı şartlarda kiralayabileceği makul süre kadar kâr kaybına hükmedilmesi gerekirken eksik araştırma

ve inceleme ile yetersiz bilirkişi raporu doğrultusunda yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte belirtilen nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'nın 428.maddesi uyarınca hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nun 440.maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 28.03.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİ • İMAR DURUMU • TACİR OLAN KİRACI

ÖZET: Tacir olan ve basiretli davranmak zorunda olan davacının kiralanan yerin imar durumunu basit bir inceleme ile bilebileceği ve taşınmazı kullandığı dikkate alındığında sözleşmeyi fesih talebinin haksız olduğu sonucuna varılmalıdır.

Y. 3. HD. E. 2017/4782 K. 2019/2818 T. 01.04.2019

Davacı, kiralananı gemi, tekne, inşa ve onarım amacına ve kullanımına uygun düzenleme yapmak için kiraladığını, kiralananın doğal sit alanında olduğundan yapı ruhsatının verilemeyeceğini öğrendiğini, kiralananın ayıplı olduğunu bilse sözleşmeyi yapmayacağını , sit alanı olduğunu hangar yapma aşamasında öğrendiğini, hangar için bina ve malzeme parası olarak 100.000.00.- TL harcadığını, zararının büyük olduğunu ileri sürerek kira sözleşmesinin feshine , davalıya 195.054.47.- TL kira bedeli borçlu olmadığını tespitine , harcadığı 100.000.00.- TL nin ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, sözleşmenin 7. maddesine göre gerekli tüm izinlerin kiracı tarafından alınmasının gerektiğini, tacir olan davacının kiralananın imar durumunu bildiğini, ayıplı olduğunu bildirmedeğini, ruhsat alınamamasının gemi imalatı ve onarımı yapılmasına engel olmadığını, davacının 03/03/2009–03/03/2010 döneminden sonra kira bedellerini ödemediğini belirterek davanın reddini istemiştir .

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, davacının 2. İcra Daire-

si'nin 2013/3272 E sayılı takip dosyasında takibe konu bedel yönünden borçlu olmadığına tespitine, taraflar arasındaki 03/03/2009 tarihli kira sözleşmesinin feshine, maddi tazminat talebinin reddine karar verilmiş ,hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir .

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre; davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dosyada yeralan 20/06/2008 tarihli encümen kararından davaya konu taşınmazın koruma bölge kurulu tarafından 1. derece doğal sit olarak ayrıldığı, uygulamalı imar planı bulunmadığından yapı ruhsatı verilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır .

Taraflarca imzalanan 03/03/2009 tarihli kira sözleşmesinde kiralananın 1908 parsel sayılı arazi olduğu, boş olarak kiracıya teslim edildiği, tekne inşası amacı ile kullanılacağı belirtilmiştir. Anılan kira sözleşmesinin 7/a/ab. maddesinde; kiracı yasal merciler nezdinde mecurun iş bu sözleşmede belirtildiği şekilde kullanılmasına dair gerekli izinlerin alınmasından sorumlu olduğunu kabul eder , düzenlemesi yer almaktadır.

Dosyaya sunulan bilirkişi kurulu raporunda, idareden ve tadilatına izin verilebilmesi için faaliyet konusuna uygun işyeri açma ve çalışma ruhsatının idareye ibrazının zorunlu olduğu , davaya konu 1908 parselde bulunan tersanenin..... çekecek tekne imalatı ile Türklı teknelerin tadilatını yapamayacağı , yabancı çeken teknelerin imalatında sorun olmadığı belirtilmiştir .

Dosyadaki belgelerden, tacir olan ve basiretli davranmak durumunda bulunan davacının basit bir inceleme ile dava konusu taşınmazın imar durumunu baştan bilebilecek konumda olduğu, sözleşmenin tarafları bağladığı, taşınmazı halen kullandığı anlaşılmaktadır . Bu durumda davacının sözleşmenin feshi talebinin haksız olduğu , davaya konu ettiği kira bedelini ödemesi gerektiği açıktır .

Mahkemece davanın tamamen reddi gerekirken yanlıgılı değerlendirme , eksik inceleme ve somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'nun 428. maddesi gereğince davalı yararına BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun

geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK.nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 01.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KİRACININ HAKLARI • FAYDALI VE ZORUNLU MASRAFLAR

ÖZET: Kiracının kiralanan yere faydalı ve zorunlu masrafları, yıpranma payı düşülerek kiralayandan isteyebileceği yerleşik Yargıtay uygulanmasıdır.

Y. 3. HD. E. 2017/7657 K. 2019/4065 T. 02.05.2019

Davacı; davalıya ait iki dükkanı 15/03/2011 tarihli yazılı kira sözleşmesi ile kiraladığını, sözleşme tarihinde davalıya ait 3 birleşik dükkanın 2 adedini kendisinin, 1 adedini ise diğer kiracı ... 'in kullanacağı şekilde kontrat yapıldığını, dükkanları birbirinden ayıran duvarı kiralama sırasında bizzat yaptırdığını, bu yolla davalının 2 ayrı iş yeri elde ettiğini, malzemeye dair 2 adet fatura ile işçilik bedellerinin kendisi tarafından karşılandığını, geçerli sebeplerle taşınmazı erken tahliye ettiğini ve bu aşamada davalının faydalı masraflara ilişkin bir ödeme yapmadığını belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000 TL masrafın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesini talep etmiştir.

Davalı; davacının söz konusu duvarı tek başına yaptırmadığını, bitişik dükkanı kiralayana ... ile birlikte yaptırdığını bu nedenle iddiaların gerçekten yoksun olduğunu, sözleşmeye göre 11. masrafların kiracıya ait bulunduğunu, savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; bilirkişi raporuna göre yıpranma payı düşülerek yapıldığı tarihteki rayiç bedel yönünden davanın kısmen kabulü ile 9.363, 00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm süresi içerisinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı kiracı, kiralananı yaptığı faydalı ve zorunlu giderlerden alınıp götürülmesi mümkün olmayan ve davalı kiraya veren tarafından be-

nimsenenlerin yapıldıkları tarihler itibariyle bedellerini vekaletsiz iş görme hükümlerine göre isteyebilir. (TBK'un 530, BK.nun 414.md.)

Yargıtayın yerleşik uygulamaları, kiracının kiralananaya yaptığı faydalı ve zorunlu masrafların yapıldığı tarih itibariyle belirlenecek değerinden yıpranma payı düşülmek suretiyle elde edilecek değeri isteme hakkı olduğu yönündedir. Kural olarak bu gibi zorunlu ve faydalı masrafların kira sözleşmesinin başlangıcında yapılmış olduğu kabul edilmektedir.

Kiracı tarafından kiralananaya yapılan faydalı ve zorunlu masrafların talep edilmesinde bir usulsüzlük bulunmadığından, kira sözleşmesinin süresi sona ermeden sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle kiracı, tahliye tarihinden sözleşme sonuna kadar olan süre oranında faydalı ve zaruri masrafların imalat tarihi itibarı ile saptanan bedellerini talep edebilir.

O halde, mahkemece; davacı kiracı tarafından faydalı masraf bedeline tahliye tarihinden kalan kira süresi ile orantılı olarak hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK.nun 440.maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 02.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KUSURLU FESİH • KİRALAYANIN ZARARI

ÖZET: Kiracının sözleşmede belirlenen süreden önce kiralanan yeri terk etmesi halinde, kira sözleşmesine konu olan yerin aynı şartlarla ne kadar süre içerisinde yeniden kiraya verilebileceği tespit edilerek kiralayanın zararı tespit edilmelidir.

Y. 3. HD. E. 2018/3287 K. 2019/4250 T. 08.05.2019

Davacı, davalı ile aralarında bulunan 24.01.2011 başlangıç tarihli beş yıl süreli kira sözleşmesi ile mağaza kiralandığını, kira borcuna teminat olarak davalıya teminat mektubu verildiğini, kiralanan iş yerinin beklenen ilgiyi görmemesi ve ilginin artması için kiraya verenin yeterli özeni gös-

termemesi nedeniyle kiralananı boşaltma zarureti oluştuğunu, noterden çekilen ihtarname ile taşınmazın boşaltılacağına davalıya bildirildiğini, kalan tüm borçlar ödenmiş olmasına rağmen teminat mektubunun iade edilmediği gibi davalı tarafından tebliğ olunan ihtarnameyle üç aylık kira, ortak gider ve reklam alacağı toplamı 61.424.57 TL+KDV talep edildiğini, 31.12.2011 tarihinde kiralananı boşalttığı halde teminat mektubunun kötü niyetli olarak tutulduğunu belirterek 61.424.57.TL+KDV yönünden borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile, davacının davalı tarafa 46.928.27 TL borçlu olmadığını ve 14.496.30 TL borçlu olduğunun tespitine dair verilen hükmün davacı ve davalı tarafından temyizi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2015 tarih 2015/5614 Esas ve 2015/7566 Karar sayılı ilamı ile "...Davacıkiracının kiraladığı işyerinin bulunduğu AVM'nin beklenen ilgiyi görmemesi gerekçesiyle kira sözleşmesini feshi T.T.K. 18/2 maddesi hükmü karşısında haksızdır. O nedenle mahkemece, mahallinde keşif yapılarak kabul edilen teslim tarihinden itibaren kiralanan taşınmazın aynı koşul ve şartlarda ne kadar sürede kiraya verilebileceği tespit edilerek davalı kiraya verenin uğradığı zarar giderildikten sonra karar verilmeli..." gerektiği gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiş, bozma üzerine yapılan yargılama sonucunda davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Somut olayda; Taraflar arasında 24.01.2011 tarihli beş yıl süreli kira sözleşmesinin varlığı hususunda, uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacı tarafından kira sözleşmesinin 23.09.2011 tarihli ihtar ile feshedildiği bildirilerek 05.01.2012 tarihinde kiralananana ait anahtarların notere teslim edildiği anlaşılmaktadır. Kural olarak sözleşme süresi henüz sona ermeden kiracı tarafından tek taraflı olarak kira sözleşmesini feshedilmesi halinde kiracı, kira sözleşmesinin süresi sonuna kadar olan kira parasını kiralayana ödemekle yükümlüdür. Ancak kiralayan da bu süre içerisinde her halükarda kira parasının ödeneceği gerekçesiyle kiralananı kiraya vermekten kaçınmamalı, aynı koşullarla kiralananın kiraya verilebilmesi için beklenen çabayı göstermeli, böylece kiracı borçlunun zararının artmasına sebep olmaması gereklidir.

Mahkemece yapılan yargılama sırasında inşaat mühendisi ve mali müşavir bilirkişiden alınan raporda; davacıkiracının 31.12.2011 tarihinde sözleşmenin feshedileceğini bildirdiğine göre, bu tarihten sonraki 12 aylık sürede kazançtan yoksun kaldığı, bu süreye isabet eden tutarın 173.955, 60TL olduğu belirtilmiş ise de hükme esas alınan bilirkişi raporu hüküm kurmaya yeterli değildir. Bu sebeple, Mahkemece kira sözleşmesine konu

mağazanın aynı şartlarla ne kadar süre içinde yeniden kiraya verilebileceği hususunda konusunda uzman bilirkişi heyetinden (inşaatçı- emlakçı-kira bilirkişisi) rapor alınmak suretiyle belirlenecek makul süre kadar kira parasından davacının sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde eksik araştırma ve incelemeye dayalı bilirkişi raporuna itibar edilerek davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK. nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 08.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

KUSUR SORUMLULUĞU

ÖZET: Kusuru olmayan kişi hakkında haksız fiilden tazminata hükmedilmesine olanak yoktur.

Y. 4. HD. E. 2019/1271 K. 2019/3114 T. 27/05/2019

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... ve diğerleri aleyhine 02/02/2011 gününde verilen dilekçe ile rücuen tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davalılardan ... aleyhine açılan davanın reddine diğer davalılar aleyhine açılan davanın kısmen kabulüne dair verilen 15/09/2015 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili ve davalılardan ... tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalılardan ...'ın temyiz itirazlarına gelince:

Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalılardan ... aleyhine açılan davanın reddine, diğer davalılar aleyhine açılan davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalılardan ... tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, İlköğretim Okulu öğrencisi'ın okul bahçesinde olduğu 13/01/1995 tarihinde öğrencilerden ...tarafından atılan taş sonucunda bir gözünün kalıcı olarak kör olduğunu,'ın velisi tarafından ... aleyhine İdare Mahkemesinde maddi manevi tazminat davası açıldığını, hükmedilen maddi manevi tazminatın 27/12/2005 tarihinde ödendiğini, atılan taş sonucu yaralanan öğrencinin nöbetçi öğretmene durumu bildirdiği ve gözünün ağrıdığını belirttiği halde öğrencinin okulda son derse kadar bekletildiğini ve sonda derste de bir öğrenci refakatinde evine gönderildiğini, davalılardan ...'ın sınıf öğretmeni, ...'ın okul müdürü, ...'nın müdür yardımcısı, ... ve ...'ın nöbetçi öğretmenler olduğunu, taş atan...'ın babası ...'ın ev başkanı olarak sorumlu olduğunu belirterek ödenen bedelin davalılardan rücuen tahsili istemiştir.

Davalılar, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalılardan ... aleyhine açılan davanın reddine, diğer davalılar aleyhine açılan davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, davalılardan ...'ın sınıf öğretmeni sıfatıyla dava konusu olayın hemen sonrasında yaralanan çocuğu okul idaresine götürmek suretiyle

gerekeni yaptığı, dosyada mevcut delil ve raporlar da dikkate alındığında adı geçen davalının kusurunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu durumda mahkemece, adı geçen davalı yönünden davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda (2) no'lu bentte gösterilen nedenlerle davalılardan ... yararına **BOZULMASINA**, davacının temyiz itirazlarının (1) no'lu bentte gösterilen nedenlerle reddine ve temyiz eden davalıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 27/05/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

GERÇEK ZARAR • KAZANÇ KAYBI

ÖZET: Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında kural olarak gerçek zarar ilkesi geçerli olup belirtilen malzemelerin ticari defterlerde bulunmaması buna yönelik istemin reddini gerektirmez. Bu malzemelere ilişkin zararının tazmini gerekirken yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

Y.4.HD E. 2018/5405 K. 2019/2882 T.16/05/2019

Dava tarihi 29/08/2013 olmasına rağmen karar başlığında 06/02/2017 olarak yazılması, mahallinde düzeltilebilir bir maddi hata olarak değerlendirilmiş ve bozma sebebi yapılmamıştır.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz nedenleri reddedilmelidir.

2- Davacının diğer temyiz itirazına gelince;

Dava, tacirler arası haksız fiil nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; davalı şirketin iş yerinde depo yapımı için demir profillerin kaynaklanması işlemi yapılırken, davalının kusuru ile çıkan yangının müvekkilinin iş yerine sıçraması sonucunda müvekkiline ait malzemelerin yandığını belirterek maddi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı vekili; davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, bozma ilamı öncesinde yapılan yargılama sırasında toplanan deliller kapsamında, davalı şirket ile ilgili sorumluluk halinin birlikteliği raporuyla belirlendiği, olayın oluş şeklinin ceza dosyası ile çelişki yaratmayan tanık anlatımları ile sabit olduğu, bozma öncesi hükmün kusur durumları yanında tazminat hesabına ilişkin hususları da içerdiği gerekçesiyle önceki hükümde olduğu gibi davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Mahkemece hükme esas alınan 13/04/2015 tarihli ek raporda; 20 m³ ahşap kereste ile 60 adet ... isimli malzemenin davacı şirketin ticari defter kayıtlarında yer almaması nedeniyle zarar kapsamından çıkarıldığı belirtilmiştir. Gerek olay sonrası tutulan yangın raporunda, gerekse olay yeri tutanağında yangın mahallinde bulunan keresteler ile plywood denilen ahşap malzemenin tamamen yandığı yönünde tespitte bulunulmuştur. Belirtilen bu malzemelerin yangın sırasında davacı şirketin deposunda olduğu ve yangın nedeniyle zarar gördüğü dosya kapsamı ile sabittir. Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında kural olarak gerçek zarar ilkesi geçerli olup belirtilen malzemelerin ticari defterlerde bulunmaması buna yönelik istemin reddini gerektirmez. Bu malzemelere ilişkin zararının tazmini gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı yararına **BOZULMASINA**, davalının tüm, davacının diğer temyiz itirazlarının (1) numaralı bentte gösterilen nedenlerle reddine ve davacıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 16/05/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Uyuşmazlık haksız fiilden kaynaklanmakta olup olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca; haksız fiilden doğan zararın tazminine ilişkin davalar, zarar görenin zararı ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde haksız fiil tarihinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar, ancak dava ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Ceza zamanaşımında sürenin başlangıcı olay tarihi olup zarar ve zarar verenin öğrenilmesinin bir önemi bulunmamaktadır.

Y. 4.HD. E. 2018/4271 K. 2019/632 T.12/02/2019

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... ve ... aleyhine 03/08/2012 gününde verilen dilekçe ile haksız fiil nedeniyle maddi tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen 18/01/2018 günlü kararın Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi davacı vekili ve davalılar vekilleri tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 12/02/2019 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine duruşmalı temyiz eden davacı vekili Avukat ... ile karşı taraftan davalılardan asıl ... ve vekili Avukat ... geldiler, diğer davalı ... adına gelen olmadı. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra taraflara duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kâğıtlar incelenerek gereği düşünüldü.

Dava, haksız fiil nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; müvekkiline ait iş makinesinin davalılarca hırsızlık ve cürüm delillerini saklama suçları işlenmek suretiyle alınması nedeniyle davalılar aleyhine ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/93 esasına kaydeden açtığı davanın fazlaya ilişkin hakları saklı tutularak kabul edildiğini, kararın derecattan geçerek kesinleştiğini, iş makinesinin müvekkiline

teslim edilmediğini belirterek, anılan davanın dava tarihine (16/03/2007) kadar olan ve saklı tutulan kazanç kaybı ile 16/03/2007 tarihinden iş bu temyize konu eldeki davanın dava tarihine kadar olan kazanç kaybının davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Davalılar vekilleri; davanın zamanaşımına uğradığını ve esastan da reddi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece 31/10/2013 tarihli ilk kararında; davanın kabulüne hükmedilmiş, davalıların temyizi üzerine karar, Dairemizin 10/02/2015 gün, 2014/7737 esas, 2015/1389 karar sayılı ilamı ile bozulmuştur. Bozma ilamında; davalılardan ...'na yapılan dava dilekçesi tebliğinin usulsüz olduğu, buna rağmen yargılamanın yürütüldüğü ve davalının savunma hakkının kısıtlandığı belirtilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş, davalı ... vekiline davaya dair beyan ve delillerini bildirmek üzere süre verilmiş, davalı vekili ilk hükmün temyiz dilekçesinde de ileri sürdüğü zamanaşımı defini yinelemiştir. Dairemizin Mahkemece de uyulan bozma ilamının kapsamı ve usulî kazanılmış hak gözetildiğinde; davalı ...'ın zamanaşımı defii süresindedir. Davalı ... yönünden ise; yargılamanın başında ve süresinde zamanaşımı defii ileri sürülmüş, ilk hükmün temyizinde de bu husus açıkça temyiz nedeni yapılmıştır. Şu halde öncelikle davanın zamanaşımına uğrayıp uğramadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Zamanaşımı, bir talep veya dava hakkının, kanunda tayin edilen süre içinde kullanılmaması halinde, usul hukukunca öngörülen şekilde ileri sürülmek koşuluyla, borçluya borcunu ödememe imkanı veren bir hukukî müessesedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu eksik bir borç haline dönüştürür ve alacağın dava edilebilme niteliğini ortadan kaldırır.

Uyuşmazlık haksız fiilden kaynaklanmakta olup olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca; haksız fiilden doğan zararın tazminine ilişkin davalar, zarar görenin zararı ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde haksız fiil tarihinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar, ancak dava ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Ceza zamanaşımında sürenin başlangıcı olay tarihi olup zarar ve zarar verenin öğrenilmesinin bir önemi bulunmamaktadır.

Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya gelince; gerek derecattan geçerek kesinleşen ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/93 esas sayılı dosyası, gerek davalılar hakkında hırsızlık ve cürüm delillerini saklama

suçlarından görülen ... Asliye Ceza Mahkemesinin 2007/9 esas sayılı ceza dosyası, gerekse temyize konu dava dosyası kapsamında; davacıya ait olan davaya konu iş makinesinin davalı ... tarafından davacının izni olmadan alındığı, davalı ... tarafından davalı ...'ın yetkilisi olduğu ... İnş. Proje Mob. San. ve Tic. Ltd. Şti. adına iş makinesi hurdası olarak 2.000, 00 TL bedelli, 08/05/2003 tarihli satış faturası düzenlendiği, adı geçen şirketçe de iş makinesinin 20/05/2003 tarihli fatura ile dava dışı ...'a satılarak teslim edildiği anlaşılmaktadır.

Davalılara atılı hırsızlık ve cürüm delillerini yok etme suçlarının gerektirdiği cezanın miktar ve nevi itibarıyla tabi olduğu 765 sayılı TCK'nın 102/4. maddesine göre ceza zamanaşımı süresi beş yıldır. Davalıların davaya konu eylemleri devam eden nitelikte bir eylem olmayıp gelişen durum da söz konusu değildir. Olay tarihi 20/05/2003, dava tarihi 03/08/2012 olup 818 sayılı BK'nın 60. maddesi uyarınca ceza zamanaşımı süresi dolduğundan davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeksizin işin esasına girilerek davalıların tazminatla sorumlu tutulması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda açıklanan nedenlerle davalılar yararına **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davacının temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına ve davalı ... yararına takdir olunan 2.037, 00 TL duruşma avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine, davalılardan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 12/02/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY BOZMASI • ISLAH

ÖZET: Yargıtay bozmasından sonra ıslah suretiyle talep sonucunun arttırılması mümkün değildir.

Y.5.HD E. 2018/5335 K. 2018/17642 T.16.10.2018

Mahkemece uyulan bozma kararı uyarınca inceleme ve işlem yapılarak hüküm kurulmuş, karar davalı ... vekili ile davacılarından ... vd. vekilince temyiz edilmiştir.

Mahallinde yapılan keşif sonucu; ... İlçesi ... Mahallesi 789 ada 5/A parsel sayılı taşınmazın dava tarihindeki değerinin biçilmesinde ve alınan rapor uyarınca bedelinin tahsiline karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Davacılar ... vd.vekilinin tüm, davalı ... vekilinin ise sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak;

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06/05/2016 tarih 2015/1 Esas 2016/1 sayılı kararı ile bozmadan sonra ıslah suretiyle talep sonucunun arttırılması mümkün değildir. Fazlaya dair hakların ek dava açılmak suretiyle istenmesi gerekir.

Bu itibarla dava dilekçesindeki miktar üzerinden hüküm kurulması gerekirken, ıslah dilekçesindeki talep nazara alınarak fazlaya hükmedilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davalılardan ... vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle H.U....nın 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, davacılarından peşin alınan temyiz ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 16/10/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

KİRA SÖZLEŞMESİ • MUACCELİYET KOŞULU

ÖZET: Kiracı tüzel kişi olup, bu tür işyeri kiralarında TBK 346. maddesi sekiz yıl süre ile uygulanmayacağından; kira sözleşmesindeki muacceliyet şartının geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır.*

Y. 8. HD. E. 2017/14610 K. 2018/16527 T. 01.10.2018

Davacı vekili 06.04.2016 tarihinde başlattığı icra takibi ile 06.05.2015 başlangıç tarihli, 5 yıl süreli yazılı kira sözleşmesine dayanarak 2015 yılı ayı kira bedeli ile 2016 yılı aylarına ait ödenmeyen kira bedelleri ile sözleşmedeki muacceliyet şartı gereği muaccel hale gelen 2016 yılı..... ayları kira bedellerinin tahsili ile tahliye talebinde bulunmuştur. Ödeme emrinin borçlulara tebliği üzerine, borçlular yasal süresi içinde vekilleri aracılığı ile herhangi bir borçlarının olmadığından bahisle borca ve tüm ferilerine itiraz etmişlerdir. İtiraz üzerine alacaklı vekili İcra Mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılması ve tahliye talebinde bulunmuştur. Yerel Mahkemece takip konusu borcun yasal süresi içinde ödenmediğinin anlaşılması sebebiyle davanın kısmen kabulü ile toplam 29.748, 99 TL asıl alacağın takip tarihinden itibaren işleyecek aylık %3 faizi ile birlikte alınmak üzere itirazın kaldırılmasına, fazlaya dair istemin reddine karar verilmiş, karar davalılar vekilince istinaf edilmiştir.

İstinaf üzerine Bölge Adliye Mahkemesince, sözleşmedeki muacceliyet şartına dayalı olarak muaccel hale gelmemiş aylar olan 2016 yılı ayları kira bedelleri istenmiş, davalı kiracı da ticaret şirketi ise de T.B.K 346. maddesindeki muacceliyet koşulunun geçersiz olduğuna ilişkin hükmün şirketlerde 8 yıl uygulanmayacağına ilişkin düzenlemenin Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan sözleşmelerin TBK'nin 346. maddesindeki düzenlemeden etkilenmemesi için konulmuş olduğu davaya konu kira sözleşmesinin ise TBK'nin yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra 06.05.2015 tarihinde mevcut yasal düzenleme taraflarca bilinerek imzalandığı, TBK'nun 346. maddesi uyarınca davalı şirket de olsa muacceliyet şartının geçersiz olduğu, bu nedenle takip tarihi itibarıyla muaccel olmamış, 2016 yılı ayları kira bedellerine yönelik istemin reddine karar verilmesi gerektiği, ayrıca davalı ...'ın dayanak kira sözleşmesindeki teminatının gerçekte garanti değil kefalet sözleşmesi niteliğinde bulun-

* Gönderen: Av. Erol Zeybekoğlu, Antalya Barosu

duğu, kefalet akdinin yasada belirtilen şekle uygun yapılmadığı gerekçesi ile İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına, ... hakkındaki davanın reddine, davalı şirketin davasının kısmen kabulü ile toplam 14.485, 34 TL asıl alacağa itirazının kaldırılmasına, fazlaya dair istemin reddine karar verilmiş, karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dava haciz ve tahliye talepli olarak başlatılan icra takibine itirazın kaldırılması ve tahliye istemine ilişkindir.

1-) Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına ve mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine, takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davalı şirket vekilinin tüm, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapasımı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

2-) Davacı vekilinin alacağa yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; takibe ve davaya dayanak yapılan 06.04.2015 tarihli 5 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin 6.3. maddesinde; herhangi bir ayın kira bedeli süresinde ödenmediği takdirde müteakip kira bedellerinin hiçbir ihtara gerek kalmaksızın muaccel olacağı kararlaştırılmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 346.maddesindeki düzenleme ile kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersiz hale gelmiş ise de, kiracı tüzel kişi olup bu tür iş yeri kiralarda 6127 sayılı Kanun'un Geçici 2.maddesinde değişiklik yapan 6353 sayılı Kanun'un 53.maddesi uyarınca TBK'nin anılan 346.maddesi 01/07/2012 tarihinden itibaren sekiz yıl süre ile uygulanmayacağından kira sözleşmesindeki muacceliyet koşulu geçerliliğini korumaktadır. Mevcut yasal düzenleme karşısında Bölge Adliye Mahkemesince sözleşmedeki muacceliyet şartının davalı tüzel kişi şirket bakımından geçerli olduğu gözetilerek 2016 yılı ayları kira bedellerinin istenebileceği düşünülerek bu aylar bakımından da istinaf talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm kurulması yerinde görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bent de açıklanan nedenler ile davalı vekilinin tüm davacı vekilinin bir kısım temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bent de açıklanan nedenler ile davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne, 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nin 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nin 373/2. maddesi uyarınca, Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 09.07.2017 tarih ve 2017/641 E. - 2017/696 K. sayılı kararının **BOZULMASINA**, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 01.10.2018 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ • ECRİSİMİL DAVALARI

ÖZET: Ecrisimil davalarında zamanaşımı süresi davanın açıldığı tarihten geriye doğru beş yıldır. Kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması saklı tutulan kısım için zamanaşımı kesmez.

Davada açılması veya icra takibi yapılması zamanaşımını keser.*

Y. 8. HD. E. 2018/14627 K. 2018/19535 T. 29.11.2018

Davacı vekili, tarafların kardeş olduğunu, muris ... Çelik'in, sağlığında davalıya karşı ... 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/365 esas sayılı dosyası ile sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak davası açtığını, ölümü ile mirasçılarının davayı takip ettiğini, davalının 61.383,67 TL borçlu olduğunun tespit edildiğini, ancak Mahkeme tarafından taleple bağlı kalınarak 40.000,00 TL'ye hükmedildiğini, bakiye 21.383,67 TL'nin tahsili için ... 12..... Müdürlüğünün 2011/9868 Esas sayılı doyası ile takibi başlatıldığını, ancak davalı / borçlunun takibe itiraz ettiğini açıklayarak, davalı/ borçlunun takibe itirazın iptaline ve alacağın %20'sinden az olmamak üzere inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı taraf, talebin zamanaşımına uğradığını beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, "Davanın kısmen kabulü ile, 9.503,50 TL'nin davalıdan alınarak eşit paylarla davacılar verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, inkar tazminatına yönelik talebin de reddine" karar verilmesi üzerine; hüküm, davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Dava; tapulu taşınmazlara el atılması nedeniyle ecrimisil alacağı ve davalının, murisindan almakta olduğu maaşlarını rıza dışı tahsil etmesi nedeniyle sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak isteklerine yönelik olarak, daha önce açılan davada saklı tutulan fazlaya ilişkin hakların tahsiline yönelik başlatılan takibine davalı /borçlu tarafından yapılan itirazın iptali talebine ilişkindir.

Bilindiği üzere, zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmasından dolayı yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder.

* Gönderen: Av. Erol Zeybekoğlu, Antalya Barosu

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özelliği"ni ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu incelemesi mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 154. maddesi (818 Sayılı BK 133/2) uyarınca, alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

6098 Sayılı TBK 154. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, dava açılması veya takibi yapılması zamanaşımını kesen nedenlerdendir. Kanunun 156. maddesi ise, zamanaşımının kesilmesi halinde yeni bir sürenin işlemesi gerektiğini açıkça belirtmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.

Zamanaşımı, dava devam ederken iki tarafın yargılamaya ilişkin her işleminden ve hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar ve kesilmeden itibaren yeni bir süre işler.

25.05.1938 tarih ve 29/10 sayılı Yargıtay Kararı ve Yargıtay'ın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatları uyarınca ise, ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup bu beş yıllık süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Aynı şekilde, Türk Borçlar Kanunu'nun 82. maddesine göre, sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Somut olayda, davacıların murisi tarafından, ... 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/365 Esas sayılı dosyası ile 07.08.2006 tarihinde açılan davada, 2002 - 2006 dönemleri arası için ecrimisil alacağı talebinde bulunulduğuna, davacı tarafından başlatılan takibinde ve eldeki davada ise ilk davada saklı tutulan fazlaya ilişkin kısım talep edildiğine, aynı şekilde, ... 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/365 Esas sayılı dosyasında, davalının, 2003-2005 yılları arasında murisin maaşından çektiği miktarların hüküm altına alındığına, davacı tarafından başlatılan takibinde ve eldeki davada bu bedellerin saklı tutulan kısım talep edildiğine göre, az yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, talebin zamanaşımına

uğradığı ve davalı tarafın da süresinde zamanaşımı definde bulunduğu anlaşıldığından, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazları yukarıda açıklanan nedenlerle yerinde olduğundan kabulüyle, usul ve yasaya uygun bulunmayan hükmün 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalı tarafın sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 29.11.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

PAYDAŞLAR ARASINDA ECRİMİSİL

ÖZET: Kural olarak men edilmedikçe paydaşlar birbirlerinden ecrimisil isteyemezler.

Bu kuralın istisnaları; Dava konusu taşınmazın kamu malı olması, ecrimisil istenen taşınmazın bağ, bahçe gibi doğal ürün veren ya da işyeri, konut gibi kira geliri getiren yerlerden olması, paylı taşınmazı işgal eden paydaşın bu yerin tamamında hak iddiası ve diğerlerinin paydaşlığını inkar etmesi, paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belirli olması, davacı tarafından diğer paydaşlar aleyhine daha önce bu taşınmaza ilişkin el atmanın önlenmesi ortaklığın giderilmesi, ecrimisil ve benzeri davalar açılması veya icra takibi yapılmış olmasıdır.

Y. 8. HD. E. 2018/2932 K. 2019/1711 T. 20.02.2019

Davacı vekili, dava konusu 1276, 125, 1224, 558, 2702, 1800, 78, 79 ve 1278 parsel sayılı taşınmazların davacı ve davalılardan A.ya murislerinden kaldığını, Sapanca Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/45 Esas,

2011/41 Karar sayılı veraset ilamındaki payları nispetinde mirasçılara intikal ettiğini, taşınmazları davalılardan A.'ın kullandığını, müvekkiline herhangi bir pay verilmediğini, diğer davalı şirketin de aynı şekilde geçerli bir hakka dayanmadan hissedarların maliki olduğu taşınmazdan faydalandığını ve herhangi bir bedel ödemediğini belirterek taşınmazlar üzerinde müvekkilinin hissesi oranında müdahalenin men'ine fazlaya ilişkin talep ve dava hakları saklı kalmak kaydıyla geriye dönük beş yıllık ecrimisil bedelinin yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar vekili, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, dava konusu taşınmazlardan 558, 125, 1224, 1276 ve 1278 parsel sayılı taşınmazların tarla vasfında olmasına rağmen üzerlerinde her hangi bir zirai ve tarımsal üretimin yapılmadığı, gelir getiren bir unsurun bulunmadığı ve yıllardan beri bu taşınmazlara girilmediğinin anlaşıldığı, 78 ve 79 nolu parseller açısından ise üzerinde 8-9 yaşlarında ceviz ve Trabzon hurmalarının bulunduğu, ağaçların mahalli bilirkişi beyanlarından anlaşılacağı üzere davalı A. tarafından dikildiği ancak henüz ekonomik verim çağına olmadıkları ve giderlerinin gelirlerinden daha fazla olduğunun tespit edildiği, 2702 parsel üzerinde tarafların ortak olduğu Ç. Petrol İstasyon Şirketi'nin olduğu, bu şirketten elde edilen gelire yönelik talebin men'i müdahale ve ecrimisil davasının konusu olamayacağı ve şirket ortaklığı ile alakalı davacı tarafından ayrı bir dava açılması gerektiği, 1800 parsel sayılı taşınmazdaki evin davalı tarafından mirasbırakanın sağlığında yaptırıldığı ve o zamandan beri oturulması dolayısıyla ecrimisile konu olabilecek her hangi bir hususun bulunmadığı, babasının sağlığında evin yaptırılması nedeniyle haksız işgalin de söz konusu olmadığı, 2702 parsel sayılı taşınmazda bulunan evlerin kira gelirlerinin kim tarafından alındığının tam olarak tespit edilemediği, davalıların bu geliri aldığına dair sözleşme veya delil ibraz edilmediği aksine mahalli bilirkişi Ö.'in beyanlarında dava dışı İshak'ın kira gelirlerini aldığı beyan edildiği gerekçeleriyle "Davanın Yanık Köyü 78 ve 79 parsellere yapılan müdahalenin meni yönünden kabulü ile davacının Sapanca Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/145 Esas, 2011/41 Karar sayılı veraset ilamında belirtilen hissesi oranında davalının bu taşınmazlara yaptığı müdahalesinin menine, diğer taşınmazlara yapıldığı iddia edilen müdahalenin meni yönünden davanın reddine, ecrimisil talebi yönünden davanın reddine," karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ve davalılar vekili tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

Dava, çaplı taşınmazda paydaşlar arasında elatmanın önlenmesi ve ecrimisil talebine ilişkindir.

1. Taraf vekillerinin aşağıdaki bendin dışında kalan sair temyiz itirazları dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller Mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre yerinde görülmemiştir.

2. Taraf vekillerinin diğer temyiz itirazlarının incelemesine gelince;

Hemen belirtmelidir ki, dava konusu taşınmazda taraflardan davacı ile davalı A.Ç. paydaşlardır. Paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan her zaman payına vaki elatmanın önlenilmesini ve/veya ecrimisil isteyebilir. Elbirliği mülkiyetinde de paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine ecrimisil davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir.

Kural olarak, men edilmedikçe paydaşlar birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır. Ancak, bu kuralın yerleşik yargısal uygulamalarla ortaya çıkmış bir takım istisnaları vardır. Bunlar; davaya konu taşınmazın kamu malı olması, ecrimisil istenen taşınmazın (bağ, bahçe gibi) doğal ürün veren ya da (işyeri, konut gibi) kiraya verilerek hukuksal semere elde edilen yerlerden olması, paylı taşınmazı işgal eden paydaşın bu yerin tamamında hak iddiası ve diğerlerinin paydaşlığını inkar etmesi, paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belirli bulunması, davacı tarafından diğer paydaşlar aleyhine daha önce bu taşınmaza ilişkin, elatmanın önlenmesi, ortaklığın giderilmesi, ecrimisil ve benzeri davalar açılması veya icra takibi yapılmış olması halleridir. Bundan ayrı, taşınmazın getirdiği ürün itibarıyla de, kendiliğinden oluşan ürünler; biçilen ot, toplanan fındık, çay yahut muris tarafından kurulan işletmenin yahut, başlı başına gelir getiren işletmelerin işgali halinde intifadan men koşulunun oluşmasına gerek bulunmamaktadır.

Bu nedenle, davaya konu taşınmazlar yönünden sayılan istisnalar dışında intifadan men koşulunun gerçekleşmesi aranacak ve intifadan men koşulunun gerçekleştiği iddiası, her türlü delille kanıtlanabilecektir

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.02.2002 günlü ve 2002/3-131 E, 2002/114 K sayılı kararı).

Öte yandan; gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarihli ve 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, fuzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerekeceği vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan ve kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir (YHGK'nin 25.02.2004 gün ve 2004/1-120-96 Sayılı kararı). 25.05.1938 tarihli ve 29/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtayın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatları uyarınca ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup, bu beş yıllık süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı miktarı belirlenmelidir. Alman bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hakim in denetimine açık olmalı ve değerlendirmenin gerekçelerinin bilimsel verilere ve HMK'nin 266.vd. maddelerine uygun olarak açıklanması gereklidir.

İlke olarak, kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın dava konusu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleri ile karşılaştırılarak, taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayice göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara ÜFE artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; davaya konu 1276 ve 1278 parsel sayılı taşınmazların davacı, davalılardan A.Ç. ve dava dışı diğer paydaşlar adlarına, 1224, 78, 558, 1800 ve 2702 parsellerin kök muris O. Oğlu K.Ç. adına, 79 nolu parselin kök muris O. Oğlu KÇ ile davacı adına, 125 parsel sayılı taşınmazın ise kök muris O. Oğlu KÇ, davacı ile dava dışı HÇ adlarına hisselerin bir kısmının paylı bir kısmının ise elbirliği mülkiyeti hükümlerine göre kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olaya gelince; Mahkemece dinlenen mahalli bilirkişi ve tanık beyanları ile tarafların iddia ve savunmalarından dava konusu 1800 parseli, üzerindeki ev ile birlikte bir bütün halinde davalı AÇ'nin kullandığı anlaşıldığına göre, davacının elatmanın önlenmesi talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken evin davalı tarafından murisin sağlığında yaptırıldığı ve o zamandan beri oturulduğu gerekçesiyle reddine karar verildiği, (davacının) ecrimisil talebine yönelik ise taşınmazın niteliği de dikkate alınarak (yukarıda ilkeleri belirtilen) intifadan men koşulunun nizalı taşınmaz yönünden gerçekleşip gerçekleşmediği saptanarak oluşacak sonuca göre ecrimisil talebinin de değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde talebin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Diğer yandan 2702 parsel üzerinde bağımsız olarak bulunan iki katlı binaya ilişkin, dairelerin ne şekilde kullanıldığı, davalı tarafından bizzat ya da kiraya verilmek sureti ile kullanılıp kullanılmadığının her türlü tereddütten uzak olacak şekilde belirlenmemiştir. Şayet söz konusu binanın davalı tarafından bizzat kullanıldığı tespit edilirse, paydaşlar tarafından kullanılan yerler için intifadan men şartının aranması ve bu hususun kanıtlanması gerektiği açıktır. Dava konusu binanın davalı tarafından kiraya verilmek sureti ile kullanıldığının ispatlanması durumunda ise intifadan men olgusunun oluştuğu bilinmektedir. Ayrıca dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen Ç. Petrol ve Petrol Ürünleri İnş. Harf. Taş. Turz. San ve Tic. Ltd. Şti. hakkında mahkemece olumlu veya olumsuz bir karar da verilmemiştir.

O halde; mahkemece yapılacak iş, dava konusu 2702 nolu parsel üzerinde bulunan iki katlı binanın davalı tarafından kiraya verilmek sureti ile kullanıldığının ispatlanması durumunda, intifadan men olgusunun oluştuğu gözetilerek, dava konusu yerde yeniden keşif yapılarak, taraf tanıkları dinlenerek yukarıda belirtilen ilke ve esaslara göre, iddia ve savunma çerçevesinde elatmanın önlenmesi ve ecrimisil taleplerine yönelik bir karar vermek olmalıdır.

Diğer taraftan 1800 nolu parseli bir bütün olarak kullandığı anlaşılan davalı aleyhine (davacının) elatmanın önlenmesi isteminin (payına vaki olacak şekilde) kabul edilmesi ve ecrimisil yönünden ise taşınmazın niteliğine göre yukarıda ilkeleri ifade edilen intifadan men şartının (somut olayda) oluşup oluşmadığı tereddüte mahal bırakılmayacak şekilde saptanıp oluşacak sonuca göre değerlendirmenin yapılması gerekirken, yazılı gerekçe ile anılan hususlar gözetilmeden sonuca gidilmesi hatalıdır. Ayrıca gerekçeli karar başlığında davalı olarak gösterilen Çatanlar Petrol ve Petrol Ürünleri İnş. Harf. Taş. Turz. San ve Tic. Ltd. Şti hakkında dosya kapsamına göre olumlu-olumsuz bir karar verilmemesi doğru görülmemiştir.

Tüm bu hususlar gözetilmeksizin eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesi yanlış olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Taraf vekillerinin temyiz itirazlarının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle kabulüyle hükmün 6100 Sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yol-lamasıyla 1086 Sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, davacı vekilinin vekalet ücretine yönelik temyiz itirazlarının da bozma nedenine göre şimdilik incelenmesine yer olmadığına, taraf vekillerinin diğer temyiz itirazlarının yukarıda (1) nolu bentte yazılı nedenlerle reddi-ne, taraflarca HUMK'un 440/1 maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edenlere ayrı ayrı iadesine, 20/02/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL • HESAP YÖNTEMİ • BOŞ ARSA

ÖZET: Dava konusu taşınmazın boş arsa halinde getirebileceği kira gelirine göre değil de otopark olarak kullanıldığına göre yapılan ecrimisil hesabı Yargıtayın benimsediği ilkelere uygun değildir.

Y. 8. HD. E. 2018/5463 K. 2019/3814 T. 08.04.2019

Davacı vekili, vekil edeninin dava konusu 1061 ada, 81 parsel sayılı arsa ve içinde bulunan bahçeli tarihi ev ile birlikte 14.11.2013 tarihinde satın aldığı, vekil edeninin kendi gayrimenkulünü kullanmadığını belirterek, öncelikle söz konusu gayrimenkulün tahliyesine karar verilmesini, ayrıca davalılar tarafından tahrip edilerek ortadan kaldırılan tarihi ahşap ev ile ilgili keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak eski haline getirilmesi için yapılacak masrafların hesaplanması ile birlikte davalılardan bu bedelin tahsiline ve ecrimisile karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılardan ...; söz konusu yeri davacının satın aldığı tarihten 19 yıl önce ilk malikleri olan MNK varislerinden açık otopark olarak kullanılmak üzere kiraladığını, kira başlangıç tarihinin 01.04.1994 olduğunu, kendisinin işgalci değil kiracı olduğunu ve eksiksiz kira ödemelerini hissedarlara yaptığını, ahşap binanın 1960 yılında yanmış olduğunu ve kendisinin kiraladığında boş ve çöplük halinde olduğunu, iddiaların tamamen asılsız olduğunu iddia ederek, davanın reddini savunmuştur.

Davalılardan M. Park Sağlık Hizmetleri A.Ş. vekili; vekil edeni şirketin söz konusu arsayı diğer davalı ...'den 01.11.2002 tarihinde boş olarak kiraladığını, müvekkilinin alt kiracı sıfatını haiz olduğunu ve haksız, kötü niyetli işgalin söz konusu olmadığını, ahşap evin de kendilerinin kiraladığında mevcut olmadığını, sadece yandıği yönünde malumatlarının bulunduğunu beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

Davalılardan ... Bank A.Ş. vekili, vekil edeni bankanın iyi niyetle diğer davalı ...Ş. ile 10.10.2011 tarihli ... Anlaşması (... sözleşmesi) kapsamında ...nin kiracısı olduğu yerde çok küçük bir alanı kaplayan ATM'nin kurulmasını sağladığını, husumet nedeniyle müvekkili açısından davanın reddini, açılan davadan haberdar olduğunda da ilgili ATM'nin kaldırıldığını beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

Davacı vekili 04.08.2015 tarihli dilekçesi ile eski hale getirmeye ilişkin olan isteminden ve 07.04.2016 tarihli 5 nolu celsede davalı ...'e yönelik istemlerinden vazgeçtiğini beyan etmiştir.

Mahkemece; Davalı ... hakkındaki dava atıye terk edildiğinden bu davalı hakkındaki taleple ilgili olarak esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına, Davalı ...Ş. hakkındaki men'i müdahale talebi konusuz kaldığından bu talep yönünden esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına, Davalı ...Ş. hakkındaki men'i müdahale talebinin kabulü ile Müdahalesinin menine ve Bu davalı hakkındaki ecrimisil talebinin kabulü ile 30.000, 00 TL ecrimisilin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiş olup; hüküm, davalılar A.Ş. ve M. Park A.Ş. vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dava el atmanın önlenmesi ve ecrimisil istemlerine ilişkindir.

1.Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller Mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davalılar M. Park A.Ş. ve ...vekillerinin aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2.Davalı ...Ş'nin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; Bilindiği üzere, ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarihli ve 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; fuzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi

gerekeceği vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklinde oluşan ve kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir. (YHGK'nin 25.02.2004 tarihli ve 2004/1-120-96 sayılı kararı) 25.05.1938 tarihli ve 29/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtay'ın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatları uyarınca ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup bu beş yıllık süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Hemen belirtilmelidir ki, ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı miktarı belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hakimin denetimine açık değerlendirmenin gerekçelerinin bilimsel verilere ve HMK'nin 266 vd. maddelerine uygun olarak açıklanması gereklidir.

Özellikle arsa ve binalarda kira esasına göre talep varsa, taraflardan emsal kira sözleşmeleri istenmeli, gerekirse benzer nitelikli yerlerin işgal tarihindeki kira bedelleri araştırılıp, varsa emsal kira sözleşmeleri de getirilmeli, dava konusu taşınmaz ile emsalin somut karşılaştırması yapılmalı, üstün veya eksik tarafları belirlenmelidir.

İlke olarak, kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın dava konusu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleri ile karşılaştırılarak, taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayiçe göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara ÜFE artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilir.

Açıklanan bu ilke kapsamında somut olaydaki bilirkişi raporu incelendiğinde, ecrimisil hesabının; dava konusu taşınmazın boş arsa halinde getirebileceği kira geliri üzerinden değil de, taşınmazın otopark olarak kullanıldığında aylık elde edilebilecek olan kira geliri üzerinden yapıldığı görüldüğünden, bilirkişi raporundaki belirlemenin Dairemiz ilkelerine uygun olduğunun kabulü mümkün değildir. İş bu sebeple; davalı ...Ş'nin bilirkişi raporundaki hesaplamaya yönelik temyiz itirazı yerinde görül-müş, denetime elverişli ve Dairemiz ilkelerine uygun yeniden bilirkişi raporu alınmak üzere mahkemece verilen kararın bozulması gerekmiştir.

3. Davalı ...nin vekalet ücretine ilişkin temyiz itirazının incelenmesine gelince; davacı vekili 13/10/2014 tarihli dilekçesinde, ecrimisil istemlerini her bir davalıdan ayrı ayrı 30.000 TL olarak belirtmiştir. Davalı ...'ın davacıya 220 TL ecrimisil ödemesine karar verilmiş olmasına göre, reddedilen miktar üzerinden davalı vekiline vekalet ücreti takdir edilmemesi doğru görülmemiş, kabul ve red oranları dikkate alınmak suretiyle vekalet ücreti hususunda yeniden hüküm kurulması gerektiğinden bahisle Mahkemece verilen kararın bu yönü ile de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Davalılar M. Park A.Ş. veA.Ş. vekillerinin temyiz itirazları yukarıda (2) ve (3) nolu bendlerde açıklanan nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalılar Medical Park A.Ş. ve Finansbank A.Ş. vekillerinin diğer temyiz itirazlarının reddine, taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin alınan harcın istek halinde ayrı ayrı iadesine 08.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

EL ATMANIN ÖNLENİLMESİ DAVASI

ÖZET: Paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi ve ecrimisil davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanılmalı, harici veya fiili taksim yoksa, fiili kullanma biçimi oluşmamış ise başka deyişle davacının payına karşılık kullandığı ve kullanabileceği bağımsız bölüm yok ise uyuşmazlık yukarıda değinildiği gibi, TMK'nin müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir.

Y. 8. HD. E. 2018/6243 K.2018/14956 T. 04.07.2018

Davacılar vekili, tarafların ortak murisi ...'nın 14.8.2003 tarihinde vefat ettiğini, 25, 26 ve 9 parsel sayılı taşınmazların, murisin eşi ... ile altı çocuğuna miras olarak kaldığını, 25 ve 9 parsel sayılı taşınmazlardaki kiraların murisin ölüm tarihinden beri davalılar tarafından alındığını ve vekil edenlerine ödenmediğini açıklayarak, taşınmazların aylık rayiç kira bedellerinin tespit edilerek, şimdilik 10.000 TL ecrimisile hükmedilmesini istemiş, 17.5.2009 tarihli dilekçesi ile ise 26 parsel sayılı taşınmaza yönelik talebini atıye terk etmiştir.

Davalılar, 18.11.2004 tarihli dilekçeleri ile, 9 parsel sayılı taşınmaz üzerinde muris Şerife'den kalan bina bulunmadığını, davalılardan ...'in bu taşınmazdaki 109602/403200 hissesini üzerindeki bina ile birlikte satın aldığını, 26 parsel sayılı taşınmazın boş olduğunu, 25 parsel sayılı taşınmaz üzerindeki binanın kendileri tarafından yapıldığını beyanla davanın reddini savunmuş, davalılardan ...u, ayrıca vermiş olduğu 13.4.2005 tarihli dilekçesi ile, dava konusu yerleri kiraya vermediğini ve hiç kimse-den kira bedeli almadığını beyan etmiştir.

Mahkemece, "Davanın ... yönünden açılmamış sayılmasına, diğer davacılar ..., ... yönünden davanın kabulü ile 14.08.2003/03.11.2004 dönemi için 16.432, 26 TL ecrimisil bedelinin dönem sonundan itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsili ile davacılar ... ve ... 'ya verilme-

sine” karar verilmesi üzerine; hüküm, davacılarından..., davalılardan ...u ve davalılardan ... vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Dava, ecrimisil isteğine ilişkindir.

1-Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına ve ilâmda belirlenip dayanılan gerektirici sebeplere göre, davacılarından...’nın temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2-Davalılardan ...u ve davalılardan ... vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; mahkeme tarafından her ne kadar, davaya konu dairelerin tarafların kök murisi ...’ya ait olduğu ve davalıların tasarrufunda olduğu gerekçesi ile kabul kararı verilmiş ise de, yapılan inceleme ve araştırma hüküm vermeye yeterli değildir.

Bilindiği üzere 4721 s. Türk Medeni Kanununun (TMK) 706, 6098 s. Türk Borçlar Kanununun (TBK) 237, Tapu Kanununun 26. maddeleri hilafına tapulu taşınmazlarda harici veya fiili taksim ile payların mülkiyeti ana taşınmazdan ayrılamaz. Ne var ki, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş yada fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya ortaklığın satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, “ahde vefa” kuralının yanında TMK’nin 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir. Aksi halde, pek çok kimse zarar görecektir toplum düzeni ve barışı bozulacaktır.

O halde, paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi ve ecrimisil davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanılmalı, harici veya fiili taksim yoksa , fiili kullanma biçimi oluşmamış ise başka deyişle davacının payına karşılık kullandığı ve kullanabileceği bağımsız bölüm yok ise uyumsuzluk yukarıda değinildiği gibi, TMK’nin müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir.

Ayrıca belirtmelidir ki, paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan her zaman payına vaki elatmanın önlenilmesini ve/veya ecrimisil isteyebilir. Elbirliği mülkiyetinde de paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine ecrimisil davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa

açacağı ecrimisil davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu, kesin sonuç getiren taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir.

Kural olarak, men edilmedikçe paydaşlar birbirlerinden ecrimisil isteyemezler. İntifadan men koşulunun gerçekleşmesi de, ecrimisil istenen süreden önce davacı paydaşın davaya konu taşınmazdan ya da gelirinden yararlanmak isteğinin davalı paydaşa bildirilmiş olmasına bağlıdır. Ancak, bu kuralın yerleşik yargısal uygulamalarla ortaya çıkmış bir takım istisnaları vardır. Bunlar; davaya konu taşınmazın kamu malı olması, ecrimisil istenen taşınmazın (bağ, bahçe gibi) doğal ürün veren ya da (işyeri, konut gibi) kiraya verilerek hukuksal semere elde edilen yerlerden olması, paylı taşınmazı işgal eden paydaşın bu yerin tamamında hak iddiası ve diğerlerinin paydaşlığını inkar etmesi, paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belirli bulunması, davacı tarafından diğer paydaşlar aleyhine daha önce bu taşınmaza ilişkin, elatmanın önlenmesi, ortaklığın giderilmesi, ecrimisil ve benzeri davalar açılması veya icra takibi yapılmış olması halleridir. Yine paydaşlar arasında yapılan kullanım anlaşması sonucu her paydaşın yararlanacağı ortak taşınmaz veya bölümlerinin belli bulunması durumunda, davacı paydaş tarafından davalı paydaş aleyhine bu taşınmaza ilişkin elatmanın önlenmesi, ortaklığın giderilmesi, ecrimisil ve benzeri dava açılması hallerinde yine intifadan men koşulu aranmaz.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, mahkeme tarafından kabul kararı verilebilmesi için, dava konusu taşınmazların, davalıların kullanımında olduğunun duraksamaya yer vermeyecek şekilde ispat edilmesi gerektiridir.

Somut olaya gelince; Mahkeme tarafından az yukarıda açıklanan hususlar hakkında herhangi bir araştırma yapılmamış, taraf delilleri toplanmamış, taraflar, dava ve cevap dilekçelerinde tanık deliline dayanmasına rağmen, taraflara tanıklarını bildirmeleri için süre ve imkan tanınmamış, dosyaya ibraz edilen ve hangi daireyi kimin kullandığı konusunda tespitlere yer verilmekle birlikte dayanakları açıklanmayan, denetime ve hüküm kurmaya elverişli bulunmayan bilirkişi raporları esas alınmak suretiyle karar verilmiştir.

Hal böyle olunca; Mahkemece, davaya konu 9 parsel sayılı taşınmazın dava dışı başkaca kayıt malikleri ile birlikte, taraflar adına paylı mülkiyet şeklinde, 25 parsel sayılı taşınmazın ise yine dava dışı başkaca kayıt malikleri ile birlikte taraflar adına paylı mülkiyet şeklinde (tarafların kendi

aralarında ise elbirliği mülkiyeti şeklinde) kayıtlı olduğu hususları da göz önünde bulundurulmak suretiyle, taraflara, tanıklarını bildirmeleri için süre imkan verilmesi, bildirilmesi halinde, HUMK'un 259. maddesi hükmü uyarınca taşınmazların başında yapılacak keşifte taraf tanıklarının beyanlarının alınması, tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığının veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığının tespit edilmesi, varsa çekişmeli yerlerin kimin kullanımına terk edildiğinin, yoksa, davacıların, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandıkları ya da kullanmalarına uygun bir kısım olup olmadığının saptanması, ecrimisil istenen dönemler için, hangi taşınmazın, hangi davalı tarafından, hangi dönemlerde kullanıldığının ya da kullanılıp kullanılmadığının duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptanması, kullanım var ise, kullanımın niteliğinin tespiti ile intifadan men koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulması, davalıların ve davacıların taşınmazlardaki pay oranları / hisse oranları da gözönünde bulundurulmak suretiyle, davacıların paylarına göre kendilerine ödenmesi gereken miktarları gösterecek şekilde, ecrimisil hesap yöntemine uygun, denetime elverişli bilirkişi raporu alınması, ondan sonra, toplanmış ve toplanacak delillere göre bir karar verilmesi gerekir iken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Davalılardan ...u ile davalılardan ... vekilinin temyiz itirazları yukarıda açıklanan (2) nolu bentte açıklanan nedenle yerinde olduğundan kabulüyle, usul ve yasaya uygun bulunmayan hükmün 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3.maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, Davacıların...nın temyiz itirazlarının (1) nolu bentte açıklanan nedenle reddine, taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz eden davalı ... ve davalı ...'e iadesine, 25, 20 TL peşin harcın onama harcına mahsubu ile kalan 10, 70 TL'nin temyiz eden davacı ...'den alınmasına, 04.07.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

GENEL MÜDÜR • İŞÇİ SIFATI

ÖZET: Dava konusu işyerinde Genel Müdür olarak İş Kanunu kapsamında çalıştığını iddia eden kişinin; hukuki ve kişisel olarak işverene bağımlı çalışması halinde İş Kanunu kapsamında vekil olduğu, bağımsız çalışıyor ise Borçlar Kanunu kapsamında vekil olduğu, murahhas üye veya ortak ise organ sıfatıyla ortaklık ilişkisiyle çalıştığı kabul edilmelidir.

Y. 9. HD. E. 2015/11490 K. 2015/16594 T. 06.05.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının davalı işverenliğin Bilecik fabrika müdürlüğünde 10.09.1990-28.04.2004 tarihleri arasında fabrika müdürü olarak çalıştığını, iş akdinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini iddia ederek, kıdem tazminatı ile ihbar tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının iddialarının asılsız ve kötü niyetli olduğunu, davacının işveren temsilcisi konumunda çalıştığını, ayrıca görev yönünden itirazlarının bulunduğu taraflar arasındaki ihtilafta özel nitelikli iş mahkemelerinin değil genel mahkemelerin görevli olduğunu, zamanaşımı itirazlarının da olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davacının şirketin genel müdürü olarak görev yaptığı, görevi sebebi ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere tabi olduğu, bu nedenle davacının açtığı dava yönünden Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesine göre; İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin ..ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur. 5521 sayılı kanunun 1. Maddesinin 1. Fıkrasında belirtilen İş Kanunu, şu an yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu'dur. Keza 4857 sayılı İş Kanununun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, işverenler ile işveren vekillerine ve işçilerine, çalışma konularına bakılmaksızın bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları, iş mahkemelerinde çözülecektir. İş mahkemesinin diğer kanunlardaki ayrıık düzenlemeler hariç görevli olması için taraflar arasında iş ilişkisi bulunması gerekir. Taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi dışında diğer iş görme edimi içeren özel sözleşmeler (vekalet, eser, ortaklık gibi) olması halinde genel hukuk mahkemelerinin(görev uyuşmazlığı), statü hukuku kapsamında olması halinde ise idari yargının görevli olması (yargı yolu uyuşmazlığı) sözkonusu olacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19 ve 6100 sayılı HMK.'un 33. maddeleri uyarınca yargıç tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Yargıç aradaki sözleşmesel ilişkiyi yorumlar, sözleşme türünü ve içeriğini kendisi belirler. Tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas alır. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin iş, vekalet, eser veya ortaklık sözleşmesi olduğunu nitelendirilmesi yargıca aittir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 135. Maddesi uyarınca "yönetim organı", anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdür veya müdürler, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticidir. Aynı kanunun 368. Maddesi uyarınca "Yönetim kurulu, ticari mümessil ve ticari vekiller atayabilir. Devamı 370/2 maddesine göre ise "Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır".

Limited şirketlerle ilgili düzenlemelerde de şirket ortağı yanında, şirket ortağı olmayan kişinin müdür olarak atanacağı açıklanırken(Mad. 623), ortak olmayan şirket müdürünün iş sözleşmesi kapsamında da çalıştırılabileceği belirtilmiştir(Mad.629).

Diğer taraftan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 4. Maddesine göre

“Sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin yönetim kurulları genel müdür dâhil beş kişiden, denetçiler ise iki kişiden az olamaz. Genel müdür, yönetim kurulunun doğal üyesidir”. Sigorta şirketinde yasa gereği genel müdürün yönetim kurulu üyesi olması, yasadan kaynaklanan bir durum olup, iş sözleşmesi ile işe alınmasına engel değildir. Kısacası genel müdür olarak iş sözleşmesi ile işe alınan kişi yasa gereği yönetim kuruluna seçilmekle organ sıfatını almaz. Bankacılık Kanunu’nun 23. Maddesi uyarınca banka yönetim kurulunun doğal üyesi olan genel müdürler de Murahhas üye veya kişi/organ sıfatını kazanmamış ise iş ilişkisi kapsamında çalışmasının kabulü gerekir.

Kişi organ statüsündeki Murahhas azalar dışında anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki kural olarak vekalet akdine dayansa da bu ilişkinin iş ilişkisi olarak kurulmasına da bir engel bulunmamaktadır. O halde hukuki nitelendirme her somut olaydaki çalışma ilişkisi özelinde yapılmalıdır (... , İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası. İstanbul s. 133-134;

Türk Borçlar Kanunu ticari temsilciyi “işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi” olarak tanımlamıştır(Mad.547/1). Aynı kanunun 554. Maddesinde ticari temsilci ile temsil ettiği kişi arasında hizmet, ortaklık veya vekâlet sözleşmelerinin olabileceği, ancak bunun sınırlı olmadığı, taraflar arasında başkaca hukuki ilişkilerin de bulunabileceği belirtilmiştir. Kısacası ticari temsilci ile işletme sahibi arasında iş ilişkisi kurulabilir.

Şirketlerde tüzel kişiliği temsil eden genel müdür veya müdürlerin ticari temsilci oldukları açıktır. Ticari temsilcinin yukardaki düzenlemelere göre gerçek anlamda ortak olmadıkça, bağımsız hareket etmedikçe ve Murahhas üye olmadığı sürece, iş ilişkisi kapsamında çalışmasının kabulü gerekir.

Ayrıca ticari temsilci olan, genel müdür veya müdür ile tacir olan kişi arasında çıkan uyuşmazlıkların iş ilişkisi olması halinde uyuşmazlığın 6102 sayılı TTK.’nın 5/1 maddesi yollaması nedeni ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Zira anılan 5. Maddede açıkça ayrı düzenleme yoksa ticari davanın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir. 5521 sayılı kanun ayrı düzenleme öngörmüştür.

Somut uyuşmazlıkta davacı genel müdür sıfatı ile çalıştığını, davalı şirket ise davacıya sadece vekaletnamelerle temsil yetkisi verildiğini, yönetici pozisyonunda olmadığını savunmuştur. Davacı hukuki ve kişisel olarak işverene bağımlı çalışıyor ise arada iş ilişkisinin, bağımsız çalışıyor ise

vekalet ilişkisinin olduğu, yönetim kurulu Murahhas üyesi veya ortak ise kişi organ sıfatı ile ortaklık ilişkisi kapsamında çalıştığının kabulü gerekir. Mahkemece bu hususlar araştırılmadan, eksik inceleme ile salt genel müdür olduğu belirtilerek görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 06.05.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİLİK SIFATI • VEKALET İLİŞKİSİ • ORTAKLIK İLİŞKİSİ

ÖZET: Davacının hukuki ve kişisel olarak işverene bağımlı çalışması halinde İş Kanunu kapsamında işçi olduğu, bağımsız çalışıyor ise Borçlar Kanunu Kapsamında vekil olduğu, Murahhas üye veya ortak ise organ sıfatıyla ortaklık ilişkisiyle çalıştığı kabul edilmelidir.

Y. 9. HD. E. 2016/7770 E. 2016/9148 T. 12. 04.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarına istinaden ... 'nin temerrütü hariç ortaklık hakları yönetim ve denetiminin BDDK'nun 15/03/2001 tarihli kararıyla Fon'a devredildiğini, Fon yönetim kurulu'nun 15/03/2001 tarihi kararı ile İktisat Bankası'nın mevcut yönetim ve denetim kurulu üyeleri yerine Fon Bankalarında görev yapmakta olan Ortak Yönetim kurulu atandığını ... grubu tarafından istismar edildiği tespit edilen banka kaynakları ile ilgili alacağın büyük çoğunluğunun hakim sermayedar ... gurubu firmalara ve banka iştiraki olan şirketlere kullandırılan kredilere ait risklerden oluştuğunu, ... grubuna ait firmaların 08/09/2004-22/09/2004 tarihleri arasında değişen tarihlerde alınan Yönetim Kurulu kararlarıyla davalı ...'in 1. derecede imza yetkisi ile finans koordinatörü olarak görevlendirildiği, daha sonra davalı ...'in 06/07/2005 tarihinde görevinden istifa ettiğini, yine 06/07/2005 tarihli kararlar ile 1. derece imza yetkisinin iptal edildiği, kurumun Denetim Daire Başkanlığı tarafından yapılan inceleme üzerine düzenlenen 22/11/2005 tarih ve R-9 sayılı rapor ile 30/01/2006 tarih ve R-1 sayılı raporlarda davalının şirketleri zarara

uğrattığının tespit edildiği, söz konusu şirketler tarafından ... Cumhuriyet Savcılığı'na nitelikli dolandırıcılık ve zimmet sebebiyle suç duyurusunda bulunulduğunu, ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/445 E. Sayılı dosyadan açılan davada yargılamanın hala sürdürdüğünü, davalı ... 'in; şirketlere hitaben düzenlenen faturaları ile ilgili olarak mal ve hizmet alınmadığı halde şirketlere hitaben düzenlenen faturalara ilişkin gerekli denetim ve kontrolleri yapmadan, fatura bedellerinin ödenmesi için fatura ve ödeme bildirim formlarını paraflamak suretiyle şirketlerin kandırılmasına ve zarara uğratılmasına neden olduğundan dolayı 195.696.67 TL tutarında, şirket zararının oluşmasında sorumluluğu bulunmasından dolayı 48.088.15 TL tutarında, ... binasında bulunan kantin işletmesi ile ilgili olarak kantin hasılatları ve ilgili işlemleri yerine getiren ...'in uygulayıcı konumda bulunmasına karşın kantin çalışanları tarafından kendisine tevdi edilen nakitler ile ilgili olarak muhafaza ve devir görevlerini gerektiği şekilde yapmaması nedeniyle sorumlu bulunmasından dolayı 10.741.52 tutarında, ... ile ilgili olarak şirkete ait nakitlerin kendi odasında bulunan kasada muhafaza edilmesine karşın sahip olduğu yetkiler ve bulunduğu konum gereği düzenleme yapma ve kontrol etme görevini yerine getirmemesi nedeniyle sorumlu bulunmasından dolayı 4.922, 70 tutarında sorumluluğunun tespit edildiğini, davalının görevinin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermediği, kanunun ve iş şartlarının kendisine yüklediği ödevleri yerine getirmediği, tek imza ile usulsüz olarak işlem tesis etmiş olması nedeniyle oluşan zarardan yasal hükümler gereğince sorumlu olduğunu, bu nedenle alacağın tahsili için davalı hakkında dava açılmak zorunda kaldığını iddia ederek 259, 449, 06 TL anapara 119, 752 TL faiz olmak üzere toplam 379, 201, 06 TL alacağın davalıdan tahsiline karar verilmesi talep ve dava edilmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davalının ...'nin yönetim ve denetimini devraldığı ... grubuna ait şirketlerden ile yapılan hizmet akdine ve hizmet akdininin 3/2 maddesine dayanılarak diğer 33 şirkette finans koordinatörü olarak görev yaptığını, davalıya bu şirketlerde 1. derece imza yetkisi verildiğini, bu şirketlerde teknik koordinatör olarak görev yapan G'nin bir takım usulsüz ve suç teşkil eden işlemler yapıp şirketleri zarara uğrattığının denetmen İ. tarafından hazırlanan denetmen raporu ile tespit edildiğini, anılan raporda, davacının da finans koordinatörü olması itibarıyla, gerekli denetim, gözetim ve kontrolleri yapmayarak ihmali olduğu gerekçesiyle, meydana gelen zarardan sorumlu olduğu sonucuna varıldığı, bu gelişmeler üzerine Fon tarafından davalı hakkında idari takip başlatıldığını, Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/445 E. Sayılı dosyasında aldırılan bilirkişi heyeti raporunda davalı ...'in diğer sanık G.'nin yaptığı

işlem ve faaliyetlere iştirak ve işbirliği yaptığına dair kanıt elde edilemediğinden iddia edilen suç işlemediğini tespit edildiği, bu olayla ilgili olarak şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının olabileceği, ancak haklarında suç duyurusunda bulunulmadığı ve dava açılmadığı için inceleme yapılamadığının belirtildiğini, anılan raporda denetmen ...'in 30/01/2006 tarih ve R-1 sayılı denetmen raporunun hukuksal dayanak-
tan ve maddi temelden yoksun olduğunun açık bir şekilde tespit edilmiş olduğunu, davalının anılan şirketlerdeki görevinin finans müdürü olup, ödemelerden ve şirketin muhasebesinden sorumlu olduğunu, davalının yapılan sözleşmelerdeki mallara şirketin ihtiyaç duyup duymadığını ya da fiyatlarını araştırma yükümlülüğünün bulunmadığını, teknik malzeme alımında sorumluluğun teknik birime ait olduğunu, davalının 34 şirketin finans koordinatörlüğünü yaptığı dönemde 25 trilyonluk ödeme yaptığını, yaptığı ödemelerin hepsinin usul ve esaslara uygun olduğunu, bunların hiçbirinde sorun yaşanmadığını, davalının denetim ve kontrolü altında olmayan teknik birimde yapılan usulsüzlüklerle ilgili davalıya sorumluluk mümkün olmadığını, teftiş raporunda davalıya ait banka hesaplarının tek tek incelendiğini, bir tek usulsüz işlem, para aktarımı olayına rastlanmadığını, anonim ve limited şirketlerdemüdürlerin sorumluluğunun kusurlu sorumluluğa dayandığını, sorumlu tutulmak istenen kişinin sorumluluğunun ancak kusuru oranında olabileceğini, davalının görevi karşılığı aldığı maaş dışında hiçbir menfaat elde etmediği dikkate alındığında, davalıya bir sorumluluk isnat edilecekse kusur oranı tespit edilerek ortaya çıkan zarardan ancak kusuru oranında sorumluluğunun söz konusu olabileceğini bu nedenlerle haksız ve hukuka aykırı olarak açılan davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalının finans koordinatörü olarak görev yaptığı, görev yaptığı tarihte yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanununun 342. maddesinde tanımlanan ve ortaklığın icraya yönelik işleri ile görevli olan bu nitelikteki müdürlerin ortaklığa karşı yönetim kurulu üyelerinin tabii olduğu hükümler uyarınca sorumlu oldukları hususunun hüküm altına alınmış olduğu, müdür tayininin her ne kadar ortaklık ile müdür arasında düzenlenen bir sözleşmeye dayanmakta ve uygulamada çoğunlukla sözleşmenin bir hizmet sözleşmesi olduğu görülmekte ise de, hizmet sözleşmesi ile görev yapan müdürün sorumluluğunun TTK'da düzenlendiği gibi uyuşmazlık hizmet sözleşmesinden ve iş kanunundan doğan bir uyuşmazlık olmadığından dava konusu uyuşmazlığın mahkemenin görevine girmediği, asliye ticaret mahkemesinde bakılması gerektiği gerekçeleriyle görevsizlik kararı verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevi noktasında toplanmaktadır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca; İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur. 5521 sayılı kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen İş Kanunu, şu an yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu'dur. Keza 4857 sayılı İş Kanununun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, işverenler ile işveren vekillerine ve işçilerine, çalışma konularına bakılmaksızın bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları, iş mahkemelerinde çözülecektir. İş mahkemesinin diğer kanunlardaki ayrık düzenlemeler hariç görevli olması için taraflar arasında iş ilişkisi bulunması gerekir. Taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi dışında diğer iş görme edimi içeren özel sözleşmeler (vekalet, eser, ortaklık gibi) olması halinde genel hukuk mahkemelerinin(görev uyuşmazlığı), statü hukuku kapsamında olması halinde ise idari yargının görevli olması (yargı yolu uyuşmazlığı) sözkonusu olacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19 ve 6100 sayılı HMK.'un 33. maddeleri uyarınca yargıç tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Yargıç aradaki sözleşmesel ilişkiyi yorumlar, sözleşme türünü ve içeriğini kendisi belirler. Tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas alır. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin iş, vekalet, eser veya ortaklık sözleşmesi olduğunu nitelendirilmesi yargıca aittir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 135. maddesi uyarınca "yönetim organı", anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdür veya müdürler, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticidir. Aynı kanunun 368. Maddesi uyarınca "Yönetim kurulu, ticari mümessil ve ticari vekiller atayabilir. Devamı 370/2 maddesine göre ise "Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya

daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır”.

Limited şirketlerle ilgili düzenlemelerde de şirket ortağı yanında, şirket ortağı olmayan kişinin müdür olarak atanacağı açıklanırken(Mad. 623), ortak olmayan şirket müdürünün iş sözleşmesi kapsamında da çalıştırılabileceği belirtilmiştir(Mad.629).

Diğer taraftan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 4. Maddesine göre “Sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin yönetim kurulları genel müdür dâhil beş kişiden, denetçiler ise iki kişiden az olamaz. Genel müdür, yönetim kurulunun doğal üyesidir”. Sigorta şirketinde yasa gereği genel müdürün yönetim kurulu üyesi olması, yasadan kaynaklanan bir durum olup, iş sözleşmesi ile işe alınmasına engel değildir. Kısacası genel müdür olarak iş sözleşmesi ile işe alınan kişi yasa gereği yönetim kuruluna seçilmekle organ sıfatını almaz. Bankacılık Kanunu'nun 23. Maddesi uyarınca banka yönetim kurulunun doğal üyesi olan genelmüdürler de murahhas üye veya kişi/organ sıfatını kazanmamış ise iş ilişkisi kapsamında çalışmasının kabulü gerekir.

Kişi organ statüsündeki murahhas azalar dışında anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki kural olarak vekalet akdine dayansa da bu ilişkinin iş ilişkisi olarak kurulmasına da bir engel bulunmamaktadır. O halde hukuki nitelendirme her somut olaydaki çalışma ilişkisi özelinde yapılmalıdır (Prf. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası. İstanbul s. 133-134)

Türk Borçlar Kanunu ticari temsilciyi “işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi” olarak tanımlamıştır(Mad.547/1). Aynı kanunun 554. maddesinde ticari temsilci ile temsil ettiği kişi arasında hizmet, ortaklık veya vekâlet sözleşmelerinin olabileceği, ancak bunun sınırlı olmadığı, taraflar arasında başkaca hukuki ilişkilerin de bulunabileceği belirtilmiştir. Kısacası ticari temsilci ile işletme sahibi arasında iş ilişkisi kurulabilir.

Şirketlerde tüzel kişiliği temsil eden genel müdür veya müdürlerin ticari temsilci oldukları açıktır. Ticaritemsilcinin yukarıdaki düzenlemelere göre gerçek anlamda ortak olmadıkça, bağımsız hareket etmedikçe ve murahhas üye olmadığı sürece, iş ilişkisi kapsamında çalışmasının kabulü gerekir.

Ayrıca ticari temsilci olan, genel müdür veya müdür ile tacir olan kişi arasında çıkan uyuşmazlıkların iş ilişkisi olması halinde uyuşmazlığın 6102 sayılı TTK.'nun 5/1 maddesi yollaması nedeni ile 5521 sayılı İş Mah-

kemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Zira anılan 5. maddede açıkça ayrı düzenleme yoksa ticari davanın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir. 5521 sayılı kanun ayrı düzenleme öngörmüştür.

Somut uyuşmazlıkta davalı, davacı Fon yönetimine alınan ... Grubuna ait 33 şirkette finans koordinatörü olarak görev yapmıştır. Davalı hukuki ve kişisel olarak işverene bağımlı çalışıyor ise arada iş ilişkisinin, bağımsız çalışıyor ise vekalet ilişkisinin olduğu, yönetim kurulu Murahhas üyesi veya ortak ise kişi organ sıfatı ile ortaklık ilişkisi kapsamında çalıştığının kabulü gerekir. Dosyada yer alan bilgi – belgelere göre davalının, çalışma dönemi boyunca davacı işveren emrinde hukuki ve kişisel olarak bağımlı bir şekilde iş ilişkisi kapsamında çalıştığı, ortaklık sözleşmesinin unsurlarını gösteren bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, 12.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ORGANİK BAĞ • BİRLİKTE SORUMLULUK

ÖZET: Organik bağın mevcudiyeti halinde işçinin bütün işverenlere hizmet vermesi (Birlikte istihdam) şartı aranmaz.

Hüküm altına alınan alacaklardan davalıların birlikte sorumlu olduğu sonucuna varılmalıdır.

Y. 9. HD. E. 2014/19957 K. 2015/32175 T. 12.11.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, 11/11/2010 tarihinde davalı G. Mağaza ve Pazarlama A.Ş. bünyesinde mağaza müdür yardımcısı olarak çalıştığını, en son ücretinin net 1.500, 00TL olduğunu, iş akdini biriken 2012 yılı Nisan, Mayıs, Haziran ve Temmuz ayı maaşları ile hak etmiş olduğu fazla mesai, prim, yıllık ücretli, dini ve resmi bayram ücret alacaklarının ödenmemesi üzerine Bakırköy 2 Noterliğinin 13520 yevmiye numaralı 23/07/2012 tarihli ihtarnamesi ile haklı nedenle feshettiğini, işvereni davalı G. A.Ş. ise de diğer davalı Y. Holding A.Ş.'nin de işe alma çıkarma ve görev yerlerini belirlemede

etkili olduğunu, her iki davalı Şirketin yönetici ve ortaklarının da aynı olduğunu, aralarında organik bağ bulunduğunu, ayrıca bir dönem davalı Y. Şirketinin merkezinde bu Şirket adına da çalıştığını iddia ederek ödenmeyen kıdem tazminatı, 2012 yılına ilişkin ücretlerini, fazla mesai ücreti, yıllık ücretli izin alacağı ile genel tatil alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

B) Davalılar Cevabının Özeti:

Davalılar, davacının ücretlerinin 2012 yılı Nisan ayına kadar düzenli olarak ödendiğini, bu tarihten sonra ise ücretlerin kısa süreli gecikmeyle ödendiğini, sözkonusu kısa süreli gecikmeler nedeniyle iş sözleşmesini kendisinin feshettiğini, bu durumun davacıya haklı nedenle derhal fesih hakkı vermeyeceğini, zira ücretlerini tam ve düzenli olarak aldığını, bu durumun imzalı ücret bordroları ile sabit olduğunu, son brüt ücretinin 1.536.53 TL olduğunu ve Şirketten herhangi bir ücret alacağı bulunmadığını, ihtirazi kayıtsız olarak imzaladığı ücret bordroları karşısında fazla çalışma ücret alacağının bulunmadığını, 11.11.2010 tarihinden itibaren şirkette çalıştığını ve iddia ettiği gibi iş sözleşmesini şirket tarafından bozulduğunun kabulünün mümkün olmadığını, davacıya ücretlerinin 2012/ Nisan ayına kadar düzenli ve eksiksiz olarak ödendiğini, ancak ekonomik istikrarsızlık nedeniyle davacının 1-2 aylık ücretinin ödenmesinde gecikmeler olduğunu ve davacının da bu durumu fırsat bilerek iş sözleşmesini sona erdirdiğini, iş sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdiren davacının ihbar tazminatı talep etme hakkının bulunmadığını, davacıya prim ya da başka ad altında bir ödeme yapılmadığını, iş sözleşmesinin 9. Maddesinde, işçinin işini süresi içinde bitirmek zorunda olduğu, işyeri talebi olmaksızın fazla çalışma yapamayacağı istenmesi halinde de fazla çalışma ve geneltatil günlerinde çalışmayı peşinen kabul ettiği, yasal sınırlar içindeki fazla mesai ücretlerinin aylık ücretinin içinde olduğuna ilişkin düzenleme olduğunu, bu nedenle davacının fazla çalışma yapsa dahi bunu işverenin istemesi ve bu çalışmanın da yasal sınırların üzerinde olması gerektiğini, şirkette çalışmaya başladıktan sonra işyerinde hiç fazla çalışma yapılmadığını, tüm çalışmalarının bordrolara yansıtıldığını, usulüne uygun olarak düzenlenen ve davacı tarafından da ihtirazi kayıtsız imzalanan bordrolara karşısında iddialarının asılsız olduğu, hiçbir hak ve alacağının bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak Ticaret Sicil Müdürlüğü'nden getirilen kayıtların incelenmesinde her iki davalı Şirketin ticari merkezlerinin farklı olduğu, ancak Yönetim Kurulu üyelerinin aynı kişilerden oluştuğu ve bu nedenle her iki davalı şirket arasında organik bir bağ bulunduğunun belirlendiği, ancak davacının her iki

işverenin işyerlerinde çalıştırıldığı ya da birlikte istihdam edildiğine dair herhangi bir kayıt belge ve beyan bulunmadığını, dinlenen davacı tanıkları da G. Mağazacılık' ta çalışmış olup; davacının G. Mağazacılıkta çalıştığını beyan ettiğini, diğer davalı Y.Holding AŞ de de çalıştığına dair beyanda bulunmadıkları, her iki davalı şirket arasında organik bağ olması her iki şirketin işçilik alacaklarından sorumlu olduğu anlamına gelmediği, ancak işçinin her iki şirkette de çalıştığının ispatlanması halinde aralarındaki organik bağ dolayısıyla her iki şirketin işçilik alacaklarından sorumlu olacağı, buna göre davacının aralarında organik bağ bulunan davalı şirketlerden Y. Holding AŞ de çalıştığı ve istihdam edildiği ispatlanamadığı için bu davalı yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilerek, davacının G. Mağazacılık ve Pazarlama AŞ de çalıştığı ve bu nedenle işçilik alacaklarından sadece bu şirketin sorumlu olduğu, davacı işçinin ücretleri ödendiği ispatlanamadığından iş akdini haklı nedenle feshettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Davalı Şirketler arasındaki ilişki ve buna bağlı olarak davacı işçinin hak ve alacaklarından sorumlulukları hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir.

Organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kişiliklere yer vermesi sözkonusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeş kabul edilir.

Bu anlamda; tüzel kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme(haklarının alınmasını engelleme-iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmama), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine

verdiği halde başka bir kişiyi kayıta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil sözkonusudur. Bu durumların sözkonusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır.

Görüldüğü gibi birlikte istihdam da işçi, birden fazla işverene iş görme edimini yerine getirmekte, bir anlamda birden fazla işveren iş sözleşmesine katılmaktadır. Organik bağda ise işçinin birden fazla işverene iş görme edimi yerine getirmesine gerek yoktur. Burada işverenlerin kanuna karşı hilesi veya dürüstlük kuralına aykırı davranışı vardır. Dolayısı ile salt birlikte istihdamın veya organik bağın tespiti müşterek ve müteselsil sorumluluk için yeterlidir.

Davacı, davalı Şirketler arasında organik bağ olduğunu iddia ederek her iki şirketin dava konusu hak ve alacaklardan birlikte sorumlu tutulmasını talep etmiştir.

Mahkemece davalı Şirketler arasında organik bağın bulunduğu, ancak birlikte istihdam şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle davalılardan Y. Holding A.Ş. yönünden davanın husumetten reddine karar verilmesi, yerinde değildir.

Davalı Şirketler arasında organik bağın varlığı Mahkemenin kabulündedir. Bu durumda davacının bütün işverenlere iş görme edimini yerine getirmesi aranmaz. Hüküm altına alacaklardan davalıların birlikte sorumlu tutulması gerekir.

Mahkemece yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde verilen karar isabetsizdir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 12/11/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GENEL MÜDÜR • MUHASEBE MÜDÜRÜ • İŞÇİ SIFATI

ÖZET: Davacı şirketin işyerinde hukuki ve kişisel ilişkiyle işverene bağımlı olarak “Genel Müdür” ve “Muhasebe Müdürü” sıfatıyla çalışan davalıların İş Kanunu kapsamında işçi oldukları kabul edilmelidir.

Y. 9. HD. E. 2016/3077 K. 2016/9147 T. 12.04.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde ve duruşmadaki beyanlarında, davacı şirketin eski genel müdürü olan davalı ... ile eski muhasebe müdürü olan davalı ...'un yapılan denetim ve inceleme neticesinde davacı şirketi 11.524.997, 46 TL zarara uğrattıklarının belirlendiğini, zararın ve davacı şirket kaybının davalılarca giderilmediğini belirterek, 11.524.997, 46 TL alacağın davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalılar Cevabının Özeti:

Davalı ... cevap dilekçesinde ve duruşmadaki beyanlarında, davanın iş mahkemesinin görev alanına girdiğini, davalının davacı şirkette Ocak 1995 tarihinde işe başladığını, 2014 yılında haksız bir şekilde iş akdi feshedilinceye kadar muhasebe müdürü sıfatıyla çalıştığını, davaya dayanak müfettiş raporunun tek taraflı bakış açısıyla hazırlandığını ve objektiflikten son derece uzak olduğunu, rayice uygun satış ve rayice uygun satın alma fiyatıyla işlem yapıldığından zarardan ve menfaatten söz edilemeyeceğini, ortada bir zarar ve menfaat temini olmadığından görevin kötüye kullanılmasından da söz edilemeyeceğini, yaptıkları işlemin şirketin yararına yapıldığını, şirkette çalışan konuya vakıf en az onbeş imzaya yetkili personel ve yönetim kuruluna rağmen menfaat temin edebilmenin mümkün olmadığını, böyle bir şey olması durumunda yetkili personel ve yönetim kurulunun birlikte yapmış olması gerektiğini, tahsili kabil olmadığını değerlendirdikleri alacaklar için şirkete borçlu kabul edilmenin yasal dayanağının olmadığını ve davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Davalı ... cevap dilekçesinde ve duruşmadaki beyanlarında, davanın iş mahkemesinin görev alanına girdiğini, davalının davacı şirkette 25/01/1995 tarihinde işletme şefi olarak işe başladığını, 2014 yılında haksız bir şekilde iş akdi feshedilinceye kadar genel müdür sıfatıyla çalıştığını, davaya dayanak müfettiş raporunu tek taraflı bakış açısıyla hazırlandığını ve objektiflikten son derece uzak olduğunu, rayice uygun satış ve rayice

uygun satın alma fiyatıyla işlem yapıldığından zarardan ve menfaatten söz edilemeyeceğini, ortada bir zarar ve menfaat temini olmadığından görevin kötüye kullanılmasından da söz edilemeyeceğini, yaptıkları işlemin şirketin yararına yapıldığını, şirkette çalışan konuya vakıf en az onbeş imzaya yetkili personel ve yönetim kuruluna rağmen menfaat temin edebilmenin mümkün olmadığını, böyle bir şey olması durumunda yetkili personel ve yönetim kurulunun birlikte yapmış olması gerektiğini, tahsili kabil olmadığını değerlendirdikleri alacaklar için şirkete borçlu kabul edilmenin yasal dayanağının olmadığını ve davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalıların davacı şirkette icracı müdür sıfatında çalıştıkları, bu yetkilerine istinaden şirket adına işlem yapıp şirketi borç altına soktukları ve TTK 553. maddesine göre icracı müdür hakkında açılmış sorumluluk davasında uyuşmazlığa bakma görevinin asliye ticaret mahkemesinde olduğu gerekçeleriyle görevsizlik kararı verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalılar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevi noktasında toplanmaktadır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesine uyarınca, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur. 5521 sayılı kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen İş Kanunu, şu an yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu'dur. Keza 4857 sayılı İş Kanununun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, işverenler ile işveren vekillerine ve işçilerine, çalışma konularına bakılmaksızın bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları, iş mahkemelerinde çözülecektir. İş mahkemesinin diğer kanunlardaki ayrıık düzenlemeler hariç görevli olması için taraflar arasında iş ilişkisi bulunması gerekir. Taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi dışında diğer iş görme edimi içeren özel sözleşmeler (vekalet, eser, ortaklık gibi) olması

halinde genel hukuk mahkemelerinin(görev uyuşmazlığı), statü hukuku kapsamında olması halinde ise idari yargının görevli olması (yargı yolu uyuşmazlığı) sözkonusu olacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19 ve 6100 sayılı HMK.'un 33. maddeleri uyarınca yargıç tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Yargıç aradaki sözleşmesel ilişkiyi yorumlar, sözleşme türünü ve içeriğini kendisi belirler. Tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas alır. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin iş, vekalet, eser veya ortaklık sözleşmesi olduğunu nitelendirilmesi yargıca aittir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 135. maddesi uyarınca "yönetim organı", anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdür veya müdürler, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticidir. Aynı kanunun 368. Maddesi uyarınca "Yönetim kurulu, ticari mümessil ve ticari vekiller atayabilir. Devamı 370/2 maddesine göre ise "Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır".

Limited şirketlerle ilgili düzenlemelerde de şirket ortağı yanında, şirket ortağı olmayan kişinin müdür olarak atanacağı açıklanırken(Mad. 623), ortak olmayan şirket müdürünün iş sözleşmesi kapsamında da çalıştırılabileceği belirtilmiştir(Mad.629).

Diğer taraftan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 4. Maddesine göre "Sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin yönetim kurulları genel müdür dâhil beş kişiden, denetçiler ise iki kişiden az olamaz. Genel müdür, yönetim kurulunun doğal üyesidir". Sigorta şirketinde yasa gereği genel müdürün yönetim kurulu üyesi olması, yasadan kaynaklanan bir durum olup, iş sözleşmesi ile işe alınmasına engel değildir. Kısacası genel müdür olarak iş sözleşmesi ile işe alınan kişi yasa gereği yönetim kuruluna seçilmekle organ sıfatını almaz. Bankacılık Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca banka yönetim kurulunun doğal üyesi olan genelmüdürler de murahhas üye veya kişi/organ sıfatını kazanmamış ise iş ilişkisi kapsamında çalıştırılmasının kabulü gerekir.

Kişi organ statüsündeki murahhas azalar dışında anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki kural olarak vekalet akdine dayansa da bu ilişkinin iş ilişkisi olarak kurulmasına da bir engel bulunmamaktadır. O halde hukuki nitelendirme her somut olaydaki çalışma ilişkisi özelinde yapılmalıdır (Prf. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası. İstanbul s. 133-134)

Türk Borçlar Kanunu ticari temsilciyi "işletme sahibinin, ticari işlet-

meyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi” olarak tanımlamıştır(Mad.547/1). Aynı kanunun 554. maddesinde ticari temsilci ile temsil ettiği kişi arasında hizmet, ortaklık veya vekâlet sözleşmelerinin olabileceği, ancak bunun sınırlı olmadığı, taraflar arasında başkaca hukuki ilişkilerin de bulunabileceği belirtilmiştir. Kısacası ticari temsilci ile işletme sahibi arasında iş ilişkisi kurulabilir.

Şirketlerde tüzel kişiliği temsil eden genel müdür veya müdürlerin ticari temsilci oldukları açıktır. Ticaritemsilcinin yukarıdaki düzenlemelere göre gerçek anlamda ortak olmadıkça, bağımsız hareket etmedikçe ve murahhas üye olmadığı sürece, iş ilişkisi kapsamında çalışmasının kabulü gerekir.

Ayrıca ticari temsilci olan, genel müdür veya müdür ile tacir olan kişi arasında çıkan uyuşmazlıkların iş ilişkisi olması halinde uyuşmazlığın 6102 sayılı TTK.’nun 5/1 maddesi yollaması nedeni ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Zira anılan 5. maddede açıkça ayrı düzenleme yoksa ticari davanın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir. 5521 sayılı kanun ayrı düzenleme öngörmüştür.

Somut uyuşmazlıkta davalılar davacı şirket nezdinde genel müdür ve muhasebe müdürü sıfatları ile çalışmışlar, davalılar yönetici pozisyonunda olmadıklarını savunmuşlardır. Davalılar hukuki ve kişisel olarak işverene bağımlı çalışıyor ise arada iş ilişkisinin, bağımsız çalışıyor ise vekalet ilişkisinin olduğu, yönetim kurulu murahhas üyesi veya ortak ise kişi organ sıfatı ile ortaklık ilişkisi kapsamında çalışmasının kabulü gerekir. Dosyada yer alan bilgi – belgelere göre davalıların çalışma dönemleri boyunca davacı işveren emrinde hukuki ve kişisel olarak bağımlı bir şekilde iş ilişkisi kapsamında çalıştıkları, ortaklık sözleşmesinin unsurlarını gösteren bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 12.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BELİRSİZ ALACAK DAVASI • FAİZ BAŞLANGIÇ TARİHLERİ

ÖZET: Kısmi eda külli tespit talepli belirsiz alacak davasında kısmen talep edilen miktarlara dava tarihinden itibaren, arttırılan miktarlara artırım tarihinden itibaren faiz işletilmelidir.

Y. 9 HD. E. 2015/19145 K. 2018/12302 T.31.05.2018

A) Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işveren nezdinde 09/01/2007 tarihinde sekreter olarak çalışmaya başladığını, 21/11/2011 tarihinde haksız ve bildirim önellerine uyulmaksızın iş akdine son verildiğini, aylık en son asgari geçim indirimi ile birlikte 850TL ücret aldığını, her yıl Ocak ayında bir maaş ikramiye aldığını, iş yerinde bir öğün yemek verildiğini, müvekkilinin kullanmadığı 1 haftalık yıllık izin bulunduğunu, bir kısım işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, yıllık izin ücreti alacaklarını istemiştir.

B)Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, taleplerin zaman aşımına uğradığını, davacının 02/05/2007-31/11/2011 tarihleri arasında sekreter olarak çalıştığını, brüt asgari geçim indirimi dahil 977, 79TL ücret aldığını, bir öğün yemek verildiğini ancak ikramiye uygulamasının olmadığını, davacının 14/11/2011 tarihinde işi nedensiz terk ettiğini, buna rağmen 30/11/2011 tarihine kadar beklendiğini, gelmemesi üzerine çıkışının verildiğini, davacının ... 1. Noterliği aracılığıyla gönderdiği ihtarnâmede bahsettiği gibi 21/11/2011 tarihinde iş yerine gelmediğini, kendi isteği ile ayrıldığı için tazminat hakkının bulunmadığını, iddia ve taleplerin yersiz olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C)Yerel Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, ... kurum kayıtlarına göre davacı 02/05/2007-30/11/2011 tarihleri arasında davalı yanında çalıştığı, her ne kadar davacı tarafından işe başlama tarihi 09/01/2007 olarak belirtilmiş ise de kurum kayıtlarının aksi davacı tarafından ispat edilemediği, iş akdinin sona erme tarihinin davacının talebi ile bağlı kalmarak 21/11/2011 tarihi olduğunun kabulü gerektiği, her ne kadar davacı ücretinin asgari geçim indirimi dahil 850TL olduğunu iddia etmiş ise de imza içermeyen ancak banka aracılığıyla yapılan maaş öde-

melerine davacı tarafından itiraz edilmediğinden davacının ücretinin net 700TL , brüt 977, 79TL olduğu, davalı tarafından iş akdinin, 14/11/2011 tarihinde davacının iş yerini terk ederek gitmesi nedeniyle sona erdiği savunulmuş ve 21/11/2014 tarihinden sonraki tarihleri taşıyan devamsızlık tutanakları sunulmuş ise de davacının 14/11/2011-21/11/2011 tarihleri arasında raporlu olduğu, çalışma süresi itibariyle işçilik alacaklarını bertaraf edecek şekilde işyerinden neden belirtmeksizin ayrılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi tekrar işyerine gittiğinde işe alınmadığına yönelik iddiasının işveren tarafından ispatlanamadığı, devamsızlık tutanaklarının davacının işe alınmadığını beyan ettiği tarihten sonraki tarihleri taşıdığı bu nedenle davacının iş akdinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiği ve oluşa uygun ve denetime elverişli 26/01/2015 tarihli bilirkişi raporu doğrultusunda kıdem ve ihbar tazminatı alacağıının bulunduğu, davalı tarafından da kabul edildiği üzere davacının 1 haftalık izin ücreti alacağıının bulunduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Somut uyuşmazlıkta, dosya kapsamından işyerinde yemek olduğu anlaşılmakta ise de işyerinde çalışmamakla beraber davacının babası olan davacı tanığına göre haftada 5 gün çalıştığından günlük yemek parasının 26 gün ile çarpılarak giydirilmiş brüt ücrete eklenmesi hatalıdır. Davacının işyerinde haftada 5 gün yemek yediğinin kabulü ile sonuca gidilmelidir.

3-Faiz başlangıç tarihleri konusunda taraflar arasında ihtilaf mevcuttur.

Belirsiz alacak davası 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile öngörülen ve alacaklıya bazı avantajlar sağlayan yeni bir dava türüdür. Sözü edilen hükme göre "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir". Şu hale göre davanın

açıldığı tarihte alacak miktarının belirlenmesi imkansız ise belirsiz alacak davası açılabilir. Öte yandan alacaklı tarafından alacağın miktar veya değerinin tam olarak belirlenmesi beklenemez ise yine belirsiz alacak davası açılabilir.

Belirsiz alacak davasını düzenleyen HMK'nun 107. maddesinin gerekçesinde, birçok kez hak arama özgürlüğüne vurgu yapılmıştır. Yine alacaklının hukuki ilişkiyi, muhatabını ve talep edebileceği asgari tutarı bilmesine rağmen "alacağın tamamını tam olarak"tespit edemeyecek durumda olması da davanın nedenleri arasında sayılmıştır. Bu itibarla belirsiz alacak davasıyla ilgili yoruma gidildiğinde, alacaklının hak arama özgürlüğünün değerlendirilmesi gerekir. Bunun aksine ilgili hükmün, alacaklının hakkına ulaşmasını kısıtlayan şekilde ele alınması doğru olmaz.

Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir. Karşılaştırmalı hukukta geçerli olan bu kriter 107. maddenin 2. fıkrasının başlangıcında "karşı tarafın vereceği bilgi sonucu" yargılama sırasında belirlenme olarak kabul edilmiştir.

Konuyu iş mevzuatı açısından ele aldığımızda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3, 8, 22, 28, 32, 37, 67. maddelerinde işverene çalışan her bir işçi yönünden kayıt tutma ve işçiye belge verme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Bütün yasal yükümlülüklerle uyan işveren bakımından kural olarak işçi alacaklarının belirsiz olduğundan söz edilemeyecektir. Zira işçinin çalışma süresinin tam olarak kayda geçirildiği, iş sözleşmesi ile ücreti, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlendiği, işçiye her ay ücret hesap pusulası verildiği, günlük ve haftalık iş sürelerinin işçiye önceden bildirildiği, işçinin yaptığı olağanüstü çalışmalar için kendisine belge verildiği durumlarda, işçinin bir çok alacağı belirli ya da belirlenebilir durumdadır. Sadece hakimin taktirine kalan bazı alacaklar bakımından yine de başlangıçta bir belirsizlikten söz edilebilecektir.

İşçilik alacaklarının hesabı genelde iki kritere tabidir. İşçinin işyerinde geçen çalışma süresi ve ücreti ile ekleri bilindiğinde işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Bu yüzden özellikle kamu kurumlarında işçinin çalışmalarının tam olarak Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilmesi ve işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin ücreti ile eklerinin toplu iş sözleşmesinde yer alması sebebiyle işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Yine de hakimin taktir alanına giren manevi tazminat, taktiri indirime tabi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, cezai şart, sözleşmenin kalan süresine ait ücret gibi alacakların başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi müm-

kün değildir. Nitekim 107. maddenin Adalet Komisyonu gerekçesinde de, alacaklının “talep edebileceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağın tamamını tam olarak tespit”edememesi halinde belirsiz alacak davası açılabileceği ifade edilmiştir.

Gerekçede örnek olarak “keşif ve bilirkişi raporu” ile alacağın miktarının tespit olunmasından söz edilmiştir ki, iş yargısında bilirkişi hesap raporu alınması çok yaygın bir uygulamadır. Yine 107. maddenin 2. fıkrasında “karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu” alacak miktarının belirlenmesinden söz edilmiştir ki, yukarıda sözü edilen yasal yükümlülükler sebebiyle işçiye çalışırken belge vermekle yükümlü olan işveren bunu yerine getirmediginde, işçinin alacağın miktarını tam olarak belirlemesini beklemek doğru olmaz.

Belirsiz alacak davasını öngören hükümde biri sübjektif, diğer objektif iki unsur karşımıza çıkmaktadır. Alacağın veya dava değerinin belirlenmesini objektif olarak imkansız olması halinde belirsiz alacak davası açılabilecektir. Örneğin iş kazası geçiren işçinin açacağı davada işveren ve işçinin karşılıklı kusur oranları, kusursuz sorumluluk olup olmadığı ve varsa kaçınılmazlık durumu ve maluliyet oranlarının dava açma aşamasında belirlenmesi imkansızdır.

Subjektif unsur ise alacaklının talep konusu miktarı belirlemesinin alacaklıdan beklenmemesidir. İşçinin yasal hakları ödenmeksizin işten çıkarıldığı bir durumda yukarıda belirtilen masraflara ek olarak uzman hesap raporu aldırarak olası işçilik alacaklarını belirlemesi de hak arama özgürlüğü önünde engel olarak değerlendirilebilir.

Talep sonucunun rakam olarak ifadesinin imkansızlığı, davacının tam olarak miktarını bilmediği ve bu bilgisizliğini davalının sahasında bulunan vakialardan kaynaklandığı durumlarda söz konusudur.

İşyerinde sendikasız çalışan ve yasal işçilik alacakları konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olması beklenmeyen bir işçinin, alacakları doğru şekilde adlandırması dahi mümkün olmazken doğru hesap yöntemiyle birlikte ve tam olarak belirlemesi mümkün görülmemelidir. Ancak işyerinde hukuk müşaviri, personel uzmanı, muhasebe müdürü gibi konumda çalışan bir işçi bakımından aynı sonuca varmak mümkün olmayacaktır.

Belirsiz alacak davası hukuk sistemimize girmeden önce icra inkar tazminatına hak kazanma yönünden likit (belirli) olma kriteri içtihat olarak kabul edilmiştir. Bu kriterin, alacağın belirli olup olmamasında da dikkate alınabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Yargıtaya göre; “Likit bir alaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının

belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez”(HGK. 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 E, 2010/397 K, HGK, Y.HGK. 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K).

Genel mahiyette bu açıklamalardan sonra işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olmayacağı noktasında Dairemizce belirlenen kriterler aşağıdaki gibidir; Kıdem tazminatı hesabı için, işçinin çalıştığı süre, fasıllı çalışma olup olmadığı, bu süre içinde ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu alınıp alınmadığı, ücretsiz izin uygulaması olup olmadığı, grevde geçen sürenin varlığı, işçinin son ücreti, ücretin eki niteliğindeki ödemelerin son bir yıllık toplamı, işçiye sağlanan aynı hakların parasal değeri ve son bir yıllık ortalaması, ücretin eki mahiyetindeki ödemelerin devamlılık arz edip etmediği gibi konuların net olarak bilinebilmesi gerekir. Bu yüzden işçinin hesabın unsurlarına dair sözü edilen bir veya birkaç konuda belirsizlik halinde kıdem tazminatının başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün olamaz. HMK'nun 107. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere alacaklının “alacağının tamamını tam olarak” tespiti mümkün değildir. Bu nedenle hesabın unsurlarındaki tartışma ve belirsizlik, alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurur. Ancak ücret ve eklerine dair tartışma kıdem tazminatı tavan sınırlaması sebebiyle sonuca etkili değilse, kıdem tazminatının belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği düşünülmelidir.

İhbar tazminatı hesabı noktasında kıdem tazminat için sözü edilen tavan sınırlaması hariç, hemen hemen aynı verilere ihtiyaç vardır. İşçinin çalışma süresindeki tartışmanın ihbar süresine dair dilimi etkilemesi veya işçinin ücreti ve eklerindeki herhangi bir tartışma halinde ihbar tazminatı hesabı da belirsizdir.

İşçinin ücretini ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımı ile ihbar ve kıdem tazminatının her durumda belirli olduğunu söylemek isabetli bir yaklaşım olmaz. Çalışma süresine ve ücreti ile eklerine dair yasal yükümlülüğe rağmen işverence belge verilmemiş bir işçinin, işverende mevcut işyeri şahsi sicil dosyasına ulaşmadan ve işverence bilgi ve belge sunulmadan önce henüz dava açma aşamasında bu tür tazminatların tamamını ve tam olarak hesaplamasını beklemek ve bunu bir dava şartı olarak kabul etmek, hak arama özgürlüğünü zedeler. Bu konuda alınacak olan uzman raporu da hesap noktasında aynı belge eksiklikleri sebebiyle

yeterli olmayacağı gibi, iş sözleşmesi yasal hakları ödenmeksizin feshedilen işçiden dava öncesinde alacaklarını belirleyebilmek için hesap raporu almak yönünde bir masraf yapmasını beklemek de doğru olmaz.

Yıllık izin ücreti hesabının unsurları, işçinin çalışma süresi ve ücretin miktarıdır. İşverence yasal düzenlemelere rağmen bu yönlerden belge düzenleme ve işçiye verme yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması halinde işçinin yıllık izin ücretini dava öncesinde tam olarak belirlemesi mümkün olmayabilir. Bu açıdan çalışma süresi ve ücretin tartışmalı olması durumunda yıllık izin ücreti belirsiz alacak davasına konu edilebilir. Ancak çalışma süresi ve ücretin işçiye verilmiş veya ulaşabileceği belge ve kayıtlarla kesin olarak saptanabildiği hallerde yıllık izin ücretinin belirli olduğu ve belirsiz alacak davasına konu olamayacağı söylenebilecektir.

Fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil çalışmalarını karşılığı ücretler için ise çalışmaların tamamının puantaj kayıtlarına dayandırıldığı istisnai durumlar dışında hakimin taktiri indirimi söz konusu olduğundan, alacakların, davanın açıldığı aşamada tam olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu itibarla sözü edilen alacakların belirsiz alacak davasına konu edilebileceği ilke olarak kabul edilmektedir.

Hakimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak alacak miktarı veya değerinin belirlenmesi halinde alacak belirsizdir (Yargıtay 9.HD.27.02.2012 gün ve 2012/1757 E.2012/5742 K.).

Dairemizin kısmi dava ile ilgili verdiği bu ölçütleri kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K sayılı kararında "İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru olmayacağını, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesinin daha doğru olacağını" açıkça belirtmiştir.

Aynı dava dilekçesinde birden fazla işçilik alacaklarının talep edildiği durumlarda davaların yığılmasından söz edilir ki, alacağın belirli olup olmadığı her bir alacak kalemi bakımından somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.10.2012 gün, 2012/ 9-838 E, 2012/ 715 K sayılı kararı da bu yöndedir.

Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği taktirde, hakim hemen davayı reddetmemeli, HMK.'nun 115/2 maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağını belirleyerek buna göre talepte bulunması için

davacıya kesin süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir. Dairemiz kararları ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin kararları bu yöndedir(Yargıtay 9.HD. 26.01.2014 gün, 2014/1962 E, 2014/6034 K. ; Yargıtay 9.HD. 27.02.2012 gün ve 2012/1757 E, 2012/5742 K. ; Yargıtay 19. HD. 16.01.2014 gün, 2013/17491 E, 2014/ 1332 K. Yargıtay 19. HD, 16.01.2014 gün, 2013/ 17366 E, 2014/ 1329 K.).

Alacağın belirsiz olması halinde alacaklı, belirsiz alacak davası açabileceği gibi kısmi dava olarak da alacağın tahsilini talep edebilir.

Dava dilekçesinde alacağın belirsiz olduğundan söz edilmiş olsa da, kısmi dava açıldığının ifade edilmesi halinde davanın türünün kısmi dava olarak kabulü gerekir. Zira alacak belirsiz ise kısmi dava yoluyla alacağın istenmesine engel bir durum yoktur. Bu ihtimalde kısmi dava ancak talep edilen kısım itibarıyla zamanaşımını keser. Yargılama ile alacağın belirlenen kalan kısmı ıslah veya ek dava ile talep edildiğinde arttırılan miktarlar bakımından faiz başlangıcı -kural olarak- talep tarihidir. Bu nedenle davanın türünün belirsiz alacak davası veya kısmi dava oluşunun sonuçları farklı olup, tereddüt halinde hakim tarafından bu husus davacıya açıklatılmalı ve davanın türü ön inceleme tutanağına yazılarak tahkikat aşamasına geçilmelidir.

Belirsiz alacak davası ise mevcut yasal düzenleme çerçevesinde üç değişik şekilde açılabilir. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davasının açılabilmesi HMK'nun 107. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörülmüştür. Tespit niteliğinde belirsiz alacağı tespit davası ise aynı maddenin 3. fıkrasına dayanmaktadır. Maddenin gerekçesine göre ise alacaklı kısmi eda külli tespit davası da açabilir. Her bir dava türünün farklı özellikleri bulunmaktadır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, alacaklı belirleyebildiği miktarı davaya konu etmelidir. Bu konuda rastgele bir miktarı talep etmesi doğru olmaz. Örneğin, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında 10 yıl ve asgari ücretten hizmeti görünen bir işçi, çalışma süresini 12 yıl ve ücretini net 2.000, 00 TL olarak açıklamak suretiyle kıdem tazminatıyla ilgili belirsiz alacak tahsil davası açabilir. Bu davada, kayıtlarda geçen süre ve asgari ücrete göre belirlenebilen miktar talep edilmelidir. Başka bir anlatımla tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında alacaklı belirleyebildiği kadarıyla bir hesaplama yapmalı ve bu miktarı talep etmelidir. Dava dilekçesinde şimdilik kaydıyla farazi bir miktar (100, 00 TL) gösterilmesi halinde, davanın, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak kabulü doğru olmaz.

Tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında, işverenin vereceği cevap, ön inceleme aşamasında bu yönde uzlaşma veya tahkikat aşamasında belirsizlik ortadan kalktığında, 107/2. maddeye göre davacı miktarı arttırabilir ve alacağın tümünün tahsilini talep edebilir. Bu aşamada iddianın genişletilmesi yasağı devreye girmez.

HMK'nun 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak belirli hale geldiğinde artırım, sadece bir kez yapılabilir. İkinci kez artırım yapılmak istenirse, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, dava tarihinde alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 157. maddesi uyarınca, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra zamanaşımı yeniden işlemeye başlar. Bu nedenle yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemeyeceğinden, davacının talep artırım dilekçesi üzerine ileri sürülen zamanaşımı definin de sonuca bir etkisi olmaz.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı, davadan önce temerrüt söz konusu değilse dava tarihi olmalıdır. Alacak belirlendikten sonra arttırılan kısım için faiz başlangıcı temerrüt ya da dava tarihidir. Belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davasının alacaklıya sağladığı bütün imkanlar bir tek tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında ortaya çıkar.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabilmesi HMK'nun 107/3. maddesinde kabul edilmiş olmakla, davanın miktar belirtmeden açılması da imkan dahilindedir. Bu halde hukuki yarar yokluğu ile ilgili tartışmalara mahal vermemek için, 107. maddenin son cümlesinde, belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasında hukuki yararın bulunduğu ifade edilmiştir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabilmesinin en önemli sonucu, belirsiz alacak tespit davasının da alacağın tamamı için zamanaşımını kesmesidir. Bu husus, 107. maddenin gerekçesinde açıklanmıştır.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasının ardından, alacağın yargılama sırasında belirlenmesi üzerine HMK'nun 107/2. maddesine göre miktarın arttırılması mümkün değildir. Zira sözü edilen hüküm, belirsiz alacak davasının miktar belirtilmesi yoluyla eda davası biçiminde açılması halinde uygulama alanı bulabilir. Ancak belirsiz alacak tespit davasında yapılan yargılama ile alacak belirlendikten sonra, davanın tamamen ıslahı suretiyle alacağın tahsili talep edilebilir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılması ve ardından ıslahla eda davasına dönüştürülmesinin, davanın belirli bir miktar üzerinden açılmasından farkı, faiz başlangıcı noktasında kendisini gösterir.

Belirsiz alacak davası tespit davası olarak açıldığında faiz başlangıcı, alacakların rakam olarak talep edildiği ıslah tarihi olmalıdır. Belirsiz alacak davası ile kesilmiş olan zamanaşımı yargılama sırasındaki işlemler ve hâkimin her kararı ile kesileceğinden ıslaha karşı ileri sürülen zamanaşımı defî sonuca etkili değildir.

HMK 107. maddesinin gerekçesine göre belirsiz alacak davasının, kısmen eda davasıyla birlikte külli tespit davası olarak da açılabilmesi imkan dahilindedir. O halde belirsiz alacak davasında bir miktarın tahsili yanında, kalan tutarın tespiti istenebilecek ve yargılama sırasında belirlendiğinde kalan miktar da talep edilebilecektir.

Bunun tam eda davasından farkı, belirlenebilen miktarın talebi yerine, kısmi bir miktarın istenebilmesidir. Örneğin belirsiz bir alacak için alacaklı tarafından belirsiz alacak davası açıldığında ve 100, 00 TL için tahsil, kalan miktarı için ise alacağın tespiti istendiğinde kısmi eda külli tespit davasından söz edilir. Zira alacaklı işveren veya resmi kurum kayıtlarında geçen belirleyebildiği miktarı davaya konu etmek yerine, farazi bir miktar için talepte bulunmuştur. Sözü edilen davanın kısmi davadan farkı ise, alacaklının kısmi dava açtığını belirtmeksizin belirsiz alacak davasından söz ederek taleplerde bulunmasına dayanır. Yukarıda açıklandığı üzere belirsiz bir alacak için alacaklının açıkça kısmi dava açtığını belirterek talepte bulunması veya belirsiz alacaktan söz edilmeksizin kısmi taleplerde bulunulması halinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilir.

Kısmi eda külli tespit davasının açıldığı anda alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. Yargılama sırasındaki işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlayacağından yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemez. Bu nedenle yargılama sırasında arttırılan taleplere karşı yapılan zamanaşımı defî sonuca etkili değildir. Ancak faiz başlangıcı açısından tahsil amaçlı belirsiz alacak davasından farklı bir durum vardır. Davaya konu edilen miktar bakımından faiz başlangıcı olarak dava tarihi kabul edilmelidir. Alacağın kalan kısmın sadece tespiti istenmiş olmakla, belirlenen bakiye alacak miktarının ileride talep edildiği tarihten itibaren faize karar verilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesi kısmi eda külli tespit talepli belirsiz alacak davası şeklinde açılmıştır. Bu nedenle ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti bakımından dava ve ıslah (talep arttırımı) tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği gözetilmeksizin bu alacak kalemlerinin tümüne dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi hatalıdır.

4-Hükmedilen miktarın net mi yoksa brüt mü olduğunun hükümde belirtilmemesinin infazda tereddüte yol açacağı düşünülmemesinde hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 31/05/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**İŞ SÖZLEŞMESİ • AYLIK MAKTU ÜCRET
•
GENEL TATİL ÜCRETİ**

ÖZET: İş sözleşmelerinde yer alan ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin aylık maktu ücrete dahil olacağına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Y. 9. HD E. 2015/7371 K. 2018/22522 T.15.10.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin davalı işverene ait işyerinde, 01.05.1999-03.08.2013 tarihleri arasında dönemde çalıştığını, sigortasının bir dönem davalı Şirket, bir dönem ise diğer davalı üzerinden yapıldığını, davalı Şirketin asıl sahibinin diğer davalı ... olduğunu; davalı işverenin müvekkilini hakaret ederek işyerinden kovduğunu ve bu şekilde iş sözleşmesini feshettiğini, müvekkilinin satış danışmanı ve ön muhasebe görevlisi olarak çalıştığını, son aylık ücretinin net 3.250.00 TL olduğunu ve işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek; kıdem ve ihbar tazminatları ile maaş, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalılar vekili; kıdem ve ihbar tazminatı dışındaki talepler yönünden 5 yıllık zamanaşımı def'inde bulduklarını, davacı işçinin her iki işveren yanında geçirdiği çalışmalar nedeniyle, her iki davalı işverenin, çalışma süreleriyle orantılı olarak ayrı ayrı sorumlu olması gerektiğini, davacı iş-

çinin kendisinin işten ayrıldığını, 9.00-18.00 saatleri arasında çalıştığını, 1 saat yemek molası ve 15 dakikalık iki adet çay molası kullandığını, hafta tatillerinde çalıştığında ücretinin ödendiğini; asgari ücret aldığını, maaş dışında davacı işçinin hesabına yatırılan paranın işyeri giderleri için verilen para olduğunu, davacı işçinin ücret alacağı olmadığını, bayram ve genel tatil günlerinde işyeri kapalı olduğundan bu günlerde çalışma yapılmadığını, yıllık ücretli izinlerini kullandığını savunarak; davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmasına göre davalıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Davacı işçinin yıllık izin ücreti alacağı bulunup bulunmadığı, taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir. İşveren yıllık izinlerin kullandırıldığını imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge ile kanıtlamalıdır.

Dosya içerisinde yer alan ve davacı işçinin imzasını taşıyan; yıllık ücretli izin çizelgesi, 2009 yılına ait yıllık izin formu ve 08/2009 dönemi imzalı ücret bordrosundan davacı işçinin 124 günlük ücretli izin kullandığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece hükme esas alınan raporunda; davacının kullandığı izinlerin düşümü ile alacak hesaplanmış ise de; hesaplamada davacının 15 yıl çalıştığının kabulü ile toplamda 262 gün izne hak kazandığı belirtilmiştir. Oysaki davacının hizmet süresi 14 yıl 3 ay 2 gün olup, 15 yılı doldurmadığından toplamda 242 gün izne hak kazandığı ortadadır. Kullanılan izinlerin düşülmesi ile davacının 118 günlük ücretli izin alacağına hüküm altına alınması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

3- Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi ama-

cıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta; davacı, aylık ücretinin net 3.250 TL olduğunu iddia etmiş; davalı ise davacının asgari ücret ile çalıştığını savunmuştur. Ücret bordroları imzasız olup, davacıya ait hesap ekstresi incelendiğinde asgari ücret dışında “hesaba aktarılan” kaydı ile başka miktarlarda da ödemelerin yapıldığı görülmüştür. Davacı tanığı Hüseyin, kendisinin 2011 yılında işten ayrıldığını ve davacının bu tarih itibari ile net 2.750 TL ücret aldığını bildirmiştir. Mahkemece, davacının aylık net 3.250 TL ücret ile çalıştığı kabul edilmiştir.

Davacının kıdemi, davacı tanığının beyanı ve hesap ekstresi dikkate alındığında davacının bordrolarda yer alan ücret ile çalışmadığı şüphesi ortaya çıkmaktadır.

Mahkemece, davacının fiilen yaptığı iş, kıdemi ve işyerinin özellikleri belirtilerek; ilgili kurum ve kuruluşlar ile meslek odalarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller ile değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.

Eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, davalılar yararına takdir edilen 1.350.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KÖTÜ NİYET TAZMİNATI

ÖZET: İşçinin fazla mesai ücretlerinin ödenmesi sebebiyle bölge çalışma müdürlüğüne yaptığı şikayet nedeniyle işveren tarafından gerçekleştirilen fesih kötü niyetli fesihtir.

Ancak, işçinin işverenden kötü niyet tazminatı talep edebilmesi için iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaması gerekir.

Y. 9 HD. E. 2015/27110 K. 2018/22088 T.03.12.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin 01/11/2011-21/09/2013 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde en son net 830 TL aylık ücretle çalıştığını, yemek ve yol giderlerinin davalı işverence karşılandığını, işe düz işçi olarak çalışmaya başladığını ancak duruma göre teknik konularda da hizmet ettiğini, çalışma saatlerinin haftalık dönüşümlü olarak 07.00 ila 19.00 ve 19.00 ila 07.00 saatleri arasında olduğunu, müvekkilinin rızası dışında fazla çalışma yaptırılması ve bu çalışmaların ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle müvekkilinin davalıya iş kurumuna şikayet ettiğini, şikayetten haberdar olan davalı işverenin iş sözleşmesini bu nedenle tek taraflı olarak feshettiğini savunarak, kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatları ile fazla çalışma, yıllık izin, asgari geçim indirimi, ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının müvekkiline ait işyerinde 02/02/2012-21/09/2013 tarihleri arasında çalıştığı ve sigorta girişinin çalışmaya başladığı andan itibaren yapıldığını, işyerinde yemek ve yol yardımı uygulamasının bulunmadığını, davacının günde 12 saat çalıştığı iddiasının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, davacının haftalık 45 saati aşan çalışmasının bulunmadığını, davacının iş disiplinine uygun çalışmaması nedeniyle iş akdinin tazminatları ödenerek feshedildiğini, talep edilen diğer işçilik alacaklarının bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ile bilirkişi raporuna dayanılarak ve akdin kıdem ve ihbar tazminatını gerektirecek şekilde sona erdiği konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmadığı, kötüniyet tazminatı yönünden

ise hem iş kanununun 17. maddesindeki yasal koşulların oluşmaması hem de akdin işverence kötü niyetli olarak feshedildiğinin ispatlanamamış olduğu gerekçeleriyle, kötüniyet tazminatı ve yıllık izin talepleri tamamen ret, diğer taleplerin ise kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin tüm, davacı vekilinin ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkide kötüniyet tazminatının koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin taraflarca ihbar öneli tanınmak suretiyle ya da ihbar tazminatı ödenerek her zaman feshi mümkün ise de, bu hakkın da her hak gibi Medenî Kanunun 2'nci maddesi uyarınca dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi takdirde fesih hakkının kötüye kullanılmış olduğundan söz edilir.

Fesih hakkını kötüye kullanan işveren, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17'nci maddesi uyarınca, bildirim sürelerine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemek zorundadır. Bahsi geçen tazminata uygulamada kötüniyet tazminatı denilmektedir.

Kötüniyet tazminatına hak kazanma koşulları ve tazminat miktarının hesaplanması açısından, 4857 sayılı Yasada önemli değişiklikler öngörülmiştir. Yasanın 17'nci maddesinin altıncı fıkrasının açık hükmü gereğince, iş güvencesi kapsamında olan işçiler yönünden kötüniyet tazminatına hak kazanılması mümkün değildir.

1475 sayılı Yasada, "işçinin sendikaya üye olması, şikâyete başvurusu" gibi sebepler ileri sürülerek iş sözleşmesinin sonlandırılması, kötüniyetin varlığı açısından örnekseme biçiminde sayıldığı halde, 4857 sayılı Yasada genel anlamda fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, işçinin işvereni şikâyet etmesi, aleyhine dava açması veya tanıklık yapması nedenlerine bağlı fesihlerin kötüniyete dayandığı kabul edilmelidir.

Tazminat miktarının belirlenmesi de Yasa ile açıklığa kavuşturulmuş, "kötüniyet tazminatının" ihbar önellerine ait ücretin üç katı tutarında olacağı belirtilmiş ve ayrıca ihbar tazminatının da ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

Yasanın 17'nci maddesinin son fıkrasındaki düzenleme kötüniet tazminatını da kapsamakta olup, bu tazminatın hesabında da işçiye ücreti dışında sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler dikkate alınmalıdır (Yargıtay 9.HD. 12.6.2008 gün 2007/21422 E, 2008/ 15336 K).

Somut uyuşmazlıkta, iş akdinin davalı işveren tarafından fazla mesai çalışmalarının karşılığının ödenmediğine ilişkin davacı işçinin bölge çalışma müdürlüğüne yaptığı şikâyet nedeniyle feshedildiği ve bu feshin kötünietli fesih olarak kabulü gerektiği dosyadaki bilgi ve belgelerle sabittir. Ancak kötünietli fesih için tazminat talep edilebilmesi, davacı işçinin iş güvencesinden yararlanmaması ön koşuluna bağlı olup mahkemece bu husus üzerinden durulmamıştır.

Mahkeme tarafından yapılacak iş, iş akdinin feshi tarihinde davalı iş yerinde aynı iş kolunda en az 30 işçinin çalışıp çalışmadığını araştırarak davacının iş güvencesine haiz işçilerden olup olmadığı tespit edilip, davacı iş güvencesi kapsamında çalışan işçilerden ise şimdi olduğu gibi kötüniet tazminatı talebinin reddine, aksi halde ise kabulüne karar verilmelidir. Eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile kötüniet tazminatının reddi yerinde değildir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMI

ÖZET: Zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.

Cevap dilekçesinde zamanaşımı def'i ileri sürülmemiş ya da süresi içinde cevap dilekçesi verilmemiş ise zamanaşımı def'i davacının açık muvafakatı ile ileri sürülebilir.

Cevap dilekçesi verilmiş ise, cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla davaya karşı zamanaşımı def'i ileri sürülebilir.

Y. 9. HD. E. 2015/25486 K.2018/22695 T.10.12.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının davalıya ait işyerinde 01.03.1993-25.04.2013 tarihleri arasında oto yedek parça satış elemanı olarak çalıştığını, iş akdinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini, davacının en son ücretinin 2.200, 00 TL. olduğunu, ayrıca 180, 00 TL. tutarında yemek ve yılda 3 defa olmak üzere toplam 1.650, 00 TL. ikramiye ödendiğini, davacının davalıya ait işyerinde haftanın 5 günü 08.30-19:00; Cumartesi günleri ise 08:30-18:00 saatleri arasında çalışması gerekirken davacının saat 21:00-22:00 saatlerine kadar çalıştığını, davacı tarafından davalıya Beyoğlu 20.Noterliği'nin 26.04.2013 Tarih ve 7720 Yevmiye No'lu İhtarnameyi gönderilerek, tazminat ve alacaklarının ödenmesinin ihtar edildiğini, ancak davalı işveren tarafından herhangi bir ödeme yapılmadığını, neticede kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla mesai ücret alacağının, ulusal bayram ve genel tatil ücret alacağının, asgari geçim indirimi alacağının ve yıllık ücretli izin alacağının davalıdan tahsilini, yargılama giderleri ile vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının iddialarının haksız olduğunu, davacının 2009 yılında babasının arsasına tapu tahsisi nedeniyle paraya ihtiyacı olduğunu beyan ettiğini davalı işverenin de davacıya o döneme kadar hak etmiş olduğu kıdem ve ihbar tazminatlarının elden ödendiğini ve davacının davalı işvereni ibra ettiğini, buna rağmen davacının çalışmaya devam ettiğini, davacının bu dönemden sonra sürekli olarak devamsızlık yaptığını, işyerinin düzenini bozduğunu, en son 25.04.2013 tarihinden itibaren işe gelmediğini, buna ilişkin tutanak tanzim edildiğini, yine 29.05.2013 tari-

hinde Beyoğlu 51. Noterliği'nin 29.04.2013 Tarih ve ...Yevmiye No'lu tuta-nağıyla davacının işe gelmediğinin tespit edildiğini, iş akdinin de İstanbul 35. Noterliği'nin 02.05.2013 Tarih ve ... Yevmiye No'lu İhtarnameyi ile İş Kanunu'nun 25.maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, neticede davanın reddini, yargılama giderleri ile vekalet ücretinin karşı tarafa yük-letilmesini talep ve dava etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, da-vacının fazla mesai yaptığı ve genel tatil günlerinde çalıştığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle, dava yığılması halinde de bir tek dava olduğunun ve HMK.nın 176/2. Maddesine göre aynı davada ancak bir kez ıslah yapılabileceğinin anlaşılmasına göre davacının tüm, davalının aşağı-daki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında, işçilik alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğra-madığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu "eksik bir borç" haline dönüştürür ve "alacağın dava edilebilme özel-liği"ni ortadan kaldırır.

Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, ar-tık mahkemenin işin esasına girip onu incelemesi mümkün değildir.

Zamanaşımı, bir borcu doğuran, değiştiren ortadan kaldıran bir olgu olmayıp, salt doğmuş ve var olan bir hakkın istenmesini ortadan kaldıran bir savunma aracıdır. Bu bakımdan zamanaşımı alacağın varlığını değil, istenebilirliğini ortadan kaldırır. Bunun sonucu olarak da, yargılamayı yapan yargıç tarafından yürüttüğü görevinin bir gereği olarak kendiliğ-in-den göz önünde tutulamaz. Borçlunun böyle bir olgunun var olduğunu, yasada öngörülen süre ve usul içinde ileri sürmesi zorunludur. Demek oluyor ki zamanaşımı, borcun doğumu ile ilgili olmayıp, istenmesini ön-leyen bir savunma olgusudur. Şu durumda zamanaşımı, savunması ileri sürülmedikçe, istemin konusu olan hakkın var olduğu ve kabulüne karar

verilmesinde hukuksal ve yasal bir engel bulunmamaktadır.

Hemen belirtmelidir ki, gerek İş Kanununda, gerekse Borçlar Kanununda, kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir.

Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, eski 818 sayılı Borçlar Kanununun 125 inci maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146 inci maddesinde de genel zamanaşımı 10 yıl olarak belirlenmiştir.

Tazminat niteliğinde olmaları nedeni ile sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, 4857 sayılı İş Kanununun; 5 inci maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık nedeni ile tazminat, 26/2 maddesindeki maddi ve manevi tazminat, 28 inci maddedeki belgenin zamanında verilmemesinden kaynaklanan tazminat, 31/son maddesi uyarınca askerlik sonrası işe almama nedeni ile öngörülen tazminat istekleri on yıllık zamanaşımına tabidir.

Bu noktada, zamanaşımı başlangıcına esas alınan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı hakkının doğumu ise, işçi açısından hizmet aktinin feshedildiği tarihtir.

Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar.

İşveren ve işçi arasındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanmaktadır. İşçinin sözleşmeye aykırı şekilde işverene zarar vermesi halinde, işverenin zararının tazmini amacı ile açacağı dava da tazminat niteliğinde olduğundan on yıllık zaman aşımına tabidir.

4857 sayılı Kanundan daha önce yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasada ücret alacaklarıyla ilgili olarak özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği halde, 4857 sayılı İş Kanununun 32/8 maddesinde, işçi ücretinin beş yıllık özel bir zamanaşımı süresine tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak bu Kanundan önce tazminat niteliğinde olmayan, ücret niteliği ağır basan işçilik alacakları ise 818 sayılı Borçlar Kanununun 126/1 maddesi uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir. 01.06.2012 tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 Sayılı TBK.'un 147. Maddesi ise ücret gibi dönemsel nitelikte ödenen alacakların beş yıllık zamanaşımına tabi olacağını belirtmiştir.

Kanundaki zamanaşımı süreleri, 6098 Sayılı TBK 148. Maddesi gereğince tarafların iradeleri ile değiştirilemez.

İş sözleşmesi devam ederken kullanılması gereken ve iş sözleşmesinin feshi ile alacak niteliği doğan yıllık izin ücreti alacağının zamanaşımı süresinin fesih tarihinden başlatılması gerekir (HGK. 05.07.2000 gün ve 2000/9-1079 E, 2000/1103 K).

Sözleşmeden doğan alacaklarda, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar. (TBK. m. 149(818.BK.128). Türk Borçlar Kanununun 117 inci maddesi uyarınca, borcun muaccel olması, ifa zamanının gelmiş olmasını ifade eder. Borcun ifası henüz istenemiyorsa muaccel bir borçtan da söz edilemez.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 151 inci maddesinde zamanaşımının nasıl hesaplanacağı belirtilmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu anda başlayacağı kuralını getirmiştir(818 sayılı BK.128). Aynı yönde düzenleme 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 151 inci maddesinde yer almaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 152. maddesi gereğince, asıl alacak zaman aşımına uğradığında faiz ve diğer ek haklar da zamanaşımına uğrar. Diğer bir deyişle faiz alacağı asıl alacağın tabi olduğu zamanaşımına tabi olur(818 sayılı BK.131).

Türk Borçlar Kanunu'nun 154. maddesi (818 Sayılı BK 133/2) uyarınca, alacaklının dava açmasıyla zamanaşımı kesilir. Ancak zaman aşımının kesilmesi sadece dava konusu alacak için söz konusudur.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 153/4 maddesinde "Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için" zamanaşımının işlemeyeceği ve duracağı belirtilmiştir. Bu maddenin iş sözleşmesiyle bağlı her kişiye uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Hizmetçiden kastedilen, kendisine ev işleri için ücret ödenen, iş sahibiyle aynı evde yatıp kalkan, aileden biriymiş gibi ev halkı ile sıkı ilişkileri olan kimsedir(818 sayılı BK. Mad.132).

6098 Sayılı TBK 154. Maddesinde (818 sayılı BK. 133) zamanaşımını kesen nedenler gösterilmiştir. Bunlardan borçlunun borcunu ikrar etmesi (alacağı tanınması), zamanaşımını kesen nedenlerden biridir. Borcun tanınması, tek yanlı bir irade bildirimini olup; borçlunun, kendi borcunun devam etmekte olduğunu kabul anlamındadır. Borç ikrarının sonuç doğurabilmesi için, eylem yeteneğine ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan borçlunun veya yetkili kıldığı vekilinin, bu iradeyi alacaklıya yöneltmiş bulunması ve ayrıca zamanaşımı süresinin dolmaması olması

gerekir. Gerçekte de borç ikrarı, ancak, işlemekte olan zamanaşımını keser; farklı anlatımla zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonraki borç ikrarının kesme yönünden bir sonuç doğurmayacağından kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.

Aynı maddenin 2.fıkrası uyarınca, dava açılması veya icra takibi yapılması zamanaşımını kesen nedenlerdendir. Kanununun 156. maddesi ise, zamanaşımının kesilmesi halinde yeni bir sürenin işlemesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Madde açıkça düzenlemediğinden ihtiyati tedbir istemi ile mahkemeye başvurma veya işçilik alacaklarının tespiti ve ödenmesi için Bölge Çalışma İş Müfettişliğine şikâyette bulunma zamanaşımını kesen nedenler olarak kabul edilemez. Ancak işverenin, şikâyet üzerine Bölge Çalışma Müdürlüğünde alacağı ikrar etmesi, zamanaşımını keser.

Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkâr olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.

Zamanaşımı, dava devam ederken iki tarafın yargılamaya ilişkin her işleminden ve hâkimin her emir ve hükmünden itibaren yeniden işlemeye başlar ve kesilmeden itibaren yeni bir süre işler.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 155. maddesi hükmü, “Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur.” kuralını içermektedir. Bu maddeye göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara karşı da zamanaşımını keser. (818 sayılı BK. Mad.134)

Türk Borçlar Kanununun 160. maddesinde (818 Sayılı BK 139), zamanaşımından feragat düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, borçlunun zamanaşımı defini ileri sürme hakkından önceden feragati geçersizdir. Önceden feragatten amaç, sözleşme yapılmadan önce veya yapılırken vaki feragattir. Oysa daha sonra vazgeçmenin geçersiz sayılacağına ilişkin yasa da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle borç zamanaşımına uğradıktan sonra borçlu zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir. Zira, burada doğmuş bir defi hakkından feragat söz konusudur ve hukuken geçerlidir. Bu feragat; borçlunun, ileride dava açılması halinde zamanaşımı definde bulunmayacağını karşılıklı olarak yapılan feragat anlaşmasıyla veya tek yanlı iradesini açıkça bildirmesiyle veyahut bu anlama gelecek iradeyle delalet edecek bir işlem yapmasıyla mümkün olabi-

leceği gibi, açılmış bir davada zamanaşımı definde bulunmamasıyla veya defi geri almasıyla da mümkündür.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesinde, iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. Ancak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447 inci maddesi ile sözlü yargılama usulü kaldırılmış, aynı yasanın 316 ve devamı maddeleri gereğince iş davaları için basit yargılama usulü benimsenmiştir.

Sözlü yargılama usulünün uygulandığı dönemde zamanaşımı defi ilk oturuma kadar ve en geç ilk oturumda yapılabilir. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde 319 uncu madde hükmü uyarınca savunmanın değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin verilmesiyle başlayacağından, zamanaşımı defi cevap dilekçesi ile ileri sürülmelidir. 01.10.2011 tarihinden sonraki dönemde ilk oturuma kadar zamanaşımı definin iler sürülmesi ve hatta ilk oturumda sözlü olarak bildirilmesi mümkün değildir.

Dava konusunun ıslah yoluyla arttırılması durumunda, 1086 sayılı HUMK hükümlerinin uygulandığı dönemde, ıslah dilekçesinin tebliğini izleyen ilk oturuma kadar ya da ilk oturumda yapılan zamanaşımı defi de ıslaha konu alacaklar yönünden hüküm ifade eder. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonraki uygulamada, 317/2 ve 319. maddeler uyarınca ıslah dilekçesinin davalı tarafa tebliği üzerine iki haftalık süre içinde ıslaha konu kısımlar için zamanaşımı definde bulunulabileceği kabul edilmelidir.

Cevap dilekçesinde zamanaşımı defi ileri sürülmemiş ya da süresi içinde cevap dilekçesi verilmemişse ilerleyen aşamalarda 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141/2 maddesi uyarınca zamanaşımı defi davacının açık muvafakati ile yapılabilir.

1086 sayılı HUMK yürürlükte iken süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı define davacı taraf süre yönünden hemen ve açıkça karşı çıkmamışsa (suskun kalınmışsa) zamanaşımı defi geçerli sayılmakta iken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulandığı dönemde süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı definin geçerli sayılabilmesi için davacının açıkça muvafakat etmesi gerekir. Başka bir anlatımla 01.10.2011 tarihinden sonraki uygulamalar bakımından süre geçtikten sonra ileri sürülen zamanaşımı define davacı taraf muvafakat etmez ise zamanaşımı defi dikkate alınmaz.

Zamanaşımı definin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülmesi de

mümkündür (Yargıtay HGK. 04.06.2011 gün 2010/ 9-629 E. 2011/ 70. K.).

Somut uyuşmazlıkta; davalıya dava dilekçesi 30.05.2013 tarihinde tebliğ edilmiş ve davalı vekili süresinde 05.06.2013 tarihinde cevap dilekçesini sunmuş olup, her ne kadar cevap dilekçesinde davaya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmemişse de yargılama esnasında cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla davaya karşı zamanaşımı def'ini ileri sürmüştür.

Mahkemece davalının süresinde sunduğu cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla davaya karşı ileri sürdüğü zamanaşımı def'i dikkate alınması gerekirken mahkemece sözü edilen savunma dikkate alınmaksızın karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgisine iadesine, 10/12/2018 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

SOSYAL YARDIM VAKIFLARI • KAMU KURUMU

İLAVE TEDİYE

ÖZET: 3294 Sayılı Yasa uyarınca kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları devlete bağlı kamu kurumu niteliğinde olup bu kuruluşlarda çalışanlara ilave tediye ödenmelidir.

Ancak, bu kurumlarda çalışan personele yılda iki ikramiye verilmiş ise, ilave tediye ödemelerinin yapıldığı kabul edilmelidir.

Y. 9 .HD E. 2017/11995 K. 2018/23242 T.13.12.2018

Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre ve özellikle davacı işçinin davalıya ait işyerinde halen çalışmakta olduğu ve talep edilen dava konusu alacağın varlığının tespitinin geleceğe sirayet edeceği anlaşılmakla davacının talep ettiği miktar kesinlik sınırı kapsamında kalmadığı anlaşılmış olup davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Taraflar arasında ilave tediye alacağı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

İlave tediye alacağının kapsamı, yararlanacaklar, yararlanma şartları, miktarı ve ödeme zamanı 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması Hakkındaki Kanun ile düzenlenmiştir. Kanunun 1 inci maddesinde, Devlet ve ona bağlı kurumların hangileri olduğu, ayrıca yararlanacak kişiler açıkça belirtilmiştir.

Buna göre;

A. İşveren kapsamı yönünden Devlete ve ona bağlı olmak üzere,

Genel, katma ve özel bütçeli daireler,

Sermayesi değişen kurumlar,

Sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlar ve bunlara bağlı kuruluşlar,

Belediyeler ve belediyelere bağlı kuruluşlar,

3460 ve 3659 sayılı Kanun kapsamına giren, sermayesinin tamamı Devlete ait olan veya bu sermaye ile kurulan iktisadi Devlet kuruluşları,

3460 sayılı Yasa bugün itibari ile yürürlükte olan bir yasa değildir. 3659 sayılı Yasa ise, banka ve Devlet kurumlarında çalışan memurların aylıkları ile ilgili düzenleme getirmiş ve halen yürürlüktedir. Bu Yasanın 1 inci maddesinde, kapsama dahil kurumlar daha ayrıntılı açıklanmıştır.

Yukarıda belirtilen kurumlarca, sermayesinin yarısından fazlasına iştirak suretiyle kurulan kuruluşlar ve bunların aynı nispette iştirakleriyle vücut bulan kurumlar, ticaret ve sanayi odaları ve borsalar veya satın alınıp belediyelere bağlanan müesseseler de Kanun kapsamına alınmıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununda, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri ekli cetvellerde sayılmıştır. Bu cetvellerde Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu idareleri, Özel Bütçeli İdareler, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar ve Sosyal Güvenlik Kurumlarında çalışanların kanun kapsamında olduğunun kabulü gerekir.

Sonuç itibari ile kapsam bakımından, Devlet tarafından yasa ve yasanın verdiği yetki ile idari işlemle kurulan ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan kamu tüzel kişilikleri ve bunlara bağlı kuruluşlarda iş sözleşmesi ile çalışanlara uygulanacağı görülmektedir. Burada bağlı kuruluşun özel hukuk hükümlerine tabi olmasının sonucu yoktur. Serma-

yesinin % 50 sinin kamu kurumuna ait olması yeterlidir.

B. İşçi yönünden kapsama gelince:

İş Kanunu kapsamına girsin girmesin, yukarıda belirtilen Devlet ve ona bağlı kurumlarda İş Kanunu'nun 1 inci maddesindeki tanıma göre, işçi sayılan herkes bu alaktan yararlanacaktır. Kanun, 4857 ve 1475 sayılı İş Kanunundan önceki İş Kanununa atıfta bulunmuştur. 4857 sayılı İş Kanunu işçi tanımına 2 nci maddesinde yer vermiştir. Buna göre "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi" denir. O halde bir iş sözleşmesine dayanarak, yukarıda belirtilen kurumlarda çalışan her işçiye ilave tediye ödemesinin yapılması gerekir.

C. Ödenecek ücret yönünde kapsam:

Maddenin son cümlesinde, yukarıda belirtilen işyerlerinde çalışan işçilere ücret sistemleri ne olursa olsun her yıl için birer aylık ücret tutarında ilave tediye ücreti ödeneceği belirtilmiştir. Devlet ve ona bağlı maden işletmelerinin yeralında çalışan işçilere, ayrıca bir aylık ödeme dışında birer aylık daha ödemenin yapılacağı Kanunun 2 nci maddesinde açıklanmıştır.

Kanunun 3 üncü maddesinde, işçilere her yıl için birer aylık (yeralında çalışan işçilere her yıl için ikişer aylık) ilave tediye dışında, birer aylık ücret istihkaklarını geçmemek üzere Bakanlar Kurulu kararı ile aynı oranda bir ilave tediye ödemesi yapılabileceği belirtilmiştir.

Yasanın Ek 1 inci maddesi ile ilave tedielerin Toplu İş Sözleşmesi ile kararlaştırılması halinde buna sınır getirilmiş ve "Bu Kanun uyarınca işçilere yapılan ilave tedielerden ayrı olarak, her yıl için her biri bir aylık istihkakları tutarını (hafta ve genel tatil ücretleri dahil) geçmemek şartıyla toplu iş sözleşmeleri ile en çok iki ikramiye daha verilebilir" düzenlemesine yer verilmiştir. Toplu İş Sözleşmesi ile yukarıda belirtilen kurumlarda çalışan işçilere en çok iki ay daha ilave tediye ödeneceğinin kararlaştırılabileceği, bu miktar üzerinde ödeme yapılacağı şeklindeki düzenlemenin yasal sınırı aşan miktarda geçersiz olacağını kabul etmek gerekir.

Kanun, kapsam içinde olmayan ancak Toplu İş Sözleşmesi uygulanacak işyerleri için de Ek 2 inci madde ile bir sınırlama getirmiş ve kapsamda kalmayan işyerlerinde Toplu İş Sözleşmeleri ile en çok dört aylık, yeralındaki işyerlerinin de ise en çok beş aylık ilave tediye oranında ücret ödeneceği kuralına yer vermiştir. Ancak bu tür işyerlerinde Toplu İş Sözleşmesi ile kararlaştırılan bu tür ödemeleri ilave tediye olarak değil, akdi ikramiye olarak kabul etmek yerinde olacaktır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının 6772 Sayılı Kanunun kapsamındaki konumuna gelince;

Sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları, 14.06.1986 tarihinde yürürlüğe giren 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu ile kurulmuştur. Kanun'un 1. maddesinde, kanunun amacının, “fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek” olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 7. maddesine göre ise “Bu Kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve aynı yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları kurulur.” Aynı maddede, anılan vakıfların karar organı olan mütevellî heyetlerinin nasıl teşekkül edeceği ayrıntılı olarak ifade edilmiştir. Maddenin son fıkrasında da, vakıf senetlerinin, mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından Medeni Kanundaki hükümlere göre tescil ettirileceği ifade edilmiştir. Öte yandan vakıflar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101 ve devamı maddeleri ile 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nda düzenlenen özel hukuk tüzel kişileridir. Ancak SDYV.larının özel hukuk tüzel kişiliği olsa bile yasadan alınan yetki ile kurulduğu, devlete bağlı olduğu ve kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlandığı anlaşılmaktadır.

Nitekim 14.06.1986 tarihinde yürürlüğe giren 3294 sayılı Kanun ile kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu, uzun bir süre başbakanlığa bağlı şekilde idare edilmiş, ancak 09.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5263 sayılı Kanun ile ihdas edilen “Fon Kurulu” tarafından yönetilmesi öngörülmüştür.

Bugün yürürlükte bulunmayan 5263 sayılı Kanun'un beşinci maddesinin birinci fıkrasına göre “Fon Kurulu, Başbakanın görevlendireceği Bakanın başkanlığında Başbakanlık Müsteşarı, İçişleri ve Sağlık bakanlıklarının müsteşarları ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürü ve Vakıflar Genel Müdüründen oluşur.” Aynı maddenin ikinci fıkrasında da, Kurulun sekretarya hizmetlerinin Vakıflar Genel Müdürlüğünce yerine getirileceği ifade edilmiştir.

Daha sonra ise, 08.06.2011 tarihinde yürürlüğe giren 633 sayılı T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 5263 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü anılan Bakanlık bünyesinde teşkil edilmiştir.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu da 633 sayılı KHK'nın 34. maddesinde yeniden düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında Kurulun “Bakanın başkanlığında Başbakanlık Müsteşarı,

Müsteşar, İçişleri, Maliye ve Sağlık bakanlıklarının müsteşarları ile Sosyal Yardımlar Genel Müdürü ve Vakıflar Genel Müdürü'nden oluşacağı belirtilmiş ve ikinci fıkrada da Kurulun toplanma zamanları düzenlendikten sonra aynı fıkranın son cümlesinde Kurulun sekreteryaya hizmetlerinin Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir.

Bugün için Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün taşradaki faaliyetleri Türkiye çapında 973 il ve ilçede her ilde vali ve her ilçede kaymakam başkanlığında oluşturulmuş Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları aracılığıyla yürütülmektedir.

Vakfa personel alımı, Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü'ne bağlı Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı'nın norm kadro standart ve esasları kapsamında mülakat neticesinde genel şartları ve varsa Vakıf tarafından belirlenmiş özel şartları taşıyan adaylardan iş için uygun görülen adaylar Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne bildirilmek ve yapılan kontrol neticesinde Genel Müdürlük tarafından işe alım koşullarını taşıdığı tespit edilirse vakıf tarafında işe başlatılmaktadır.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının yapısını inceleyen Başbakanlık Vakıflar Genel Müdürlüğü iç denetim raporu ile açıkça, bu vakıfların kamu kurumu şeklinde örgütlendiğini, denetiminin hesap yönünde Vakıflar Genel Müdürlüğü, idari yönden ise İçişleri ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı olduğunu, Vakıfların harcamalarının iş ve işlemlerini araştırma ve inceleme, izleme ve denetlemenin görev ve yetkisinin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından yapıldığını belirtmiştir.

En önemlisi de yürürlükteki son 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' de vakıf çalışanları ile ilgili 11 ve 34. maddelerinde düzenlemelere yer verilmiş ve bu maddeler kapsamında da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından "Sosyal Yardımlaşma Ve Dayanışma Vakıfları Personelinin Norm Kadro Standartları, İş Tanımları, Nitelikleri, Özlük Hakları Ve Çalışma Şartlarına İlişkin Esasları yayımlanmıştır.

Norm kadro esasları kamu kurum ve kuruluşları için getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki özel hukuk hükmüne tabi hiçbir işverenin (somut uyumsuzluk açısından vakfın) çalışanı, özel bir kanun veya bu kanuna dayanılarak çıkarılan esaslara tabi tutulmaz. Getirilen esaslar incelendiğinde, Vakıf çalışanların ücretleri bütçeden ayrılan ödenekler ile ödenmektedir.

Açıklanan bu olgulara göre;

3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı teşvik kanununda dü-

zenlenen sosyal yardım şeklindeki kamu hizmetini gerçekleştirilmesinde görevli kurum T.C. Aile Ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'dır.

Bu amaçla il ve ilçelerde kurulun Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğünün görev alanına giren ve bir kamu hizmeti niteliğindeki sosyal yardım faaliyetleri vakıflar aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. Merkezi yetkinin yerindelik ilkesi gereği kamu kurumunu ve kuruluşu tarafından özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açıklanan vakıflar aracılığı ile yerine getirilmektedir. Ancak Vakfın özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmasının kamu kuruluşu olmasını ortadan kaldırmamaktadır.

Vakıflarda çalışan işçilerin işe giriş, işten çıkış gibi kimi özlük işlemleri Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından gerçekleştirilmektedir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarında çalışan işçiler üzerinde yönetim yetkisi bulunmaktadır,

Genel olarak Vakıflar (Gönüllülük ve rıza aranırken), Vakıf senedi veya vasiyetle kurulurken, SYDV yasa ve devlet eliyle kurulmuştur.

Vakıflarda, vakfın amacı, yönetimi ve malların değiştirilmesi belirli prosedürlere uyularak Mahkeme kararı ile gerçekleştirilirken, SYDV de amaç, yönetim ve kuruluş mallarının değiştirilmesi TBMM tarafından ve yasayla yapılmaktadır.

Diğer taraftan Fon kurulu çıkarılan esaslara uygun olarak 2012 yılından itibaren ilave tediye niteliğinde iki maaş tutarında ikramiye ödenmesine karar vermiştir. Bu karar 2014 yılında yapılan değişiklikle Bakanlığın çıkardığı Esasların 11. maddesinde de kurala bağlanmıştır. Maddeye göre "Personele her yılın Ocak ve Temmuz aylarında birer sözleşme ücreti tutarında ikramiye ödenir. Bu ikramiyeler personelin çalıştığı son 6 aylık hizmeti karşılığında ödenir. Personelin işe başlaması, işten ayrılması veya ücretsiz izinli olması durumunda 6 aylık dönem içerisinde çalışmış olduğu gün sayısına oranlamak suretiyle ikramiye ödemesi yapılır. İkramiyeler ilave tediye niteliğinde olup personele ayrıca ilave tediye ödemesi yapılmaz." hükmü yer almaktadır.

Dairemiz de bu madde uyarınca ikramiye ödeniyor ise ilave tediye ödenmeyeceğine dair kararlar vermiştir.

Tüm bu maddi ve hukuki olgulara göre Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının kamuya bağlı ve kamu yetkilerini kullanan bir kuruluş olduğunun kabulü gerekmektedir. Özel hukuk hükümlerine tabi olması, ilave tediye ödenmesine engel değildir. Zira 6772 sayılı Kanunu 1/A.3

maddesi uyarınca sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirket ve kurumlar ve bunlara bağlı kuruluşlar kanun kapsamındadır. Bütçeden ayrılan ödenek nedeni ile sermayesi devlete ait kurumdur.

Sonuç olarak il ve ilçelerde 3294 sayılı yasa uyarınca kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının devlet bağı, 6772 sayılı kanun kapsamında sayılan işyerlerinden olduğu ve 21.07.2017 gün ve 30130 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 09.06.2017 gün ve 2016/3 E. 217/4 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının ilave tediye alacağına ilişkin olarak olumsuz bir etkisinin olmadığına anlaşılmasına göre, İlk Derece Mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre davacının davalı işyerinde çalışmaya başladığı tarihten dava tarihine kadar ilave tediye ücretinin hesaplandığı anlaşılmaktadır. Oysa ki; Fon kurulu tarafından 2012 yılından itibaren ilave tediye niteliğinde iki maaş tutarında ikramiye ödenmesine karar verilmiştir. Bu nedenlerle Mahkemece, davacının çalıştığı süreye ilişkin sözleşme ve işyeri kayıtları değerlendirilerek, ödenen ikramiye miktarları yıllara göre tespit edilmeli, ikramiye ödemesi yapılan yıllar için ilave tediye ödenmediği kabul edilmelidir. Mahkemece bu hususta herhangi bir inceleme yapılmadan, ikramiyenin dolayısıyla ilave tediye ödenip ödenmediği belirlenmeden karar verilmesi hatalıdır.

2-Ayrıca, hiçbir yasal düzenlemede vakfın yargı harcından muaf tutulduğu belirtilmediğinden, davalının yargı harcından sorumlu tutulmaması da ayrı bir bozma nedenidir.

Mahkemece yapılacak iş, karar-ılam harcını re'sen nazara almaktır.

3-Dava, kısmi eda külli tespit talepli belirsiz alacak davası olup faizin, dava dilekçesinde istenen miktarına dava ve talep artırımı ile istenen miktara talep artırımı tarihinden başlatılması gerekirken alacağın tamamına dava tarihinden faiz yürütülmemesi de isabetsizdir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 13.12.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ • HAKSIZ FESİH • GEÇERLİ FESİH

ÖZET: Toplu iş sözleşmesinde öngörülen prosedür gereğince disiplin kurulu kararı olmaksızın gerçekleştirilen fesih haksız fesihtir.

Ancak bu durum işe iade hükümleri bakımından feshin geçerliliğini etkilemez.

Y. 9. HD. E. 2018/4340 K. 2018/23633 T. 19.12.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü ile alt işveren davalı şirket arasında 4857 Sayılı İş kanunu ve 4734 sayılı Kamu ihale kanunu ayarınca yapılan hizmet alım sözleşmelerine mütakip temizlik elemanı olarak işe alındığını, son alt işveren olan davalı ...Mak. San. Ve Tic. Ltd. Şti. bünyesinde 4857 sayılı iş sözleşmesi kapsamında müvekkilinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışmaktayken müvekkilinin iş sözleşmesinin davalı tarafından 01/02/2017 tarihinde fesih sebebi açık ve kesin şekilde bildirilmeden savunması alınmadan iş sözleşmesinin feshine ilişkin geçerli bir neden olmaksızın feshedildiğini, müvekkilinin iş sözleşmesinin bildirimatsız ve tazminatsız olarak fesih edildiğini, müvekkilinin Hizmet İş Sendikası üyesi olduğunu, davacının Yüksek Hakem Kurulunun 09/03/2016 tarih ve 2016/91 esas 2016/193 karar sayılı kararı ile bağitlanan Toplu İş Sözleşmesinden hizmet iş sendikasına üye olmak suretiyle yararlandığını, müvekkiline tebliğ edilen fesih yazısının yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerine aykırı işlem tesis edilerek feshedildiğini, Toplu İş Sözleşmesinden üyelik aidatı ödemek suretiyle yararlanan işçinin iş sözleşmesinin disiplin kurulu kararı olmadan feshedilemeyeceğini, müvekkilinin iş sözleşmesinin feshinde performans düşüklüğü, kuruluş düzenini bozduğu, etik kuralları hiçe saydığı, personelle uyum sağlayamadığı ve huzur evi genel işleyişine aykırı hareketler sergilediği sebep gösterildiğini, ancak somut olarak sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespit edilmesi gerektiğini, davalı işverenler tarafından savunması talep edilmediği gibi hakkında tutulmuş bir tutanak da bulunmadığını, performans değerlendirmesinin işverenin otoritesinden uzak olarak değerlendirilmediğini, davalı işveren tarafından feshin son çare olması ilkesi ve ölçülülük ilkesine uyulmadığını, fesih işleminin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ...Ayakkabı Mak. Nak. San. Tic. Ltd. Şti. vekili; davacının 01/01/2016 tarihinden iş akdinin fesih edildiği 22/02/2017 tarihine kadar işyerinde çalıştığını, davacının işten çıkarılmasında veya işe alınmasındaki tüm karar, sorumluluk ve yetkinin asıl işveren T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığında olduğunu, müvekkil firmanın yaptığı hizmet alım ihalesinin 31/12/2017 tarihinde sona erdiğini, müvekkil firmanın hiçbir sorumluluğu olmadığını, davanın müvekkil firma yönünden reddinin gerektiğini, Hizmet İş Sendikası Sendika Disiplin Kurulu toplantısının 06/01/2017 tarihli tutanağında yaşlı Ramazan Erinç ve Mustafa Koç' un davacı hakkında şikayet dilekçeleri verdiği, huzurevi sakinlerine ve çalışanlarına mesleki ahlak ve mesleki etik kuralları dışında davrandığı, yaşlılara özenli davranmadığı, yaşlılara hakaret ve işini özveriyle yerine getirmediği söylendiği, hakkındaki iddiaların davacıya anlatıldığını, davacının uygun olmayan şekilde iletişime geçtiği ve iddialara uygun tutarlı cevaplar vermediği, davacının kendi beyanları ile psikolojik ilaçlar aldığını beyan ettiğinin tutanak altına alındığını, davacının 3 gündelik ücret kesimi ile cezalandırıldığını, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı Ayfonkarahisar Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğünün yazısı ile davacının huzurevi sakinleri ve huzurevi çalışanları ile uyum sağlamadığı gerekçesi ile davacının 02/02/2017 tarihinden itibaren iş akdine son verilip yeni personel görevlendirilmesi hususunun müvekkil şirkete bildirildiğini, aynı yazıda davacının 25/01/2017 tarihli vardiyasını teslim aldıktan sonra saat 15.45-16.00 sularında oturduğu, televizyon izlediğinin görüldüğünü, anonsla sesli olarak uyarıldığı, davacının aşağı kata inerek " sadece benim oturduğumu mu görüyorsun, burayı düzgün yönetin " gibi sert üsluplar kullanarak müdürün üzerine yürüdüğü, araya başkalarının girmesinin davacının uzaklaştırıldığını tutanak altına alındığını, kurum çalışanı ... 'ın davacı hakkındaki 23/01/2017 ve 25/01/2017 tarihli şikayet dilekçesi ile huzurevi sakini yaşlı ... şikayet dilekçesi ile davacının 19/11/2016 tarihli işe gelmeme tutanakları olduğunu, müvekkil firmanın disiplin kurulu kararına göre davacının iş akdinin fesih edildiğini, davacının iş akdi haklı ve geçerli nedenle fesih edildiğinden müvekkili şirket hakkında açılmış olan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı T.C. ... vekili; davacı ile Müdürlüğümüz arasında iş sözleşmesi olmaması yani işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi doğrudan ancak alt işverenlerde olduğundan işe iade davasının müdürlüğümüze yöneltilememesi, davacının iş sözleşmesi haklı nedenlerle feshedildiğinden davanın reddini talep etmiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk derece mahkemesince, davacının Afyonkarahisar Huzur evi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürlüğü nezdinde son alt işveren ...Mak.San. Tic. Ltd. Şti. bünyesinde çalışırken iş akdinin 01/02/2017 tarihinde haksız olarak feshedildiği gerekçesi ile işe iade edilmesi talep edilmiş olup, dinlenen davacı tanıkları davacının işyerinde uyumlu, performansının gayet iyi olduğunu beyan ederlerken, davacı hakkında tutulan tutanaklarda imzası olan davalı tanıkları davacının mesai saatleri içerisinde televizyon izlediğini, verilen görevleri yerine getirmediğini, bakım evinde kalan yaşlılara kötü muamelede bulunduğunu beyan etmişlerdir. Davalı ...Ayakkabı Mak. Nak.Tic. Ltd. Şti. vekili tarafından dosyaya sunulan tutanaklarda; davacının, huzurevinde kalan yaşlılara mesleki ahlak ve mesleki etik kuralları dışında davrandığı, yaşlılara hakaret ettiği, mesai saatleri içerisinde televizyon izlediği, personel müdürünün üzerine yürüdüğü, kendisine verilen görevleri yerine getirmediğinin tespit edildiği, nöbet teslimine zamanında gelmediği, huzurevinde kalan yaşlı Ramazan Erinç tarafından yazılan dilekçede; bakım personelinin yardım istediği halde kendisine yardım etmediğinden davacının işe iade talebinin reddine karar verilmiştir.

D) İstinaf başvurusu :

İlk derece mahkemesinin kararına karşı davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

E) İstinaf Sebepleri:

Davacı vekili istinaf başvurusunda;ret kararının yerinde olmadığını ileri sürerek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

F) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti :

Bölge adliye mahkemesince, davacının iş akdini sonlandırdığı savunulan (çalıştığı kurum müdürlüğünün davacıya yönelik yazdığı 01.02.2017 yazının kısmen tekrarı niteliğinde olan) disiplin kurulu kararı incelendiğinde: iş akdinin, 4857 sayılı yasanın 25/II-d ve Toplu İş Sözleşmesi disiplin ceza cetvelinin 23. Maddesi uyarınca amire hakaret veya saldırıda bulunulması gerekçesiyle feshedildiği, davacının hizmet döküm cetveli incelendiğinde ise 2017 yılı Şubat ayında sadece 3 gün için bildirimde bulunulduğu, davalı yanındaki işinden çıkış tarihinin de 22.02.2017 tarihi olarak görüldüğü, davacının iş akdinin disiplin kurulu kararı ile feshedilmediği, sendika üyesi olmasına rağmen iş akdinin 01.02.2017 tarihli, açık ve kesin olmadığından 4857 sayılı yasanın 19. Maddesine uygun görülmeyen kurum müdürlüğü yazısı ile (toplu iş akdinin 38. Maddesine aykırı olarak) feshedildiği ve fesih için gerekli prosedürün (disiplin ku-

rulu kararı) çıkış tarihinden sonra tamamlandığı kanaati ile ispat külfeti bulunan davalının feshin geçerli nedene dayandığını kanıtlayamadığından davanın kabulüne karar verilmiştir.

G) Temyiz başvurusu :

Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına karşı davalılar vekilleri temyiz başvurusunda bulunmuştur.

H) Gerekçe:

Dosya içeriğinde bulunan fesihte; davacının huzurevi genel işleyişine aykırı davrandığı, davacının kat görevlisi ile birtakım işlerin yapılması hususunda tartışma yaşandığı, davacının yaşlıların dinlendiği odaya giderek televizyon seyretmeye başladığını ve kuruluş müdürü tarafından işinin başına dönmesi istenmiş bunun üzerine davacı müdür odasına gelerek yüksek sesle “sadece beni mi görüyorsunuz, benden başka oturanlar da var, kurumu iyi yönetin” dediğini, davalı tanıklarının davacının kolundan tutarak uzaklaştırdıkları sabit olup davacının iş sözleşmesinin 01.02.2017 tarihinde feshedildiği disiplin kurulu kararının aynı eylemle ilgili olarak sonradan ikmal edildiği, davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiği savunulmuş ise de, fesih öncesinde disiplin kurulu kararının olmadığı, bu durumun haklılığı etkilememekle birlikte geçerli fesih bertaraf etmeyeceği anlaşılmakla işe iade talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Dairemizce 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3. maddesi uyarınca aşağıdaki gibi karar vermek gerekmiştir.

Hüküm: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1- Bölge Adliye Mahkemesi'nin temyiz edilen kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- Davanın **REDDİNE,**

3- Alınması gereken 35, 90 TL. karar- ilam harcından davacının yatırdığı 31, 40 TL. peşin harcın mahsubu ile bakiye 4, 50 TL. karar- ilam harcının davacıdan tahsili ile hazineye irat kaydına,

4-Davacının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, taraflarca yatırılan gider avansının varsa kullanılmayan kısmının karar kesinleştiğinde ve isteği halinde ilgililerine iadesine,

5-Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre belirlenen 2.180, 00 TL. ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalılara verilmesine,

6-Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, dosyanın ilk derece Mahkemesine kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, Kesin olarak 19.12.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN ÜCRET ALACAĞI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Üst düzey yönetici olarak çalışan işçiye herhangi bir açıklama yapılmaksızın gönderilen havalelerin salt ücret olduğunun işveren tarafından ispatlanamadığı, işçinin ücretinin ödendiğini ispatlama yükümlülüğünün işverene ait olduğu dikkate alındığında, davacının ücret alacağı talebinin kabulüne karar verilmelidir.

Y. 9. HD. E. 2018/9225 K. 2018/23490 T. 18.12.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin davalı işyerinde 23/07/2010 tarihinde en son 5.000, 00 TL ücret ve şubecirosunun %4 prim ücretiyle ... Şube Müdürü olarak işe başladığını, 13 ay boyunca aylık ücreti için sadece bir kısım ödemeler yapıldığını, maaşının hiçbir zaman tam yatmadığını, hafta içi 07.00-21.00 saatleri arasında çalıştığını, Cumartesi günleri ve tüm resmi tatillerde çalıştığını, müvekkilinin 16/03/2011 tarihinde istifa ettiğini, ilk etapta istifanın işveren tarafından kabul edilmediğini, daha sonra yeni bir kişi görevlendirilinceye kadar istifanın kabul edildiğini, 27/07/2011 tarihinde davalı işverenin iş akdini haksız ve bildirimsiz feshettiğini iddia ederek; kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai, milli bayram ve genel tatilçalışma ücretleri ile aylık ücretinin davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının 23/07/2010-Mayıs 2011 tarihleri arasında plasiyer olarak asgari ücretle çalıştığını, ücret alacağı olmadığını, davacının kendi isteği ile işten ayrıldığını, fazla mesai ve resmi tatil alacağı olmadığını savunmuştur.

C) Yargılama Süreci ve Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece; davacının, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği bu nedenle ihbar tazminatına hak kazanmadığı, çalışmasının 1 yılın altında kalması nedeni ile kıdem tazminatı hakkının da bulunmadığı, mesai saatlerini kendisi ayarlayan üst düzey yönetici olması nedeni ile fazla mesai,

milli bayram ve genel tatil ücreti talep edemeyeceği, aylık ücretlerinin ise ödendiğinin ispat edilemediği gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin bu kararı, davalı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin; 05.04.2016 tarih, 2016/6561 Esas - 2016/7812 Karar sayılı ilamı ile bozulmuştur.

Bozma ilamında özetle; davalının temyiz aşamasında, davacının hesabına havaleler yapıldığını savunarak belgeler sunduğu, ödeme definin yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiği, bu nedenlerle tarafların banka hesap ekstreleri getirilerek davacıdan diyeceklerinin sorulması ve sonucuna göre bir değerlendirmede bulunulması gerektiği ifade edilmiştir.

Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda da, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Uyuşmazlık, davacının ücret alacağı bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. İşveren, işçinin ücretinin ödendiğini ancak yazılı delil ile ispatlayabilir, ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir.

Somut uyuşmazlıkta; yargılama süreci kısmında ayrıntılı bir biçimde belirtildiği üzere, davalı tarafından temyiz aşamasında bir takım banka havaleleri sunulmuş ve ödeme definin yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği belirtilerek, bu belgelere karşı davacının diyeceklerinin sorulması ve hesap ekstrelerinin getirilerek bir değerlendirmeye tabi tutulması için, ilk derece mahkemenin vermiş olduğu karar bozulmuştur.

Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda davalının sunduğu banka havalelerindeki miktarların, davacı işçinin ücretine karşılık olarak ödendiği kabulü ile alacak kısmen hüküm altına alınmıştır.

Davalı, yargılama sırasında; davacının tek yetkili olarak çalıştığını iddia etmesine karşın, yanındaki çalışanların maaş ve avanslarını öderken, kendisi için hiçbir ücret ayırmadan çalışması mümkün değildir, savun-

masında bulunmuştur.

Davacı, davalının ... Şubesinde üst düzey yönetici olarak çalışmıştır. Bu husus mahkemenin de kabulünde olup, bozma kapsamı dışında kalarak, kesinleşmiştir.

Davacıya yapılan havaleler herhangi bir açıklama içermemektedir.

Ücretin ödendiğini ispat yükü işverene ait olup, davalı işverenin, yaptığı ödemelerin salt işçinin ücretine ilişkin olduğunu ispatlayamadığı dikkate alındığında, brüt 62.830 TL ücret alacağının hüküm altına alınması gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile havale tutarlarının mahsubu ile sonuca gidilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 1.630.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE • İŞVERENİN DAVETİ • DÜRÜSTLÜK KURALI

ÖZET: Bir aylık sürenin son günü mesai bitimi-ne doğru işçiye tekrar işe başlatılma ihtarnamesi gönderen işverenin dürüst davranmadığı, işçiyi tekrar işe başlatma noktasında samimi olmadığı anlaşılmaktadır.

Y. 9. HD. E. 2015/25243 K. 2018/22436 T. 05.12.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı iş yerinde çalışırken iş sözleşmesinin 05/05/2010 tarihinde İş Kanunu madde 25/II uyarınca feshedildiğini, İstanbul 1. İş Mahkemesi'nin 2010/495 esas sayılı 2011/179 karar sayılı ilamı ile feshin geçersizliğine, dört aylık ücret ile dört aylık tazminatın tahsiline karar verildiğini ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2011/12099 esas ve 2011/7221 sayılı karar ile onandığını, onama tarihini takiben işe başlatılma ve ücretin ödenmesi talebinde bulunulduğunu, bu bildirim 13/01/2012 tarihinde davalıya tebliğ edildiğini, davalının davacıyı işe başlatmadığı gibi süresi içinde işe de alınmadığını ileri sürerek, itirazın iptaline ve takibin devamına, davalı aleyhine % 40'dan az olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 26/11/2006 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesi ile inşaat işleri direktörü olarak 05/05/2010 tarihine kadar çalıştığını, iş sözleşmesinin İş Kanunu madde 25/II uyarınca feshedildiğini, açılan işe iade davasının şirket aleyhine sonuçlandığını ve Yargıtay 22. Hukuk dairesi kararı ile kesinleştiğini, davacının işe iade başvurusunda bulunduğunu, davalı şirket tarafından Kartal 6. Noterliği'nin 13/02/2012 tarihli ihtarnamesi ile işe davet edildiğini, işe iade talebini içerir ihbarnamenin davalı şirket tarafından 13/01/2012 tarihinde tebellüğ edildiğini, ardından davacı işçinin talebi, eski görevi ve mevcut iş yeri organizasyonunun derhal değerlendirilmeye alındığını, ardından davacıya noter kanalıyla davet gönderildiğini, davacı tarafından davetin 16/02/2012 tarihinde tebellüğ edildiğini, işe davetin geçerlilik tarihinin işçi tarafından davetin tebellüğ edildiği tarih değil, işverenin işe davette bulunduğu tarih olduğunu, davacının süresinde işe başlamak üzere davet edilmesine rağmen işe başlamadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacı işçinin davalı tarafından yasal bir aylık süre içerisinde işe davet edildiği, ihtarnamenin davacıya 13.02.2013 tarihinde çıkartıldığı, davacı kendisinin yasal süre içerisinde işe davet edilmediğinden bahisle 15.02.2013 tarihinde işçilik alacaklarının ödenmesi için icra takibi başlattığı, açıklamalardan anlaşılacağı üzere davacının yasal süre içerisinde işe davet edildiği ancak davacının makul süre içinde işe başlamadığı, mazerette bildirmediği, böylece işverence yapılan feshi geçerli hale getirdiği gerekçeyle, davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Somut uyuşmazlıkta; dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacı lehine kesinleşen işe iade kararı sonrası davacının 12.01.2012 tarihli işe başlatma talebi davalı işverene 13/01/2012 tarihinde tebliğ edilmiş ve işverence 13.02.2012 tarihli ihtarname ile davacı talebinin kabul edildiği belirtilerek davacı işe davet edilmiştir. Davalının bu ihtarı davacıya 16.02.2012 tarihinde tebliğ edilmiş ise de, davacının 15.02.2012 tarihinde davalı aleyhine davaya konu olan, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti istemli icra takibi başlattığı ve takibe davalı tarafça itiraz edildiği görülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde işverenin işçiye başlaması için gerekli hazırlıkları yapması amacıyla bir aylık süre tanınmıştır. Bu süre işe davet ihtarnamesi göndermek için tanınan bir süre değil, işe başlatmak için tanınan bir süredir. Yasanın 21. maddesi işverenin işçiyi işe başlatmak zorunda olduğundan bahsetmektedir. Bu süre içerisinde işe başlama imkanının tanınması işverenin yükümlülüğüdür. Bir aylık sürenin son günü mesai bitimine doğru ihtarname keşide eden işverenin tebliğatin ancak süre dolduktan sonra işçiye tebliğ edileceğini ve işe başlatma tarihinin kanuni sürenin dışında kalacağını bilerek hareket ettiği açıktır. Bu durumda işverenin hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanmadığı, işçiyi işe başlatma noktasında samimi olmadığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece yukarıda açıklanan hususlar dikkate alınarak davacı taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken, hatalı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 05.12.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÇELİŞKİLİ BEYANLAR

ÖZET: İşçiye ihbar ve kıdem tazminatı ödemiş olan işveren hizmet akdinin işçinin devamsızlığı sebebiyle haklı nedenle feshedildiğini ileri süremez.

Y. 9. HD. E. 2018/10712 K. 2019/46 T.07.01.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı ... Şirketinde 01/12/2008 tarihinden 04/09/2013 tarihine kadar çalıştığını, işverenin 04/09/2013 tarihinde iş akdini keyfi olarak sonlandırmasına rağmen SGK'ya işten ayrılma nedeni olarak kod 29 gösterdiğini, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi ve tazminatlarının ödenmemiş olması nedeniyle davalı şirkete karşı dava açtığını, açmış olduğu dava devam ederken davalı firma yetkililerinin anlaşma teklifinde bulunarak davasını geri çektiği takdirde tazminat ve haklarının aynen verileceğini belirtmeleri üzerine davalı işveren ile 20/12/2013 tarihli sulh ve ibra protokolü düzenleyerek her iki tarafın bir birini ibra ettiğini, bu ne-

denle açmış olduğu davanın feragat nedeniyle reddedildiğini, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesine rağmen davalı firmanın SGK ya işten ayrılış nedeninin işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı olarak göstermesinin bundan sonraki çalışma hayatında sıkıntı yarattığını, bu sebeple SGK şube müdürlüğüne ve davalı şirkete başvuru yapmasına rağmen işyeri çıkış kodunun değiştirilmediğini ileri sürerek, SGK kayıtlarında davalı şirketten çıkış kayıtlarının değiştirilerek “Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı sebep bildirilmeden feshi” şeklinde düzeltilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, davalı işveren tarafından davacıya ...5. Noterliği'nden 13.09.2013 tarihinde keşide edilen 16510 Yevmiye nolu fesih bildiriminde özetle işyerine 02.09.2013 tarihinden 13.09.2013 tarihleri arasında 11 iş günü amirlerinden herhangi bir izin almaksızın veya amirlerine bilgi vermeksizin işe gelmediğinin tespit edildiği, sağlık mazeretinin olması halinde hastaneden alacağı bir belgenin ya da işe gelmesini önleyecek haklı bir sebebi olması halinde bunu belgeleyecek resmi bir evrakın 3 gün içinde işyerine ibrazı, aksi takdirde kabul edilebilir mazeretle işe gelmediğinin anlaşılması halinde iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-g bendine göre bildirimsiz ve tazminatsız olarak feshedileceğinin belirtildiği, davacının davalı işverene ihtarnamede belirtilen herhangi bir belgeyi ibraz etmemesi nedeniyle davacının iş akdi devamsızlık nedeniyle feshedilip işveren tarafından tanzim edilen işten ayrılış bildirgesinde davacının işten ayrılış kodunun kod 29 olarak gösterildiği, işveren tarafından tanzim edilen işten ayrılış kodunda herhangi bir hatanın mevcut olmadığı, dava dilekçesine ekli 20/12/2013 tarihli “Anlaşma ve İbra Protokolü” başlıklı sözleşme imzalanması üzerine davadan feragat ettiğini beyan etmiş ise de bu sözleşmede davacının iş akdinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiği konusunda bir ibarenin yer almadığı, davacının bu iddiasının soyut iddiadan öteye gitmediği anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

İş akdini, işçinin işyerine devamsızlıkta bulunması nedeniyle işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyumsuzluk söz konusudur.

Davacı iş akdinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini iddia etmiş, davalı davacının 02.09.2013 tarihinden 13.09.2013 tarihine kadar 11 iş günü amirlerinden izin almaksızın ve bilgi vermeksizin iş gelmemesi ve herhangi bir mazeret bildirmemesi nedeniyle ...5. Noterliği'nin 13.09.2013 tarih ve 16510 Yevmiye nolu ihtarnamesi ile 4857 sayılı Kanununun 25/II-(g) maddesine göre haklı nedenle feshedildiğini savunmuştur.

Dosya içeriğine göre, davalının 13.09.2013 tarihli ihtarname ile davacının devamsızlığına dayanarak fesih bildiriminde bulunduğu, davacının bunun üzerine davalıya 16.09.2013 tarihli ihtarname ile 04.09.2013 tarihinde iş akdinin işveren tarafından feshedildiğini bildirdiği, ...3. İş Mahkemesi'nin 2013/661 E. sayılı dosyasında 07.10.2013 tarihli dava dilekçesi ile 04.09.2013 tarihinde iş akdinin davalı tarafından feshedildiğini iddia ederek kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı ile işçilik alacaklarını talep ettiği, taraflar arasında 20.12.2013 tarihli "Anlaşma ve İbra Protokolü" başlıklı belgenin düzenlendiği, belgede aynen; "...3. İş Mahkemesi'nin 2013/661 Esasa sayılı dosyasına konu kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai alacakları, yıllık izin ücretleri ile ulusal bayram ve genel tatil alacağı ile ilgili açılan davadaki alacak ve iş bu davada yine söz konusu fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğu aynı alacak kalemleri ile avukatlık vekalet ücreti de dahil olmak üzere taraflar toplamda 12.000, 00 TL. üzerinden anlaşmaya varmışlardır." şeklinde belirtildiği, bu şekilde davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacağının kabul edilerek ödendiği, davacının bu anlaşmaya dayanarak açtığı alacak davasından feragat ettiği anlaşılmıştır.

Davalı tarafından devamsızlık nedeniyle haklı nedenle feshe dayanılmasına rağmen davacının kıdem ve ihbar tazminatı alacağının ödenmesi çelişkili olup, devamsızlık tutanağının tek taraflı her zaman düzenlenebileceği gerçeği karşısında davalı işverenin devamsızlık iddiasına itibar edilmemiştir. Bu nedenle iş akdinin haklı nedenle feshi davalı tarafından ispatlanamadığından, Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 07.01.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN HAKLI FESHİ • KIDEM TAZMİNATI • FAİZ BAŞLANGICI

ÖZET: Sigorta primlerinin gerçek ücrete göre yatırılmamış olması işçiye haklı fesih olanağını verir.

Böyle bir fesihte işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

Ancak, fesih haklı da olsa işveren tarafından değil işçi tarafından gerçekleştirildiğinden işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz.

Belirsiz alacak davasında kıdem tazminatı dışındaki alacakların faiz başlangıcı;dava dilekçesinde istenen miktar bakımından dava, arttırılan miktar bakımından artırım tarihidir.

Y.9. HD. E. 2015/27966 K. 2019/74 T.07.01.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin yangın söndürme cihazlarının ithalatını, satışını, montajını, projelendirmesini ve servis hizmetlerini yapan davalı işyerinde 01/01/2007-31/05/2013 tarihleri arasında teknik servis şefi ve satış tekliflendirme sorumlusu olarak ve en son net aylık 2.500 TL ücretle çalıştığını ancak davalı işveren tarafından sigorta bildiriminin asgari ücret üzerinden yapıldığını, müvekkilinin 24/05/2013 tarihinde sigorta primlerinin gerçek maaşı üzerinden ödenmesini talep etmesi üzerine ayı gün müvekkilinin yanına gelen şirket yetkilisinin hiçbir gerekçe belirtmeksizin iş akdine 31/05/2013 tarihi itibarıyla son verileceği belirtilerek, hazırlık yapması, işlerini arkadaşlarına teslim etmesini istediğini ve akabinde de 31/05/2013 tarihi itibarıyla iş akdine son verildiğini, müvekkiline işten çıkış sebebi açıklanmamış ise de, müvekkilinin sigorta primleri hususundaki talebi sebebiyle iş akdine son verildiğini, müvekkilinin 03/06/2013 tarihli ihtarname ile işçilik alacaklarının ödenmesini talep ettiğini ancak davalı işverenin cevabi ihtarname ile istifa gerekçesi ile ödeme yapmayacağını, 2000 TL borcunun bulunduğunu bildirdiğini, aylık net ücret 2, 500 TL ücretin sadece 1, 100 TL'sinin banka kanalıyla ödendiğini, normal mesainin beş gün 9-18 saatlerinde olmasına rağmen haftada en az 2

gün çıkışın saat 21.00-21.30'u bulduğunu, haftada en az iki gün sabah saat 7.00'de işbaşı yaptığını, yılda 20 defa şirket aracı ile il dışına gidildiğini ve cumartesi günü çalışmak zorunda kaldığını ve yıllık izinlerinin kullandırılmadığını ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla mesai ve yıllık izin alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının müvekkiline ait işyerinde aylık net 1.121 TL ücretle çalıştığını, işten çıkarılmadığını, uzun zamandır ayrılma hazırlıkları yapan davacının tüm müşterilere 27/05/2013 tarihli e-mail ile 31/05/2013 tarihinde işten ayrılacağını ilan ettiğini, 31/05/2013 tarihinden itibaren ise işe gelmeyen davacının takip eden günlerdeki devamsızlığının tutanak ile tespit edildiğini ve ardından müvekkili şirket tarafından 05/06/2013 tarihinde iş sözleşmesinin feshinin bildirildiğini, davacının kısa süre sonra... adlı firmada işbaşı yaptığını, davacının fazla çalışmasının olmadığını, davacının yıllık izinlerini kullandığını, 2011-2012 dönemi izin ücretinin ödenemediğini ancak bu alacağın davacının 2.000 TL avans borcundan mahsubunu talep ettiklerini belirterek, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalı işverenin istifa ve devamsızlık savunmasının çelişkili olduğu, davacı işçinin sigorta primlerinin gerçek ücret üzerinden yatırılmasına dair isteği nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından haksız şekilde feshedildiği gerekçesi ile toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, kıdem ve ihbar tazminat talepleri kısmen kabul, yıllık izin talebi tamamen kabul ve fazla mesai talebi ise tamamen reddedilmek suretiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili müvekkilinin aylık net 2.500 TL aldığını ileri sürmekte, davalı işveren vekili ise aylık net 1.121 TL aldığını savunmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise

davacının ileri sürdüğü ücret içinde asgari geçim indirimi ücreti de bulunduğu gerekçesiyle davacının aylık net 2.415, 60 TL ücret aldığı kabul edilmiştir.

Davacı ücret iddiasını ispat için 2 tanık dinletmiş olup, davacının her iki tanığı da davacıdan önce işyerinden ayrılmışlardır. Ancak davalı işyerinde muhasebe elamanı olarak çalıştığını beyan eden davacı, davalı işyerinden Eylül/2012 tarihinde ayrıldığını ve davacının net ücretinin Eylül/2012 tarihi itibarıyla asgari geçim indirimi dahil 2.100 TL olduğunu beyan etmiştir. Bu durum karşısında, davacının muhasebe elamanı olan tanığının beyanı gözetilerek davacının bilinen son ücreti Eylül/2012 tarihi itibarıyla net 2.100 TL kabul edilip bu miktardan Eylül/2012 tarihinde olması gereken asgari geçim indirimi çıkarılıp davacının net ücreti belirlendikten sonra 2013 yılı başında asgari ücrete yapılan zam oranında uyarlamaya tabi tutularak davacının fesih tarihi olan 31/05/2013 tarihindeki net ücreti bu şekilde belirlenerek sonuca gidilmesi gerekirken usulüne uygun şekilde ispat edilemeyen davacı iddiasına değer verilerek son ücretin net 2.415, 60 TL olduğuna dair kabul hatalıdır.

3- Davacının ihbar tazminatı almaya hak kazanıp kazanmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olması nedeniyle, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. İşçinin 1475 sayılı Yasanın 14'üncü maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

Somut uyuşmazlıkta, davacının Sosyal Güvenlik Kurumuna ücret bildiriminin gerçek ücreti üzerinden yapılması talebinin karşılanmaması üzerine, iş akdinin davacı işçi tarafından feshedildiği dosyadaki bilgi, belgeler ve özellikle davacı işçinin işyeri arkadaşlarına ve davalı işverenin müşteri çevresine gönderdiği elektronik posta içeriğinden anlaşılmaktadır. Haklı nedenle dahi olsa iş akdini fesheden tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği gözetilerek, davacının ihbar tazminatı talebinin reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4- Dava belirsiz alacağın bir türü olan kısmi eda külli tespit davası olarak açılmış olup, bu dava türünde faiz başlangıcı yönünden Dairemiz uygulaması kısmi dava esaslarıyla aynıdır. Bu itibarla, hüküm altına alınan kıdem tazminatı dışındaki alacakların faiz başlangıcının dava dilek-

çesiyle istenen miktar bakımından dava, arttırılan miktar bakımından ise artırım tarihi olması gerekirken, alacakların tamamına dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 07/01/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA AÇILAN DAVA

DAVA ŞARTI

ÖZET: Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmeden ve kurumdan red kararı alınmadan açılan davada; kuruma müracaat edilerek dava şartının tamamlanması için davacı tarafa önel verilmelidir.

Y. 10. HD. E.2016/3589 K. 2018/10310 T. 06.12.2018

11.09.2014 tarihli Mükerrer Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 64'üncü maddesi ile 5521 sayılı Kanunun 7'inci maddesinin üçüncü fıkrası olarak "31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmesi zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan müracaata altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz." hükmü eklenmiştir.

Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamanın devamı için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

HMK'nun 115/2. maddesindeki kurala göre, "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder". Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise

hâkim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir.

Eldeki davada ise 16.10.2015 tarihli dava açılış tarihi dikkate alındığında ve münhasıran davacının 1479 sayılı yasa kapsamında ... sigortalılığının tespiti istemine ilişkin uyuşmazlığın, 11.09.2014 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı Kanunun 7. maddesine eklenen 2. fıkradaki, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti niteliğinde bulunmadığı gözetildiğinde, 11.09.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı Kanunun 7. maddesine 3. fıkra olarak eklenen düzenleme gereği, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaatın olması ve Kurumca müracaata konu istemin zımnen ya da açıkça reddedilmesi gerektiği dava şartı olarak düzenlenmiş olup, eldeki davada, davacı tarafından 5521 sayılı Kanunun 7/3 maddesine uygun bir şekilde, Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat ve Kurum tarafından bu müracaata konu istemin reddine ilişkin bir işlem veya eylem bulunmadığı görülmekle, mahkemece, davacı tarafa 6100 sayılı HMK'nun 115/2. maddesi uyarınca, 6552 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı Kanunun 7. maddesine üçüncü fıkra olarak eklenen düzenleme doğrultusunda, davaya konu istemi hakkında Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat etmesi ve bu müracaat hakkında anılan yasal düzenleme uyarınca Kurumun red iradesini gösterir işlem veya eyleminin olduğunun belgelenmesi için kesin, ihtaratlı önel verilmeli; bu süre içerisinde dava şartı eksikliğinin tamamlanmaması halinde, dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmeli; Kuruma müracaat ve müracaatın reddine dair Kurum işlem veya eylemine ilişkin dava şartının tamamlanması halinde ise davanın esasına girilerek, varılacak sonuca göre karar verilmelidir.

Mahkemenin, yukarıda belirtilen eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirmeye dayalı olarak, davanın esasına girerek, yazılı şekilde hüküm kurması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, Başkan ...'in muhalefetine karşı, Üyeler ..., ..., ... ve ...'ün oyları ve oyçokluğuyla 06.12.2018 gününde karar verildi.

SİGORTALILIK BAŞLANGICININ TESPİTİ

ÖZET: Sigortalılık başlangıcının tespiti davasında da; hizmet tespiti davalarında olduğu gibi işçinin dava konusu işyerinde bir gün çalıştığı ispatlanmalıdır.

Y. 10. HD. E. 2018/2988 K. 2018/10345 T. 10.12.2018

Dava, hizmet tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, bozmaya uyularak ilâmında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Sigorta başlangıcının tespiti istemine yönelik olarak yapılan incelemede;

506 sayılı Kanununun 108. maddesi gereğince sigortalılık başlangıç tarihinin belirlenmesine ilişkin açılan her dava, sigortalılığın saptanması istemini de içerdiğinden, aynı Kanununun 79/10 maddesi kapsamında bir günlük çalışmanın belirlenmesi davasıdır. Bu nedenle hizmet tespiti davalarındaki kanıtlama yöntem ve ilkeleri benimsenip uygulanmalı, başka bir anlatımla, sigortalılıktan söz edilebilmesi için, çalışmanın varlığı, hizmet tespiti davaları yönünden kabul edilen yöntem ve ilkelere uygun biçimde saptanmalıdır.

6100 sayılı HMK m. 119/1-e gereğince davacının, iddiasının dayanağı olan bütün vakıaları sıra numarası altında açık özetlerini bildirme, m. 194 gereğince de tarafların, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırma yükümlülüğü vardır. Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur.

Bir davada haklı çıkabilmek için soyut veya genel hatlarıyla bir iddiayı ortaya koymak yeterli değildir. Aynı zamanda bu iddiaların, ispata elverişli hale getirilerek zaman, mekân ve içerik olarak somutlaştırılması gerekir. En azından iddianın araştırılabilmesine yönelik somut bilgi ve açıklamaların sunulması gerekir. İddia somutlaştırıldıktan sonra hâkim ve karşı taraf, bunun üzerinden savunma ve yargılama yapabilecektir.

Soyut iddialar ve vakıalar üzerinden değerlendirme yapılması mümkün değildir.

Somutlaştırma yükü, genel anlamda tarafların açıklama ödevinin bir parçası ve layihalar teatisi aşamasındaki tezahür şeklidir. Somutlaştırma yükü, basit yargılama ve kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da geçerlidir.

HMK m. 31 gereğince, Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili görüldüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.

Davaya konu talebin somutlaştırılmaması halinde önce hâkim, m. 31 ve 119/1-e gereğince davayı aydınlatma ödevi ve ön incelemedeki görevi gereği, somut olmayan hususların belirlenmesini davacıdan istemeli, gerekirse tarafa açıklattırma yaptırmalı, bu eksiklik giderildikten sonra yargılamaya devam etmelidir.

Sigortalılığın tespitinde, yöntemince düzenlenerek yasal hak düşürücü süre içerisinde Kuruma verilen sigortalı işe giriş bildirgesi, ilgilinin işe alındığını gösteren yazılı delil niteliğinde ise de sigortalılığın kabulü açısından tek başına yeterli kabul edilemez ve bu kapsamda çalışma olgusunun da inandırıcı ve yeterli delillerle ispatlanması gerekmektedir. Bu amaçla; sigortalı işe giriş bildirgesinin Kuruma verilme tarihi, bildirgedeki kimlik bilgilerinin, varsa imza ve fotoğrafın davacıya ait olup olmadığı, davacıya verilen sigorta sicil numarasının hangi yılın serilerinden olup sonraki dönemde gerçekleşen hizmetlerinde kullanılıp kullanılmadığı saptanmalıdır.

Bu tür davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri zorunlu olup mahkemece, öncelikle davacının davasını somutlaştırma yükümlülüğü kapsamında işverenin kim olduğu, işyerinde ne iş yaptığı, başka çalışan olup olmadığı, idarecilerin kim olduğu, işyerinin nerede olduğu ve komşularının kimler olduğunun davacıya sorulup açıklattırılması gerektiği, ayrıca tarafların sunduğu deliller ile yetinilmeyerek, kendiliğinden araştırma ilkesi benimsenmek suretiyle, sigortalılığın kabulü ve hüküm altına alınabilmesi için hizmet akdinin ve eylemli çalışmanın varlığı ortaya konulmalıdır. Bu amaçla hizmeti ortaya koyabilecek belgeler, varsa Kurum görevlileri tarafından düzenlenen rapor ve tutanaklar getirilmeli, yine davalı iş yerinde aynı dönemde bildirimleri yapılan sigortalılar tanık sıfatıyla dinlenilmeli, gerektiğinde aynı çevrede faaliyet yürüten işverenler ve bunların çalıştırdığı kimseler yeniden Kurum ve Kolluk marifetiyle yöntemince belirlenerek bilgi ve görgülerine başvurulmalı, böylelikle iddianın somut ve inandırıcı bilgilere dayalı biçimde

kanıtlanıp kanıtlanmadığı değerlendirilmelidir. (HGK 29.06.2005 gün ve 2005/21-409- 413, 23.12.2009 gün ve 2009/10-581-619, 10.02.2010 gün ve 2010/10-72-72, 21.09.2011 gün ve 2011/10-527- 552)

Bu yasal düzenleme ve açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde, davacının talep ettiği dönemlere ilişkin fiili çalışmasının olup olmadığının aydınlatılmadığı, davaya konu talebin somutlaştırılmadığı anlaşılmalı; Mahkemece, davacıya talep ettiği yıllara ilişkin nasıl çalıştığı, ücretini ne şekilde aldığı, ara verip vermediği, 15.08.1989 tarihli işe giriş bildirgesi verilen iş yerinde çalışıp çalışmadığı, iddia ettiği çalışmasının yılın tamamına mı ait mi yoksa belirli aylara mı ait olduğu sorulmalı, ara verilmiş ise hak düşürücü süre irdelenmeli, tüm dönemleri kapsayan muhtarlar ve azalar (dönemleri açık açık yazılmak suretiyle) ayrıca orman bekçisi Hüseyin ve köy sakinleri tanık olarak dinlenilmeli, talep edilen sürenin çok uzun yılları kapsamaması nedeniyle çalışma süresi, şekli ve ücret ödemeleri titizlikle belirlenmeli, uyumsuzluk konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek, varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalılardan ...'na iadesine, 10.12.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

DAVAYA SEBEBİYET VERME • YARGI GİDERLERİ

AVANS FAİZİ

ÖZET: Davalının davanın açıldığı tarih itibariyle borçlu olduğu ve davanın açılmasına sebebiyet verdiği dikkate alınarak davalı taraf lehine vekalet ücretine ve yargılama giderlerine hükmedilmesi doğru olmamıştır.

Tarafların tacir olması sebebiyle dava konusu alacağa avans faizi işletilmelidir.

Y. 11. HD. E. 2016/10306 K. 2018/2816 T. 17.04.2018

Davacı vekili, asıl davada, davalı ile müvekkili arasında 06.03.2000 tarihli Acentelik Sözleşmesi yapıldığını, ancak davalı ... şirketinin tek taraflı ve sebepsiz olarak sözleşmeyi feshettiğini ileri sürerek, 30.000.00 TL manevi,000.00 TL prim komisyon alacağı,000.00 TL işlerin tamamlanmaması nedeniyle uğranılan zarar,000, 00 TL portföy tazminatı olmak üzere toplam 60.000.00 TL'nin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş; daha sonra ıslah dilekçesi ile, portföy tazminatı dışındaki alacak taleplerini saklı tutarak atıye bıraktıklarını, portföy tazminatı alacaklarınının 163.541, 27 TL olarak ıslah ettiklerini belirtmiş; birleşen davada, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı şekilde sözleşmenin feshedildiğini, davacı tarafından haksız yere icra takibi başlatıldığını savunarak birleşen davanın reddini istemiştir.

Davalı vekili, asıl davada portföy tazminatı talep şartlarının mevcut olmadığını, cevap dilekçesinde de belirtildiği gibi fesih sebebinin davacı acentenin ihlallerinin olduğunu, davacı tarafından verilen tüm beyanların gerçeği yansıtmadığını savunarak davanın reddini istemiş; birleşen davada, acentenin sözleşmeden kaynaklanan borç ve taahhütlerine aykırı işlem ve eylemleri nedeniyle Acentelik Sözleşmesi'nin müvekkil tarafından haklı sebeple feshedildiğini, müvekkil şirkete iletmediği prim tutarı nedeniyle müvekkil şirkete borcunun bulunduğunu, yapılan ihtarlara rağmen davalı tarafın müvekkil şirkete olan borcunu ödemediğini ileri sürerek itirazının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; asıl davada feshin acente kururuna dayalı olduğu iddiasının kanıtlanamadığı, haksız fesih nedeniyle davacı acentenin "Portföy Tazminatı" talebinde bulunabileceği gerekçesiyle davanın kabulüne; birleşen davada taraflar arasındaki cari hesap sözleşmesiyle acentenin bakiye borcu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 486.662, 70 TL'nin tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, asıl davada davalı-birleşen davada davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Asıl dava, taraflar arasındaki acentelik sözleşmesinin haksız feshedilmesinden doğan portföy tazminatı istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki Sözleşme Yapma ve Prim Tahsiline Yetkili Acentelik Sözleşmesi'nin prim tahsili ve ...'a ödenmesine ilişkin 5.8. maddesi ile acentenin, bir hafta boyunca tahsil ettiği primlerin, komisyon ve kendi tanzim ettiği poliçe, tecitname, zeyilnamelerle ilgili vergileri düştükten sonra kalan kısmını, en geç ertesi haftanın son gününün bitimine kadar her bir poliçe belirtilerek ...'a intikal ettireceği; sözleşmenin sona ermesinin düzenlendiği 11... maddesinde acentenin sözleşme hükümlerine uymaması halinde ...'ın herhangi bir bildirim yapmaksızın sözleşmeyi derhal feshedebileceği kararlaştırılmıştır. Bu durumda somut olayda davacı acentenin uhdesinde tuttuğu prim miktarı gözetildiğinde, acentenin üzerine düşen edimi gereği gibi ifa etmediği, bu durumun sözleşmeye aykırılık niteliği taşıdığı sabit olduğundan, mahkemece davalı ... şirketi'nin acentelik sözleşmesini haklı olarak feshettiği ve bu nedenle davacının portföy tazminatı talep edemeyeceği gözetilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

- Birleşen davada, davacının 806.843, 77 TL alacaklı olduğu, yargılama sırasında 75.181, 07 TL'nin banka havalesi yoluyla, 245.000, 00 TL'nin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla tahsil edildiği, davacının bakiye 486, 662, 70 TL alacağı'nın kaldığı sabittir. Mahkemece birleşen davanın kısmen kabulüne ilişkin hüküm kurularak, davalı lehine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmiştir. Oysa, davalı tarafından yargılama sırasında yapılan ödemeler yönünden davanın konusuz kaldığı, davalının davanın açıldığı tarih itibariyle dava değeri kadar borçlu olduğu ve davanın açılmasına sebebiyet verdiği gözetilerek davalı lehine yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. Ayrıca tarafların tacir sıfatları ve aralarındaki ilişkinin niteliği gözetilerek hükmedilen alacağa avans faizi uygulanması gerekirken; yasal faize hükmedilmiş olması da doğru görülmemiş, kararın bu yönüyle de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle asıl davalı-birleşen davacı vekilinin temyizitirazının kabulü ile asıl davaya ilişkin kararın yararına **BOZULMASINA**, (...) asıl davada davalı-birleşen davada davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile birleşen davaya ilişkin kararın yararına **BOZULMASINA**, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz edene iadesine, 17.04.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

ŞİRKET ORTAĞI • GENEL MÜDÜR • İŞ KANUNU

ÖZET: Davalı şirketin ortağı ve genel müdürü olan davacı ile davalı şirket arasında vekalet ilişkisi bulunduğu dikkate alındığında davacının davalı şirketten İş Kanunu'ndan doğan alacakları talep edemeyeceği sonucuna varılacaktır.

Y. 11. HD. E. 2016/14028 K. 2018/5399 T. 18. 09. 2018

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkette 04/.../1999-05/.../2009 tarihleri arasında genel müdür olarak çalıştığını, son brüt aylık maaşının ...000,00 TL olduğunu ve üç ayda bir prim ödemelerinden de faydalandığını, müvekkilinin davalı şirketin kurucu ortağı ve yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle SGK kaydı bulunmadığını, fakat bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücretin, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskın durumda olduğunu ileri sürerek fazlaya ilişkin tüm talep ve dava haklarını saklı kalmak kaydıyla 1.000,00 TL kıdem tazminatı, 100,00 TL ihbar tazminatı, 100,00 TL fazla çalışma ücreti, 100,00 TL genel tatil alacağı, 100,00 TL yıllık ücretli izin alacağı, 100,00 TL hafta tatili çalışma ücreti olmak üzere toplam 1.500,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. ...02.2013 tarihli ıslah dilekçesi ile talebini toplam 193.073,53 TL'ye çıkartmıştır.

Davalı vekili, davacının müvekkili şirketin %20 hissedarı olduğunu, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi ve münhasıran şirketi temsile yetkili olan genel müdür olduğunu, işçi sıfatı ile çalışmadığını, müvekkili ile davacı arasında hizmet akdi söz konusu olmadığını, bu nedenle İş Kanunu'ndan kaynaklı bir alacağın da olamayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, davacının davalı şirkette sigorta kaydı bulunmadığı, ayrıca şirketteki ortak ve genel müdürlük sıfatları da birlikte değerlendirilmesi gerektiği, bu durumda dava konusu talep ile ilişkili hak ve alacağının bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasa-ya aykırı bir yön bulunmamasına, davacı ile davalı arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olmasına ve 4857 sayılı İş Kanunu'ndan kaynaklanan alacakların talep edilemeyecek olmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıdaki bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazının reddi ile hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 6,70 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 18/09/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

RÜCU DAVALARI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Rücu davalarının zamanaşımı süresi asıl borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre belirlenecektir.

Y. 11. HD. E. 2017/3882 K. 2019/1150 T. 13.02.2019

Davacı vekili, ... Finansal Kiralama A.Ş.'ye ait 34-07-15368 plaka nolu forkliftin finansal kiralama sözleşmesiyle ... İş Mak. ve Nak. Tic. Ltd. Şti.'ye kiralandığını, forkliftin ...02.2010 tarihli sözleşme ile mevkiinde ... Enerji Üretme Tesisi kurulmasında 30 gün süre için kiralanmak suretiyle davalı şirkete verildiğini, söz konusu sözleşmenin ... İş Mak. İnş. Teks. Taş. Ltd. Şti.'nin aracılığında gerçekleştirildiğini, sigortalı emtianın davalı şirket çalışanının operatörlüğünde rüzgârgülü kurulumunda çalışmakta iken 01.04.2010 tarihinde yamaçtan devrilmek suretiyle hasar gördüğünü, hasarın kullanıcı hatasından kaynaklanan devrilme sonucu meydana geldiğini, 88.151, 00 TL'nin sigortalıya ödendiğini, rücu tahsil amacıyla başlatılan icra takibine davalı tarafından haksız olarak itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptaline ve alacağın %40'ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, yargılamada Mahkemelerinin yetkili olduğunu, alacağı zamanaşımına uğradığını, davalının sigortadan faydalanan durumunda olduğundan davalıya dava açılmayacağını, davacının sigortalı makine davalı kullanımında iken hasar görmesini teminat dışı saymadığından davalıya rücu edemeyeceğini, aksi düşünüldüğü takdirde ise bu kez de hasarın teminat dışında kaldığının ve yapılan ödemenin bir ex-gratia ödeme olduğunu, finansal kiralamaya konu malın zilyetliğinin devredilemeyeceğini, yasak bir fiilden dolayı zararın da teminat dışında kaldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Bozmaya uyularak yapılan yargılamada mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, hasarın meydana gelmesinde davalı tarafın tamamen kusurlu olduğu, davacı ... şirketinin zararı sigortalıya ödediği gibi 45.275, 50 Euro olduğu, talep edilen tutarın kadri

maruf olduğunun alınan bilirkişi raporunda tespit edildiği gerekçesiyle davanın kabulü ile davalının ... 22 İcra Müdürlüğünün 2011/15587 sayılı dosyasına yönelttiği itirazın iptaline, takibin devamına, toplam alacağın % 40'ı oranında icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmasına ve her ne kadar mahkemece ispat yükünün davalı üzerinde olduğu gerekçesi genel ispat kuralları gereği yerinde değil ise de, yapılan yargılama ve davacının toplanan delilleriyle davanın ispatlanmış olduğunun anlaşılmasına, sigorta rücu istemleri bakımından zamanaşımı süresinin sigorta şirketinin ödemeye halefi olduğu sigortalı ile davalı arasındaki ilişkinin mahiyetine göre çözümlenecek olması nedeniyle takip tarihi itibarıyla zamanaşımı süresinin dolmadığının anlaşılmasına göre, davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı bakiye 5.448, 60 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 13./02/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TENFİZ

ÖZET: Dava, yabancı mahkeme ilamının tenfizi istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda özetlendiği şekilde tenfiz şartlarının oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 53. maddesinde belirtilen ve aynı zamanda dava şartı niteliğinde bulunan ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesini havi bulunmayan tenfiz dilekçesi ekindeki belgelere göre tenfiz kararı verilmesi doğru görülmemiş, mümeyyiz davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın mümeyyiz davalılar yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

Y. 11. HD. E. 2013/17269 K. 2014/1375 T. 22. 01. 2014

Davacı vekili, müvekkili bankanın Frankfurt Hamburg Şubesi'ne borçlu olan davalılar hakkında Almanya Köln Asliye Mahkemesi'ne başvurularak 02.12.2011 tarihli cebri icra kararı alındığını, anılan kararda davalıların müvekkili bankaya 247.558,58 Euro borçlu olduğu ve 26.05.2010 tarihinden itibaren %5 faiz işlemesi gerektiğinin belirtildiğini ileri sürerek, öncelikle davalıların yurt dışında bulunmaları nedeniyle, tenfiz kararının verilmesi uzun sürebileceğinden ve davalıların mallarını kaçırma ihtimali bulunduğundan taşınır, taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının ihtiyaten haczine ve cebri icra kararının tenfizine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar F.. Ö.. ve A.. O.. vekili, davaya konu kararın bir cebri icra kararı olup, gerekçesiz olduğunu, gerekçesiz kararların kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini dolayısıyla tenfiz şartlarının gerçekleşmediğini ayrıca, Almanya ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayalı bir anlaşma olmadığı gibi fiili müteakabiliyet dahi bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı K.. B.., davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, MÖHUK'nın 38. maddesi gereğince yapılan incelemede, ülkeyle ilamın verildiği Almanya Cumhuriyeti arasında karşılıklı esasına dayanan anlaşmanın mevcut bulunduğu, ilamın Türk Mahkemeleri'nin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda olduğu, hükmün kamu düzeyine aykırı bulunmadığı, karar veren mahkeme yasalarına göre usulen davalıların çağrıldığı ve davalıların yetkili kılınan hukukun uygulanmadığı şeklinde itirazlarının olmadığı, somut olayda tenfiz şartlarının oluştuğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile Köln Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 15 0 503/10 sayılı 02.12.2011 tarihli kararının tenfizine, kararın yerine getirilmesine ve ihtiyati haciz kararının karar kesinleşinceye kadar devamına karar verilmiştir.

Kararı, davalılar F.. Ö.. ve A.. O.. vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, yabancı mahkeme ilamının tenfizi istemine ilişkin olup, mahkemece yukarıda özetlendiği şekilde tenfiz şartlarının oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 53. maddesinde belirtilen ve aynı zamanda dava şartı niteliğinde bulunan ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesini havi bulunmayan tenfiz dilekçesi ekindeki belgelere göre tenfiz kararı verilmesi doğru görülmemiş, mümeyyiz davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın mümeyyiz davalılar yarına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

2- Bozma sebep ve şekline göre, mümeyyiz davalılar vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ:

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, mümeyyiz davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın mümeyyiz davalılar yararına **BOZULMASINA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, mümeyyiz davalılar vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 22.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

SENETTE TAHRİFAT

ÖZET: Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte borçlunun takibe dayanak bononun düzenlenme tarihinde tahrifat yapıldığı iddiası karşısında mahkemece bu iddia yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekir.

Y. 12. HD. E.2018/11005 K. 2019/405 T.17.01.2019

Alacaklı tarafından, bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile başlatılan icra takibinde, borçluya örnek 10 nolu ödeme emrinin 19.03.2015 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine, borçlunun yasal süresinde 23.03.2015 tarihinde icra mahkemesine başvurarak, sair itirazları yanında dayanak bononun düzenleme tarihinde tahrifat yapıldığı iddiasıyla icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, sair itirazlar incelenerek itirazın reddine hükmedildiği anlaşılmaktadır.

HMK'nun 297. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; hükmün, tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri içermesi gerektiği; aynı maddenin 2. fıkrasında ise; hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Somut olayda; kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte borçlunun takibe dayanak bononun düzenlenme tarihinde tahrifat yapıldığı iddiasında bulunduğu mahkemece; bu iddia yönünden herhangi bir inceleme yaptırılmadığı ve talep hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmediği görülmektedir.

O halde mahkemece, borçlunun tahrifat iddiasında incelenip, HMK'nun 266. maddesi uyarınca bilirkişi incelemesi yaptırılarak, oluşacak sonuca göre olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, dairemizce maddi hataya dayalı olarak, itirazın süre aşımından reddi gerektiği gerek-

çesiyle sonucu doğru mahkeme kararının onandığı anlaşılmalı, borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulü gerekmektedir.

SONUÇ

Borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulü ile Dairemizin 13.02.2018 tarih ve 2016/27964 E. – 2018/1266 K. sayılı onama ilamının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, 17/01/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

ON SENELİK ZAMANAŞIMI

ÖZET: Borç bir senetle ikrar edilmiş veya mahkeme kararı ile sabit olmuş ise zamanaşımı süresi on senedir.

Y. 12. HD. E. 2018/5504 K. 2019/1824 T.12.02.2019

Alacaklı tarafından borçlu aleyhine başlatılan ilamlı icra takibinde, borçlunun icra mahkemesine başvurusunda, dayanak ilama ilişkin on yıllık zamanaşımı süresinin takipten önce dolduğu iddiasında bulunduğu, mahkemece istemin kabulü ile takibin kesinleşme sonrası zaman aşımına uğradığından bahisle icranın geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

TBK'nun 156/2. maddesi “Borç bir senetle ikrar edilmiş veya hüküm ile sabit olmuş ise yeni müddet daima 10 senedir” hükmünü içermektedir. Somut olayda takip dayanağı ilamın, 05/08/2004 tarihinde kesinleştiği ve şikayete konu ... 7. İcra Müdürlüğü'nün 2015/13468 E. Sayılı dosyası ile 18/12/2015 tarihinde takibe konulduğu görülmüştür.

O halde, mahkemece, şikayete konu takibin ... 7. İcra Müdürlüğü'nün 2015/13468 E. Sayılı dosyası olduğu ve dayanak ilamın takip öncesi on yıllık zaman aşımı süresi dolduktan sonra takibe konu edildiği gerekçeyle şikayetin kabulü ile icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, takibin kesinleşmesi sonrası zaman aşımına uğradığı gerekçeyle şikayetin kabulüne karar verilmesi isabetsiz ise de sonuçta istem kabul edildiğinden, sonucu doğru mahkeme kararının onanması gerekmektedir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 438. mad-

deleri uyarınca **ONANMASINA**, harç alınmasına yer olmadığına, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12/02/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMI KESİLMESİ • İCRA İŞLEMLERİ

ÖZET: İcra dosyasında adres araştırması talebinin İcra Müdürlüğünce kabul edilip işlem yapılması zamanaşımını kesecektir.

Y. 12. HD. E. 2019/203 K. 2019/3250 T. 28.02.2019

Alacaklılar tarafından başlatılan ilama dayalı icra takibinde, borçlunun icra mahkemesine başvurarak, ilamın ve takibin zamanaşımına uğradığını ileri sürerek takibin iptalini talep ettiği; mahkemece, şikayetin kabulü ile icranın geri bırakılmasına dair verilen karar, Dairemizce onandığı görülmüştür.

2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 33. maddesinde "İcra emrinin tebliği üzerine borçlu yedi gün içinde dilekçe ile icra mahkemesine başvurarak borcun zamanaşımına uğradığı veya imhal veya itfa edildiği itirazında bulunabilir. İtfa veya imhal iddiası yetkili mercilerce re'sen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle tevsik edildiği takdirde icra geri bırakılır." hükmüne, aynı kanunun 39/1. Maddesinde ise; "İlama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar" hükmüne yer verilmiştir. Zamanaşımının kesilmesi için alacaklının, icra dosyasında takibin devamını sağlayıcı nitelikte taleplerde bulunması ve takibi işlemsiz bırakmaması gerekir.

Somut olayda, tarihli, 2001/402 E.- 619 K. sayılı rücuen alacağına ilişkin ilamı ve Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin onama ilamı ile alacaklı vekili tarafından 11/01/2002 günü takibe başlandığı, her iki ilamda da borçlu vekiline yer verilmediği, bu nedenle borçlu asil adına çıkartılan icra emri tebligatının iade gelmesi üzerine, alacaklı vekilinin 2002-2003 ve 2004 yıllarında ve en son 21/07/2004 tarihinde borçlunun adresinin araştırılması talebinde bulunduğu, söz konusu taleplerinin icra müdürlüğünce kabul edilerek ilgili yerlere müzekkerelerin yazıldığı, devamında her ne kadar 23/11/2011 tarihli yenileme talebinde masraf yatırılmamış ise de, 12/02/2013 tarihinde yeniden adres araştırması talebinde bulunduğu, 27/02/2015 günü dosyanın yenilenmesinin ardından 07/09/2015 tarihinde icra emrinin borçluya tebliğ edilmesi üzerine borçlunun, he-

nüz takip kesinleşmediği için İİK'nın 33/1. maddesi uyarınca süresinde zamanaşımı itirazında bulunduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu takipte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde (mülga 818 sayılı BK'nun 125. maddesi) düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Buna göre, alacaklı vekilinin borçlunun adresinin araştırılmasına ilişkin icra müdürlüğünce kabul edilerek işlem yapılan talepleri dikkate alındığında, anılan tarihler arasında 10 yıllık zamanaşımının dolmadığı anlaşılmaktadır.

O halde mahkemece, borçlunun zamanaşımı itirazının reddi yerine kabulü isabetsiz olup, hükmün yukarıdaki nedenlerle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmakla alacaklının karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklının karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 16/10/2018 tarihli, 2018/4302 Esas – 2018/9878 Karar sayılı onama ilamının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 28/02/2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

PARA BORCUNU İÇEREN İLAM • ZAMANAŞIMI

TEBLİĞ DURUMU

ÖZET: Kesinleşmeden takip konusu olabilecek ilamda zamanaşımı süresi on yıl olup, bu süre ilam tarihinden itibaren başlar.

Bu konuda ilamın karşı tarafa tebliğ edilmemiş olması zamanaşımının işlemesini durdurmaz.

Y. 12. HD. E. 2018/6147 K. 2019/5018 T. 21.03.2019

Borçlu icra mahkemesine başvurusunda; ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 26.4.1994 tarih ve 1993/619 E. - 1994/249 K. sayılı kararı uyarınca ilamlı icra takibi yapıldığını, takip konusu alacağın, ilamın karar tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra takibe konulduğunu ileri sürerek takibin geri bırakılmasını talep etmiş, mahkemece, zamanaşımı süresinin başlangıcının ilamın kesinleşme tarihi olması gerektiği belirtilerek, takip konusu ilamın kesinleşme tarihinden itibaren

10 yıllık süre içerisinde takibe başlandığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir.

Takibe konulabilmesi için kesinleşmesi gereken ilamlarda, zamanaşımı süresinin ilamın kesinleşme tarihinden başlatılması gerektiği tabii olup, kesinleşmeden takibe geçilmesi mümkün olan ilamların zamanaşım süresinin ise, ilamın karar tarihinden başlatılacağıın kabulü gerekir.

İİK'nun 39. maddesinde; "İlama müstenit takip, son muamele üzerinden on sene geçmekle zamanaşımına uğrar" hükmüne yer verilmiştir. İlam verildiği tarihten itibaren on yıl içinde borçluya tebliğ edilirse bu tebliğ tarihinden itibaren yeni bir on yıllık süre başlar. Borçlu bu hükmü temyiz eder ve hüküm Yargıtay'ca onanmak suretiyle kesinleşirse, on yıllık zamanaşımı süresi, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren başlar. (Prof. Dr. Baki Kuru İcra İflas Hukuku 3. Baskı Cilt III Sayfa 2178).

Somut olayda, takip dayanağı ilam 26.4.1994 karar tarihli olup, hükmün, ilamın davalısı olan takip borçlusu ... A.Ş.'ye tebliğ tarihi 26.02.2016'dır. Bu durumda, takip konusu ilamın, kesinleşmeden takibe konulabilecek ilamlardan olduğu da nazara alındığında; zamanaşımının, ilamın karar tarihinden başlatılması gerekmekte olup, ilam, karar tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde borçluya tebliğ edilmemiş olduğundan, alacağın zamanaşımına uğradığının kabulü gerekir. Böyle bir durumda, zamanaşımına uğramış bir alacak için, kesinleşme tarihinden itibaren yeni bir 10 yıllık sürenin başlayacağıın kabulü olanaklı değildir.

O halde, mahkemece; borçlunun İİK'nun 33/1. maddesine dayalı zamanaşımı itirazının kabulü ile icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21/03/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İHALEYE SATIŞ • TEMİNAT MUAFİYETİ

ÖZET: Haciz koydurmuş olan bir kişi ise veya birden fazla kişi olmasına rağmen alacağı ilk sırada ise ihaleye katılmak için teminat yatırmakla yükümlü değildir.

Ancak, haciz koydurmuş birden fazla alacaklı varsa, ihaleye teminatsız girmek isteyen alacaklı ilk sırada değilse teminattan muaf tutulması için kendisinden önce gelen alacaklıların alacak bedelinin muhammen bedelden çıkarılması sonucu kalan miktarın muhammen bedelin %20'sini karşılaması gerekir.*

Y.12. HD E.2019/57 K.2019/4650 T.19.03.2019

Borçlu tarafından icra mahkemesine yapılan başvuruda; 18/09/2017 günü yapılan (2) adet taşınmaz ihalesinde dükkan vasıflı taşınmaz yönünden sair nedenlerle birlikte alacaklının İİK'nun 124. maddesindeki koşulları taşımadığı halde teminat yatırmadan ihaleye katıldığı iddiasıyla ihalenin feshi talebinde bulunulduğu, ilk derece mahkemesince, ihalelerde bir usulsüzlük bulunmadığı gerekçesi ile istemin reddine karar verilerek, borçlu aleyhine para cezasına hükmedildiği, aynı nedenler ile borçlu tarafından yapılan istinaf başvurusunun da bölge adliye mahkemesince HMK'nun 353/1-b-1. maddesi uyarınca esastan reddine, ancak HMK'nun 353/(1)-b-2. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, şikayetin reddine ve borçlunun İİK'nın 134/2. maddesi uyarınca para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği görülmektedir.

İİK'nun 124/3. maddesine göre; “Şartnameye, artırmaya iştirak edeceklerin, taşınmazın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde pey akçesi veya milli bir bankanın teminat mektubunu tevdi etmeleri,..... yazılır”.

Haciz koydurmuş alacaklı bir kişi ise veya birden fazla kişi olmasına rağmen alacağı ilk sırada ise, bu durumda alacağı, taşınmazın muhammen bedelinin yüzde yirmisi kadar veya ondan fazla olması halinde artırmaya katılabilmek için teminat göstermekle yükümlü değildir. Ancak, haciz koydurmuş birden fazla alacaklı varsa ve ihaleye teminatsız girmek isteyen alacaklının alacağı ilk sırada değil ise, teminat göstermekten muaf

* Gönderen Av. Erol Zeybekoğlu, Antalya Barosu

tutulabilmesi için kendisinden önce gelen alacaklıların alacak bedelinin muhammen bedelden çıkarılması sonucu kalan miktarın, muhammen bedelin %20'sini karşılması veya üzerinde olması gerekir.

Somut olayda, ihale konusu dükkan vasıflı taşınmaz üzerinde, birden fazla haciz olduğu, alacaklının haczinden önce de başka hacizlerin bulunduğu, bölge adliye mahkemesince alacaklıdan önceki haciz alacaklılarının alacağına dikkate alınmadığı görülmüştür.

O halde, bölge adliye mahkemesince, alacaklının yukarıda belirtilen madde çerçevesinde teminat muafiyetine sahip olup olmadığının tespiti için, güncel alacağı ile kendisinden önce haczi olan alacaklıların alacak toplamının tespit edilerek, yukarıda belirtilen ilke ve kurallara göre sonuca gidilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, bölge adliye mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile yukarıda yazılı nedenlerle ... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin 16/10/2018 tarih ve 2018/1064 E.-2018/2194 K. sayılı kararının 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddesi uyarınca, (**BOZULMASINA**), dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 19/03/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

PARA BORCUNU İÇEREN İLAM • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Para borcunu içeren ilama ilişkin icra takibinin on yıl içinde başlatılmadığı dikkate alındığında alacağın zamanaşımına uğradığı sonucuna varılmalıdır.

Y. 12 HD. E. 2019/110 K. 2019/5793 T. 08.04.2019

HUMK'nun 438. ve İİK'nun 366. madde hükümleri gereğince inceleme konusu işin niteliği bakımından temyiz tetkikatının duruşmalı olarak yapılması mümkün olmadığından, borçlunun duruşma talebinin reddine,

Takibin dayanağı kredi sözleşmesi olup, olayda, borcun muaccel olduğu tarih itibarıyla uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca 10 yıllık zamanaşımı söz konusudur.

12/12/2003 tarih ve 5020 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na eklenen ve 26/12/2003 tarihinde yürürlüğe giren ek 3. maddeyle fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde, zamanaşımı süresi yirmi yıl olarak öngörülmüştür. Aynı kural, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesinde de benimsenmiş olup, anılan maddede "Bu kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi 20 yıldır" hükmüne yer verilmiştir.

Nitekim, 5411 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde; "Bu kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makale şamildir" düzenlemesi yer almakta iken, anılan maddede yer alan "zamanaşımı" sözcüğü Anayasa Mahkemesi'nin 04.06.2014 tarih ve 2014/85-103 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve söz konusu kararın, 12.09.2014 tarihinde 29117 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla iptal hükmü yürürlüğe girmiştir.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen kararıyla TMSF lehine getirilen yirmi yıllık zamanaşım süresinin geçmişe etkili olacağına yönelik düzenleme iptal edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen geçici 16. maddenin yürürlük tarihi olan 01.11.2005 tarihinden önce, ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 1998/4865 Esas sayılı takip dosyasında takip başlatılarak borcun muaccel hale geldiği hususu dikkate alınarak, Fon lehine getirilen zamanaşımı düzenlemesinin uygulanma olanağı bulunmadığından, zamanaşımının yirmi yıl olduğunun kabulü de mümkün olmayacaktır.

Somut olayda, alacaklı Türkiye ... Bankası ... A.Ş., ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 1998/4865 Esas sayılı takip dosyasında ... ve diğer borçlular aleyhine 27/10/1998 tarihli senetten kaynaklı 6.961.005.285 TL asıl alacak ve işlemiş faizi için 31/10/1998 tarihinde genel haciz yoluyla takip başlatmış olup, itiraz üzerine duran takibin devamı için alacaklının itirazın iptali istemi ile ... Asliye Ticaret Mahkemesi'ne başvurduğu, ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 16/06/1999 tarih ve 1999/61 E. 194/K. Sayılı kararı ile; itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatına hükmedildiği, 11/03/2011 tarihinde, temlik alan alacaklı ... Varlık Yönetim A.Ş. vekilinin ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 1998/4865 Esas sayılı takip dosyasının yenilenmesini talep ettiği, ... 1. İcra Müdürlüğü'nce on yıllık zamanaşımının dolması nedeniyle dosyanın ...'ya gönderildiğinin bildirildiği, ayrıca dosya içerisinde yer alan icra müdürlüğünün 05/06/2018 tarihli yazı cevabında; dosyanın, 20/06/2002 tarihinde muameleden kaldırıldığı, 20/09/2018 tarihli yazı cevabında ise, ... 1. İcra Müdürlüğü Arşiv Ayıklama ve İmha Komisyonu tarafından 11/12/2009 tarihi itibari ile Cumhuriyet Savcılığı'na teslim edildiğinin bildirildiği, bunun üzerine 11/03/2011 tarihli ... belgesi ve ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 1999/61 E. 194/K. sayılı kararına istina-

den, alacaklı tarafından, 03/06/2014 tarihinde ... 7. İcra Müdürlüğü'nün 2014/6633 Esas sayılı dosyası ile takip başlatıldığı görülmektedir.

Yukarıda yer alan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, alacaklının on yıllık zamanaşımı süresi içinde takip başlatmadığı anlaşılmış olup, zamanaşımı süresi dolduğundan, mahkemece, borçlunun zamanaşımı itirazının kabulü ile icranın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), bozma nedenine göre borçlunun sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 08/04/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

VEKALET ÜCRETİ • HAKLI AZİL

ÖZET: Vekalet ücreti alacağına hükmedilirken gerekçesi belirtilmeden yasada yazılı olan %10 alt sınırdan ayrılarak %15 üzerinden hesap yapılması doğru olmamıştır.

Taraflar arasında yaşanan olaylar da dikkate alınarak azlin haklı mı haksız mı olduğu araştırılarak sonuca gidilmelidir.

Y.13. HD E. 2016/28238 K.2018/8908 T.03.10.2018

Davacı, 2008 yılında davalı ile aralarında vekalet ilişkisi kurulduğunu, davalının bazı dosyalarını takip ettiğini, dosyalardan birinin halen derdest olduğunu, diğerinin ise sonuçlandığını, davalının kendisini 25.06.2012 tarihinde haksız olarak azlettiğini, hak ettiği vekalet ücretlerinin ödenmediğini, 21.000,00 TL vekalet ücretinin davalıdan faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiş, ıslah dilekçesiyle talebini 48.750,00 TL olarak arttırmıştır.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava, taraflar arasında kurulmuş olan vekalet ilişkisinden doğan ücretin tazmini talebine ilişkindir. Taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki vekalet ilişkisi 2008 yılında başlamış olduğuna göre 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin 4. fıkrası uygulanacaktır. Bu maddeye göre "avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarının incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin %10'u ile %20'si arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır." düzenleme-

si getirilmiştir. Somut olayda mahkemece bu düzenleme doğrultusunda %15 üzerinden hesaplama yapılan bilirkişi raporuna göre sonuca gidilmiş ise de, alt sınırdan ayrılan mahkemenin bunu gerekçelendirmesi gerekmektedir. Gerekçe yazılmadan kanunda yazılı %10 olan alt sınırdan ayrılmak suretiyle hesaplama yapılması ve bunun sonucuna göre hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

2-Davacı eldeki davayla, haksız şekilde azledildiğini iddia etmiş, davalı ise, davacı avukatın eşinin ailesinden kendisine kalan taşınmazlarla ilgili eşinin kardeşleri ile arasında görülen davalarda kendisini temsil ettiğini, davacı avukatı da eşinin bulduğunu, ancak bir süre sonra eşi ile arasında anlaşmazlıklar baş gösterdiğini ve boşanmaya karar verdiklerini, bunun üzerine eşinin kardeşlerinin yanında yer aldığını, bu süreçte davacı avukatın da onlarla birlik içinde hareket ettiğini, bunu anladığında davacıyı azlettiğini, azilden sonra eşi tarafından kendisine karşı açılan boşanma davasında davacının eşi vekil olarak temsil etmeye başladığını, bu davada davacı avukatın oğlunun kendisine karşı tanıklık yaptığını, davacının bu tür güven sarsıcı hareketleri nedeniyle haklı olarak azledildiğini savunmuştur. Mahkemece, yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak davalının bu savunmaları üzerinde yeterince durulmadan özellikle bu konuda davacı avukat hakkında ... Baro Dsiplin Kurulu tarafından da kınama cezası uygulandığı, verilen bu kararın Barolar Birliği tarafından da onandığı da dikkate alınmak suretiyle tarafların tüm iddia ve savunmaları üzerinde ayrıntılı şekilde durularak azlin haklı mı haksız mı olduğu konusunda denetime elverişli bir rapor da alınmak suretiyle hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

3-Ayrıca, davalı tarafından davacı avukata havale yoluyla bir kısım ödemeler yapıldığı savunulmuş, davalıya ait hesap hareketleri dosyaya celbedildiği halde bu deliller üzerinde inceleme yapılmadan, vekalet ücreti olarak yapılmış bir ödeme olup olmadığı üzerinde durulmadan sonuca gidilmiştir. O halde, mahkemece, davalının ödemeye ilişkin savunmaları yönünden de inceleme yapıp gerekirse bu konuda bilir kişi raporu da almak suretiyle hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesis edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

4-Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına,

SONUÇ

Yukarıda 1., 2. ve 3. bentlerde açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, 4. bentte açıklanan nedenle davalının sair tem-

yiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, 1.350,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/I maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 03/10/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATIN İSTİFASI

ÖZET: Davalının istifa sebebi olarak davacının başka bir avukata vekalet vermesi hususu ileri sürülmüştür. İstifanın haklı olup olmadığı bu kapsamda değerlendirilmesi, söz konusu istifanın tüm dava ve takip dosyalarına sirayet edeceğinin ve uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğunun kabulü gerekir.

Y. 13. HD. E. 2018/3378 K. 2018/8177 T. 20/09/2018

Davacı, davalı avukat ile 17/08/2011 tarihinde dava dışı ... Elektrik Yatırım ve Ticaret A.Ş.'den 639.805, 50 Euro alacağı için ...'da icra takibi başlatması ve itiraz olması halinde ... Mahkemelerinde dava açması konusunda sözleşme imzaladığını, davalının yetkisiz ... 25. İcra Müdürlüğü'nde 2012/666 E. sayılı dosyası ile takip başlattığını, başlatılan takibe itiraz üzerine itirazın iptali istemli ... 12. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/92 E sayılı dosyası ile dava açıldığını, anılan iş kapsamında sözleşmenin 4. maddesi uyarınca avukata 32.968, 36 Euro ön ödemede bulunduğu, icra takibinin ...'da başlatılmasının ve yine ... Ticaret Mahkemesi'nde dava açılacağına belirtilmesine rağmen sözleşmeye ve hukuka aykırı olarak yetkisiz icra dairesinde takibin başlatıldığını, şirketi bilgilendirmediğini, ... 12. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 08/07/2013 tarihli nihai kararında yetkisizlik sebebi ile davanın reddine dair verilen karar nedeniyle şirketin 16 aylık süresinin boşa gittiğini, ayrıca şirketin 1.354, 30 TL zarara uğradığını, ... 12. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 25/06/2012 tarihli duruşmasına girmeyerek dosyanın işlemde kaldırılmasına sebebiyet verdiğini, ... 12. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 04/03/2013 tarihli duruşmasına 2 gün kala istifa ederek şirketi zor durumda bıraktığını, yine davalı ile 28/09/2011 tarihinde ikinci bir avukatlık sözleşmesi imzaladığını, bu bağlamda ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2012/85 esas sayılı ile ikame ettirilen davada temsil görevi verilerek 2.882, 97 Euro ön ödeme yapıldığını, ikinci sözleşmede de yine ...'daki davanın da bir duruşmasına girme-

diği gibi şirketi bilgilendirmediğini, şirketin tüm ısrarlarına rağmen dava ile ilgili olarak herhangi bir bilgi vermediğini, aynı şekilde ...'da bulunan dosyadan da istifa ettiğini, Avukatlık Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca istifa halinde 15 gün süre ile vekilin görevinin devam ettiğini, istifasından 2 gün sonraki duruşmaya girmeyerek yasal yükümlülüğünü yerine getirmediğini, davalı avukata 16/07/2013 tarihinde keşide edilen ihtardan sonuç alamadıklarını ileri sürerek n demeler sonucundan oluşan zararın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, 17/08/2011 tarihli sözleşme kapsamında denen 32.957, 12 Euro'nun 19.194, 71 Euro + KDV'sinin ücret peşinatı, kalanın ise dava ve takip masrafiyla ilişkin olduğunu, 28/09/2011 tarihli avukatlık sözleşmesine konu 2.871, 67 Euro demenin 2.000, 00 Euro + KDV'sinin avukatlık creti peşinatı olduğunu, kalanın dava ve ulaşım gideri masrafı olarak gönderildiğini, ... 12. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 25/06/2013 tarihli duruşmasına mazeret gönderdiğini, baro odalarından kaynaklanan nedenlerle mazeretin dosyaya girmedeğini, bunun üzerine hemen davanın yenilendiğini, herhangi bir hak kaybının oluşmadığını, ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin duruşmasına mazeretsiz girilmediği iddiasının yerinde olmadığını, dosyaya mazeret gönderildiğini ve Mahkemece kabul gördüğünü, davacının ek Cumhuriyeti'ndeki avukatı aracılığı ile bilgilendirmesinin yapıldığını, buna rağmen henüz davalar devam ederken ve haklı bir sebep olmaksızın azil dahi gerçekleşmeden başka bir avukata vekalet verildiğini, bu hususun dosyaların incelenmesi sırasında öğrenilmesi üzerine yazılı onay alınmaksızın ibraz edilen vekalet sebebi ile istifa etmek durumunda kaldığını, davalar devam ederken 06/02/2013 tarihinde toplantı yapma isteğinin bildirildiğini, bu toplantıda dosyalar hakkında bilgiler verildiğini ancak davacı tarafın başka bir hukuk bürosu ile çalışma isteğini bildirmesi üzerine bu durumun kabullenilemeyeceğini ve bakiye ücretin ödenmesi gerektiğinin bildirildiğini, davacının 12/02/2013 tarihinde Av. ... ve başka avukatlara vekalet verdiğini, bunu duyması üzerine 04.03.2013 tarihinde ilgili dava dosyalarına istifa dilekçesini sunduğunu, 06/03/2013 tarihli duruşmaya adı geçen Av. ...'ın girdiğini, anılan hususun 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 172 ve taraflar arasındaki szlemeye aykırı olduğunu, ödenen ücretlerin Yasa hükümleri gereğince iade edilmesinin mümkün olmadığını, davacı şirket avukatına dava süreci kapsamında değişik tarihlerde 224 adet mail gönderildiğini ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, Davanın Kısmen Kabulüne, 2.360 Euro'nun 28/07/2013 tarihinden itibaren T.C. Merkez Bankası'nın bir yıllık Euro mevduatına uyguladığı değişik oranlardaki faizi ile birlikte tahsiline, 1.354, 30 TL'nin 09/09/2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsiline,

Fazlaya ilişkin istemin reddine, karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı, davalının vekil olarak takip ettiği dosyalarda zarara neden olduğu gerekçesiyle davaya konu alacağın tahsilini talep etmiştir. Davalı, ileri sürerek vekillik görevini gereği gibi yerine getirdiğini davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 512/1. (eski BK 396/1.) maddesine göre, vekillikten istifa her zaman mümkün olup, bu istifa vekalet ilişkisini ileriye doğru sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir işlemdir. Ancak istifa haksız ve müvekkil de bu nedenle zarara uğramışsa, vekil bu zarardan sorumludur. Avukatlık Kanunu'nda ise haksız istifa halinde, vekil yönünden Borçlar Kanunundaki aynı konuya ilişkin düzenlemelere göre daha ağır bir sorumluluk esası getirilmiştir. Gerçekten de, Avukatlık Kanununun 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat ücret talebinde bulunamaz." hükmü mevcut olup, bu hükümle, vekaletten haklı bir neden olmadan istifa eden avukatın, Borçlar Kanunundaki vekalet akdine ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir zarar şartı olmadan da müvekkile karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre, haksız olarak işi bırakan, vekaletten istifa eden avukat, ücrete hak kazanamadığı gibi, aksine bir hüküm mevcut değilse aldığı peşin ücretleri, kullanmadığı masraf avanslarını da iş sahibine iade etmek zorundadır.

Avukatlık Kanununun 171/1 maddesinde düzenlenen "Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." ve "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 2. maddesinde düzenlenen "...avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır." hükümleri gereğince de avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini talep edemez. (Bkz. Aynı doğrultuda HGK. 23.3.1983 4/562-156; HGK. 3.7.1987 3/92-599; 13. HD. 2005/15433 E. 2008/3694 K.; 13. HD.2008/6280 E. 2008/11580 K.) Ancak, haksız azil halinde olduğu gibi, avukatın haklı olarak vekillikten istifa etmesi halinde de, işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, avukat, haklı istifa tarihi itibarıyla muaccel olan vekalet ücreti alacağının ödetilmesini talep edebilir. Öte yandan, vekalet ilişkisi bir bütün olup, vekaletten azil gibi, istifa da, taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet eder. Zira, azil ve istifa ile birlikte vekalet akdinin en önemli unsurlarından olan "güven ilişkisi" de sona ermektedir.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakacak olursak; davalının istifa sebebi olarak davacının başka bir avukata vekalet vermesi hususu ileri sürülmüş olup, istifanın haklı olup, olmadığıın bu kapsamda değerlendirilmesi, söz konusu istifanın tüm dava ve takip dosyalarına sirayet edeceğinin ve uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğunun kabulü gerekir. Oysa ki bilirkişi raporunda, iki dava dosyasından biri için haklı istifa, diğeri için haksız istifa kabul edilmiştir. O halde, mahkemece, Avukatlık Kanununun 171 ve 173. maddeleri ile dairemiz kökleşmiş içtihatları da dikkate alınarak istifanın haklı olup olmadığıın belirlenmesi, söz konusu istifanın tüm dava ve takip dosyalarına sirayet edeceği de dikkate alınarak bu hususta ek rapor alınarak bilirkişi raporundaki çelişki giderilmesi, ek raporla çelişki giderilemiyorsa konusunda uzman yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hatalı bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, davacının ve davalının diğeri temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan 1. bent gereği temyiz olunan kararın taraflar yararına **BOZULMASINA**, 2. bent gereğince davacının ve davalının diğeri temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde taraflara iadesine, HUMK'nun 440/I maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 20/09/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İSTİFA • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Avukatlık Kanununun 171/1 maddesinde düzenlenen “Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder.” ve “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 2. maddesinde düzenlenen “... avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır.” hükümleri gereğince de avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini talep edemez.

Y. 13. HD E. 2016/2879 K. 2018/10010 T. 24/10/2018

Davacı, davalı şirketin ... 31. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2011/161 Esas sayılı dosyasında avukatlığını üstlendiğini, 24.1.2013 tarihinde davalı şirketin bağlı olduğu grubun diğer şirket vekaletinden haksız olarak azledildiğini, haksız olarak azledilmesi nedeniyle davalı şirkete vekaleten takip ettiği dosyadan istifa ettiğini ve son duruşma olan 4.3.2013 tarihli duruşmaya katılmadığını, davalı şirkete de bu durumu 4.2.2013 tarihinde bildirdiğini, takip ettiği davanın lehe sonuçlanarak 350.000, 00TL asıl alacak ve 140.000, 00TL inkar tazminatı toplamı 490.000, 00TL kazanılmış miktar olduğunu, davalı ile yazılı bir ücret sözleşmesinin bulunmadığından ücretin Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesine göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürerek; iş sahibi tarafından ödenmesi gereken 49.000, 00TL'nin 4.3.2013 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının haksız olarak istifa ettiğini ve durumu bir mail ile şirkete bildirdiğini, her şirketin farklı bir tüzel kişilik olduğunu ve işverenin her davayı aynı avukatla takip etmek zorunda olmadığını, haksız olarak kendi isteğiyle istifa eden davacının ücret isteyemeyeceğini, kaldı ki davacıya vekalet ücretinin de ödendiğini savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, 24.850, 00TL alacağın dava tarihinden itibaren değişen oranlarda yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine, karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Davacı, haklı istifa nedenine dayalı olarak vekalet ücretinin tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 512/1. (eski BK 396/1.) maddesine göre, vekillikten istifa her zaman mümkün olup, bu istifa vekalet ilişkisini ileriye doğru sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir işlemdir. Ancak istifa haksız ve müvekkil de bu nedenle zarara uğramışsa, vekil bu zarardan sorumludur. Avukatlık Kanunu'nda ise haksız istifa halinde, vekil yönünden Borçlar Kanunundaki aynı konuya ilişkin düzenlemelere göre daha ağır bir sorumluluk esası getirilmiştir. Gerçekten de, Avukatlık Kanununun 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat ücret talebinde bulunamaz." hükmü mevcut olup, bu hükümle, vekaletten haklı bir neden olmadan istifa eden avukatın, Borçlar Kanunundaki vekalet akdine ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir zarar şartı olmadan da müvekkile karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre, haksız olarak işi bırakan, vekaletten istifa eden avukat, ücrete hak kazanamadığı gibi, aksine bir hüküm mevcut değilse aldığı peşin ücretleri, kullanmadığı masraf avanslarını da iş sahibine iade etmek zorundadır.

Avukatlık Kanununun 171/1 maddesinde düzenlenen "Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." ve "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 2. maddesinde düzenlenen "...avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır." hükümleri gereğince de avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini talep edemez. (Bkz. Aynı doğrultuda HGK. 23.3.1983 4/562-156; HGK. 3.7.1987 3/92-599; 13. HD. 2005/15433 E. 2008/3694 K.; 13. HD.2008/6280 E. 2008/11580 K.) Ancak, haksız azil halinde olduğu gibi, avukatın haklı olarak vekillikten istifa etmesi halinde de, işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, avukat, haklı istifa tarihi itibariyle muaccel olan vekalet ücreti alacağıının ödetilmesini talep edebilir. Öte yandan, vekalet ilişkisi bir bütün olup, vekaletten azil gibi, istifa da, taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet eder. Zira, azil ve istifa ile birlikte vekalet akdinin en önemli unsurlarından olan "güven ilişkisi" de sona ermektedir.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakılacak olursa; davacı avukat istifa sebebi olarak davalı şirketin bağlı olduğu gruba ait başka bir şirket vekaletinden haksız olarak azledilmesi hususunu ileri sürülmüş olup, uyuşmazlığın çözümünde öncelikle değerlendirilmesi gereken husus istifanın haklı olup olmadığıdır. Oysa ki hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı avukatın istifasının haklı olup olmadığı hususu tartışılmadan vekalet ücreti hesabı yapılarak mahkemece sonuca gidilmiştir. O halde, mahkemece, Avukatlık Kanunu'nun 171 ve 173. maddeleri ile

dairemiz kökleşmiş içtihatları da dikkate alınarak istifanın haklı olup olmadığının belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hatalı bilirkişi raporuna dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan 1. bent gereği temyiz olunan kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, 2. bent gereğince tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, aşağıda dökümü yazılı 8, 20 TL. kalan harcın davacıdan alınmasına, peşin alınan 110, 00 TL harcın davalıya iadesine, HUMK'nun 440/I maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 24/10/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MUACCEL BORÇ • FAİZ BAŞLANGICI

ÖZET: Muaccel hale gelmiş bir borçtan dolayı alacaklının herhangi bir ihtarı yok ise anılan yasa maddesi uyarınca faize ancak dava veya takip tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir.

Y.13. HD E: 2016/13919 K: 2019/240 T:16/01/2019

Davacı, avukat olduğunu, davalı şirketin de içinde yer aldığı ... Grubunda yer alan dava dışı ... Elektronik Limited Şirketi ile 1.9.2002 tarihinde avukatlık sözleşmesi imzaladıklarını, davalı şirketin ise 26.11.2002 tarihli vekaletname ile kendisini vekil olarak tayin ettiğini, davalının işleri ile ilgili olarak da bu sözleşmeyi uygulamaya başladıklarını, vekalet ücreti ve masrafların ödenmemesi nedeniyle 16.1.2009 tarihinde tüm şirketlerin vekilliğinden haklı olarak istifa ettiğini, 1.9.2002 tarihli sözleşmenin uygulanarak vekalet ücreti hesabında ... Barosu Ücret Tarifesinin esas alınması gerektiğini, davalıya vekaleten takip ettiği dava ve icra takipleri nedeniyle vekalet ücreti ve masraf alacakları bulunduğunu ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 8624, 00 TL alacağın davalıyı temerrüte düşürdüğü 03.12.2008 tarihinden ticari faiziyle birlikte davalıdan tahsilini istemiş, ıslah dilekçesiyle talebini 33.538, 75 TL'ye çıkarmıştır.

Davalı, davacı ile sözleşme imzalamadıklarını, başka bir tüzel kişilik ile imzalanan sözleşmenin taraflar arasında uygulanamayacağını, davacı-

nın görevini gereği gibi yapmadığını, dosyaları sürüncemede bırakıp kendilerine bilgi vermediğini kaldı ki masraf ve vekalet ücretinin ödenmekle istifanın haksız olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, istifanın haklı olduğu ancak taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmadığının tespiti ile davanın kabulüne, 33.538, 75 TL'nin 8.624, 00 TL'sinin 03/12/2008 tarihinden, 24.914, 75 TL 'sinin ise ıslah tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir

2-6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 117. Maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu ancak alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Muaccel hale gelmiş bir borçtan dolayı alacaklının herhangi bir ihtarı yok ise anılan yasa maddesi uyarınca faize ancak dava veya takip tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Dava konusu olayda davacı, davalıyı gönderdiği 21.11.2008 tarihli ihtar dilekçesi ile 43.262, 75 TL ücret alacağının 7 gün içerisinde ödenmesi hususunda 03.12.2008 tarihinde temerrüte düşürmüştü, dava ve ıslah dilekçesi ile de hak edilen ücret alacağı için 03/12/2008 tarihinden itibaren faiz işletilmesini talep etmiştir. Öyle olunca, mahkemece 33.538, 75 TL alacağı temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken yazılı şekilde ıslah edilen miktara ıslah tarihinden itibaren faize hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanması HUMK 438/7 maddesi hükmü gereğidir.

SONUÇ

Birinci bentte açıklanan nedenlerle, davalının tüm, davacının sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteğinin kabulüne, mahkeme kararının "hüküm" başlıklı bölümünün 1. fıkrası hükümden çıkartılarak yerine "Davanın KABULÜ ile; 33.538, 75 TL'nin 03.12.2008 tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, " sözlerinin yazılmasına, kararın değiştirilen bu şekliyle **ONANMASINA**, peşin alınan 572, 76 TL harcın davacıya, 602, 20 TL harcın davalıya iadesine, HUMK'nun 440/I maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

MÜŞTEREK HESAP • HESAP SAHİPLERİ

ÖZET: Aksi belirtilmemiş ise müşterek açılmış banka hesabının yarı yarıya hesap sahiplerine ait olduğu kabul edilmelidir.*

Y. 14. HD. E. 2016/9931 K. 2019/3685 T. 29.04.2019

Davacı vekili, 28.04.2012 tarihinde vefat eden tarafların ortak murisi ... 'in eşi ... 'in 13.12.2011 tarihinde vefat ettiğini, muris ... 'in murisin mirasbırakanı olan ... 'ten intikal eden parayı davalı ... ile ortak olan hesaba aktardığını, davalının bu hesaptan davacının miras payına tekabül eden miktarını davacının rızası dışında çektiğini, davacının bunun üzerine haksız çekilen bedelin tahsili amacıyla davalıya karşı İcra Müdürlüğü 2013/10021 Esas sayılı dosyadan icra takibi başlattığını ve davalının takibe itiraz ettiğini, açıklanan nedenlerle itirazın iptaline ve takibin devamına, alacağın yasal faizi ile tahsili ile %20'den aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davalı ile muris ...'in yarı yarıya olacak şekilde ortak hesap açtıklarını, murisin vefat tarihi olan 28.04.2012'de hesapta 21.450, 05TL bakiye bulunduğunu, bu bedelin ise davacı ve davalı tarafından 10.725, 00TL olarak tahsil edildiğini, bedelin mirasçılara payları oranında dağıtıldığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu hesaptaki paranın ...'ten muris ...'e intikal eden 72.445, 74TL olduğu, hesabın esasen murise ait olduğu, münferit hesap olmadığı anlaşıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, itirazın iptali ile 10.500, 02TL asıl, 1.370, 71TL yasal faizi ile devamına, alacağın varlığı yargılamayı gerektirdiğinden icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, mirasta istihkak ve mirasta denkleştirme nedenine dayalı alacak istemine ilişkindir.

Mirasçılar murisin malvarlığı içerisinde bulunan hak ve malları hakkı olmadan elinde bulunduran kişilere karşı bunları geri alabilmek amacıyla

* Gönderen Av. Murat Topçuoğlu

dava açabilirler. TMK'nın 637. maddesinde "Yasal veya atanmış mirasçı, terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulunduran kimseye karşı mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürerek miras sebebiyle istihkak davası açabilir." hükmü düzenlenmiştir. Mirasçı sıfatını taşıyanlar murisin terekesini elinde bulunduran herkese karşı bu davayı yöneltebilirler.

Mirasta denkleştirme davası murisin yasal mirasçılarına yaptığı sağ-lararası karşılıksız kazandırmaların belirli koşullar gerçekleştiğinde geri verilmesini talep etmeyi sağlayan bir davadır. Bu davadan elde edilmek istenen amaç mirasçılar arasında sağ-lararası karşılıksız kazandırmalar ile oluşan dengesizliğin denkleştirme ile ortadan kaldırılmasıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı, muris ...'in kendisinden önce ölen eşi ...'ten intikal eden 72.445, 74TL'nin davalı ile açılan ortak hesaba aktarıldığı, hesabın esaasen ortak hesap olmadığı davacının da davalı tarafından %50 oranında çekilen bedelde miras hakkı olduğu iddiası ile alacak isteminde bulunmuştur. Muris ile davalı bir bankada tek imza ile para çekme hakkı veren teselsüllü müşterek hesap açtırmışlardır. Halkbank A.Ş.'den gelen cevabi yazıda ...'in ölümü ile hesabında bulunan 142.532, 62 TL'nin, 72.445, 74TL'sinin eşi ...'e ödendiği, ...'e ödenen bedel olan 72.450, 05TL'nin, 29.02.2012 tarihinde ... ile ...'nun ortak hesabına ... tarafından yatırıldığını, ortak hesapta oran belirtilmediğini, ...'in 28.04.2012 tarihinde ölümü ile bahsi geçen ortak hesapta 42.450, 00TL bakiyenin bulunduğunu ve vefat tarihinden sonra ...'na 21.000, 00TL ödendiğini, muris ...'in mirasçılık belgesinin ibraz tarihinde ise hesapta 21.450, 00TL bakiyenin bulunduğu ve mirasçılık belgesine istinaden 13.09.2012 tarihinde ...'na 10.725, 00TL, ...'e 10.725, 00TL ödendiği beyan edilmiştir.

Dava konusu alacağa ilişkin hesap, mirasbırakan ve davalı ... adına müşterek hesap olup, müşterek hesaptaki paylar aksi iddia edilip kanıtlanmadıkça birbirine eşittir. Zira, para müşterek hesaba yatırıldığına ve pay bakımından bir anlaşma bulunmadığına göre mülkiyetin yarı yarıya olmak üzere hak sahiplerine ait olması gerekir. Müşterek hesap birden fazla kişiye aitse mudilerden birinin ölümü halinde, aksine sözleşme yoksa, hesaptaki paralar eşit paylara bölünecek ve hayatta kalan mudiye kendi payı ödenebilecektir. Ortak hesabın taraflarından her biri bankadan para çekerken, payına göre kendi adına, payından fazlası için diğer hesap sahibinin vekili olarak hareket etmekte olup, payından fazla çektiği miktarda diğer hak sahibine karşı borçlu durumuna girer.

Muris ile davalının müşterek olarak açtıkları hesapta aksi bir husus belirtilmemiş olması nedeniyle, davalının murisin ölüm tarihinden sonra ortak hesapta bulunan bedelin 1/2 oranında kişisel tasarrufu yasaya aykırı değildir. Banka cevabından, davalının müşterek banka hesabından

murisin ölümünden sonra 21.000, 00TL bedeli çektiği anlaşılmaktadır. Buna göre, dava konusu hesabın ortak hesap olduğu ve davalı hesapta bulunan bedeli payı tahsil etmiş olduğu, murisin hesaptaki ½ oranındaki payının ise davacı ve davalı tarafından miras payları oranında çekilmiş olduğu Halkbank'tan gelen cevaptan anlaşılmakla, davacının başkaca miras alacağı bulunmadığı görülmüş olup, davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru değildir.

Mahkemece, belirtilen husular gözetilmeden yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hüküm **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 günlük yasal süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.04.2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SÖZLEŞME EHLİYETİ • REŞİT OLMAYAN KİŞİ

ÖZET: Sözleşmenin yapıldığı tarihte reşit olmayan kişiyle yapılan sözleşmenin geçerli olduğundan söz edilemez.

Y. 14. HD. E. 2018/5731 K. 2019/3679 T. 29.04.2019

Davacı, davacı ile davalılar arasında görülen önceki ortaklığın giderilmesi davası sırasında sulh olduklarını ve buna göre 06.07.2004 tarihinde miras taksim sözleşmesi imzaladıklarını, sözleşmesinin 1. maddesine göre 247 parselin davacıya bırakıldığını ve sözleşmeye uymayan mirasçının 15.000, 00TL tazminat ödeyeceğinin kararlaştırıldığını, bu sözleşmeye göre davacının dava konusu 247 parsel üzerinde inşaatla başladığını ancak davalıların ... Sulh Hukuk Mahkemesi 2012/299 Esas sayılı dosyasında ortaklığın giderilmesi davası açtıklarını ve sözleşmeyi ihlal ettiklerini, tüm bu nedenlerle sözleşmede belirlenen 15.000, 00TL'şer tazminatın davalılardan alınarak faizi ile birlikte tarafına verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar ... ve ... ayrı ayrı dilekçelerde, dava konusu sözleşmenin, davacının şiddet yoluyla mirası sahiplenmek istemesi, olayların kan dökme

noktasına gelmesi üzerine davalıların annelerini korumak amacıyla sorunların çözülmesi için yapıldığını, dava konusu taşınmazlar mirasçılar arasında hisseli kayıtlı olduğu için tüm mirasçıların sözleşmede imzası olsa dahi sözleşmenin geçersiz olduğunu, kaldı ki mirasçı ...'in sözleşmenin yapıldığı tarihte ergin olmadan imza attığını, tüm bunlara rağmen davalıların sözleşmeye uyduğunu ancak davacının tatmin olmayıp 3. maddede halen annelerin oturduğu evi de kullanmak istediğini, bahçenin sulanmasına mani olduğunu, diğer mirasçılara verilen küçük ekinliğe göz diktiğini, davalıların 4 yıl önce ettikleri elma ağaçlarını sökerek yonca ektiğini, kendisini uyardıklarında taşınmaza yaptığı masrafın ödenmesi halinde çekileceğini bildirdiğini, anlaşma üzerinden 10 yıl geçtiği halde tapu masraflarını bahane ederek tapuyu üzerine almadığını, davacının, 2006'dan beri sürekli anlaşmayı bozarak, diğer mirasçılara bırakılan yerlere el atarak sözleşmeye aykırı davrandığının ceza davalarından da görüleceği üzerine sabit bulunduğundan bahisle davanın reddini talep etmişlerdir.

Mahkemece, davanın kabulü ile, 15.000 TL tazminatın davalı ...'den, 15.000 TL tazminatın davalı ...'den ayrı ayrı dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan almarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Hükmü, davalılar vekili temyiz etmiştir.

Somut olayda, taraflar arasında akdedilen 06.07.2004 tarihli miras taksim sözleşmesinde adı ve imzası bulunan 12.04.1987 doğumlu ... sözleşmenin yapıldığı tarihte ergin olmadığından geçerli bir sözleşmeden söz edilemez. Sözleşme geçerli kabul edilmediğinden, buna dayalı olarak cezai şartın hüküm altına alınması da mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmiş olması doğru görülmemiş hükmün bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırırlara iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.04.2019 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi.

KÖTÜNİYET İDDİASI

ÖZET: Hukuki niteliği itiraz olan kötüniyet iddiası iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın yargılamanın sonuna kadar ileri sürülebilecektir.

Y. 14. HD. E. 2016/18130 K. 2019/3804 T. 30.04.2019

Dava, yükleniciden temlik alınan şahsi hakka dayalı tapu iptali ve tescil ikinci kademedede tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı yüklenici ... İnşaat A.Ş. ile diğer davalı arsa sahibi ... Konut Yapı Kooperatifi arasında 23.08.2004 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapıldığını, bu sözleşme uyarınca yükleniciye düşen G Blok 4. Kat 21 No'lu bağımsız bölümü 79.250Euro'ya satın aldığını belirterek tapu iptali ve tescil mümkün olmaz ise ödemiş olduğu Euro'nun ödeme tarihinden itibaren ticari faiziyle birlikte alınarak davacıya verilmesini dava ve talep etmiştir.

Davalı ... Kooperatifi vekili, kendisine karşı husumet yöneltilemeyeceğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... İnşaat A.Ş. vekili ve ... vekili, görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğunu, davacının sözleşmede belirtilen bedeli ödemediğini, adi yazılı şekilde yapılmış sözleşme ile tapu iptali ve tescil talep edilemeyeceğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın tapu iptal ve tescil talebi yönünden reddine, taraflar arasındaki satış sözleşmesinin tarafı olmayan eski tapu maliki ... ve son tapu maliki ... hakkındaki davacı taleplerinin reddine, davacının daire bedeli olarak ödediği 79.250 EURO'nun ödeme tarihi olan 22/12/2009 tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalı ... İnşaat San. ve Tic. A.Ş'den tahsili ile davacıya verilmesine, davalı ... Kooperatifi yönünden davanın hususmet nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacı vekili temyiz etmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılan bağımsız bölüm yüklenici tarafından (somut olayda davalı şirket yap-satçı konumundadır.) temlik ettiği kişi dışında üçüncü bir kişiye tapudan devredilebilir. Tapu kaydını devralan üçüncü kişinin hukuki durumu TMK'nin 1023 ve 1024. maddeleri gereği değerlendirilmesi gerekir. Hukukumuzda, kişilerin satın aldığı şeylerin ileride kendilerinden alınabile-

ceği endişesi taşımamaları dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, satın alan kişinin iyiniyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse iyiniyetten maksat “hakkın doğumuna engel olacak bir hususun hak iktisap edilirken kusursuz olarak bilinmemesidir.” Belirtilen ilke, TMK’nin 1023. maddesinde aynen “tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.” hükmü yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki TMK’nin 1024. maddesinde de “Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz” biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki, tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma toplum düzenini sağlama uğruna, tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır.

Gerçekten, kayıt malikinin mülkiyeti kötüniyetle kazandığı ileri sürül-müşse, üçüncü kişinin aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken şahıs olup olmadığına bakılması gerekir. Çünkü, TMK’nin 1024. maddesi uyarınca bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmişse bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişilerin yolsuz olan bu tescile dayanma olanakları yoktur ve yasa ve uygulamadaki deyimiyile bağ-layıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan ve hukuki sebepten yoksun bulunan tesciller yolsuz tescil sayılacağından, hakkı zedelenen üçüncü kişinin iyiniyetli olmayan malike karşı doğrudan doğruya şahsi hakkına dayanması mümkündür.

Somut olayda; davacı, davalı yüklenici şirket ile imzaladığı tarihsiz adi yazılı satış sözleşmesi gereği 21 numaralı bağımsız bölümü 79.250Euro’ya satın aldığını belirterek tapu iptali ve tescil, ikinci kademedede tazminat isteminde bulunmuştur. Ne var ki dava konusu bağımsız bölümün davalı şirket tarafından 21.05.2010 tarihinde ... , 25.03.2011 tarihinde ...’e ve 13.03.2012 tarihinde ... satılarak tapudan devredildiği anlaşılmaktadır. Davacı, tarihsiz adi yazılı sözleşmeye dayanarak ... adına olan tapu kaydının iptali ile adına tesciline olmaz ise ödemiş olduğu 79.250Euro’nun tahsilini talep etmiştir. Uyuşmazlık davalı ...’ün ve yargılama sırasında taşınmazı devralan ve davada taraf olmayan ... TMK’nin 1023. maddesi gereğince iyiniyetli olup olmadığı, TMK’nin 3. maddesi karşısında yararına geçerli bir tescilin sonuçları meydana gelip gelmeyeceğine ilişkindir. Taşınmazın mülkiyetinin kötüniyetle kazanıldığı kural olarak davacı tarafından kanıtlanması gerekir. Muvazaa ileri süren tarafından her türlü delil ile kanıtlanabilir. Kötüniyet iddiası üzerine, mahkemece de gerekli görülen araştırmalar kendiliğinden yapılabilir.

Bu durumda mahkemece yapılması gereken, davada taraf olmayan Yasemin Akbelen'in davaya dahil edilerek davalı ...'ün ve ... kötü niyetli olduğu davalı tarafından ileri sürüldüğünden, kötü niyet iddiasının hukuki niteliği itibariyle itiraz niteliğinde bulunduğu ve bu nedenle de yargılama sona erinceye kadar iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmadan ileri sürülebileceği kabul edildiğinden bu durumun hakim tarafından resen nazara alınması ve kazanmanın kötü niyetle vuku bulup bulunmadığının tartışılması, kayıt maliklerinin mülkiyeti, yükleniciden temlik alınan hakkın bertaraf edilmesi kastıyla ve kötüniyetle kazanıp kazanmadığı, aynı hakkın yolsuz olarak tescil edildiğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi olup olmadıklarının araştırılması zorunludur.

Böyle olunca, taraflardan davacının kötüniyet iddiasına karşı delilleri istenip toplanmalı ve davalının durumu Türk Medeni Kanununun 3. maddesi çerçevesinde değerlendirerek bir sonuca ulaşılmalıdır.

Belirtilen bu sebeplerle hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.04.2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

DAVA KONUSUNUN TEMLİKİ

ÖZET: Dava açıldıktan sonra dava konusunun temlik halinde; diğer taraf dilerse temlik edenle davasından vazgeçerek dava konusunu devralmış yeni malike karşı davaya devam eder dilerse davalıya karşı açtığı davayı tazminata dönüştürür.

Y. 14 HD. E. 2018/3641 K. 2019/3816 T. 30.04.2019

Davacılar vekili tarafından, davalı aleyhine 17.07.2008 gününde verilen dilekçe ile tapu iptali ve tescil ile tazminat talebi üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 19.03.2014 tarihli, 2014/529 Esas - 2014/5980 Karar sayılı bozma ilamına uyularak yapılan duruşma sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.03.2017 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davalı Hazine vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu

anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, tapu iptal ve tescil ile tazminat isteklerine ilişkindir.

Davacılar vekili, müvekkileri adına hükmen adlarına tescil kararı verilen 14300 m²'lik yerin tapuda infaz edilmeden önce imar uygulaması ile davalı Hazine adına tescil edildiğini ileri sürerek davalı adına kayıtlı imar parsellerinden tescil ilamı kapsamında kalan bölümlerin tapu kaydının iptali ile müvekkileri adlarına tesciline ya da rayiç değer üzerinden tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Hazine vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, 306 ada 1 parsel sayılı taşınmazın satışı sebebiyle 10.000, 00TL tazminatın davalıdan, dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte alınarak davacı tarafa verilmesine, diğer parsellerle ilgili harç ödenmediğinden bu konuda karar verilmesine yer olmadığına dair verilen kararın taraf vekillerince temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 04.11.2010 tarihli, 2009/14815 Esas - 2010/11313 Karar sayılı ilamı ile; dava konusu edilen tüm taşınmazların keşfen belirlenen değeri üzerinden eksik harcın tamamlanması için davacı yana süre verilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinden söz edilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen kararın taraf vekillerince temyizi üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2014 tarihli, 2014/529 Esas - 5980 Karar sayılı ilamı ile; tapu iptali ve tescil kararı verilen imar parsellerinde belirlenecek oranlarda davacıların paydaş kılınması gerekirken m² üzerinden tapu iptali ve tescile karar verilmesi doğru olmadığından bahisle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Mahkemece, bozma ilamına uyularak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü, davalı Hazine vekili temyiz etmiştir.

Bilindiği üzere bir dava açıldıktan sonra tapuda malik olan davalı taraf, dava konusunu üçüncü bir kişiye devrederse artık dava konusu taşınmaz üzerinde bir tasarruf yetkisi kalmaz. Bu durumda mahkemece diğer tarafa, savunmayı değiştirme yasağının bir istisnası olan 6100 sayılı HMK'nin 125. maddesi uyarınca seçimlik hakkı hatırlatılarak cevaba göre işlem yapılması gerekmektedir.

Dava açıldıktan sonra müddeabihin temlik halinde diğer taraf dilerse temlik edenle olan davasından vazgeçerek müddeabihi devralmış yeni

malike karşı davaya devam eder, dilerse vaat borçlusunu olan davalıya karşı açmış olduğu davasını tazminata dönüştürür.

Somut olaya gelince, dava konusu 15524 ada 1 parsel sayılı taşınmazın, davalı Hazine tarafından 18.09.2014 tarihli, 9504 yevmiye numaralı işlem ile dava dışı T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığına devredildiği anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, 6100 sayılı HMK'nin 125. maddesi uyarınca işlem yapılması gerektiği gözetilip neticesine göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu sebeple bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan sebeplerle temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.04.2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI • DAVACININ KÖTÜNİYETİ • TAZMİNAT

ÖZET: İtirazın iptali davasında davasını ispatlamayan davacının tazminatla sorumlu tutulabilmesi için kötüniyetli olduğunun ispatlanması gereklidir.

Y.14. HD E. 2018/4594 K. 2019/2110 T. 06.05.2019

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklı bakiye iş bedeli alacağının tahsili için başlatılan vâki itirazın iptali ve icra inkâr tazminatı istemlerine ilişkin olup, mahkemece davanın reddine dair verilen karar, davacı vekilince temyiz olunmuştur. Davacı vekili, tarafların.....Mahallesi 2113 ada 2 nolu parsel 4 numaralı daire ve 2113 ada 9 parseldeki 3 ve 6 numaralı dairelerin tüm incele işlerinin anahtar teslimi yapılması hususunda 35.000,00 TL bedelle anlaşmalarını, müvekkilinin tüm edimlerini yerine getirerek daireleri mal sahibi borçluya teslim ettiğini, davalı borçlunun 12.04.2010 tarihinde müvekkiline 13.000 ABD doları ödeme yaptığını, bakiyenin daire satıldığında ödenmesi konusunda anlaşmalarını, sözleşmenin 11. maddesine bu hususun el yazısıyla eklendiğini, sözleşme konusu daireler satıldığı halde davalı tarafından bakiye borcun ödenmediğini, bunun üzerine

ödeme tarihi itibari ile işlem gören döviz kuruna göre bakiye 16.286,00 TL asıl alacak ve 4.491,55 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 21.277,55 TL'nin tahsili için icra takibi başlatıldığını, borçlunun haksız itirazı sebebiyle takibin durduğunu beyan ederek, borçlunun icra takibine yapmış olduğu itirazın iptâline, borçlunun takip konusu borcu takip dosyasında belirtilen faiziyle birlikte ödemeye ve takip konusu alacağın %20'sinden az olmamak üzere tazminata mahkum edilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasındaki 12.04.2010 tarihli sözleşmenin 23.04.2010 tarihli sözleşme ile değiştirildiğini, davacıya borcunun bulunmadığını, davacının ve dava dışı ...'in 23.04.2010 tarihli sözleşmeye dayanarak ihtarname keşide ettiklerini, davacının sonraki sözleşmeyi kabul etmiş olduğunu, ayrıca kabul anlamına gelmemek üzere ödeme tarihi belirli olmadığından temerrüt oluşmayacağını beyan ederek, davanın reddi ile davacı aleyhine kötüniyet tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, taraflar arasında 12.04.2010 tarihinde düzenlenen adi yazılı sözleşme ile davacı yüklenici ile davalı iş sahibinin 35.500,00 TL bedel mukabilinde mahallesi 2113 ada 2 nolu parsel 4 nolu daire ve 2113 ada 9 parseldeki 3 ve 6 nolu dairelerin anahtar teslimini konusunda anlaştıkları, davalı işveren ile davacının da tarafı olduğu 23.04.2010 tarihli ikinci sözleşme ile ilk sözleşmeye de konu edilen Mahallesi 2113 ada 2 ve 9 parsel sayılı taşınmalarda dava dışı mal sahibi ile yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesinin yapımı ile ilgili olarak tarafların sorumluluğunu ve paylarının düzenlendiği, bu sözleşmeye göre davalıya 2 nolu parselde 4 nolu daire ile 9 nolu parseldeki 3 ve 6 nolu dairelerin geçici olarak devrinin yapılarak 20.07.2010 tarihine kadar taşınmazların satılmadığı takdirde 2 numaralı parselin 6 nolu hissesinin davalıya, 9 nolu parselin 4 nolu dairesinin de dava dışı ...'e devrinin yapılacağı, 2 numaralı parseldeki 4 ve 6 nolu ile 9 numaralı parseldeki 3, 4, ve 6 nolu dairelerin 3. kişilere satışı gerçekleştirildiğinde maliyet ortaya çıkarılmak suretiyle herkesin yaptığı harcamaları iade aldıktan sonra kalan kazancın yarı yarıya davalı ile dava dışı arasında paylaşılacağını kararlaştırıldığı; 12.04.2010 ve 23.04.2010 tarihli iki sözleşmenin de tarafların kabulünde olduğu, davacı ve davalı adına atfen atılan imzalara tarafların herhangi bir itirazları olmadığı, her iki sözleşmenin de tarafların özgür iradeleri ile açıkça belirlendiği, 12.04.2010 tarihli eser sözleşmesi ile başlayan ilişkinin tarafları olan davacı ile davalının 23.04.2010 tarihinde ilk sözleşmeye konu edilen aynı taşınmazlara ve bu sözleşmedeki tarafların edim ile ödemelerini de kapsayan yeni bir sözleşme yaparak yeni ortaklık ilişkisine zemin hazırladıkları, ikinci sözleşmenin imzalandığı tarih itibariyle ilk sözleşmede davalının davaya konu edilen bakiye nakit para borcu ediminin değiştirildiği; davacının icra takibine dayanak 12.04.2010 tarihli ilk

sözleşmeden doğan edimlerinin sözleşmede ismi geçen dava dışı diğer kişilere yaptırılacağından bu haliyle davacının davalıdan ilk sözleşmeden doğan bakiye bedel alacağına kalmadığı, ikinci sözleşmenin düzenlenmesi ile ilk sözleşmeye dayanan alacak ilişkisinin de sona erdiği, davacının ilk sözleşmeden dolayı davalıdan bakiye alacağına kalmadığı anlaşıldığından, aynı yöndeki bilirkişi raporu da dikkate alınarak davacı tarafça açılan davanın reddine, davacının davalı aleyhine icra takibi başlatmasında haksız ve kötünietli olduğunun kabulü ile reddedilen miktarın %20'si olan 3.257,20 TL kötüniet tazminatının davacıdan alınarak davalıya verilmesine, davalının icra takibine yaptığı itirazında borca, faizi ile ferilerine itiraz ettiği; davacının da talep sonuç kısmında davalının itirazının iptâli ile takip konusu borcun faiziyle birlikte davalı yanca ödenmesini talep ettiği gözetilerek dava değeri asıl alacak ile işlemiş faizin toplamından ibaret olmakla dava reddedildiğinden reddedilen asıl alacak ve faiz toplamı olan (16.286,00 TL+4.991,55 TL) üzerinden davalı yararına vekâlet ücretine hükmolunmuş, verilen karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçirici nedenlere ve özellikle 23.04.2010 tarihli iş ortaklığı sözleşmesini davacı yüklenici sıfatıyla imzalamış olup, iş ortaklığı sözleşmesine göre davacının iş ortağı olmaması, 12.04.2010 tarihli asıl sözleşmenin iptâl edildiği ya da geçersiz olduğuna dair iş ortaklığı sözleşmesinde açıklık bulunmaması ve iş ortaklığı sözleşmesinin hukuki niteliği itib'ariyle ikale sözleşmesi niteliğinde olmaması sebebiyle taraflar arasındaki 12.04.2010 tarihinde imzalanan sözleşme geçerli ise de, davacı yüklenicinin bu sözleşme uyarınca kararlaştırılan işleri yapıp bedele hak kazandığını yasal delillerle kanıtlayamamış olmasına göre verilen hüküm sonucu itibariyle doğru olduğundan, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. 2-Davacı taraf iddiasını ve hak ettiği bedeli kanıtlayamamış ise de, İcra İflas Kanunu'nun 67/II. maddesi uyarınca, itirazın iptâli davasında alacaklının tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için icra takibinde haksız olmasının yanında kötünietli olduğunun da kanıtlanması zorunludur. Somut olayda davacı alacaklının icra takibinde kötünietli olduğu kanıtlanmadığından, davalı yararına kötüniet tazminatına hükmedilmesi doğru olmamıştır.

Ayrıca icra takibi işlemiş faiz dahil toplam 21.277,55 TL üzerinden yapılmış ise de, itiraz üzerine iptâl davasının 16.286,00 TL asıl alacak üzerinden açıldığından ve mahkemece davanın reddine karar verildiğinden, davacının dava değeri olarak gösterilen asıl alacak miktarı üzerinden karar tarihindeki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre vekâlet ücreti ile sorumlu tutulması gerekirken, dava edilmeyen işlemiş faiz miktarı da hesaba katılmak suretiyle fazla miktarda vekâlet ücreti ile sorumlu tutulması

da doğru olmamıştır. Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerekirse de, bu yanılmanın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden 6100 sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nın 438/VII. maddesi uyarınca kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca temyiz itirazlarının kabulü ile, mahkeme kararının hüküm fıkrasının 2 nolu bendinin karardan çıkarılarak yerine "yasal koşulları oluşmadığından davalının kötüniyet tazminatı isteminin reddine" cümlesinin yazılmasına, hüküm fıkrasının 4 nolu bendinde yer alan "2.553,30 TL" ibaresinin karardan çıkarılarak yerine "1.954,32 TL" ibaresinin yazılmasına, kararın değiştirilmiş bu şekliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 176,60 TL Yargıtay başvurma harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 06.05.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

TACİR OLAN DAVACI • TİCARİ İŞ • TİCARİ FAİZ

ÖZET: Davacı şirket tacir olup, dava konusu şirketin işletmesiyle ilgili ticari iş niteliğinde olduğundan kabul edilecek alacağa avans faizi işletilmelidir.

Y. 15. HD. E. 2018/3185 K. 2019/1650 T. 10.04.2019

Davacı vekili müvekkili yüklenici ile davalı arasında 18.01.2006 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığını, davalının edimlerini yerine getirmeyerek davacıyı vekâletten azlettiğini ve sözleşmeyi tek taraflı feshettiğini, davacının sözleşmenin 3. maddesi gereğince ödediği 15.000, 00 TL'nin ve sözleşmenin 4. maddesinde düzenlenmiş 50.000, 00 TL cezai şartın tahsili için başlattığı icra takibinin ise, davalının haksız itirazı neticesinde durduğunu ileri sürerek, itirazın iptâline %20 icra inkâr tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili ise davanın haksız ve kötüniyetli olduğunu savunarak, davanın reddi ile %20 kötüniyettazminatının tahsilini istemiştir.

Mahkemece, sözleşmenin 3. maddesine göre 18.01.2006 tarihinde davalıya ödenmiş olan 15.000, 00 TL taşınma ve kira masrafları bedelinin temerrüt tarihi olan 28.11.2012'den takip tarihine kadar işlemiş yasal faizi olan 469, 73 TL ile tahsili talebinin haklı olduğu gerekçesiyle bu alacak kalemi için itirazın iptâliyle, %20 icra inkâr tazminatının davalıdan tahsiline, takip konusu yapılan 50.000, 00 TL cezai şart ve işlemiş faiz alacağına ilişkin itirazın iptâli isteminin ise davalı yüklenicinin edimini en kısa sürede yerine getirmesi gerektiği davacıların bildirim yapmasına gerek olmadığı ve davacının belediyeye süresinde başvuru yapmadığı gerekçesiyle davalıların sözleşmenin feshini haklı bularak bu alacağa ilişkin itirazın iptâli isteminin reddine karar vermiş, verilen karar davacı vekiline temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere yasaya uygun gerekçetirici nedenlere ve özellikle delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2-Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı itirazın iptâli istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki 18.01.2006 tarihli sözleşmenin 4. maddesinde sözleşmeden rücu edilemeyeceği, rücu halinde rücu eden tarafın 50.000, 00 TL cezai şartı diğer tarafa ödeyeceği kararlaştırılmış olup, davacı yüklenicinin sözleşmeye göre vermesi gereken 15.000, 00 TL kira ve taşınma bedelini, davalı arsa sahibine nakden ödemesi ve sözleşmeye dayanarak ... Belediye Başkanlığı'na başvurup taşınmazı rayiç bedeli üzerinden satın almayı talep etmek suretiyle yasal sürecin tamamlanmasına uygun biçimde ve sürelerde edimlerini yerine getirirken, davalı iş sahibinin vekâletten azil ve sözleşmeyi feshetmesi haksız olup, davacı sözleşmenin 4. maddesinde kararlaştırılan dönme cezasını istemekte haklı olacağından sözleşmeyle belirlenen cezanın fahiş olup olmadığı, tenkisi gerekip gerekmediği de değerlendirilerek cezai şart talebiyle ilgili sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken mahkemece hatalı değerlendirme yapılarak bu alacak kalemi yönünden tümünden ret kararı verilmesi doğru olmamıştır.

Ayrıca davacı şirket tacir olup dava konusu iş ticari işletmesiyle ilgili ticari iş olduğundan 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2. maddesi uyarınca avans faizi istemesi mümkün olduğundan kabul edilecek asıl alacaklar için temerrüt tarihinden takip tarihine kadar %13, 75 oranını aşmamak koşuluyla istenebilecek işlemler faiz miktarı hesaplattırılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirmeye yasal faiz hesaplanması da hatalıdır.

Kararın bu nedenlerle bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle kabulüyle kararın temyiz eden davacı yararına **BOZULMASINA**, 2.037, 00 TL duruşma vekâlet ücretinin davalıdan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davacıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 154, 30 TL Yargıtay başvurma harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 10.04.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TRAFİK KAZASI • KUSUR TESPİTİ • TEDAVİ GİDERLERİ

ÖZET: Ceza hakiminin kusur tespitinin hukuk hakimini bağlamayacağı ilkesine göre kusur raporları arasındaki çelişki giderilmelidir

6111 sayılı Yasa'nın 59. maddesiyle getirilen değişikliğe göre; trafik kazalarından doğan sağlık hizmeti bedellerinden SGK sorumlu olacaktır.*

Y. 17. HD E. 2016/903 K. 2019/370 T.21.01.2019

Davacılar vekili, davalıların maliki, işleteni, sürücüsü ve trafik sigortacısı olduğu aracın, davacı ... çarpmasıyla oluşan kazada davacının ağır biçimde yaralanıp malul kaldığını, diğer davacıların çalışamaz hale gelen davacı oğullarının desteğinden yoksun kaldığını, davacı babanın oğlunun tedavisi amacıyla birçok masraf yaptığını ve 1 yılı geçkin süreyle oğlulla ilgilenip tedaviye bağlı yol, konaklama vs. masrafı yapmak zorunda kaldığını, tüm davacıların manevi zarar gördüklerini belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak ve davalı ... şirketi sadece maddi tazminattan sorumlu olmak kaydıyla 10.000,00 TL. maddi ve 240.000,00 TL. manevi tazminatın kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep etmiş; 01.06.2015 tarihli ıslah dilekçesiyle, maddi tazminat taleplerini 148.132,03 TL'ye yükselterek bu bedelin ticari faiziyle birlikte davalılardan tahsilini istemiştir.

Davalı ... Otomotiv A.Ş. vekili, kazayı yapan araçlarını uzun süreli olarak kiraladıklarından işleten sıfatları bulunmadığını ve zarardan sorumlu olmadıklarını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... Tur. İşl. A.Ş. vekili, kazayı yapan araçla ilgili dava dışı ... Tur Ltd. Şti'den hizmet alımı yaptıklarını ve bu şirketle aralarında kira sözleşmesi bulunmadığını, araç maliki ya da işleteni olmayan davalının kusur ve sorumluluğunu gerektirir bir sebep bulunmadığını, istenen tazminatların fahiş olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre; davalı ... Tur. A.Ş'nin işleten sıfatı bulunmadığından, bu davalı hak-

* Gönderen: Av. Erol Zeybekoğlu, Antalya Barosu

kindaki davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine; diğer davalılar hakkındaki davanın kısmen kabulü ile davacı ... için 105.216,14 TL. maluliyet tazminatı ve davacı ... için 2.500,00 TL. tedavi sürecindeki bakım ve tedavi giderlerinin, davalı ... şirketi yönünden dava ve diğer davalılar yönünden kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte müteselsilen tahsiline; davacı anne babanın destekten yoksun kalma tazminatı taleplerinin reddine; davacı ... için 10.000,00 TL. ve diğer davacılar için 4.000,00'er TL. manevi tazminatın kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılar ... ve ...den müteselsilen tahsiline, fazla isteğin reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili ve davalı ... Tur. İşl. A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; davalı ... Tur. İşl. A.Ş. ile ihbar olunan ... Tur. Ltd. Şti. arasındaki taşıma sözleşmesi ve davalı ... A.Ş. ile ihbar olunan ... Tur. Ltd. Şti. arasındaki kira sözleşmesinin hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davalı ... Tur. İşl. A.Ş'nin işleten sıfatıyla zarardan sorumlu olduğu ve davalı ... A.Ş'nin işleten sıfatının bulunmadığına ilişkin mahkeme kabulünün yerinde görülmesine; davacı ... kazadaki yaralanmasından kaynaklanan maluliyet oranının ve iyileşme (geçici işgöremezlik) süresinin, kaza tarihi itibarıyla yürürlükte olan mevzuat hükümlerine uygun biçimde saptanmış olmasına ve maddi tazminat hesabında bu oran ve sürelerin esas alınmış olmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre; davacılar vekili ve davalı ... Tur. İşl. A.Ş. vekilinin anılan yönlere ilişkin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazası sonucu oluşan cismani zarar nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı taraf, davaya konu kazada davalı sürücünün kusurlu olması nedeniyle davalıların zarardan sorumlu olduğu iddiasıyla dava açmış; davalı taraf, davalı sürücünün kusuru olmadığı savunmasında bulunmuştur. Mahkeme ise, davalı sürücü hakkında açılan ceza davasındaki yargılamada, davalı sürücünün asli kusurlu ve davacı ... tali kusurlu olduğunun tespit edildiği gerekçesiyle, kazada davacının da kusuru bulunduğunu kabul ederek hüküm tesis etmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. md.) gereğince; hukuk hakimi, ceza mahkemesince belirlenmiş ve kesinleşmiş olan maddi olgu ile bağlı ise de; kusurun bulunup bulunmadığı ve oranına ilişkin ceza mahkemesi kararı ile bağlı olmadığı gibi, kusura ilişkin saptamaya dayanan beraat kararı ile de bağlı değildir.

Somut olaya bakıldığında; kaza tespit tutanağında, davalı sürücünün kusurlu ve davacı ... kusursuz olduğu şeklinde tespit yapıldığı; kazanın gerçekleştiği olay yerine ilişkin yol durumunun, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 17.02.2012 tarihli cevabi yazısı ile saptanmasından sonra ve mahallinde yapılan keşfe dayalı olarak düzenlenen 08.10.2013 tarihli uzman bilirkişi raporunda, davalı sürücünün kazada tam kusurlu olduğu yönünde görüş bildirildiği; ceza yargılaması kapsamında alınan Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi raporunda ise, davalı sürücü kazada asli kusurlu olmakla birlikte, dikkatsiz davranan davacının da tali düzeyde kusurlu olduğu şeklinde görüş bildirildiği ve ceza mahkemesinin bu rapora göre, davalı sürücü hakkında mahkumiyet hükmü tesis ettiği görülmektedir. Bu itibarla, kaza tespit tutanağı ve yerel mahkemenin aldığı bilirkişi raporundaki kusur tespiti ile ceza yargılamasında alınan ATK raporundaki kusur tespiti arasında çelişki bulunmaktadır. Hukuk hakimi, ceza mahkemesinin kusura ilişkin tespiti ile bağlı değilse de yerel mahkemenin ceza davasındaki kusur tespitini benimsediği gözetildiğinde, kusur konusundaki çelişkinin giderilmesi gerekir.

Bu durumda mahkemece; ceza hakiminin kusur değerlendirmesinin, hukuk hakimini bağlamayacağı ilkesi gereği; ayrıca, ceza mahkemesince alınan ve hükme esas kabul edilen ATK raporu ile yerel mahkemenin aldığı 08.10.2013 tarihli bilirkişi raporu arasında çelişki bulunduğu gözetilerek, kusurun belirlenmesine ilişkin taraf delillerinin toplanması ve Karayolları Genel Müdürlüğü Fen

Heyeti ya da İTÜ'den, tüm dosya kapsamına göre, kazadaki tarafların kusur oranlarının belirlenmesi konusunda ayrıntılı, gerekçeli, denetime elverişli, çelişkileri giderir rapor alınması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken; yanlışlı değerlendirmeyle, yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

3-Davacı taraf, davacı ... kazadaki yaralanması nedeniyle yapılan tedavi giderlerinin de davalılardan tahsilini talep etmiş; ancak, tedavi giderlerinin kapsamını tam olarak açıklamamıştır. Mahkeme ise, bu alacak kalemi yönünden, davacı tarafa talebini açıklatıp somutlaştırmadan, takdiren 2.500,00 TL'yi hüküm altına almıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1. maddesi gereği hakimin, uyuşmazlığın çözümü bakımından belirsiz veya çelişkili olan hususları taraflara açıklatıp davayı aydınlatma görevi bulunmaktadır. Eldeki davada davacı taraf, davacı ... 'un yaralanması nedeniyle tedavi giderlerini diğer davacı baba Abdulmenaf'ın yaptığını ileri sürerek talepte bulunmuş; sadece tedaviye bağlı belgesiz tedavi giderlerini mi yoksa hem belgeli hem de belgesiz tüm tedavi giderlerini mi talep ettiğini somut bi-

çimde açıklamamıştır.

Davacının talep ettiği tedavi harcamalarının nev'i, bu zarardan sorumlu olanların belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Zira, 25.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesinde değişiklik yapan 6111 sayılı Kanun'un 59. maddesi ve geçici 1. maddesi gereği, trafik kazaları nedeniyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedellerinden Sosyal Güvenlik Kurumu sorumlu olacak ve zarara sebep olan araç malik, sürücü ve sigortacısı sorumlu tutulamayacaktır. 6111 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce açılmış olan ve tedavi gideri talebini de içeren davalarda, SGK Başkanlığı davada yasal hasım haline geldiğinden davaya dahil edilmesi gerekecektir. Ancak, 6111 sayılı Kanun ile KTK'nun 98. maddesinde yapılan değişiklik gereği kanun kapsamında olmayan tedavi giderleri için, zarara sebep olan araç ilgililerin sorumluluğu devam edecektir.

Açıklanan hukuki ve maddi vakıalar karşısında mahkemece; öncelikle, davacı tarafa uygun bir süre verilerek, dava konusu edilen tedavi giderleri kapsamının (belgeli- belgesiz) açıklattırılması ve yapılan açıklamaya göre eksik kalan delillerin ve tedavi belgelerinin toplanması; 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gereği SGK'nın sorumlu

olduğu tedavi giderlerinin de dava konusu edildiğinin bildirilmesi halinde, SGK'nın davaya dahil edilmesi; davacı ... 'un kazadaki yaralanması nedeniyle yapılan ve davaya konu edilen tedavi giderleri için, SGK'nın sorumlu olduğu tedavi giderleri ile sorumluluğu dışındakilerin ayrı ayrı hesaplanması, davacının yaralanmasının mahiyetine göre yapılması kaçınılmaz olan belgesiz tedavi giderleri için ayrıca hesaplama yapılması hususlarında, uzman doktor bilirkişiden rapor alınması ve oluşacak sonuçta göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle, yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

4-Bozma ilamının kapsam ve şekline göre, davacılar vekili ile davalı ... Tur. İşl. A.Ş. vekilinin, diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davacılar vekili ve davalı ... Tur. İşl. A.Ş. vekilinin, açıklanan yönlerle ilişkin sair temyiz itirazlarının REDDİNE; (2) ve (3) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle, davacılar vekili ve davalı ... Tur. İşl. A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**; (4) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davacılar vekili ve davalı ... Tur. İşl. A.Ş. vekilinin diğer temyiz itirazlarının in-

celenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılara ve davalı ... Turz. İşlet. A.Ş.'ye geri verilmesine ve 2.037,00 TL vekalet ücretinin davalılardan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davacılara verilmesine, 2.037,00 TL vekalet ücretinin davalılardan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalı ... Turz. İşlet. A.Ş.'ye verilmesine, 21/01/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TEDAVİ GİDERLERİ

SİGORTA ŞİRKETLERİNİN SORUMLULUĞU

ÖZET: Sigorta şirketinin, poliçe primini ödeyen işleyen ile sürücünün yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluğun dava dışı Sosyal Güvenlik Kurumu'na geçtiğinde kuşku yoktur. Buna karşın belgesiz tedavi giderlerinden sigorta şirketinin, işleyen ve sürücünün sorumlulukları devam etmektedir.

Somut olayda dava 10.07.2013 tarihinde 6111 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden sonra açılmıştır. Mahkemece sözü edilen yasa değerlendirilmeden hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacılar tarafından faturalandırılan belgeli tedavi giderleri tespit edilerek mahkemece bu bedellere hükmedilmiştir. Oysa ki davacılar tarafından talep edilen ve belgelendirilen tedavi giderleri 2918 sayılı Kanun'un 98. maddesi kapsamında olup, dava dışı SGK'nın sorumluluğunda bulunduğundan, belgeli tedavi giderleri bakımından davalılara husumet yöneltip yönetilemeyeceğinin tartışılması gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Y. 17. HD. E. 2016/4238 K. 2018/12789 T. 25/12/2018

Davacı vekili dava dilekçesinde; davalılardan Dursun sevk ve idaresindeki ve diğer davalı ... Tur adına kayıtlı davalı ... şirketince sigortalanan 48SG6839 plakalı aracın kendisine çarparak yaralanmasına neden olduğunu, uzun süre yatağa bağımlı halde yaşamak zorunda kaldığını, koltuk değneğiyle yürüyebildiğini, yaz aylarında çalışan müvekkilinin çalışma imkanını kaybettiğini, olayda davalı tarafın asli ve tam kusurlu olduğunu belirterek, davalının 5000, 00TL(tedavi-kontrol geliş gidiş ücreti , araç tamir masrafı, gelir kaybı, işten güçten kalma tazminatı) maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen ve müştereken tahsiline ve müvekkilinin duyduğu üzüntü ve acının kısmen telafisi için 10.000, 00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiş, 17.06.2015 havale tarihli dilekçesinde ise maddi tazminat taleplerini tedavi gideri(hastane kontrol geliş-geliş) ve aracın tamir masrafları yönünden daralttıklarını beyan etmiştir.

Davalılar ... ve ... Turizm Ltd. Şti vekilleri cevap dilekçelerinde davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabul ve kısmen reddi ile; 4216.51 TL maddi tazminatın (Davalı ... şirketinin sorumluluğu sigorta limiti ile sınırlı olmak kaydı ile) davalılar ... Tur.Ltd.Şti ve ... bakımından olay tarihi olan 20.04.2013 tarihinden itibaren, davalı ... şirketi bakımından ise dava tarihi olan 30.10.2013 tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanununun 1.maddesi gereğince yasal faiz işletilmesi kaydı ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, fazlaya ilişkin talebinin reddine, manevi tazminat talebinin kabulü ile 10.000, 00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 20.04.2013 tarihinden itibaren 3095 sayılı kanunun 1.maddesi gereğince yasal faiz işletilmesi kaydı ile davalılar Varlık Tur. Ltd. Şti ve ... bakımından müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş;hüküm davalı ... tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, özellikle oluşa uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranlarının hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davalı ...'in (4) (5) ve (6) nolu bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi-manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde davacının yaralanması ile sonuçlanan kaza nedeniyle uğradığını iddia ettiği tedavi-kontrol geliş gidiş ücreti , araç tamir masrafı, gelir kaybı, işten güçten kalma tazminatı şeklindeki maddi kazanç kayıpları için fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 5.000, 00 TL maddi tazminat ve 10.000, 00 TL manevi olmak üzere toplam 15.000

TL tazminat talep etmiş, ancak 5.000 TL maddi tazminat talebinin ne kadarlık kısmının tedavi-kontrol geliş gidiş ücreti , araç tamir masrafı, gelir kaybı, işten güçten kalma tazminatı olduğu, dava dilekçesinde açık değildir. Bu durumda mahkemece HMK'nın 31. maddesinde düzenlenen hakimin davayı aydınlatma ödevi doğrultusunda, davacı vekiline dava dilekçesinde talep edilen 5.000, 00 TL'nin kalem kalem açıklattırılması gerektiğinin gözetilmemesi doğru değildir.

3-Davacı vekili 17.06.2015 havale tarihli dilekçesinde ise maddi tazminat taleplerini tedavi gideri(hastane kontrol gidiş-geliş) ve aracın tamir masrafları yönünden daralttıklarını beyan etmiş olup, 6100 HMK' nda "talep daraltmak" şeklinde bir taraf işlemi bulunmayıp, söz konusu talebin 1 inci bentteki eksiklik tamamlandıktan sonra, HMK'nun 307 vd. maddelerinde düzenlenen davadan feragat hükümlerine göre değerlendirilerek hüküm kurulmaması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

4-Kabule göre, 25.02.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 13.02.2011 tarihli 6111 Sayılı Yasa'nın 59. maddesi ile 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesi değiştirilmiş, buna göre "trafik kazaları nedeniyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedellerinin kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı", Yasanın geçici 1. maddesi ile de "Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı, söz konusu sağlık hizmet bedelleri için bu Kanun'un 59. maddesine göre belirlenen tutarın %20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülüklerinin sona ereceği, " öngörülmüştür. Sigorta şirketinin, poliçe primini ödeyen işleten ile sürücünün yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluğun dava dışı Sosyal Güvenlik Kurumu'na geçtiğinde kuşku yoktur. Buna karşın belgesiz tedavi giderlerinden sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün sorumlulukları devam etmektedir.

Somut olayda dava 10.07.2013 tarihinde 6111 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden sonra açılmıştır. Mahkemece sözü edilen yasa değerlendirilmeden hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacılar tarafından faturalandırılan belgeli tedavi giderleri tespit edilerek mahkemece bu bedellere hükmedilmiştir. Oysaki davacılar tarafından talep edilen ve belgelendirilen tedavi giderleri 2918 sayılı Kanun'un 98. maddesi kapsamında olup, dava dışı SGK'nın sorumluluğunda bulunduğundan, belgeli tedavi giderleri ba-

kimından davalılara husumet yöneltilip yöneltilemeyeceğinin tartışılması gerekir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

5-Kabule göre; davacı vekili dava dilekçesinde kazada hasarlanan davacıya ait motosikletin tamir masraflarını talep etmiş, Mahkemece, davacının talep edebileceği araç hasar bedelinin belirlenmesi bakımından, herhangi bir inceleme yapıp rapor alınmaksızın, davacı tarafca sunulan ve Honda Kıvrak Motor tarafından düzenlenen 18.05.2013 tarihli fatura bedeli 1.299, 49 TL esas alınmak suretiyle maddi tazminata dahil edilmek suretiyle davalı taraftan tahsiline karar verilmiştir. Trafik kazası nedeniyle davacının aracında oluşan hasar bedelinin tahsili istemine ilişkin davada, davacının uğradığı gerçek zarar miktarı oranında ve tarafların kusur durumlarına göre tazmine hükmolunabileceğinden, mahkemece gerçek zararın tespiti gerekmekte olup bu tespit yapılması da özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir. 6100 Sayılı HMK'nun 266/1.maddesi "Mahkeme, çözümü hukuk dışında, hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir" düzenlemesine yer vermiştir.

Mahkemece, dava konusu trafik kazasında hasarlanan davacının aracıdaki gerçek zarar miktarının belirlenmesi yönünden hasar konularında uzman bilirkişi(makina mühendisi)'den ayrıntılı, gerekçeli, denetime elverişli bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; sadece davacının sunduğu onarım faturasındaki bedellere göre değerlendirme yapılması ve eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

6- Davacı vekili, dava konusu kaza sonucu davacının yaralanmasından duyulan üzüntü nedeniyle 10.000, 00 TL. manevi tazminat isteminde bulunmuş; mahkemece talebin kabulüne karar karar verilmiştir.

6098 sayılı TBK'nun 56.(818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47.) maddesi hükmüne göre, hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Manevi tazminat, zarara uğrayanda, manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1976 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hakim bu konuda takdir

hakkını kullanır iken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

O halde mahkemece; meydana gelen trafik kazası sonucu davacının duyduğu acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amacıyla; tarafların sosyal ve ekonomik durumları, zararın ağırlığı, kazanın meydana geldiği tarih ve olay tarihindeki paranın alım gücü göz önünde bulundurularak davacı için hak ve nasafet kuralları çerçevesinde daha düşük manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, somut olay ile bağdaşmayan yüksek miktarda manevi tazminata hükmedilmesi uygun görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı ...'in (4) (5) ve (6) nolu bentler dışındaki sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**, (2) ve (3) nolu bentlerde açıklanan ve re'sen görülen nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, (4) (5) ve (6) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalı ...'in temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı ...'e geri verilmesine 25/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Manevi tazminatın fazla takdir edilmesi hukuka aykırıdır. Tedavi giderinde sorumluluk Kurumundur.

Y. 17. HD E. 2016/3769 K: 2019/285 T:17/01/2019

Davacı vekili, davalıların maliki, sürücüsü, trafik sigortası olduğu araç ile davacının kullandığı motorsikletin karıştığı trafik kazası sonucunda davacı yaralandığını belirterek, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak kaydı ile 7.500.000.000 TL maddi, 7.500.000.000 TL işten kalma tazminatı olmak üzere toplam 15.000.000.000 TL maddi tazminat ile 10.000.000.000 TL manevi tazminat olmak üzere toplam 25.000.000.000 TL tazminatın kaza tarihi olan 08.08.2003 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili talep ve dava etmiştir.

Davalı ...Ş. vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı ... vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı ... vekili, dava dilekçesine süresi içinde cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kısmen kabul, kısmen reddine karar verilmiş; hüküm, davalı ... vekili ile davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı ... vekili ile davalı ... vekilinin aşağıdaki benden kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarara dayalı tazminat ile manevi tazminat istemine ilişkindir.

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması ve buna göre manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23/06/2004, 13/291-370)

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, dosyadaki takdir olunan manevi tazminatların bir miktar fazla olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

3- Mahkemece, davacının tedavi giderlerine ilişkin doktor bilirkişisi tarafından düzenlenen rapor doğrultusunda 6111 sayılı yasa hükümleri uyarınca belgeli tedavi giderlerinden ilişkin davalı ... yönünden de davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

4-Davacı 20.2.2013 tarihinde vekilini azletmiştir. Mahkemece 26.3.2015 tarihinde karar verilmiş olup bu tarihte davacının vekili olmadığı gözönüne

alınarak davacı lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması da bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı ... vekili ile davalı ... vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**; (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ... vekili ile davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne (3), (4) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılar ... ve ...'ya geri verilmesine 17/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • BAKICI GİDERİ ALACAĞI

ÖZET: Kazalının bakıma muhtaç olduğu sürenin hekim bilirkişi tarafından belirlenmesi gerekir.

Y. 17. HD E. 2018/1098 K. 2019/19 T. 14.01.2019

Davacılar vekili, davalıların işleten/ sürücüsü ve trafik sigortacısı olduğu aracın, davacı ... 'a çarparak ağır şekilde yaralanmasına neden olduğunu, davalının tedavi, yol ve bakıcı gideri yapmak zorunda kaldığını, eşi ve oğlu olan diğer davacıların olay nedeniyle büyük üzüntü yaşadıklarını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak ve davalı ... şirketi sadece maddi tazminattan sorumlu olmak kaydıyla davacı Aslı için 1.000, 00 TL. maddi tazminat ile 15.000, 00 TL. manevi tazminatın, diğer davacılar için 25.000, 00 TL. manevi tazminatın kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep etmiş; 03.04.2013 tarihli ıslah dilekçesiyle, maddi tazminat taleplerini 17.627, 75 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı ... şirketi vekili, sigortalının kusuru oranında zarardan sorumlu olduklarını, tedavi giderlerinden SGK'nın sorumlu olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... vekili, tedavi giderlerinden SGK'nın sorumlu olduğunu, davaya konu kazada davacı ... asli kusurlu olduğunu, istenen tazminatların fahiş olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre; davanın kısmen kabulü ile 17.627, 75 TL. maddi tazminatın, davalı ... için kaza tarihinden, davalı ... şirketi için dava tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte müteselsilen tahsiline; davacı Aslı için 10.000, 00 TL, ... ve ... için 5.000, 00'er TL. manevi tazminatın kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle

birlikte davalı ...'dan tahsiline dair verilen hükmün, davalı ... Group Sigorta A.Ş. vekili tarafından temyizi üzerine, Dairemiz'in 23.03.2015 tarih, ... Esas ve 2015/4741 Karar sayılı ilamı ile; "davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının yerinde olmadığı; ancak, davacı tarafın 12 ay boyunca aylık 1.500, 00 TL. bakıcı ücreti ödendiğine dair sözleşme sunarak bu zararı talep ettiği, bu sözleşmenin her zaman düzenlenmesi mümkün olan adi yazılı belge olduğu gözetilerek ortopedi uzmanı bilirkişiden rapor alınıp davacının ne kadar süre bakıcı yardımına ihtiyacı olduğunun belirlenmesi, daha sonra da aylık bakıcı ücretlerinin araştırılması ve bu hususta bilirkişi görüşü alınmasıyla oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle karar verilmesinin doğru görülmediği" gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada toplanan delillere göre; davanın kısmen kabulü ile 17.627, 75 TL. maddi tazminatın davalı ... için kaza tarihinden, davalı ... şirketi için dava tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte müteselsilen tahsiline; davacı Aslı için 10.000, 00 TL, ... ve ... için 5.000, 00'er TL. manevi tazminatın kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı ...'dan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı ... Group Sigorta A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince yapılan yargılamada toplanan delillerin takdirinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; daha önce temyize konu edilip bozma kapsamı dışında bırakılan yönlerle ilişkin temyiz itirazlarının yeniden incelenmesinin mümkün olmamasına; konusunda uzman doktor bilirkişi tarafından, davacı... 'un kazadaki yaralanması nedeniyle bakıcıya ihtiyaç duyacağı sürenin, gerekçeli ve denetime elverişli biçimde belirlenmiş olmasına; davacının bakıcı giderlerinin, dosya kapsamına uygun biçimde saptandığı uzman bilirkişi raporunun benimsenmesinde bir usulsüzlük görülmemesine göre; davalı ... Group Sigorta A.Ş. vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 29, 20 TL fazla alınan temyiz harcının temyiz eden davalı ... Group Sigorta A.Ş'ye geri verilmesine 14/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZORUNLU KOLTUK SİGORTASI • TEDAVİ GİDERİ

ÖZET: Doktor bilirkişiden rapor alınarak, hastane kayıtları ve faturalarının tümü incelenmek suretiyle, kaza sonrasında oluşan yaralanma ile yapılan tedavilerin uyumlu olup olmadığı, tedavi giderleri olarak faturaya yansıyan bedellerin yapılan tedaviye göre makul olup olmadığına denetlenmesi gerekmektedir. Mahkemece, anılan husus gözardı edilerek, yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Y. 17. H D E. 2015/15354 K. 2018/12910 T.:27/12/2018

Davacı vekili, davalı şirkete ait davalı ... sevk ve idaresindeki tır ile müvekkili şirkete Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigorta poliçesi ile sigortalı bulunan otobüsün 28.12.2011 tarihinde karıştığı kazada yaralanan dava dışı 3. kişilerin tedavi giderleri olarak yapılan ödemenin davalı tarafın kusur oranına isabet eden 17.653, 22 TL'nin 28.12.2001 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre davanın kısmen kabulü ile 17.653, 23 TL rücu alacağının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı şirket vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı şirket vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazası nedeni ile rücu tazminat istemine ilişkindir.

Meydana gelen kazada otobüste bulunan dava dışı yolcuların yaralandığı ve tedavi gördüğü, davacı tarafından tedavi giderlerinin ödendiği anlaşılmaktadır. Öncelikle dosya içerisinde tedavi giderlerinin ödendiği belirtilen kişilerden Ayşe ve Nazife'ye ait tedavi evrakları bulunmadığı gibi, faturalara da rastlanmamış olup tüm hastalara ilişkin tedavi evrakları ve faturalar dosya içerisine alınmalıdır. Zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası ölüm - maluliyet yönünden meblağ sigortası ise de tedavi giderleri yönünden zarar sorumluların-

dan istenebilecek tazminat tutarı zarar görenin gerçek zararı kadar olabilir. Dosya içerisindeki doktor bilirkişi raporlarında bu konuda bir değerlendirme yapılmamış olup bu nedenle konusunda uzman başka bir doktor bilirkişiden rapor alınarak, hastane kayıtları ve faturalarının tümü incelenmek suretiyle, kaza sonrasında oluşan yaralanma ile yapılan tedavilerin uyumlu olup olmadığı, tedavi giderleri olarak faturaya yansıyan bedellerin yapılan tedaviye göre makul olup olmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Mahkemece, anılan husus gözardı edilerek, yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

3- Bozma neden ve şekline göre davalı şirket vekilinin vekalet ücretine yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı şirket vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı şirket vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle vekalet ücretine yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Komacan Dış Tic. Nak. A.Ş.'ye geri verilmesine, 27/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • TEDAVİ GİDERLERİ

ÖZET: Trafik kazasında tedavi giderlerindeki sorumluluk SGK'ya aittir.

Y. 17. HD. E. 2016/565 K. 2018/12850 T. 26/12/2018

Davacı vekili; 09.12.2007 tarihinde davalı ... C.'un sevk ve idaresindeki araç ile davacının içinde yolcu ayrıca maliki olduğu araçta seyir halinde iken direksiyon hakimiyetini kaybederek çarpıştığını ileri sürerek şimdilik 1.000, 00 TL maddi tazminatın müştereken müteselsilen davalılardan, 25.000, 00 TL manevi tazminatın davalı ... C.'dan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı Anadolu Sigorta Şirketi vekili ve ... vekili, davanın reddini istemiştir.

Davalı SGK Müdürlüğü vekili; tedavi giderinin karşılanabilmesi için, sigorta şirketi ya da güvence hesabının prim karşılıklarının kuruma aktarılmış olması gerektiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile davalı ... C. ve sigorta şirketine karşı açılan sürekli iş göremezlik zararı ile bakıcı gideri zararı istemli davanın kısmen kabulü ile; 36.874, 82 TL'nin kaza tarihi olan 09/12/2007 tarihinden itibaren (sigorta şirketi yönünden temerrüt tarihi olan 24/01/2008 tarihinden itibaren) işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine (davalı sigorta şirketinin sorumluluğunun ZMM ve İMM Sigorta poliçe limitleriyle sınırlı tutulmasına) davalı ... C. ve sigorta şirketine karşı açılan tedavi giderine ilişkin maddi tazminat istemli davanın pasif husumet yokluğundan reddine, davalı SGK'ya karşı açılan tedavi giderlerine ilişkin maddi tazminat istemli davanın kabulü ile; 41.217, 89 TL'nin asıl dava tarihi olan 20.06.2008 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davalı ... C.'a karşı açtığı manevi tazminat istemli davanın kabulü ile; 25.000, 00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 09/12/2007 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine dair karar verilmiş; hüküm davalı SGK vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde, davanın delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/2. maddesi gereğince, uzamış ceza zamanaşımı süresi içinde ıslahın yapıldığı; davalı SGK Müdürlüğü vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile hükmün **ONANMASINA** ve 492 Sayılı Harçlar Yasasının 13/J maddesi uyarınca davalı SGK'dan harç alınmamasına, 26/12/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TEDAVİ GİDERİ • SGK SORUMLULUĞU

ÖZET: 6111 Sayılı Kanun gereği yasanın yayımlandığı tarihten önce ve sonra meydana gelen tüm trafik kazaları nedeni ile sunulan belgeli sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacaktır.

Y. 17. HD. E. 2016/2338 K. 2019/345 T. 17/01/2019

Davacı vekili, dava dışı A'nın müvekkili şirket nezdinde Sağlık Sigorta Poliçesi kapsamında sigortalı olduğunu, sigortalı ... 'ın 09/02/2012 tarihinde davalı ...'nın maliki, davalı ...'nın sürücüsü olduğu, aracın içerisinde yolcu olarak seyrederken meydana gelen trafik kazasında yaralandığını, yaralanan sigortalının tedavisi ile ilgili olarak ... Hastanesi A.Ş'ye 4.403, 61 öden-

diğini, meydana gelen trafik kazasında davalı ...'nın aracın maliki sıfatıyla, davalı ...'nın söz konusu aracın sürücüsü olması sebebiyle, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nın ise 6111 Sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu nun 98. Maddesi nedeniyle meydana gelen kazalarda oluşan yaralanmalarla ilgili tedavi giderlerinden sorumlu olduklarını belirterek 4.387, 07 TL tazminatın 23/03/2012 tarihinden, 16, 54 tazminatın 16/04/2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece; iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre davanın kabulüne 4.387, 07 TL tazminatın 23/03/2012 tarihinden 16, 54 TL tazminatın 16/04/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya ./... verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı ... vekili ve davalılar ... ile ..., tarafından temyiz edilmiştir.

1-) Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı ... vekilinin tüm, davalı ... ve davalı ...'in sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-) Dava, trafik kazasından kaynaklanan sağlık sigorta poliçe kapsamında ödenen tedavi giderinin rücu tazmini istemine ilişkindir.

25.02.2011 tarihinde 6111 sayılı "Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanunun 59. maddesi ve geçici madde 1 ile trafik kazası sebebi ile kazazedelerin sağlık hizmet bedellerinin, sosyal güvenceleri olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik kurumu tarafından karşılanacağı ve yine bu kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedellerinin de Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı hükme bağlanmıştır.

Buna göre; 6111 Sayılı Kanun gereği yasanın yayımlandığı tarihten önce ve sonra meydana gelen tüm trafik kazaları nedeni ile sunulan belgeli sağlık hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacaktır.

Mahkemece, davacının rücu esas talebinin belgeli tedavi giderleri olmasına göre, 6111 sayılı Yasada düzenlendiği üzere ZMMS ile sigorta poliçe primi yatıran davalı işletenin ve sorumluluğunun üslendiği sürücüsünde belgeli tedavi giderlerinden sorumluluğu bulunmaması nedeniyle davalı ... ve ...

yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ... vekilinin tüm, davalı ... ve ...'in sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ... ve Mehmet'in temyiz itirazının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılar Deniz ve Mehmet Yargıcı geri verilmesine, 492 Sayılı Harçlar Yasasının 13/J maddesi uyarınca davalı ... Müdürlüğü'nden harç alınmamasına, 17/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MÜCBİR SEBEP • SEL OLMASI

ÖZET: Selin yaratabileceği zararlar önlenebileceğinden mücbir sebep sayılmaz

Y. 17. HD. E: 2018/6045 K. 2019/805 T. 04/02/2019

Davacı vekili, davacı tarafından "Kobi Paket Sigorta Poliçesi" ile sigortalı olan...Büyük Mağazacılık Tic. A.Ş'ye ait işyerinde, 04.07.2012 tarihindeki kuvvetli yağışın neden olduğu sel nedeniyle hasar meydana geldiğini, dere yatağı üzerine kurulan alışveriş merkezinin işletmecisi- maliki ve yapımcısı olan davalıların sel nedeniyle oluşan hasarda kusurlu olduğunu, sigortalı işyerinde tespit edilen hasar bedelini sigortalılarına ödeyip haklarına halef olduklarını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 330.438, 00 TL'nin ödeme tarihlerinden işleyecek reeskont faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalı... Hizm. Tic. A.Ş. vekili, davaya konu sel olayından hasar gören işyerinin bulunduğu alışveriş merkezinin maliki olmayan ve sadece işletmecisi olan davalının zarardan sorumlu olmadığını, alışveriş merkezini inşa eden ve dere yatağı üzerine yapılmasına izin veren kurum olmayan davalıya husumet düşmeyeceğini, dere yatağı ıslahı ile bina yapımının ruhsat ve projeye uygun olarak yapıldığını, olay tarihindeki yağışın miktarı dikkate alındığında mücbir sebepten meydana gelen sel hasarından davalının sorumlu olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... San. ve Tic. A.Ş. vekili, yetkili idareler tarafından verilen izinlere ve onaylanan projelere uygun biçimde binanın inşa edildiğini, dere yatağındaki ıslah çalışmalarının da idarenin belirlediği ölçülere uygun biçimde yapıldığını, olay tarihindeki yağış miktarı dikkate alındığında olayın doğal afet

olduğunu ve mücbir sebep niteliğindeki olaydan doğan zarardan sorumlu olmadıklarını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve yapılan yargılamaya göre; sigortacının halefiyet hakkına dayanarak bina malikine karşı açtığı rücuen tazminat davasının ticari dava niteliğinde bulunmadığı ve yargılamanın Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görev alanına girdiği gerekçesiyle, mahkemenin görevsizliğine dair verilen hükmün, davacı vekili tarafından temyizi üzerine, Dairemiz'in 14.11.2013 tarih, 2013/16660 Esas ve 2013/15747 Karar sayılı ilamı ile; "davacı sigortacının halefi olduğu sigortalı ve davanın taraflarının tacir olduğu, dava konusunun tarafların ticari işletmesini ilgilendirdiği, uyuşmazlık ticari dava niteliğinde olduğundan çözümünün Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görev alanına girdiği, mahkemece görevsizlik kararı verilmesinin doğru olmadığı" gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada toplanan delillere göre; davanın kabulü ile 330.438, 00 TL. tazminatın davalılardan müteselsilen tahsiline, tazminatın 150.000, 00 TL'lik kısmına 17.08.2012 tarihinden ve 180.438, 00 TL'lik kısmına 03.10.2012 tarihinden itibaren reeskont faizi uygulanmasına karar verilmiş; hüküm, davalı... Hizm. Tic. A.Ş. vekili ve fer'i müdahil ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; davaya konu edilen sel olayının doğuracağı hasarın, alınacak önlemlerle engellenebileceği ve kaçınılmazlık vasfı taşımadığı gözetildiğinde, mücbir sebep olarak değerlendirilemeyecek olmasına; davalı... Hizm. Tic. A.Ş. ile diğer davalı ... San. Tic. A.Ş. arasındaki 22.03.2012 tarihli kira sözleşmesinin kapsamı ve davalı...Tur. A.Ş'nin sigortalı işyerinin de bulunduğu alışveriş merkezindeki çok sayıda işyerini kiraya veren sıfatıyla hareket ettiği dikkate alındığında, diğer davalının ticari temsilcisi olarak hareket ettiğinin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamasına; davalı şirketler yanında davaya fer'i müdahil olarak katılan idarelerin davanın tarafı haline gelmemiş olmasına ve davada taraf olmayanlar hakkında hüküm tesis edilemeyecek olmasına göre; davalı... Hizm. Tic. A.Ş. vekili ve fer'i müdahil ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, işyeri sigorta poliçesi gereği sigortalısına ödeme yapan davacının ödediği bedelin, zarardan sorumlu olduğu iddia edilen davalılardan rücuen tahsili istemine ilişkindir.

Davacı tarafça aynı alacak için, eldeki davaya konu sel hasarının oluşumunda kusurlu olduğu iddiası ile fer'i müdahiller ... Büyükşehir Belediye

Başkanlığı ve ... ile dava dışı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü aleyhine, ... 1. İdare Mahkemesi'nin 2013/204 Esas sayılı dosyasında da rücuen tazminat davası açıldığı; İdare Mahkemesi tarafından, eldeki dava bakımından alınan kusur raporu esas alınmak suretiyle, sel hasarının oluşumunda ... İnşaat A.Ş. ve...Tur. A.Ş. ile birlikte davalı belediyelerin de kusurlu olduğu kabul edilerek, olayda kusuru bulunmayan ... Genel Müdürlüğü hakkındaki davanın reddine ve 220.292, 00 TL. tazminattan belediyelerin sorumluluğuna karar verildiği; kararın temyizi üzerine, Danıştay 8. Dairesi'nin 09.02.2016 tarih, 2015/8964 Esas ve 2016/795 Karar sayılı ilamı ile ... 1. İdare Mahkemesi kararının bozulduğu görülmektedir.

Danıştay 8. Dairesi'nin bozma ilamı incelendiğinde; davacıya sigortalı işyerinin işyeri açma ruhsatları ile yapı kullanım izin belgesi ve imar hukukuna ilişkin yapı ruhsatlarının araştırılması; anılan izin ve ruhsatların bulunmaması halinde, davacı sigortacının işyerini sigortalama esnasında gerekli araştırmayı yapmadan poliçe düzenlemesi nedeniyle basiretli tacir gibi hareket etmediği değerlendirilip, bu durumun idarelerin hizmet kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağına kaldıracağı ve sigortacının idarelere rücu hakkının bulunmayacağına gözetilmesi gerektiği; anılan izin ve ruhsatların bulunması halinde ise, dere yatağı üzerine kurulan alışveriş merkezinin yapımı açısından kusurlu olan diğer idarelerin de tespitiyle, davalı idarelerin kusur oranlarında zarardan sorumlu tutulmasının gerektiği; ayrıca, oransal olarak kusur belirleme yapan bir rapor bulunmadığı halde, kusur oranları yönünden re'sen belirleme yapıp davalı idarelerin zararın 2/3'ünden sorumlu tutulmasıyla hüküm tesisinin hatalı olduğuna hükmedildiği görülmektedir. Danıştay tarafından verilen bozma kararından sonra, ... 1. İdare Mahkemesi'nin 2917/910 Esas sayılı dosyası üzerinden yargılamaya devam edildiği de dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Temyize konu edilen davada ise mahkemece dere yatağı üzerine izin ve projelerine aykırı biçimde alışveriş merkezini inşa eden davalı ...Ş. ile bu davalının ticari temsilcisi ve işyerlerini kiraya veren diğer davalı...Tur A.Ş'nin oluşan zarardan müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilerek, davaya konu edilen zararın tamamından davalıların sorumlu olduğuna hükmedilmiştir.

Davacı tarafın aynı zarar için, zararın meydana geldiği yapıyı inşa eden davalı ...Ş'ye yapım izni veren, yapıyı yeterince denetlemeyen ve hizmet kusuru olduğu iddia edilen idareler (eldeki davada fer'i müdahil olan) aleyhine de idari yargıda dava açtığı; idareler aleyhine açılan dava hakkında idari yargıda verilen kısmen kabul kararının bozulduğu; idari yargıda verilen bozma kararında, yapıya ilişkin yapım izni ile kullanım belgesini veren idarelerin zarardan sorumlu olup olmadıkları ve zarar ile idarelerin eylemi arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığına ilişkin araştırmanın yetersiz bulunduğu; sigortalı işyerinin bulunduğu ana yapıyı inşa eden- işleten davalıların, idare-

ler tarafından verilen izin ve onaylara bağılı olarak yapıyı inşa etiğı ve işlettiğı dikkate alındığında; idareler yönünden yapılacak illiyet bağına ilişkin araştırmanın, eldeki davanın davalılarının durumunu da etkileyeceğı gözetilip, idari yargıda süren davanın sonuçlanmasının beklenmesi, orada yapılacak tespitler ve verilecek karar dikkate alınmak suretiyle oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle, yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

Kabule göre de; davacı tarafın aynı alacak için hem idari yargıda hem de adli yargıda eldeki davayı açıp alacak talebinde bulunduğu, iki ayrı yargı kolunda açılan davalar sonunda alınacak kararlar ile aynı alacağın iki kez tahsili ihtimalinin bulunduğu dikkate alınmak suretiyle, idari yargıda verilen hükmümlle tahsilde tekerrür oluşturmayacak biçimde tazminatın hüküm altına alınmayışı da doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı... Hizm. Tic. A.Ş. vekili ve fer'i müdahil ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**; (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı... Hizm. Tic. A.Ş. vekili ve fer'i müdahil ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, 1.630, 00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalı... Tic. A.Ş.'ye verilmesine, Duruşmada vekille temsil olunmayan fer-i müdahil ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılar... Tic. A.Ş. ve ... Belediye Başkanlığı'na geri verilmesine 04/02/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

FATURALAR • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Davalı defterlerinde kayıtlı olmayan mal ve hizmetin teslim edildiğini davacı ispatlamalıdır. Davalının düzenlediği iade faturasına ilişkin ispat yükü ise davalıya aittir.*

Y. 19. HD. E. 2017/2169 K. 2019/2384 T. 09.04.2019

Davacı vekili, davalı şirketten takip dayanağı faturalar kapsamında satmış ve teslim etmiş olduğu mallar karşılığında 123.531, 78 TL alacaklı olduklarını, bu alacakları için ilamsız icra takibi başlattıklarını, davalının haksız olarak itiraz ettiğini ve takibin durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline ve %20'den az olmamak üzere kötü niyet tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini dava ve talep etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında tedarik sözleşmesi imzalandığını, 12/09/2013 tarihli protokole göre, yerleşik ticari teamüller gereği "aktivite bedeli" diğer bir ifade ile "iş geliştirme bedeli" olarak davacı şirket tarafından 100.000 Euro bedelinin davalı şirkete ödenmesi hususunda anlaşıldığını, bu bedelin 35.000 Euro tutarındaki kısmına ilişkin davacı yana 31/03/2014 tarihli 122.661, 00 TL bedelli fatura düzenlenip, davacı yana tebliğ edildiğini, ancak davacı tarafın haksız yere söz konusu faturayı defterlerine işlemekten kaçınıp iade ettiğini, davacı şirketin kendi defterlerinde davalı şirketi borçlandırıp, aleyhine icra takibi başlattıklarını, davacı tarafın tespit ettikleri 870, 72 TL tutarındaki alacağın, tüm faiz ve ferileri ile icra dosyasına ödediklerini ve bakiye tutara itiraz edildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonucu hükme esas alınan bilirkişi raporuna göre davalı kayıtlarında takip tarihi itibarıyla davalının davacıya tedarik sözleşmesinden kaynaklanan bir borcunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, faturalara dayalı alacağın tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece her ne kadar davalı tarafın-

* Gönderen Av. Murat Topcuğlu

dan düzenlenip davacıya gönderilmiş ancak davacı tarafından kabul edil-meyerek iade edilmiş 31/03/2014 tarihli 122.661, 00 TL bedelli fatura de-ğerlendirilmek suretiyle davanın reddine karar verilmiş ise de belirtildiği üzere takibin dayandığı faturalar, 24.01.2014 tarihli fatura hariç davalı defterlerinde kayıtlı olup davalının düzenlediği ve mahkemece gerekçe-sine dayanak yapılan faturaise davacı defterlerinde kayıtlı olmadığı gibi davacı tarafından iade edilmiştir. Bu durumda davalı tarafın defterlerinde kayıtlı faturalara ilişkin malların teslim alındığının kabulü gerekir. Davalı defterlerinde kayıtlı olmayan faturaya ilişkin olarak ise mal ve hizmetin teslim edildiğinin davacı tarafından ispat ciheti gerekir. Davalının düzen-lediği iade faturasına yönelik ispat yükü ise davalı taraftadır. Mahkemece tüm bu hususlar dikkate alınmak suretiyle takip tarihi itibarıyla deliller değerlendirilip bu tarih itibarıyla alacağın belirlenmesi gerekir. Bu hu-susta gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 09/04/2019 gününde oybirli-ğiyle karar verildi.

ADİ ORTAKLIĞA KARŞI AÇILAN DAVA

ÖZET: Adi ortaklık hasım gösterilerek açılan da-vanın ortakların tümüne karşı açılması gerekir.

Y. 19. HD. E. 2019/775 K. 2019/2526 T.15.04.2019

Davacı vekili, davacının davalıya un sattığını, davalının fatura ve cari hesap ilişkisinden kaynaklanan borcunu ödemediğini, alacağın tahsili için başlatılan icra takibine davalının itirazının haksız olduğunu ileri sü-rerek itirazın iptali ile icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı ... vekili, davalının fırın işlettiğini ve davacıdan un aldığını, bu alış-verişlerinden dolayı senet düzenlendiğini, bu senetlerin bir kısmının ödenmemesi sebebi ile senede dayalı icra takipleri yapıldığını ancak dava konusu icra takibine dayanak irsaliyeli faturaları konu bir borcunun bu-lunmadığını belirterek, davanın reddi ile davacı aleyhine kötüniyet tazmi-natına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, icra takibinin ... ve Ortakları adına başlatıldığı davanın da bu şekilde açıldığı ancak adi ortaklığı oluşturan diğer ortak ... hakkında usulüne uygun bir takip bulunmadığından davanın pasif husumet yokluğu sebebi ile reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, gerektirici sebepler ve özellikle adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından adi ortaklığı oluşturan kişilerin hepsine birden takip veya dava açılması gerekmesine göre davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 15/04/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÖDEME İDDİASI • İSPAT KÜLFETİ • DEFTER KAYITLARI

ÖZET: Davalının kendi defterlerindeki ödeme kayıtlarının dayanak belge ile desteklenmesi gerekir. Bu konuda davacının defterleri de incelenmektedir.

Y. 19. HD. E. 2017/4971 K. 2019/2623 T. 17.04.2019

Davacı vekili, davacı tarafından davalıya kömür satılıp teslim edildiğini, davalının fatura bedelini ödemediğini, başlatılan icra takibine davalının haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptalini ve icra inkar tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket yetkilisi, takip konusu fatura bedelinin davacıya ödendiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece verilen davanın reddi kararı, Dairemiz 29/02/2016 gün; 2015/13717 E. - 2016/3393 K. sayılı ilamı ile "Dava satışa konu faturadan kaynaklanan alacağın tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Davalı ödeme savunmasında bulunmuştur. Somut olayda malın teslim edildiği kabul edilerek davalının ödeme savunmasının kanıtlanması gerekir. Davalı 26.02.2015 tarihli duruşmada ödemeyi elden yaptığını ve belgesinin olmadığını söylemiştir. Davalının kendi defterlerindeki kayıtlar dayanak belge ile desteklenmediği sürece lehine delil olarak kabul edilemez. Mahkemece davalının ödemeye ilişkin delili soru-

arak davacının da ticari defter ve kayıtları incelenmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.” gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda, davalıya ödeme savunmasına yönelik delillerinin ibrazı için kesin süre verildiği, davalı tarafından delil sunulmadığı, savunmasını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile itirazın iptaline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş ise de, davacının ticari defter ve kayıtlarının sunulması için müzekkere yazılmakla yetinilmiştir. Bozma ilamına uyulan mahkemece yapılması gereken iş, davacıya ihtaratlı davetiye ile defter ve kayıtların tayin edilen gün ve sürede ibraz edilmemesi halinde mevcut delil durumuna göre karar verileceği şerhini içeren bir davetiye çıkarılarak, defterlerin ibrazı halinde bilirkişiden ek rapor alınarak, varılacak uygun sonuç dairesinde karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme hükmünün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde temyiz eden davalıya iadesine, 17/04/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

YERSİZ ÖDEME • TEDAVİ GİDERLERİ

ÖZET: Sigortalılık iptal edilse de tedavi gideri Kurum tarafından geri istenemez.

Y. 21. H D E. 2017/5974 K 2018/9658 T. 25/12/2018

Dava, davalıca davacının ...'a ait işyerinden bildirilen 01/02/2007-15/07/2007 tarihleri arasındakilılığının fiili olmadığı gerekçesiyle iptali ve yaşlılık aylığının iptaline ilişkin işleminin iptali ve davalıa borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince davanın reddine karar verilmiş, davacı vekilince süresinde istinaf yoluna başvurulması üzerineMahkemesince davacı vekilinin istinaf isteminin HMK'nun 353/1-b.2 maddesi uyarınca KABULÜNE, 4.İş Mahkemesine ait 31.03.2017 gün ve 2016/423 E.- 2017/157 K. sayılı hükmün KALDIRILMASINA, yerine; Davanın KISMEN KABUL KISMEN REDDİNE, davacının 31.12.2014 tarih ve 19.629.271/2015 sayılı ve 28.07.2016 tarih ve 102.266646/2128 sayılı borç bildirim belgelerine konu tedavi giderinden sorumlu olmadığına tespitine, davacının 1073525.042 sicil nolu işyerinden yapılan bildirimlerinin ve yaşlılık aylığının iptaline ilişkin işleminin iptaline yönelik istemin reddine karar verilmiştir.

5510 sayılı Kanununun 60. maddesinde, genel sından yararlanacak olanlar sayılmıştır. (g) bendinde ise, "Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sından yararlanma hakkı bulunmayan.....lar" genel lısı sayılmıştır. (g) bendinin lafzından tüm..... ların re'sen sı kapsamına alındığı izlenimi anlaşılmakta ise de durum böyle değildir. Kişinin kapsama alınması, hizmeti alabildiği anlamına gelmemektedir. Ayrıca, genel lısı olmanın koşulları bulunmaktadır.

5510 sayılı Kanuna göre genel lısı sayılabilmek ve lılığın başlangıcı için bildirim ve tescil gereklidir. Kanununun 61. maddesinde, genel sından yararlanmak için bir kısım grupların bildirimine gerek kalmadan kendiliğinden tescil edileceği, bir kısmının tescili için ise bir ay içinde başvuru şartı getirilmiştir.

61'inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi 13/02/2011 t. 6111 SK

35. md ile değişiklikten önce, 17.04.2008 t. ve 5754 SK md. 39 ile değişik hali şöyleydi: "(g) bendinde sayılanlar; diğer bentlere göre genel lısı olmadıkları tarihten itibaren genel lısı sayılır ve bu tarihten itibaren bir ay içinde verecekleri genel sını giriş bildirgesi ile tescil edilirler. Ancak 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında genel lısı sayılanların zorunlu lılıklarının sona erdiği tarihten itibaren 10 gün sonra bu bent kapsamında genel lısı sayılır." Yine Geçici 12/5. fıkrada, "60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (g) bentleri gereğince lı sayılanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren (13/02/2011 t. ve 6111 SK m. 49 ile değişik ibare) 01/01/2012 tarihine kadar bildirimlerini yapmak zorundadır. Bu süre içinde, 60'ıncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (g) bentleri gereğince genel lısı sayılanlardan; tescil talebi olmayanların 18 yaşından küçük çocuklarının hizmetlerinden yararlandırılması halinde (16/06/2010 t. ve 5997 SK m. 8 ile değişik ibare) bu kişiler ca tescil edildikleri tarih itibarıyla genel lısı olurlar. Ancak, aile hekimliği uygulamasına başlanan illerde, bu kişiler (13/02/2011 t. ve 6111 SK m. 49 ile değişik ibare)bu süreye bakılmaksızın genel lısı ve (16/06/2010 t. ve 5997 SK m. 8 ile değişik ibare)bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak ca tescil edildikleri tarih itibarıyla kapsama alınır.

6111 sayılı Kanunla değişmeden önce (g) bendine göre lı sayılanlar ancak bir ay içinde giriş bildirgesi vermek ve ca kabul edilmek suretiyle lı olabilirlerdi. Ancak (g) bendi kapsamında kalanların a müracaatla genel sını tescili uygulaması fiilen gerçekleşmemiştir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere 5510 sayılı Yasa ile tüm.....lar re'sen genel sını kapsamına alınmamışlardır.

Ülkedeki tüm kişilerin genel sını kapsamına alınması, 16.06.2010 tarihli 5997 sayılı Kanunla Geçici 12. maddede yapılan değişiklikle 01.01.2012 tarihinden itibaren olmuştur. Ancak 67. maddeye göre hizmeti sunucusuna başvurulduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sını prim ödeme gün sayısı olması ve 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması gerekir. (g) bendi kapsamında olanlar ise 5510 SK 60/1-c, 1 nolu alt bendi gereği gelir testi uygulaması ile belirlenecek primin ödenmesi halinde yardımlarından yararlanma imkânı getirilmiştir.

Gelir testi işlemi, kişinin çeşitli göstergeler ışığında mevcut gelirinin belirlenmesidir.

Herhangi bir kapsamda genel lısı veya genel lısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamında yardımlarından yararlanma hakkı bulunmayan kişiler 5510 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin

birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel lısı olarak tescil edilmekte olup, anılan kapsamda tescil edilen bu kişilerin tescil tarihinden itibaren yerleşim yerlerinin bulunduğu yerdeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına müracaat ederek gelir testi yaptırmaları gerekmektedir. Gelir tespitinde aynı hanedeki aile esas alınmaktadır. Kanun 60 ncı maddesinin birinci fıkrası (g) bendi kapsamında tescil edilen kişilerin gelir testi müracaat bildiriminin kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına başvurmaları gerekmektedir. Söz konusu bir aylık süre içerisinde gelir testine başvurmamayanların tescil başlangıç tarihinden itibaren aile içindeki gelirin kişi başına düşen aylık tutarı olarak, Kanunun 82 nci maddesine göre belirlenen aylık prime esas kazancın (asgari ücretin) iki katı esas alınarak primlerin tahakkuk ettirilmesi öngörülmüştür.

5510 sayılı Kanunun 60/1-g bendi ile artık herkesin genel sını kapsamına alındığı ve her durumda hizmeti alabileceği kanısı hatalıdır. Koşulları taşımayan kişi hizmeti alamaz. Koşulları sağlayabilirdi mantığıyla'un yersiz tedavi giderlerini tahsil imkanının engellenmesi hem sosyal güvenlik sistemini aksatacak bir durum olup hem de yasa koyucunun amacını aşar mahiyettedir.

19/01/2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6385 sayılı Yasanın 12. maddesi ile 5510 sayılı Yasaya eklenen "Yersiz yapılan giderlerinin terkinin" başlıklı Geçici 45. maddede: "Bu Kanuna göre genel lısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına girmekle birlikte, asli olarak hak etmediği bir kapsamda hizmeti alanlara 31/1/2012 tarihine kadar verilen hizmetlerine ilişkinca tahakkuk ettirilmiş veya ettirilecek borçlar, varsa ilgililerin bu nedenle açtıkları davadan vazgeçmeleri halinde tahsil edilmez. Bu borçlara ilişkin açılmış olan dava ve icra takiplerindenca vazgeçilir." hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükmün gerekçesinde ise, 5510 sayılı Kanuna göre,ların genel sını kapsamına alınmasına ilişkin işlemlerin 2012 yılı Ocak ayı itibarıyla tamamlanması nedeni ile, bu tarihe kadar yaşanan geçiş sürecinde, tabi olduğu genel sını statüsünün aradığı şartlarla yardımı alması gerekirken, Kanunun diğer statülerine göre ya da bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünde hak etmediği halde yardımı yapılanlara ilişkin giderlerinin ilgililerden tahsil edilmemesi ve bu suretle oluşacak mağduriyetlerin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Yani maddenin metnine göre; kişinin genel sını kapsamında herhangi bir statüye göre yardımı alıyor olması, yardımı yapılmasını sağlayan lılık statüsünün geçersiz sayılması halinde ; başka bir geçerli lılık statüsü varsa veya bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına giriyorsa yine yersiz gideri tahsil edilmez. Bu iki hal de yoksa geçersiz

.....lılık statüsüne dayalı yapılan gideri yersizdir veca tahsili gerekir.

..... da 6385 sayılı yasayla getirilen düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin çıkarmış olduğu 08/04/2013 tarih ve 2013/20 sayılı genelgede; “ Ancak, sahte olduğuca yada mahkeme tarafından tespit edilen lı hizmetleri veya bu hizmetlere göre gelir/aylık bağlananlardan aylıkları iptal edilen genel lıları ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerinca tespit edilen yersiz giderleri 6385 sayılı Kanununun geçici 45 inci maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir.” açıklamasına yer vererek dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecek terkin işlemlerini himaye etmeyeceğini ortaya koymuştur.

Geçici 45.madde, 31/01/2012 tarihi öncesindeki tüm yersiz giderlerini affeden, bir madde değildir. Aksi halde sahtecilik yoluyla sahte lılık ve buna dayalı olarak haksız yardımı alan kişiler de Geçici 45. madde ile affedilmiş olur.

Somut olayda, tüm dosya kapsamına göre davalıun davacının davalı ...'a ait 1077097 sicil sayılı işyerinden bildirilenlılığı ve yaşlılık aylığının iptali ile buna bağlı olarak yaşlılık aylıklarının borç çıkarılması işleminin hukuka uygun olduğuna ilişkinMahkemesi kararı yerinde ise de, yukarıda anlatılan yasal düzenlemeler dikkate alındığında 1077097 sicil sayılı işyerindekilılığı fiili çalışmaya dayanmayan davacının yersiz giderlerinden de sorumluluğu bulunmaktadır.

O halde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli veMahkemesi kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunanMahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), dosyanın kararı verenMahkemesine gönderilmesine, 25/12/2018 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

YERSİZ ÖDEME • KURUM GELİRİ

ÖZET: 5510 sayılı Kanununun 60/1-g bendi ile artık herkesin genel sağlık sigortası kapsamına alındığı ve her durumda sağlık hizmeti alabileceği kanısı hatalıdır. Koşulları taşımayan kişi sağlık hizmeti alamaz. Koşulları Kurum sağlayabilirdi mantığıyla (davacının 67. madde kapsamında gelir testine tabi tutulmasıyla oluşacak ihtilafa konu dönemdeki prim borçlarının Kurum tarafından tahsilinin mümkün olması) Kurum'un yersiz tedavi giderlerini tahsil imkanının engellenmesi hem sosyal güvenlik sistemini aksatacak bir durum olup hem de yasa koyucunun amacını aşar mahiyettedir. Kurum talepleri kabul edilmelidir.

Y. 21. HD E. 2018/5254 K. 2019/173 T.17/01/2019

A) Davacı İstemi:

Davacı; 5510 sayılı Yasa'nın 56/2.fıkrası uyarınca boşandığı eşi ile birlikte yaşadığının tespit edilmesi nedeni ile ölüm aylığının kesilmesine ilişkin Kurum işleminin iptali ile borçlu olmadığının tespitini, ödenmeyen yaşlılık aylıklarının yasal faizleriyle birlikte davalı Kurumdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabı:

Davalı SGK Başkanlığı vekili; davacının boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşadıklarının tespit edilmesi nedeniyle ödenen aylık ve giderlerin 5510 sy.nın 96.md. gereği yasal faiziyle birlikte tahsili gerektiğini beyanla davanın reddini talep etmiştir.

C)İlk Derece Mahkemesi Gerekçesi ve Kararı:

İlk derece Mahkemesince; “.. araştırma kapsamında ifadesi alınan şahıslar beyanlarında davacı ile boşandığı eşinin birlikte ikamet ettiklerini ve torunlarına bakmak için ara ara komşusu olan oğullarının evine geldiğini belirttikleri, bu şahıslardan ...'in talimatla alınan beyanında davacı ile komşu olduğunu, bir süre ...'da yaşadıklarını, daha sonra köye geldiklerini, boşandıklarını bilmediğini, halen de birlikte yaşadıklarını belirttiği, yine Kurum görevlisine beyanda bulunan ... isimli şahsın mahkememizde alınan ifadesinde davacı komşusu olan ... isimli bayanın kayın validesi

olduğunu, davacısında kendisinin oturduğu binadan 2-3 bina ilerde oturduğunu, gelininin evine eşi ile birlikte gelip gittiklerini, boşandıklarını bilmediğini, davacının gelinin evine hemen hemen her geldiğinde eşinin de yanında olduğunu, daha sonra davacı ile eşinin köye yerleştiklerini ve Kurum denetim raporundaki beyanının kendisine ait olduğunu belirttiği görülmüştür. ” gerekçesiyle,

“DAVANIN REDDİNE, ” karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu ;

Davacı vekili; dava dilekçesindeki beyanlarını tekrarlar, müvekkilin şiddetli geçimsizlik sebebi ile boşandığını, 12 yıl boyunca ortak çocukları ve torunları için sınırlı sayıda aynı ortamda bulduklarını, genel olarak davacının maddi durumu ve torununa bakmak için oğlu ... ile ika-met ettiğini, eski eşi ile farklı adreslerde bulduklarının kayıtlarla sabit olduğu, 24.01.2013 tarihli raporda Kurumun aksine sonuca vardığını, kabul anlamına gelmemekle birlikte en azından bu tarih öncesine dair bir talepte bulunmaması gerektiği, 2003 yılında gerçekleşen boşanma tarihinde 5510 sayılı Kanunun 56. Maddesinin yürürlükte olmadığı, kaldı ki Anayasanın 20. Maddesine aykırı şekilde özel hayat müdahale edildiğini ileri sürülmektedir.

D) Bölge Adliye Mahkemesi Gerekçesi ve Kararı :

Bölge Adliye Mahkemesince “... davacının boşanmaya rağmen sürekli eski eşi ile yaşamaya devam etmesinin sabit olduğu bu haliyle de aylık bağlama işleminin “muavazaya “ dayalı olduğu açık olmakla....31.01.2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmetlerine ilişkin kurumca tahakkuk ettirilmiş veya ettirilecek borçlar tahsil edilemeyeceği, 31.01.2012 tarihinden sonra ise; davalının 5510 sayılı yasa kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacağı ve prim borcu olup olmadığını bilemeyeceğinden sağlık giderinden sorumlu tutulamayacağı gözetildiğinde, ” gerekçesiyle

“ 1-Davacı vekilinin istinaf isteminin 6100 sayılı HMK’nın 353/1-b.2 bendi uyarınca KISMEN KABULÜ ile,

2-... 5. İş Mahkemesine ait 15.02.2018 gün ve 2017/97 E. 2018/82 K. sayılı kararının KALDIRILMASINA, yerine,

3-Davanın KISMEN KABUL-KISMEN REDDİ ile, Davacının muvazalı boşanma nedeni ile oluşan sağlık giderlerinden Kuruma borçlu olmadığına tespitine, fazla istemin reddine, ” karar verilmiştir.

E) Temyiz:

Davalı SGK vekili; “ BAM ‘ın kısmen kabul kararını kabul etmiyoruz. Kurum işlemi yerindedir. Mahkemece gerekli incelemeler yapılmadan

hüküm kurulmuştur.” gerekçesiyle temyiz yoluna başvurmuştur. Davacı vekili, “:Davacı ve eşi çocukları ve torunları nedeniyle zorunlu görüşmeler dışında biraraya gelmemişlerdir. Eşi iş icabı çoğu zaman şehir dışındadır. Adresleri farklıdır. 2013 tarihli kurum raporunda ayrı yaşadıkları tespit edilmiştir. en azından bu tarihten öncesi için borç çıkarılmamalıdır. ” gerekçesiyle temyiz yoluna başvurmuştur

F) Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere, temyiz kapsam ve nedenlerine göre, davacının tüm temyiz itirazlarının reddine, davalının temyiz itirazlarının kabulüne karar verilmiştir.

2- Dava; 5510 sayılı Yasa'nın 56/2.fıkrası uyarınca boşandığı eşi ile birlikte yaşadığının tespit edilmesi nedeni ile ölüm aylığının kesilmesine ilişkin davalı Kurum işleminin iptali ile kesinlen yetim aylığının yeniden bağlanması istemine ilişkindir.

Hüküm, davacı ve davalı Kurum vekilince temyiz edilmiştir.

Davanın, yasal dayanağı 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Fıkroda: “Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiy-le fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96. madde hükümlerine göre geri alınır.” düzenlemesine yer verilmiştir. Düzenleme ile ölen sigortalının kız çocuğu veya dul eşi yönünden, boşanılan eşle boşanma sonrasında fiilen birlikte olma durumunda, ölüm aylığının kesilmesi ve ödenmiş aylıkların geri alınması öngörülmektedir. Buna göre, daha önce sosyal güvenlik kanunlarında yer almayan, boşanılan eşle fiilen birlikte yaşama olgusu, gelir veya aylık kesme nedeni ve bağlama engeli olarak benimsenmiştir. Anılan 56'ncı maddede, oldukça yalın olarak “eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiy-le fiilen birlikte yaşadığı belirlenen” ibareleri yer almakta olup, kanun koyucu tarafından örneğin; “sosyal güvenlik kanunları kapsamında ölüm aylığına hak kazanmak amacıyla eşinden boşanan”, “hak sahibi sıfatını haksız yere elde etme amacıyla eşinden boşanan”, “gerçek boşanma iradesi söz konusu olmaksızın (muvazaalı olarak) eşinden boşanan” veya bunlara benzer ifadelere yer verilmemiş, sade olarak kaleme alınan metinle uygulama alanı genişletilmiştir. Maddede boşanma amacına-saikine yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğundan, gerek Kurumca, gerekse yargı organlarınca uygulama yapılırken; eşlerin boşanma iradelerinin gerçekliğinin-samimiliğinin araştırılıp ortaya konulması söz konusu olmamalı, boşanmanın muvazaalı olup olmadığına ilişkin herhangi bir araştırma-irdeleme ve boşanma yönün-

deki kesinleşmiş yargı kararının geçerliliğinin sorgulanması yapılmamalı, özellikle, kesinleşmiş yargı organının verdiği karara dayanan “boşanma” hukuki durum ve sonucunun eşlerin gerçek iradelerine dayanıp dayanmadığının araştırılmasının bir başka organın yetki ve görevi içerisinde yer almadığı, kaldı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda “anlaşmalı boşanma” adı altında hukuki bir düzenlemenin de bulunduğu dikkate alınmalıdır. Şu durumda sonuç olarak vurgulanmalıdır ki, boşanma tarihi itibarıyla gerçek-samimi boşanma iradelerine sahip olan (evlilik birliği temelinden sarsılan) veya olmayan tüm eşlerin, maddenin yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden itibaren her ne sebeple olursa olsun eylemli olarak birlikte yaşadıklarının saptanması durumunda gelirin-aylığın kesilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Gelirin-aylığın kesilme tarihi ile Kurumun geri alım (istirdat) hakkının kapsamına ilişkin olarak; eylemli birlikte yaşama olgusunun gerçekleşme-başlama tarihi esas alınarak bu tarih itibarıyla gelir-aylık kesme veya iptal işlemi tesis edilip ilgiliye, anılan tarihten itibaren yapılan ödemeler yasal dayanaktan yoksun-yersiz kabul edilmeli, ancak, söz konusu madde 01.10.2008 günü yürürlüğe girdiğinden, eylemli birliktelik daha önce başlamış olsa dahi maddenin yürürlük günü öncesine gidilmemeli, başka bir anlatımla 01.10.2008 tarihi öncesine ilişkin borç tahakkuku söz konusu olmamalı, böylelikle açıklığa kavuşturulacak yersiz ödeme dönemine ilişkin olarak 5510 sayılı Kanunun 96’ncı maddesine göre uygulama yapılmalıdır. İnceleme konusu 56’ncı maddede, “eşinden boşandığı halde, boşandığı eşyle” ibareleri yer aldığından, birden fazla evlilik ve doğal olarak birden fazla boşanmanın gerçekleşmiş olması durumunda, boşanılan herhangi bir eşle eylemli olarak birlikte yaşama durumunda madde hükmünün uygulanacağı gözetilmelidir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; ; davacının 14.10.2003 tarihinde eşi ...’den boşandığı, 1999 yılında vefat eden babası ...’den dolayı yetim aylığı aldığı, 11/02/2015 tarihli denetmen raporuyla davacı ve eşinin boşandıkları süreçte birlikte yaşadığının tespit edildiği, bu rapora istinaden Kurum tarafından 01/11/2008-31/04/2015 tarihleri arasında ödenen maaşlar , sağlık gideri ve faizinin borç çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Somut olayda ; Sosyal Güvenlik Denetmeni tarafından düzenlenen raporun içeriği, tanıklarının beyanları, birlikte değerlendirildiğinde davacı ve eşinin boşandıktan sonra birlikte yaşamaya devam ettikleri sabit olup 5510 sayılı yasanın 59/2. maddesi gereğince Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından düzenlenen tutanak içeriğinin de aksi ispat edilemediğinden, Bölge Adliye Mahkemesince verilen “kısmen kabul” kararının davanın reddine ilişkin kısmı isabetli olup, davacının yersiz tedavi gideri ve faizinden sorumlu tutulamayacağından davanın kabulüne , iliş-

kin kısmı isabetsiz olmuştur. Şöyle ki:19.01.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6385 sayılı Yasanın 12. maddesi ile 5510 sayılı Yasaya eklenen “Yersiz yapılan sağlık giderlerinin terkinin” başlıklı Geçici 45. maddede:“Bu Kanuna göre genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına girmekle birlikte, asli olarak hak etmediği bir kapsamda sağlık hizmeti alanlara 31/01/2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmetlerine ilişkin Kurumca tahakkuk ettirilmiş veya ettirilecek borçlar, varsa ilgililerin bu nedenle açtıkları davadan vazgeçmeleri halinde tahsil edilmez. Bu borçlara ilişkin açılmış olan dava ve icra takiplerinden Kurumca vazgeçilir.” hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükmün gerekçesinde ise, 5510 sayılı Kanuna göre, vatandaşların genel sağlık sigortası kapsamına alınmasına ilişkin işlemlerin 2012 yılı Ocak ayı itibarıyla tamamlanması nedeni ile, bu tarihe kadar yaşanan geçiş sürecinde, tabi olduğu genel sağlık sigortası statüsünün aradığı şartlarla sağlık yardımı alması gerekirken, Kanunun diğer statülerine göre ya da bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünde hak etmediği halde sağlık yardımı yapılanlara ilişkin sağlık giderlerinin ilgililerden tahsil edilmemesi ve bu suretle oluşacak mağduriyetlerin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.Yani maddenin metnine göre; kişinin genel sağlık sigortası kapsamında herhangi bir statüye göre sağlık yardımı alıyor olması, sağlık yardımı yapılmasını sağlayan sigortalılık statüsünün geçersiz sayılması halinde ; başka bir geçerli sigortalılık statüsü varsa veya bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına giriyorsa yine yersiz sağlık gideri tahsil edilmez. Bu iki hal de yoksa geçersiz sigortalılık statüsüne dayalı yapılan sağlık gideri yersizdir ve Kurumca tahsili gerekir. Geçici 45. madde, gerekçesinde de belirtildiği üzere bütün vatandaşların genel sağlık sigortası kapsamına alınması çalışmalarının yapıldığı 2008-2010- 2012 sürecindeki geçiş döneminin sıkıntılarını gidermek amacıyla çıkarılmıştır. Davacının Kurumdan aylık almak ve bağlantılı olarak sağlık yardımından faydalanmak amacıyla eşinden boşandığının sabit olduğu göz önüne alındığında, MK md. 2'deki “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmüne aykırı şekilde Kurumun sağlık giderlerini isteyemeyeceği tespiti isabetsiz olmuştur. Nitekim Kurum da 6385 sayılı yasayla getirilen düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin çıkarmış olduğu 08/04/2013 tarih ve 2013/20 sayılı genelgede; “ Ancak, sahte olduğu Kurumca yada mahkeme tarafından tespit edilen sigortalı hizmetleri veya bu hizmetlere göre gelir/aylık bağlananlardan aylıkları iptal edilen genel sağlık sigortalıları ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin Kurumca tespit edilen yersiz sağlık giderleri 6385 sayılı Kanunun geçici 45 inci maddesi kapsamında değerlendirilmeyecektir.” açıklamasına yer vererek dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık

teşkil edecek terkin işlemlerini himaye etmeyeceğini ortaya koymuştur. Geçici 45.madde, 31.01.2012 tarihi öncesindeki tüm yersiz sağlık giderlerini affeden, bir madde değildir. Nasıl ki sahte sigortalılık ve buna dayalı olarak haksız sağlık yardımı alan kişileri Kurum Geçici 45. madde kapsamında faydalandırmamışsa , aylık alabilmek için muvazaalı şekilde boşanan kişilerin de bu hükümden yararlanması mümkün olmamalıdır.

Anılan genelgede Geçici 45. maddede yer alan “ilgiliilerin bu nedenle açtıkları davadan vazgeçmeleri halinde tahsil edilmez”ibaresini ve uygulamasını şöyle izah edilmiştir: “Söz konusu borçlara ilişkin sigortalılarca dava açılmış ise bu kişilerin de açtıkları davalardan vazgeçmeleri halinde bu kimselere ait borçlar da istenmeyecektir. Bu kimseler tarafından Kurum aleyhine açmış oldukları davalardan vazgeçtiklerini başvurdukları mahkemeden alacakları “feragat nedeniyle davanın reddine” dair kararın dilekçe ekinde Kuruma verilmesi gerekmektedir.” Mahkemece maddenin bu şartına hiç değinilmemiştir. 5510 sayılı Kanununun 60. maddesinde, genel sağlık sigortasından yararlanacak olanlar sayılmıştır. (g) bendinde ise, “Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar” genel sağlık sigortalısı sayılmıştır. (g) bendinin lafzından tüm vatandaşların re’sen sağlık sigortası kapsamına alındığı izlenimi anlaşılmakta ise de durum böyle değildir. Kişinin kapsama alınması, sağlık hizmeti alabildiği anlamına gelmemektedir. Genel sağlık sigortalısı olmanın koşulları vardır. Bu koşullar 5510sayılı Kanun 67. maddede sayılmıştır. 5510 sayılı Kanunun sağlık hizmetlerinden yararlanma şartlarını düzenleyen 67. maddesine göre; “18 yaşını doldurmamış olan kişiler, tıbben başkasının bakımına muhtaç olan kişiler, trafik kazası halleri, acil haller, iş kazası ile meslek hastalığı halleri, bildirimi zorunlu bulaşıcı hastalıklar, 63 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri gereğince sağlanan sağlık hizmetleri, 75 inci maddede sayılan afet ve savaş ile grev ve lokavt hali hariç olmak üzere sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için;

a) 60 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) ve (f) bentleri hariç diğer bentleri gereği genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması,

b) 60 ncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendi ile (g) bendine tabi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yukarıdaki bentte sayılan şartla birlikte, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihte 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendirilerek tecil ve taksitlendirmeleri devam edenler hariç 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmama-

sı, gerekmektedir... ..” Yani 01.01.2012 tarihi sonrası dönemde, tüm vatandaşlar genel sağlık sigortası kapsamına alınmıştır. Ancak 67. maddeye göre sağlık hizmeti sunucusuna başvurulduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısı olması ve 60 günden fazla prim ve prime ilişkin her türlü borcunun bulunmaması gerekir. (g) bendi kapsamında olanlar ise 5510 SK 60/1-c, 1 nolu alt bendi gereği gelir testi uygulaması ile belirlenecek primin ödenmesi halinde sağlık yardımlarından yararlanma imkânı getirilmiştir. 5510 sayılı Kanuna göre genel sağlık sigortalısı sayılabilmek ve sigortalılığın başlangıcı için bildirim ve tescil gereklidir. Kanununun 61. maddesinde, genel sağlık sigortasından yararlanmak için bir kısım grupların bildirimine gerek kalmadan kendiliğinden tescil edileceği, bir kısmının tescili için ise bir ay içinde başvuru şartı getirilmiştir. Tescili yapılanların ise gelirlerine göre belirlenen oranlara göre genel sağlık sigortası primi ödemeleri gerekmektedir.

Gelir testi işlemi, kişinin çeşitli göstergeler ışığında mevcut gelirinin belirlenmesidir.

Herhangi bir kapsamda genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamında sağlık yardımlarından yararlanma hakkı bulunmayan kişiler 5510 sayılı Kanununun 60 ncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı olarak tescil edilmekte olup, anılan kapsamda tescil edilen bu kişilerin tescil tarihinden itibaren yerleşim yerlerinin bulunduğu yerdeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına müracaat ederek gelir testi yapturmaları gerekmektedir. Gelir tespitinde aynı hanedeki aile esas alınmaktadır. Kanun 60 ncı maddesinin birinci fıkrası (g) bendi kapsamında tescil edilen kişilerin gelir testi müracaat bildiriminin kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına başvurmaları gerekmektedir. Söz konusu bir aylık süre içerisinde gelir testine başvurmayanların tescil başlangıç tarihinden itibaren aile içindeki gelirinin kişi başına düşen aylık tutarı olarak, Kanununun 82 nci maddesine göre belirlenen aylık prime esas kazancın (asgari ücretin) iki katı esas alınarak primlerin tahakkuk ettirilmesi öngörülmüştür.

5510 sayılı Kanununun 60/1-g bendi ile artık herkesin genel sağlık sigortası kapsamına alındığı ve her durumda sağlık hizmeti alabileceği kanısı hatalıdır. Koşulları taşımayan kişi sağlık hizmeti alamaz. Koşulları Kurum sağlayabilirdi mantığıyla (davacının 67. madde kapsamında gelir testine tabi tutulmasıyla oluşacak ihtilafa konu dönemdeki prim borçlarının Kurum tarafından tahsilinin mümkün olması) Kurum’un yersiz tedavi giderlerini tahsil imkanının engellenmesi hem sosyal güvenlik sistemini aksatacak bir durum olup hem de yasa koyucunun amacını aşar mahiyettedir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve Bölge adliye Mahkemesi kararı bozulmalıdır.

G)SONUÇ

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, aşağıda yazılı temyiz harcının davacıya yükletilmesine, 17/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASINDA TEDAVİ GİDERİ • SGK SORUMLULUĞU

ÖZET: Bir iş kazası nedeniyle, sigortalının başvuracağı mercii kendisini bu yönden güvenceye alan, Kurum ve onların sağlık kuruluşlarıdır. İşveren, bu tür zararlandırıcı olayların meydana gelmesi durumlarında; artık sigortalısına karşı muhatap olmaktan çıkar, kurum doğrudan devreye girer. Esasen işveren de belirtilen sigorta kolu nedeniyle Yasanın belirlediği orandan prim ödemek ve ayrıca koşulları varsa, Kurumun yaptığı harcamaları kuruma geri vermekle sorumlu tutulmuştur. Bu nedenle, gerek sigortalı gerekse işveren, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan birbirlerine karşı değil, doğrudan Kuruma karşı sorumludurlar. Yukarıda yapılan açıklamalara göre, tedavi giderlerine yönelik istemin davalı işveren yönünden reddine karar verilmesi gerekirken işverenin tedavi giderlerinden sorumlu tutulması isabetsizdir.

Y. 21. H.D. E. 2016/12999 K. 2018/5561 T. 25/06/2018

Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davalı ... açısından feragat nedeniyle davanın reddine, tedavi giderleri ile birlikte toplam 45.609, 30 TL maddi tazminatın 5.000,

00 TL'sine 27/09/2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiz ile, 30.000, 00 TL manevi tazminatın 27/09/2005 tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalı ...Ş.'den alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından davacının iş kazası sonucu %31, 20 oranında sürekli iş göremezliğinin bulunduğu ve iş kazasının meydana gelişinde davacı sigortalının %25, davalı şirketin %75 oranında kusurlu oldukları anlaşılmaktadır.

3-Olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı ... Sigortalar Yasası; iş kazası nedeniyle işverenin sigortalısına karşı, işe Kurumca el koyuncaya kadar sağlık yardımlarını yapma ve vizite kağıdı düzenleme dışında bir yükümlülüğünü hükme bağlamamıştır. Aksine; sözü edilen Yasanın, 14/3 maddesi; iş kazasının oluşumundan itibaren her türlü sağlık yardımları ile Kurumun sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Sözü edilen Yasanın iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun getiriliş amaç ve nedeni; sigortalıların belirtilen türde bir zararla karşılaşmaları halinde onları doğrudan koruma altına alma ve kendilerine yardım yapacak kuruluşu belirlemektir. Şu duruma göre, bir iş kazası nedeniyle, sigortalının başvuracağı mercii kendisini bu yönden güvenceye alan, Kurum ve onların sağlık kuruluşlarıdır. İşveren, bu tür zararlandırıcı olayların meydana gelmesi durumlarında; artık sigortalısına karşı muhatap olmaktan çıkar, kurum doğrudan devreye girer. Esasen işveren de belirtilen sigorta kolu nedeniyle Yasanın belirlediği orandan prim ödemek ve ayrıca koşulları varsa, Kurumun yaptığı harcamaları kuruma geri vermekle sorumlu tutulmuştur. Bu nedenle, gerek sigortalı gerekse işveren, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan birbirlerine karşı değil, doğrudan Kuruma karşı sorumludurlar.

Yukarıda yapılan açıklamalara göre, tedavi giderlerine yönelik istemin davalı işveren yönünden reddine karar verilmesi gerekirken işverenin tedavi giderlerinden sorumlu tutulması isabetsizdir.

4-Diğer bir uyuşmazlık ıslah dilekçesinde faiz talebi olmayan davacının dava dilekçesindeki faiz talebi dikkate alınarak ıslah dilekçesi ile artırdığı maddi tazminat alacağına faiz yürütülmesine karar verilmesinin mümkün olup olmadığı noktasındadır.

Dava dilekçesinde faiz talep edilmiş olmakla birlikte ıslah dilekçesinde faiz hususunun sükutla geçildiği durumlarda dava dilekçesinde talep edilen faizin ıslahla arttırılan kısmı da kapsayacağı Dairemiz'in oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir.

Somut olayda, ıslah dilekçesinde faiz isteminde bulunulmamasına karşın dava dilekçesinde faiz talep edilmiş olduğu gözden kaçırılarak da-

vacı vekilinin temyiz dilekçesindeki talebi ile bağı kalınarak davalı işveren aleyhine hükmedilecek maddi tazminatın tamamının dava tarihinden yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesi gerekirken ıslah edilen kısma faiz uygulanmaması hatalı olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı ile davalılardan... Nak. Tic. A.Ş'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 25/06/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASINDA KAÇINILMAZLIK ETKENİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

•

KAÇINILMAZLIKTAN DOLAYI BAĞLANAN GELİRİN İLK PEŞİN SERMAYE DEĞERİNİN İNDİRİLEMESİ

•

KAÇINILMAZLIKTAN DOLAYI, İŞVERENE %60 KÜLFET YÜKLENMESİ GEREKTİĞİ

ÖZET: Dava, iş kazası sonucu vefat eden sigortalının hak sahibi yakınları olan eş, anne ve 'babasının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir. Somut olayda iş kazasının gerçekleşmesinde % 100 oranında kaçınılmazlığın etkili olduğu tespit edildiğine göre yasal ilkeler göz önünde bulundurularak, özellikle nimet ve külfet dengesinin sağlanması açısından kaçınılmazlığın % 60'ı davalı işverene yüklenmek suretiyle davalı işverenin sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken, davalının kaçınılmazlığın %50'si oranında sorumluluğunu doğuracak şekilde ve olayda uygulanma ihtimali bulunmayan hakkaniyet indirimine yönelik hukuki düzenlemeye atıfla,

davalı işverenin sorumluluğu hafifletilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 55. maddesinde yer alan “kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin zarar veya tazminattan indirilemeyeceği” düzenlemesi dikkate alındığında iş kazasının gerçekleşmesinde %100 oranında kaçınılmazlık faktörünün etkili olması sebebiyle davacı eş ve anneye bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücuyla kabul olmaması sebebiyle tazminat alacağından indirilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden, bağlanan gelirin tazminat alacağından indirilmek suretiyle karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur. Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de; hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir. Davacı eş için takdir edilen manevi tazminat ile davacı anne ve babanın her biri için takdir edilen manevi tazminatın az olduğu açıktır. Öte yandan "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer" şeklindeki düzenleme karşısında iş kazası sebebiyle takdir edilen tazminat alacakları için davalı şirketin daha önce temerrüde düşürüldüğünün ispat edilmemiş olması sebebiyle sigorta şirketinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu tutulması gerekirken; kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu tutulması sonucunu doğuracak şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

Y.21. HD. E.2016/115 K. 2017/2948 T. 10.04.2017

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, kanuni gerektirici nedenlere göre, Davacıların ve Davalı ...Ş. nin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, iş kazası sonucu vefat eden sigortalının hak sahibi yakınları olan eş, anne ve babasının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davacı eş lehine 18.870,33 TL maddi, 10.000 TL manevi tazminatın, davacı anne ve baba lehine ise 7.500 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 16.01.2007 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle ve sigorta şirketi yönünden poliçe limitleri ile sınırlı olmak üzere müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacılara verilmesine, davacı anne ve babanın maddi tazminat talebinin ise reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacıların desteği sigortalıın davalıÜr. San İhr. A.Ş.'de kamyon şoförü olarak çalışırken, 16.01.2007 tarihinde'dan yüklediği kumaşları'a götürdüğü esnada bölünmüş karayolunda hareket halinde iken, sol ön lastiğin patlaması neticesinde meydana gelen tek taraflı trafik kazası neticesinde vefat ettiği, olayın Kurum tarafından iş kazası olarak kabul edildiği, itibar olunan kusur raporuna göre olayın gerçekleşmesinde %100 oranında kaçınılmazlığın etkili olduğu, mahkemece %100 kusur üzerinden ve davacı eş ve anne için bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri davacıların maddi tazminat istemlerinden tenzil edilmek suretiyle yapılan hesabın hükme esas alındığı ve gerekçede işaret olunduğu şekilde tazminat alacaklarından %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak maddi tazminatlar hakkında karar verildiği anlaşılmaktadır.

Kaçınılmazlık, hukuksal ve teknik anlamda, fennen önlenmesi mümkün bulunmayan başka bir anlatımla, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçları ifade eder.

Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hakim, işverenin sorumluluğunu, Borçlar Kanunu'nun 43. maddesini gözönünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. Her iki taraf yönünden % 50'şer sorumluluğun paylaşılması ilk bakışta uygun görünebilir de, işçi-işveren arasındaki bu tür davalarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının göz önünde bulundurulması halinde; işverene biraz daha fazla sorumluluk verilmesi; sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Somut olayda iş kazasının gerçekleşmesinde % 100 oranında kaçınılmazlığın etkili olduğu tesbit edildiğine göre yukarıda söz edilen ilkeler göz önünde bulundurulurken, özellikle nimet ve külfet dengesinin sağlanması açısından kaçınılmazlığın % 60'ı davalı işverene yüklenmek suretiyle davalı işverenin sorumluluğu belirlenmesi gerekirken, davalının kaçınılmazlığın %50'si oranında sorumluluğunu doğuracak şekilde ve olayda

uygulanma ihtimali bulunmayan hakkaniyet indirimine yönelik hukuki düzenlemeye atıfla, davalı işverenin sorumluluğu hafifletilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Karar tarihinde yürürlükte bulunan 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 2. maddesine göre “Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır” Dairemizin ve giderek Yargıtay’ın yerleşmiş görüşleri, Kurumca bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin ve geçici işgöremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, Kurumun rücu hakkının korunması ve mükerrer ödemeyi önleme ilkesine dayandığından, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki, 6098 sayılı Kanunun 55. maddesi de emredici bir hükme yer verdiği için gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır.

Bu açıklamalara göre 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55.maddesinde yer alan “kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin zarar veya tazminattan indirilemeyeceği” düzenlemesi dikkate alındığında iş kazasının gerçekleşmesinde %100 oranında kaçınılmazlık faktörünün etkili olması nedeniyle davacı eş ve anneye bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücuyla kabil olmaması nedeniyle tazminat alacağından indirilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden, bağlanan gelirin tazminat alacağından indirilmek suretiyle karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.

3- Manevi tazminata yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde, Gerçek mülga B.K’nun 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı T.B.K’nun 56. maddesi hükmüne göre Hakim, ölenin yakınlarına manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebilir. Hakimin manevi zarar adı ile ölenin yakınlarına verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin Duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimın takdirine bırakılmış ise de; hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyarıcı oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23.6.2004, 13/291-370)

Bu ilkeler gözetildiğinde, davacı eş için takdir edilen 10.000 TL manevi tazminat ile davacı anne ve babanın her biri için takdir edilen 7.500 TL manevi tazminatın az olduğu açıktır.

4-Gerek olay tarihinde yürürlükte bulunan Mülga 818 sayılı BK'nun 101. maddesinde gerekse karar tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 117.maddesindeki düzenlemeye göre "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer" şeklindeki düzenleme karşısında iş kazası nedeniyle takdir edilen tazminat alacakları için davalı ... şirketinin daha önce temerrüde düşürüldüğünün ispat edilememiş olması nedeniyle sigorta şirketinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu tutulması gerekirken; kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizden sorumlu tutulması sonucunu doğuracak şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, Davacıların ve Davalı ...Ş'nin bu yöne ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacı ve davalı ...Ş'ne iadesine 10.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SİGORTALILIK BAŞLANGICININ TESPİTİ

ÖZET: Sigortalılık başlangıcının tespiti davasında da hizmet tespiti davalarında uygulanan ispat yöntemi doğrultusunda işçinin dava konusu işyerinde birgün çalıştığı ispatlanmaktadır.

Y. 21. HD. E. 2017/3606 K. 2018/6882 T. 01.10.2018

Dava, davacının sigortalılık başlangıcının 01/12/1989 olduğunun tespitine ilişkindir.

Dairemizin 29/06/2015 tarihli 2015/6254 E.-2015/14975 K. sayılı bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda Mahkemece, davanın hükümde yazılı şekilde kabulüne karar verilmiş ise de, bu sonuca eksik araştırma ve inceleme ile gidilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının davalıya ait işyerinde 01.12.1989 tarihinde işe girdiğine ilişkin bildirgenin bulunduğu, bildirmede işyeri unvanının ... Ltd.Şti olduğu ve işe giriş bildirgesinin Kuruma 02.01.1990 da verildiği, işyeri sicil numarasının işe giriş bildirgesinin verildiği yıla ait olduğu, işyerinin 03.07.1989 yılında kanun kapsamına alındığı, işyeri dönem bordrolarının mevcut olduğu, davacı adına hizmet bildirimini bulunmadığı, davacının sigorta giriş kartının mevcut olduğu, hizmet dökümlerinde davacının sigortalılık başlangıç tarihinin 02.01.1995 olduğu, mahkemece dinlenen tanığın davacının abisi olduğu, komşu işyerlerinin araştırılmışsa da tespit edilemediği, davacının işyeri olarak "...” isimli asansör firmasında çalıştığını beyan ettiği anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş, işbu davanın 1 günlük sigortalılık süresinin tespiti davası niteliğinde olduğu göz önünde bulundurularak, öncelikle ... Asansör ünvanlı firmanın Ticaret Sicili kayıtlarından araştırmak, ... ile ... Plastik ve Makine San.Ltd.Şti ünvanlı şirket arasında organik bağ bulunup bulunmadığını araştırmak, davacının çalıştığını iddia ettiği ... adresinde dava konusu dönemde tescilli işyerlerini davalı Kurumdan sormak, ... Asansör ünvanlı işverenden ihtilafli döneme ilişkin tüm dönem bordrolarını getirtmek ve bu bordrolarda ihtilafli dönemin tamamında kayıtlı ve tarafsız tanıklar saptanarak bunların bilgilerine başvurmak, bordrolarda adı geçen kişilerin adreslerinin tespit edilememesi veya beyanları ile yetinilmediği takdirde, Sosyal Güvenlik Kurumu, zabıta, maliye, meslek odası aracılığı ve muhtarlık marifetiyle işyerine o tarihte komşu olan diğer işyerlerinde uyumsuzluk konusu dönemde çalıştığı tespit edilen kayıtlı komşu işyeri çalışanları; yoksa işyeri sahipleri araştırılıp tespit edilerek çalışmanın ni-

teliği ile gerçek bir çalışma olup olmadığı yönünde yöntemince beyanlarını almak, davalıya ait işyeri ile ... isimli işyeri arasında organik bağ bulunmadığının anlaşılması halinde davacının çalıştığını söylediği ... ünvanlı işyerine davasını yöneltmesi için davacıya süre vermek, gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilere dayalı şekilde kanıtladıktan sonra sonucuna göre karar vermektir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

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

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 01/10/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • MALULİYET

MÜTESELSİL SORUMLULUK • FAİZ

ÖZET: İşçinin işgörmezlik oranı SGK sağlık kurulları tarafından tespit edilir. İtiraz halinde durum Yüksek Sağlık Kurulu kararı SGK bağlar. Bu karara ilgililer itiraz ederse uyuşmazlığı Adli Tıp Kurumu çözecektir.

Müteselsil borçlulardan her biri kusur oranları dikkate alınmaksızın zararın tamamından sorumludurlar. İş kazasından doğan maddi ve manevi tazminatlarda kaza tarihinden itibaren faiz işletilir.

Y. 21. HD. E. 2016/20543 K 2018/6879 T.01.10.2018

1- Dava, sigortalının 26.12.2007 tarihli iş kazası sonucu sürekli iş göremezliği nedeniyle maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davacı lehine 18.750, 00 TL maddi tazminatın davalı ...'dan, 3.750 TL maddi tazminatın ...'den tahsiline, yine davacı lehine

18.750, 00 TL manevi tazminatın davalı ...'dan, 3.750, 00 TL manevi tazminatın ise ...'den tahsiline, Davalı ... Ltd. Şti.'ne açılan davanın reddine, Davacının tedavi masrafı ve geçici tam iş göremezlik zararı tazminatı taleplerinin reddine, karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden; davacının davalı ...'e ait Alimler Arıtma firmasında kaynakçı olarak çalıştığı, olay günü daha önce ... Mermer Ltd.Şti. (kazadan sonra devir yoluyla birleştiği anlaşılan ... Mermer San Tic. A.Ş.) tarafından ...'e verilen sipariş üzerine hazırlanan su tankının montajı işinde çalışırken, montaj için temin edilen ...'a ait vincin bomunun kırılması neticesinde askıdaki tankın davacının elinin üzerine düşmesi neticesinde iş kazasının gerçekleştiği anlaşılmıştır.

İş kazalarında olay, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik İlkeleri çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. İşverenin iş kazası sonucu meydana gelen zarar nedeniyle hukuki sorumluluğu yasa ve içtihatlarla belirlenmiş olan ayırık haller dışında ilke olarak iş aktinden doğan işçiyi gözetme (koruma) borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur. İnsan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işverenin işçilerin sağlığını ve güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.

İş kazasından doğan tazminat davalarının özelliği gereği, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle işverenin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddelerini incel... suretiyle, işverenin işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmelidir. (Hukuk Genel Kurulunun 16.06.2004 gün ve 2004/21-365 E.-369 K.sayılı kararı da aynı yöndedir)

Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 74. maddesine göre hukuk hakimi zarar verenin kusuru olup olmadığına karar vermek için ceza hukukunun sorumluluğa dair hükümleri ile bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi de bu düzenlemeyi içermektedir.

Mahkemece sorumluluğun dağıtılmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise işveren vekilliği müessesidir. Günümüzde işletmelerinin ve iş kapasitelerinin genişlemeleri, işverenin tek başına ve bizzat işi yönet-

mesini, iş yasalarından ve sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini olanaksız kılmaktadır. Özellikle sermaye şirketi olan tüzel kişi işverenin, zaman zaman toplanarak yönetime dair kararlar alan organlarının, sürekli olarak işleri doğrudan doğruya idare etmesi mümkün değildir. Bu durumda, şirket yönetimine yardımcı olacak gerçek kişilerin işveren vekili olarak iş yerlerinde çalıştırılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 4. bendine göre; işveren adına hareket eden ve işin, iş yerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere, işveren vekili denir. İşveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur. Aynı maddenin 5. bendine göre de İş Kanununda işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasına göre işveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekilidir. Bu kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar. İşveren vekili, bu kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Gerek İş kanunu Gerekse 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre; bir kimsenin işveren vekili sıfatını kazanabilmesi için; işyerinde işveren adına hareket etmesi ve işin ve işyerinin yönetiminde görev alması gerekir.

İş Kanununun, işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı muamele ve yükümlülüklerinden doğrudan doğruya işverenin sorumluluğunu kabul eden ilgili maddesi, işveren ile işveren vekili arasında doğrudan doğruya temsil ilişkisi bulunduğunu gösterir. Şu halde işveren vekili işveren adına ve hesabına hareket eden ve yaptığı hukuki işlemler ile onu alacaklı ve borçlu kılan kimsedir. Bu anlamda işveren vekili teknik yönden bir işveren temsilcisidir.

Somut olayda, zararlandırıcı olayla ilgili Ceza Mahkemesinde yapılan yargılamada sanık olarak yargılanan davalı ...nin işveren vekili olduğu anlaşılan Ö.Ç'nin 13/04/2010 tarihli celsedeki savunmasında vincin kendi şirketlerince ayarlandığına işaret etmiş olmasına karşın, vincin davalı ... tarafından ayarlandığı kabul edilerek hazırlanan yetersiz kusur raporu esas alınarak karar verilmesi hatalı olmuştur.

O halde mahkemece yapılacak iş, davaya konu iş kazası ile ilgili Ceza Dava dosyasını dosya arasına getirtmek, beraat kararının hukuk hakimini bağlamadığı, ancak ceza yargılamasındaki maddi vakıaların hukuk hakimini bağlayacağı gözetilmek suretiyle tarafların iş güvenliği konusunda sorumluluklarının ve davalı ... Ltd.Şti. (... Mermer San Tic. A.Ş.)'nin iş-

veren vekilinin kusurundan şirketin de sorumlu olduğu gözetilerek, özellikle bu şirketin kusuru ile asıl işveren olup olmadığının tespiti açısından dosyanın alanında uzman iş güvenliği uzmanlarından oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetine incelettirilerek, tarafların kusur ve sorumluluklarını belirle... suretiyle, sonuca gidilmesi gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna itibar edilerek karar verilmesi doğru olmamıştır.

2- Davaya konu olayda maluliyetin tespiti konusunda da taraflar arasında uyumsuzluk bulunduğu anlaşılmaktadır. Maluliyetin tespiti açısından davanın yasal dayanağı iş kazası tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanunun 11.maddesi ve kazadan sonra yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanunun 95. maddesidir.

5510 sayılı Kanunun 95.maddesine göre "Bu Kanun gereğince, yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, çalışma gücü kaybı, geçici iş göremezlik ödeneklerinin verilmesine ilişkin raporlar ile iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü veya çalışma gücü kaybına esas teşkil edecek sağlık kurulu raporlarının usûl ve esaslarını, bu raporları vermeye yetkili sağlık hizmeti sunucularının sahip olması gereken kriterleri belirlemeye, usûlüne uygun olmayan sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeleri düzenleyen sağlık hizmet sunucusuna iade edecek belirlenen bilgileri içerecek şekilde yeniden düzenlenmesini istemeye Kurum yetkilidir. Usûlüne uygun sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeler ile gerekli diğer belgelerin incelenmesiyle; yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, vazife malullük derecesini, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen meslekte kazanma gücünün kaybına veya meslekte kazanma gücünün kaybı derecelerine ilişkin usûlüne uygun düzenlenmiş sağlık kurulu raporları ve diğer belgelere istinaden Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı ile Kurumun birlikte çıkaracağı yönetmelikle düzenlenir.

Bu yasal düzenleme gereğince düzenlenen Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşleri Yönetmeliğinin Geçici 1. maddesinde; bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce çalışma gücü kaybı, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü, harp malullüğü sonucu meslekte kazanma gücü kaybı ile erken yaşlanma durumlarının tespiti talebinde bulunan sigortalılar ve hak sahipleri için, yürürlükten kaldırılan ilgili sosyal güvenlik mevzuatının 5510 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı, 5. maddesinde sigortalı ve hak sahiplerinin çalışma gücü oranlarının a) Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri, b) Devlet Üniversitesi, c) Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı asker hastaneleri,

ç) sigortalıların ikamet ettikleri illerde (a), (b), (c) bentlerinde belirtilen hastanelerin bulunmaması durumunda Sağlık Bakanlığı tam teşekküllü hastanelerin yetkili olduğu, bildirilmiş, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 56. maddesinde ise Kurum Sağlık Kurulunca verilen karara karşı yapılan itirazların Yüksek Sağlık Kurulunca inceleneceği bildirilmiştir.

Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumunu bağlayıcı nitelikte ise de; diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından Yüksek Sağlık Kurulu Kararına itiraz edilmesi halinde inceleme Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılmalıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28.06.1976 günlü, 1976/6-4 sayılı Kararı da bu yöndedir

Adli Tıp 3. İhtisas Kurulundan alınacak rapor ile Yüksek Sağlık Kurulu Kararı arasında sürekli iş göremezlik oranına yönelik görüş ayrılığı bulunduğu takdirde çelişkinin giderilmesi için dosyanın Adli Tıp 2. Üst Kuruluna gönderilerek çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Somut olayda, davacının sürekli iş göremezlik oranının SGK tarafından %15 olarak tespit edilmişken; ... Adli Tıp Şube Müdürlüğünden alınan raporda maluliyet oranının %28 olarak belirlendiği anlaşılmaktadır.

O halde mahkemece yapılacak iş; sürekli iş göremezlik oranına ilişkin çelişkinin yukarıda açıklanan usüle göre Yüksek Sağlık Kurulundan ve gerektiği halde Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu ile giderek Adli Tıp 2. Üst Kuruldan alınacak raporlarla kesinleştirilmesi gerekirken; iş bu davada geçerliliği olmayan ... Adli Tıp Şube Müdürlüğünce verilen rapora itibarla karar verilmesi hatalı olmuştur.

3- Birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen 6098 sayılı TBK'nun 61. maddesi uyarınca (818 sayılı B.K.'nun 50 ve 51. Maddesi) ve aynı Yasanın 163. (818 sayılı B.K.'nun 142.) maddesi hükmüne dayanarak davacı, zararının tümünü müteselsil sorumlulardan biri aleyhine açacağı bir dava ile isteyebileceği gibi, sorumluların hepsi aleyhine açacağı bir dava ile de talep edebilir. Ancak, aynı Yasanın 163. (BK 141) maddesi gereğince teselsül, ister yasadan, ister sözleşmeden doğmuş olsun, bu kuraldan yararlanma hakkı sadece zarara uğrayanın, daha geniş bir deyim ile alacaklıdır.

Öte yandan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 165.maddesi (818 sayılı BK'nun 144. maddesi) hükmüne göre, Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz. 166. maddesi(818 sayılı BK'nun 145. maddesi) hükmüne göre, sorumlulardan birinin zararı ödemesi halinde, diğerleri bu oranda borçtan kurtulurlar. Ancak, müteselsil borçluların borçtan

tamamen veya kısmen kurtulabilmeleri, alacaklının bilfiil tatmin edilmiş olması halinde söz konusudur.

Somut olayda, davacının açtığı davanın müteselsil sorumluluk hükümlerine dayalı olması nedeniyle, tazminattan sorumlu tutulan davalıların tazminattan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekirken; her bir davalının istenilen tazminat miktarından kendi kusur oranlarına göre ayrı ayrı sorumluluklarına karar verilmesi ve kabule göre de davacının tazminat alacağına yapılan hesaba göre istemden fazla çıkmasına karşın maddi tazminat isteminin bir kısmının reddedilmesi de hatalı olmuştur.

4- İş kazası nedeniyle tazminat alacağı haksız fiile dayalı olup, faiz başlangıcı tazminatı doğuran zararlandırıcı olay tarihidir.

Somut olayda, dava konusu iş kazasının 26.12.2007 tarihinde meydana geldiği, dava dilekçesinde talep edilen maddi ve manevi tazminat istemleri yönünden olay tarihinden itibaren faiz işletilmesi talep edilmiş iken; mahkemece olay tarihinden faize hükmedilmemesi de hatalı olmuştur.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı ve davalı ... vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve tarafların sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmeksizin hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle, tarafların sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmeksizin anılan kararın **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacı ile davalılardan ...'a iadesine 01.10.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • İŞÇİNİN ANNE VE BABASININ HAKLARI

ÖZET: İş kazasında vefat eden işçinin anne ve babasına SGK tarafından iş kazasından ölümden dolayı gelir bağlanmamış olsa da destek kaybı sebebiyle anne ve baba için maddi tazminat hesaplanmalıdır.

Y. 21. HD. E. 2017/3179 K.2018/7568 T.18.10.2018

1-Dosyadaki temyiz kapsam ve nedenlerine göre; davalılar vekillerinin tüm, davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

2-Dava, sigortalının 02.10.2009 tarihli iş kazası sonucu vefatı nedeniyle davacı anne, baba ve kardeşlerin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, Davacı baba ...'ın maddi tazminat talebinin reddine, Davacı anne ... için 36.958, 66 TL maddi tazminat ile davacılar ... ve ... için 30.000'er TL, davacılar ... ve ... için 10.000'er TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 02/10/2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacılar ödemesine, fazlaya ilişkin talebin ise reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından; vefat eden sigortalının söz konusu olayda % 20 oranında birleşen kusuru bulunduğu anlaşılmaktadır.

Gerek mülga BK'nun 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı TBK'nun 56. maddesinde Hakim bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi zarar adı ile ödemesine karar verebileceği öngörülmüştür. Hakim manevi zarar adı ile zarar görene verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin Duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim

bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimın takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararlar orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23.6.2004, 13/291-370)

Bu ilkeler gözetildiğinde, davacı anne ve baba lehine takdir edilen 30000 TL manevi tazminatın ayrı ayrı az olduğu açıktır.

3-Mahkemece davacı babaya Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından gelir bağlanmadığından bahisle destek olgusu ispat edilemediğinden maddi tazminat isteminin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22/06/2018 tarih 2016/5 E - 2018/6 sayılı kararında, ana ve/veya babanın çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, destek ilişkisinin varlığının ispatı için SGK'dan gelir bağlanması şartının aranmayacağı, destekten yoksun kalma tazminatı davalarında çocukların ana ve/veya babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiği kabul edilmiştir.

Destekten yoksun kalma tazminatı; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinin 3. bendinde düzenlenmiş olup, "Ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların tazmini gerekmektedir". Bu maddeye göre, haksız fiilin doğrudan doğruya muhatabı olmayan, ancak bu haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan ölüm olayından zarar gören ya da ileride zarar görmesi güçlü olasılık içinde bulunan kimselere tazminat hakkı tanınmıştır.

İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesine göre; "Destekten yoksun kalma tazminatının doğumu için destek ile tazminat talebinde bulunan kişi arasında bir destek ilişkisi bulunmalıdır. Burada bahsedilen destek ilişkisi hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar. Destek ilişkisinin varlığında destek olunanın ihtiyaçlarının sürekli ve düzenli olarak karşılanması yer almaktadır. Burada ifade edilmek istenen süreklilik ve düzenlilik hali yardımın belirlenen zamanlarda ve belirli miktarlarda

yapılması değil, eğer destek ölmeseydi yardımların devam edeceğine dair bir beklentinin bulunmasıdır. Eğer yardım devamlı destek saiki ile değil de, tek seferlik, geçici, düzensiz ya da gelişigüzel zamanlarda yapıyor ve ileride yardımın devam edeceğine dair bir beklenti yaratmıyorsa, bu durumda desteğin sürekli ve düzenli olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır”.

Türk Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinden anlaşıldığı üzere; destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan yardımdır. Bu tazminatın amacı, ölüm olayı olmasaydı ölenin yardımında bulunduğu kimselere yardımda bulunmaya devam edeceğinin düşünülmesi ve ölüm olayının bu süreci kesmesi sonucu destekten yararlanan kimselerin uğradıkları zararın peşin ve toptan şekilde tazmin edilmesi, bu kimselerin ölüm olayından önceki durumlarına kavuşturulmasıdır. Eş deyişle amaç; destekten yoksun kalanların, desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır.

Burada önemle üzerinde durulması gereken husus, sigortalının destek gücünün, ana ve/veya babanın destek ihtiyacı ile beklenen destek şeklinin ve miktarının yaşam deneylerine uygun olması gereğidir.

Öte yandan; sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle ölümü hâlinde ana ve/veya babaya ölüm geliri bağlanabilmesi için 5510 sayılı Kanunun 34/d maddesindeki koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu maddeye göre; “Hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam % 25’i oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla toplam % 25’i, oranında aylık bağlanır”.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iş kazası veya meslek hastalığı sonucu sigortalının ölümü nedeniyle gelir bağlanması halinde; yapılan ödemeler ve bağlanan gelirin Türk Borçlar Kanununun 55. maddesine göre Kurum tarafından rücu edilebilen kısmı belirlenen destekten yoksun kalma zararından indirilecektir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 50. maddesi hükmüne göre; “Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğrılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”.

Türk Borçlar Kanununun 51. maddesine göre ise; “Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler”.

Ana ve babaya ölüm geliri bağlanıp bağlanmaması, destek ilişkisinin varlığı yönünden olmasa da tazminatın belirlenmesi noktasında dikkate alınmalıdır. Zira asgari ücretin altında geliri bulunan ve Sosyal Güvenlik Kurumunca gelir bağlanan ana ve/veya babanın destek ihtiyacının bulunduğu ve ölen sigortalının maddi destekte bulunduğu karine olarak kabulü gerektiği Dairemizin yerleşmiş görüşlerindedir.

Kurumca gelir bağlanmayan davacı ana ve/veya babaya sigortalının fiili desteği kanıtlanmadan, sigortalının gelirinden bir bölümünün pay olarak ayrılacağı kabulü, ölenin desteğinden fiilen yararlanan eş ve çocukların destek zararlarının karşılanamaması sonucunu doğurur.

Bakım gücü-bakım ihtiyacı; bu konuda önemli olan, kimlerin yardımcı, kimlerin yardım gören olabilmeye elverişli oldukları değildir; somut olaylar ve belirli kişiler bakımından geleceğe uzanacak ve gelecekte dahi mümkün olabilecek biçimde kimlerin gerçekten yardımcı, kimlerin yardım gören olduklarıdır. Yardımcı (=destek) kavramı, bakım gücünü; yardım gören kavramı ise bakım ihtiyacını gerektirdiğinden, şayet bakım gücü yoksa destekten; bakım ihtiyacı mevcut değilse, yardım görenden söz edilemez. Bundan başka aradaki sıkı ilişki dolayısıyla birinin yokluğu durumunda diğerinin varlığı da düşünülemez. Bu yönden, destekten yoksun kalma davasında davalı taraf, bakım gücü ve bakım ihtiyacının olayda var olmadığını savunabilir. Tazmin alacaklısı sıfatıyla dava açmış olan davacı, yaşam deneyimleri ve olayların olağan yürüyüşü nedeniyle ispat yükünün yer değiştirmesi durumu söz konusu bulunmadıkça bakım gücünü ve bakım ihtiyacını ispat zorundadır (... , İş Kanunu Şerhi-1978 Ankara, shf 846 ve devamı).

Bu durumda; destekten yoksun kalınan zararın belirlenmesinde, ölen sigortalının elde ettiği gelirin miktarına göre destek gücünün kapsamının ne olduğu, sürekli ve düzenli destek olup olmadığı ve davacıların destek ihtiyacının bulunup bulunmadığı varsa bu ihtiyacın ne şekilde karşılandığının dikkate alınması gerekir.

İçtihadı Birleştirme Kararında söz edildiği gibi, bakma kavramı; “Para ve para ile ölçülebilecek bir değer olabileceği gibi bir hizmet ifası ve yahut benzeri yardımlar şeklinde olabilir. Bu nedenle, desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte olması bakım gücünün varlığı için koşul değildir”. Ancak aksi kanıtlanmadıkça, sigortalının ileride yapacağı farazi desteklerden olan; ana ve babasının bakım ihtiyacı ileride gerçekleşirse bakım ihtiyacını gidermek, bazen ziyaret etmek, evlerinde yardım etmek, kendi-

lerine alışveriş yapmak, yemek yapmak vs. gibi destekler hesaplanabilir nitelikte değildir.

Somut olaya gelince; Davacı babaya “her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartını” taşımadığı gerekçesi ile Sosyal Güvenlik Kurumunca ölüm geliri bağlanmadığı açıktır. Türk Borçlar Kanununun 50. maddesi hükmüne göre; ölen sigortalının gelirinden sürekli destekte bulunduğu ileri sürülüp, Türk Borçlar Kanununun 55. maddesine göre maddi delillerle hesaplanabilir sürekli ve düzenli fiili bir desteğin varlığı da kanıtlanmamıştır.

Bu durumda; Mahkemece, farazi desteğin karine olduğu kabul edilerek, Türk Borçlar Kanununun 50. ve 51. Maddeleri uyarınca, somut olayın özelliğine göre davacı ana ve/veya babanın birbirlerine desteği ile varsa diğer çocuklarından alabilecekleri destek de dikkate alınarak hakkaniyete uygun makul bir maddi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurması isabetsizdir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

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

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacılar iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davalılara yükletilmesine, 18.10.2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

24 SAAT ÇALIŞIP 48 SAAT DİNLENEN İŞÇİ

ÖZET : 24 saat çalışıp 48 saat dinlenerek görev yapan işçinin bir hafta 3 gün bir hafta 2 gün çalıştığı 24 saatlik çalışmada günlük 14 saatin mesai de geçtiği günlük çalışmanın 11 saati geçemeyeceği bu duruma göre;bir hafta 9 saat müteakip hafta 6 saat fazla çalışma gerçekleştiği kabul edilerek fazla çalışma ücreti alacağı hesaplanmalıdır.

Y. 22. HD. E. 2017/22688 K. 2018/18197 T. 11.09.2018

Taraflar arasında davacının fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil ücret alacaklarına hak kazanıp kazanmadığı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı, davalı işyerinde fazla çalışma yaptırıldığı ve ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı halde ücretlerinin ödenmediğini ileri sürmüş, davalı ise bordolarda görüldüğü şekilde davacının fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil çalışması yapması halinde ödeme yapılmış olduğunu, davacının alacak iddialarının haksız bulunduğunu savunmuştur. Mahkemece; toplanan deliller gereğince davacının çocuk yuvası olan işyerinde 24 saat çalışıp, sonraki 48 saat dinlenme esasına göre çalıştığı anlaşıldığı, bu çalışma şekline göre haftalık çalışma saatinin hiçbir şekilde 45 saati geçmeyeceği, işin niteliğinin de fazla çalışmayı gerektirmediği, ayrıca yine yapılan işin niteliğinin davacının resmi ve dini bayramlarda çalışmasını gerektirdiği, işçinin bunu önceden kabul etmiş sayılacağı bu günlere ilişkin ayrıca kat sayılı ücret talep hakkının olmayacağı, davacının resmi tatil, fazla çalışma talep edemeyeceği sonuç ve kanaatine varılarak bu taleplerin reddine karar verilmiştir.

Somut olayda; davacının, davalı Bakanlığa bağlı çocuk yuvasında 15/10/2010-10/06/2013 tarihleri arasında 24 saat çalışılıp 48 saat dinlenme esasına göre, bir hafta 3 gün, bir hafta 2 gün çalıştığı anlaşılmaktadır. Dairemizin Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen uygulamasına göre (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2006 gün 2006/9-107 esas, 2006/144 karar); 24 saat süren çalışma sisteminde günlük 14 saatin me-

saide geçtiği ve çalışma süresinin günlük 11 saatten fazla olamayacağı hususu dikkate alınarak, davacının bir hafta 9 saat, diğer hafta 6 saat fazla çalışmasının bulunduğu, bu sisteme göre davacının ulusal bayram ve genel tatil günlerine denk gelen günlerde de çalışmasını sürdürdüğü gözetilerek, dosyaya sunulan imzasız bordrolarda fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil çalışması ücretlerine dair tahakkuk bulunan dönemlerin, davalının delil olarak dayandığı üzere, ücretinin yattığı bankalardan getirilecek ekstrelerle karşılaştırılarak uyuşması halinde bu tutarlar mahsup edilmek suretiyle hesaplama yapılması gerekmektedir. Aksi yönde verilen karar hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

4-492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 13/j maddesi Genel Bütçeye dahil idarelerin bu Kanunun 1 ve 3 sayılı tarifelerine giren bütün işlemlerinin harçtan müstesna olacağı belirtilmiştir.

Somut olayda; davalı Bakanlığın muaf olması nedeniyle hüküm kısmında harç masrafından sorumlu tutulmaması yerinde ise de, davacı tarafından sarf edilen peşin, başvuru ve ıslah harcı tutarlarının davanın kısmen kabulüne rağmen, bu tutarların davacıya iadesine karar verilmesi yerine davacı üzerinde bırakılması, nispi karar ve ilam harcının davacıdan tahsiline karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmektedir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınarak karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11.09.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • TANIK BEYANI

ÖZET: İşçinin çalışma düzenini bilebilecek durumda olmayan ve davacı ile menfaat birliği içerisinde bulunan tanığın ifadesine istinat edilerek fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacağı hesaplanması mümkün değildir.

Y. 22. HD. E. 2017/14710 K. 2018/21054 T. 04.10.2018

Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde 22.09.2012-01.06.2014 tarihleri arası özel güvenlik personeli olarak çalıştığını, ... sözleşmesinin davalı işverence haklı neden olmaksızın feshedildiğini beyanla kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin, genel tatil ve fazla mesai alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların,

tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Somut olayda fazla mesai ve genel tatil alacakları konusunda yapılan işin niteliği ve tanık beyanı birlikte değerlendirildiğinde; dosyada fazla çalışma olgusunun ispatına yönelik olarak davacı ile menfaat birliği içinde olan tanık beyanı dışında delil bulunmadığı ve anılan davacı tanığın spor kompleksi biriminde, davacının ise mezarlık biriminde çalıştığı ve tanığın davacının çalışma düzenini bilebilecek durumda olmadığı anlaşılmaktadır. Çalışma düzenini bilmesi mümkün olmayan ve menfaat birliği içindeki davacı tanığın beyanlarının genel tatil ve fazla çalışma iddiası yönünden hükme esas alınması mümkün olmadığından; diğer bir ifade ile yeterli ve inandırıcı delillerle ispatlanamayan genel tatil ve fazla mesai alacağı taleplerinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.10.2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • İŞYERİ KAYITLARI

HAKKANİYET İNDİRİMİ

ÖZET: İşyeri kayıtlarına göre hesaplanan fazla çalışma ücretlerinden hakkaniyet indirimi yapılmaz.

Y. 22 HD. E. 2017/15202 K. 2018/21670 T. 10.10.2018

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde 15/03/2011-06/06/2013 tarihleri arası çalıştığını, işverenin diğer personelin ulaşımını sağlamasına karşın müvekkiline ... parası ödemediğini, ... akdine işverence haksız

olarak son verildiğini ancak fesih sonrası hak ettiği alacakların ödenmediğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, ücret alacağı, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık ücretli izin ve ... masraflı alacağını talep etmiştir.

Davalıların Cevaplarının Özeti:

Davalı vekili, talep edilen alacakların zamanaşımına uğradığını, ... akdinin haklı nedenlerle feshedildiğini, çalıştığı süreye ilişkin tüm hak ve alacakların ödendiğini, işverenin ... parasını karşılayacağına yönelik anlaşması bulunmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

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

Temyiz:

Kararı her iki taraf vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerekçeleri sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İşçinin fazla çalışma ücreti alacağından indirim yapılması konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Fazla çalışma ücretinin yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilinde olup, söz konusu talebin yazılı delil dışında ispatlanması halinde; işçinin uzun süre aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olacağı, işçinin izinli, mazeretli ve tatil günlerinde dinlenme hakkını kullanmadan yıllarca sürekli çalışmasının düşünülemeyeceği göz önüne alınarak hüküm altına alınan fazla çalışma ücreti alacağından dosya içeriğine uygun bir indirim yapılması gerektiği Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile benimsenmiştir. Bu açıklamaya göre, talebin yazılı delillerle ispatı söz konusu olduğunda Mahkemece hüküm altına alınacak fazla çalışma ücreti alacağından indirime gidilemeyeceği açıktır.

Somut olayda davacının çalışmasına ilişkin fazla mesai ücretinin tanık beyanı ve personel devam kontrol çizelgesi dikkate alınarak hesaplandığı, ancak Mahkemece hüküm altına alınacak fazla çalışma ücreti alacağından indirime gidildiği görülmüştür. Ancak hesaplama döneminin bir kısmında yazılı kayıt esas alındığından salt bu dönem için indirime gidilemeyeceği gözetilmeksizin Mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3- Mahkemece, davacının ... parası alacağı olduğu kabul edilmiş ise de, dosyaya sunulan ... sözleşmelerinde davacıya ücret yanında ek menfaat verileceği belirtilmediği gibi tanık beyanlarından da davacının bu ücrete hak kazandığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ispatlanamadığından, talebin reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.10.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • TANIK BEYANI

ÖZET: İşçinin fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacakları hesaplanırken bu konuda bilgi veren tanığın dava konusu işyerinde çalıştığı sürelerle sınırlı olarak hesaplama yapılmalıdır.

Y. 22. HD. E.2017/18736 K. 2018/25889 T. 03.12.2018

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin haksız nedenle işverence sona erdirildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla çalışma ve hafta tatili alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalılar Cevaplarının Özeti:

Davalı, davacının kıdem tazminatı dışındaki tüm alacaklarının ödendiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

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

Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Taraflar arasında, davacı işçinin fazla mesai yapıp yapmadığı ve hafta tatili günlerinde çalışıp çalışmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp ispatlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağıının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda iş yeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, iş yeri iç yazışmaları, delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle ispatlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları şahit beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada gözönüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyor, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağıının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille ispatlaması gerekir. Bordrolarda tahakkuk bulunmasına rağmen bordroların imzasız olması halinde ise, varsa ilgili dönem banka ve tüm ödeme kayıtları celp edilmeli ve ödendiği tespit edilen miktarlar yapılan hesaplamadan mahsup edilmelidir.

Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Aynı ilkeler hafta tatili çalışmalarını için de geçerlidir

Somut olayda, davacı, 11.11.2011 – 12.08.2013 tarihleri arasında davalı işyerinde inşaat ustası olarak çalışan işçi olup, davacı tanıklarından ..., davalı işyerinde davacı ile birlikte 2012 yılının Ocak ayına kadar çalışmış, diğer davacı tanığı ... ise, davalı işyerinde sürekli çalışmamıştır. Bu durumda davacının sadece tanığı ...'ın çalıştığı dönemle sınırlı olarak fazla çalışma ve hafta tatili çalışmalarını ispat ettiği anlaşıldığından, ...'ın, da-

vacı ile birlikte çalıştığı süre dikkate alınarak fazla mesai alacağı ile hafta tatili alacağının hüküm altına alınması gerekirken, davacının tüm çalışma süresince fazla mesai alacağı ve hafta tatili alacağı hesabı yapılması hatalı olmuştur. Mahkemece, bilirkişiden ek rapor alınarak, davacının, tanıdığı olan ... ile çalıştığı süre döneminde fazla mesai ve hafta tatili alacağının tespit edilerek, bu dönemdeki alacakların hüküm altına alınması gerekmektedir. Anılan yön gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ALT İŞVERENLİK • KAMU KURUMU • KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: Tüzel kişiliği olmayan adi ortaklığa karşı açılan davanın adi ortaklığı oluşturan ortaklara karşı açıldığı dikkate alınarak, dava dilekçesi adi ortaklığın ortaklarına tebliğ edilmesi gerekir.

Asıl işveren –alt işveren ilişkisinde işçinin kıdem tazminatının kamu kurumu olan asıl işveren tarafından ödeneceğine ilişkin yasa hükmü işçinin bu alacağını alt işverenden de tahsil edebileceğine ilişkin seçim hakkını ortadan kaldırmamıştır.

Y. 22. HD. E. 2017/18729 K. 2018/26037 T. 03.12 .2018

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı 19.12.2014 tarihinde evlendiğini, iş akdini 31.12.2014 tarihinde evlilik nedeni ile sona erdiğini belirterek ödenmeyen kıdem tazminatının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar Cevabının Özeti

Davalılar ise davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, yapılan yargılama sonucunda yazılı gerekçeyle davalı ortaklık yönünden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112.maddesi gereğince dava-

nın reddine, davalı ... yönünden ise bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar, davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

1-Taraflar arasında öncelikle çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, adi ortaklığa yöneltilen davada, taraf teşkilinin nasıl sağlanacağı konusundadır.

Yargılamanın hukuka uygun ve sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi, iddia ve savunmanın özgürce ileri sürülebilmesi ve delillerin eksiksiz olarak toplanıp tartışılabilmesi, öncelikle tarafların yargılamadan haberdar edilmeleri ile olanaklıdır. Hasımsız davalar hariç olmak üzere, dava dilekçesi ile duruşma gün ve saati karşı tarafa tebliğ edilmeden ve taraf teşkili sağlanmadan davaya bakılamaz ve yargılama yapılamaz.

Hukuk Genel Kurulunun 08/10/2003 tarih, 2003/12-574-564 sayılı kararında vurgulandığı üzere ortak girişim iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık türü olup, bu ortaklığın tek başına tüzel kişiliği bulunmamaktadır.

Dosya içeriğine göre dava, ... Tem. Ltd. Şti-İpekyolu Tur. Ltd Şti. Ortaklığı olarak adi ortaklığa yöneltilmiş, dava dilekçesi adi ortaklık adına tebliğ edilerek yargılama yapılmıştır. Adi ortaklığa karşı açılmış olan dava, diğer ortakların tümüne karşı yöneltilmiş demektir. Bu durumda, adi ortaklığı oluşturan tüzel kişilerin ayrı ayrı davalı olarak gösterilmesi ve taraf teşkilinin sağlanması gereklidir. Eldeki davada, davalı tarafın yanlış gösterilmesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124/5. maddesi uyarınca, kabul edilebilir bir yanılığa dayanmaktadır. Bu sebeple davacı vekiline, adi ortaklığı oluşturan tüm ortaklara tebligat yapılması için süre verilmeli ve taraf teşkili sağlanarak yargılamaya devam edilmelidir. Tüzel kişiliği olmadığı halde, adi ortaklık adına davetiye çıkartılması, dosyada taraf teşkili sağlanamadan işin esasına girilerek adi ortaklık aleyhine hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

2-4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile eklenen fıkralarda, 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları bakımından; alt işverenlerinin değişikliğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların

bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet sürelerinin, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunacağı, bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmelerinin 4857 sayılı Kanun'un 120. maddesi uyarınca yürürlüğü devam eden mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatlarının ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından, işçinin banka hesabına yatırılmak sureti ile ödeneceği hususları düzenlenmiştir.

6552 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değişik 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesinde kamu işverenleri arasındaki rücu işlemi düzenlenmiş olmakla birlikte, kamu asıl işverenin alt işverenlere rücu işlemine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 2/6. maddesi hala yürürlükte olup, anılan kanun hükmü gereğince asıl işveren alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

Bu çerçevede, İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar açısından, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu oldukları aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiş, devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

Değınilen Yasanın 120. maddesi hükmüne göre, 1475 sayılı Yasanın 14. maddesi halen yürürlükte olduğundan, işyeri devirlerinde kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından belirtilen madde hükmü uygulanmalıdır. Anılan maddeye göre, işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde, işçinin kıdemi işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır.

İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işve-

renin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Yasanın 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir.

Yargıtay ilke kararlarında işçilik alacaklarından kıdem tazminatına ilişkin işverenlerin sorumlulukları yukarıda belirtildiği üzere kabul edilmektedir. 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 112. maddesine eklenen son fıkra ile Kamu İhale Kanunu kapsamında alt işverene bırakılan işlerde çalışan işçilerin, kıdem tazminatına esas hizmet sürelerinin birleştirileceği ve son kamu kurum ve kuruluşu tarafından kıdem tazminatının ödeneceği düzenlemesi getirilmiştir.

Buradaki asıl sorun, 112. maddeye eklenen fıkralarla, kamu kurumları açısından kıdem tazminatından sorumluluğun salt son işveren kamu kurumu ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığıdır.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesi hükmüne göre kıdem tazminatından asıl işveren ve alt işverenin birlikte sorumluluğunun söz konusu olduğu ve sözü edilen hükümde bir değişiklik yapılmadığı halde, Kamu İhale Mevzuatına tabi alt işverenlik sözleşmeleri kapsamında çalışanların kıdem tazminatının salt son kamu kurumunda ödeneceğinin öngörülmesi, işçi açısından seçimlik hakkı bertaraf etmeyeceği gibi davalı asıl işverenin rücu hakkını da ortadan kaldırmayacaktır.

Kabule göre de mahkemece, 6552 sayılı Torba Kanun'un 8. maddesi ile alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatlarının ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından ödenecek olduğu bildirildiği gerekçesiyle sadece davalı ... Rektörlüğünün sorumlu olduğuna karar verilmesi yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda hatalı olmuştur.

3-Mahkemece hüküm altına alınan kıdem tazminatının iş akdinin fesih tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davacıya verilmesine karar verilmiş ise de, hükümde fesih tarihinin açık olarak gösterilmemesi de infazda tereddüt yaratır mahiyette olduğundan hatalı olmuştur.

SONUÇ

Hükümün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 03/12/2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

EMSAL ÜCRET • TÜİK VERİLERİ • MESLEK KURULUŞLARI

ÖZET: Emsal ücret araştırmasında; işçinin meslek kıdemi, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş belirtilerek gerek Türkiye İstatistik kurumu kazanç sorgulama ekranından ve gerekse işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücret konusunda bilgiler edinilmelidir.

Y. 22. HD. E.2016/534 K. 2018/26152 T. 04.12.2018.

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde usta şarküteri tezgahları olarak çalıştığını, aylık net ücretinin 1.500,00 TL olduğunu, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı bir sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında davacıya ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı davalıya ait işyerinde usta şarküteri tezgahları olarak aylık 1.500, 00 TL net ücret ile çalıştığını ileri sürmüştü, davalı ise davacının perakende satış elemanı olarak asgari ücret ile çalıştığını savunmuştur. Mahkemece, davacının davalıya ait işyerinde 'tezgahlar' olarak çalıştığı kabul edilerek, bilirkişi raporundaki seçenekli hesaplamalar arasından 1.500, 00 TL ücrete göre hesaplanan alacaklar hüküm altına alınmıştır. Kararda, davacının Mahkemece kabul edilen ücret miktarının hangisi olduğunun belirtilmemesi ve ücrete yönelik herhangi bir gerekçeye yer verilmemesi HMK'nın 297. maddesine aykırı olup, kararın öncelikle bu yönüyle hatalı olduğu ifade edilmelidir.

Davacının aylık ücret miktarına gelince, hükme esas alınan bilirkişi raporundaki hesaplamalardan birisi asgari ücrete göre, diğeri ise aylık 1.500, 00 TL ücrete göre yapılmıştır. Davacı tanıkları davacının ücrete

ilişkin iddiasını doğrulamış ise de, tanıkların davacıdan önce işten ayrıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca dosya kapsamına göre davacı tanıklarının, davacının hangi tarihteki ücretinin 1.500, 00 TL olduğuna yönelik beyanları bulunmamaktadır. Mahkemece emsal ücret yönünden sadece ... Ticaret Odası'na yazı yazılmış olup, ücret konusunda yapılan inceleme ve araştırma eksik ve yetersizdir. Bu itibarla, Mahkemece işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek gerek Türkiye İstatistik Kurumu kazanç sorgulama ekranından gerekse ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve ücret miktarı konusunda dosya kapsamındaki tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir. Mahkemece eksik araştırma ve incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan hükmün yukarıda açıklanan sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04/12/2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ASIL İŞVEREN • ALT İŞVERENLER • İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: Asıl işverenin işyerinde birbirini izleyen dönemlerde değişik alt işverenlerin işçisi olarak çalışılması halinde; işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilerek asıl işveren tüm hizmet süresine ilişkin kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarından sorumlu olacaktır. İşyerini devralmış olan son alt işverende işyerini devralmış işveren sıfatıyla tüm hizmet süresine ilişkin işçilik alacaklarından ve diğer işçilik alacaklarından asıl işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır.

Y. 22. HD. E.2018/15478 K. 2018/26574 T.10.12.2018

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 15.01.2008-24.03.2014 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde değişen alt işverenler bünyesinde çalıştığını, iş söz-

leşmesinin İl Özel İdaresinin tüzel kişiliğinin sona ermesi sebebiyle sonlandırıldığını, davacının alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ... vekili, davacının Belediyenin işçisi olmadığını, davanın husumet sebebiyle reddi gerektiğini, hizmet alım sözleşmelerinin sözleşmenin tarafı olan şirketler yönünden bağlayıcı olduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Davalı şirket vekili, talep edilen alacakların zamanaşımına uğradığını, davacının kıdem tazminatına ve diğer alacaklara hak kazanmadığını beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporu doğrultusunda davalı ... yönünden davanın kısmen kabulüne, davalı Nc Grup İnş. Tem. Ltd. Şti. yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz Başvurusu:

Kararı, davalılardan ... vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Taraflar arasında hükmedilen alacaklardan alt işverenlerin ve son işverenin ne miktarda sorumlu olduğu hususu tartışmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi uyarınca yürürlüğü devam eden mülga 1475 sayılı Kanun'un 14/2. maddesi hükmü, 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra "yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli" denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki veya fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.

Feshe bağılı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden son işveren sorumlu olup, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Asıl işverenin ise, davacının tüm çalışma dönemine ilişkin olmak üzere, iş sözleşmesinden doğan tüm alacaklarından sorumlu olması İş Kanunu'nun 2. maddesi gereğidir.

Sonuç olarak, tarafların fesih konusunda irade açıklamaları veya fesih işlemi yerine geçecek işlemleri olmadığı sürece, işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde iş yeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi yerinde olur. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını devralmış sayılır. Asıl işveren tüm hizmet süresine göre kıdem tazminatı alacağından; devreden alt işveren ise kendi çalıştırdığı dönem ve ücret seviyesine göre belirlenecek kıdem tazminatından sorumludur.

Somut olayda, davacının Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre; 15.01.2008-24.03.2014 tarihleri arasında davalı ... Belediyesinde, hizmet alım sözleşmesi kapsamında en son alt işveren olarak davalı ... Grup İnş. Tem. Ltd. Şti.'nde çalışmıştır. Kıdem tazminatı açısından, önceki işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumlu olup, son alt işveren ise tüm dönemden sorumlu olacaktır. Aynı şekilde ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti gibi feshe bağılı alacaklardan da son alt işveren sorumludur. Bu bağlamda; en son alt işveren davalı ... Grup İnş. Tem. Ltd. Şti'nin, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti açısından asıl işveren davalı ... ile müştereken ve müteselesilen sorumlu tutulması gerekirken, anılan davalı yönünden davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ... Büyükşehir Belediye Başkanlığına iadesine, 10.12.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: Fazla çalışma ücreti alacağı “belirsiz alacak davası” olarak açılabilir.

Bu duruma göre davanın açılmasıyla alacağın tamamına ilişkin zamanaşımı kesilmiş olacaktır.

Y. 22. HD. E.2016/1507 K. 2018/26552 T. 10.12.2018

Davacı vekili, müvekkilinin 01/05/2009-Mart 2010 tarihleri arasında ... ilçesine tayin olduğunu bu süre içerisinde sağlık ocağında ambulans şoförü olarak çalıştığını, her ay düzenli 24 saat esasına göre çalıştığını, haftada 2 gün izin kullandığını ve haftada üç gün icap nöbeti tuttuğunu belirterek ödenmediğini iddia ettiği fazla mesai, ulusal bayram genel tatil, vardiya zammı ve seyyar görev tazminatı alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının ödenmeyen alacağının bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı gerekçeyle ulusal bayram genel tatil ve vardiya zammı alacağının reddi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

I-Davalı Temyizi Yönünden;

Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmasına devam olunan mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesi uyarınca temyiz edilemez. Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz.

Dosya içeriğine göre hüküm altına alınan ve temyize konu edilen fazla mesai ve seyyar görev tazminatı alacağına ilişkin toplam miktar 450, 00 TL olup karar tarihi itibari ile kesinlik sınırı olan 2.080, 00 TL kapsamında kaldığından davalının temyiz isteminin 6100 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmasına devam olunan mülga 1086 sayılı Kanun'un 427, 432 maddeleri uyarınca REDDİNE, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine,

II- Davacı Temyizi Yöntünden;

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının fazla çalışma alacağının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı uyuşmazlık konusudur.

Somut olayda, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı dava dilekçesi ve harç tamamlama dilekçesinden anlaşılmaktadır.

Fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücret alacakları yönünden, davacı haftada kaç saat fazla çalışma yaptığını, hangi hafta tatillerinde çalıştığını belirleyebilmekte ise de hakimın hesaplanan miktardan hangi oranda takdiri indirim yapacağını bilebilecek durumda değildir. Bu sebeple, fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücret alacakları belirsiz alacak davasına konu edilebilir.

Fazla çalışma alacağının belirsiz alacak davasına konu edilebilecek nitelikte alacak olduğu ve belirsiz alacak davası olarak açıldığı anlaşıl-makla; davanın açılması ile alacağın tamamına ilişkin zamanaşımı süresi kesildiğinden, 6100 sayılı Kanun'un 107/2. maddesi gereğince talebin artırılması ıslah olarak nitelendirilip ıslaha karşı zamanaşımı definin dik-kate alınması isabetli olmamıştır. Talep arttırım dilekçesi ile talep edilen miktarlar zamanaşımına uğramayacağından, bu miktarlara göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3-Davacının vardiya zammı alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının Mayıs 2009 - Mart 2010 tarihleri arasında sağlık ocağında ambulans şoförü olarak çalışmış olduğu ve daha önce ... 1. İş Mahkemesinin 2009/141 esas sayılı dosyası ile 16.10.2009 tarihinde dava açarak dava tarihine kadar olan vardiya zammı dahil bir kısım işçilik alacakları talebinde bulunduğu, mahkemece davacının vardiyalı çalışmadığı gerekçesi ile vardiya zammı alacağının ret edildiği ve miktar itibari ile hükmün kesin olarak verildiği, iş bu dosyada ise mahkemece davacının daha önce iş mahkemesinde açtığı dava dosyasında vardiya zammı talebinin reddedildiği ve bu hükmün kesin hüküm niteliğinde olduğu gerekçesi ile vardiya zammı talebinin reddine karar verildiği görülmüştür. Ancak ... 1. İş Mahkemesinin 2009/141 esas sayılı dosyasında verilen hüküm 16.10.2009 tarihine kadar olan talep yönünden kesin hüküm teşkil ettiğinden bu tarihten Mart 2010 tarihine kadar olan talep yönünden mahkemece dosya içerisindeki deliller değerlendirilerek

davacının vardiyalı çalışma yapıp yapmadığının tespiti ile vardiya zammı alacağına hak kazanıp kazanmadığına karar vermek gerekirken hatalı gerekçe ile talebin reddi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.12.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

RÜCU DAVASI • TACİR SIFATI • TİCARET MAHKEMESİ

ÖZET: Taşeron ile işi veren arasındaki rücu davasında iki tarafın da tacir olduğu dikkate alınarak davaya Ticaret Mahkemesinde bakılacaktır.*

Y. 23. HD. E. 2016/5708 K.2016/5281 T.05.12.2016

Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasında, posta gönderilerinin ayrımı ve kayıt düşümü işine ilişkin hizmet alım sözleşmesi imzalandığını, davalı şirket işçisi tarafından müvekkili aleyhine açılan işçilik alacaklarına ilişkin dava sonucunda, müvekkilince ödenmek zorunda kalınan 18.136, 32 TL'den sözleşme uyarınca davalının sorumlu olduğunu ileri sürerek, 18.136, 32 TL'nin faiziyle birlikte davalıdan tahsiline hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, dosya üzerinden karar verildiğinden, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia ve dosya kapsamına göre; davacı ile davalı arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu, işçi alacakları bakımından müteselsil sorumlulukları olan davacı ... davalının ödedikleri tazminatın birbirlerine karşı rücuuna ilişkin davalarda görevli mahkemenin İş Mahkemesi olduğu gerekçesiyle, mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, taraflar arasındaki posta gönderilerinin ayrımı ve kayıt düşümü işine ilişkin hizmet alım sözleşmesinden doğan rücu'en alacak istemine ilişkindir.

Taraflar arasında hizmet alım sözleşmesi imzalanmış olup uyumsuzluk; sözleşme uyarınca çalıştırılan işçinin işçilik alacaklarından kimin sorumlu olduğu noktasındadır.

Bu durumda uyumsuzluk sözleşme hükümlerine göre genel mahkemelerde çözülecektir. Eldeki davanın işçi tarafından açılmış hizmet sözleşmesine dayalı bir dava olmadığı nazara alındığında, bu davada iş mahkemelerinin görevli olduğu düşünülemez. Her iki tarafın tacir olup; uyus-

* Gönderen: Av. Şevket Güney BİGAT

mazlığın da ticari işlerinden kaynaklandığı göz önünde bulundurulduğunda mahkemenin işin esasına girip sonuçlandırması gerekirken, yanlışlı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 05.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

ARSA PAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ • TÜKETİCİ SIFATI

ÖZET: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisinde taşınmazda hissedar olan kat malikinin tüketici olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Y. 23. HD. E. 2016/5990 K. 2019/2465 T.29.05.2019

Davacılar vekili, müvekkillerinin 129 ada, 50 parselde bulunan arsa ve arsa üzerine kurulan binada müşterek malik olduklarını, davalılardan ...'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile aynı arsada hissedar olan ...'ten taşınmaz hissesi aldığını, anılan davalının inşaaata başlamadan önce davacılarla gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yaptığını, binada her bir davacıya satılan bölümün bu kişilere özgülendiğini, iskanın kat mülkiyetine geçildiği ve tapu verileceğinin müteahhit tarafından taahhüt edildiğini ancak inşaat tamamlandıktan sonra tapu verilmesi aşamasında ...'ın taahhütüne uymadığını ileri sürerek tapunun iptali ve denkleştirilme yapılmak suretiyle davacılar adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı ... vekili, görev itirazında bulunmuş, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, deliller ve tüm dosya kapsamından davanın satış vaadi ile yükleniciden satın almaya dayalı olarak ... 7. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2014/280 esasında açıldığı ancak mahkemece görevsizlik kararı ile tüketici mahkemesine geldiği, davacılarından ... ile davalı ... arasındaki ilişkinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ilişkisine dayandığı, kat maliki ...'ün tüketici olarak kabulü mümkün olmadığı ve bu şahıstan satın alanların da tüketici olarak nitelenmelerinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın görevdava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenlerden alınmasına, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 29.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KAZANÇ KAYBI

ÖZET: Her dava açıldığı tarihteki duruma göre hükme bağlanacağından davanın 11.04.2006 tarihinde açılmış olması da nazara alınarak bu tarihe kadar tazminata hükmedilmesi gerekirken dava tarihinden sonraki dönem için de tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

Öte yandan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 121. maddesinin son fıkrası "Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez" hükmünü içermektedir.

Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda belirlenen kazanç kaybı tazminatı miktarına hesaplanan gecikme faizinin de eklenerek belirlenen bu tazminat miktarına yeniden dava tarihinden itibaren faiz işletilerek hüküm kurulması başka bir deyişle kanunun emredici hükmüne aykırı olarak faize faiz yürütülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

Y. 23. HD. E. 2017/1781 K.2019/2062 T.16/05/2019

Davacı vekili, müvekkilinin kooperatif ortaklığından haksız olarak yönetim kurulunun 27.10.2005 tarihli kararıyla çıkarıldığını ve mahkeme kararıyla bu kararı iptal ettirdiğini, kooperatifin müvekkilinin işe geri

dönmesine izin vermediğini, kooperatifin ihraç kararı verdiği günden beri mesleğini fiilen yapamadığını ileri sürerek şimdilik davalılardan 6.000, 00 TL maddi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davacı vekili, 02.02.2009 tarihli dilekçesi ile 7.591, 52 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek en yüksek mevduat faizi ile tahsiline karar verilmesini talep ederek davasını ıslah etmiştir.

Davalı kooperatifin başkanı ..., kooperatifin 125 üyesi olduğunu araçların haftada ancak bir kez sefere çıkabildiklerini davacının ileri sürdüğü şekilde günde 50, 00 TL kazanılmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen kararın davalı kooperatif temsilcisi ... temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 28.11.2011 tarihli 2011/1293 Esas, 2011/2134 Karar sayılı ilamı ile özetle; mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunun hükme ve denetime elverişli olmadığı aracın tazminat istenen dönem içinde başka bir işte çalıştırılarak gelir elde etmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulması davacı ile aynı hatta çalışan bir ortağın ortalama kazancının belirlenmesi, belirlenen miktardan masraf ve amortisman giderlerinin düşülmesi için yeni bir bilirkişi kurulu oluşturulup davalı kooperatif kayıtları üzerinde de inceleme yaptırılarak, davacının aracının çalıştırılmaması nedeniyle uğradığı kazanç kaybının denetime elverişli rapor alınarak tespit edilmesi, bilirkişi raporu ile kazanç kaybının gerçek miktarının somut verilerle tam olarak saptanamaması halinde BK'nın 42. vd. madde hükümleri uyarınca mahkemece somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak takdirenen bir miktar kazanç kaybına hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından davacının bozma ilamı doğrultusunda alınan bilirkişi raporu ile hesap edilen davacıya ödenmesi gereken toplam tazminat miktarının 5.484, 25 TL olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı kooperatif temsilcisi ... temyiz etmiştir.

Dava, davacının aracının çalıştırılmaması nedeniyle uğradığı kazanç kaybına ilişkindir. 1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı kooperatif temsilcisinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2-Mahkemece, hükme esas alınan 20.01.2017 havale tarihli bilirkişi raporunda davacının başka bir işte çalışması nedeniyle elde ettiği gelirin hesaplanan kazanç kaybı bedelinden düşülmesi gerekirken maddi hata

sonucu bu bedele eklenerek yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3-Her dava, açıldığı tarihteki fiili ve hukuki sebeplere ilişkin koşullara göre hükme bağlanır. Davacı ancak dava açıldığı tarihte var olan (o zamana kadar gerçekleşmiş olan) alacağının hüküm altına alınmasını isteyebilir. Dava tarihinden sonra doğacak haklar için (aynı davada) karar verilmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü tarafların dayandığı olguların dolayısıyla elde etmek istediği nihai talebin dışına çıkılması sonucunu doğuracağı gibi temyiz ve karar düzeltme süreçleri de dahil yargılamanın son aşamasına kadar gerçekleşecek hukuki ve fiili olguların nazara alınması gerektiği sorununu ortaya çıkaracaktır.

Nitekim 28.11.1956 tarih ve 15/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, “Her davada açıldığı tarihte tespit edilen vaziyet hükme esas ittihaz olunması iktiza eylemesine...” gerekçesine yer verilerek davanın açılmasına kadar gerçekleşen hukuki ve maddi vakıalara göre sonuçlandırılması gerektiği benimsenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda mahkemece davacının çalıştırılmadığı 23.10.2005-17.06.2007 tarihleri arasında hesaplanan kazanç kaybı tazminatına hükmedilmiştir. Her dava açıldığı tarihteki duruma göre hükme bağlanacağından davanın 11.04.2006 tarihinde açılmış olması da nazara alınarak bu tarihe kadar tazminata hükmedilmesi gerekirken dava tarihinden sonraki dönem için de tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

4- Öte yandan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 121. maddesinin son fıkrası “Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez” hükmünü içermektedir.

Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda belirlenen kazanç kaybı tazminatı miktarına hesaplanan gecikme faizinin de eklenerek belirlenen bu tazminat miktarına yeniden dava tarihinden itibaren faiz işletilerek hüküm kurulması başka bir deyişle kanunun emredici hükmüne aykırı olarak faize faiz yürütülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ:

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı kooperatif temsilcisinin sair temyiz itirazlarının reddine (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı kooperatif yararına **BOZULMASINA**, (3) ve (4) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle hükmün re'sen **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 16.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU

KARARLARI

SANIĞIN İNKARI • KUŞKUYA DAYALI MAHKUMİYET

Özet: Şüpheden sanık yararlanır.

YCGK 10. E.2017/798 K. 2019/223 T.19. 03. 2019

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan sanık ...'in TCK'nın 188/3-4, 62, 52, 53, 55 ve 63. maddeleri uyarınca 12 yıl 6 ay hapis ve 100 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, müsadereye ve mahsuba ilişkin İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 12.11.2015 tarihli ve 384-245 sayılı hükmünün, sanık müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesince 14.04.2016 tarih ve 671-1190 sayı ile;

"Kendisinde herhangi bir uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçmeyen sanığın savunmasının aksine, ele geçirilen suç konusu eroinlerle ilgili olduğuna ya da diğer sanıkin suçuna iştirak ettiğine ilişkin, kuşku aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı, hakkında soruşturma aşamasında 'kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma' suçundan ayırma kararı verilen tanık S.'ın, sanığın kendisine ikram olarak verdiğini ileri sürdüğü maddelerin de ele geçmemesi nedeniyle uyuşturucu veya uyarıcı madde olarak kabul edilemeyeceği gözetilmeden, sanık hakkında beraat yerine mahkûmiyet hükmü kurulması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel Mahkeme ise 31.05.2016 tarih ve 163-268 sayı ile;

"...22.09.2014 tarihinde polis merkezini arayan bir erkek şahsın..... Mahallesi Sokak üzerinde bulunan Merkez Camii bayanlar tuvaletine gün içerisinde aralıklarla kısa boylu, sarı saçlı bir kızın geldiğini, tuvaletten uzun süre çıkmadığını, kızın yanına 170 boylarında, koyu renk kıyafetli, sakallı, 25 yaşlarında bir erkek bir şahsın durmadan gelip gittiğini, kız ile birbirlerine bir şeyler verdiklerini, erkek şahsın da cami dışında yanına gelen şahıslarla görüşerek tokalaştıklarını, aralarında uyuşturucu madde alış verişinin yapıldığından şüphelendikleri ihbarında bulunması üzerine belirtilen yere giden görevlilerin olayı tutanak altına aldıkları,

Olay tutanağı, tanık beyanları, sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre; olay tarihinde ihbar tutanağında eşgelleri belirtilen sa-

nıklardan hükümlü U'nun bayanlar tuvaletine giderek sanık ...'e para verdiği, sanık ...'nın parayı çantaya koyduğu ve hükümlü'e içerisinde satışa hazır ayrı ayrı paketlenmiş halde eroin bulunan sigara paketini verdiği, hükümlü'in paketi cebine koyarak Okmeydanı Dış Hastanesi önünde beklemeye başladığı, bir müddet sonra telefonla uyuşturucu alış verışı için irtibat kurduğu tanıklar T T, ... ve ...'in hükümlü'in yanına geldikleri, tanık T'nin 30 TL karşılığı bir paket eroin alarak hükümlü'in yanından uzaklaştığı, görevlilerce takip edilen tanık durdurulduğunda elindeki uyuşturucu maddeyi yere attığı, bunun üzerine hükümlü'in yapılan üst aramasında pantolonunun cebinde bulunan sigara paketinin içerisinde 5 adet satışa hazır paketlenmiş beyaz kağıda sarılmış eroin ve satıştan elde edilen 330 TL paranın ele geçirildiği, akabinde sanık ... ve yanında bulunan tanık S'nin de yakalandığı, ...'in çantasında geliş güzel atılmış vaziyette satıştan elde edilen, hükümlü'in verdiği 510 TL para el konulduğu anlaşılmıştır.

Sanık ... o gün üzerinin kirlenmesi ve arkadaşının kıyafet getirecek olması nedeniyle tuvalette bulunduğunu, hükümlü'e sadece sigara paketi verdiğini,'in de kendisine ev tutmak için biriktirmesi niyetiyle para verdiğini beyan ederek suçlamayı reddetmiş ise de; ihbarın 15.45 sıralarında yapıldığı, olay tutanağı saatinin ise 21.30 olduğu bu haliyle sanık ...'nın kıyafet değiştirmek için yaklaşık 5-6 saat tuvalette kalması ve erkek arkadaşı olan diğer hükümlü'in biriktirmesi niyetiyle para vermek için sanık ...'nin tuvalette bulunduğu zamanı seçmesi hayatın olağan akışına uygun bulunmadığından inkara yönelik savunmasına itibar edilmemiş, sanık ...'nin cami tuvaletinde U süre kaldığı, yanına gelen diğer hükümlü'le aralarında birşeyler alıp verdikleri,'in de yanına gelen kişilerle görüşüp uyuşturucu alış verışı yaptığına dair gelen ihbar ve sonrasında tutulan olay tutanağında tam da ihbarda belirtildiği şekilde olayların gözlemlenmesi, sanık ...'nin'e verdiğini kabul ettiği sigara paketinden satışa hazır eroinlerin ele geçirilmesi (olay tutanağı ve üst arama tutanağına gör hükümlü'de sadece 1 adet sigara paketi ele geçiyor onun içerisinde de eroin paketleri var), tanık ...'nin mahkeme huzurunda 'Ben değişik zamanlarda ve bazen olmak üzere Damla'dan uyuşturucu almışlığım vardır, bunu ikram olarak verdi' şeklindeki beyanı ile sanığın üzerine atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu işlediği kanaatine varılmıştır.

Mahkememizin kabulü ile olay tutanağının uyumlu olduğu, aynı olay tutanağında hem hükümlü U'nun hem de sanık ...'in eylemleri ile ilgili anlatımların yer aldığı, hükümlü U hakkında kurulan hükmün onandığı bu haliyle olay tutanağına itibar edildiğinin anlaşıldığı, aynı tutanak da ...'in ile iştirak halinde hareket edildiğinin açıkça anlaşılmasına

rağmen sanık ... yönünden de olay tutanağına itibar edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Tüm dosya kapsamına göre sanığın hükümlü ile iştirak iradesi içerisinde hareket ederek atılı suçu işlediği ve suçun sübuta erdiği" şeklindeki gerekçeyle bozmaya direnerek önceki hüküm gibi sanığın cezalandırılmasına karar vermiştir.

Direnme kararına konu bu hükmün de, sanık müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 28.09.2016 tarihli ve 335623 sayılı "bozma" istemli tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gelen dosya, Ceza Genel Kurulunca 07.12.2016 tarih ve 1246-661 sayı ile; 6763 sayılı Kanun'un 38. maddesi ile 5320 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. madde uyarınca kararına direnilen daireye gönderilmiş, aynı madde uyarınca inceleme yapan Yargıtay 10. Ceza Dairesince 22.05.2017 tarih ve 59-1991 sayı ile direnme kararının yerinde görülmemesi üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığına iade edilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık U hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan verilen mahkûmiyet hükmü Özel Dairece düzeltilerek onanmak suretiyle kesinleşmiş olup direnmenin kapsamına göre inceleme sanık ... hakkında kurulan mahkûmiyet hükmü ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın üzerine atılı bulunan uyuşturucu madde ticareti yapma suçunun sabit olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

22.09.2014 tarihli olay, yakalama, geçici olarak el koyma, savcı görüşme tutanağına göre; Kâğıthane İlçe Emniyet Müdürlüğü hizmetlerinde kullanılan 0212 283 70 01 numaralı hattı arayan ve sesinden erkek olduğu anlaşılan şahsın ".... Mahallesi, Sokakta bulunan cami civarında oturuyorum. Gün içerisinde vaktimin çoğunu camide geçiriyorum. Caminin bayanlar tuvaletine gün içerisinde kısa boylu, sarı saçlı bir kız aralıklarla gelip U süre çıkmıyor. Kızın yanına 170 cm boylarında, sakallı, 25 yaşlarında olan ve üzerinde koyu renk kıyafet bulunan erkek şahıs gelip gidiyor. Kız ile birbirlerine bir şeyler veriyorlar. Erkek şahıs cami dışında yanına gelen kişilerle görüşüp tokalaşıyor. Aralarında uyuşturucu madde alışverişi yapıldığından şüpheleniyorum." diyerek telefonu kapattığı,

İhbar doğrultusunda araştırma yapmak amacıyla bahsi geçen yere giden görevlilerin cami ve çevresini izlemeye aldıkları, ihbarda eşkâl bilgileri belirtilen kişiyle uyumlu erkek şahsın cami avlusunda ileri geri gittiği, telaşlı şekilde dolaştığı, sürekli telefon ile görüşme yaptığı, cami içerisinde bulunan bayanlar tuvaletine gidip bayan bir şahısla görüştüğü, bayan şahsa sayarak para verdiği, bayanın parayı alıp çantasına koyduğu, erkek şahsın da bayandan bir cisim alarak cebine koyduğunun görüldüğü, hızlı adımlarla cami dışına çıkan erkek şahsın Yalın Sokak istikametinden yaya olarak ilerlediği, bayanın ise cami tuvaletinde kaldığı, görevlilerce takibe alınan erkek şahsın Fulya Sokak yönüne dönüp.....Mahallesi, Darülaceze Caddesi üzerinde bulunan Okmeydanı Ağız ve Diş Sağlığı Hastanesi önünde gelip beklemeye başladığı, sürekli telefonla görüşen şahsın yanına bir süre sonra tanıklar T T ile ... isimli şahısların geldikleri, yaklaşık bir dakika sonra ise bu üç şahsın yanına tanık ...'in de geldiği, izlenmelerine devam edilen şahıslardan tanık T'nin cebinden çıkardığı parayı cami avlusunda görülerek takibe alınan ve yakalandıktan sonra kimlik bilgileri tespit edilen inceleme dışı sanık U'a, adı geçenin de beyaz kâğıda sarılı olan ve uyuşturucu madde olduğu değerlendirilen bir cismi tanık T'a verdiği, adı geçen tanığın ayrıldığı sırada görevlilerce durdurulmak istenildiğinde elinde bulunan beyaz kâğıda sarılı cismi yere attığı, yapılan kontrolde eroin olduğu değerlendirilen maddenin görevlilerce muhafaza altına alındığı, ardından görevlilerin inceleme dışı sanık ile yanında bulunan tanıklar T, B ve Y E'yi yakaladıkları, yapılan üst aramalarında inceleme dışı sanık 'in pantolonunun cebindeki sigara paketinde (5) adet satışı hazır vaziyette beyaz kâğıda sarılı eroin olduğu değerlendirilen maddenin ve toplam 330 TL'nin ele geçirildiği, tanıklar üzerinde ise suç unsuruna rastlanılmadığı, görevlilerce sorulduğunda; tanık T'nin yaklaşık bir yıldır her gün eroin satın aldığı inceleme dışı sanık ile telefonla görüşmesi sonrasında adı geçenle buluştuğunu ve 30 TL karşılığında eroin satın aldığını, görevlileri görmesi üzerine satın aldığı eroini yere attığını, inceleme dışı sanık 'in yanında zaman zaman sarışın, kısa boylu bir bayanın olduğunu söylediği, tanık Y E'nin daha önceden eroin aldığı inceleme dışı sanık 'i tesadüfen hastane önünde gördüğünü, adı geçenden kendisine uyuşturucu madde temin etmesini istediğini, alamadan polislerin geldiğini beyan ettiği, tanık B'nin ise daha önceden eroin satın alması nedeniyle tanıdığı inceleme dışı sanık 'i Çağlayan Mahallesinde gördüğünü, adı geçene uyuşturucu madde almak istediğini söylediğinde hastane önüne gelmesini istediğini, söz konusu yere gidip inceleme dışı sanık ile buluştuğunu, ancak eroin alamadan görevlilerce yakalandığını ifade ettiği,

Takip sırasında görülen bayan şahsın da yakalanması için caminin bayanlar tuvaletinin girişinde beklenildiği sırada, tuvaletten peş peşe çıkan sanık ... ile tanık ...'nın görülerek durduruldukları, sanık ...'nın eşkâlinin

ihbarda belirtilen bayan şahısla uyumlu olduğunun anlaşıldığı, ekip otosuna alınarak karakola götürülen bayanların burada yapılan üst aramalarında suç unsuruna rastlanılmadığı, ancak sanık ...'nın çantasında yapılan aramada gelişi güzel vaziyetteki toplam 510 TL'nin uyuşturucu madde satışından elde edildiği değerlendirilerek el konulduğu, görevlilerce inceleme dışı sanıki tanıyıp tanımadığı sorulduğunda, sanık ...'nın şahsın erkek arkadaşı olduğunu, arkadaşı olan tanık S.'in uyuşturucu madde ile ilgisinin olmadığını, kendisine kıyafet getirmesi nedeniyle yanında bulunduğunu, tuvalete sigara içmek amacıyla girdiğini söylediği,

İstanbul Polis Kriminal Laboratuvarınca düzenlenen 12.10.2014 tarihli uzmanlık raporuna göre; ele geçirilen net 0,2 ve 1,8 gram açık kahverengi toz maddelerin eroin ve 6-MAM etken maddesi ihtiva ettikleri,

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/159651 sayılı dosyasında şüpheliler T T, ..., ... ve ... hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan soruşturma yürütüldüğü,

Anlaşılmıştır.

Tanık T T kollukta; yaklaşık sekiz yıldır eroin kullandığını, uyuşturucu maddeyi 0535numaralı telefonla irtibat kurarak temin ettiğini, olay günü saat 20.30 sıralarında kendi telefonundan 0535numaralı telefonu aradığını, telefonu açan şahsın SSK Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Diş Hastanesi önünde buluşma önerdiğini, buluşma yerine gittiğinde adını daha önce bilmediği inceleme dışı sanık ile buluştuklarını, 30 TL verip bir paket eroin aldığını, şahsın yanında başka kimse olmadığını, ayrılmak üzereyken polislerin geldiklerini, yaklaşık bir aydır bu şahısla telefonla görüşerek uyuşturucu temin ettiğini, sanık ...'yı bir-iki defa inceleme dışı sanıkle beraber gezerken gördüğünü, ancak alışveriş sırasında hiç görmediğini, mahkemede farklı olarak; olay günü Y isimli şahıstan uyuşturucu almak için hastane bahçesine geldiğini, daha önceden tanımadığı inceleme dışı sanıkin de orada olduğunu, daha sonra polislerin geldiklerini, kendileriyle birlikte iki kişiyi de gözaltına aldıklarını, inceleme dışı sanıkin de uyuşturucu almaya geldiğini orada öğrendiklerini, kendisinin inceleme dışı sanıkden hiçbir zaman uyuşturucu almadığını,

Tanık ... kollukta; yaklaşık 3 yıldır uyuşturucu kullandığını, adını kendisine Y olarak söyleyen ve büro amirliğinde isminin U olduğunu öğrendiği şahıstan yaklaşık bir aydır eroin aldığını, 0535numaralı telefonu arayıp kendisi ile irtibat kurarak alışveriş yaptığını, olay günü saat 19.00 sıralarında inceleme dışı sanıki Çağlayan Mahallesinde gördüğünü, yanına yaklaşıp kendisine bir güzellik yapmasını istediğini, beraberce Okmeydanı Diş Hastanesi önüne gittiklerini, tuvalete girerek beraber

uyuşturucu kullandıklarını, dışarı çıktıktan sonra adını polis merkezinde öğrendiği T T ve ... isimli şahısların geldiklerini, alışveriş sırasında polis baskın düzenlediğini, mahkemede ise; sanık ... ve inceleme dışı sanıkin uyuşturucu sattıklarını bilmediğini, zaman zaman inceleme dışı sanıkle beraber uyuşturucu kullandıklarını,

Tanık ... kollukta; yaklaşık 9-10 aydır eroin kullandığını, yaklaşık 3 aydır da adını olarak söyleyen şahıstan uyuşturucu aldığını, kendisi ile 0535 numaralı telefon vasıtasıyla görüştüğünü, olay günü saat 20.20 sıralarında uyuşturucu almak için inceleme dışı sanıkin devamlı takıldığı Okmeydanı Dış Hastanesi önüne gittiğini, adı geçeni hastanenin acil girişi önünde görüğüğünü, yanında daha önce hiç görmediği iki erkek şahıs olduğunu, alışveriş yapmak için yanlarına yaklaştığı sırada polislerin baskın düzenlediklerini,

Tanık S. kollukta; sanık ...'yı 4-5 aydır tanıdığını, ne iş yaptığını bilmediğini, inceleme dışı sanıkin sanık ...'nın erkek arkadaşı olduğunu, bu şahıs da üç aydır tanıdığını, yaklaşık iki yıldır eroin kullandığını, sanık ... ve inceleme dışı sanıkden hiç eroin almadığını, birlikte uyuşturucu kullandıklarını, olay günü saat 20.00 sıralarında sanık ...'ya telefon açtığını, kendisine yarın tedavi amaçlı hastaneye yatacağını son bir kez görüşmek istediğini söylemesi üzerine Okmeydanı'nda camide olduğunu, gelirken de üst kıyafeti getirmesini istediğini, getirdiği kıyafetlerle birlikte sanık ...'nın tarif ettiği.....Merkez Camisi tuvaletine girdiğini, polislerin baskın yaptıklarını, inceleme dışı sanık ve sanık ...'nın uyuşturucu sattıklarını hiç görmediğini, mahkemede ise; uyuşturucu kullanıcısı olduğunu, inceleme dışı sanık ve sanık ...'nın uyuşturucu madde satmadıklarını, kendisine de temin etmediklerini, ancak sanık ...'nın değişik zamanlarda kendisine ikram olarak uyuşturucu verdiğini, kendisinin de sanık ...'ya ikram ettiğini,

İnceleme dışı sanık U kollukta ve sorguda; uyuşturucu madde kullandığını, uyuşturucu madde satın almak için tanık T'in yanına gittiğini, polisler baskın yapınca adı geçen tanığın paketi yere attığını, yakalandığında üzerinde çıkan (5) fişek eroini cebine tanık T'in koyduğunu, paketlerin tanık T'a ait olduğunu, sanık ... ile üç yıldır birlikte olduklarını, kendisinden sigara alıp ev tutması için para verdiğini, tanık B'in kendisi hakkında yalan söylediğini, bu tanığın da uyuşturucuyu tanık T'dan aldığını, mahkemede ise; olay günü içmek amacıyla Okmeydanı Hastanesinde taksici S. isimli bir şahıstan uyuşturucu satın aldığını, uyuşturucu madde satmadığını, diğer şahısların beyanlarını kabul etmediğini, şahısların polis baskısı altında ifade verdiklerini düşündüğünü,

İfade etmişlerdir.

Sanık ... kollukta; suçlamayı kabul etmediğini, kız arkadaşı tanık S.'in yakalandığı caminin tuvaletine kendisine kirlenmiş olan kıyafeti yerine elbise getirmek için geldiğini, üzerini değiştirdiği sırada polislerin gelip tanık S. ile kendisini yakaladıklarını, üzerinde ve tuvalette hiçbir şey bulunmadığını, inceleme dışı sanık ile üç yıldır birlikte olduklarını, kendisinden sigara istemesi üzerine adı geçen sanığa sigara paketi verdiğini, inceleme dışı sanığın uyuşturucu maddeyi kimden aldığını bilmediğini, kendisinin vermediğini, inceleme dışı sanığın birlikte ev tutmak için verdiği parayı alarak çantasına koyduğunu, sorguda; U yıllardır uyuşturucu madde kullandığını, inceleme dışı sanığa uyuşturucu değil sigara verdiğini mahkemede ise; ele geçirilen paraların erkek arkadaşı olan inceleme dışı sanık ile kendisine ait olduğunu, ancak uyuşturucu madde satışından elde edilen paralar olmadığını, uyuşturucu madde satmadığını, o gün tuvalette bulunmasının sebebinin kirlenen elbisesini değiştirmek olduğunu savunmuştur.

5237 sayılı TCK'nın "Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti" başlıklı 188. maddesinin suç tarihinde yürürlükte bulunan 3 ve 4. fıkraları;

"(3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya bazmorfin olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır." şeklindedir.

Üçüncü fıkrada, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine ilişkin çeşitli fiiller, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satışı, satışa arzı, başkalarına verilmesi, sevki, nakli, depolanması ya da kazanç amacıyla satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması, bir ve ikinci fıkralara göre ayrı bir suç oluşturmaktadır. Fıkradaki suçun oluşması için bu seçimlik hareketlerden herhangi birisinin yapılmış olması gerekir.

Dördüncü fıkraya göre, uyuşturucu maddenin eroin, kokain, morfin veya bazmorfin olması üçüncü fıkrada tanımlanan suçun konu bakımından nitelikli unsurunu oluşturmakta ve bu fıkraya göre verilecek cezanın artırılmasını gerektirmektedir.

Öte yandan, amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza muhakemesinin en önemli ve evrensel nitelikteki ilkelerinden birisi de, insan haklarına dayalı, demokratik rejimle yönetilen ülkelerin hukuk sistemlerinde bulunması gereken, öğreti ve uygulamada; "suçsuzluk" ya da "masumiyet karinesi" şeklinde, Latince de ise "in dubio pro reo" olarak ifade edilen "şüpheden sanık yararlanır" ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi açısından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlak surette sanık yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği ya da gerçekleştiriliş şekli hususunda herhangi bir şüphe belirmesi hâlinde uygulanabileceği gibi, suç niteliğinin belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Ceza mahkûmiyeti, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp, diğer kısmı göz ardı edilerek ulaşılan kanaate veya herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı, bu ispat, hiçbir şüphe ya da başka türlü oluşa imkân vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Kâğıthane İlçe Emniyet Müdürlüğü hizmetlerinde kullanılan 0212 283 70 01 numaralı hatta "..... Mahallesi, Sokakta bulunan cami civarında oturuyorum. Gün içerisinde vaktimin çoğunu camide geçiriyorum. Caminin bayanlar tuvaletine gün içerisinde kısa boylu, sarı saçlı bir kız aralıklarla gelip U süre çıkmıyor. Kızın yanına 170 cm boylarında, sakallı, 25 yaşlarında olan ve üzerinde koyu renk kıyafet bulunan erkek şahıs gelip gidiyor. Kız ile birbirlerine bir şeyler veriyorlar. Erkek şahıs cami dışında yanına gelen kişilerle görüşüp tokalaşıyor. Aralarında uyuşturucu madde alışverişi yapıldığından şüpheleniyorum." şeklinde ihbarda bulunulduğu, bunun üzerine araştırma yapmak amacıyla bahsi geçen yere giden görevlilerin cami ve çevresini izlemeye aldıkları, inceleme dışı sanıkin cami avlusunda ileri geri gittiği, telaşlı şekilde dolaştığı, sürekli telefon ile görüşme yaptığı, cami içerisinde bulunan bayanlar tuvaletine gidip burada sanık ... ile görüşüp adı geçene sayarak para verdiği, sanık ...'nın ise parayı alıp çantasına koyduğu, inceleme dışı sanıkin sanık ...'dan bir cisim alarak cebine koyduğunun görüldüğü, sanık ...'nın cami tuvaletinde kaldığı, inceleme dışı sanıkin ise Yalın Sokak istikametinden Fulya Sokak yönüne dönüp.....Mahallesi, Darülaceze Caddesi üzerinde bulunan Okmeydanı Ağız ve Diş Sağlığı Hastanesi önünde gelip

beklemeye başladığı, bir süre sonra tanıklar T ve B'nin, bir dakika kadar sonra ise tanık Y E'nin inceleme dışı sanığın yanına geldikleri, tanık T'nin cebinden çıkardığı parayı inceleme dışı sanık'e, adı geçen de beyaz kâğıda sarılı olan uyuşturucu maddeyi tanık T'a verdiği, buradan ayrılmak için hareketlenen tanık T'nin görevlilerce durdurulmak istenildiğinde elinde bulunan beyaz kâğıda sarılı eroini yere attığı, yere atılan eroinin görevlilerce muhafaza altına alındığı, ardından görevlilerin inceleme dışı sanık ile yanında bulunan tanıklar T, B ve Y E'yi yakaladıkları, yapılan üst aramalarında inceleme dışı sanık'in pantolonunun cebindeki sigara paketinde (5) adet satışa hazır vaziyette beyaz kâğıda sarılı uyuşturucu maddenin ele geçirildiği, takip sırasında görülen sanık ...'nın yakalanması için görevlilerin caminin bayanlar tuvaletinin girişine gidip bekledikleri sırada, tuvaletten peş peşe çıkan sanık ... ile tanık S.'in durdurulup yakalandıkları, karakola götürülen sanık ...'nın yapılan üst aramasında suç unsuruna rastlanılmadığı, ancak çantasında yapılan aramada geliş güzel vaziyetteki toplam 510 TL'ye uyuşturucu madde satışından elde edildiği değerlendirilerek el konulduğu olayda;

Hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan ayrı soruşturma yapılan tanık T'da ele geçirilen suç konusu eroinin inceleme dışı sanık'e verinin sanık ... olduğuna dair gerek inceleme dışı sanık'in gerekse tanık T'nin herhangi bir anlatımlarının olmaması, tanık T'nin yere attığı ve inceleme dışı sanık'in üzerinde ele geçirilen suç konusu eroinlerin sarılı olduğu beyaz kâğıtlar ile sanığın irtibatını sağlayacak bir delil bulunmaması, tanık S.'in sanıktan zaman zaman eroin alıp kullandığını söylediği maddenin ele geçmemesi nedeniyle uyuşturucu veya uyarıcı madde olarak kabul edilemeyeceği gibi tanık S.'in uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığının da teknik yöntemlerle belirlenmemesi nedeniyle adı geçen tanığın bu beyanlarının sanığın suçunun sübutu bakımından dikkate alınmayacağı, kaldı ki tanık S.'in sanığın kendisine uyuşturucu madde temin etmediğini, birlikte kullandıklarını söylemesi, olay tutanağı içeriğinden sanık ...'nın inceleme dışı sanık'e verdiği görülen cismin, inceleme dışı sanık'in tanık T'a satması sonrası yere atılan beyaz kâğıda sarılı eroin veya inceleme dışı sanık'in üzerinde ele geçirilen ve içerisinde beyaz kâğıtlara sarılı eroin bulunan sigara paketi olduğunun anlaşılabilmesi, sanık ...'nın kollukta müdafisi olmaksızın alınan ifadesinde inceleme dışı sanık'e “sigara paketi” verdiğini söylemesine karşın sorgusunda “sigara” verdiğini, uyuşturucu madde vermediğini ifade etmesi, inceleme dışı sanık'in de sanık ...'dan “sigara” aldığını beyan etmesi, bir an için sanığın, inceleme dışı sanık'e verdiği görülen cismin sigara paketi olduğu kabul edilse bile olay tutanağı içeriğine göre inceleme dışı sanık'in tanık T'a verdiği görülen ve adı geçen tanığın yere attığı beyaz kâğıt içerisinde sarılı eroini, sigara paketi içerisinden

çıkartarak verdiğiine dair bir tespitin bulunmaması, bu durumun da inceleme dışı sanıkde sigara paketini almasından önce de uyuşturucu madde bulunduğunu, dolayısıyla sigara paketi içerisinde ele geçirilen eroinlerin de sanık tarafından sigara paketinin verilmesinden sonra inceleme dışı sanık tarafından söz konusu paket içerisinde konulmuş olabileceğini göstermesi, oluşan bu şüphenin sanık lehine değerlendirilmesinin gerekmesi, sanığın başlangıçtan itibaren değişmeyen savunmalarında suçlamayı kabul etmediğini, ele geçirilen uyuşturucu madde ile ilgisi bulunmadığını savunması karşısında; kendisinde herhangi bir uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilemeyen sanığın savunmalarının aksine, ele geçirilen suç konusu eroin ile ilgisi olduğuna ya da inceleme dışı sanıkin suçuna iştirak ettiğine ilişkin, her türlü şüpheden uzak, kuşkuyu aşan, yeterli ve kesin delil bulunmadığının, dolayısıyla sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, Yerel Mahkemenin direnme kararına konu olan hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 31.05.2016 tarihli ve 163-268 sayılı direnme kararına konu hükmünün, kendisinde herhangi bir uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilemeyen sanığın savunmalarının aksine, ele geçirilen suç konusu eroin ile ilgisi olduğuna ya da inceleme dışı sanıkin suçuna iştirak ettiğine ilişkin, her türlü şüpheden uzak, kuşkuyu aşan, yeterli ve kesin delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi isabetsizliğinden **BOZULMASINA,**

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİ EDİLMESİNE,** 19.03.2019 tarihinde yapılan müzakerede oy birliğiyle karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYA

Yerel Mahkeme Kararı

Davacı vekili, mahkememize ibraz ettiği 14/01/2016 havale tarihli dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin davalı ile Gemlik/Bursa'da yazlık komşusu olduklarını, müvekkilinin sitenin 5 yılı aşkın süredir yöneticiliğini yaptığını, davalının, 13/07/2015 tarihinde, öğle 1 saatlerinde site bahçesinde, tüm site sakinlerinin balkonlarında veya site bahçesinde oturdukları sırada, yapılan tadilatlar nedeni ile müvekkilinin hırsızlıkla mı suçluyorsun sorusuna karşılık evet hırsızım diyerek hakaret ettiğini, davalının, Gemlik 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin sayılı kararı ile ceza aldığını, müvekkilinin bugüne kadar eleştiri almadığı gibi takdir ve teşekkürlerle görev yaptığını, davalının, müvekkilinin onur, şeref ve saygınlığını rencide ettiğini belirterek, 5.000,00 TL manevi tazminatın, 13/07/2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Taraflara usulüne uygun duruşma günü bildirir davetiye, davalıya, dava dilekçesi tebliğ edilerek taraf teşkili sağlanmıştır.

Davalı, mahkememize ibraz ettiği 11/02/2016 havale tarihli cevap dilekcesinde özetle; dava konusu hakaret içeren sözleri davacıya söylemediğini, sadece sitede boyacı olarak çalışan işçilerin yanında kendisine, 20 m2 olan, yer nasıl olur da 1.500,00 TL. turar diye serzenişte bulunduğunu, bunun olduğu esnada davacının yanında eşinin ve komşularının olmadığını, yöneticiyi eleştirmenin, yaptıklarını` sormasının normal bir şey olduğunu, davacı yöneticinin, eleştiri sınırları içerisindeki sözleri çarpıtarak, boyacıların gerçek dışı biyenlerg ile aleyhine hüküm kurulduğunu, yaşanan olayı, davacı tarafla manevi zarar oluşmadığını belirterek, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Gemlik 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/672 Esas 2015/93 Karar sayılı dosyasının bir sureti, tarafların sosyal ekonomik durumlarına ilişkin yazı cevapları getirtilerek, dosya arasına alınmıştır.

Davalı tanığı mahkememizin 07/06/2016 tarihli duruşmasında, Gemlik Küçükkuşla mahallesinde yazlıkları olduğunu, davalı kendisinin kızkardeşinin eşi olduğunu, onların da aynı yazlık sitede evleri bulunduğunu, olay günü bahçede oturduklarını, Y. beyin, yönetici olduğunu, siteye

20 m2 kalebodur döşendiğini, 1.500,00 TL masraf yapıldığını, hep birlikte bahçede otururken, N. beyin, davacıya, “bu kadarı fazla değil mi” diye sorduğunu, onun da “siz bana hesap soramazsınız” diye bağırmaya başladığını, yalancılıkla ilgili herhangi bir mevzuu geçmediğini, davalının, davacıya asla hakaret etmediğini beyan etmiştir.

Davalı mahkememizin 07/06/2016 tarihli duruşmasında, Gemlik mahallesinde kiracı olarak oturduğum, ancak ara sıra arkadaşı N.ın yanına otumaya gittiğini, şu anda oradan ev kiraladığı için, yazdan yaza oraya gittiğini, dava konusu olay olduğu sırada orada olduğunu, beyin,beye 20 m2 yere 1.500,00 TL para istediği için “ bu çok değil mi” diye sorduğum, davacının da ona “1.500,00 TL” dediğini, taraflar arasında herhangi bir kavga, sürtüşme olmadığını, yalancılıkla ilgili herhangi bir mevzuu geçmediğini beyan etmiştir.

Dava, haksız fiil (Hakaret) nedeniyle manevi tazminat davasıdır.

Dava dilekçesi, yazı cevapları, taraf-tanık beyanları, Gemlik 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin Karar sayılı dosyası ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde;

13/07/2015 tarihinde, sitede yapılan tadilatlar nedeniyle, davalının, site yöneticisi olduğu beyan edilen davacıya “ hırsızsın” diyerek hakaret ettiği belirtilerek, davalıdan, hakaret nedeniyle manevi tazminat talep edilmiştir.

Her ne kadar davalı tarafça, hakaret iddiası kabil edilmemiş ise de, Gemlik 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/672 Esas 2015/93 Karar sayılı dosyasında yapılan yargılama sırasında dinlenen tanıklar ve olay sırasında davalının, davacıya, “hırsız” dediğini duyduklarını beyan ettikleri, ceza dava dosyasında, bu tanıkların beyanlarına itibar edilerek, davalı üzerine atılı suç sabit görülerek, davalının cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, verilen kararın 13/07/2015 tarihinde kesinleştiği, hukuk mahkemeleri, ceza mahkemeleri kararları ile bağlı olmamakla birlikte, bir fiilin meydana gelip gelmediğine ilişkin ceza mahkemesi tespitleri ve kararları ile bağlı olduğu, tüm dosya kapsamı ve ceza mahkemesi kararı da dikkate alındığında, davalının, davacıya “hırsızsın” diyerek hakarete bulunduğu sabit olduğu, bu nedenle davacının, davalıdan, manevi tazminat talep edebileceği anlaşıldığından, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, olay tarihi, olayın meydana geliş şekli dikkate alınarak, davacı lehine manevi tazminata karar verilmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM:Ayrıntısı ve yasal gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

Davanın KABULÜ İLE,

5.000,00 TL manevi tazminatın 13/07/2015 tarihinden itibaren işleyerek faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Dair Davacı vekili ile.....Davalı huzurunda verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 07/06/2016

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ KARARI

MANEVİ TAZMİNAT • AĞIR ELEŞTRİ

ÖZET: Site sakininin site yöneticisine sarf ettiği hırsızınız sözü hakaret değil ağır eleştiridir.

Y. 4. HD. E. 2016/15577 K.2019/649 T. 13.02.2019

Dava, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı vekili; müvekkilinin 5 Sitesinin yöneticisi olduğunu, davalısında aynı sitede ikamet ettiğini; 13/07/2015 tarihinde sitede yapılacak tadilatların ücreti konusunda taraflar arasında yaşanan tartışma sırasında davalının müvekkiline hakaret ettiğini, davalının hakaret suçundan Gemlik 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/672 esas 2015/937 sayılı kararı ile cezalandırılmasına karar verildiğini belirterek, uğradığı manevi zararını giderilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı; davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece; davalı hakkında hakaret suçundan yapılan ceza yargılamasında dinlenen tanık beyanları ile davanın, davacıya yönelik "hırsızın" sözünü sarf ettiğinin sabit olduğu ve bu ifadenin davacının kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. '

Dosya kapsamından, davacının şikayeti üzerine Gemlik 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/672 esas 2015/93 sayılı ilamı ile davalının hakaret suçundan cezalandırılmasına karar verildiği ve hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı anlaşılmaktadır. Ceza mahkemesince her" ne kadar davaya konu edilen olay nedeniyle davalı Cezalandırılmış ve hakkında verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ise de; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları mahiyeti itibariyle hukuk hakini bağlamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birisi olup, toplumsal ilerlemenin ve her kişinin gelişiminin başlıca koşullarından birini teşkil etmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü yalnızca iyi karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olduğu düşünülen değil, aynı zamanda kırııcı, hoş karşılanmayan ya da kaygı uyandıran “bilgiler” ya da “düşünceler” için de geçerlidir, çoğulculuk, hoşgörü ve açık düşünce bunu gerektirir ve bunlar olmaksızın “demokratik bir toplum” olamaz. 10. maddede benimsenen ifade özgürlüğü bu şekilde olmakla birlikte, yine de bu dar bir yorum gerektiren istisnalar içermektedir ve bu hakkı kısıtlama ihtiyacının' ikna edici bir biçimde ortaya konması gerekmektedir (Pakdemirli/Türkiye Başvuru no: 35839/97, 22 Şubat 2005).

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olaya bakılacak olursa; site yöneticisi olan davacı ile aynı sitede ikamet eden davalının, sitede yapılacak tadilatların ücreti konusunda yaşadıkları tartışma esnasında davacıya yönelik olarak sarfettiği sözler site yönetimine yönelik ağır eleştiri mahiyetinde olup ifade özgürlüğü kapsamında kalmaktadır. Şu durumda, davanın tümden reddedilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile kabulüne karar verilmiş olması doğru değildir. Karar bu nedenle bozulmalıdır'.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 13/02/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi. -

YARARLI BİLGİLER

NOT: Veriler bilgi amaçlı olup olası yanlışlıklardan kaynaklı sorumluluk kabul edilmez.

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	5.22	9.59	5.50	4.96	15,66	28,70
Şubat	6.11	8.79	5.61	5.87	15,50	17,93
Mart	6.95	8.03	5.64	6.89	15,35	18,70
Nisan	7.89	7.36	5.47	8.01	15,36	19,39
Mayıs	8.66	6.98	5.19	9.02	15,80	19,91
Haziran	9.03	6.74	4.91	9.98	16,57	19,88
Temmuz	9.26	6.43	4.77	10.94	17,41	19,91
Ağustos	9.55	6.14	4,51	12.05	18,78	
Eylül	9.84	5.92	4.07	13.26	21.36	
Ekim	10.11	5.58	3.83	14.47	23.73	
Kasım	10.32	5.33	3.93	15,38	25.52	
Aralık	10.25	5.28	4.30	15,82	27.01	

**Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde
Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı**

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	0.33	0.55	3,98	0,99	0,45	1.10	1.82	2,46	1,02	1,06
Şubat	1.20	-0.20	1,26	2,68	0,09	0.71	-0.02	0,81	0,73	0,16
Mart	1.05	0.40	1,04	1.54	1,58	1.19	-0.04	1,02	0.99	1.03
Nisan	1.43	0.52	0,76	2.60	2,98	1.63	0.78	1,31	1.87	1,69
Mayıs	1.11	1.48	0,52	3,79	2,67	0.56	0.58	0,45	1,62	0,95
Haziran	0.25	0.41	0,07	3,03	0,09	-0.51	0.47	-0,27	2,61	0,03
Temmuz	-0.32	0.21	0,72	1,77	-0,99	0.09	1.16	0,15	0,55	1,36
Ağustos	0.98	0.08	0,85	6,60		0.40	-0,29	0,52	2,30	
Eylül	1.53	0.29	0,24	10,88		0.89	0.18	0,65	6,30	
Ekim	-0.20	0.84	1,71	0,91		1.55	1.44	2,08	2,67	
Kasım	-1.42	2.00	2,02	-2,53		0.67	0.52	1,49	-1,44	
Aralık	-0.33	2.98	1,37	-2,22		0.21	1.64	0,69	-0,40	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	0.33	0.55	3,98	0,99	0,45	1.10	1.82	2,46	1,02	1,06
Şubat	1.53	0.34	5,29	3,69	0,55	1.82	1.80	3,29	1,76	1,23
Mart	2.60	0.75	6,38	5,29	2.14	3.03	1.75	4,34	2.77	2.27
Nisan	4.06	1.27	7,19	8,03	5,18	4.71	2.55	5,71	4.69	4,00
Mayıs	5.22	2.77	7,74	12,12	7,99	5.30	3.15	6,18	6,39	4,99
Haziran	5.49	3.19	7,82	15,52	8,09	4.76	3.63	5,89	9,17	5,01
Temmuz	5.15	3.41	8,60	17,56	7,02	4.85	4.84	6,05	9,77	6,44
Ağustos	6.19	3.49	9,52	25,32		5.27	4,53	6,60	12,29	
Eylül	7.81	3.79	9,78	38,96		6.21	4.72	7,29	19,37	
Ekim	7.59	4.66	11,66	40,22		7.86	6.23	9,52	22,56	
Kasım	6.06	6.76	13,91	36,68		8.58	6.78	11,16	20,79	
Aralık	5.71	9.94	15,47	33,64		8.81	8.53	11,92	20,30	

**Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın
Aynı Ayına Göre Artış Hızı**

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	3.28	5.94	13,69	12,14	32,93	7.24	9.58	9,22	10,35	20,35
Şubat	3.10	4.47	15,36	13,71	29,59	7.55	8.78	10,13	10,26	19,67
Mart	3.41	3.80	16,09	14,28	29,64	7.61	7.46	11,29	10,23	19,71
Nisan	4.80	2.87	16,37	16,37	30,12	7.91	6.57	11,87	10,85	19,50
Mayıs	6.52	3.25	15,26	20,16	28,71	8.09	6.58	11,72	12,15	18,71
Haziran	6.73	3.41	14,87	23,71	25,04	7.20	7.64	10,90	15,39	15,72
Temmuz	5.62	3.96	15,45	25,00	21,66	6.81	8.79	9,79	15,85	16,65
Ağustos	6.21	3,03	16,34	32,13		7.14	8,05	10,68	17,90	
Eylül	6.92	1.78	16,28	46,15		7.95	7.28	11,20	24,52	
Ekim	5.74	2.84	17,28	45,01		7.58	7.16	11,90	25,24	
Kasım	5.25	6.41	17,30	38,54		8.10	7.00	12,98	24,62	
Aralık	5.71	9.94	15,47	33,64		8.81	8.53	11,92	20,30	

**Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde
12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı**

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2105	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	9.59	5.50	4,96	15,66	28,70	8.80	7.87	7,76	11,23	17,16
Şubat	8.79	5.61	5,87	15,50	29,97	8.77	7.97	7,88	11,23	17,93
Mart	8.03	5.64	6,89	15,35	31,17	8.70	7.96	8,21	11.14	18,70
Nisan	7.36	5.47	8,01	15,36	32,24	8.57	7.84	8,66	11.06	19,39
Mayıs	6.98	5.19	9,02	15,80	32,85	8.45	7.71	9,09	11,10	19,91
Haziran	6.74	4.91	9,98	16,57	32,81	8.28	7.74	9,36	11,49	19,88
Temmuz	6.43	4.77	10,94	17,41	32,34	8.07	7.91	9,44	12,00	19,91
Ağustos	6.14	4,51	12,05	18,78		7.88	7,98	9,66	12,61	
Eylül	5.92	4.07	13,26	21,36		7.80	7.92	9,98	13,75	
Ekim	5.58	3.83	14,47	23,73		7.69	7.89	10,37	14,90	
Kasım	5.33	3.93	15,38	25,52		7.61	7.79	10,87	15,63	
Aralık	5.28	4.30	15,82	27,01		7.67	7.78	11,14	16,33	



YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR



Baromuzun 8280 sicil sayısında kayıtlı

Av. Ergil OLGUN

26/06/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Balıkesir Gönen'de doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 14472 sicil sayısında kayıtlı

Av. Levent Nuri ARAL

12/06/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1957 yılında İzmir Çeşme'de doğmuş, 1985 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1987 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 61058 sicil sayısında kayıtlı

Av. Özlem AZAKDEMİRDAĞ

05/06/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1976 yılında Dortmund Almanya'da doğmuş, 2006 yılında Bochum Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, Berlin Barosu'nda avukatlık yaptıktan sonra 2018 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhume Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9507 sicil sayısında kayıtlı

Av. Mustafa YILDIZ

11/06/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1940 yılında Elbistan'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9119 sicil sayısında kayıtlı

Av. Reşat ERKUL

10/06/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Konya Ereğli'de doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Bir dönem Baromuz Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Merkezi Başkanlığı görevlerinde de bulunmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7462 sicil sayısında kayıtlı

Av. Şükrü MUHTARANLAR

07/06/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında Adana Ceyhan'da doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 15866 sicil sayısında kayıtlı

Av. Ahmet GÖKÇEK

29/05/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1950 yılında Urfa Halfeti'de doğmuş, 1988 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1989 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9917 sicil sayısında kayıtlı

Av. Mehmet Refi UÇAKARTAL

18/05/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1947 yılında İzmir'de doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 3723 sicil sayısında kayıtlı

Av. Emine Macide ALPEN

17/05/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1926 yılında İstanbul'da doğmuş, 1949 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1956 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 13062 sicil sayısında kayıtlı

Av. Gönül ESMEN

19/05/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1945 yılında İstanbul'da doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1978 yılında Ankara Barosu'na kaydolmuştur. 1984 yılında Ankara Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7998 sicil sayısında kayıtlı

Av. Sevgi Ayzit EGEL

14/05/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1946 yılında Mersin Mut'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 15090 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hatice KAYNAR

06/05/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1964 yılında Diyarbakırda doğmuş, 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak 1988 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
1	10211	TURAN	ARAÇ	YALOVA BAROSU	02/05/2019
2	10942	HASAN	GİRİT	BURSA BAROSU	07/03/2019
3	19317	ŞENAY	ŞİNİKÇİ Y.	MUĞLA BAROSU	21/03/2019
4	25590	KAPTAN	KILIÇ	İZMİR BAROSU	02/05/2019
5	27860	ÖZKAN	ÖZMEN	KONYA BAROSU	14/04/2019
6	28276	GÖZDE	ÇANKAYA	MUĞLA BAROSU	18/04/2019
7	29645	MEHMET T.	SAYGILI	DÜZCE BAROSU	07/03/2019
8	30145	NURHAK	KAR	HATAY BAROSU	14/04/2019
9	30455	AYBIKE DİLEK	KARDAK	AYDIN BAROSU	28/04/2019
10	32578	DUYGU	ÇETİNBAŞ SÖNER	İZMİR BAROSU	28/03/2019
11	33225	SERKAN	ALPASLAN	AMASYA BAROSU	28/03/2019
12	34059	PINAR	YILDIZ	İZMİR BAROSU	28/03/2019
13	39392	AKANSEL	COŞKUN	İZMİR BAROSU	02/05/2019
14	40269	ÇAĞLA	HACIALİOĞLU	İZMİR BAROSU	28/04/2019
15	40481	OSMAN	AKDOĞDU	ÇANKIRI BAROSU	14/04/2019
16	40945	AYÇA	BAYBURAN	MUĞLA BAROSU	07/03/2019
17	41210	GÖKÇE	AKYOL ERYILMAZ	AYDIN BAROSU	28/04/2019
18	41667	ALİ CAN	KOLAY	MUĞLA BAROSU	18/04/2019
19	41717	HÜSEYİN	YILDIZ	KOCAELİ BAROSU	21/03/2019
20	43132	GONCAGÜL	CENGİZ	İZMİR BAROSU	02/05/2019
21	43988	MEHMET Y.	DAĞ	AYDIN BAROSU	21/03/2019
22	45023	RABİA	SEZER	NEVŞEHİR BAROSU	25/04/2019
23	45389	CEMAL ALP	TABAK	SAMSUN BAROSU	25/04/2019
24	45819	RUHAN	SÜNBULOĞLU	MUĞLA BAROSU	07/03/2019
25	45850	SADIK CAN	GELBAL	TOKAT BAROSU	28/04/2019
26	46121	DENİZ	VURAL	ADANA BAROSU	28/03/2019
27	46267	MUSTAFA	AKGÜN	Ş.URFA BAROSU	28/03/2019
28	46350	KENAN	TEMEL	SAKARYA BAROSU	28/03/2019
29	46358	ZEKİYE EZGİ	KILINÇ	MUĞLA BAROSU	21/03/2019
30	46882	DUYGU	İNEGÖLLÜ	İZMİR BAROSU	07/03/2019
31	47012	İDİL	ÇALIK	ADANA BAROSU	28/04/2019
32	47298	ENGİN	ÇOBAN	EDİRNE BAROSU	14/04/2019
33	47643	EBRU	BAYRAK	TEKİRDAĞ BAROSU	02/05/2019
34	49356	MERVE	KARTAL	İZMİR BAROSU	04/04/2019
35	49704	TUĞÇE	YÖRÜK İNCE	ÇANAKKALE BAROSU	14/04/2019
36	49771	LEYLA	GEYLANİ	ADANA BAROSU	28/04/2019

AYRILMALAR				
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	37075	BİLGE ESİN	KİBAR	20/06/2019
2	38021	SAHRA	GÜL	27/06/2019
3	44237	SEDA	AĞYEL KÖÇE	09/05/2019
4	48451	TUĞBA	KAZANCI	20/06/2019
5	53831	TÜLAY	MEHAN	04/07/2019
6	60497	AHMET	ÇETİN	13/06/2019
7	61962	MELİH	ARSLAN	23/05/2019
8	62429	ABDULKADİR	AKVEKİL	04/07/2019



KAVRAM DİZİNİ

A

24 SAAT ÇALIŞIP 48 SAAT DİNLENEN İŞÇİ	486
ADİ ORTAKLIĞA KARŞI AÇILAN DAVA	453
AĞIR ELEŞTRİ	523
ALT İŞVERENLER	498
ALT İŞVERENLİK	493
APOSTİL	278
ARSA PAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ	505
ASIL İŞVEREN	498
AVANS FAİZİ	392
AVUKATIN İSTİFASI	410
AYLIK MAKTU ÜCRET	353

B

BAKICI GİDERİ ALACAĞI	442
BELİRSİZ ALACAK DAVASI	204, 216, 344, 501
BİRLİKTE SORUMLULUK	336
BOŞANMA	286
BOŞANMANIN SONUÇLARI	290
BOŞ ARSA	320

C

ÇELİŞKİLİ BEYANLAR	189, 380
ÇOCUĞUN SOYADI	281
ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI	259

D

DAVACININ KÖTÜ NİYETİ	426
DAVA ŞARTI	387
DAVAYA SEBEBİYET VERME	392
DEFTER KAYITLARI	454
DÜRÜSTLÜK KURALI	378

E

ECRİMİSİL	320
ECRİSİMİL DAVALARI	313
EL ATMANIN ÖNLENİLMESİ DAVASI	324
EMSAL ÜCRET	497

F

FAİZ	475
------------	-----

FAİZ BAŞLANGICI	383, 416
FAİZ BAŞLANGIÇ TARİHLERİ	344
FATURALAR	452
FAYDALI VE ZORUNLU MASRAFLAR	300
FAZLA ÇALIŞMA	489
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ	488, 491, 501

G

GEÇERLİ FESİH	372
GEÇİCİ ELEKTRİK ABONELİĞİ İŞLEMİNE KARAR VERİLMESİ	241
GENEL MÜDÜR	328, 340, 394
GENEL TATİL ÜCRETİ	353

H

HAKİM TASDİKİ DAVADA GÖREV	290
HAKKANİYET İNDİRİMİ	489
HAKLI AZİL	408
HAKSIZ FESİH	372
HARÇ DEĞERİ	268, 270
HESAP SAHİPLERİ	418
HESAP YÖNTEMİ	320
HÜKMÜN NİTELİĞİ	255

I

ISLAH	310
İCRA İŞLEMLERİ	401
İHALEYLE SATIŞ	404
İLAVE TEDİYE	365
İMAR DURUMU	298
İSPAT KÜLFETİ	376, 452, 454
İSTİFA	414
İŞ AKDİNİN SONA ERMESİ	189
İŞÇİLİK ALACAKLARI	204, 498
İŞÇİLİK SIFATI	331
İŞÇİNİN ANNE VE BABASININ HAKLARI	481
İŞÇİNİN HAKLI FESHİ	383
İŞÇİNİN ONAYI	194
İŞÇİNİN ÜCRET ALACAĞI	376
İŞÇİ SIFATI	328, 340
İŞE İADE	378
İŞ KANUNU	394
İŞ KAZASI	475, 481

İŞ KAZASINDA KAÇINILMAZLIK ETKENİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	469
İŞ KAZASINDA TEDAVİ GİDERİ	467
İŞLETEN KAVRAMI	229
İŞ SÖZLEŞMESİ	353
İŞVERENİN DAVETİ	378
İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ	216
İŞYERİ KAYITLARI	489
İTİRAZIN İPTALİ DAVASI	426

K

KAÇINILMAZLIKTAN DOLAYI BAĞLANAN GELİRİN İLK PEŞİN SERMAYE DEĞERİNİN İNDİRİLEMESİ	469
KAÇINILMAZLIKTAN DOLAYI, İŞVERENE %60 KÜLFET YÜKLENMESİ GEREKTİĞİ	469
KAMU DÜZENİ	273, 279, 286
KAMU KURUMU	365, 493
KAR KAYBI	295
KAZANÇ KAYBI	506
KIDEM TAZMİNATI	383, 493
KIDEM VE İHBAR	189
KİRACININ HAKLARI	300
KİRALAYANIN ZARARI	301
KİRA SÖZLEŞMESİ	295, 298, 311
KÖTÜ NİYET İDDİASI	265
KÖTÜNİYET İDDİASI	422
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI	356
KURUM GELİRİ	460
KUSURLU FESİH	295, 301
KUSUR TESPİTİ	432
KUŞKUYA DAYALI MAHKUMİYET	509

M

MALULİYET	475
MANEVİ TAZMİNAT	440, 523
MESLEK KURULUŞLARI	497
MİLLETLERARASI HUKUK	285
MUACCEL BORÇ	416
MUACCELİYET KOŞULU	311
MUHASEBE MÜDÜRÜ	340
MÜCBİR SEBEP	448
MÜŞTEREK HESAP	418

MÜTESELSİL SORUMLULUK 475

O

ON SENELİK ZAMANAŞIMI 400
ORGANİK BAĞ 336
ORTAKLIK İLİŞKİSİ 331
ORTAK VELAYET 273
ÖDEME İDDİASI 454

P

PARA BORCUNU İÇEREN İLAM 405
PAYDAŞLAR ARASINDA ECRİMİSİL 313, 315

R

REŞİT OLMAYAN KİŞİ 420
RÜCU DAVALARI 395
RÜCU DAVASI 504

S

SANIĞIN İNKARI 509
SEL OLMASI 448
SENETTE TAHRİFAT 399
SERVİS HİZMETİ 194
SGK SORUMLULUĞU 446, 467
SİGORTALILIK BAŞLANGICININ TESPİTİ 389, 474
SİGORTA ŞİRKETLERİNİN SORUMLULUĞU 436
SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNA AÇILAN DAVA 387
SOSYAL YARDIM VAKIFLARI 365
SÖZLEŞMEDE CEZAI ŞART 247
SÖZLEŞME EHLİYETİ 420
ŞİRKET ORTAĞI 394

T

TACİR OLAN DAVACI 430
TACİR OLAN KİRACI 298
TACİR SIFATI 504
TANIK BEYANI 488, 491
TASDİKLİ TERCÜME 276
TAZMİNAT 426
TEDAVİ GİDERİ 444, 446
TEDAVİ GİDERLERİ 432, 436, 445, 456
TEK TARAFLI DEĞİŞİKLİK 194

TEMİNAT MUAFİYETİ	404
TENFİZ	397
TİCARET MAHKEMESİ	504
TİCARİ FAİZ	430
TİCARİ İŞ	430
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ	372
TRAFİK KAZASI	432, 440, 442, 445
TRAFİK KAZASI NEDENİYLE TAZMİNAT	229
TÜİK VERİLERİ	497
TÜKETİCİ SIFATI	505

U

ÜSTÜN YARAR İLKESİ	281
--------------------------	-----

V

VEKALET İLİŞKİSİ	331
VEKALET ÜCRETİ	268, 270, 408, 414
VELAYET	259
VESAYET KARARI	285

Y

YABANCI MAHKEME KARARI	276, 278, 279
YABANCI ÜLKE HUKUKU	286
YARGI GİDERLERİ	392
YARGITAY BOZMASI	310
YEMİN DELİLİ	292
YERSİZ ÖDEME	456, 460

Z

ZAMANAŞIMI	359, 395, 405
ZAMANAŞIMI KESİLMESİ	401
ZORUNLU KOLTUK SİGORTASI	444

