

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



TEMMUZ - AĞUSTOS 2017

CİLT: 91 • SAYI: 2017/4 ISSN 1304-737X





İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



TEMMUZ - AĞUSTOS 2017
CİLT: 91 - SAYI: 2017/4 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 251 63 25-179

(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile
12. 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. İsmail GÖMLEKLİ

Av. Şahin EROL

Av. Süreyya TURAN

YAYIN KURULU

Başkan

Av. Yörük KABALAK

Genel Yazman

Av. A. Coşkun ONĞUN

Üyeler

Av. Osman KUNTMAN

Av. N. Ateş ATAYAKUL

Av. Ali Turan HÜR

Av. Sevgi BARUTÇU

Av. M. Şeref KISACIK

Av. Çiğdem KORKMAZ

Av. Hakan MURAN

Yönetim Yeri

Şahkulu Mah. Serdar-ı Ekrem Cad. No:7 Galata-Beyoğlu-İst.

Tel: (0212) 251 63 25 / Faks: (0212) 293 89 60

Yayın Kurulu: (0216) 427 37 22

www.istanbulbarosu.org.tr

dergi@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 2017

İÇERİK DİZİNİ

Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinin Cuma Akşamı Sona Ermesi İle Cumartesi Gününün Tatil Yapılması	
B. Kerem GÖKTAŞ.....	15
Fesih Nedenleri Geçerli – Haklı Neden Ayrımı	
Av. Cuma Arif DEMİR	18
Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi	
Av. Nihan PALTA.....	44
Tasarrufun İptali Davalarının Konusu	
Av. Talih UYAR.....	74
Sigortasız Çalışmaların Tespiti Davaları Ve Hak Düşürücü Süre	
Av. Orhan RÜZGAR.....	132
Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği Ve Feshi Üzerine Bir Değerlendirme	
Adem DAVUT	163
Arabulucuların Vergilendirilmesi	
Begüm DİLEMRE ÖDEN	183
Mal Varlığına Karşı İşlenen Suçlar ve Akrabalık İlişkisi	
Av. Ece YÜKSELEN EKİNCİ	190
İspat Yükü ve İkrar	
Av. Faruk TEKDEMİR.....	200
Türkiye’de Elektrik Dağıtımının Özelleştirilmesinin Nedenleri ve Amaçlar Özelleştirmede Tedaş Örneği	
Kaan Mahmut ERDEM- Deniz ERDEM	214
Özel Yaşama Saygı Hakkı Çerçevesinde Unutulma Hakkına İlişkin Karar Analizi	
Av. Özge DUMAN	227
Tenkis Davasını Düzenleyen Dört Madde Hatalıdır	
Erdoğan GÖKÇE	241
Geçmiş Döneme İlişkin İşveren Teşvik Taleplerinin Kabul Edilmemesine Yönelik Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları	
Av. Mustafa BALCI	246

Çam/Türkiye Kararı Üzerine İnceleme (Engelli Hakları Açısından Devletin Pozitif Yükümlülüğüne Dair)	
Raif BIKMAZ	255
Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Ana Ve Babası Tarafından Verilen (Eğitim Nafakasının) Nafakanın Hukukî Niteliği Ve Nafakaya Hükmedilebilme Koşulları	
Av. Vildan GÖKKAYA	274
Evlilik Birliğinde Mal Rejimleri	
Av. Erol TÜRK.....	287
Enjeksiyon Sonucu Sakatlık/Yaralanma Davalarında Türk Yargı Pratiği Ve Güncel Sorunların Tespiti	
Av. Bülent MARAKLI	294
Anılarda Hukuk, Teknoloji Ve İnsan	
Prof. Dr. Selahattin ANIK	310
Yargıtay Kararları	333
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	335
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi	386
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi	388
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi	408
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi	413
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi	416
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi	424
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi	429
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi	457
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi	475
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi	481
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi	490
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi	503
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi	510
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi	529
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi	541
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi	549
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi	555

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları.....	565
Yargıtay 11. Ceza Dairesi.....	580
Yargıtay 18. Ceza Dairesi.....	582
Uygulamadan Dosyalar.....	587
İdari Yargı Kararları	585
Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları	609
Karar Derlemeleri	617
Yararlı Bilgiler.....	651
Yitirdiklerimiz Nakiller / Ayrılmalar	665
Kavram Dizini.....	677

YAYIN KURULU'NDAN



AVUKAT

Kışın yağış ve soğuklarda yazın kavurucu sıcaklarda meslek için uğraşı veren uygulamadaki avukatların ve adalet dağıtma yolunda kürsülerde oturan meslektaşlarımızın işlerini hukukun yazılı bilgi kaynaklarıyla kolaylaştırmak için, yine bu meslektaşlarımızın da yadsınamaz katkılarıyla çaba gösteriyoruz.

Mesleğin birçok zorluklarıyla karşı karşıyayız.

Tehditler ve tehlikeler hukuk mücadelesini sürdüren avukatların yakasını bir türlü bırakmıyor.

Bursa Barosu avukatlarından **Av. Özgür Aksoy**, salt müvekkilinin hakkını adliyede savunduğu için katledildi.

Hukuk camiasının başı sağ olsun. Merhum meslektaşımızın ailesine ve yakınlarına sabırlar diliyoruz.

Hukuk şehidimizin ruhu şad olsun.

Bu sayımızda İş Hukukundan tutun da İnşaat Hukuku Sözleşmelerine değin birçok alanda makale ve yargı kararına yer veriyoruz.

Yazıların araştırmacılar için iyi bir kaynak olmasını arzu ediyoruz.

Genç meslektaşlarımızın Dergimize olan ilgi ve katkılarından da ayrıca söz etmek gerek.

Avukatların diğer mesleklerle arasında hiyerarşik ilişki olmadığı gibi kendi aralarında da bu türden ast üst ilişkisi kesinlikle söz konusu değil.

Belirli kıdeme ulaşmış avukatların, stajyer ya da genç avukatlara bilgi birikimlerini aktarırken bunu bir "lütuf" biçiminde değil de bir yol arkadaşlığı olarak görüp öylece sunmalarında azımsanmaz derecede yarar var.

Avukatlar ne kadar denetim yapsa da genç meslektaşlara tanınacak görev önceliği ve onlara duyulacak güven, adliyedeki işin görülmesinde ya da hukuki yardımın şekillenmesinde belirleyici olacaktır.

Belirli kıdem elde etmiş avukatların iş yoğunlukları onların okuma yazma uğraşlarına zamansal anlamda ket vurabiliyor.

Hukuk bürolarındaki bu eksikliği genç meslektaşımızın okuma ve araştırma hevesi giderebilir diye düşünüyoruz.

Dergimize gönderilen stajyer avukatların nitelikli yazılarını da bu gözle derleyip siz okurlarımızın bilgisine sunuyoruz.

Yararlı olmasını dileyerek...

Yeni yayınlarda buluşuncaya dek, adli tatilin herkes için sağlık ve huzurla geçmesini umarız.

Yayın Kurulu



YAZILAR



ULUSAL BAYRAM VE GENEL TATİL GÜNLERİNİN CUMA AKŞAMI SONA ERMESİ İLE CUMARTESİ GÜNÜNÜN TATİL YAPILMASI

B. Kerem GÖKTAŞ¹

Yazımızda Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinin Cuma günü akşamı sona ermesi durumunda, müteakip Cumartesi gününde çalışılması sonucu işçilere ödenmesi gereken ücret ele alınmıştır. Konu hem 4857 sayılı İş Kanunu hem de 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun birlikte el alınarak değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Buna göre; 19.03.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun gereği Resmi ve Dini Bayram Günleri ile Genel Tatil Günleri aşağıda sıralandığı üzere belirlenmiş olup bu günlerde resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir.

Resmi bayram günleri: 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı
19 Mayıs Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı günü
30 Ağustos Zafer Bayramı

Dini bayramlar: Ramazan Bayramı; Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 3,5 gün
Kurban Bayramı; Arefe günü saat 13.00'ten itibaren 4,5 gün

Genel Tatil Günleri :

1 Ocak yılbaşı tatili

1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü

15 Temmuz Demokrasi ve Milli Birlik Günü

Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu 44 ve 47 maddesi uyarınca Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir. Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti ödenir.

¹ S.M.Mali Müşavir

Diğer taraftan 2429 sayılı Kanun'un ikinci maddesinde yer alan hüküm gereği; Ulusal Bayram ve genel tatil günleri; Cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip Cumartesi gününün tamamı tatil yapılır.

Kanundaki bu hüküm gereği konu ile ilgili olarak 3 farklı durum için değerlendirme yapılma gereği ortaya çıkmıştır.

Buna göre;

I. Durum olarak

Pazartesi – Cumartesi çalışılan (7,5 saat x 6 gün) bir işyerinde 19.05.2017 ve 20.05.2017 tarihinde 1.800 TL brüt ücretli bir işçinin çalıştığı var sayımı ile 19 ve 20 Mayıs tarihleri için bu işçiye tahakkuk edecek ücret ek ücret toplamı şu şekilde gerçekleşecektir :

$1.800 / 30 \text{ gün} = 60 \text{ TL (günlük ücret)}$

19.05.2017 tarihindeki çalışması için 60 TL

20.05.2017 tarihindeki çalışması için 60 TL olmak üzere toplam 120 TL ücret hakkececektir (*ay sonu fazla mesai yapmadan çalıştığı varsayılırsa işçinin tahakkuk edecek ücreti; $1.800 + 60 + 60 = 1.920 \text{ TL}$*)

II. Durum olarak

Pazartesi – Cumartesi çalışılan (7,5 saat x 6 gün) bir işyerinde 20.05.2017 tarihinde 1.800 TL brüt ücretli bir işçinin çalıştığı var sayımı ile 20 Mayıs tarihi için bu işçiye tahakkuk edecek ücret ek ücret toplamı şu şekilde gerçekleşecektir :

$1.800 / 30 \text{ gün} = 60 \text{ TL (günlük ücret)}$

20.05.2017 tarihindeki çalışması için 60 TL ücret hakkececektir (*ay sonu fazla mesai yapmadan çalıştığı varsayılırsa işçinin tahakkuk edecek ücreti; $1.800 + 60 = 1.860 \text{ TL}$*)

III. Durum olarak

Pazartesi – Cumaya çalışılan (9 saat x 5 gün) bir işyerinde 19.05.2017 ve 20.05.2017 tarihinde 1.800 TL brüt ücretli bir işçinin çalıştığı var sayımı ile 19 ve 20 Mayıs tarihleri için bu işçiye tahakkuk edecek ücret ek ücret toplamı şu şekilde gerçekleşecektir:

$1.800 / 30 \text{ gün} = 60 \text{ TL (günlük ücret)}$ 19.05.2017 için 60 TL

$1.800 / 225 \text{ saat} = 8 \text{ TL (saatlik ücret)}$, $8 \text{ TL} \times 1.5 \text{ kat} = 12 \text{ TL (fazla mesaili saatlik ücret)}$

Pazartesi'den – Cuma'ya 45 saati doldurması sebebiyle (aşan kısmı fazla mesai) 20.05.2017 (Cumartesi) çalışması için 9 saat x 12 TL = 108 TL

Buna göre işçinin ücret tahakkuku 1.800 TL + 60 TL + 108 TL = 1.968 TL olarak gerçekleşecektir.

Son durum ile ilgili olarak dayanak noktamız ise Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2010/6605 Esas No ve 2012/14546 Karar No ile 26.04.2012 tarihinde vermiş olduğu kararı olup, kararda hafta tatilinde çalışılmanın karşılığı ücretin şu şekilde hesaplanması gerektiği vurgulanmıştır :

4857 sayılı İş Kanununun 46. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, çalışılmayan hafta tatili günü için bir iş karşılığı olmaksızın işçinin ücreti tam olarak ödenir. Hafta tatilinde çalışan işçinin ücretinin nasıl hesaplanacağına düzenlenmemiş ise de, Dairemizce hafta tatilinde yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılacağı, buna göre ücretin yüzde elli zamlı ödenmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir (Yargıtay 9.H.D. 23.5.1996 gün 1995/37960 E, 1996/11745 K.). Buna göre hafta tatilinde çalışılmışsa, çalışma karşılığı olmaksızın ödenmesi gereken bir yevmiye yanında, çalışmanın karşılığı da bir buçuk yevmiye olarak ödenmelidir. Şu hale göre çalışılan hafta tatilinin ücreti ikibuçuk yevmiye olmalıdır.

Olası İş Kanunu'na ilişkin denetimlerde yukarıda belirtilen tarihlerdeki çalışmaların ücretlerinin ödenmemesine ilişkin tespiti durumunda işverenlerimiz açısından riskleri aşağıdaki şekilde gerçekleşebilmektedir:

- 4857 sayılı İş Kanunu yönünden; Kanundan; toplu iş sözleşmesinden ya da iş sözleşmesinden doğan ücretin kasten ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde ücreti ödenmeyen her işçi ve her ay için 167 TL idari para cezası yanında, 5510 sayılı SGGK Kanunu yönünden ise; (*Geriye dönük ücret ve sigorta prim tahakkukuna ilişkin olarak*) ; belgenin (*aylık prim ve hizmet belgesi*) mahkeme kararı, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitler veya diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde ya da bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden, hizmetleri veya kazançları Kuruma bildirilmediği veya eksik bildirildiği anlaşılan sigortalılarla ilgili olması halinde, belgenin asıl veya ek nitelikte olup olmadığı, işverence düzenlenip düzenlenmediği dikkate alınmaksızın, aylık asgari ücretin iki katı tutarında, idari para cezası uygulanır. Bunlar yanında ücrete ilişkin olarak prim asılları ve gecikme zammı riski de oluşabileceği göz ardı edilmemelidir.

FESİH NEDENLERİ, GEÇERLİ – HAKLI NEDEN AYRIMI

Av. Cuma Arif DEMİR

I-FESHİN GEÇERLİ NEDENE DAYANDIRILMASI

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre geçerli bir nedene dayanarak işveren fesih hakkını kullanabilecektir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde "...işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır..." hükmü yer almıştır. İş Kanunu'nda geçerli nedenler örnek verilmek suretiyle sayılmış, geçerli neden sayılmayacak olgular da gösterilmiştir.

İlk defa hukuk sistemimizde 4773 sayılı Kanun, geçerli neden kavramını Türk Hukuk sistemine sokmuştur. Geçerli neden kavramı 4857 Sayılı İş Kanunu'nda varlığını devam ettirmiştir. Bu geçerli neden kavramı, haklı neden ağırlığında olmayanama, işçinin iş görme borcunu ve iş sözleşmesinin devamını olanaksız kılan veya işyerinin normal seyrini önemli ölçüde etkileyen nedenlerdir¹. Başka bir ifadeyle geçerli neden, işletmeye ve işyerine zarar vermeksizin iş ilişkisinin devamını olanaklı kılmayacak bir nedendir².

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde hizmet akitlerinin işveren tarafından "*haklı sebeple*" derhal feshi, 18. madde de ise "*geçerli sebeple*" fesih yer almıştır. Hukuki sonuçları bakımından *geçerli sebep* ile *haklı sebep* kavramı ayrımı önem taşımaktadır. İşçinin bir davranışı haklı sebep olarak değerlendirilmesi durumunda iş sözleşmesi derhal sona erecek, işçi kıdem ve ihbar tazminatı gibi hakları talep edemeyecektir. Oysa işçinin davranışı geçerli sebep kabul edilirse kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı gibi hakları talep edebilecektir. 'Geçerli sebep', 'haklı sebep' kavramını kesin çizgilerle ayırmak da mümkün değildir³.

İşçinin yeterliliğinden, davranışlarından, işin veya işyerinin gereklerin-

1 Aktay,Arıcı,Kaplan/Senyen,İşHukuku,s. 184;Tankut Centel,"Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları",**Mercek Dergisi**, Nisan 2003, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası) Yayınıs.11; Alpagut,"İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 217-218; Eyrenci, Taşkent,Ulucan,**Bireysel İş Hukuku**,s. 153; Ulucan,İş Güvencesi,s.37.

2 Mollamahmutoğlu,İşHukuku,s. 573-574.

3 SerekanOdoman, "Geçerli Sebep Haklı sebep",Çimentoİşveren **Dergisi**, cilt 17,sayı 3, mayıs 2003s.22; Ulucan,İş Güvencesi, s.37; Mollamahmutoğlu,İşHukuku,s. 573.

den kaynaklanan sebeplerin neler olabileceği yasada belirtilmemiş ise de; 'geçerli sebep', 'haklı fesih' nedenlerindeki ağırlıkta olmasalar da işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz yönde etkileyen hallerdir⁴.

18. madde gerekçesinde de geçerli sebeplerin, 25. maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen haller olduğu belirtilmiş, 'geçerli fesih' için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olarak belirtilmiştir⁵.

İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirsiz süreli hizmet akdinin bildirim süresine göre feshinde geçerli sebebe dayanılacağı öngörülmekte ve bu sebeplerin ne olabileceği de açıklanmaktadır. Bu sebeplerden bir grubu işçiden kaynaklanmakta, diğer grubu ise işyeri-işletmeden kaynaklanmaktadır. İş Kanunu'nun düzenlemesi uyarınca işveren hizmet akdini feshetmek istediğinde, işçinin davranışlarından veya yeterliliğinden ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanması şarttır. Bu sebepler 158 sayılı ILO sözleşmesinden alınmış ve kullanılmıştır. Avrupa ülkelerinde kabul edilen iş güvencesi sisteminde benzer deyimler yahut aynı anlamı taşıyan deyimler kullanılmaktadır⁶.

İş Kanunu'nda geçerli olmayan nedenler örnekleme yoluyla sayılmıştır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacaktır.

a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.

e) 74. maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.

4 Can Tuncay, "İş Güvencesi Yasası Neler Getiriyor", Çimento İşveren Dergisi, Ocak 2003 Sayısı, s.6; Tankut Centel, "Karar İncelemesi", **Tekstil İşveren Dergisi**, Şubat 2003, sayı 278; Çelik, İş Güvencesi, s.20. ; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 573.

5 "Bkz. 4857 18. madde gerekçesi.

6 Ekonomi, İş Güvencesi, s.7-8; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 572.

f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25. maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

Bu sayılan sebepler örnek olup benzer nedenler de iş güvencesi yönünden geçerli bir fesih nedeni olmaz.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan geçerli nedenlerden işçinin yeterliliği veya davranışları, işçinin kişiliği ile ilgili olduğu halde; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler ise, işyeri ile ilgilidir.

1- İşçinin Yeterliliğinden Kaynaklanan Sebepler

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde "... işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır..." hükmü yer almıştır. Bu hükme göre işçiden kaynaklanan geçerli nedenler ikiye ayrılmış olup, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan nedenlerdir. 'İşçinin yeterliliği' kavramını; işçinin yeterli olmayışı, açıkça işçinin yetersizliği biçiminde anlamak gerekir⁷. Yeterlilik, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerileri ifade eden bir kavramdır. Bu kavram, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi, kısaca donanımı vurgular. Aşağıda 'yeterlilik', verimlilik ve performans esaslarına göre açıklanacaktır.

a- Verimlilik

Birim zaman'da harcadığı emeğin sonucu olarak ortaya çıkan üretim düzeyi veya miktarı işçinin verimliliğini belirler⁸. İşçinin ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimle çalışması akdin feshinde geçerli ve çok önemli bir sebeptir⁹. Burada dikkat edilecek husus, birinci olarak 'ortalama' sözcüğüne yer verilmesi ve ikinci olarak da, **değişik işleri değil, benzer işi görenlerden daha az verimli** olarak çalışmanın, genel olarak verimsiz çalışma sayılarak, verimsiz olmanın geçerli neden olarak kabul edilmesidir¹⁰. Başka bir ifade ile verimsizlik; kişisel beceri ve özelliklerin somut iş için uygun olmamasını ifade eder. Bedensel ve zihinsel olarak yetersizliği yani işçinin işin gerektirdiği biçimde yapılmasında yeterli olmamasını ifade eder¹¹.

7 Eyrenci, Taşkent,Ulucan,**Bireysel İş Hukuku**,s.156

8 Uzun,"İş Sözleşmesinin Sona Ermesi",s. 76

9 Aktay,Arıcı,Kaplan/Senyen,İşHukuku,s. 184; Tankut Centel, "*Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları*", s.11-12. ; Mollamahmutoğlu,İş Hukuku, s. 574

10 TankutCentel, "*Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları*", s.11-12.

11 Alpagut,"İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi",s.213; Ulucan,İş Güvencesi,s.45.

İşçinin kendinden kaynaklanan nedenlerin işin gereği gibi yapılmasını engellemesi, üretim sürecinin iş akışının bozulmasına yol açması, işyerindeki üretimi engelleyici duruma gelmesi işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir nedendir¹².

İşçinin yeterliliğinde, verimliliğinde kusuruna da bakılmaz. Önemli olan onun niteliklerine göre üstlendiği işte normal olarak verimli çalışmayı gösterip göstermemesidir¹³.

Verimsizlik kusura dayanabileceği gibi, kusur olmadan da ortaya çıkabilir. Öte yandan; işçinin yeterliliği ve davranışlarına dayanan fesihlerin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, İş Kanunu m. 25/II kapsamındaki haklı nedenle fesih hallerinin hemen hemen tamamı kusura müstenit iken, geçerli neden için, kusurun zorunlu bir unsur olmamasıdır¹⁴. Kusur unsuru daha çok işçinin davranışları ile ilgili nedenlerde söz konusu olabilir. Buna karşılık işçinin verimsizliği kusuruna dayanabileceği gibi, kusuru olmaksızın da ortaya çıkabilir, ¹⁵.

İşçinin sık sık hastalanması veya işini gereği gibi yerine getirmesini engelleyen hastalık hallerinde işin sözleşmeye uygun yapılması engellenmektedir. Bu durumda belirli devamsızlıklar da olabilmektedir. Hastalığın ortaya çıkmasında işçinin kusurunun bulunup bulunmaması veya işletmeye ait nedenlerden kaynaklanması hatta iş kazası sonrasında meydana gelmesi durumunda, bu nedenlerden kaynaklanan salt devamsızlık geçerli neden kabul edilecek midir? Bu konuda somut bir yargı vermek doğru olmaz, işçi ile işveren çıkarları arasında kapsamlı bir değerlendirme yapılarak somut olayın özelliklerine göre karar verilmelidir. Verimli çalışan bir işçinin sağlık nedeni ile viziteye çıkması geçerli neden kabul edilmemeli, sağlık sorunları ve devamsızlığı ileriye yönelik olarak sürecekse, işçinin verimi ve iş akışını olumsuz etkileyeceği konusunda ciddi veriler varsa geçerli neden kabul edilmelidir¹⁶.

Verimin değerlendirilmesinde, işçinin yaptığı üretim kadar, ekip çalışması, değişime uyum, iletişim ve etkileme yeteneği, iş kalitesi, iş yönetimi

12 Ulucan,İş Güvencesi, s.45.

13 Alpagut,“İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, s.213; Ekonomi,“Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”,s.8.

14 Ömer Ekmekçi,“4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları”**Mercek Dergisi**, Ekim 2002, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası)Yayıms.102.

15 Ekmekçi,“4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları”, s.102.

16 Alpagut,“İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, s.215.

ve planlama, karar alma, kişisel gelişim, sorun çözme ve inisiyatif kullanma, mesleki ve teknik uzmanlık, müşteri memnuniyeti gibi geniş bir yelpazede yer alan unsurlar göz önüne alınacaktır¹⁷.

Öte yandan işçinin verimi ile ilgili fesihleri konu alan davalarda, yıllarca verimli olarak çalışan kıdemli bir işçinin, verimsiz olduğu iddiasıyla işten çıkarıldığı, şimdiye kadar verimsiz olsaydı çoktan işten çıkarılmış olacağı gibi iddialara sıklıkla rastlanacaktır. Bu gibi iddialar değerlendirilirken, yıllarca verimli şekilde çalışan işçinin de zaman içerisinde veya bir dönem içerisinde verimsiz çalışabileceğinin göz önünde bulundurulması gerekir¹⁸.

İşçinin yeterliliğine ilişkin geçerli nedenler konusunda önemli bir diğer unsur, işyerinde görülen işin ve işçinin yaptığı işin niteliğidir. Bu bağlamda; bir bankada, lüks bir lokantada veya giyim mağazasında çalışan işçinin yaratması gereken müşteri memnuniyetinin ve uyması gerekli davranış kurallarının diğer işçilerle aynı olmayacağı açıktır¹⁹.

18. maddenin gerekçesinde; işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler açıklanmıştır. Bunlar, ortalama olarak benzer işi görenlerden daha az verimli çalışma; gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansla sahip olma, işe yoğunlaşmasının giderek azalması; işe yatkın olmama; öğrenme ve kendini yetiştirme yetersizliği; sık sık hastalanma; çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalık, uyum yetersizliği, işyerinden kaynaklanan sebeplerle yapılacak fesihlerde emeklilik yaşına gelmiş olma halleridir.

İşçinin belirli bir yaşa gelmesi gibi, yaşlılık aylığına hak kazanması da tek başına geçerli bir sebep olarak kabul edilemez. Ancak işçi ileri bir yaşa, örneğin 57-60 yaşına gelmiş ve iş görme borcunu gerektiği şekilde ifa edemiyorsa, özellikle aynı veya daha ileri yaştaakilere göre işin görülmesinde yetersizlik gösteriyorsa, yoğun çalışmıyorsa, gücünde bir azalma varsa, o takdirde işçinin “yaşlılığı” geçerli bir sebeptir kanuni kurallara uyularak feshedilebilir²⁰. Emeklilik yaşının gelmiş olması eşitir verimsizlik demek değildir. Eğer işçi verimsizse, emeklilik yaşı gel-

17 Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları” s.101

18 Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları” s.101

19 Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları” s.102

20 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s. 161; Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, s.9; Çankaya, Günay, Göktaş, **a.g.e.** s.79; Ulucan, İş Güvencesi, s.48.

miş olsun veya olmasın fark etmez²¹. Nitekim Yargıtay, 9HD.13.12.2004, E.2004/28790-K.2004/27501 sayılı kararında: “...Davalı işveren fesih bildiriminde salt emekliliğe dayanmış, işyerinden kaynaklanan başka neden ileri sürmemiştir. Salt emeklilik fesih için yeterli neden olmaz. Yasanın gerekçesinde açıklandığı gibi, emeklilik, diğer işyerinde kaynaklanan nedenlerle birlikte olması halinde geçerli kabul edilecektir...” görüşü yer almıştır. Yargıtay da salt emekliliği isabetli olarak geçerli neden kabul etmemiştir²².

b- Performans Değerlendirme

Yeterlilik bakımından başka bir geçerli sebep, işçinin bilinen niteliklerinden beklenenden daha düşük **performans** göstermesidir. Bu açıdan işletme ve işyerlerinde performans değerlendirmesi sisteminin uygulamaya konulmuş olmasının ne kadar önemli olduğu da hemen görülmektedir.

Bireysel performans kavramı, çalışanın sahip olduğu birikimlerin, bu birikimlerini kullanarak gösterdiği çabaların, bu çabanın sonuçlarının ve sonuçların firmaya yarattığı faydanın bir bütünü olarak tanımlanmaktadır. ‘Birim zaman’da harcadığı emeğin sonucu olarak ortaya çıkan üretim düzeyi ya da miktarı ise, işçinin verimliliğini belirler²³.

Performans, en basit tanımıyla verimliliğin ölçülmesidir. İşçinin iş sürecinde harcadığı ve işin üretimine kattığı emeğin kalitesi ve düzeyi, işçinin performansını oluşturur. Birim zamanda işçinin harcadığı emeğin sonucu olan üretimin düzeyi ise işçinin verimliliğini gösterir. Başka bir anlatımla performans, iş sürecinde yer alan emeğin bir boyutu, verimlilik ise birim zamanda harcanan emeğin sonucudur. Buna göre performansı yüksek olan işçinin verimlilik düzeyinin de yüksek olması beklenir.

Performansın **anlaşılır, objektif, açık** olmasında fayda vardır, olmazdır. Kanunen bir gereklilik değil ama, her performans değerlendirme döneminde bir savunma imkanı verilmesinde, belli konularda mutabık kalınmasında, ilerdeki bir ispat sorunu bakımından son derece büyük fayda vardır.²⁴.

21 Ekmekçi, “Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihten Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı”, (Çevrimiçi), <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/iskanunu>, (Erişim: 14.07.2006) s.22.

22 Çankaya, Günay, Göktaş, **a.g.e.**, s. 445.

23 Ekmekçi, “Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihten Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı”, (Çevrimiçi), <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/iskanunu>, (Erişim: 14.07.2006) s.22.

24 Ekmekçi, “Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihten Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı”, (Çevrimiçi), <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/iskanunu>, (Erişim: 14.07.2006) s.22.

Objektif ölçütlere göre yapılan değerlendirmelerde “açıklık-şeffaflık” ilkesini de benimseyen ve işçiye hangi yönden performansının düşük olduğunu bildirip, görüşünü alan ve bir düzelme olmadığında iş ilişkisini sona erdirmek dahil değişik çözüm yolları öngören işyerleri az değildir. Böyle bir değerlendirmeyi uygulayan işveren her zaman performans düşüklüğüne dayanmak suretiyle hizmet akdini feshetme imkanına sahip olacaktır. İşçinin iş görmeye işe yoğunluğunun azalması veya işe yatkın olmaması da yeterliliğine dayanan geçerli sebeplerdendir²⁵.

Birçok şirket yıllardan beri performans değerlendirmesi yapmaktadır. Ancak bu performans değerlendirmesi tamamen işletme içi bir kavramdı. Başka bir ifade ile performans kavramı bu zamana değin, verimliliği artırmak ve kişilerin belirli görevlere getirilmesi veya ücretlendirme için kullanılan ve bu niteliği ile neredeyse tamamen işletme içi bir kavramdı²⁶.

İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümleri ile getirdiği kistaslardan sonra, performans sistemi “*kanuni savunabilirlik*” özelliği taşıyor duruma gelmiştir. Yalnızca ücret belirlemede veya işletme içi makam yükseltme gibi bir özellik için değil, bir işçinin iş sözleşmesinin feshinde, işletmenin gerçekçi nedenleri olan ve mahkemede ispatlayabileceği bir performans sistemi durumuna gelmiştir²⁷.

İş güvencesi hükümleri ile birlikte performans kavramı ilk kez, işletme içine yönelik olmasının ötesinde, mahkemeye karşı savunulması gereken bir kavram haline gelmiştir. Dolayısıyla iş güvencesi hükümleri ile birlikte performans kavramı, dışarıya karşı ispatlanması gereken bir olgu olmuştur²⁸.

İşçinin yeterliliğine ve verimine ilişkin belge ve ölçümleme sisteminin yeterli açıklığı taşıması gerekir. İş güvencesi hükümleri bu yönü itibarıyla insan kaynaklarının önemini artırmış ve bu konuda bilimsel yöntemlerden daha fazla yararlanılmasını gerekli hale getirmiştir. Kurulan sistemin mutlaka anlaşılacak seviyede yeterli açıklığı taşıması lazımdır²⁹.

25 Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, s.8-9.

26 Ekmekçi, “Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihden Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı. (Çevrimiçi), <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/iskanunu>, (Erişim:14.07.2006) s. 18; Aynı yazar, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları”, s.102.

27 Haluk Erkut, “Verimlilik Ölçme ve Performans Belirleme”, **Mercek Dergisi**, Ekim 2002, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası)Yayın. 40.

28 Ekmekçi, “Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihden Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı”, (Çevrimiçi), <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/iskanunu>, (Erişim:14.07.2006). 18; Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları”, s.102.

29 Ekmekçi, “Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihden Kaynaklanan İşe İade

Bu çerçevede, uygulanacak performans modeli konusunda, işletmenin gereksinimleri ve yapılan işe uygunluğun esas tutulması kaçınılmaz olmaktadır. Hal böyle iken, işçinin performansının değerlendirilmesinde farklı yolların ve değerlerin benimsenmesi mümkündür³⁰.

Bir yasal düzenlemenin amacına ulaşabilmesi, kanun içeriğinin olumlu olması kadar, yasanın gerektiği şekilde yorumlanması ve uygulanmasına da bağlıdır. İşçiyi feshe karşı korumaya çalışırken, işletme varlığının tehlikeye düşmesine yol açacak önlemlerden özenle kaçınılmalıdır³¹.

Performans kriterleri, performans ölçme kriterleri içersinde geliştirilebilecek olan sistemlerdir. Bu sistemler içersinde işverenin seçmiş olduğu belirli bir sistemi ileride yapılacak bir fesihte yargıcın dikkate alması söz konusu olmayacaktır. Yani işverenin neden (a) sistemini seçtiğini yargıç incelemeye almayacaktır. Sadece yargıç bu işverenin kullandığı sistemin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemeye esas alabilecektir³².

Performansın hangi hallerde düşük olduğunu saptayacak sistemler mevcuttur. İşe yoğunlaşmanın giderek azalması, işe yatkın olmama, gibi durumlar saptanacak sistemle tespit edilebilir. Gerek işletme içeresinde gerekse işletme dışındaki birtakım kurslara, seminerlere işçiyi yollanabilir, bu kurs ve seminerler ve işletme içeresindeki yapılan eğitimler sonucunda işçinin öğrenme ve kendisini yetiştirmede yetersiz kaldığını ve eğitimden sonuç alınmadığı tespit edilebilir.³³

Performans kriterine iş sözleşmesinin feshinde Yargıtay'ın ilke kararı oluşmuş, şu esaslara göre değerlendirme yapılması öngörülmüştür.

Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre; performansa bağlı iş sözleşmesinin feshinde; performans değerlendirme kriteri oluşturmalı, bunun işçiye tebliğ etmeli, bu kriterlere göre değerlendirme yapılması gerekirdi(9.HD. 2007/35913E 2008/12011 K).

Davaları Toplantısı, (Çevrimiçi), <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/iskanunu>, (Erişim:14.07.2006) ,

s. 18; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.102.

30 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.101.

31 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.101.

32 Centel, "Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Son uçları", s.11-12.

33 Tankut Centel, "Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Son uçları", s.11-12.

İşçinin performans ve verimlilik sonuçlarının geçerli bir nedene dayanak olabilmesi için objektif ölçütlerin belirlenmesi zorunludur. Performans ve verimlilik standartları işyerine özgü olmalıdır. Objektiflik ölçütü o işyerinde aynı işi yapanların aynı kurallara bağlı olması şeklinde uygulanmalıdır. Performans ve verimlilik standartları gerçekçi ve makul olmalıdır. Performans ve verimlilik sonuçlarına dayalı geçerli bir nedenin varlığı için süreklilik gösteren düşük veya düşme eğilimli sonuçlar olmalıdır. Koşullara göre değişen, süreklilik göstermeyen sonuçlar geçerli neden için yeterli kabul edilmeyebilir. Ayrıca performans ve verimliliğin yükseltilmesine dönük hedeflere ulaşamaması tek başına geçerli neden olmamalıdır. İşçinin kapasitesi yüksek hedefler için yeterli ise ancak işçi bu hedefler için gereken gayreti göstermiyorsa geçerli neden söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, performans değerlendirilmesinde objektif olabilmek ve geçerli nedeni kabul edebilmek için, performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı, işçiye tebliğ edilmeli, işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirilmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedeflerinde bu kriterler esas alınmalıdır. Bir başka anlatımla, çalışanın niteliği, davranışları ve sonuçta ulaştığı hedef önemli olmaktadır. Bu kriterler çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak ortaya konmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performansının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/2 maddesinde açıkça, geçerli nedenlere dayandığına ispat yükü davalı işverene verilmiştir. İşverenin performans kriterlerinin ne olduğu, işçinin nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulduğu, düşük performansı olsa bile periyodik olarak, belirli sürelerde 3-6 aylık veya 1 yıllık değerlendirmelerle iyileştirme işlemlerin olduğu somut olarak ispatlanmış olması gerekir.

2- İşçinin Davranışlarından Doğan Sebepler

Davranışlarından kaynaklanan sebeplerde, işçi, iş sözleşmesine aykırı davranarak ve yükümlülüklerini yerine getirmemekte, sözleşmeyi ihlal etmektedir. İşçi kusurlu olarak ana edim ve yan edim yükümlülüklerini ihlal etmektedir. Burada işçinin verim düşüklüğü yeterliliğinden kaynaklanmamakta, davranışlarından kaynaklanmaktadır. **Yeterlilikten kaynaklanan sebeplerde**, işçi işi gereği gibi yerine getirmek ister ancak bazı nedenlerden dolayı getiremez; **davranışlarından kaynaklanan sebepler-**

de ise işçi yeterli olmasına rağmen, kendi arzusu veya kusuru nedeniyle işi gereği gibi yerine getirmez. Yeterlilikten kaynaklanan sebeplerde **kusur** aranmaz, davranışlarından kaynaklanan sebeplerde ise kusur vardır³⁴.

İşçi davranışlarından kaynaklanan sebeplerde iş görme borcunu yerine getirememesi, uyarı geçirilemeyecek ölçüde hafife alınmayan, fakat haklı nedenle derhal fesih yoluna gidilmesini de haklı kılacak ölçüde ağır olmayan bir sözleşmeye aykırılık vardır. İşçi kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranış ve davranış sonucunda iş ilişkisi de olumsuz etkilenmektedir³⁵. Başka bir ifadeyle işçinin iş sözleşmesine aykırı kusurlu bir davranış ve eyleminin inceleme ve değerlendirmeye tabi tutularak, söz konusu eylem UYARI/İHTAR ile sonuçlandırılabilmesi gibi GEÇERLİ NEDEN veya HAKLI NEDEN göre de iş sözleşmesi sona erdirilebilir. Burada göz önüne alınacak durum, davranış ve eylemin ağırlığına göre işçiye ya ihtar verilecek veya geçerli veya haklı nedenle iş sözleşmesi feshedilecektir. Her somut olayda bu durum değerlendirilecektir.

Nitekim 18. madde gerekçesinde davranışlarından kaynaklanan sebepler örnekseme yoluyla sayılmıştır. İş Kanunu'nun 25. maddesinde belirtilen ve derhal fesih için ön görülen sebepler niteliğinde olmamakla birlikte işçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları olabilir; işverene zarar vermek veya zararın tedirginliğini oluşturmak; işyerinde rahatsızlığa neden olacak şekilde çalışma; işyerindeki işçi arkadaşlarından borç para istemek, arkadaşlarını işverene karşı kışkırtmak, uyarılara rağmen işini eksik, kötü veya yetersiz olarak yerine getirmek, işyerinde iş akışını ve iş ortamını olumsuz etkileyebilecek bir biçimde diğer kişilerle ilişkilere girmek, işin akışını durduracak şekilde uzun telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç gelmek ve işini aksatacak şekilde işyerinde dolaşmak gibi hallerdir.

Burada genellikle işin yapılmaması söz konusu değildir. Burada işçi işini yapmaktadır, fakat eksik yapmakta veya kötü yapmakta yahut yetersiz şekilde yapmaktadır. İşçinin bu kötü veya yetersiz şekilde işini yapması geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi nedenidir.³⁶

34 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 216; Ekmekçi, "Performans Nedeniyle İş Akdinin Feshi ve Fesihden Kaynaklanan İşe İade Davaları Toplantısı", 14.05.2005 İş Kanunu Toplantı Dizisi-III., (Yayın No. TÜSİAD-T/2005 - 08/406), (Çevrimiçi), <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/iskanunu>, (Erişim: 14.07.2006) s.22.

35 Ulucan, İş Güvencesi, s.50-51.

36 Centel, "Feshin Geçerli Nedene Dayandırılması, İspat Yükümlülüğü ve Sonuçları", s. 12; Çankaya, Günay, Göktaş, a.g.e.s.84; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s. 99-100.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler; işçinin akde aykırı davranışlarıdır. Akde aykırı davranışlar iş görme borcu gibi iş sözleşmesinden doğan diğer borçlar ve yan borçlar ile de ilgili olabilir. Ancak bu davranışların İş Kanunu madde 25’de belirlenen «haklı sebep» şartlarını taşıyamaması ve onlar kadar ağır bir durumu oluşturmaması gerekir. İş Kanunu (madde 25) şartlarına uygun ve işverene derhal fesih yetkisi veren işçi davranışının işverence, bu tür fesih için değil de İş Kanunu madde 18’e göre geçerli bir sebep olarak dayanak alınması mümkündür.³⁷

İşçinin davranışlarından kaynaklanan *geçerli neden* ile *haklı neden* arasındaki ortak nokta kusura dayanmasıdır. Ancak kusurun ağırlık derecesine göre haklı neden/geçerli neden ayrımı yapılmalıdır. Kast, ağır ihmal gibi işçiden beklenmeyen ciddi kusur içeren davranışlar ‘haklı neden’, hafif kusur içeren davranışlar ise ‘geçerli neden’ kabul edilmelidir.³⁸

İşçinin davranışı iş görme borcunun kötü şekilde yerine getirilmesi olarak da ortaya çıkabilir. Bu açıdan işin kalitesinde veya sayısında noksanlık geçerli sebep oluşturabilir. Örneğin işçinin müşterileri kötü bilgilendirmesi, düzenli olmayan bir görünüşüyle müşteri ilişkilerini bozması, şoför olan işçinin kısa sürede tekrar trafik kazası yapması (işverene 30 günlük maaş tutarından fazla zarar vermediği halde), şoförün işe başlamadan alkollü içki alması (makul surette davranışı engellemeyen durumlarda) geçerli sebepler arasında yer alabilecektir. Üretiminde özellikle aynı ve benzer işlerde çalışan vasat işçilere göre önemli ölçüde sayısal noksanlık bulunması da geçerli bir sebeptir. Eğer sayısal azalma işçinin kontrolü dışında oluşuyorsa, yine geçerli bir sebeptir; ancak bu işçinin yeterliliğinden kaynaklanan bir sebeptir.³⁹

İşçinin iş alanı dışındaki davranışları kural olarak fesih nedeni oluşturmaz. İşçinin özel yaşamı veya sosyal açıdan olumsuz bir davranışı kural olarak iş ilişkisini ilgilendirmez. İş ilişkisini objektif olarak ciddi şekilde zedelediği takdirde özel yaşam ve sosyal yaşam geçerli fesih nedeni olabilir.⁴⁰

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle takip edilen amaç, işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranış-

37 Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, s.10-11

38 Uzun, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi”, s. 79-80.

39 Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, s.10-11.

40 Alpagut, “İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi”, s.216; Aktay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s.185.

ları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmeline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz, işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise, işçinin isteseydi yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağını belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması şarttır.

İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerlerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar.

İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; kanundan veya dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri ile yan yükümler de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.

3- Geçerli Neden-Haklı Neden Ayrımı

İşçinin davranışları nedeniyle fesihlerde önemli ve tartışılan bir konu; geçerli neden - haklı neden ilişkisinin ortaya konulmasıdır. Öğretide 'geçerli neden' ile 'haklı nedenin' ayrımının tam olmadığı ve belirsiz olduğu belirtilmiştir⁴¹.

'Geçerli neden' ile 'haklı neden' ayrımının belirsizliği dayandığı temelden kaynaklanır. Her iki taraftan birinin sözleşmeye devamının beklene-meyeceği ağırlıkta taraflar arasındaki ilişkiyi zedeleyen durumlar haklı neden, haklı neden ağırlığında olmayan ama iş sözleşmesinin devamını olanaksız kılan birtakım nedenler ise geçerli nedendir.⁴²

Bu iki kavramın ayrımında; davranışın ağırlığı ve iş ilişkisine etkisi belirleyici nitelik taşır. Somut olayda yapılacak değerlendirmede işçinin sözleşmeye aykırı davranışının ağırlığı, kusur derecesi, zarar ortaya çıkmışsa zararın türü ve yüksekliği, davranışın işyeri düzeni ve barışını, taraflar arasındaki güven ilişkisini ne ölçüde etkilediği dikkate alınır. Bu ölçüleri dikkate alarak hakim takdir yetkisini kullanacaktır⁴³.

158 Sayılı ILO sözleşmesinde de, işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep kavramı ile, haklı sebep derecesine ulaşmayan önelli feshi meşru kılan nedenler anlatılmak istenmiş ve 18. madde gerekçesinde de dile getirilmiştir. Öğretide ve 18. madde gerekçesinde geçerli nedenler için verilen örneklerde 25/II kapsamında düşünülebilecek hallerden bahsedilmiş, işçinin arkadaşlarını işverene kışkırtması buna örnek verilmiştir.⁴⁴

İş Kanunu'nun 25/II maddesinde ayrı bir düzenleme konusu olan haklı sebeplerle feshi, geçerli fesih için aranan sebeplerden ayırmak ve aradaki farkları ortaya koymak, maddi olayları hukuk tekniği bakımından söz konusu iki farkı fesih türü açısından değerlendirmek gerekecektir. Bu alanda konunun gerektirdiği ölçüler içinde ülke koşullarını da dikkate alarak iki fesih türü açısından geçerli olacak ayrımları yapmak ve farklılıkları ortaya koymak yargının yanı sıra, öğretinin katkıları ile sağlanacaktır⁴⁵.

İş Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan haklı sebeplerden Kanunu'nun

41 Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s.44-45; Uzun, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s.79.

42 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s.217.

43 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 217-218; Uzun, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s.79.

44 Soyer, "Feshe Karşı Korumanın Genel Çerçevesi", s.45.

45 Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 582; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s. 103-104.

18. maddesinde belirtilen, işçinin kişiliğinden ve işyeri gereklerinden kaynaklanan sebepleri ayıran başlıca unsur bunların Kanun'un 25. maddesinde sayılanlar dışında kalan geçerli sebepler olmasıdır. Nitekim; Kanun'un 18. maddesinde yer alan geçerli nedenler, İş Kanunu m. 25/II'de belirtilenler kadar ağır surette ortaya çıkmayan ancak yine de işverenden iş ilişkisini sürdürmesinin makul ölçüler içerisinde beklenmeyeceği nedenlerdir. Örneğin; işçinin amirleriyle sık sık gereksiz tartışmalara girmesi, işyerinde siyasi propaganda yapmak suretiyle işçiler arasında huzursuzluk yaratması, işe sık sık geç kalması, olayın meydana geliş şekli ve ağırlığına göre geçerli fesih nedeni oluşturabileceği gibi, bir haklı fesih nedeni de oluşturabilir. Kanun iki fesih türü arasındaki bu ayrımın yapılmasını isabetli olarak yargıya ve öğretiyeye bırakmıştır. Her olayın kendi şartları içinde incelenmesi ve yapılacak değerlendirme ile haklı neden (25/II) veya gerçek neden olduğu tespit edilecektir⁴⁶.

Kanun'un madde 25/II anlamındaki fesihlerde savunmanın alınmasına gerek olmadığı gibi, feshin yazılı yapılması, fesih nedeninin açık ve kesin olarak belirlenmesi şartı da aranmayacaktır⁴⁷.

Yine 25/II anlamındaki fesihlerde iş sözleşmesi derhal feshedilecek, kıdem tazminatı ödenmeyecektir. Oysa geçerli nedenlerle fesihlerde, iş sözleşmesi belirli usul ve şartlarda sona erdirilecek, fesih öneli verilecek, kıdem tazminatı ödenecektir. Bu durumda yapılan feshin haklı fesih mi yoksa geçerli fesih mi olduğunu konusu önem taşımaktadır⁴⁸.

Bundan dolayı mahkeme açılan davada önce haklı nedenle fesih olup olmadığını araştırarak, gösterilen nedenlerin haklı olmadığı sonucuna varırsa, bu aşamadan sonra geçerli neden olup olmadığını araştıracaktır. Gösterilen sebep 'haklı neden' olmadığı halde 'geçerli neden' ise işe iadeye karar vermeyecektir. Gösterilen neden haklı neden olmadığı gibi geçerli neden de değilse işçinin işe iadesine karar verecektir. Geçerli neden işçinin davranışı ve verimi ile ilgili ise 19. madde çerçevesinde savunmasının alınıp alınmadığına bakacaktır⁴⁹.

46 Çelik, İş Güvencesi, s. 28; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s. 103-104.

47 Akı,Altınbaş, Bahçivanlar, **Uygulamada İş Güvencesi**, s. 150; Ekmekçi,"4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları ", s. 107; Ömer Ekmekçi,"*Dava Süresi ve Olası Uygulama Sorunları*", **Mercek Dergisi**, Temmuz 2003, MESS (Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası) Yayınıs.135.

48 Akı,Altınbaş,Bahçivanlar,**Uygulamada İş Güvencesi**,s. 150; Ekmekçi,"4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları ", s. 107; Ekmekçi,"*Dava Süresi ve Olası Uygulama Sorunları*", s.135.

49 Akı,Altınbaş,Bahçivanlar,**Uygulamada İş Güvencesi**,s. 150; Ekmekçi,"4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları ", s. 107; Ekmekçi,"*Dava Süresi ve Olası Uygulama Sorunları*", s.135.

Haklı nedenle fesihle ile geçerli nedenle fesih ayrımının zor olması, , hatta belirli durumlarda haklı neden ile geçerli neden ayrımının yapılamaması, hukuki sonuçlarının ise farklı olması, yine fesih usullerinin farklı olması durumları göz önüne alındığında; fesih usulü ve şeklinin duraksamaya neden olmayacak şekilde tek biçim (yeknesak) olarak düzenlenmesi gerekir.⁵⁰.

4- İşletmenin, İşyerinin veya İşin Gerekerinden Kaynaklanan Sebepler

Geçerli sebeplerin bir bölümü de “işyeri-işletmeden kaynaklanan sebepler”dir. Bunlar 4857 Sayılı İş Kanunu madde 18’de “işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebepler” olarak belirtilmektedir. Ancak feshi mümkün kılan gereklerin ne olduğu konusunda maddede herhangi bir kıstas yoktur.

Türk Hukuku’nda işletme gerekleri ile fesih,ekonomik nitelikli belirli objektif nedenlerle işçinin çalışma olanağının ortadan kalkması ve bunun sonucu olarak işyerindeki işçi sayısının işgücü ihtiyacına uyarlanmasıdır. Başka ifadeyle işyerinde oluşan bir durumun, zorunlu olarak işçinin işyerinde çalışmasını sürdürmesine engel olmasıdır⁵¹.

İşyerinden kaynaklanan sebepler, daima bir işveren kararına dayanır. İşveren işletme politikası ve işletme yönetimi ile ilgili karar alır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren, amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararları, yönetim hakkı kapsamında alabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

Alınan bu kararın hakim tarafından açıkça akla aykırı, objektif ve keyfi olup olmadığı araştırılır. Bunun için bazı ölçütlerden faydalanılabilir⁵². Öncelikle feshi neden olan işverenin girişimci olarak verdiği kararın gerçeğe uygun olup olmadığı, alınan bu kararın işçinin işi ortadan kaldırıp

50 K. Ahmet Sevimli, “4857 Sayılı İş Yasası Çerçevesinde İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshine Genel Bakış ve Tek Biçim Fesih Usulü Bulunmayışının Yaratacağı Olası Sorunlar”, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004,ÇMİS Yayını, sayı 5 , cilt 18s. 19.

51 Murat Engin, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri İle Feshi , İstanbul 2003, s.35;Alp, “Hizmet Aktitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi”, s. 93; Çankaya, Günay, Göktaş,a.g.e. s. 88; Ulucan, “İş Güvencesi”, s. 58; Mustafa Kılıçoğlu, 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu Ve Yargıtay Uygulaması, Ankara, 2005s. 151; Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, s. 578-579.

52 Ulucan,İş Güvencesi,s.60-61; Mollamahmutoğlu,İş Hukuku, s. 580.

kaldırmayacağı, işverenin kararı dış etkenler nedeniyle alınmış ise, dış etkenlerin varlığının ve dış etken nedeniyle işçinin işini sürdürme imkanının olmadığı hakim tarafından araştırılacaktır⁵³.

İşletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenlerin takdirinde önemli olan, işçi azaltılmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkmış olmasıdır⁵⁴. Özellikle ekonomik kriz nedeniyle veya başka olağanüstü bir durumun işyerini doğrudan doğruya olumsuz etkilediğini işveren tarafından ispatlanması gerekir⁵⁵.

Başka bir ifadeyle işçinin görmüş olduğu işin ortadan kalkması gerekmez, işçinin görmekte olduğu işin artık daha az işçi ile görülebilecek olması yeterlidir. Bu durumun yöneticilerin kusurundan kaynaklanmış olup olmamasının bir önemi yoktur. Bu itibarla örneğin; işletmenin satışlarının azalmasının yönetimin tutumu nedeniyle ortaya çıkmış olup olmaması geçerli fesih nedeninin tespiti bakımından belirleyici değildir⁵⁶.

İşverenin işyerinde işçi sayısını azaltma yönünde kendini zorunlu görmesine yol açan durumun, onun tarafından daha önce alınan hatalı bir karara dayanması, iş sözleşmesinin feshini İş Kanunu'nun 18. maddesi anlamında geçersiz kılmaz, iş sözleşmesinin feshine yol açan işletmesel kararın yargı denetimine tabi olmaması, hatalı olarak alınan işletme kararları açısından da söz konusudur. Bir başka anlatımla, yargıç, işletmesel kararı denetleyemeyeceğinden, onun hatalı olup olmadığını da denetleyemeyecek; dolayısıyla işletme kararının hatalı olduğu gerekçesi ile feshin geçersizliğine kararı veremeyecektir.

İşyerinde işçi azaltılması gereksinimi, işyerinin daraltılması, yeni teknoloji uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, işyerinde görülen bazı iş türlerinin kaldırılması gibi nedenler olmaksızın, salt organizasyon yapısının değiştirilmesine de dayanabilir⁵⁷.

Bu durumda da işverenin uyguladığı yeni organizasyon yapısının hakim tarafından yerindelik denetimine tabi tutulması mümkün değildir, İşletmenin verimliliğinin artırılmasına ve üretim gücünün olumsuz etki-

53 Ulucan, İş Güvencesi, s.60-61; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s. 580.

54 Alp, "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", s. 94; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.102-103.

55 Engin, "İş Sözleşmesinin İşletme Gereklere İle Feshi", s.72.

56 Alp, "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", s. 94; Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.102-103.

57 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.102-103.

lenmesini engellemeye yönelik tedbirlerin işverenin ekonomik özgürlüğü-
nün bir parçası olduğunun dikkate alınması gerekir⁵⁸.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihte, yar-
gısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş
sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işlet-
mesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel
karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturu-
maktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden
dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı
da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde ça-
lışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan
kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

158 sayılı sözleşmeden aynen alınan ve geniş kapsamlı olan bu se-
bepler 18. madde gerekçesinde iki grupta toplanmaktadır. 18. madde
gerekçesinde; birinci gruba girenler “işyeri dışı sebepler” olarak adlan-
dırılmaktadırlar: Talep ve sipariş azalması, sürüm ve satış olanaklarının
azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz, enerji sıkıntısı, piyasada genel
veya sektörde durgunluk, dış pazar kaybı, hammadde sıkıntısı gibi sebep-
ler işyerinde üretimin sürdürülmesini ve maliyetleri çok yönlü olumsuz
etkileyebilir ve işçilerin hizmet akitlerinin feshini gerekli kılabılır⁵⁹.

18. madde gerekçesinde diğer gruba giren ve “işyeri içi sebepler” diye
adlandırılan sebepler, örneğin işyerinde yeni çalışma yöntemlerinin ve
teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kaldırılması, bazı
iş türlerinin iş organizasyonundan çıkarılması ve işçi sayısının azaltılma-
sının gerekli olması gibi sebepler, geçerli sebepler sayılacaktır.

Hemen ekleyelim ki işyeri dışı ve içi sebeplerin soyut olarak açıklan-
ması yeterli değildir; örneğin ülkede yaşanan ekonomik kriz işvereni bi-
reysel veya toplu işçi çıkarmaya götürüyorsa, bunun niçin hizmet akdi ve
akitlerinin feshini gerekli kıldığı somut şekilde belirtilecektir. Başka bir
örnek; işyerinde bütün olarak veya bazı bölümlerde işçi sayısının azaltıl-
masını gerektiren bir durum varsa, bu gereklilik somut şekilde açıklan-
malıdır. İşveren işyerinde uzun süreden beri yoğun şekilde fazla çalışma
uygularken, işçi sayısında azaltma gereğinden söz edilmesi, geçerli bir

58 Ekmekçi, “4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları”, s.102-103.

59 Ekonomi, “Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi”, s.11.

sebeplere sayılması mümkün değildir, önce fazla çalışmanın uygulanmasından vazgeçilmeli, bunun da olumlu sonuca gidilemiyorsa, işçi sayısında bir azaltılmanın planlanması düşünülmelidir⁶⁰.

Feshin istetme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında işgörmeye ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (**tutarlılık denetimi**), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (**keyfilik denetimi**) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.

İşletmesel kararın amacı ve içeriğini belirlemede özgür olan işveren, işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını, feshin geçerli nedeni olduğunu kanıtlamalıdır. İşletmesel kararın amacı ve içeriğini serbestçe belirleyen işveren, uygulamak için aldığı, geçerli neden teşkil eden ve ayrıca istihdam fazlası doğuran tedbire ilişkin kararı, sürekli ve kalıcı şekilde uygulamalıdır. İşveren işletme, işyeri ve işin gerekleri nedeni ile aldığı fesih kararında, işyerinde istihdam fazlalığı meydana geldiğini ve feshin kaçınılmazlığını kanıtlamak zorundadır. İş sözleşmesinin feshiyle takip edilen amaca uygun daha hafif somut belirli tedbirlerin mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi, işverenin tekelinde değildir. Bir bakıma feshin kaçınılmaz olup olmadığı yönünde, işletmesel kararın gerekliliği de denetlenmelidir. Feshin kaçınılmazlığı ekonomik açıdan değil, teknik denetim kapsamında, bu kararın hukuka uygun olup olmadığı ve işçinin çalışma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı yönünde, kısaca feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde yapılmalıdır.

İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüstlük kuralına uymalıdır. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır.

İşyerinin devrinden önce, devreden işverenin işçilerin hizmet sözleşmelerini sona erdirmesi başlı başına işyeri gereklerinden kaynaklanan bir fesih olarak kabul edilmek gerekir⁶¹. Gerçekten; devir sözleşmesinin ta-

60 Engin, "İş Sözleşmesinin İşletme Gereklileri İle Feshi", s.72; Ekonomi, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", s.11.

61 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.103.

raflarının işyerinin işçileriyle birlikte devrini kararlaştırabilecekleri gibi, eski işverenin devirden hemen önce tüm işçilerin hizmet sözleşmelerini sona erdirerek işyerinin işçisiz olarak devrini de kararlaştırabilirler⁶².

Böyle bir anlaşma devir sözleşmesi taraflarının karşılıklı ekonomik mülahazalarıyla ilgilidir ve bu durum işyeri gereklerinden kaynaklanan bir fesih olarak kabul edilmek gerekir⁶³.

Aynı şekilde devralan işverenin, işyerinin verimli çalışmasını teminen işçi azaltma yoluna gitmesi de, örneğin, işyerinde yeni çalışma yöntemleri uygulaması veya bazı bölümleri kapatmış olması gibi unsurlar aranmaksızın, işyeri gereklerinden kaynaklanan bir fesih olarak değerlendirilmek gerekir⁶⁴.

Kuşkusuz, işyeri gerekleri nedeniyle işten çıkarmalarda, çıkarılan işçilerin yerine, işyerinde bir değişiklik söz konusu olmaksızın, aynı nitelikteki iş için ve aynı nitelikte başka işçi alınması önemli bir ölçüt niteliğinde olacaktır⁶⁵, Nihayet; işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenleri konu alan davalarda, işyeri sınırlarının sakınca yaratacak surette açık edilmemesine özen gösterilmelidir⁶⁶.

5- Feshin Son Çare Olması (UltimaRatio) İlkesi

Türk Hukuku'nda feshin son çare olma ilkesi kanuni bir düzenleme içinde yer almamıştır. İş Kanunu'nda geçmemesine rağmen 18. madde gerekçesinde "... işverenden beklenen feshe en son çare olarak bakmasıdır. Bu nedenle geçerli sebep kavramına uygun yorum yaparken sürekli olarak fesihden kaçınma olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır..." şeklinde feshin son çare olması gerekçede yer almıştır.

Feshin son çare olması kanuni düzenleme içinde yer almayıp, 18. madde gerekçesinde yer almasına rağmen, Türk Hukuku'nda bugün için doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir⁶⁷.

62 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.103.

63 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.103.

64 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.103.

65 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.103.

66 Ekmekçi, "4773 Sayılı İş Güvencesi Yasası Karşısında Ortaya Çıkabilecek Uygulama Sorunları", s.103.

67 Ulucan, İş Güvencesi, s.44; Ulucan, "İş Güvencesi ve Temel Kavramlar", s. 29; Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s.227; Atay, Arıcı, Kaplan/Senayen, İş Hukuku, s. 186; Süzek, İş Hukuku, s. 449; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s. 158; Alp, "Hizmet Akitlerinin Sona Ermesi ve İşçilik Alacaklarının Güvencesi", s. 103; Çelik, İş Güvencesi, s. 27-28; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, s. 580-581.

Diğer görüş ise feshin son çare olmasının kanuni zorunluluk olmadığını, gerekçenin de bağlayıcı olmayacağı, dolayısıyla bu ilkenin uygulanmasının zorunlu olmadığı ileri sürülmüştür⁶⁸.

Feshin son çare olması fesih nedeni olarak dayanan olgunun ancak daha yumuşak başka vasıtalarla karşılanmaması durumunda feshe başvurulması anlamındadır⁶⁹. İş güvencesi kapsamındaki hukuki ilişkilerde süreli feshi önleyecek daha hafif önlemlere başvurulması ve bunların yetersizliği halinde feshin son çare olarak uygulanmasıdır⁷⁰.

İşveren iş sözleşmesinin devamlılığı ve işçinin iş görme borcunu yerine getirmesini sağlama için her türlü çabayı göstermeli, yani sözleşme ilişkisinin devam etmesi için öngörülebilir bütün seçenekleri denemeli ve feshe son çare olarak gitmelidir⁷¹. Başka bir ifadeyle fesihle ulaşılmak istenen sonuca ölçülülük ilkesi uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeyen başka önlemlerle ulaşmak mümkün ise yapılan fesih geçersiz sayılacaktır⁷².

Fesih, işletmenin işleyişinde ortaya çıkabilecek zararı önlemek için *uygun ve gerekli* olduğunda, bu bağlamda izlenen amaç bakımından *ölçülü* olduğu takdirde uygulanmalıdır. Diğer bir ifadeyle fesih, mevcut personel durumunu personel ihtiyacına uydurabilmek bakımından son çare, önlenemez olduğu noktada uygulanmalıdır. Feshin son çare olması ilkesi bakımından yapılacak bir değerlendirmede işletmesel karardan yola çıkılarak sorulması gereken soru; feshe alternatif bir tedbirin bulunup bulunmadığıdır. Mesela işçiyi eğitime olanağının olup olmadığı, işçiyi başka işte çalıştırma alternatifi araştırılmalıdır⁷³.

Feshin son çare olması ilkesi bakımında önemli bir konu da uygulama alanı ile ilgilidir. Bütün geçerli fesih nedenlerinde mi uygulanmalı yoksa sadece işletme gerekleri ile ilgili fesihlerde mi uygulanmalıdır? Bu konuda farklı görüşler vardır. Bir görüş işletmenin veya işyerinin veya işin gereklerinin yanında bütün geçerli fesih nedenlerinde uygulanmasıdır⁷⁴. Yargıtay ise işletme gereklerinde bu ilkenin uygulanacağını belirtmiştir⁷⁵.

68 Ekmekçi, "Sunulan tebliğlerin değerlendirilmesi", s.173.

69 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 226.

70 Süzek, İş Hukuku, s.449

71 Atay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s.186; Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Değerlendirme", s.77.

72 Süzek, İş Hukuku, s.450; Ulucan, İş Güvencesi, s. 43-44; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s.158.

73 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s. 158; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s.226; Atay, Arıcı, Kaplan/Senyen, İş Hukuku, s.186.

74 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s.158 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 226.

75 Y.9HD.08.07.2003, E.2003/12442, K.2003/13123, "... Davalı işveren talep ve sipariş

Feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde işverenden öncelikle işçinin işyerinde istihdamına devam koşullarını araştırması beklenir. İşyerinde mevcut boş yerin bulunması durumunda işveren, işçiyi bu işe nakletmekle yükümlüdür⁷⁶. Boş kadronun işçinin niteliklerine uyup uymadığı işveren tarafından değerlendirilir. İşveren işçinin söz konusu kadro için mesleki veya kişisel nitelikler bakımından uygun olmadığını düşünmekte ise, örneğin yeterlilik veya kıdem gibi, nakil yükümlülüğünden söz edilemez. Bu noktada işverenin takdiri, bir işletmesel karar niteliğindedir ve ancak sınırlı bir yargı denetimine tabi tutulabilir⁷⁷.

Feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde; alınması gereken diğer önlem, işçinin eğitime tabi tutulmasıdır, işçi eğitime tabi tutularak işyerinde çalıştırılmaya devam edilebilecekse, bu takdirde işveren bu tedbire başvurmalıdır⁷⁸.

Feshin son çare olması ilkesi bakımından düşünülmesi gereken bir diğer tedbir iş koşullarının değiştirilmesidir. Eğer değiştirilmiş koşullarla işçinin çalıştırılması mümkün ise, fesih için geçerli nedenin bulunduğundan söz edilemez. İş koşulları bakımından değişiklik; mevcut iş gücü ve iş gücü gereksinimi arasındaki uyumsuzluğu ortadan kaldırmaya uygun değişikliklerdir. Olası değişiklikler yukarıda da belirtilen; başka işe geçirme yanında, kısmi süreli iş verme, ücretin azaltılması, prim veya ikramiyenin azaltılması veya ücretsiz izindir⁷⁹.

IV-ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK (DEĞİŞİKLİK FESHİ)

4857 sayılı İş Kanunu'nun 1475 sayılı yasaya göre getirdiği önemli yeniliklerden biri de Çalışma Koşullarında Değişiklik (Değişiklik Feshi) kavramını hukuk sistemimize getirmiş olmasıdır.

Bunu düzenleyen İş Kanunu'nun 22. maddesine göre "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve

azalması, ülkede yaşanan ekonomik kriz gibi işyeri dışından kaynaklanan sebeplere dayanmıştır. Belirtmek gerekir ki; söz konusu Kanunun gerekçesinde de açıklandığı üzere, bu uygulamaya giderken öncelikle fazla çalışmalar kaldırılmalı, işçinin rızası ile çalışması süreleri kısaltılmalı, iş zamanı ayarlanmalı, kısacası fesih en son çare olarak düşünülmelidir. Somut olayda işverenin bütün uygulamalara başvurmadığı aksine, üretimde ve fazla mesailerde artışa gittiği belgelerden anlaşılmıştır...". Çimento İşveren Dergisi, (Çevrimiçi), <http://www.cmis.org.tr>, (Erişim: 10.08.2006)

76 Süzek, İş Hukuku, s.50; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s.158; Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 228.

77 Süzek, İş Hukuku, s.50; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s.158; Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 228.

78 Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 228.

79 Süzek, İş Hukuku, s.450 Eyrenci, Taşkent, Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, s.158 ; Alpogut, "İş Sözleşmesinin Feshi ve İş Güvencesi", s. 228.

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 suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir” hükmü yer almıştır.

Bu düzenleme getirilmeden önce 1475 sayılı İş Kanunu döneminde işveren işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yaptığında, işçi iş akdini haklı nedenle feshedebiliyor, kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte sözleşmeyi kendisi feshettiği için ihbar tazminatını talep edemiyordu. Daha doğru bir deyimle, işçi ya aleyhine değişen çalışma koşullarını kabul etmek ya da iş akdini feshetmek zorunda kalıyordu⁸⁰.

4857 sayılı İş Kanunu’nda getirilen hükümle işçinin çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren ya bu değişikliği yapmamak veya iş akdini feshetmek zorunda kalmakta, böylece işçi sadece kıdem tazminatı değil sözleşmenin *işverence feshine* bağlanan bütün hakları isteyebilmek olanağına kavuşmaktadır.

Kanunun değişiklik feshine ilişkin gerekçesinde “Madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır” denilmiştir⁸¹.

Gerçekten hükümde, işverenin geçerli nedenleri olsa da, ilk aşamada iş akdinin sona erdirilmesi değil çalışma koşullarında değişiklik yapılarak sözleşmenin devam etmesi amaçlanmaktadır. Diğer bir deyimle iş akdinin geçerli bir nedenle işverence feshinin mümkün olduğu bir durumda, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yoluyla sözleşmenin sona ermesi engellenmeye çalışılmaktadır⁸².

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir. Öğretide, genel ola-

80 Süzek, İş Hukuku, s.496; Ulucan, İş Güvencesi, s. 86; Kübra Doğan Yenisey, “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, **III Yılında İş Yasası**, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, T.T.S.Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası s.105; Demircioğlu, **Sorularla Yeni İş Yasası**, s.98; Uzun, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi”, s.70.

81 4857 Sayılı İş Kanunu 22. madde gerekçesi.

82 Aktay, Arıcı, Kaplan/Seneyen, İş Hukuku, s.198; Süzek, İş Hukuku, s.496; Doğan Yenisey, “Çalışma Koşullarında Değişiklik”, s.110.

rak iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, «çalışma koşulları» olarak adlandırılmıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinden de yola çıkılarak, Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan, işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşulları kapsamındaki hak ve borçlardan ilk akla gelenleridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceğinden, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesine, izin sürelerin tespitinden, ödenecek ücretin eklerine, ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara; belirli süreyi tamamlayan çalışanlara kıdem teşvik primumu ödenmesinden belli konumda olan işçilere özel sağlık sigortası yaptırılmasına kadar iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar geniş anlamda çalışma koşulları kavramı içinde yerini alır.

Uygulamada, yazılı olarak yapılan iş sözleşmelerinde çoğunlukla işçinin yerine getireceği iş, unvanı, ücret ve ekleri belirtilmekle birlikte, çalışma koşullarının tespitine yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemektedir. Bu noktada çalışma koşullarının tespiti ve değişikliğin yapıp yapılmadığı konularda ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olduğu konusunda ispat yükü işçidedir. Çalışma koşullarının belirlenmesinin ardından, yapılmak istenenin değişiklik olup olmadığı ve en sonunda işçi aleyhine olduğu işçi tarafından kanıtlanmalıdır.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez. Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınmaması durumunda işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.

İşveren iş koşullarındaki işçi aleyhine olan esaslı değişikliği işçiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Ancak bu değişiklik işçi lehine ise 22. madde uygulanmaz. Yapılan esaslı değişikliğin işçi aleyhine olması gerekir. Bu esaslı değişiklik işçiye yazılı bildirilmek zorundadır. Yazılı olmayan değişiklik önerisi işçiyi bağlamaz. Yazılı olarak yapılan değişiklik

önerisi işçi tarafından 6 işgünü içinde red edilirse iş koşullarında esaslı değişiklik yapılamaz. 6 işgünü işçi tarafından kabul edilirse iş ilişkisi yeni iş koşulları ile devam eder⁸³.

4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşullarının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır. Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir. İşçi çalışma koşullarında 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.

Yaptığı değişiklik önerisi reddedilen işveren iki seçenekle karşı karşıyadır. İşveren ya çalışma koşullarında değişiklik yapmaktan vazgeçecek ve sözleşme eski koşullarda devam edecek ya da değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklayacak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş akdini feshedecektir. Bu durumda işveren, işçiye koşulları varsa kıdem tazminatı ve bildirim süresine uymazsa ihbar tazminatı ödeyecektir⁸⁴.

İşveren tarafından yapılan fesih üzerine, bu aşamada İK 18'in kapsamına girenler bakımından iş güvencesi hükümleri devreye girecek ve işçi iş güvencesi hükümleri (m. 18-21) uyarınca feshin geçersizliğini ileri sürerek işe iade davası açabilecektir. Bu durumda işveren İK 18/1'e göre feshin, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden ya da işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir nedene dayandığını ispatlamak zorunda kalacaktır. Bu itibarla, işveren çalışma koşullarında değişiklik önerisini yaparken temelde, bu değişikliği gerektiren geçerli bir fesih nedenine dayanmak durumundadır. Geçerli neden mevcutsa, koşulları varsa işçi ihbar ve kıdem tazminatı alır, aksi takdirde daha önce incelediğimiz geçersiz feshinhukuki sonuçları (İK 21) doğar⁸⁵.

83 Eyrenci, Taşkent,Ulucan,**Bireysel İş Hukuku**,s.169;Süzek,İş Hukuku, s.496; Ulucan,İş Güvencesi , s. 86;Doğan Yenisey, "Çalışma KoşullarındaDeğişiklik", s.107;Demircioğlu,**Sorularla Yeni İş Yasası**,s.81; Uzun,"İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s.70.

84 Eyrenci, Taşkent,Ulucan,**Bireysel İş Hukuku**,s.170;Süzek,İş Hukuku, s.498;Ulucan,İş Güvencesi, s.86.

85 Doğan Yenisey, "Çalışma Koşullarında Değişiklik", s.130-131;Eyrenci, Taşkent,Ulucan,**Bireysel İş Hukuku**,s.170;Ulucan,İş Güvencesi, s.86.

İşveren işçiye çalışma koşullarında esaslı değişiklik önerisinde bulunmuş, işçi bunu kabul etmemişse, buna karşılık işveren İK 22 uyarınca *iş akdini feshetmezse* taraflar arasında iş akdi aynen devam eder. İşverenin buna rağmen çalışma koşullarını tek taraflı olarak değiştirmesi, iş akdinin ihlali, bu sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi anlamına gelir ve bunun hukuki sonuçları uygulanır. Daha doğru bir ifadeyle, işveren hangi konuda tek taraflı değişiklik yapmışsa, buna ilişkin yaptırımlar ortaya çıkar⁸⁶.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi ile getirilen işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik ancak iş güvencesi kapsamına giren işçiler için söz konusu olacaktır⁸⁷. Öğretide diğer bir görüş ise, İş Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan değişiklik feshi hükümleri sadece iş güvencesinin kapsamına giren işçilere değil, *iş güvencesinin uygulama alanı dışındaki kalan* iş ilişkilerinde de uygulanması gerektiğini bildirmiştir⁸⁸.

İş Kanunu'nun 22. maddesinin son fıkrasında ise tarafların aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilecekleri ancak çalışma koşullarındaki değişikliğin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükmü, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılabilmesi için, 1475 sayılı kanun döneminde olduğu gibi işverenin değişiklik önerisini sözlü olarak yapmasının işçinin de bunu sözlü olarak hatta zımnen kabul etmesinin yeterli olacağı şeklinde yorumlamamak gerekir. Söz konusu değişiklik esaslı nitelik taşııyorsa, bu takdirde işverenin sözlü önerisi işçi tarafından sözlü olarak veya zımnen kabul edilebilir⁸⁹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden aynı yasanın 24/II-f bendinde belirtilen hal, işçinin haklı fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

SONUÇ

4857 Sayılı Kanun.18. maddesinde iş sözleşmesinin feshinde geçerli

86 Süzek, İş Hukuku, s.498.

87 Eyrenci, Taşkent,Ulucan, Bireysel İş Hukuku, s.170.

88 üzek, İş Hukuku, s.499.

89 Uzun, "İş Sözleşmesinin Sona Ermesi", s.71;Süzek,İş Hukuku,s.499.

nedenlerin yer alması, buna bağı olarak geçerli neden olmadan işçinin iş sözleşmesinin feshedilememesi işçi bakımından bir kazanımdır. İşçinin iş sözleşmesinin devamı bakımından belirli güvenceler oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

Haklı nedenle fesih ve geçerli nedenle fesih ayrımının zor olması, iki ayrımın arasında ince bir çizgi olması, hatta belirli durumlarda haklı neden ile geçerli neden ayrımının yapılamaması, bu nedenlerin hukuki sonuçlarının çok önemli farklılıklar arz etmesi, yine fesih usullerinin farklı olması durumları göz önüne alındığında; iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin haklı nedenle (İş.K 25/II) derhal feshi ile geçerli nedenle fesih arasındaki farklılıkların giderilmesi için süre usulünün, bildirim şekli ve savunma alınma bakımından duraksamaya neden olmayacak şekilde tek biçimde (yeknesak) düzenlenmenin yapılması gerekmektedir.

Bütün bu eksikliklere ve eleştirilere rağmen, 4773 Sayılı ve 4857 Sayılı İş Kanunu ile ilk defa hukuk sistemimizde iş güvencesi hükümleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İşçi bakımından iş güvencesini sağlamakta bir takım zaafılar içermekte ise de, yıllarca eksikliği hissedilmiş hususlar bu düzenlemelerle hukuk sistemimizde yer almıştır. Büyük oranda İLO sözleşmesine uyum sağlanmıştır. Bu kanunlardan önce gerek 1475 Sayılı İş Kanunu gerekse daha önceki yasalar döneminde, işveren geçerli ve haklı neden göstermeden önceden bildirimde bulunmak koşulu ile iş sözleşmesini feshedebilmekteydi. Yürürlükte bulunan '4857 Sayılı İş Kanunu'na göre işveren iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından geçerli ve haklı neden olmadan iş sözleşmesini feshedemeyecektir.

İş güvencesi hükümlerinin etkinliğinin sağlanması, konuluş amacına hizmet etmesi bakımından, uygulamanın içerisinde olan bir kişi olarak, belirli düzenlemelerin yapılamaması ihtiyacının olduğunu göstermektedir. Davaların uzun sürmesi, fesih nedenlerini değerlendirmede adeta birliktişilere delil toplama görevinin verilmesi, bu nedenle dava sürecinin uzaması, konumuzla doğrudan ilgili olmasa bile işe iade davasının tespit hükmünde olması, işe iade davasından sonra işçinin işe samimi olarak başlaması veya işverenin samimi/iyiniyetli işe başlatması durumun araştırılması, başka bir ifadeyle işe iade davasından işçiye işe iade veya tazminat noktasında seçenek hakkının verilmemesi, işe iade davasından sonra alacak davası veya fark alacak davası bakımından yeni davaların açılmasına neden olması gibi hususlar iş güvencesi hükümleri bakımından sıkıntılı durum oluşturmaktadır.

LİMİTED ŞİRKETLERİN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ¹

Av. Nihan PALTA

GİRİŞ

Likidite fazlasının uygun şekilde kullanılması, kâr payı dağıtımına alternatif olması, şirket değerinin (*enterprise value*) artırılması gibi faydaları bulunan şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, 1956 tarihli 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu ("**ETK**") altında ancak istisnai durumlarda gerçekleşmesine izin verilen ve fakat kural olarak yasaklanmış bir düzenleme idi. ETK madde 329 altında anonim şirketlere yönelik olarak ve madde 526 altında limited şirketlere yönelik olarak hüküm altına alınmış olan bu düzenleme, bir yandan günün hukuki ve ekonomik ihtiyaçlarına cevap verememekte bir yandan da gerek Avrupa Birliği gerekse Alman ve İsviçre hukuklarındaki gelişmelere uygunluk gösterememekteydi. Bu gerekçelere dayanılarak 14 Şubat 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk ticaret Kanunu ("**TTK**")² ile ETK'daki mevcut düzenleme gözden geçirilmiş ve şirketin kendi paylarını iktisabı kurumunda önemli değişiklikler öngörülmüştür.

Makalemiz kapsamında öncelikle yabancı hukuk sistemlerinin tarihsel gelişimi incelenecek olup ETK kapsamındaki ilgili düzenlemeler ele alınacak, şirketlerin kendi paylarını iktisap etmesinin fayda ve sakıncalarına değinildikten sonra limited şirketlerin kendi paylarını devralmaları TTK madde 612 ve TTK madde 596 kapsamında detaylı olarak analiz edilecektir.

I TARİHSEL GELİŞİM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

Şirketin kendi paylarını iktisabında belli şartlara tabi olmak üzere serbesti tanıyan sistem TTK çerçevesindeki detaylı incelenmesinden önce bu sistemi ilk kez tanıyan Alman Hukuku ve İsviçre Hukukundaki düzenlemeler incelenecek olup, ETK'daki düzenlemenin de alt yapısı verilerek TTK'nın getirdiği liberal rejim değerlendirilecektir.

1 İstanbul Ticaret Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı öğrencisi

2 Şirketin kendi payının iktisabını öngören ve 6102 sayılı kanun ile yürürlüğe giren düzenlemeler, 30.6.2012 tarih ve 28339 sayılı resmi gazetede yayımlanan 26.6.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun dahil olmak üzere herhangi esaslı bir değişikliğe tabi tutulmamıştır.

I.1 Yabancı Hukuk Sistemlerinde Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabı

İlk kez 1892 tarihli Alman Limited Şirketler Kanunu (“**GmbHG**”) ile yeni bir ortaklık türü olarak yaratılan limited ortaklıklarda 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe giren Limited Şirketler Yasasını ve Diğer Ticaret Hukuku Hükümlerini Değiştiren Yasa ile yapılan değişiklikler çerçevesinde şirketin kendi paylarının devralınması pay bedellerinin tamamının karşılığının ödenmesi şartına bağlanmış olup³, aykırılığın yaptırımı yokluk olarak nitelendirilmiştir⁴. Şirket tarafından yapılacak ödeme ancak sermayayı aşan malvarlığından karşılanacaktır (GmbHG § 33)⁵. Bununla birlikte anonim şirketlere ilişkin Alman hukukundaki ilk düzenleme, 1843 tarihli Alman Ticaret Kanunu’nda 1870 tarihinde yapılmış olan değişiklikle ilk kez sınırlı olarak düzenlenmiştir⁶.

İsviçre hukukunda şirketlerin kendi paylarının iktisabı sadece anonim şirketler açısından 1881 tarihinde yürürlüğe girmiş olan İsviçre Borçlar Kanunu çerçevesinde düzenlenmiştir⁷. Limited şirketlere ilişkin ilk düzenlemeler 1936 tarihinde yürürlüğe girmiş olup toplam 56 madde altında düzenlenmiştir. Limited şirketin kendi paylarını iktisabı, özellikle Avrupa Birliği’nin 13 Aralık 1976 tarihli 77/91 sayılı Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi’ne uyum sağlamak amacıyla

3 **TEOMAN**, Ömer, Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü ile Yerine Getirilmemiş Kendi Paylarını Edinmesi (Edinme), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s.123.

4 **TEOMAN** (Edinme), s. 132; **YILDIZ**, Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, 8; **ARSLANLI**, Halil, Ticaret Kanunu Şerhi (Şerh), 2. Kitap, VII. Fasıl: Limited Ortaklıklar, 2. Kısım (madde 518-535), İstanbul 1963, md. 526, nr. II.

5 **YILDIZ**, 3-9.

6 08 Kasım 1843 tarihli Alman Ticaret Kanunu madde 215 çerçevesinde 11 Haziran 1870 tarihinde yapılmış olan değişikliğe istinaden. Alman hukukunda 1937 tarihinde kabul edilen Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda [Aktengesetz (AktG)] (“**POK**”) yer alan şirketin kendi payını iktisap etmesine yönelik düzenlemeler, Avrupa Birliği’nin 13 Aralık 1976 tarihli 77/91 sayılı Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi’nin etkisiyle 06 Mart 1998 tarihli İşletmeler Alanındaki Kontrol ve Şeffaflığa İlişkin Kanun ile değiştirilerek güncel versiyonuna POK § 71-71(e) hükümleri altında ulaşmıştır. Daha geniş bilgi için bkz. ÖZDAMAR, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara 2005, s. 105-116.

7 18 Haziran 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu madde 628’e istinaden. 18 Haziran 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun tam metni için bkz. www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10066139. İsviçre hukukunda 1991 yılında yapılmış olan değişiklikler sonucunda İsviçre Borçlar Kanunu madde 628, esaslı da değiştirilerek, 659. maddeye taşınmıştır ve güncel haline ulaşmıştır. Daha geniş bilgi için bkz. ÖZDAMAR, s. 96-105. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun tüm değişiklikleri içerir güncel metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html>

la 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle birlikte, İsviçre Borçlar Kanunu madde 783 altında düzenlenmiş olup anonim şirketler için geçerli olan düzenlemeye benzer nitelikte bir düzenleme getirilmiştir⁸.

Bir içtihat hukuku olan İngiliz hukukunda şirketin kendi paylarını iktisabı başta pozitif hukukta düzenlenmemiş olup mahkeme içtihatları ile mutlak bir yasak olduğuna karar verilmiştir⁹. İlk kez 1929 tarihli İngiliz Ortaklıklar Kanunu (*Companies Act*) m.58 altındaki düzenleme ile bu yasağa bir takım esneklikler getirmiştir. Aşağıda da açıklanacağı üzere Avrupa Birliği'nin 13 Aralık 1976 tarihli 77/91 sayılı Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi'nin de etkisiyle ve en son 2006 tarihinde yapılan büyük değişiklikler ile bu yasak oldukça yumuşatılmış olup şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerine belli şartlara tabi olmaları kaydıyla izin verilmiştir¹⁰.

Kıta Avrupası hukukunun aksine Amerika Birleşik Devletleri'nde anonim şirketlerin kendi paylarını satın almasının faydalı olduğu düşünülmektedir ve bu sebeple açıkça yasaklanmamıştır. Bununla birlikte yatırımcıları korumayı amaçlayan bir takım hükümler mevcuttur ve anonim ortaklıkların yaptıkları bu kapsamda yaptıkları işlemler Amerikan Sermaye Piyasası Kurumu (*Securities Exchange Commission*) tarafından incelenmektedir¹¹.

Uluslarüstü bir hukuk olup üye devletleri bağlayan Avrupa Birliği hu-

8 Daha geniş bilgi için bkz. **YILDIZ**, s. 15-24.

9 Mevcut 2006 tarihli Ortaklıklar Kanunu (*Companies Act 2006*) madde 658/1'de aynen yer alan İngiliz Lordlar Kamarası'nın 1887 tarihli *Trevor v. Whitworth* davasında (Case **Trevor v Whitworth** (1887) 12 App Cas 409, House of Lords) şirketin paylarının iktisabının, sermayenin korunması ilkesine aykırı olacağını ve payların borsadaki fiyatına yönelik bir eylem olarak görüleceğini değerlendirmiştir. Ayrıca pay sahiplerinin şirkete karşı sorumluluklarının ödedikleri sermaye paylarıyla sınırlı olması ve alacaklıların şirketin borçlarını ödememesi üzerine pay sahiplerine başvuramayıp şirketin malvarlığına başvuracak olmaları sebebiyle bu yönüyle de şirketin kendi paylarını herhangi bir sebebe dayanarak iktisap etmesinin hakkaniyete uygun düşmeyeceğine karar vermiştir. Mevcut düzenlemede 2006 tarihli Ortaklıklar Kanunu madde 658/1, ancak madde 659'daki istisnalar durumunda şirketin kendi payını iktisap etmesine izin vermektedir. Detaylı bilgi için bkz. **FERRAN**, Ellis, Principles of Corporate Finance Law, OUP, 2008, s. 212-213; **MCCABE**, Bernard, The Desirability of a Share Buy-Back Power, Bond Law Review, Volume 3, Issue 1, Article 6, 1991. Ayrıca 1994 tarihli *Acatos and Hutcheson pls v Watson* kararında (Case **Acatos and Hutcheson plc v Watson** (1994), BCC 446) İngiliz Yüksek Mahkemesi, tek malvarlığı hedef şirketin paylarının büyük çoğunluğu olan bir şirketin söz konusu hedef şirketi devralmasının İngiliz Ortaklıklar Kanunu şirketin kendi paylarını devralması yasağını ihlal etmeyeceğine karar vermiştir.

10 İlgili maddeler 2006 tarihli Ortaklıklar Kanunu kapsamında Limited Şirketin Kendi Paylarını Satın Alması başlıklı Bölüm 18 (*Part 18*) altında, m.658 ile m.737 arasında düzenlenmiştir.

11 Daha geniş bilgi için bkz. **ÖZDAMAR**, s. 128-134; **ÇAPA**, s. 19.

kuku çerçevesinde şirketlerin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin çıkarılmış olan düzenleme 13.12.1976 tarih ve 77/91/AET sayılı Anonim Şirketlerin Kuruluşuna ve Sermayenin Korunmasına İlişkin 2. Yönerge'dir. Söz konusu yönerge, 6 Eylül 2016 tarih ve 2006/68/EC sayılı yönerge ile değiştirilmiş olup 2012/30/EU sayılı Konsey Yönergesi ("İkinci Yönerge") ile mülga edilmiştir. İkinci Yönerge her ne kadar 2006/68/EC sayılı yönerge ile değiştirilmiş yönergeyi mülga etmiş olsa da, şirketlerin kendi paylarının iktisabına yönelik hükümler büyük ölçüde korunmuştur. İkinci yönergenin anonim şirketlere uygulanacak düzenlemeleri getirmesi dolayısıyla (İkinci Yönerge metninde belirtildiği üzere ve Türk hukukunda karşılığı anonim şirket olan Alman Hukukunda *Aktiengesellschaft* tipinde olan şirketlere ve Fransız hukukunda *société anonyme* tipinde olan şirketlere uygulanmaktadır) TTK çerçevesinde anonim şirketlere ilişkin yapılan değişiklikler, İkinci Yönerge ile uyum sağlanacak ölçüde gerçekleştirilmiştir¹². Buna karşılık TTK'daki limited şirketlere ilişkin yapılan değişikliklerde Avrupa Birliği'nin 13 Aralık 1976 tarihli 77/91 sayılı Kuruluş ve Sermayenin Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi'ne istinaden 1 Ocak 2008 tarihi itibarıyla tadil edilen İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri esas alınmış olup, kimi yerlerde Alman Hukuku düzenlemeleri de metnin içine dahil edilmiştir.

I.2 ETK Uyarınca Limited Şirketlerin Paylarının İktisabı

İlk kez 1926 tarihli Ticaret Kanununda 13 madde altında düzenlenmiş olan limited şirketler, kaynağını esas itibarıyla 1925 tarihli Fransız Limited Şirketler Kanunundan almaktadır¹³. 1936 tarihinde tadil edilmiş İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri esas alınarak çıkarılan 1957 tarihli Türk Ticaret Kanunu, limited şirketlere ilişkin toplam 53 hüküm sevk ederek limited şirketin kendi paylarını iktisap etmelerine ilişkin ilk düzenlemeleri getirmiştir.

Anılan düzenleme ETK madde 526'da yer almakta olup aşağıdaki şekilde hüküm altına alınmıştır:

"VII - PAYLARIN ŞİRKET TARAFINDAN İKTİSABI VEYA REHİN OLARAK KABULÜ

12 **TEKİNALP**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015, s. 99; **TEKİNALP**, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 2011, s. 73; ÇAPA, Mehmet Sadık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmeleri, İstanbul 2013, s. 23.

13 Tam kanun metni için bkz. http://www.kanunum.com/files/kanun_tbmm_c004_00865.pdf.

MADDE 526 - Sermaye koyma borcu tamamen yerine getirilmedikçe payların şirket tarafından iktisabı veya rehin olarak kabulü muteber olmaz; meğer ki bu muameleler esas sermayeye iştirakten doğmayan alacakların ödenmesi maksadiyle vukubulsun.

Sermaye koyma borcu tamamen yerine getirildikten sonra paylar ortaklık tarafından iktisap edilebilirse de bunların bedelleri ancak ortaklık mallarının esas sermayeyi aşan kısmı ile ödenebilir; aksi takdirde muamele muteber olmaz.”

ETK madde 526 uyarınca sermaye koyma borcunun tamamen yerine getirilmeksizin şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin etmesi, alacaklıların teminatı olan esas sermayenin korunması ilkesine ayırılık teşkil ettiğinden yasaklanmıştır. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi veya rehin alması esas sermayenin karşılığını teşkil eden değerlerin azalması sonucunu doğurur ki bu da sermayenin korunması ilkesini ayırılık oluşturur¹⁴. Sermaye borcunun tam olarak ödenmesi için hem nakdi hem de aynı sermayenin tamamının ödenmesi gerekecektir¹⁵. Bu yasağın en temel sebebi sınırlı sorumluluğun esas olduğu sermaye şirketlerinde esas sermayenin şirket alacaklılarına karşı tam bir garanti vazifesi görmesidir ve bu maksatla sevk edilen hükümler emredici hüküm vasfındadır¹⁶¹⁷. Sermayenin tam olarak ödenmesi gereğinin bir başka sebebi ise limited ortaklığın devir sonrasında sermaye borcunun hem borçlusunu hem de alacaklısı konuma geçecek olması ve bu yüzden alacaklılık ve borçluluk sıfat-

14 **POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005, no.1674, s. 895; ÖZDAMAR, s. 151; **TEOMAN**, Ömer, Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü ile Yerine Getirilmiş Kendi Paylarını Edinmesi (Karşılığı Ödenmiş Paylar), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 140-141; **ARSLANLI**, m. 526, nr. II, 1,b.

15 **TEOMAN** (Edinme), s. 130; **ARSLANLI**, m. 526, nr. II, 1,b.

16 **KENDİGELEN**, Abuzer, Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun, İstanbul, 2011, madde 526, s. 1431; **YANLI**, Veliye/**NILSSON**, Gül Okutan, Şirketin Kendi Paylarını İktisabına İlişkin 10.08.2011 tarih ve 26/767 Sayılı SPK ilke kararının 6762 sayılı TTK Çerçevesinde Değerlendirilmesi, <http://arсланlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/VeliyeYanliGulOkutan.pdf>, s. 2.

17 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi** E. 2009/5983, K. 2011/12194, **4.10.2011** tarihli, E. 2009/11110, K. 2010/12382, **2.12.2010** tarihli, E. 2009/6874, K. 2011/6285, **24.5.2011** tarihli ve E. 2008/8165, K. 2009/12904, **14.12.2009** tarihli kararları uyarınca “T.T.K. nun 329 ve 405. maddeleri uyarınca anonim şirket ortakları kural olarak şirkete yatırdıkları sermayeyi geri isteyemezler. Yetkili kurulların bir kararı olmadıkça pay senetleri de nominal bedellerinin üzerinde arz edilmezler”. Yargıtayın bu kuralın emredici olduğuna ilişkin kararı için bkz. **TD. 6.1.1964** tarihli, E. 1963/2851, K.1964/93 kararı.

larının bir kişide toplanması nedeniyle sona ereceğidir¹⁸. Bu kuralın tek istisnası aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre ortağın payının ortaklık tarafından esas sermayeye iştirakten doğmayan bir borcuna karşılık olarak (örneğin ortağın, ortaklığa karşı bir satım veya kira sözleşmesinden doğan borcundan mahsup edilmesi veya masraf karşılığı olarak şirkete ödemekle yükümlü olduğu avanstan düşülmesi kaydıyla) iktisap edilmesine (veya rehin alınmasına) cevaz verilmiştir.

ETK madde 526/1'de uyarınca gerçekleşmesine izin verilebilecek şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin etmesi durumunda, ETK m. 526/2 uyarınca payların bedellerinin şirket malvarlığından esas sermayenin aşan kısmıyla ödenmesi gerekecektir. Bir diğer deyişle şirket tarafından ortaklık payı için ortağa yapılacak olan ödeme ana sermaye dışındaki malvarlığı değerlerinden birinden karşılanacaktır, aksi takdirde yapılan devir hükümsüz olacaktır¹⁹. Diğer bir deyişle böylesi bir işlem hem tasarruf hem borçlanma işlemi açısından butlanla malul olacaktır²⁰. Ortaklığın bu işlem için kullanabileceği kaynakları gizli ihtiyaç akçeleri (TTK uyarınca gizli ihtiyaç akçesi sona ermiştir), kanuni yedek akçe dışında kalan yedek akçeler, tevzi edilmemiş veya birikmiş kârlardır²². Ortaklığın malvarlığının ana sermayesini aşan değerlerin tespiti gerçek değer üzerinden hesaplanarak tespit tarihi itibarıyla bilanço esas alınacaktır.

Yukarıdaki şartlara tabi olarak gerçekleşecek limited şirketin kendi paylarını iktisabı işleminde aşağıda da detaylı olarak açıklanacağı üzere limited şirketlerde ETK'da öngörülmüş toplantı ve karar yeter sayılarına tabi olunacaktır (ETK madde 520). Dolayısıyla, böylesi bir pay devrine, ortakların en az 3/4'ünün devre muvafakat etmesi ve bu ortakların esas sermayenin en az 3/4'üne sahip olması şarttır. Ayrıca ETK madde 520/5

18 **TEOMAN** (Edinme), s.124; **ARSLANLI**, m. 526, nr. II, 1a; **TEOMAN**, Ömer, Limited Ortaklığın Edindiği Kendi Paylarından Doğan Hak ve Borçlar ve Edinmenin Diğer Bazı Sonuçları (Limited Şirket Sonuçları), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 151, 156.

19 "Bu maddenin ikinci fıkrasıyla konulan hükmün müeyyidesi hükümet lahiyasında açıkça gösterilmemiş olduğundan metne (aksi takdirde muamele muteber olmaz) cümlesi eklenmiş ve böylece ortaklık mallarının esas sermayeyi aşan kısmıyla değil esas sermayeye karşılık olan kısmıyla pay parasının ödenmemiş olması halinde devrin hükümsüz olduğu belirtilmiştir". Türk Ticaret Kanunu Lahiyası ve Adliye Encümeni Gerekçesi, Zabıt Ceredesi, 1956, C.12, Sa.198, s. 387.

20 **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, no.1674, s. 895, **TEOMAN**, (Karşılığı Ödenmiş Paylar), s. 149.

21 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi** E. 4447, K. 4897, **27.09.1985** tarihli kararı uyarınca "... Bu senetlerin temellükü veya satın alınması neticesini doğuran akitletler hükümsüzdür..."

22 **TEOMAN** (Karşılığı Ödenmiş Paylar), s.143; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, no.1674a, s. 895.

uyarınca devre ilişkin sözleşmeyi imzalayanların imzalarının noter tarafından tasdiki zorunluluğu, Yargıtay'ın 1983 tarihli kararında limited şirketin kendi paylarını iktisap etmesi konusunda zorunlu olmaktan çıkarılmıştır²³.

Limited şirket tarafından ETK 526 uyarınca edinilen paylara ilişkin yönetime ilişkin hakları ve malvarlığına ilişkin haklar donacaktır. Başka bir deyişle, kâr ve tasfiye payının dağıtılmasında veya diğer kararların alınması için gereken toplantı veya karar yeter sayısına ulaşılmasında şirketin iktisap ettiği paylar hesaba katılmayacaktır²⁴.

II ŞİRKETLERİN KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMELERİNİN YARAR VE SAKINCALARI

Çalışmamızın giriş bölümünde belirtildiği üzere şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerinin birden fazla nedeni bulunmaktadır. En sık rastlanan gerekçe, şirketlerin bünyesinde biriken fazla sermayesini dağıtması ve kâr payı dağıtımının bir alternatifi olarak kullanılmasıdır. Bu yöntemin hem şirketler hem de pay sahipleri açısından faydaları olduğu kadar beraberinde getirdiği bir takım sakıncaları da bulunmaktadır.

II.1 Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etme Gerekçeleri ve Yararları

A Likidite Fazlasının Kullanılması

Şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerindeki temel motivasyonlarından birincisi, şirketlerin ihtiyaç duydukları sermayelerinin veya likit kaynaklarının fazlasının şirketin paylarının iktisabında kullanılmasıdır. Ancak burada önemli olan, ortaklığın sahip olduğu likidite fazlasını tasarruf edebileceği daha verimli bir yatırım aracını bulamamış olmasıdır. Bu durumda anonim şirketlerde yönetim kurulunun, limited şirketlerde müdürlerin şirketin kendi paylarını iktisap etmesiyle elde edeceği kazancı ile likidite fazlasının başka bir yatırımda kullanılması halinde elde edeceği kazanç arasında şirketin menfaatlerine en uygun tercihi yapması gerekmektedir²⁵.

23 "Davacı limited şirket ortağı, davalı şirketteki payını üçüncü bir şahsa veya şirket ortaklarından bir diğerine değil, doğrudan doğruya davalı şirket hükmi şirket şahsına devir etmiş bulunmasına nazaran, yapılan bu devir işleminin noter tasdikinden geçmeden de geçerli olacağı TTK'nın 526/f.2 hükmü icabı bulunmasına nazaran mahalli mahkemesinin davayı kabul ederek pay devri bedelinin tahsiline karar vermiş olması doğrudur." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2838, K.3267, **23.06.1983** tarihli kararı)

24 **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, no.1674a, s. 895; **ÖZDAMAR**, s. 152; **TEOMAN** (Limited Şirket Sonuçlar), s. 156-160.

25 **ÇAPA**, s. 29-30; **ÖZDAMAR**, s. 57-58; **PULAŞLI**, Hasan, Şirketler Hukuk Genel Esaslar (Genel Esaslar), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2016, n. 7, s. 558.

B Kar Payı Dağıtımına Alternatif Olması

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, kâr payı dağıtımına alternatif olarak kullanılabilir. Aşağıda detaylı olarak inceleneği üzere iktisap edilen paylar kâr payı dağıtımında dikkate alınmayacağından (şirketin sahip olduğu paylara ilişkin kâr payı alma hakkı donacağından) bu yöntem sayesinde hem kullanılmayan fazla kaynakların ortaklara dağıtılması sağlanmış olacaktır, hem de ortakların alacağı kâr payı artacaktır. Limited şirket açısından örnek vermek gerekecek olursak, kâr, şirket dışındaki ortakların sahip olduğu esas sermaye paylarının itibari değerine göre paylaşılacağından²⁶, şirketin bu işlem dolayısıyla sâfi kârı etkilenmediği takdirde, pay başına düşen gelir yükselecektir. Pay başına gelirin yükselmesi ile payların piyasa fiyatında (*market price*) artış meydana gelecek olup nakden ödenen kâr payı yerine sermaye kazancı elde edildiğinden bu kazançların tabi olduğu vergi rejimi değişecek olup, bazı şartlar altında vergi avantajı da elde edilebilecektir²⁷.

C Şirket Değerinde Artış Sağlaması

Yukarıda belirtildiği üzere, şirket kendi paylarını iktisap ederek pay başına düşen kâr payını artırarak ve likidite fazlasını dağıtarak pay sahipliği değerini (*shareholder value*) artıracaktır. Bu gerekçe daha çok payları borsada işlem gören anonim şirketler açısından daha geçerli olacaktır, zira bu yöntemle anonim şirketler özvarlıklarını sermaye piyasasında sahip olduğu değer açısından artırmaktadır²⁸. Bu başlık altında yine anonim şirketler, borsada işlem görmekte olan pay senetlerinin borsa değerine müdahale etme olanağı elde etmekte olup, kendi paylarını iktisap edeceğini piyasaya duyurarak şirket değeri hakkındaki olumsuz etkileri bertaraf edebilme imkanına sahip olmaktadır. Şirketin gerçek değeri ve gelecekte beklenen değeri, bu yolla sermaye piyasasına duyurularak piyasa yönlendirilebilmektedir²⁹.

D Şirketin Ele Geçirilmesi Tehlikesine Karşı Savunma Aracı Olarak Kullanılması

Daha çok pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için geçerli olan bu durumda anonim şirketler ortaklığın paylarını başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından ele geçirilme tehlikesini bertaraf etmek

26 TTK madde 608 uyarınca kar payı dağıtımı, kural olarak ortakların sahip oldukları esas sermaye payının itibari değerine oranla hesaplanmaktadır.

27 DOĞAN, Beşir Fatih, Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Fayda ve Zararları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2016, s. 455.

28 ÇAPA, s. 32; PULAŞLI (Genel Esaslar), n. 10-11, s. 559.

29 ÇAPA, s. 31; PULAŞLI (Genel Esaslar), n. 10-11 s. 559, 560.

amacıyla iktisap etme yoluna gitmektedir. Bu tür ele geçirmeler, daha çok şirketi ele geçirmek isteyen üçüncü kişiler, ortaklık ve ortaklığın yönetim pozisyonunda bulunan kişilerin menfaatlerinin çakıştığı hallerde söz konusu olmaktadır. Düşmanca devralma olarak tanımlanan bu tür işlemlere (*hostile takeovers*) sıkça rastlanan Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de özellikle mevcut pay sahiplerinin haklarının korunması ve şirketler yöneticilerinin yükümlülükleri hem pozitif³⁰ hem de içtihat hukukunda³¹ düzenlenmiştir.

E Sermaye Yapısının Değiştirilmesinin Sağlanması

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, özsermayenin sermaye içindeki payını düşürerek şirketin üçüncü kişilere olan borçlanma oranının yükselmesini ve bu sayede özsermayeden elde edebilecek kârın yükselmesini sağlayacaktır³². Bu, bir yandan da *leverage effect* olarak tanımlanan şirketin kendi paylarını iktisap etmesiyle, bunun yerine alacağı yabancı borç için ödeyeceği faize nazaran elde edeceği kârın fazla olması ve böylelikle özsermaye lehine kâr elde edilmesini temin edecektir. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi dolayısıyla şirket ve yönetim kurulu ve pay sahipleri arasındaki iletişim de bu sayede güçlendirilebilmektedir. Mevcut pay sahiplerine kâr payı dağıtımını sağlayacak bu yöntemin çalışanların daha yüksek verimlilikle çalışmalarını sağlayacağı da açıktır³³. Pay sahibi sayısının azaltılması sayesinde pay sahipliği nedeniyle yapılan masraflar ve giderlerde de tasarruf sağlanabilmektedir.

II.2 Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesinin Sakıncaları

Yukarıda özetlemiş olduğumuz şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin hem şirket hem de pay sahibi açısından birden fazla yararı bulunma-

30 İngiliz Hukukunda özen yükümlülüğü pozitif hukukta 2006 tarihli Ortaklıklar Kanunu Bölüm 10 (*Part 10*), 2. Kısım (*Chapter 2*), Madde 170 ila 181 arasında düzenlenmektedir.

31 Yöneticilerin aleni pay tekliflerinde özen yükümlülüklerine (*fiduciary duties of corporate directors to resist takeover bids*) ilişkin bkz. *Case R v Panel on Takeovers and Mergers, ex p. Datafin Plc* [1986] APP.L.R. 12/05, *Hogg v Cramphorn* [1967] 1 Ch 254, *Teck Corp Ltd v Millar* (1972) 33 D.L.R. (3d) 288 (BSBC) ve *Cayne v Global Natural Resources PLC*, Chancery Division, (Unreported, 12 August 1982, [1984] 1 All ER 225). Ayrıca payları sermaye piyasasında işlem gören şirketlerin tabi olduğu Birleşme ve Devralmalar Kanunu (the *City Code on Takeovers and Mergers*) kapsamında özellikle 21. Kural (Engelleyici işleme uygulanan sınırlandırmalar) (*Rule 21 - Restrictions on frustrating action*) düşmanca devralmalarda sıkça uygulama alanı bulmaktadır. Birleşme ve Devralmalar Paneli (the *Panel on Takeovers and Mergers*) bu kanunun uygulanması amacıyla kurulmuş olup karar ve uygulamaları İngiliz içtihat hukukunda dikkate alınmaktadır.

32 ÇAPA, s. 31; PULAŞLI (Genel Esaslar), n. 12-14, s. 560.

33 ÇAPA, s. 31-32; PULAŞLI (Genel Esaslar), n. 13, s. 560; ÖZDAMAR, s. 68-69.

sına karşılık bu işlem birtakım sakıncaları da beraberinde getirebilecektir. Sakıncalar aşağıda kısaca belirtilmiştir³⁴:

- Şirketin sermayesi alacaklılar açısından garanti işlevi görmekte olup, sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi yasağına aykırılığın oluşabilmesi tehlikesi,

- Pay sahibi ve pay sahipliğinin korunmasına hizmet eden ve tüm pay sahiplerine eşit davranma yükümlülüğü getiren eşit işlem ilkesinin ihlal edilme ihtimali³⁵,

- Şirketin özellikle yönetime muhalif münferit pay sahiplerinden paylarını iktisap ederek iktisap sonucunda yönetim kurulunun veya şirketin pay sahipliği yapısını ve dolayısıyla oy dengelerini değiştirmesi ve özellikle yönetim kurulu veya genel kurulda alınacak kararlarda toplantı ve/veya karar yeter sayısını etkileyebilmesi tehlikesi,

- Bilgi suistimali veya içerden öğrenenlerin ticaretine (*insider trading*) olanak sağlanması,

- Pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap ederek borsa değerinin manipüle edilmesi tehlikesi.

III LİMİTED ŞİRKETLERİN TTK KAPSAMINDA KENDİ PAYLARINI İKTİSAP ETMESİ

TTK madde 612 kapsamında limited şirketlere ilişkin öngörülmuş olan bu düzenlemeler çerçevesinde kullanılan terim olan “iktisap”, kelime anlamı itibariyle bir şeyin mülkiyetini elde etmek anlamına gelmekte olup, şirketler açısından kendi bünyelerinde bulunan payların şirket tüzel kişiliği adına iktisap edilmesi olarak algılanmalıdır. Avrupa Birliği düzenlemeleri ile İngiliz hukuku 2006 tarihli Ortaklıklar Kanunu ve Amerika Birleşik Devletleri düzenlemeleri çerçevesinde şirketlerin herhangi bir şekilde kendi payını iktisap etmesine ilişkin olarak “*acquisition* (devralma)” veya “*purchase* (satın alma)” ile “*share buyback* (payın geri satın alınması)” veya “*share repurchase* (payın geri satın alınması)” terimleri kullanılmaktadır³⁶.

34 Detaylı bilgi için bkz. ÇAPA, s. 33-38; PULAŞLI (Genel Esaslar), s. 562-563; ÖZDAMAR, s. 73-94; AYAN, Özge, Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı İle Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 190-193.

35 YILDIZ, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, İstanbul 2004; ÇELİKTAŞ, İlyas, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabında Eşit İşlem İlkesinin İhlal Edilmesi, E-Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 56, <http://www.e-akademi.org/makaleler/iceliktas-1.htm> (Erişim Tarihi: 18.12.2016).

36 KARACAN, Ali İhsan/KARACAN, Esra Erişir, Halka Açık Şirketlerin Kendi Paylarını Geri Alımı, İstanbul 2015, s. 3.

Pay senetlerinin payı temsilen veya payı ispat amaçlı olarak düzenlenmeleri dolayısıyla, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi için bu payların senede bağlanmış olup olmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Kaldı ki limited şirketlerde esas sermaye payının nama yazılı senede bağlanması nama yazılı senedi kıymetli evrak haline getirmedeğinden³⁷ limited şirketlerin kendi paylarını iktisap etmeleri için payın nama yazılı senede bağlanmış olmasının bir önemi olmamalıdır.

III.1 TTK Madde 612 Kapsamında İktisap Etmenin Şartları

Çalışmamızın I.2 bölümünde anlatılmış olduğu üzere limited şirketlerin kendi paylarını iktisap etmesi TTK altında ETK'ya nazaran daha liberal bir rejime bağlanmıştır. Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere mevcut düzenlemede genel olarak anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap etmeye yönelik TTK madde 379 altında öngörölmüş hükümlere benzerlik gösteren ve TTK madde 612³⁸ altında düzenlenen limited şirketlerin kendi paylarını iktisap etmesi, madde altında kümülatif olarak düzenlenmiş aşağıdaki şartlara tabi olarak gerçekleşecektir. Aşağıda da belirtileceği üzere her ne kadar limited şirketlere ilişkin hükümlerle anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler paralellik gösterse de limited şirket düzenlemeleri bazı noktalarda ayrılmakta ve bazı eksiklikler barındırmaktadır. Buna verilebilecek en tipik örnek ETK madde 526'da belirtilenin aksine TTK madde 612'de şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul edilmesi konusunun belirtilmemiş olmasıdır. *Pulaşlı*, TTK madde 612'nin bu hususu kapsadığını savunmaktadır³⁹.

37 **YILDIZ**, 58.

38 "F) Şirketin kendi esas sermaye paylarını iktisabı

MADDE 612- (1) Şirket kendi esas sermaye paylarını, sadece, bunları alabilmek için gerekli tutarda serbestçe kullanabileceği özkaynaklara sahipse ve alacağı payların itibari değerlerinin toplamı esas sermayenin yüzde onunu aşmıyorsa iktisap edebilir.

(2) Şirket sözleşmesinde öngörölen veya mahkeme kararıyla hükme bağlanmış bulunan bir şirketten çıkma ya da çıkarma dolayısıyla, esas sermaye paylarının iktisabı hâlinde, birinci fıkradaki üst sınır yüzde yirmi olarak uygulanır. Şirket esas sermayesinin yüzde onunu aşan bir tutarda iktisap edilen esas sermaye payları iki yıl içinde elden çıkarılır veya sermaye azaltılması yoluyla itfa edilir.

(3) Şirket kendi esas sermaye payları için ödediği tutar kadar yedek akçe ayırır.

(4) Şirketin iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarından kaynaklanan oy hakları ile buna bağlı diğer haklar, paylar şirketin elinde bulunduğu sürece donar.

(5) Şirketin, iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarına ait ek ve yan ödeme yükümlülükleri, söz konusu paylar şirketin elinde bulunduğu sürece istenemez.

(6) Şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin sınırlama ile ilgili hükümler, şirket esas sermaye paylarının, şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce iktisabı hâlinde de uygulanır."

39 **PULAŞLI** (Genel Esaslar), n.59. s. 781.

A. Yetkilendirme

TTK madde 623 ve madde 624 uyarınca limited şirketlerde yönetim organı müdür veya müdürlerden oluşan müdürler kuruludur. TTK madde 623/3 uyarınca “müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler”. TTK madde 612 lafzında şirketin kendi paylarını iktisap eden öznenin şirketin kendisi olması dolayısıyla bu yetkiyi şirket adına müdür veya müdürler kurulu kullanacaktır. TTK madde 612 altında açıkça düzenlenmemiş olan bu husus, TTK madde 616/1 (1) paragrafı incelendiğinde anlaşılmaktadır. Ortaklar genel kurulunun devredilemez yetkilerini belirten TTK’nın 616. Maddesinin 1. Fıkrasının (1) paragrafı uyarınca “Müdürün, şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda yetkilendirilmesi veya böyle bir iktisabın onaylanması” genel kurulun devredilemez yetkilerinden biridir. Dolayısıyla müdürün (veya müdürler kurulunun) böylesi bir yetkiyi kullanması için ortaklar genel kurulu tarafından yetkilendirilmesi gerekecektir. Ortaklar genel kurulu tarafından alınacak bu karar, önemli kararlar başlığı altındaki TTK madde 621 kapsamında belirtilmemiş olduğundan, olağan bir karar olarak addedilecek olup kararın tabi olacağı toplantı ve karar yeter sayısı nisapları bakımından TTK madde 620 uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla TTK madde 620 uyarınca limited şirket esas sözleşmesinde aksi öngörülmediği takdirde, limited şirketin kendi payını devralmasına ilişkin müdürü (veya müdürler kurulunu) yetkilendireceği karar, toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınacaktır. Ayrıca TTK madde 619/2 uyarınca, esas sermaye payını devreden ortak söz konusu ortaklar genel kurul toplantısında oy kullanamayacaktır. Bir diğer deyişle payını devreden ortak bakımından oydan yoksunluk söz konusu olacaktır⁴⁰.

Tekinalp tarafından tek ortaklı anonim şirketlerde pay sahibinin aynı zamanda şirket tarafından atanmış tek yönetim kurulu üyesi olması durumunda şirketin kendi paylarını devralması durumu değerlendirilmektedir. Bu durumda yapılacak olan genel kurula sadece bu pay sahibi katılacak olup şirket paylarının iktisap edilmesi için alacağı yetkilendirme kararı ile aslında kendisi ile işlem yapmış olacaktır. Böylesi bir işlem geçersiz olduğundan, tek ortaklı anonim şirketlerde ayrıca genel kurulun yetkilendirme kararını aramanın gerekli olmayacağını savunmaktadır⁴¹. Kanımızca bu yaklaşımın limited şirketin kendi payını devralmasına da

40 ÇAPA, s. 121; **DEMİRKAPI**, Ertan, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008, s. 330-331.

41 **TEKİNALP** (Tek Kişi Ortaklığının Esasları), n. 9-23, s.76.

uygulanarak tek ortaklı limited şirketlerde pay alım süreci başlamadan önce ayrıca bir ortaklar genel kuruluna ihtiyaç duyulmamalıdır.

Son olarak, TTK madde 616/1(1) uyarınca şirketin kendi paylarını iktisabı genel kurulun devredilemez yetkilerinden birisi olduğundan müdürlerin böylesi bir konuda yetkilendirilmeksizin bu işlemi şirket adına yapmaları ve sonrasında genel kuruldan onay talep etmeleri durumunda, bu işlemin ortaklar genel kurulu onayıyla geçerli olamayacağı ileri sürülmektedir. Böylesi bir işlemin kabulünün, ancak yakın ve ciddi bir kaybın ortaya çıkması halinde TTK madde 381'in kıyasen uygulanarak mümkün olabileceği savunulmaktadır⁴².

Yukarıda belirtildiği şekilde alınacak olan ortaklar genel kurul kararının müdürlere vereceği yetkinin kapsamı da TTK madde 612 altında belirtilmemiştir. Öğretide bazı yazarlar tarafından isabetle belirtildiği üzere⁴³ mevcut olan bu boşluğun doldurulması amacıyla anonim şirketler açısından uygulanan TTK madde 379'un incelenmesi gerekmektedir. TTK madde 379⁴⁴ uyarınca iktisap veya rehin edilecek payların itibari değerleri, bu paylara ödenebilecek alt ve üst sınır ile en çok beş yıllık süreli yetkilendirme genel kurul kararında açıkça belirtilecektir. Bu hükmün kıyasen uygulanmasının temel gayesi, müdürlere, TTK madde 625 altında devredilemez ve vazgeçilemez görev olarak sayılmamış olan bir konuda sınırsız bir yetki verilmemesi gereğidir. Aksi takdirde şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, bir kere ortaklar genel kurulu tarafından yetki alındıktan sonra müdürlerin takdirine bırakılmış olacak ve sermayenin iadesi yasağı ve eşit işlem yasağı ilkelerine aykırılıklar gibi çeşitli sakıncalar ortaya çıkabilecektir. Bununla birlikte müdürlere verilecek olan ve sınırları ortaklar genel kurulu tarafından çizilecek olan bu yetki, TTK madde 625 altında *numerus clausus* olarak sayılmış olan devredilemez nitelikte görevler arasında belirtilmemiş olduğundan üçüncü kişilere devredilebilecektir⁴⁵. Dolayısıyla genel kurul tarafından yapılacak yetkilendirmenin detaylarıyla belirlenmiş olması şirketin menfaatine hizmet açması açısından çok önemlidir.

42 ÇAPA, s. 59- 60, 123. Karş. **SEVİ**, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 67.

43 **PULAŞLI** (Genel Esaslar), n.61. s. 782; **PULAŞLI**, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi (Şirketler Hukuku Şerhi), Cilt II, Ankara 2011, n.92, s. 2058; ÇAPA, s. 122.

44 **TTK madde 379/2**: En çok beş yıl için geçerli olacak bu yetkide, iktisap veya rehin olarak kabul edilecek payların itibari değer sayıları belirtilerek toplam itibari değerleriyle söz konusu edilecek paylara ödenebilecek bedelin alt ve üst sınırı gösterilir. Her izin talebinde yönetim kurulu kanuni şartların gerçekleştiğini belirtir.

45 ÇAPA, s. 122.

B. İktisabın İvazlı Olması

Bu konuda da TTK madde 379'un aksine TTK madde 612 altında herhangi bir açıklık bulunmamakta olup öğretide ivaz karşılığı olması gerektiği savunulmaktadır⁴⁶. Aşağıda belirtildiği üzere iktisabı karşılayacak kaynağa ilişkin getirilmiş olan şart, bu iktisabın ivazsız olarak yapılamayacağını zımni olarak belirtmektedir.

C. İktisap Edilecek Payların Bedellerinin Ödenmesi Şartı

TTK madde 612, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ETK m. 526 aksine, şirketin iktisap edeceği pay bedellerinin ödenmiş olup olmamasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemekteydi. Bunun esas sebebi 26.6.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun ile tadil edilmeden önce TTK 585 uyarınca limited şirkette taahhüt edilen sermayenin kuruluşta tamamının ödenmesi şartıydı. Dolayısıyla sermayesi tamamen kuruluşta ödenmiş olan bir limited şirketin kendi paylarını iktisap etmeye karar vermesi halinde iktisap edilecek olan paylarının bedellerinin ödenmiş olup olmamasına ilişkin bir hükmün sevk edilmesine gerek yoktu. Ancak anılan 6335 sayılı Kanun ile TTK 585 hükmünde yapılan değişiklik sonrasında limited şirketlerin esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi konusunda anonim şirketlere ilişkin kuralın uygulanacağı öngörülmüştür. Buna göre TTK madde 344 uygulama alanı bularak, limited şirketlerde nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az %25'inin şirketin tescilinden önce ve geri kalan bedelin şirketin tescilini izleyen 24 ay içinde ödenmesi gerekmektedir. Söz konusu değişikliğin TTK madde 612'ye de yansıtılması gerekmektedir⁴⁷.

TTK madde 612 kapsamında iktisap edilecek paylarının bedellerinin ödenmesi hususu da yine TTK kapsamında değerlendirilmemiş bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunda bu yönde bir düzenleme olmasına rağmen, yine anonim şirketlere uygulanan hükümlere kıyasen bir sonuca varmak gerekecektir. Bu durumda TTK madde 379/4 uyarınca sadece bedelleri ödenmiş olan paylar iktisap edilecektir. Ulaşılan bu sonuç 1892 tarihli Alman Limited Şirketler Kanunu GmbHG § 33⁴⁸, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin tadilinde esas alınan İkinci Yönerge madde 21 ve İsviçre Borçlar Kanunu made 783 ile uyumlu olacaktır.

D. İktisaba Yönelik Finansal Şart

TTK madde 612 uyarınca şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için gerekli tutarda serbestçe kullanabileceği öz kaynaklara sahip olması

46 **PULAŞLI** (Genel Esaslar), n.60, s. 782; ÇAPA, s. 126.

47 **PULAŞLI** (Genel Esaslar), n.59, s. 781; ÇAPA, s. 124-125.

48 Bkz. dipnot 3.

gerekecektir ve iktisap edilen payın bedeli bu kaynaktan ödenecektir⁴⁹. Bir an için iktisap bedelinin öz kaynaktan ödenmesinin TTK madde 380 kapsamında finansal yardım yasağına takılacağı düşünülse de, hem bu maddenin limited şirketlere uygulanması konusunun tartışmalı olması hem de aşağıda belirtilmiş olan %10 veya istisnai durumlarda uygulanan %20'lik sınıra uyulması halinde finansal yardım yasağının uygulanmaması sebebiyle (TTK madde 380/2 kıyasen) TTK madde 612 altındaki şartlara uyularak gerçekleştirilecek bir iktisap, finansal yardım yasağına tabi olmayacaktır⁵⁰.

Öz sermaye (net aktif), esas sözleşmesel ve olağanüstü yedek akçeler ve kanuni yedek akçeler ile geçmiş yıllardan aktarılan kârdan ibarettir. Yeniden değerlendirme fonu buna dahil değildir⁵¹. Burada dikkat edilmesi gereken ilk nokta madde 612'de "*serbestçe kullanılan öz kaynak*" ifadesine karşılık olarak ayrılma akçesini düzenleyen TTK madde 642'de serbest kelimesine yer vermeden "*kullanılabilir bir özkaynak üzerinde tasarruf ediyorsa*" ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Bu farkın sebebi, ayrılma akçesinin ödenmesi için daha büyük bir kaynağa ihtiyaç duyulmasıdır. Zira tasarruf edilebilir öz kaynak tüm isteğe bağlı ve kanuni yedek akçeleri içermektedir. Buna karşılık TTK madde 612 anlamında serbestçe kullanılabilir öz kaynaklar ifadesi ile şirketin kendi paylarını iktisap etmesinden sonra kalan bakiye öz sermayenin, esas sermaye ve dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeleri toplamına eşit olması amaçlanmaktadır (TTK madde 379/3 kıyasen). Dolayısıyla TTK madde 642 uyarınca tasarruf edilen bazı yedek akçelere (TTK madde 610'dan atfen TTK madde 519/3 altında harcama yeri belirlenmiş yedek akçeler, yeniden değerlendirme fonu, çalışanlar ve işçiler yararına ayrılmış olan yedek akçeler) TTK madde 612 çerçevesinde dokunulamamaktadır⁵². Bu değerlerin tespiti gerçek değer üzerinden hesaplanarak tespit tarihi itibarıyla bilanço esas alınacaktır. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesinden sonra TTK madde 612/3 uyarınca şirket kendi esas sermaye payları için ödediği tutar kadar yedek akçe ayırmak zorundadır.

49 TTK madde 612 her ne kadar bu hususu net olarak belirtmiş olmasa da TTK Madde 379/3'te iktisap edilecek payların bedellerinin düşüleceği ifade edilmiştir. Aynı görüşte **TEKİNALP** (Ortaklıklar Hukuku), n. 21-56, s. 568; **BAHTİYAR**, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, İstanbul 2014, s.422.

50 Finansal yardım yasağına ilişkin geniş bilgi için bkz. **ARICI**, Fatih/**VEZİROĞLU**, Cem, Kaldıraçlı Devralma (Leveraged Buyout) ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, İstanbul 2014, s. 35, 66, 67.

51 **PULAŞLI** (Genel Esaslar), n.62. s. 782.

52 **TEKİNALP** (Ortaklıklar Hukuku), n. 21-56, s. 569.

E-%10'luk Sınır

Limited şirketlerin kendi paylarını iktisap edebilmeleri için iktisap edilecek payların itibari değerlerinin toplamının esas sermayenin %10'unu aşmaması gereklidir. Dolayısıyla şirketin kendi paylarını iktisap etmesi %10'luk sınıra tabidir. Bu oran aşağıda belirtildiği üzere çıkma veya çıkarılma işlemi dolayısıyla %20'ye kadar çıkabilmektedir. Dolayısıyla şirketin serbestçe kullanabileceği öz kaynaklar, şirketin iktisap edeceği esas sermaye paylarının bedellerini ödemeye yeterli ise ve bunların oranı esas sermayenin %10'unu aşmıyorsa yapılacak olan iktisaplar geçerli olacaktır.

F. İstisnai Nitelikteki %20'lik Sınır

TTK madde 612/2 altında belirtilmiş olan bazı durumlarda yukarıda belirtilmiş olan %10'luk sınır esas sermayenin %20'sine kadar çıkmaktadır. Bu fıkra uyarınca iktisap, şirket esas sözleşmesinde tanınan veya mahkeme kararıyla hükme bağlanan şirketten çıkma veya çıkarma nedenine dayanıyorsa, iktisap edilebilecek esas sermaye paylarının itibari değerleri toplamı esas sermayenin %20'si⁵³ olabilecektir. Madde 612/2'de sayılmış olan bu haller *numerus clausus*'tur yani yorum yoluyla genişletilemeyecektir veya şirket esas sözleşmesinde veya ortaklar genel kurulunda alınacak bir kararla yeni istisnalar öngörmek mümkün olmayacaktır⁵⁴.

G. Elde Tutma Süresi

%10'luk sınırın TTK madde 612/2 uyarınca aşılması halinde, şirket, esas sermayesinin yüzde onunu aşan esas sermaye paylarını iki yıl içinde elden çıkarmak veya sermaye azaltılması yoluyla itfa etmek zorundadır (TTK madde 612/2). Burada dikkat edilmesi gereken husus, iki yıl içinde elden çıkarılacak veya itfa edilecek kısmın sadece %10'u aşan kısım açısından yasal bir zorunluluk olmasıdır. Payların elden çıkarılması konusunda müdürler (veya müdürler kurulu) şirket adına hareket edecektir. Ancak sermaye azaltılması yoluyla elden çıkarılması durumunda genel kurul kararının TTK madde 589 uyarınca esas sermayenin üçte ikisini temsil eden ortakların olumlu oylarıyla alınması gerekecektir. Ayrıca TTK madde 592 uyarınca anonim şirketlerin esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümleri limited şirketlere kıyas yoluyla uygulanacaktır.

Son olarak TTK madde 612'de müdürlere tanınan hakkın seçimsel bir hak olduğunu belirtmek gereklidir. Dolayısıyla müdürler, şirket tarafından payların edinilmesi tarihinden itibaren iki yıl içinde ya %10'u aşan

53 Bu sınır İsviçre Borçlar Kanunu madde 783/2 uyarınca %35 olarak öngörülmüştür.

54 ÇAPA, s. 127; **PULAŞLI** (Genel Esaslar), n.64, s. 783; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, n. 1178, s. 660.

payların elden çıkarılmasını ya da sermaye azaltımının yapılmasını sağlayacaklardır. Buna karşılık anonim şirketlere ilişkin aynı hüküm, yönetim kurulunun payların üç yılda elden çıkarılmasını, elden çıkarılmazsa hemen itfa edilmesini sağlaması şeklindedir (TTK madde 384 ve madde 386).

H. Oy Hakları ve Buna Bağlı Diğer Hakların Donması

ETK madde 526'da açıkça belirtilmemiş olmasına karşılık, hem yabancı hukuk sistemlerinin mevzuatları hem de Türk hukukundaki uygulamalar göz önüne alınarak, TTK madde 612/4 altında şirketin iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarından kaynaklanan oy hakları ile buna bağlı diğer hakların, bu paylar şirketin elinde bulunduğu sürece donacağı belirtilmiştir. Ancak bu paylar ortaklara veya üçüncü kişilere devredildikleri anda oy hakları ile buna bağlı diğer haklar devralan kişide yeniden canlanacaklardır. Böylelikle oy haklarına bağlı olan genel kurula katılma, öneride bulunma, iptal davası açma gibi oya bağlı olan haklar donacaktır. Oy haklarının donması oyun kullanılmasını önleyecek, başka bir deyişle oydan yoksunluk söz konusu olacaktır, yoksa esas sözleşme ve kanunda belirlenmiş olan toplantı ve karar yeter sayıları donan oy kullanma hakları sebebiyle değişmeyecektir⁵⁵.

Her ne kadar TTK madde 612'de açıkça belirtilmemiş olsa da “*oya bağlı olan diğer haklar*” ifadesinden iktisap edilen paylara ilişkin tüm malvarlığı hakları da donacaktır. Dolayısıyla kâr payı hakkı ve tasfiye payı hakkı da donacaktır⁵⁶. Şirketin sahip olduğu bu hakların donması sonucunda özellikle iktisap edilen paylara ilişkin kâr payının şirket bünyesinde mi kalacağı yoksa şirketin iktisap ettiği paylar hesaba katılmaksızın diğer ortaklar arasında mı bölüştürüleceği konusu tartışmalıdır. *Tekinalp*⁵⁷, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesiyle bu paylara bağlı kâr payı yedek akçe hesabına alınacağını ve yedek akçenin serbest yedek akçe niteliğinde olduğunu belirtmektedir. *Teoman, Arslanlı, Domaniç, İmregün* ve *Özdamar* ise kâr payının bir sonraki yılın gelirleri arasına

55 **TEKİNALP** (Ortaklıklar Hukuku), n. 21-31, s. 557; **TEOMAN**, Ömer, Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir” Kuralının (TK m. 329, f.3, c.2) Anlamı, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 263-264.

56 **TTK madde 389 Kanun gerekçesi**: Şirketin kanuna uygun veya aykırı bir şekilde iktisap ettiği paylar şirkete hiçbir pahasıplığı hakkı vermez. Şirket sadece, söz konusu paylardan kaynaklanan bedelsiz payları iktisap edebilir; ancak anılan bedelsiz paylar da şirkete pahasıplığı hakları sağlayamaz. Bu maddenin sonuçları, 6762 sayılı Kanunun 329 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmüne nazaran daha kesin ve kapsamlıdır. Şirket hamiline hisse senetlerini inançlı bir işlem ile devredip kendisini genel kurulda temsil ettiremez, oy kullanamaz, temettü alamaz.

57 **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, n. 844, s. 483.

dahil edileceğini ve şirketin iktisap ettiği paylar hesaba katılmaksızın diğer ortaklar arasında bölüştürüleceğini savunmaktadır⁵⁸. Öte yandan *Pulaşlı*, kâr payının ortaklara dağıtılmayıp şirkete ait olması gerektiğini, aksi halde kârın dağıtıldığı yılda bu paylara sahip olmayan kişilerin kâr paylarını alması sonucunu doğuracağını belirtmektedir⁵⁹. Kanaatimizce anonim şirketlerde olduğu gibi limited şirketlerde de kâr payının yedek akçe hesabına alınmayıp şirketin payları gözetilmeksizin diğer ortaklar arasında bölüştürülmesi ortakların menfaatine hizmet edecektir. Yukarıda belirtildiği üzere bu yöntem sayesinde hem kâr payı ortaklar arasında bölüştürülmüş olacak hem de pay başına düşen gelirin artması sayesinde pay sahipliği değeri yükselmiş olacaktır. Tasfiye payının dağıtılmasına ilişkin olarak şirketin tasfiye edilmesi dolayısıyla tasfiye bakiyesi aktarılmayacak olduğundan, tasfiye payının şirketin payları gözetilmeksizin diğer ortaklar arasında bölüştürülmesi gerekecektir⁶⁰.

Son olarak yine anonim şirketlere uygulanan hükümlerin limited şirketlere kıyasen uygulanmasıyla, paylara ait yönetsel ve malvarlıksal hakların kullanılmayacağı kuralı bedelsiz payların iktisap edilmesi açısından uygulanmayacaktır (TTK madde 389/1, c.2). Dolayısıyla limited şirket tarafından iktisap edilen paylara bağlı bedelsiz paylar iktisap edilebilecektir. Zira bedelsiz payların karşılığı önceden ödenmiştir. Ancak bu bedelsiz paylar şirkete herhangi bir pay sahipliği hakkı vermeyecektir⁶¹.

I. Ek Ödeme ve Yan Edim Yükümlülükleri

Şirketin aynı anda hem borçlu hem de alacaklı olması mümkün olmayacağından⁶² şirket esas sözleşmesiyle tanınan ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin varlığı halinde (TTK madde 603/1), şirketin iktisap ettiği kendi esas sermaye paylarına ait ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri söz konusu paylar şirketin elinde bulunduğu sürece istenemeyecektir (TTK madde 612/5). Maddede de belirtildiği üzere bu paylara ait ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri, şirket tarafından ortaklar veya üçüncü kişilere devredildikleri anda yeniden canlanırlar. Bu nedenle özellikle aynı edimlerin ifasına yönelik öngörülen bir yükümlülük olan yan edim yükümlülüklerini içeren payları devralacak kişinin söz konusu yükümlü-

58 **TEOMAN** (Limited Şirket Sonuçlar), s.152-155; **ARSLANLI**, m. 526, N.II, 7; **DOMANIÇ**, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi – II, İstanbul 1988, s. 586; **İMREGÜN**, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, IV. Bası, İstanbul 1989, s. 376; **ÖZDAMAR**, s. 223; **ÇAPA**, s. 112-113.

59 **PULAŞLI** (Şirketler Hukuku Şerhi), n. 97, 2059.

60 **TEOMAN** (Limited Şirket Sonuçlar), s.154-155; **ÇAPA**, s. 113.

61 **ÇAPA**, s. 108; **TEKİNALP** (Ortaklıklar Hukuku), n. 21-32, s. 557.

62 Bkz. dipnot 18.

lükleri yerine getirebilecek nitelikte olması önem taşımaktadır⁶³. Zira ortaklar genel kurulunun, TTK madde 595/5 uyarınca böylesi bir yükümlülüğü içeren payı devralan kişiden teminat isteme hakkı ve verilmediğinde pay devrine ilişkin onayı reddetme hakkı bulunmaktadır.

J. Yavru Şirketin Ana Şirketin Paylarını İktisabı

TTK madde 612/son fıkrasında belirtildiği üzere, limited şirket esas sermaye paylarının, şirketin çoğunluğuna sahip bulunduğu yavru şirketlerce iktisabı halinde de şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin sınırlama ile ilgili hükümlerin geçerli olacağı kabul edilmiştir⁶⁴.

K. İktisap Sonucunda Şirket Tüzel Kişiliğinin Tek Ortak Olmaması Şartı

Yukarıda belirtildiği üzere hem TTK madde 621 uyarınca getirilmiş olan %10 ve istisnai nitelikteki %20'lik sınır hem de TTK madde 574/3 uyarınca öngörülmüş olan limited şirketlerin tek ortağa düşecek şekilde kendi paylarını iktisap etme yasağı sayesinde limited şirketler, geçici bir süre için bile olsa, payların tamamını iktisap edemeyeceklerdir⁶⁵.

L. İktisap İşleminin Şekli Koşulları

Esas sermaye payının işlemlere konu olması başlıklı TTK madde 595 uyarınca şirketin kendi paylarını iktisaba ilişkin devir usulü ikili bir ayırma tabi tutulmuştur: TTK madde 612/1 uyarınca yapılacak pay iktisapları payın devri prosedürüne tabi oldukları halde, maddenin 2. fıkrası uyarınca yapılacak olan devirler, esas sermaye payına ilişkin usulden muaf tutulmuştur⁶⁶. Her durumda şirketin kendi paylarını edinmesi şirket esas sözleşmesinde sınırlanırılmamışsa, şirketin TTK madde 612/1 uyarınca yapacağı pay iktisabı, şirket ve pay sahibi arasında imzaları noterce onanmış yazılı devir sözleşmesinin yapılması ve ortaklar genel kurulunun kararıyla mümkün olacaktır. Ayrıca çalışmamızın I.2 bölümünde de belirtildiği üzere Yargıtay 1983 tarihli bir kararı ile limited şirketin kendi paylarını iktisap etmesi konusunda imzaların noterce onanmasını gerekli görmemiştir⁶⁷. Yukarıda yetkilendirmeye ilişkin alınacak genel kurul

63 Ek ve yan ödeme yükümlülüklerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **YILDIZ**, s. 187-192.

64 **YILDIZ**, s. 150-151; **BAHTİYAR**, s. 423.

65 **TEOMAN**, Ömer, Limited Ortaklığın Kendine Ait Tüm Payları Edinmesi (Ortaksız Limited Ortaklık Sorunu), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 115-122.

66 **YILDIZ**, s. 150.

67 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi**, E. 2838, K.3267, **23.6.1983** tarihli kararında belirtildiği üzere devre ilişkin sözleşmeyi imzalayanların imzalarının noter tarafından tasdiki zorunluluğu, limited şirketin kendi paylarını iktisap etmesi konusunda zorunlu olmaktan çıkarılmıştır

kararı nisaplarına ilişkin belirtilmiş olduğu üzere ortaklar genel kurul karar nisabı da yine TTK madde 620'a belirtilmiş olan nisaplara tabi olacaktır (TTK madde 621'de sayılmamış olmasına istinaden). Dolayısıyla TTK madde 620 uyarınca limited şirket esas sözleşmesinde aksi öngörülmediği takdirde, ortaklar genel kurulunun pay devrini onaylaması kararı toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınacaktır.

TTK madde 612/2 uyarınca yapılacak olan devirlerde yani bir mahkeme kararına veya şirket esas sözleşmesinde öngörülen bir sebebe bağlı olarak yapılan çıkma veya çıkarılma hallerinde esas sermaye payının devrine ilişkin prosedür uygulanmayıp imzaları noterce onaylanmış yazılı bir devir sözleşmesi ve ortaklar genel kurulu onayına ihtiyaç bulunmamaktadır⁶⁸.

Devir sonrasında TTK madde 594 uyarınca pay geçişi müdürler tarafından pay defterine kaydedilecektir ve TTK madde 598 uyarınca esas sermaye payının geçişlerinin tescil edilmesi için, müdürler tarafından ticaret siciline başvuru yapılacaktır. TTK madde 595'in aksine TTK madde 598'te ikili bir ayırım yapılmamış olduğundan hem TTK madde 612/1 hem de TTK madde 612/2 uyarınca yapılacak devirler sonrasında ve hatta aşağıda izah edileceği üzere TTK madde 596 uyarınca miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra hükümleri uyarınca gerçekleşecek pay geçişlerinde, pay geçişleri ticaret siciline tescil edilecektir. Pay defterine kayıt ve ticaret siciline tescil kurucu değil açıklayıcı etkiye sahiptir⁶⁹.

III. 2 Esas Sermaye Payının Kanun Gereği Geçişi

TTK madde 612/2 altında getirilen istisnaların ne genel kurul kararı ne de yorum yoluyla genişletilebilmesi mümkün değilse de esas sermaye payının geçişini kanunda yer alan diğer istisnalarla genişletmek mümkün olacaktır. Kanun gereği pay geçişi olarak tanımlandırılan bu istisnalar TTK madde 596/1'de⁷⁰ belirtilmiştir. TTK bu devirlerde kolaylık sağlaya-

68 **YILDIZ**, s. 150.

69 **YILDIZ**, s. 146; **BAHTİYAR**, s. 423. TTK madde 598/2 uyarınca tescil başvurusunun otuz gün içinde yapılmaması durumunda ayrılan ortağa adının bu paylarla ilgili olarak silinmesi için ticaret siciline başvuru yapma hakkı tanınmıştır. Devralana ortağa adının tescil edilmesi yönünde bir hak verilmemiş olmasına ilişkin eleştiri hakkında bkz. **BAHTİYAR**, s. 423-424.

70 "2. Miras, eşler arasındaki mal rejimi ve icra

MADDE 596 - (1) Esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi hâllerinde, tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçer.

(2) Şirket, iktisabın öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebilir. Bunun için, şirketin, payları kendi veya ortağı ya da kendisi tarafından gösterilen üçüncü bir kişi hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmayı, payın geçtiği kişiye önermesi şarttır.

bilmek adına madde 595'te öngörülen kanuni bağlamı kaldırmış olup⁷¹, esas sermaye payının miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler⁷² veya icra yoluyla geçmesi hâllerinde, ortaklar genel kurul kararına bağlı olmaksızın ve şekle bağlı devir sözleşmesinin imzalanmasına gerek olmaksızın payların iktisap eden kişiye geçeceğini hüküm altına almıştır⁷³. Pay geçişi ile paya bağlı tüm hak ve borçların payı iktisap eden kişiye Zgeçtiği, TTK madde 596, f.1 ve f.2'de kullanılmış ifadeler olan "payın iktisabı" ve "payın geçtiği kişi" ifadelerinden anlaşılmaktadır⁷⁴.

Kanun koyucu, esas sermaye payının kanun gereği geçişini düzenlenmiş olmasına karşılık, ortaklıktaki ahengi ve işbirliği ruhunu korumak, uyumsuz ve uygun olmayan kişilerin ortak olmalarını engellemek amacıyla limited şirkete "sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddetme olanağı" tanımıştır. Ancak buradaki onay, TTK madde 595/2'deki pay devrine verilen onaydan farklıdır. Zira kanuni geçiş hallerinde yeni ortaklar anılan durumların gerçekleşmesi ile esas sermaye paylarını kendilerinden (*ipso iure*) devralmışlardır. Dolayısıyla TTK madde 596/1 uyarınca gerçekleşmiş olan kanuni geçiş hali TTK madde 596/2'de sayılmış olan şartlar altında reddedilmektedir. Böylece ekonomik durumu zayıf olan kişilerin şirkete ortak olarak katılması önlenilecek, kişisel öğelerin ha-

(3) Red kararı, devrin gerçekleştiği günden itibaren geçerli olmak üzere geriye etkilidir. Red, bu konudaki kararın verilmesine kadar geçen süre içinde alınan genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemez.

(4) Şirket, üç ay içinde esas sermaye payının geçişini açıkça ve yazılı olarak reddetmemişse onayını vermiş sayılır."

71 YILDIZ, s. 144; PULAŞLI (Genel Esaslar), n. 51, s. 778.

72 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 215/K.711, 14.02.1986 tarihli kararı.

73 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1983/3374, K. 1983/3550, 5.7.1983 tarihli kararı uyarınca şekil merasimine ihtiyaç duyulmadığı şu şekilde belirtilmiştir: "...Ayrıca, anılan Yasa'nın 521. maddesinin 1. ve 2. fıkraları re'sen uyarınca, bir payın miras yoluyla kazanılması için, aynı Yasa'nın 520. maddesinde öngörülen koşulların oluşmasına ve diğer tüm ortakların olmasına gerek bulunmadığı gibi, esas sözleşmede miras yoluyla kendiliğinden devri engelleyen bir hüküm varsa, ortaklarca bir ay içinde gerçek değer üzerinden satın alacak üçüncü kişi önerilmedikçe mirasçılarının otomatikman şirket paydaşı sıfatı kazanırlar. Şirket esas sözleşmesinde tersine bir koşul bulunduğu öne sürülmediği gibi, ortaklarca payı gerçek değer üzerinden satın alacak üçüncü kişi gösterilmesi de söz konusu olmadığına göre, TTK.nun 521/1. maddesinin açık hükmü uyarınca, payın miras yoluyla kazanılması için ortakların iznine gerek bulunmadığının kabulü zorunludur...". Aynı yönde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2007/13686, K. 2009/2569, 5.3.2009 tarihli kararı. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1999/3143, K. 1999/4891, 7.6.1999 tarihli kararı uyarınca "... Limited şirket ortaklarından birinin ölümü halinde mirasçıların pay iktisap etmesi için diğer ortakların muvafakatına gerek yoktur..." belirtilmiştir. Karı-koca mallarının idaresine yönelik hükümler gereğince pay iktisabı için ortakların muvadekitne gerek duyulmadığı hakkında bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2009/672, K. 2010/7517, 28.06.2010 tarihli kararı.

74 TEKİNALP (Ortaklıklar Hukuku), n. 21-23, s. 554.

kim olduğu aile tipi limited ortaklıklarda kuruluşteki özgün yapının muhafazası ve şirketin iç ve dış yabancılaşmaya karşı konulabilecektir⁷⁵.

Son olarak TTK madde 596/2, şirkete, söz konusu payların (1) bir ortağın, (2) kendisinin, yani şirketin veya (3) üçüncü kişi hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmayı önermesi halinde onay vermeyi reddetme hakkı tanımıştır. Dolayısıyla kanunun verdiği bu hak gerçek değerden satın alma iradesinin açıklanmasıyla kullanılabilir hale gelen kanuni bir alım (işтира hakkı) hakkıdır⁷⁶.

A. Kanuni Geçiş Halleri

ETK çerçevesinde limited şirketlere özgün düzenlemenin ETK madde 521-522 arasında yer aldığı esas sermayenin kanun gereği ile geçişi TTK madde 596/1'de belirtilmiştir. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte⁷⁷ Madde 596/1'de sayılmış olan bu hallerin *numerus clausus* olduğu savunulmaktadır. Söz konusu irade dışı kazanım halleri (i) miras, (ii) eşler arasındaki mal rejimi ve (iii) icra yoluyla gerçekleşmektedir.

A.1 Miras

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK") hükümleri uyarınca mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile red hükümleri ve defter tutma talepleri hariç olmak üzere, mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar (TMK madde 599 ve TMK madde 640). Dolayısıyla mirasın açılmasıyla birlikte terekenin mülkiyeti ve zilyetliği külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçılara intikal etmektedir. TTK madde 596/1 uyarınca payların miras yolu iktisabından bahsedilmiş olmasına rağmen bu tür kazanmanın şekli ve nev'i hakkında herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Türk hukukunda olduğu gibi Alman ve İsviçre hukukunda bu konuya ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁷⁸. Türk doktrininde *Domanıç*⁷⁹ ve *Tekinalp*'in⁸⁰ görüşleri uyarınca bu kavramın geniş değerlendirilmesi gereğinden bahsedilmiş olup, kavramın iradi veya kanuni tüm miras yoluyla kazanım hallerini kapsadığı belirtilmiştir (kanuni/atanmış mirasçılar, alelaide/fevkalade ikame suretiyle mirasçılar, ölüme bağlı anlaşmalarla mirasçı olanlar, vakıf kurmak suretiyle mirasçı olanlar veya vasiyet alacaklıları) ve Alman doktrini aksine bu görüş İsviçre doktrininde genel kabul görmüştür⁸¹.

75 **YILDIZ**, Şükrü/ÖZBAY, İbrahim, Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m.418 f.4'te Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri İle Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı, Prof. Dr. Şükrü Yıldız, Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008, s. 507; **TEKİNALP** (Ortaklıklar Hukuku), n. 21-23, s. 554.

76 Hakkın niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz. **YILDIZ/ÖZBAY**, s. 505-506.

77 Bkz. dipnot 54.

78 Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **YILDIZ/ÖZBAY**, s. 513-514.

79 **DOMANIÇ**, 1349.

80 **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, n. 1175, 1176, 1177, s. 659-660.

81 **YILDIZ/ÖZBAY**, s. 514.

A.2 Eşler arasındaki mal rejimi

TMK uyarınca, eşler arasında kanuni mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir (TMK madde 202). Bununla birlikte eşler yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi yerine mal ayrılığı (TMK madde 242-243), paylaşımlı mal ayrılığı rejimi (TMK madde 244-255) veya mal ortaklığı (TMK madde 256-281) rejimlerinden birini mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle kabul edebilirler. Dolayısıyla TTK madde 596/1 uyarınca payların mülkiyeti, evlenme, karı-koca mal rejiminin değiştirilmesi veya evliliğin son bulmasıyla nedeniyle kanun gereği kazanılırlar⁸². Her ne kadar esas sermaye payının eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler yoluyla geçmesi hâllerinde şekle bağlı bir devir sözleşmesine ihtiyaç bulunmuyorsa da TMK madde 205 gereğince mal rejimi sözleşmesinin noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılması gerekecektir.

A.3 İcra

Esas sermaye iktisabının kanunen gerçekleştiği son hal olan icra yolu ile iktisap, tıpkı miras ve eşler arasındaki mal rejimi yollarında olduğu gibi geniş yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla payların haciz veya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla satışı, payların pazarlık usulü ile paraya çevrilmesi veya ödeme yerine geçmek üzere alacaklıya devredilmesi icra yoluyla iktisap kavramı kapsamına dahil edilecektir. Buna karşılık payın mülkiyetini devretmeyen işlemlerden olan hapis hakkı ve rehin hakkı tesis, cebri icra yolu ile iktisap sayılmadığı için TTK madde 596/1 uygulamasına tabi olmayacaktır⁸³.

Burada belirtilmesi gereken en önemli husus TTK madde 596/1'nin ETK madde 522'nin aksine esas sermaye payının haczedilerek icra yoluyla satışını düzenlemesidir. ETK madde 522 çerçevesinde limited şirket alacaklısı, ortağın şirketteki payını haczettirip icra marifetiyle satışını gerçekleştirememektedir⁸⁴. Alacaklının, ETK madde 523/2'deki istisnai düzenleme uyarınca ortağın çıkarılması dışında yapacağı işlem, ETK madde

82 YILDIZ/ÖZBAY, s. 516.

83 YILDIZ/ÖZBAY, s. 516; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, n. 1180, s. 660.

84 Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 2012/6338, K. 2012/15702. 08.05.2012 tarihli kararı uyarınca "...Somut olayda konulan haciz, esasen ortaklık payı (hissesi) haczi olarak değil şirketin tasfiyesi halinde söz konusu hissese düşecek olan tasfiye payının haczidir. Aksinin kabulü aşırı şekilcilik olur. Zira tasfiye işlemleri sonuçlanuncaya kadar ortağın ortaklık sıfatı devam eder. Bu durumda alacaklı T.T.K.nun 522 ve 523. maddelerinde belirtilen prosedür çerçevesinde hareket ederek alacağı için en az altı ay önce limited ortaklığın feshini ihbar etmek suretiyle alacağı ortaklığın tasfiye bakiyesinden borçlu ortağa düşecek paydan alabilir..." belirtilmiştir. Bakınız aynı görüşte bir diğer karar, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E. 1966/9094, K. 1966/9225, 03.10.1966 tarihli kararı uyarınca

522 uyarınca en az altı ay önce ihbar etmek kaydıyla şirketin feshini talep etmek ve alacak feshin tesciline kadar ödenmez ise borçlu ortağa düşecek tasfiye payından alacağını almak olacaktır⁸⁵. Bir diğer deyişle ETK uyarınca limited şirket alacaklısının alacağına mahsuben ortağın payını haczettirmesi mümkün olmayıp şirketin feshini talep edebiliyordu. TTK madde 596/1 bu yönüyle alacaklıları uzun sürecek icra prosedüründen kurtarmış olup limited şirket esas sermaye paylarının kolayca haciz ve satışına imkan tanımıştır. Nitekim TTK madde 133 uyarınca limited şirket ortağının ortaklıktaki payının (senede bağlanmış olsun olmasın) 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun taşınırlara ilişkin hükümleri gereğince haczedileceği ve paraya çevrileceği belirtilmiştir⁸⁶. Payın satışı ile birlikte yeni malik adına pay defterine kayıt edilecektir. Konu hakkında Yargıtay 11. ve 12. Hukuk Dairesi tarafından 2013 ve 2014 yıllarında verilmiş olan kararlar aydınlatıcıdır⁸⁷.

B. Şirket Tarafından Satın Alma Hakkının Kullanılması

ETK madde 521/2, c.2'nin aksine TTK madde 596/2 uyarınca, şirkete, şirket ortaklarına veya şirket tarafından gösterilen üçüncü bir kişiye, kanun gereği iktisap edilen payları, gerçek değerleri üzerinden satın alma hakkı tanınmıştır. Ayrıca bu husus esas sözleşmede öngörülme şartına bağlı olmaksızın kanuni bir öncelik hakkı olarak şirkete tanınmıştır.

B.1 Hakkın kapsamı

Gerçek değer üzerinden satın alma hakkı şirket tarafından, şirketin iktisabı öğrendiği tarihten itibaren üç ay içinde kullanılacaktır. Hak, yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıyla şirket tarafından payı kanun gereği devralan kişiye yöneltilmektedir. Yasada öngörülen üç aylık süre hak düşürücü niteliktedir. Bu hakkın kullanılması için temelde dört ayrı şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekecektir⁸⁸:

85 **DÖNMEZ**, Murat, Limited Şirketlerde Hisse Haczi, TBB Dergisi, Sayı 63, 2006, s. 227.

86 **YILDIZ**, s. 145.

87 **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi**, E. 2014/6624, K. 2014/12965, **08.07.2014** tarihli kararı uyarınca, TTK madde 133/1 ve 2 hükümleri belirtildikten sonra "...hükümünü haiz olup, adı geçen yasada limited şirket ortağının şahsi borçları sebebiyle alacaklının şirketin fesih ve tasfiyesini isteme hakkı düzenlenmemiştir. Bu durumda, dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6102 Sayılı T.T.K.da ortağın payının kendisinin alacağı sebebiyle haczi fesih nedeni olarak düzenlenmediği halde davalı şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmesi doğru görülmüştür..." belirtilmiştir. **Yargıtay 12. Hukuk Dairesi**, E. 2013/7955, K. 2013/17423, **07.05.2013** tarihli kararı uyarınca "...Yukarıda açıklandığı üzere haciz tarihi itibarıyla yürürlükte olan 6102 Sayılı TTK'nun 133/2.maddesi gereğince, borçlunun limited şirketteki ortaklık payının haczi mümkün olup, mahkemece, şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekeç ile kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir..." belirtilmiştir.

88 **TEKİNALP** (Ortaklıklar Hukuku), n. 21-25, s. 554; **YILDIZ**, s. 146.

(i) *Süre.* Şirket, kanun gereği esas sermaye payının geçtiğini öğrendikten üç ay içinde devre yönelik red kararı vermelidir. Öğrenme, doğrudan şirketin araştırması sonucu olabileceği gibi, irade dışı kazananların pay defterine yazım taleplerini şirkete iletmeleri sonucunda da gerçekleşmiş olabilir. Ya da irade dışı kazanım olayını haber alan şirket, bu kişilerin pay defterine yazım taleplerini beklemeden de haklarını kullanma hakkına sahiptir⁸⁹.

(ii) *Taahhüt niteliği.* Red kararı, şirket açısından söz konusu payları satın almaya yönelik bir taahhüt niteliğinde olmalıdır. Başka bir deyişle şirket açıkça esas sermaye payının kanun gereği geçişini reddetmeli ve mezkur payları satın alma iradesini ortaya koymalıdır.

(iii) *Satın alacak kişi.* Red kararında mezkur payların kimin tarafından alınacağını (şirket, ortağı veya şirketin göstereceği üçüncü şahıs) göstermelidir.

(iv) *Gerçek değer.* Paylar gerçek değer üzerinden alınabilir.

Esas sermaye payını kanunen devralan kişilerin paylar üzerindeki mülkiyet hakları, söz konusu üç aylık süre içinde askıda bulunmaktadır. Eğer üç ay içinde şirket tarafından satın alma hakkı kullanılmamışsa, diğer bir ifadeyle bozucu şarta bağlı (şirketin onay verip vermeyeceği hususu) olayın gerçekleşmemesiyle, şarta bağlı ortaklık sıfatı artık şartsız olarak devam etmiş olmaktadır. Ancak şirket, esas sermaye payını kanunen devralan kişinin yaptığı bildirim üzerine pay geçişini pay defterine yazmış ve ticaret siciline bildirmişse, öğrenme tarihinden üç ay içinde gerçek değer üzerinden satın alma hakkından feragat etmiş sayılacaktır. Böylece askıda bulunan ortaklık sıfatı şirkete karşı da kazanılmış olacaktır⁹⁰.

TTK madde 596/3 hükmü uyarınca “Red kararı, devrin gerçekleştiği günden itibaren geçerli olmak üzere geriye etkilidir. Red, bu konudaki kararın verilmesine kadar geçen süre içinde alınan genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemez.” Bu madde uyarınca şirketin üç ay içinde satın alma hakkını kullanmasıyla birlikte, payı devralan kişinin ortaklık sıfatı iktisap tarihinden itibaren geçerli olmak üzere geriye etkili olarak (*ex tunc*) sona ermektedir. Öte yandan oy hakkı ve buna bağlı haklar, kanun gereği payları devralan kişiye kendiliğinden (*ipso iure*) geçmekte ve söz konusu üç aylık sürede bu haklar ilgili pay sahibi tarafından kullanılabilir. Pratik olarak örnekleyecek olursak, şirketin üç aylık süre içinde ve henüz satın alma kararını vermemişken yapılmış olan or-

89 YILDIZ/ÖZBAY, s. 510.

90 YILDIZ, s. 147.

taklar kurulu toplantısına payı kanun gereği iktisap eden ortak katılabilecek ve oy hakkı dahil paya bağlı tüm haklarını kullanabilecektir. Ancak daha sonra şirketin devri reddetmek suretiyle satın alma hakkını üç ay bitmeden kullanması, iktisap edenin katılmış olduğu genel kurul toplantılarında alınmış olan kararların geçerliliğine etkili olmayacaktır. İsviçre hukukunda ise oy hakkı ve buna bağlı hakları, İsviçre Borçlar Kanunu madde 788/2 uyarınca ancak ortaklar genel kurulunun onayıyla mümkün olabilmektedir. Onay vermemesi halinde bu haklar donmaktadır. Dolayısıyla İsviçre Borçlar Kanunu'nda benimsenmiş olan bölünme sistemine karşılık TTK'da birlik sistemini benimsenmiştir⁹¹.

TTK madde 596 kapsamında şirket adına hangi organın bu kararı icra etmeye yetkili olduğu belirtilmemiştir ve gerekçede bu konuda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Buna karşılık ETK madde 521'de bu yetkiyi açıkça ortakların kullanacağı belirtilmiştir. TTK'nın 616. Maddesinin 1. Fıkrasının (1) paragrafı göz önünde bulundurulduğunda şirketin kendi paylarını iktisabının, genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılacağı sonucu çıkarıldığından, bu yetkinin ortaklar genel kurulu tarafından kullanılması gerekecektir. Genel kurul toplantı ve karar nisaplarına ilişkin olarak, genel kurul tarafından kullanılacak satın alma kararı ortağın şirketten çıkarılması sebebi teşkil edeceğinden⁹², bir an için TTK madde 621/1(h) hükümlerinin dikkate alınacağı düşünülebilir. Ancak bu madde esas sözleşmede bulunan bir haklı sebep dolayısıyla ortağın çıkarılmasına ilişkin olduğundan bu maddenin uygulanmaması gerekli olup, genel kurul toplantı nisabında yine TTK madde 620 hükümlerinin esas alınması gerekecektir. Dolayısıyla TTK madde 596 anlamında alınacak satın alma kararı ortaklar genel kurul toplantısında temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınacaktır. Buna ek olarak TTK madde 619/2 uyarınca esas sermaye payını kanun gereği iktisap eden ortak oy kullanamayacağından, söz konusu ortaklar genel kurulunda kanun gereği payı iktisap eden ortak oy kullanamayacaktır. Sonuç olarak toplantıya, kanun gereği payı iktisap eden ortaklar katılamayacak olup, söz konusu toplantı mevcut ortakların katılımıyla ve kullanacakları oyları dahilinde gerçekleşecektir. Ortaklar genel kurulu tarafından alınan kararı şirket adına müdürler kullanacaklardır.

B.2 Gerçek değer tespiti

TTK madde 597 uyarınca şirket veya kanun gereği payları iktisap eden kişi şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden esas sermaye paylarının gerçek değerinin belirlenmesini isteyebilecektir.

91 TTK madde 596/3'ün eleştirisi için bkz. **PULAŞLI** (Genel Esaslar), s. 779-780; **YILDIZ**, s. 146-147.

92 **YILDIZ**, s. 158.

Kanun ayrıca, şirket esas sözleşmesinin bu konuda bir hüküm sevk etmiş olması ihtimalinde dahi öncelikle tarafların bu konuda anlaşmaları şartını aramış, anlaşma olmaması halinde gerçek değer belirlenmesi için tarafların mahkemeye başvurma haklarının bulunduğunu belirtmiştir.

Gerçek değer belirlenmesi için mahkemeye başvurulması durumunda mahkeme tarafından atanacak olan bilirkişiler bu değeri belirlemede yetkili olacaklardır. Bilirkişi değeri bilanço, kar-zarar hesapları, yıllık ticari raporlar, denetçi raporları, eşyaların sigorta değeri, vergi kayıtları, taşınmazların rayiç değeri good-will de dikkate alınarak belirlenecektir⁹³.

Payın gerçek değerinin hesaplanmasına ilişkin an kural olarak hakkın şirket tarafından kullanılacağı tarihtir. Ancak bilirkişi tarafından yapılan incelemenin zaman alması dolayısıyla şirket değerinde değişimler meydana geldiğinden farklı tarihler esas alındığında farklı değerler ortaya çıkabilecektir: hakkın kullanıldığı an, payların kanunen kazanıldığı an veya mahkeme kararına en yakın tarih. Kanımızca böyle bir durumda yapılacak tespitler neticesinde şirketten çıkan ortağın lehine yorum yapılarak tespit edilecek en yüksek değer esas alınması gerekmektedir. Kaldı ki bu yorum, TTK madde 531'de belirtilen haklı sebeple fesih halinde mahkeme tarafından yapılan gerçek değer tespitinde kullanılan ölçüt ile bağdaşacaktır.

III.3TTK Madde 612'nin İhlal Edilerek Gerçekleşen Pay İktisabı

ETK madde 526'ya aykırı olarak gerçekleşecek pay iktisaplarına ilişkin yapmış olduğumuz değerlendirmelere paralel olarak TTK Madde 612'nin ihlalinde de öngörülecek yaptırım yapılan devrin geçersizliği olacaktır. Diğer bir deyişle böylesi bir işlem hem tasarruf hem borçlanma işlemi açısından butlanla malul olacaktır⁹⁴. Bu sebeple bedeli tümü ile ödenmemiş payı devreden ortak sorumlu olmaya devam edecek, bir karşı edim almışsa onu geri vermek zorunluluğunda olacaktır. Bunun haricinde ayrıca bu konuda kusurları bulunan müdürlerin sorumluluğuna gidilebilecektir⁹⁵.

IV. SONUÇ

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ilk kez Alman Hukukunda düzenlenmiş bir işlem türü olup, bu düzenlemeleri İsviçre Hukuku takip etmiştir. Başlarda mutlak olarak yasaklanmış olan bu işlem, özellikle Avru-

93 **YILDIZ**, s. 147,148; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, n. 1185, s. 662; **YILDIZ/ÖZBAY**, s. 525.

94 **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, no.1674, s. 895, **TEOMAN**, (Karşılığı Ödenmiş Paylar), s. 149; **TEOMAN** (Edinme), s. 135.

95 Bu durumda anonim şirketlere uygulanan ksnuna aykırı iktisap halinde payların elden çıkarılmasına (TTK madde 385) ve payların yok edilmesine (TTK madde 386) ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla llimited şirketlere uygulanacağına ilişkin bkz. ÇAPA, s. 135.

pa Birliği'nin 13 Aralık 1976 tarihli 77/91 sayılı Kuruluşa ve Sermayenin Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi'nde öngörülen düzenlemelerin etkisiyle tüm Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yasak olmaktan çıkarılmış ve belli istisnalar altında bir takım şartlara tabi olarak gerçekleştirilecek bir işlem haline getirilmiştir. Türk Hukuku da bu düzenlemelerden dolayı olarak etkilenmiş ve en son TTK kapsamında tadil edilerek günümüzdeki şeklini almıştır.

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesindeki en temel amaç, bünyesinde biriken fazla likidite ve kâr payı dağıtımını sağlaması ve bu sayede pay başına düşen geliri artırarak pay sahipliği değerini yükseltmesidir. Ancak sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi yasağı ve eşit işlem ilkesinin ihlaline aykırılığın oluşabilme tehlikesi ve özellikle pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde payların iktisap edilerek borsa değerlerinin manipüle edilmesi tehlikesi bu kurumun getirdiği sakıncalar arasında sayılabilmektedir.

Çalışmamızda detaylı olarak belirtilmiş olduğu üzere limited şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerinde ETK'ya nazaran daha liberal bir rejim öngörmüş olan TTK, limited şirketlere ilişkin düzenlemelerde anonim şirketlerin düzenlemelerine nazaran bazı noktalarda farklılıklar barındırmakta ve bazı noktaları da eksik bırakmaktadır. Özellikle ortaklar genel kurulunun süreci başlatma konusunda müdürleri yetkilendirme kararı, iktisabın ivazlı olması ve iktisap edilecek payların bedellerinin ödenmesi şartı, limited şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerine yönelik hükümlerde açıkça belirtilmemiş olup anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap etmelerine uygulanan TTK madde 379'ın kıyasen uygulanması gereğini gündeme getirmektedir. ETK'nın aksine TTK madde 612, iktisaba yönelik %10'luk sınır getirmiş ve istisnai durumlarda bu iktisabın %20'ye kadar çıkabileceğini belirtmiştir. Son bir istisna olarak TTK madde 596 altında, tıpkı ETK'da belirtildiği üzere, miras, eşler arasında mal rejimi ve icraya bağlı olarak payların kanunen geçtiğini belirtmiş olup bu payların gerçek değeri üzerinden satın alma hakkını ETK'dan farklı olarak şirkette tanımış, bu hakkın bir ay içinde değil üç ay içinde kullanılacağını ve sadece üçüncü kişinin satın alacak kişi olarak belirlenmesi yerine şirket veya şirketin ortağının da satın alacak kişi olarak belirlenebileceğini öngörmüştür. Söz konusu TTK madde 596 altında getirilmiş olan en önemli değişikliklerden bir diğeri ise, şirketin feshinin talep edilmesine gerek kalmaksızın esas sermaye payının tıpkı bir menkul gibi haciz edilerek icra yoluyla satılabiliyor olması olmuştur.

Çalışmamızda anlatılmaya çalışıldığı üzere gerek TTK madde 612 gerekse TTK madde 596'da yer alan boşlukların anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanıp doldurulması yerine, konu hakkında kanun değişikliği yapılması gerekmektedir. Aksi halde bu düzenlemelerin tartışılacağı Yargıtay kararlarına ihtiyaç duyulacak olup bağlayıcı olması açısından Yargıtay içtihadı birleştirme kararı olmaksızın konu hakkında net bir değerlendirme yapmak mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA

ARICI, Fatih/VEZİROĞLU, Cem, Kaldıraçlı Devralma (Leveraged Buyout) ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, İstanbul 2014, s. 35, 66, 67;

ARSLANLI, Halil, Ticaret Kanunu Şerhi, 2. Kitap, VII. Fasıl: Limited Ortaklıklar, 2. Kısım (madde 518-535), İstanbul 1963;

AYAN, Özge, Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı İle Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 190-193;

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış Güncellenmiş 8. Bası, İstanbul 2014, s.422;

ÇAPA, Mehmet Sadık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi, İstanbul 2013;

ÇELİKTAŞ, İlyas, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabında Eşit İşlem İlkesinin İhlal Edilmesi, E-Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 56, <http://www.e-akademi.org/makaleler/iceliktas-1.htm> (Erişim Tarihi: 18.12.2016);

DEMİRKAPI, Ertan, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008, s. 330-331.

DOĞAN, Beşir Fatih, Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Fayda ve Zararları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2016, s. 449-478;

DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi – II, İstanbul 1988;

DÖNMEZ, Murat, Limited Şirketlerde Hisse Haczi, TBB Dergisi, Sayı 63, 2006, s. 226-236;

FERRAN, Ellis, Principles of Corporate Finance Law, OUP, 2008, s. 212-213;

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, IV. Bası, İstanbul 1989,

KARACAN, Ali İhsan/KARACAN, Esra Erişir, Halka Açık Şirketlerin Kendi Paylarını Geri Alımı, İstanbul 2015, s. 3;

KENDİGELEN, Abuzer, Gerekçeli – Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun, İstanbul, 2011, madde 526, s. 1431-1433;

MCCABE, Bernard, The Desirability of a Share Buy-Back Power, Bond Law Review, Volume 3, Issue 1, Article 6, 1991;

ÖZDAMAR, Mehmet, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara 2005;

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005, s. 895-869;

PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi (Şirketler Hukuku Şerhi), Cilt II, Ankara 2011;

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (Genel Esaslar), Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2016;

SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 67;

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Ortaklıklar Hukuku), Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015, s. 99;

TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları (Tek Kişi Ortaklığının Esasları), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 2011, s. 73;

TEOMAN, Ömer, Limited Ortaklığın Kendine Ait Tüm Payları Edinmesi (Ortaksız Limited Ortaklık Sorunu), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 115-122;

TEOMAN, Ömer, Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü ile Yerine Getirilmemiş Kendi Paylarını Edinmesi (Edinme), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 123-139;

TEOMAN, Ömer, Limited Ortaklığın Sermaye Borcu Tümü ile Yerine Getirilmiş Kendi Paylarını Edinmesi (Karşılığı Ödenmiş Paylar), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, 140-149;

TEOMAN, Ömer, Limited Ortaklığın Edindiği Kendi Paylarından Doğan Hak ve Borçlar ve Edinmenin Diğer Bazı Sonuçları (Limited Şirket Sonuçları), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, 150-161;

TEOMAN, Ömer, Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir” Kuralının (TK m. 329, f.3, c.2) Anlamı (Payların Umumi Heyette Temsili), Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I, 1971-1982, İstanbul 2000, s. 261-273;

YANLI, Veliye/**NILSSON**, Gül Okutan, Şirketin Kendi Paylarını İktisabına İlişkin 10.08.2011 tarih ve 26/767 Sayılı SPK ilke kararının 6762 sayılı TTK Çerçevesinde Değerlendirilmesi, <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/VeliyeYanliGulOkutan.pdf>, s. 2, (Erişim Tarihi: 18.12.2016);

YILDIZ, Şükrü, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, İstanbul 2004;

YILDIZ, Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul 2007, 3-9;

YILDIZ, Şükrü/**ÖZBAY**, İbrahim, Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m.418 f.4'te Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri İle Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı, Prof. Dr. Şükrü Yıldız, Makalelerim 1988-2007, Ankara 2008, s. 503-529.

TASARRUFUN İPTALİ DAVALARININ KONUSU

Av. Talih UYAR¹

İİK. mad. 277/T'de; iptâl davasının, «İİK. 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılabilceği» belirtilmiştir (İİK. mad. 277).²

I- Doktrinde³ «maddede kullanılmış bulunan 'tasarruflar' sözcüğünün hatalı olduğu» belirtilmiştir. Gerçekten, borçlunun «İİK. mad. 277 anlamında iptâl edilebilen tasarrufları» sadece «malvarlığındaki bir hakka doğrudan etki yaparak, o hakkı başkasına nakleden veya sınırlayan, külfet yükleyen veya değıştiren veya sona erdiren hukukî işlemler» olarak tanımlanan⁴ **tasarruf işlemlerinden** (tasarrufî muamelelerden) ibaret bulunmadığı gibi, tasarruf işlemlerinin ancak bir bölüm olarak dahil olduğu ve **doktrinde**⁵ «hukukî bir sonuç doğurmak üzere yapılan irade beyanları» olarak tanımlanan «**hukukî işlem**»lerden ibaret değildir. Bu madde gereğince iptâlî söz konusu olanlar, «hukukî işlem» kavramından daha geniş olan, onu da içeren ve **doktrinde**⁶ «kendisine hukuk düzenince hukukî bir sonuç bağlanmış olan beşeri (insan) fiilleri» olarak tanımlanan, **hukukî fiiller**^{7 8} dir.^{7 8} Nitekim kaynak yasanın Almanca metnin-

- 1 İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Ün. Huk Fak. E. Öğr. Görv.)
- 2 UYAR, T. Tasarrufun İptali Davalarının Konusu (TBBD. Eylül-Ekim/2008, s:287-313)
- 3 UMAR, B. Türk İcra - İflâs Hukukunda İptal Davası 1963, s: 54 vd.
- 4 TUHR, von. Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (C: 1-2, 1983, s: 189) - SCHWARZ, A. B. Borçlar Hukuku 1948, s: 163 - AYİTER, K. Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri 1953, s: 13- OĞUZMAN,K-BARLAS,N Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar) 15.Bası,2008,s:160 -TEKİNAY,S.S. Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku 1992,s:109 - DURAL,M. - SARI,S. Türk Özel Hukuku, C:1, 2006, s:173 - KARSLI,A. İcra ve İflâs Hukuku 3.Baskı,2014,s:541 - SEROZAN,R. Medeni Hukuk (Genel Bölüm), 2008, s:303
- 5 ATAAY, A. Medeni Hukukun Genel Teorisi,1980, s: 317 vd. - OĞUZMAN, K. Medeni Hukuk Dersleri,1994, s: 106 vd. - ÖZSUNAY, E. Medeni Hukuka Giriş,1986, s: 318 vd. - İMRE, Z. Medeni Hukuka Giriş, 1976, s: 205 vd. - ZEVLİLİLER, A./ACARBEY, M. B./GÖKYAYLA, K. E. Medeni Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), 6.Baskı,1999 s: 131 vd. - OĞUZMAN,K.- BARLAS,N. a.g.e. s:166
- 6 ATAAY, A. age. s: 310 vd. - OĞUZMAN, K. age. s: 99 - ÖZSUNAY, E. age. s: 319 - İMRE, Z. age. s: 207 - ZEVLİLİLER, A./ACARBEY, M. B./GÖKYAYLA, K. E. age. s: 129 - DURAL,M. - SARI,S. a.g.e. s:159
- 7 UMAR, B. age. s: 54 vd. - GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku Dersleri,1970, s: 222, dipn. 615 - SARISÖZEN, İ. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1, s: 52 vd.) - ERDÖNMEZ, G. Alacaklılara Zarar Verme Kasdıyla Yapılan Tasarrufların İptali,2017, s: 99 - KAZANCI, İ.T. Tasarrufun İptali Davalarında İspat,2015,s:34 - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C: IV, 1997, s: 3410 - KARSLI, A. a.g.e. s: 541 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3,2014, s: 4313 - UYAR, T. İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu (ABD. 2011/1, s: 212) - UYAR, T. «Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları)» ile «Borçlunun Süresi İçinde Zamanışı İtirazında Bulunmaması»nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi (İBD. 2014/3, s: 282-295)
- 8 Yüksek mahkeme de aynı doğrultuda içtihatla bulunmuştur: Bknz: 17. HD. 20.06.2013 T. 8604/9398 (www.e-uyar.com)

de, bu konuda «tasarruf» değil «hukukî fiil» kavramı yer almaktadır.⁹ Bu nedenle, İİK. mad. 277 vd. geçen «tasarruf» kavramını, «hukukî işlem»-leri, «hukukî fiil»leri de içerir şekilde, en geniş anlamıyla kabul etmek gerekir.¹⁰ Örneğin, borçlunun «protesto çekmemesi», «haksız bir ödeme emrine itiraz etmemesi», «zamanaşımı definde bulunmaması», «aleyhine açılan davayı kabul etmesi», «davadan feragat etmesi», «yeminden çekinmesi», «kanun yoluna başvurmaktan kaçınması», «**hukukî işlem**» olmadığı halde birer «**hukukî fiil**» sayılır ve iptal davasına konu yapılabilir.¹¹ Nitekim, **İsviçre Federal Mahkemesi**;¹² «borçlunun anlaşmalı olarak hakkında icra takibine geçen alacaklının yaptığı takibe itiraz etmemesi yani 'itirazdan kaçınması' halinde, bu davranışa karşı, asıl alacaklıların iptal davası açabileceğine» karar vermiştir. **Yargıtay** da -ileride ayrıntılı olarak, örnekler vererek belirteceğimiz gibi-, «borçlunun 'muvazaalı olarak borçlanıp, kendisi hakkında takip yaptırıp, taşınmazlarını haciz ettirmesi işleminin, iptal davasına konu edilebileceğini»¹³, «tasarruf kavramının, borçlunun malvarlığını azaltıcı nitelikteki hukukî işlemleri ve hukukî fiilleri de içerdiğinden, davalılar arasındaki senet düzenleme fiilinin, tasarruf kavramı içinde bulunduğunu, davacının bu tasarrufu iptal ettirmekte hukukî yararının bulunmadığını» belirtmiştir...

«Haksız fiil»¹⁴ teşkil eden eylemler de, tasarrufun iptali davasına konu teşkil edebilirler...

Şu halde, borçlunun gerek «dava dışındaki», gerek -sulh, feragat, kabul gibi- «icra takibi içindeki» en geniş anlamı ile **hukukî işlemleri**, iptal davasına konu olabilecektir.¹⁵ Kısaca, borçlunun; «alacaklıları aleyhine malvarlığını azaltıcı nitelik taşıyan» her türlü -en geniş anlamı ile- **hukukî işlemleri**, iptal davasına konu olabileceği gibi «malvarlığının artışını önleyici işlemleri» de (örneğin; borçlunun kendisine miras bırakanından ge-

9 UMAR, B. age. s: 54 vd. - ÜSTÜNDAĞ, S. İflas Hukuku 8.Bası,2009, s: 295

10 KURU, B. a.g.e., C: 4, s: 3410 - KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı,2013, s: 1398 - KURU,B. İcra ve İflas Hukuk Ders Kitabı,2016, s:490 - GÜRDOĞAN,B. İcra Hukuku Dersleri,1966, s:222 - ÜSTÜNDAĞ,S. a.g.e., s:294 - ARSLAN,A.S. Tasarrufun İptali Davasından Sonra Açılan Menfi Tesbit Davasında Bekletici Mesele Yapma Sorunu (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, 2014, C:1, s:253) - KAZANCI, İ.T. a.g.e., s:34 - BÖRÜ, L. İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kasdından Dolayı İptal Davası «İİK. m. 280» (AÜ-HFD. 2009/3, s:487)

11 UMAR, B. age. s: 54, dipn. 4 - ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 294 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e., C:3, s:4313 - SARISÖZEN, M.S. a.g.m., s:233, dipn:1 - ARSLAN,A.S. a.g.m., s:255 - SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. Tasarrufun İptali Davaları,2016,s:10 - BÖRÜ, L. a.g.m., s:487 - GÜNEREN, A. Tasarrufun İptali Davaları,2012, s:56 - ERDÖNMEZ, G. Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali s: 116, 122

12 Bknz: BGE. 65 III, s: 133 (Naklen; ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Yargılama Hukuku, 7.Baskı,2000 C: 1-2, s: 762)

13 Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3290 (www.e-uyar.com)

14 YILDIRIM, M.K. İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları,1995, s: 142 - ERDÖNMEZ, G. age. s: 99

15 ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 294

lecek mirası reddetmesi gibi) tasarrufun iptali davasına konu olabilir.^{16 17}

‘İptal davasına konu olan işlemler’¹⁸ -kural olarak- «maddi hukuk bakımından tamamen geçerli olan ve alacaklıları zarara sokan işlemler»-dir¹⁹. Örneğin,

√ «Alacağın –muvazaalı olarak yapılmış- temlik tasarrufları»,^{20 21}

√ «Devredilen şirket hisseleri»,²²

√ «Devredilen miras hisseleri»,²³

√ «Tapuya şerh verilerek güçlendirilen satış vaadi sözleşmeleri»,²⁴²⁵

√ «Satılan taşınmazlar»,²⁶

16 SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. a.g.e., s: 10 – COŞKUN,M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, 2016, C:4, s:4537

17 Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 6602/3146 (www.e-uyar.com)

18 UYAR,T./UYAR,C./UYAR,A. a.g.e., C:3, s:4314 vd. – UYAR,T. age. C:11,2009, s:18691 vd. – UYAR,T./UYAR,C./UYAR,A. age. C:1, s:64 vd. – UYAR,T. Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (ve İcra Takibinin) «Muvazaalı Olduğu» İleri Sürülerek,Borçlunun Alacaklıları Tarafından «Senedin (ve İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi ? » «İİK. 280; TBK. 19» (ABD. 2015/1, s:370 vd.)

19 KURU,B./ARSLAN,R./YILMAZ,E. İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı,27.Baskı,2013, s:614 UYAR,T./UYAR,C./UYAR,A. a.g.e., C:3, s: 4314 vd. – PEKCANITEZ,H./ ATALAY,O./ ÖZKAN,M.S./ ÖZEKES,M. İcra ve İflas Hukuku,11.Bası,2013, s:859 – GÜNEREN,A. a.g.e., s:40 – KURTOĞLU,S. İcra ve İflas Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği (İBD.,1973/7-8, s:776) – ULUKAPI,Ö. İcra ve İflas Hukuku,2015,s:497 – SARISÖZEN,M.S. a.g.m., s:233, dipn:5.

20 UYAR,T./UYAR,C./UYAR,A. a.g.e., C:3, s:4336 vd. – SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. age. s: 25 – GÜNEREN, A. age. s: 107 vd. – MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları,2015, s: 37 – COŞKUN, M. a.g.e. s: 4638 – AKŞENER, H. S. Tasarrufun İptali Davaları, 2007, s: 96

21 Bknz: 17. HD. 25.05.2015 T. 1534/7639; 04.05.2015 T. 20059/6441; 21.04.2015 T. 21344/6051; 14.04.2015 T. 19087/5861; 13.04.2015 T. 2579/5722; 24.03.2015 T. 19052/4805; 25.09.2014 T. 2158/12494; 01.10.2013 T. 10340/13129; 18.04.2013 T. 16253/5794; 02.04.2013 T. 6958/4611; 11.03.2013 T. 14091/3212; 04.04.2011 T. 7798/3094; 28.02.2011 T. 1421/1750; 14.02.2011 T. 6625/1151; 20.01.2011 T. 7431/220; 4. HD. 21.12.2010 T. 13071/13307; 17. HD. 25.10.2010 T. 8599/8755; 05.07.2010 T. 5564/6375; 19.04.2010 T. 2387/3606; 11.03.2010 T. 10418/2168; 01.03.2010 T. 911/1733; 11.02.2010 T. 10446/1043; 04.02.2010 T. 330/757; 09.11.2009 T. 6091/7275; 02.06.2009 T. 1286/3827; 03.01.2009 T. 5791/7098; 26.12.2008 T. 4676/5818; 30.06.2008 T. 1919/2695; 20.05.2008 T. 1919/2695; 24.03.2008 T. 5535/1407; 11.03.1994 T. 1146/1615 (www.e-uyar.com)

22 Bknz: 17. HD. 19.4.2010 T. 2848/3607; 22.2.2010 T. 9772/1356; 12.11.2009 T. 8068/7497 (www.e-uyar.com)

23 Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 9831/1437 (www.e-uyar.com)

24 Bknz: 17. HD. 03.05.2016 T. 4425/5341; 21.05.2013 T. 7284/7365; 22.2.2010 T. 10739/1362; 5.5.2008 T. 1637/2353; 15.HD. 30.9.2002 T. 3158/4300; 15.05.2002 T. 1010/2526(www.e-uyar.com)

25 MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları,2015,s: 34 vd.

26 Bknz: 17. HD. 15.2.2010 T. 503/1144 (www.e-uyar.com)

- √ «Boşanma protokolü uyarınca devredilen taşınır ve taşınmazlar»,^{27 28}
- √ «Havale işlemleri»,²⁹
- √ «Borçlunun malvarlığının artışı önleyen işlemler»,³⁰
- √ «Borçlunun, aleyhine açılan tapu iptali ve tescil davasını kabul etmesi»,³¹
- √ «Borçlunun, miras bırakandan kalan taşınmazlardan pay istemeyip, kendisine intikal edecek payları kardeşlerine devretmesi işlemi»,³²
- √ «Üst yapı hakkının devrine ilişkin tasarruflar»,³³
- √ «Hastane işletme ruhsatının devrine yönelik tasarruflar»,³⁴
- √ «Borçluların, mirasın reddi konusundaki işlemleri»,^{35 36}
- √ «Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler»,³⁷
- √ «Nam-ı müstear (bedeli borçlu tarafından ödenip, üçüncü kişi adına kayıt ve tescil edilen şeyler) konusu işlemler»,^{38 39}
- √ «İnançlı işlemler»⁴⁰
- √ «Adi ortaklığın feshine ilişkin sözleşmeler»,⁴¹

27 Bknz: 17. HD. 11.2.2010 T. 10940/1042; 24.3.2009 T. 4342/1702; 17.2.2009 T. 3448/733; 08.09.2014 T. 2006/11251; 11.02.2014 T. 13647/1487(www.e-uyar.com)

28 Bu konuda ayrıca bknz: KAZANCI, İ.T. a.g.e., s: 244 vd. - SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. a.g.e., s: 25 vd.

29 Bknz: 17. HD. 28.12.2009 T. 6547/8779 (www.e-uyar.com)

30 Bknz: 17. HD.11.03.2013 T. 6602/3146; 4.5.2009 T. 148/2805 (www.e-uyar.com)

31 Bknz: 17. HD. 14.4.2009 T. 5384/2350 (www.e-uyar.com)

32 Bknz: 17. HD. 14.2.2008 T. 4110/617 (www.e-uyar.com)

33 Bknz: 17. HD. 31.01.2017 T. 7913/792(www.e-uyar.com)

34 Bknz: 17. HD. 05.06.2014 T. 13391/8983(www.e-uyar.com)

35 Bknz: 17. HD. 08.11.2016 T. 19558/10239; 28.02.2013 T. 4777/2421; 11.2.2008 T. 5540/513 (www.e-uyar.com)

36 SERTKAYA,A.Ş./KUL,S. a.g.e., s:43

37 Bknz: 15. HD. 15.05.2002 T. 1010/2526 (www.e-uyar.com)

38 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11539/6283; 23.02.2016 T. 10807/2099; 23.02.2016 T. 11352/2105; 22.06.2015 T. 8287/8983; 15.06.2015 T. 3457/3457/8622; 01.06.2015 T. 19635/8006; 24.02.2015 T. 5559/3322; 18.11.2014 T. 10438/16219; 03.11.2014 T. 6147/14975; 21.05.2013 T. 7646/7370; 04.04.2013 T. 8194/4806; 26.03.2013 T. 72061/4179; 14.09.2009 T. 6101/5325; 5.11.2013 T. 12075/15090; 09.09.2013 T. 7129/11624; 18.03.2013 T. 6263/3521; 14.02.2013 T. 4164/1515; 08.05.2007 T. 2583/1574;14. HD. 19.10.2001 T. 5932/6946; 15. HD. 29.4.1993 T. 2212/2029; 26.04.1984 T. 775/1466 (www.e-uyar.com)

39 UYAR,T./UYAR,C./UYAR,A. a.g.e., C:3, s:4332 vd. – TOKTAŞ,M., Kamu Alacağıın Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları, 2009, s:78 - COŞKUN, M. İtirazın İptali-Menfi Tespit ve İstirdat-Tasarrufun İptali-İflas ve İflasın Ertelenmesi-Sıra Cetveline İtiraz Davaları,3.Baskı,2016 s: 765 vd. - SERTAKAYA, A.Ş./KUL, S. a.g.e, s: 30

40 BÖRÜ,L. a.g.m.,s:494 – KAZANCI,İ.T. a.g.e., s:266 vd. - KAZANCI, İ.T. a.g.e, s: 266 vd. - TOKTAŞ, M. a.g.e., s: 82 - ÇETİN, E.H. Tasarrufun İptali,Muvazaa,İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear,2016, s: 280 vd.

41 Bknz: 13. HD. 3.5.1982 T. 2826/3119 (www.e-uyar.com)

- √ «Borçlu tarafından yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmesi»⁴²,
√ «Tapuya şerh verilmiş kira sözleşmeleri»,^{43 44}
√ «Borçlunun, üçüncü kişideki alacağını kızına devretmesi işlemi»⁴⁵
√ «Borçlunun bir taşınır ya da taşınmaz malın başkasına bağışla-
ması»,
√ «Yemin etmekten kaçınması»,⁴⁶
√ «Kanun yoluna başvuru hakkını kullanmaktan kaçınması»,⁴⁷
√ «Tenkis davası açmaktan kaçınması»,⁴⁸⁴⁹
√ «Ticari işletmesini üçüncü bir kişiye devretmesi»,^{50 51}
√ «Taşınmazı üzerinde -gerçekte borçlu olmadığı halde- ipotek tesis
etmesi»,⁵²
√ «Ödeme emrine itiraz etmemesi»,^{53 54}
√ «Borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla üçüncü kişi
tarafından kendisi aleyhine açılan haksız davayı kabul etmesi»⁵⁵,
√ «Zamanaşımı definde bulunmaması»,^{56 57}
√ «Karşılıksız olarak yapılan ciro işlemi»⁵⁸,

42 Bknz: 13. HD. 16.4.1974 T. 640/925 (www.e-uyar.com)

43 Bknz: 17. HD. 07.04.2011 T. 335/3215 (www.e-uyar.com)

44 MUŞUL, T. a.g.e., s: 35

45 Bknz: İİD. 4.11.1968 T. 9095/9886 (www.e-uyar.com)

46 ERDÖNMEZ, G. a.g.e., s: 100

47 ERDÖNMEZ, G. a.g.e., s: 100, 115

48 ERDÖNMEZ, G. a.g.e, s: 42

49 Bknz: 17. HD. 02.03.2015 T. 17841/3683 (www.e-uyar.com)

50 UYAR,T./UYAR.A./UYAR.C. a.g.e. C:3, s:4477 vd. – SERTKAYA.A.Ş./KUL,S. a.g.e., s:373 vd.

51 Bknz: HGK. 13.11.2013 T. 17-297/155; 30.05.2007 T. 21-295/319; 17. HD. 30.06.2015 T. 5449/9348; 09.06.2015 T. 5703/8442; 08.06.2015 T. 7076/8297; 12.05.2015 T. 19970/7295; 29.11.2012 T. 10872/13291; 30.05.2012 T. 4133/7029; 26.04.2012 T. 2021/5218 vd. (www.e-uyar.com)

52 SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. a.g.e, s: 1

53 GÜNEREN, A. a.g.e., s:56,80,114 vd.- ÜSTÜNDAĞ,S. Medeni Yargılama Hukuku, C:1-2,s:762 - UYAR,T./UYAR.A./UYAR.C. a.g.e., C:3, s:4315 – SERTKAYA.A.Ş./KUL,S. a.g.e., s:40 –UYAR,T. a.g.m. (ABD. 2015/1, s: 370) – BÖRÜL,L. agm. s:488 - ERDÖNMEZ, G. a.g.e, s: 122

54 Bknz: 17. HD. 12.05.2015 T. 21042/7303; 24.06.2014 T. 17392/9848 (www.e-uyar.com)

55 SERTKAYA.A.Ş./KUL,S. a.g.e., s:39 - GÜNEREN, A. age. s:56 - UYAR,T. a.g.m.(ABD. 2015/1, s:370) –BÖRÜL,L. agm. s:488 - ERDÖNMEZ, G. a.g.e, s: 103

56 GÜNEREN.A. a.g.e., s:56 - SERTKAYA.A.Ş./KUL,S. a.g.e., s:40 – UYAR,T. a.g.m.(ABD. 2015/1, s:370)– BÖRÜL,L. agm. s:488

57 Bknz: 17. HD. 24.06.2014 T. 17392/9848 (www.e-uyar.com)

58 SERTKAYA.A.Ş./KUL,S. a.g.e.,s:438

√ «Aleyhine yapılan haksız takip nedeniyle menfi tesbit davası açmaması»⁵⁹,

√ «Teminat amacıyla yapılan temlikler»⁶⁰,

√ «Borçlunun kendisine miras yoluyla gelen malvarlığını 'resmi tak-sim sözleşmesi' ile diğer mirasçılara devretmesi»^{61 62}

√ «Kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince borçlu yüklenici tarafın-dan hak edilmiş taşınmazların, kendi üzerine alınmadan, arsa sahibi vasıtasıyla üçüncü kişiler adına tescilin sağlanması işlemleri (tasarrufları)»,^{63 64}

√ «Gizli tahsil cirosu»⁶⁵,

√ «Borçlunun itiraz sürelerinden vazgeçip takip konusu borcu kabul etmesi»^{66 67},

√ «Borçlunun yaptığı 'bağışlamalar' ve 'ivazsız (karşılıksız)' tasarruflar» (İİK. mad. 278/I,II)⁶⁸,

√ «Borçlunun 'bağışlama hükmünde sayılan' tasarrufları» (İİK. mad. 278/III)⁶⁹,

√ «Borçlunun aciz halinde iken yaptığı tasarruflar» (İİK. mad. 279)⁷⁰,

√ «Borçlunun zarar verme kasdı ile yaptığı hileli tasarruflar» (İİK. mad.280)⁷¹

için, «tasarrufun iptali davası» açılabilir.

İleride -bknz: AÇIKLAMA: II-c- ayrıntılı olarak belirteceğimiz gibi;

59 Bknz: 17. HD. 02.03.2015 T. 17841/3683 (www.e-uyar.com)

60 KAZANCI,İ.T. a.g.e., s:269 vd.

61 SERTKAYA, A.Ş. a.g.e., s: 45

62 Bknz: 17. HD. 24.02.2015 T. 13444/3343; 13.05.2014 T. 2583/7531 (www.e-uyar.com)

63 SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. a.g.e., s: 52

64 Bknz: 17. HD. 28.05.2013 T. 3396/7849; 21.05.2013 T. 7646/7370; 16.03.2015 T. 18016/4287 (www.e-uyar.com)

65 KAZANCI,İ.T. a.g.e., s:274 vd.

66 UYAR,T. a.g.m.(ABD. 2015/1, s:370) - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e., C: 3, s: 4315 - COŞKUN, M. a.g.e., C:4, s:4638 - SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. a.g.e., s: 40

67 17. HD. 19.04.2016 T. 11699/4946;15. HD. 13.06.2006 T. 1663/3523; 21.11.2006 T. 4991/6698; 17. HD. 04.11.2008 T. 3947/5089; 4. HD. 08.11.2007 T. 12753/13696; 17. HD. 12.05.2015 T. 21042/7303 (www.e-uyar.com)

68 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. a.g.e., C:3, s:4392 vd.

69 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. a.g.e., C:3, s:4398 vd.

70 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. a.g.e., C:3, s:4421 vd.

71 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. a.g.e., C:3, s:4434 vd.

√ «Alacağın -muvazaalı olarak yapılmış- temlik tasarrufları»,^{72 73}

√ «Borçlunun muvazaalı borç ikrarında bulunması»nın (gerçekte borcu bulunmadığı halde güvendiği bir kişi -arkadaşı, akrabası, aynı iş kolunda çalışan bir kişi vs.- lehine muvazaalı senet düzenleyip, bu senedi kendisi hakkında icraya koydurması),^{74 75} da, tasarrufun iptali davasına konu teşkil eder.

Yüksek mahkeme⁷⁶ «borçlunun iptale tabi tasarruflarının üç grup altında ve İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiş olduğunu, ancak, bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarrufların sınırlı olarak sayılmamış olduğunu, kanunun iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak, hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimine bırakmış (İİK. md. 281) olduğunu, bu yasal nedenle de, davacı tarafından İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa dahi, mahkemenin bununla bağlı olmayıp, diğer maddelerden birine göre iptal kararı verilebileceğini» belirtmiştir...

II- Buna karşın;

a) «Maddi hukuk» (TBK. mad. 27) bakımından hükümsüz olan işlemler hakkında, iptâl davası açılmasına gerek yoktur.⁷⁷ Çünkü, bu gibi

72 UYAR, T./UYAR, C./UYAR, A. a.g.e., C: 3, s: 4336 vd. - ALTAY, S. a.g.e., C: 1, s: 673 - SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. a.g.e., s: 25 - GÜNEREN, A. a.g.e., s: 107 vd. - MUŞUL, T. a.g.e., s: 37 - COŞKUN, M. a.g.e., C: 4, s: 4638 - AKŞENER, H.S. a.g.e. s: 96

73 Bknz: 17. HD. 11.10.2016 T. 18995/8786; 13.10.2015 T. 1313/10510; 04.05.2015 T. 20059/6441; 21.04.2015 T. 21344/6051; 24.03.2015 T. 19052/4805; 13.02.2014 T. 14266/1605; 01.10.2013 T. 10340/13129; 09.04.2013 T. 7533/5111 vb. (www.e-uyar.com)

74 UYAR, T. «Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları)» ile «Borçlunun Süresi İçinde Zamaşımı İtirazında Bulunmaması»nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi (İBD. Mayıs-Haziran/2014, s: 283 vd.) - UYAR, T. Borçlu Hakkında Üçüncü Kişi Tarafından Takip Konusu Yapılan Senedin (Ve İcra Takibinin) «Muvazaalı Olduğu» İleri Sürülerek, Borçlunun Alacaklıları Tarafından «Senedin (İcra Takibinin) Kendileri Bakımından Geçersiz Sayılması İçin Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi? «İİK. 280; TBK. 19» (ABD. 2015/1, s: 379 vd.) - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e., C: 3, s: 4315 - SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. a.g.e., s: 12, 36 - KURU, B. El Kitabı, s: 1398 - AKŞENER, H.Ş. a.g.e. s: 96; 2. baskı, 2014, s: 118 - GÜNEREN, A. a.g.e., s: 80, 114 vd. - COŞKUN, M. a.g.e., C: 4, s: 4638 - TOKTAŞ, M. Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufun İptali Davaları- Peçeleme ve Muvazaalı İşlemler, 2009, s: 76 - KAPLAN, N. Güncel İçtihatlarla İcra ve İflas Hukuku Uygulama ve Uygulama Notları, 2014, s: 1401

75 Bknz: 15. HD. 15.11.1999 T. 4175/4058; 15.09.1990 T. 3485/3290 (www.e-uyar.com)

76 Bknz: 17. HD. 19.12.2011 T. 2320/12460; 23.05.2011 T. 3727/5149; 28.03.2011 T. 7537/2752; 17.03.2011 T. 5301/2394; 07.03.2011 T. 11643/2011; 07.03.2011 T. 6769/1997; 03.02.2011 T. 5101/678; 20.01.2011 T. 7836/219; 17.01.2011 T. 4398/49; 15. HD. 16.02.2005 T. 5141/808; 23.11.2004 T. 2240/5575; 21.10.2004 T. 3131/5291; HGK. 25.11.1987 T. 15-381/873 (www.e-uyar.com)

77 UYAR, B. age. s: 16 - ANSAY, S. Ş. Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1960, s: 325 - KURU, B. age. C: 4, s: 3413 - ULUKAPI, Ö. a.g.e., s: 498 - GÜRDOĞAN, B. age. s: 222 - PEKCANI-TEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M. S./ÖZEKES, M. a.g.e., s: 859 - MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, C:2, s: 1749 vd. - ÖZKAYA, E. İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 7. Baskı, 2017 s: 1323; 1005

durumlarda, tasarruf konusu mal ya da hak, borçlunun malvarlığından çıkmamıştır. Hükümsüz olan bu tasarrufa dayanarak, üçüncü kişinin «istihkak davası» açması halinde (İİK. mad. 97; 228) davalı alacaklı (iflâsta; iflâs masası) savunma yoluyla «hükümsüzlük iddiası»nı ileri sürebilir. Buna karşın, alacaklı (İİK. mad. 99) ya da iflâs idaresinin, üçüncü kişiye karşı açtığı istihkak davasında, davacı-alacaklı ya da iflâs idaresinin, «üçüncü kişinin o malı hükümsüz bir tasarruf sonucunda ele geçirdiğini ve bu nedenle, malın borçluya ait olduğunu» kanıtlaması gerekir. Görüldüğü gibi, aslında ayrı nitelikte davalar olmalarına rağmen gerek «istihkak davası»nın ve gerekse «iptâl davası»nın amacı aynı olup, bu da alacaklılarına zarar vermek isteyen borçlunun tasarruflarına karşı alacaklıları korumaktadır.⁷⁸ Bu amaca, istihkak davasında, borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan tasarrufun hükümsüz olması nedeniyle, «malın borçlunun malvarlığından çıkmadığı» iptâl davasında da, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarrufun geçerli olduğu, malın böylece borçludan üçüncü kişinin malvarlığına geçtiği ancak, bu tasarrufun İİK. 278 vd. göre iptâl konu olduğu, bu nedenle davacı - alacaklının (iflâsta; iflâs masasının) «mal borçlunun malvarlığındaymış gibi, cebri icra yolu ile, o malın bedelinden alacağını almak yetkisine sahip olduğu» iddia edilerek ulaşılır.

b) Takip hukuku bakımından hükümsüz olan (İİK. mad. 191/1, 290) işlemler hakkında iptâl davası açılmasına gerek yoktur.⁷⁹ Çünkü, bu durumda, tasarruf konusu mal ya da hak, borçlunun malvarlığından çıkmamıştır.

c) «Muvazaalı işlem»ler (TBK. mad. 19) hakkında iptâl davası açılmasına gerek olup olmadığı **doktrinde** tartışmalıdır. Bu konuda «iptâl davası açılmasına gerek bulunmadığını» ileri sürenler bulunduğu gibi, «iptâl davası açılabileceğini» kabul edenler de vardır.

«Muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılmasına gerek bulunmadığını» ileri sürenlere göre;⁸⁰ İİK. 277 vd. göre iptâl davasına konu olan tasarruflar geçerli tasarruflardır. İşlemin muvazaalı olması halin-

78 KURU, B. age. C: 4, s: 3416 - KURU, B. El Kitabı, s: 1199

79 UMAR, B. age. s: 16 - GÜRDOĞAN, B. age. s: 222

80 UMAR, B. age. s: 17 - KURU, B. age. C: 4, s: 3413 vd. - KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı, s: 1400 vd. - BELGESAY, M. R. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1950, s: 264 - GÜRDOĞAN, B. age. s: 222 - MUŞUL, T. age. s: 1289 vd. - MUŞUL, T. İflas Suçları (Taksiratlı ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları) s: 95, dipn. 285a - MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar, II, 2006, s: 833 vd., 899 vd., 907 vd. 1000 vd. - MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, C:2, 6. Bası, 2013, s: 1751 vd. - ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 286 - ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Usul, İcra ve İflas Hukukçuları Toplantısı, II-III, 2004, s: 207 vd. - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, İ. Tasarrufun İptali Davaları, 1998, s: 133 vd. - DELİDUMAN, S. Medeni Usul, İcra ve İflas Hukukçuları Toplantısı, s: 211 - AKŞENER, H.Ş. a.g.e. s: 117 - ASLAN, K. Hacizde İstihkak Davası, 2005, s: 492 vd. - ALTAY, S. Türk İflas Hukuku, C: 1, s: 670 - PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZKEKES, M. İcra ve İflas Hukuku «Ders Kitabı» 2016, s: 601 - MUŞUL, T. a.g.e. s: 43 vd.

de, işlem konusu taşınır/taşınmazın mülkiyeti borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişiye geçmemiş olduğundan, bu durumda iptâl davası açılmaz. Şeklen üçüncü kişinin üzerinde gözüken örneğin; aracın, taşınmazın alacaklı tarafından haciz ve satışının istenmesi gerekir...

Muvazaalı işlemler hukuki sonuç doğurmadığından, «iptâl davası»na değil «istihkak davası»na konu yapılabilir: Eğer, muvazaalı tasarrufa konu yapılmış olan mal, *borçlunun elinde bulunduğu için* üçüncü kişi, «istihkak davası» açarak (İİK. mad. 97) 'malın kendisine ait olduğunu' ileri sürerse, davalı-alacaklı veya iflas masası, «muvazaa» iddiasını -tıpkı «hükümsüzlük» iddiası gibi- davaya vereceği cevapta ileri sürebilir. Eğer mal *üçüncü kişinin elinde bulunduğu için* (İİK. mad. 99), alacaklı ya da iflas masası, üçüncü kişiye karşı «istihkak davası» açmak zorunda kalmışsa, bu davada alacaklı veya iflas masasının 'üçüncü kişinin, o malı muvazaalı bir işlem sonucunda ele geçirdiğini' ileri sürmesi ve bunu kanıtlaması gerekir. Bir işlemin muvazaalı olmasından dolayı iptâli, TBK'nun 19. maddesi mümkündür. Zira, muvazaada, malvarlığı devri muvazaalıdır ve bu hali ile de devir gerçekten arzu edilmiş değildir. Bu nedenle de, İİK. mad. 277 vd. eden hükümlerin uygulanmasına ihtiyaç ve zaruret yoktur. Burada, İİK. mad. 277 vd. hükümlerinin uygulanamamasının nedeni, muvazaalı işlemler ile borçlu malvarlığı dışına çıkarılmış gibi görünen malların, yine borçlu malvarlığında kalmış olması ve bu nedenle de alacaklıların müdahale alanı dışına çıkarılmamış olmasıdır... Bu bakımdan, «muvazaa iddiası» ile «tasarrufun iptâli davası»nın bir arada bulunması mümkün değildir...

«**Muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılabileceğini**» kabul edenlere göre⁸¹ borçlunun muvazaalı tasarrufları hakkında İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası ya da TBK. mad. 19'e göre muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünün tesbiti için dava açılabilir.

Muvazaa davasının iptâl davasını bertaraf ettiği kabul edilecek olursa, İİK'nun 277 vd.'da öngörülen iptâl davasının pratik öneme kaybolmuş

81 BÖRÜ, L. a.g.m. s: 492 vd. - ESENER, T. Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, s: 108 - KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptal Davaları (Yasa D. 1989/8, s: 1040 - Adalet D. 1989/6, s: 263 vd.) - GÜNEREN, A. a.g.e. s:67 vd. - AKKAYA, T. Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanunu'nda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu (Legal Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2006/3, s: 681 - YILDIRIM, M. K. a.g.e. s: 142 - ÜLKÜ, F. M. Muvazaa Davaları ile İptal Davaları Arasındaki İlişki (Manisa Bar. D. 1997/Tem.-Ekim, S: 62-63, s: 84) - YAVUZ, N. Alacaklılardan Mal Kaçırmaya Yönelik İşlemlerin Hukuken Nitelendirilmesi Sorunu ve Bu Amaçla Yapılan Muvazaalı İşlemler Hakkındaki Yargıtay Uygulamasından Örnekler (1986/1-2, Ocak-Nisan 1986, s: 106 - Yarg. D. 1999/3, Tem./1999, s: 224 - Tür. Not. Bir. Huk. D. Ağustos/1999, S: 103, s: 8 vd.) - UYAR, T. İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davasının Hukuki Niteliği ve Konusu (İBD. 1984/10-11-12, s: 574 vd; 581)- YAVUZ, N. Muvazaa, İnançlı İşlem, Nam-ı Müstear ve Kanuna Karşı Hile Davaları, 2. Baskı, s. 140 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları, C:1, s:68 vd. - COŞKUN, M. İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat Tasarrufun İptali, İflâsın Erteleme Sıra Cetveline İtiraz, 3. Baskı, s: 755 vd. - TOKTAŞ, M. a.g.e., s: 74 - ÇETİN, E.H. a.g.e. s: 167 - SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. a.g.e., s: 13 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. a.g.e., C: 3, s: 4321 vd.

olur ve bu yorum şekli borçlu ile borçlunun mal kaçırma fiiline katılan kötü niyetli üçüncü kişileri koruyucu bir sonuç yaratacağından hukuk mantığı ile bağdaşmaz.

Bu görüşlerden hangisi daha doğrudur ve uygulamada benimsenmektedir? Konunun daha iyi değerlendirilmesi için «muvazaa» hakkında şu hususların açıklanması yararlı olacaktır. Bilindiği gibi, « *tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek durumu onlardan gizleyerek kendi gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarına*» 'muvazaa' ve bu şekilde yapılan işlemlere de 'muvazaalı işlemler' denilir.⁸² Başka bir deyişle, muvazaa; « *açıklanan beyanlarının gerçek maksatlarına uymadıklarını bildikleri halde, âkitlerin (tarafların) kastettikleri durumdan başka bir ilişkide kendilerini anlaşmış gibi göstermeleri hali*»⁸³ « *tarafların üçüncü kişiler aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmaları*»dır.⁸⁴

Bu tanımlardan da anlaşıldığı gibi, «muvazaalı bir hukuki işlem»den bahsedilmek için; a) Tarafların iradeleri ile beyanları arasında isteyerek yaratılmış bir uygunsuzluk, b) Üçüncü kişileri aldatmak (muvazaa) niyeti, c) Taraflar arasında gizli işlemi yaratan muvazaa sözleşmesi bulunmalıdır.

Tüm «muvazaalı işlemler»de; a) Üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış

82 Ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./OKTAY, S. Eşya Hukuku, 2015, s: 373 - OĞUZMAN, K./ÖZ, T. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 2016, s: 127 vd. - ESENER, T. a.g.e. s: 7; Borçlar Hukuku, s: 83 - FEYZİOĞLU, F. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C: 1,1976, s: 187 - TEKİNAY, S. S. Borçlar Hukuku,1993,s:358 - ÖNEN, T. Borçlar Hukuku, s: 45 - REİSOĞLU, S. Borçlar Hukuku, s: 48 - İNAN, A. N. Borçlar Hukuku, s: 178 - TEKİL, F. Borçlar Hukuku, s: 70 - ÖZSUNAY, E. Borçlar Hukuku,1995, s: 92 - BAŞTUĞ, İ. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler),1984, s: 93 - AYBAY, A. Borçlar Hukuku Dersleri, s: 46 - KAYNAR, R. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), s: 34 - SAYMEN, F. H. -/ ELBİR, H. K. Türk Borçlar Hukuku (Umumi Hükümler),1963, s: 249 - TUNÇOMAĞ, K. Türk Borçlar Hukuku,1976, C: 1, s: 291 - KURAK, N. Muvazaa ve Yargıtay Kararları (Adalet D. 1989/4, s: 37 vd.) - SARIGÖLLÜ, E. Muvazaa (ABD. 1989/4, s: 665 vd.) - POSTACIOĞLU, İ. Nam-ı Müstear Meselesi, Vekalet ve İtimat Mukavelesi ile Muvazanın Karşılıklı Münasebetleri (İHFM. 1947, S: 3, s: 1021) - POSTACIOĞLU, İ. Gayrimenkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti, s: 114 - ÖZSUNAY, E. Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler,1968, s: 219 - UYGUR, T. Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu,2003, C: 1, s: 728 - KILIÇOĞLU, A. M. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 19. Bası,2015, s: 181 - KARAHASAN, M. R. Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), C: 1,2004, s: 203 - EREN, F. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler),1990, s: 315 vd. - OĞUZMAN, K./ÖZ, T. age. s: 108 vd. - OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./OKTAY, S. age. s: 301 - AKKAYA, T. agm. s: 666 - YAVUZ, N. age. s: 3 - ÇETİN, E.H. a.g.e., s: 141 vd. - YAVUZ, N. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C: 1, 2. Baskı, s: 204; 207 - UYGUR, T. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C: 1,2012, s: 279

83 Bknz: İçt. Bir. K. 7.10.1953 T. 8/7 (RG. No: 8569; (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları «Yargıtay Yayınları» C: IV, Hukuk Bölümü, s: 516 vd.) (www.e-uyar.com)

84 Bknz: 4. HD. 13.3.2008 T. 7208/3253; 9.4.2007 T. 2654/4665 (www.e-uyar.com)

«görünürdeki işlem», b) Görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceğini tesbit eden «muvazaa anlaşması» bulunur. Bu öğeleri içeren muvazaaya «**mutlak (=âdi=basit) muvazaa**» denilir.⁸⁵ Bu muvazaada; taraflar aslında aralarında hukuki işlem yapmadıkları halde üçüncü kişileri yanıltmak ve onlara karşı bir işlem yapmış gibi görünmek amacı ile görünüşte bir işlem yapmışlardır. Örneğin; alacaklıların icra takibinden kurtulmak için, bir borçlu, mallarını bir arkadaşına devreder ve «bu devrin gerçekte aralarında hiç bir hukukî sonuç doğurmayacağı» borçlu ile arkadaşı arasında kararlaştırılırsa «mutlak muvazaa» söz konusu olur... Eğer taraflar arasında yaptıkları bir işlemi, kendi gerçek iradelerine uymayan ve sırf üçüncü kişileri yanıltmak için yaptıkları başka bir işlemin altına gizlemişlerse, bu tür muvazaaya «**nisbî (mevsuf) muvazaa**» denilir.⁸⁶ Bu muvazaa türünde, görüldüğü gibi, «görünürdeki işlem» ve «muvazaa anlaşması» yanında ayrıca -tarafların gerçek iradelerine uygun bir «gizli işlem» bulunur. Örneğin; taraflar gerçekte «bağışlama» yapmak istedikleri halde, bunu «satış sözleşmesi» biçiminde yaparlar. Böylece, görünürdeki işlem «satış» olduğu halde, gizli işlem «bağışlama»dır.

Tarafların üçüncü kişileri yanıltmak için, muvazaalı olarak yaptıkları (görünürdeki) işlemin -bu konuda Borçlar Kanununda açık bir hüküm olmamakla beraber- «*hükümsüz (bâtil) olduğu*» gerek **doktrin**⁸⁷ ve gerekse **Yargıtay**⁸⁸ tarafından öteden beri duraksamasız belirtilmiştir. Hükümsüzlüğün nedeni, taraflarca açıklanan beyanların, onların gerçek iradelerine uymaması, başka bir deyişle bu beyanların «irade beyanı» niteliği taşımamasıdır... Görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü taraflarca ileri sürülebileceği gibi, bunu ileri sürmede hukuki yararı bulunan üçüncü kişiler (örneğin; işlemde bulunan kimsenin alacaklıları) tarafından da ileri sürülebilir. Hakim de, muvazaayı kendiliğinden dikkate alır. Ayrıca, muvazaa iddiası, taraflarca herkese karşı ileri sürülebilir. Ancak; **a)** TBK. mad. 19/

85 Ayrıntılı bilgi için bkz: ESENER, T. age. s: 41 vd. - UYGUR, T. age. C: 1, s: 282 - FEYZİOĞLU, F. age. s: 192 - TEKİNAY, S. S. 360 - ÖNEN, T. age. s: 47 - REİSOĞLU, S. age. s: 49 - İNAN, N. age. s: 179 - OĞUZMAN, K./ÖZ, T. age. s: 129 - EREN, F. age. s: 318 - KILIÇOĞLU, A. age. s: 183- ÖZKAYA, E. s: 173 vd. - TEKİL, F. age. s: 68 - ÖZSUNAY, E. age. s: 93 - AYBAY, A. age. s: 47 - KURAK, N. agm. s: 38 - SARIGÖLLÜ, E. agm. s: 667 - YAVUZ, N. age. C: 1, s: 209

86 Ayrıntılı bilgi için bkz: ESENER, T. age. s: 42 - FEYZİOĞLU, F. age. s: 192 vd. - TEKİNAY, S. S. age. s: 360 - ÖNEN, T. age. s: 47 vd. - ÖZSUNAY, E. age. s: 94 - İNAN, A. N. age. s: 180 vd. - KURAK, N. agm. s: 38 - SARIGÖLLÜ, E. agm. s: 668 - ÖZKAYA, E. age. s: 174 vd. - EREN, F. age. s: 318 - OĞUZMAN, K./ÖZ, T. age. s: 129 - KILIÇOĞLU, A. age. s: 184 - YAVUZ, N. age. C: 1, s: 209 - UYGUR, T. age. C: 1, s: 282 vd.

87 Ayrıntılı bilgi için bkz: ESENER, T. s: 49 vd. - FEYZİOĞLU, F. age. s: 195 - İNAN, A. N. age. s: 182 vd. - REİSOĞLU, S. age. s: 50 vd. - ÖZSUNAY, E. age. s: 97 vd. - AKBAY, A. age. s: 47 vd. - TUNÇOMAĞ, K. age. s: 300 vd. - YAVUZ, N. age. s: 5 - YAVUZ, N. age. C: 1, s: 210

88 Bknz: HGK. 3.6.1964 T. 422/398

İI uyarınca, yazılı borç ikrarına dayanarak muvazaalı alacağı iktisap etmiş olan iyiniyetli (MK. mad. 3) üçüncü kişilere karşı borçlu; muvazaa iddiasında bulunamaz. **b)** Muvazaalı bir sözleşme gereğince bir malı devralan kimse, emin sıfatıyla zilyet durumunda olduğundan, ondan iyiniyetle o malı iktisap eden kimsenin iktisabı korunur (MK. mad. 990) ve ona karşı muvazaa iddiasında bulunulamaz. **c)** Muvazaalı sözleşme ile mülkiyeti devredilen bir taşınmaz ise, görünürde malik lehine olan tapu kaydına, iyiniyetle güvenerek, ondan o taşınmazı iktisap eden kimsenin bu iktisabı korunur (MK. mad. 1023) ve ona karşı muvazaa iddiası ileri sürülemez.

Görünürdeki işlemin hükümsüzlüğü -tarafarca ve üçüncü kişilerce-defi olarak ileri sürülebileceği gibi⁸⁹ bu konuda -tarafarca ve üçüncü kişilerce- bir davada da açılabilir.⁹⁰ Bu davada, yapılan görünürdeki işlemin, «muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğunun tesbiti» istenir. Bu dava hukukî niteliği bakımından bir «menfi tesbit davası»dır.

Görünürdeki (muvazaalı) işlem, belirtildiği şekilde «hükümsüz» olur ve belirtilen sonuçları doğururken, görünürdeki işlemin altında (gizli) bir işlem varsa -yani, bir «nisbi muvazaa» söz konusu ise- bu gizli işlem, tarafların gerçek iradelerine uygun olduğu için, genel ve (şekil) koşulları yerine getirilerek yapılmış ise, geçerli olur.⁹¹

Buraya kadar -konumuz bakımından önem taşıdığı için- niteliğini belirtmeye çalıştığımız «muvazaalı işlemler» hakkında, İİK. mad. 277 vd. göre «iptâl davası açılmayacağı» **doktrinde** genellikle belirtilmesine rağmen, **kanımızca** -biraz sonra değineceğimiz Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarındaki görüşe de katılarak- «muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılabileceğini- kabul eden görüş daha doğrudur.

«**Muvazaa davası**» -daha doğrusu; yapılan işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğunu belirtmek için açılan tesbit davası- ile «iptâl davası» güttükleri amaç bakımından birbirlerine yaklaşırlarsa da, gerçekte, nitelikleri, koşulları, doğurduğu sonuçlar bakımından birbirinden farklıdır. «İptal davası»da, borçlunun tasarruf işlemlerinden zarar gören -ve elinde «aciz vesikası» bulunan- alacaklılar tarafından açılabilir. Ancak, «iptâl davası», borçlu tarafından geçerli olarak yapılan tasarruf işlemlerinin -davacı bakımından- hükümsüz olduğunu tesbit ettirmek için açıldığı halde, «muvazaa davası»nda, borçlunun yaptığı tasarruf işleminin gerçekte hiç yapılmamış olduğunun tesbiti istenir... «İptal davası... aynı

89 ESENER, T. age. s: 56 - ÖZSUNAY, E. age. s: 97 - İNAN, A. N. age. s: 183 - von Tuhr. A. Borçlar Hukuku, C: 1-2 (Terc. Edege, C.) 1983,s: 274 - TUNÇOMAĞ, K. age. s: 301

90 ÖZDİL, Z. Sözleşmenin Tarafı Olmayan Kişinin «Muvazaa» İddiası (Yarg. D. 1984/4, s: 444 vd. - İzmir Bar. D. 1984/4, s: 33 vd.) - YAVUZ, N. age. s: 6

91 ESENER, T. age. s: 102 vd. - von Tuhr. A. age. s: 274 - TUNÇOMAĞ, K. age. s: 301

olmayıp kişisel (şahsi) bir dava olduğu halde, «muvazaa davası» aynı bir davadır ve sonunda muvazaa kanıtlanırsa, dava konusu mal, borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış hale gelir. Taşınmaza ilişkin muvazaa davalarında, hakim «tapu kaydının da (borçlu adına) düzeltilmesine» karar verir. «Muvazaa iddiası» zamanaşımına bağlı olmadan ileri sürülebildiği halde^{92 93} «iptâl davası»nın, tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren en geç hak düşürücü süre olan beş yıl içinde açılması gerekir (İİK. mad. 284).

«Muvazaalı tasarrufun hangi tarihte yapıldığı» önem taşımasına -ve bu nedenle; az önce belirttiğimiz gibi her zaman muvazaa iddiasının ileri sürülebilmesine rağmen; «iptâl konusu tasarrufun İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası sonucunda iptâl edilebilmesi için, davacı alacaklının alacağı-
nın doğumundan sonra yapılmış olması» öteden beri Yargıtayın yerleşmiş içtihatları ile istenmektedir...

Aynı amaca yönelik bulunmakla beraber, nitelikleri, koşulları birbirinden farklı olan bu davalar karşısında, alacaklıların durumu ne olmalıdır?

Kanımızca, borçlunun muvazaalı bir işlemde bulunduğunu öğrenen alacaklı, dilerse İİK. mad. 277 vd. göre «iptâl davası» dilerse TBK. mad. 19'e göre «muvazaa davası» (daha doğrusu, yapılan işlemin muvazaa nedeniyle hükümsüz olduğu konusunda tesbit davası) açabilmelidir. Ala-

92 **ESENER, T.** age. s: 107 - **ÖZKAYA, E.** age. s: 215-1006 - **UYGUR, T.** age. C: 1, s: 734 - **OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./ÖZDEMİR, S. O.** age. s: 301, dipn. 319 - **ALTAY, S.** age. C: 1, s: 671 - **YAVUZ, N.** age. s: 6

93 Bknz: «...Muvazaa iddiasına dayanan davalarda zamanaşımı ve hak düşürücü süre söz konusu olamaz. Anılan yön, yargısal uygulamada benimsenmiş bulunmaktadır...» '1. HD. 10.12.1987 T. 9438/11993' (YKD. 1988/4, s: 469)

- «...bu temlikin muvazaalı olup geçerli bulunmadığını ileri sürerek işbu iptâl ve tescil davasını açmıştır. Böylece dava, mülkiyete ve aynı hakka ilişkindir. Bu tür davalarda kural olarak dava zamanaşımı sözkonusu olmaz. Bu nedenle, olayda BK'nun 125. ve MK'nun 638. maddelerinin uygulama yeri yoktur...» '1. HD. 28.2.1984 T. 1206/2145' (Manisa Bar. D. 1985/ Temmuz, s: 17)

- «...muvazaalı işlemin hiçbir hüküm doğurmayacağı konusu gerek uygulamada ve gerekse bilimsel görüşlerde oybirliği ile benimsenmiş bulunduğu; bu nedenle hakimın muvazaayı istek olmaksızın resen gözönünde tutması gerektiğine; muvazaa sebebinin ortadan kalkması veya bir zamanın geçmesi ile görünüşteki işlemin geçerli hale geleceği kuşkusuz bulunduğu, muvazaanın gerek def'an ve gerekse dava yolu ile her zaman ileri sürülebileceğine, bir başka ifadeyle muvazaa iddialarında zamanaşımı söz konusu olmadığına göre (Kenan Tunçomağ; Türk Borçlar Hukuku, C: 1, Genel Hükümler, s: 300 vd., özellikle dipn. 19 ile ilgili metin ve dipnotta anılan eserler; Becker, Borçlar Kanunu Şerhi, 87). Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. 'HGK. 22.6.1983 T. 1-497/713' (İKİD. 1983/10, s: 2090 - YKD. 1984/2, s: 189 - Bursa Bar. D. 1984/Kasım, s: 30) »

- «...Borçlar Yasasının 18.maddesine dayanılarak açılan iptal davalarında zamanaşımı söz konusu değildir. Hal böyle olunca, yazılı olduğu üzere, davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. '1.HD. 25.1.1983 T. 14813/430» (www.e-uyar.com)

caklının, muvazaalı işlem hakkında «iptal davası» açamayıp, «muvazaa davası» açması gerektiğini savunmak, teorik esaslara uygun olmakla beraber, özellikle, muvazaa davalarında, «muvazaa iddiasının isbatı» konusunda alacaklılar çok güç durumda kalabilir. Gerçekten, «*muvazaanın üçüncü kişilerce isbatında yazılı delile gerek yok ve bu konuda tanık dinletilebilirse*»de⁹⁴ alacaklı, muvazaa iddiasını kanıtlayabilmek için tanık beyanından da yararlanmıyor olabilir. Halbuki, iptal davasında davacı - alacaklı, borçlunun muvazaalı işlemi hakkında tanık dinletmeden de -dava konusu işlemin, kanunun öngördüğü belirli kimseler arasında veya belirli süreler içinde yapılmış olduğunu (İİK. mad. 278, 279, 280) kanıtlamak suretiyle- kendi yararına, tasarrufun iptali konusunda, mahkemen bir karar alabilir.

Davacı - alacaklı, «muvazaa»yı her türlü kanıtla isbat edebilecek durumda ise, «muvazaa davası» açabileceği gibi, «iptâl davası»da açabilir. Ancak, iptâl davası süreye bağlı olduğundan (İİK. mad. 284) eğer davacı - alacaklı, bu süreyi geçirmişse ya da iptâl davasına konu ettiği tasarruf, İİK. mad. 278, 279 ve 280'deki bir ve iki yıllık sürelerden daha önce yapılmışsa, davacı - alacaklının «muvazaa davası» açması gerekir. Çünkü, bu dava, zamanaşımına bağlı olmadığından, her zaman açılabilir.

Eğer davacı - alacaklı, açtığı «muvazaa davası»nı kazanırsa, mahkemeden alacağı ilâmı, icra dairesine sunarak, dava konusu taşınmazın -borçlunun borcundan dolayı- haczedilmesini isteyebilir. Ayrıca «iptâl davası» açmasına gerek yoktur.⁹⁵

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşıldığı gibi, davacı - alacaklının, borçlunun yaptığı muvazaalı tasarrufun iptâlini isteyebilmesine karşı çıkmamak gerekir. Aksi takdirde, «*muvazaalı olan, dolayısı ile hükümsüz olan hiç bir hukukî sonuç doğurmamış olan bir işlemin iptâli istenemez*» gerekçesiyle, alacaklıların bu dava hakkından yararlanamayacakları ileri sürülürse, borçluların uygulamada sık sık başvurdukları pek çok muvazaalı işlemlere göz yumulması gerekir. Örneğin; borçlu, alacaklılarının muhtemel icra takibinden etkilenmemek ve mallarının haczini önlemek için, bir yakınına muvazaalı olarak borç senedi verip, maaşına haciz koydurursa ya da bir taşınmazı üzerine muvazaalı borç ikrarında bulunup ipotek kurdurursa, gerçek alacaklıları bu tasarrufların «muvazaalı olduğunu» nasıl kanıtlayacaklardır? Eğer bu gibi durumlarda «*alacaklılar, iptal davası açamamışlar, çünkü ortada geçerli bir*

94 ESENER, T. age. s: 109 - FEYZİOĞLU, F. age. s: 210 - TUNÇOMAĞ, K. age. s: 312 - İNAN, A. N. age. s: 187 - POSTACIOĞLU, İ. Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 1964, s: 230 - ÖZKAYA, E. age. s: 206

95 ESENER, T. age. s: 107

tasarruf yoktur, muvazaa davası açsınlar» denilirse, muvazaanın isbatı konusundaki güçlük -hatta, imkansızlık- nedeniyle, borçluların kötüniyetli davranışı ödüllendirilmiş olur. Halbuki, bu gibi durumlarda borçlulara «iptal davası» açma olanağı da tanınırsa, alacaklılar hiç olmazsa, İİK. mad. 278-280'de öngörülen durumların varlığını -örneğin; borçlu ile işlemde bulunan kimsenin, borçlunun İİK. mad. 278/III-1'de öngörülen hisımı ya da evlatlığı olduğunu veya kurulan ipoteğin İİK. mad. 279/III-1'deki bir yıllık süre içinde kurulmuş olduğunu- kanıtlamak suretiyle, borçlunun muvazaalı olarak yaptığı tasarrufu iptal ettirerek, bu tasarruftan etkilenmeyebilirler...

Veya, belirtilen durumlarda «iptâl davası açılmaz yahut iptâl davası açılmasına gerek yoktur, çünkü muvazaalı tasarruflar hiçbir hüküm doğurmadığından, bu işleme konu mal ve alacaklar borçlunun malvarlığı dışına çıkmamış olduğundan alacaklı bunları haciz ettirip, sattırarak -gerekerse istihkak davası açarak- alacağına kavuşabilir» şeklinde düşünülürse; borçlu tarafından muvazaalı olarak başkasına devredilmiş (ya da üzerinde ipotek kurulmuş uzun süreli kira şerhi verilmiş) taşınmaz ya da sicile kayıtlı (kara, deniz ve hava taşıtları vb. gibi) taşınırlar hakkında alacaklının -yapılan devir ya da ipotek işlemi yok sayarak- «haciz» ve «satış» işlemi yürütmesi teknik olarak mümkün değildir. «Bu gibi durumlarda İİK. mad. 94/II uyarınca alacaklının talebi üzerine icra müdürlüğünce tasarruf konusu taşınmazın tapu kaydı üzerine haciz konulabileceği» konusundaki görüşün uygulamada benimseneceğini sormadığımız gibi İcra ve İflâs Kanunu hükümlerini öteden beri çok dar yorumlayan Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin de bu görüşe sıcak bakacağını sanmıyoruz...

Alacaklıların «muvazaa nedeni»ne dayanarak İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası açamamalarını istemek teorik esaslara uygun olmakla beraber bu görüş uygulamada özellikle taşınmazlara ve sicile kayıtlı taşınırlara ilişkin muvazaalı işlemlerden kaynaklanan tüm sorunları çözememektedir...

Sonuç olarak, borçlunun malvarlığını azaltmak (mal kaçırmak) amacıyla yaptığı muvazaalı işlemlerden zarar gören alacaklı dilerse *özel hüküm* niteliğindeki İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davası, dilerse *genel hüküm* niteliğindeki TBK. mad. 19'a göre muvazaa davası açabilir.^{96 97} İİK. mad. 277 vd.'da düzenlenmiş «iptâl davası», genel hükümlere (TBK. mad. 19) göre «muvazaa davası» açılmasını önlemez.⁹⁸ Ayrıca davacı-alacaklı bu konuda mahkemede *terditli (kademeli)* dava da açabilir (HMK. mad.

96 Bknz: 1. HD. 22.5.1984 T. 3005/6104 (www.e-uyar.com)

97 Aynı görüşte AKKAYA, T. agm. s: 681 - ÖZKAYA, E. age. s: 215

98 Bknz: 15. HD. 11.10.1993 T. 3423/3940 (www.e-uyar.com)

111 vd.). Yani; borçlunun mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarruflardan zarar gören alacaklı, açtığı davada önce «işlemin muvazaalı olduğunun tesbiti ile buna göre hüküm kurulmasını» (yani; borçlunun yaptığı işlemin hükümsüzlüğünün, hiç yapılmamış olduğunun tesbitini), bu (muvazaa) iddiasının kabul edilmemesi halinde ise «İİK. mad. 277. vd. göre tasarrufun iptaline karar verilmesini» talep edebilir. Ya da önce «İİK. mad. 277 vd. göre tasarrufun iptalini» bu kabul edilmediği takdirde «muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğün tesbitine karar verilmesini» isteyebilir. Davacı birinci halde «ispat yükünün gereğini yerine getirmeme ihtimalini dikkate alarak, ikinci halde ise «iptâl sebeplerine ilişkin objektif koşulların gerçekleşmeme ihtimali nedeniyle» terditli (kademeli) talepte bulunur.⁹⁹

Hatta **doktrinde**¹⁰⁰ bu davaların birbirinden farklı olmaları nedeniyle, aynı anda ayrı ayrı açılarak görülebileceği, bu durumda «derdestlik itirazı»nda bulunulamayacağı ve birisinde verilen kararın diğeri için «kesin hüküm» teşkil etmeyeceği ancak, «muvazaa davası» sonuçlanıp karar kesinleştiğinde, «iptâl davası»nın konusuz kalacağı ileri sürülmüştür...

Yargıtay'ın «muvazaa nedenine dayalı iptâl davaları» konusundaki tutumu nedir?

Yerel mahkemeler tarafından İİK. 277 vd. dayanılarak açılan davalar sonucunda verdikleri kararlar, yakın zamana kadar temyizen **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi** tarafından incelenmekteyken (daha önce bu kararlar **Yargıtay İİD. ve 12. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 13. Hukuk Dairesi** tarafından inceleniyordu) 1.2.2007 tarihli Yargıtay Başkanlar Kurulu Kararı ile 29.1.2007 tarihinden itibaren **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** tarafından incelenmeye başlanmıştır.¹⁰¹ Ayrıca, «muvazaa (TBK. mad. 19) nedenine dayalı iptâl» (veya «iptâl ve tescil») istemleri hakkında yerel mahkemeler tarafından verilmiş olan kararlar öteden beri -«haksız fiil»den kaynaklanmaları nedeniyle- temyizen **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi** tarafından incelenmekteyken; Yargıtay Başkanlar Kurulunun 21.01.2013 tarihli kararı¹⁰² ile «tüm TBK. 19'dan kaynaklanan muvazaa davaları» **Yargıtay 17. Hukuk Dairesince** temyizen incelenmeye başlamıştır.

Bu **Dairelerin** (ve Dairelerin kararlarına karşı yerel mahkemelerce «direnme kararı» verilmesi üzerine, uyuşmazlığı çözümleyen **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**'nun) olaya bakış açısı farklı olmuştur.

99 AKKAYA, T. agm. s: 677 vd. - ASLAN, K. a.g.e. s: 493 - ALTAY, S. age. C: 1, s: 671 - BELGESAY, M. R. İcra ve İflas Hukuku, 2. Cilt, İflas, 1946, s: 88 - BELGESAY, M. R. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1949, s: 264

100 ÖZKAYA, E. age. s: 215

101 Bknz: Yargıtay Kararları Dergisi, Mart/2007, s:424

102 Bknz: R. G. 26.01.2013 T. sayı:28540 (www.e-uyar.com)

Gerçekten;

A) Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarında;

√ « ‘Cironun muvazaaya dayalı olduğu’nun, iptâl davasına konu yapılabileceğini»¹⁰³

√ «Borçlunun yaptığı temlik işleminin muvazaaya dayandığı ileri sürülerek iptâl davası açılabilceğini»¹⁰⁴

√ «Muvazaalı borç ikrarlarının, iptâl davasına konu edilebileceğini»¹⁰⁵

B) Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarında;

√ «Muvazaalı borç ikrarının (borçlanmanın) iptâl davasına konu olabileceğini»¹⁰⁶

√ «Muvazaalı taşınmaz devir işlemi hakkında iptâl davası açılabilceğini»¹⁰⁷

belirtilmişken;

C) Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, bu konudaki içtihatlarının bir kısmında «muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılabilceğini» bir kısmında ise «iptâl davasının geçerli tasarrufları için sözkonusu olabileceğini, muvazaalı tasarruflar için iptâl davası açılmayacağını» aşâğda sunulduğu şekilde belirtmiştir.

aa) √ « ‘Muvazaalı’ borç ikrarı ve takip hakkında İİK’nun 277 vd. göre iptâl davası açılabilceğini»¹⁰⁸

√ « ‘Borçlunun muvazaalı olarak diğer davalı üçüncü kişiye borçlandığı’ ileri sürülerek, bu borç senedinin iptâli istemiyle İİK. 277 vd. göre dava açılabilceğini»¹⁰⁹

√ « Muvazaalı işlemler hakkında iptâl davası açılabilceğini»¹¹⁰

√ « ‘Borçlunun ‘muvazaalı olarak kardeşine borçlanıp, kendisi hakkında takip yaptırıp taşınmazlarını haciz ettirmesi’ işleminin iptâl davasına konu edilebileceğini»¹¹¹

bb) √ « Tasarrufun iptâli davalarının kanun uyarınca geçerli tasarruflar için sözkonusu olabileceğini, başka bir deyişle muvazaalı olma-

103 Bknz: 12. HD. 14.3.1988 T. 5283/2978 (www.e-uyar.com)

104 Bknz: HGK. 9.4.1975 T. 12-1274/528 (www.e-uyar.com)

105 Bknz: İİD. 9.6.1966 T. 8057/8007 (www.e-uyar.com)

106 Bknz: 13. HD. 13.2.1978 T. 5021/535 (www.e-uyar.com)

107 Bknz: 13. HD. 18.4.1975 T. 2153/2622 (www.e-uyar.com)

108 Bknz: 15. HD. 20.2.2002 T. 5385/865; 15.11.1999 T. 4175/4058 (www.e-uyar.com)

109 Bknz: 15. HD. 24.10.1994 T. 3652/6122; 5.4.1994 T. 1516/2040 (www.e-uyar.com)

110 Bknz: 15. HD. 5.3.1992 T. 917/1106; 14.11.1990 T. 4381/11547 (www.e-uyar.com)

111 Bknz: 15. HD. 15.9.1990 T. 3485/3260 (www.e-uyar.com)

yan, geçerli satışların tasarrufun iptali davasının konusunu teşkil edebileceğini»¹¹²

√ « İİK. 277 vd. göre iptâl davası açma hakkının, genel hükümlere göre (BK. 18, şimdi; TBK. 19) muvazaa davası açılmasını engellemeyeceğini»¹¹³

belirtmiştir.

D) Bugün iptâl davası hakkında verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi**, bu konudaki içtihatlarında;

√ «Danışıklı işlem ile diğer kişilerin haklarının zarara uğratıldığının benimsenebilmesi için onların, danışıklı işlemde bulunandan alacaklarının bulunması ve danışıklı işlemin o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış olması gerektiği- Davacıların alacağı davalının sebebiyet verdiği 2007 tarihli kazadan doğan tazminat alacağından kaynaklanmakta olup, tazminat davası sonuçlanmış, muvazaalı olduğu ileri sürülen icra takip dosyası ilk olarak önce takipsiz bırakılmış sonra yenilenmiş ve takip dosyasından haciz konulan taşınmaz yapılan ihalede alacağı mahsuben alacaklı kişi tarafından alınmış olup, mahkemece, bu taşınmazla ilgili olarak mahallinde keşif yapılarak, keşif sırasında daha önce dinlenen tanıkların yeniden dinlenilerek, taşınmaz üzerinde borçlu, davalı ve dava dışı kişinin evlerinin bulunup bulunmadığı, evlere ne zaman elektrik ve su aboneliklerinin yapıldığı sorularak iddianın doğruluğunun araştırılması, doğruluğu ispat edildiği takdirde, muvazaalı olduğu iddia edilen takip konusu borcun aslında 1996 yılında doğduğu tesbit edilmiş olmakla birlikte amacın taşınmazın haczi ve satışını engellemek olduğundan takibin iptaline, ancak taşınmazın borçlunun adına kayıtlı hissenin aslında 1/3 nün borçluya ait olduğunun anlaşılması halinde, sadece 1/3 üzerinde davacılar haciz ve satış isteme yetkisi verilmesine karar verilmesi gerektiğini»¹¹⁴

√ «Danışıklı bir hukuki işlem ile üçüncü kişilere zarar verilmesi, onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğundan, kural olarak danışıklı işlem (muvazaalı muamele) nedeniyle hakları zarara uğratılan üçüncü kişilerin, tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilecekleri, ancak, danışıklı işlem ile üçüncü kişilerin haklarının zarara uğratıldığının benimsenebilmesi için onların, danışıklı işlemde bulunandan alacaklarının bulunması ve danışıklı işlemin o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış

112 Bknz: 15. HD. 18.9.2002 T. 3326/3957; 16.1.2002 T. 5624/97; 5.6.2001 T. 2478/3026; 15.2.2001 T. 514/873; 29.11.2000 T. 4908/5266 (www.e-uyar.com)

113 Bknz: 15. HD. 11.10.1993 T. 3423/3940 (www.e-uyar.com)

114 Bknz: 17. HD. 07.02.2017 T. 18413/1094 (www.e-uyar.com)

olması gerekeceği, davacının bu davadaki amacının alacağını tahsil edebilmek için muvazaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamak olduğunu»¹¹⁵

√ «Alacaklının nafaka ve maddi manevi tazminat talebinde bulunduğu boşanma davası, taşınmaz devrine ilişkin tasarrufun yapıldığı tarihten sonra açılmışsa da, boşanmaya neden olan sebeplerin; tasarruf tarihi öncesinde mevcut olduğu boşanma ve (basit yaralama suçu nedeniyle davalının sanık, davacının mağdur olarak yer aldığı) ceza davası dosya içerikleri ile sabit bulunduğundan, davacının TBK. mad. 19 maddesi gereğince muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal istemine ilişkin açtığı davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini»¹¹⁶

√ «Dava konusu satış işleminin muvazaalı olduğu davacı tarafından ispatlanamadığından TBK'nun 19. maddesi gereğince açılmış muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal istemine ilişkin davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini- Aynı hukuki sebeple reddedildiğinden, kendisini vekille temsil ettiren davalılar yararına tek vekalet ücreti takdiri gerektiğini»¹¹⁷

√ «Ödeme emrinin tebliğinden sonra dava konusu aracı davalılara devreden borçlunun aracı halen kullanıyor olması, davalı dördüncü kişinin borçlunun oğlu olması karşısında muvazaalı satışın iptaline karar verilmesinin isabetli olduğunu»¹¹⁸

√ «İşlemin danışıklı (muvazaalı) yapıldığı iddiasına dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin TBK. mad. 19 uyarınca açılan davada, davacının boşanma davası açtığı (taşınmazını devreden) eşinin de davaya dahil edilmesi gerektiğini- Danışıklı işlem ile diğer kişilerin haklarının zarara uğratıldığı benimsenebilmesi için onların, danışıklı işlemde bulunandan alacaklarının bulunması ve danışıklı işlemin o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış olması gerektiği, davacının boşanma davası dışında katkı payı ve katılma alacağı davası bulunup bulunmadığının mahkemece araştırılması gerektiğini- TBK. mad. 19 uyarınca açılan davalarda, İİK. mad. 283/1 kıyasen uygulanarak dava konusu taşınmazın davalıya satışına ilişkin tasarrufun iptali ile davacıya bu taşınmaza haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına karar verilmesi gerektiğini»¹¹⁹

115 Bknz: 17. HD. 18.01.2017 T. 23212/213 (www.e-uyar.com)

116 Bknz: 17. HD. 16.01.2017 T. 22909/50; 09.01.2017 T. E: 2016/10945, K: 32; 09.01.2017 T. 10945/32 (www.e-uyar.com)

117 Bknz: 17. HD. 13.12.2016 T. 21199/11511 (www.e-uyar.com)

118 Bknz: 17. HD. 13.12.2016 T. 19301/11528 (www.e-uyar.com)

119 Bknz: 17. HD. 12.12.2016 T. 21228/11433 (www.e-uyar.com)

√ «Satışa dair öngörüşmeler sırasında davalıya ait iken davalı kızına satış yapılmasına rağmen borçlunun aynı taşınmazı satış konusunda davacı ile anlaşmaya varmasının, satışın gerçek olmadığını, halen borçlunun kendisini üzerinde tasarruf yapmaya yetkili gördüğünü yani malik olarak değerlendirdiğini dolayısı ile borçlunun kızına yaptığı devrin muvazaalı olduğunu gösterdiğini»¹²⁰

√ «Muvazaaya dayalı iptal davasında, davacı muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmekte olup davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK . mad. 283/1 kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceğini- Mahkemece dava İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali davası olarak nitelendirilmiş ise de mahkemenin bu nitelendirmesine katılma olanağı bulunmadığından mahkemece davacı tarafından davalı borçlu aleyhine açılan boşanma davasının kesinleşmesi beklenerek alacağın kesinleşmesi halinde mevcut delillerin TBK'nun 19. maddesi gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»¹²¹

√ «Dava dilekçesindeki ileri sürüş biçimine göre davanın hukuksal nitelikçe TBK'nun 19 maddesinin özüne ve sözüne uygun muvazaaya nedeniyle iptal istemine ilişkin olduğu, kural olarak 3.kişilerin, danışıklı işlem nedeniyle hakları zarara uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilecekleri, çünkü danışıklı bir hukuki işlem ile 3. kişilere zarar verilmesinin onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğu, ancak 3. kişinin danışıklı işlem ile haklarının zarar uğratıldığının benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan alacaklı olmasının ve danışıklı işlemin alacağının ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış bulunmasının gerekeceğini»¹²²

√ «Muvazaaya dayalı (TBK. mad. 19) davalarda davacının icra tabikine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek bulunmadığı, davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek, İİK. mad. 283/1 kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceğini- TBK. mad. 19 gereğince muvazaa hukuksal sebebine dayalı temlik işleminin iptali istemine ilişkin davanın mahkemece İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açıl-

120 Bknz: 17. HD. 06.12.2016 T. 17070/11213 (www.e-uyar.com)

121 Bknz: 17. HD. 29.11.2016 T. 13643/11022 (www.e-uyar.com)

122 Bknz: 17. HD. 29.11.2016 T. 11645/11020 (www.e-uyar.com)

muş tasarrufun iptali davası olarak nitelendirilmesinin ve 'aciz belgesi sunulmadığı' gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesinin hatalı olduğu- Davacı tarafından davalı borçlu muris hakkında yapılan takip dosyalarındaki alacakla ilgili olarak açılan ceza davasının kesinleşmesi beklenip davacının alacaklı olup olmadığı ve alacak miktarı belirlenerek dava konusu satış işleminin TBK. mad 19 gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini- Aynı hukuki sebebe dayalı olarak reddedilen davada kendisini vekille temsil ettiren davalılar yararına tek vekalet ücreti takdiri gerektiğini»¹²³

√ «Danışıklı işlem ile diğer kişilerin haklarının zarara uğratıldığının benimsenebilmesi için onların, danışıklı işlemde bulunandan alacaklarının bulunması ve danışıklı işlemin o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış olması gerektiğini- TBK. mad. 19 uyarınca açılan davalarda, İİK. mad. 283/1 kıyasen uygulanarak dava konusu taşınmazın davalıya satışına ilişkin tasarrufun iptali ile davacıya bu taşınmaza haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına karar verilmesi gerektiğini- Davacı tarafından davalı borçlu aleyhine açılan tazminat davasının sonucu beklenerek alacağın kesinleşmesi halinde, mevcut delillerin TBK'nun 19 maddesi gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken hukuki nitelendirmede hata yapılarak «kesinleşmiş bir takibin bulunmadığı, aciz belgesinin sunulmadığı» gerekçesiyle davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu- Dava koşulu yokluğu nedeniyle davanın reddi halinde, davalılar yararına maktu vekalet ücreti takdiri gerektiğini»¹²⁴

√ «TBK'nun 19.maddesine dayalı olarak açılan muvazaâ nedeni ile işlem iptaline ilişkin davada, İİK. mad. 283/1 kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerektiğini- Davalıların aynı gün 3 adet taşınmazı çok düşük bedellerle satın alması ve tanık beyanlarına göre satışın muvazaalı olduğunun anlaşılması bulunmasına göre davanın kabulü gerektiği- Mahkemece, satışlarının iptaline karar verilen parsellerin artık bir başka parselin parçası haline gelmesi halinde, kararın bu hali ile infaz kabiliyeti olamayacağından, mahkemece kadastro bilirkişisinden alınan rapor ekindeki şemaya göre yeni oluşan parseller içerisinde kalan dava konusu parsellerin miktarı belirlenerek ve ilgili şema eklenerek satışların bu miktar ve bölümle sınırlı olarak iptali ile

123 Bknz: 17. HD. 22.11.2016 T. 20871/10761 (www.e-uyar.com)

124 Bknz: 17. HD. 25.10.2016 T. 17768/9333 (www.e-uyar.com)

davacıya satış yetkisi verilmesi gerekeceğini»¹²⁵

√ «Muvazaaya dayalı iptal davasının kanıtlanması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK. mad. 283/1, 2 kıyasen uygulanarak iptal ve tescille gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceğini- Davacı vekilinin, eldeki davayı davalı aleyhine açılan boşanma davası sonucu hükmedilmesi muhtemel tazminat alacağının tahsiline yönelik açtığı, tedbir nafakasına ilişkin takip dosyasına konu borç ödenmiş olduğu, aile mahkemesinin kesinleşmiş ilamı ile davacı lehine tazminat ile müşterek çocuklar için iştirak nafakasına hükmedildiği ve takip dosyası ile ilamın takibe bulunduğu ve takibin derdest olduğu anlaşıldığından, eldeki davanın bu takip dosyasındaki alacağın tahsiline yönelik olarak açıldığı kabul edilerek, delillerin TBK'nun 19. maddesi gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, tedbir nafakasına ilişkin borcun ödendiği gerekçesiyle davanın reddiniin hatalı olduğunu»¹²⁶

√ «Dava konusu taşınmazın satışını yapan davalılar aynı belde de mukim olup, davalının borçlunun eşinden boşandığını ve vekillik ücreti borcunun bulunduğunu, taşınmazın iştirak halinde 1/2 hissesinin davacı eşe ait olduğunu bilerek satın aldığı dosya kapsamı ile sabit olduğundan, taşınmazın 1/2 iştirak halinde hisseye sahip boşanılan eşten habersiz olarak satışının davacıdan mal kaçırma amacı ile muvazaalı olarak yapıldığının kabulü gerekeceğini»¹²⁷

√ «Davanın TBK'nin 19. maddesi gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken davanın tasarrufun iptali davası olarak nitelendirilmesi ve delillerin bu doğrultuda değerlendirilmesi isabetli görülmediğinden kararın bozulması gerekeceğini»¹²⁸

√ «TBK'nun 19.maddesi gereğince muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal istemine ilişkin davada, mahkemece tasarruf tarihi itibarıyla davalı şirketin davacı idareye borcu bulunmadığı belirlenmişse de, davacı idare tarafından gönderilen mükellef borç listesi dikkate alındığından, davalı şirketin tasarruftan önce vergi borcu olduğunun kabulü gerektiği-Ticaret Sicil Kayıtlarından davalı 3.kişinin davalı borçlu şirketteki hisselerini davacı idarenin alacağının doğduğu tarihten sonra devrettiği ve şirketin yönetim kurulu üyesi olduğu, dava konusu taşınmazı hisse devri karşılığı almış olduğunu savunması, taşınmaz

125 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 12160/6293 (www.e-uyar.com)

126 Bknz: 17. HD. 17.05.2016 T. 14573/6009 (www.e-uyar.com)

127 Bknz: 17. HD. 10.05.2016 T. 15222/5692 (www.e-uyar.com)

128 Bknz: 17. HD. 03.05.2016 T. 5852/5361 (www.e-uyar.com)

üzerinde fabrika bulunması gibi maddi ve hukuki olgular gözönüne alındığında, dava konusu taşınmaz devrine ilişkin tasarrufun muvazaalı olduğunun kabulü ile İİK'nun 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak davacı idareye tasarruf tarihine kadar olan alacak ve ferileriyle sınırlı olarak anılan taşınmaz üzerinde haciz ve satış yetkisi verilmesine karar verilmesi gerektiğini»¹²⁹

√ «İİK.nun 277 vd. maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkının, davacının genel hükümlere göre muvazaaya dayanarak dava açmasına engel teşkil etmediğini- Davacının «mevcut alacağının tahsilinin imkansız hale getirilmesi amacıyla dava konusu senedin muvazaalı olarak düzenlenip takibe konulduğu» iddiasıyla tasarrufun iptali davası açmakta hukuki yararının bulunduğu, mahkemece taraf delillerinin toplanıp, TBK.nun 19. maddesi çerçevesinde değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini»¹³⁰

√ «Mahkemenin gerekçesini hem TBK'nun 19.maddesinde düzenlenen muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davası hem de İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali davası olarak oluşturmasının hatalı olacağını- Davanın TBK'nun 19.maddesi gereğince açılmış muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davası olduğu kabul edilerek, mevcut delillerin anılan yasal düzenleme gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi; muvazaanın ispatlanamaması halinde davanın reddine, aksi takdirde yani muvazaanın ispatlanması halinde de kademeli olarak değil tüm tasarruflar yönünden, İİK'nun 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak tapu iptali ve tescile karar verilmeden davacının dava konusu alacak ve ferileriyle sınırlı olarak anılan taşınmazlarda haciz ve satış yetkisi verilmesi şeklinde hüküm tesisi gerektiğini»¹³¹

√ «Borçlunun 'muvazaalı takipler yaptırarak, adına tesciline karar verilen taşınmazlar üzerine koydurduğu (muvazaalı) hacizlerin hükümsüz sayılması için yapılan takiplerin iptali' istemiyle açılan tasarrufun iptali davası sonucunda, mahkemece 'davalı borçlunun diğer üçüncü kişiler ile anlaşarak hakkında yaptırdığı takiplerin muvazaalı olması nedeniyle iptaline' dair verilen kararda bir isabetsizlik bulunmadığını»¹³²

√ «Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde düzenlenen dava konusu işlemin danişıklı (muvazaalı) yapıldığı iddiasına dayalı tasarrufun iptali

129 Bknz: 17. HD. 03.05.2016 T. 2431/5353 (www.e-uyar.com)

130 Bknz: 17. HD. 19.04.2016 T. 4439/5019 (www.e-uyar.com)

131 Bknz: 17. HD. 19.04.2016 T. 2560/5017 (www.e-uyar.com)

132 Bknz: 17. HD. 07.04.2016 T. 19802/4371 (www.e-uyar.com)

istemine ilişkin davada, üçüncü kişilerin haklarının zarara uğratıldığı-
nın benimsenebilmesi için onların, danışıklı işlemde bulunandan ala-
caklarının bulunması gerekeceği ve danışıklı işlemin o alacağın öden-
mesini önlemek amacıyla yapılmış olması gerekeceğini»¹³³

√ «HMK. mad. 31 uyarınca, mahkemece, davacı tarafın İİK. mad.
277 vd.'na mı yoksa TBK. mad. 19'a mı dayandığının ve davalının han-
gi tasarruflarının iptalinin istediklerinin açıklattırılması gerektiğini»¹³⁴

√ «Taraflar arasındaki boşanma davası devam ederken, davalı ko-
canın evlilik birliği içerisinde edinilen mallarını boşanma davası ve edi-
nilmiş mallara katkı payı alacağı davası sonucunda meydana gelecek
borçlardan kaçırarak amacıyla muvazaalı olarak diğer davalılara dev-
rettiği ileri sürülerek muvazaalı (TBK. mad. 19) nedeniyle açılan dava-
nın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğini»¹³⁵

√ «Boşanma davası ve edinilmiş mallara katkı payı davası devam
ederken, davalı kocanın kendisine ait taşınmazları meydana gelecek
borçlardan kaçırarak amacıyla muvazaalı olarak diğer davalıya devret-
tiğini ileri sürerek TBK. mad. 19 uyarınca davacı eş tarafından açılan
tasarrufun iptali davasında, icra takibi ve aciz vesikası ibrazı zorunlu
olmadığından mahkemece davacının dayandığı dava dosyasının sonu-
cunun beklenilmesi ve sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini»¹³⁶

√ «Dava konusu aracın bedeli borçlu tarafından ödenerek oğlu olan
3. kişi adına satın alındığı, aracın daha sonra borçlunun yeğeni olan
4. kişiye satıldığı, satışların muvazaalı olup İİK'nun 277 vd. maddeleri
uyarınca iptalinin gerektiğini»¹³⁷

√ «Danışıklı bir hukuki işlem ile üçüncü kişilere zarar verilmesi,
onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğundan, kural
olarak danışıklı işlem (muvazaalı muamele) nedeniyle hakları zara-
ra uğratılan üçüncü kişilerin, 'danışıklı işlemde bulunandan alacakları
bulduğu ve danışıklı işlem o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla
yapılmış olduğu takdirde', tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki
işlemlerin geçersizliğini ileri sürebileceğini- Davacı ve davalı arasında-
ki boşanma davası reddedilerek kesinleştiğinden, davacının bir alaca-
ğının söz konusu olmadığı ve muvazaaya dayalı davanın da reddine
karar verilmesi gerektiğini»¹³⁸

133 Bknz: 17. HD. 29.03.2016 T. 4767/3941 (www.e-uyar.com)

134 Bknz: 17. HD. 28.03.2016 T. 3939/3805 (www.e-uyar.com)

135 Bknz: 17. HD. 14.03.2016 T. 3082/3122 (www.e-uyar.com)

136 Bknz: 17. HD. 14.03.2016 T. 3265/3119 (www.e-uyar.com)

137 Bknz: 17. HD. 25.02.2016 T. 12769/2246 (www.e-uyar.com)

138 Bknz: 17. HD. 16.02.2016 T. 717/1751 (www.e-uyar.com)

√ «Mahkemece dava konusu araç bedelinin borçlu tarafından ödenerek kızı adına satın alındığı, aracın daha sonra borçlunun yarımkan kardeşi olan diğer davalıya satıldığı, satışların muvazaalı olup İİK'nun 277 vd maddelerince iptalinin gerektiğinden bahisle davanın kabulü ile tasarrufların iptaline karar verilmesinin yerinde olduğunu»¹³⁹

√ «Satış vaadi sözleşmesinin noterde düzenlendiği, bedelin alındığının sözleşmede hükme bağlandığı, aksinin ve sözleşmenin muvazaalı olduğunun eşdeğer delillerle ispat edilemediği, davacının kendi muvazaasına dayandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesinin isabetli olduğunu»¹⁴⁰

√ «Davacının davalıdan alacağı olduğu, bu alacağın ödenmemesi için taşınmazın satıldığı iddia edildiğine göre davacı tarafın BK. 19. maddesi uyarınca muvazaa hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil davası açmakta hukuki yararının olduğunun kabulü gerekeceğini»¹⁴¹

√ «Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek bulunmadığı, davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1,2 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden yetki verilmesi gerektiğini- Davacının danışıklı işlemde bulunduğunu iddia ettiği davalıdan bir alacağı bulunmadığından (davalı aleyhine açtığı nafaka davasından feragat etmiş olduğundan), muvazaaya dayalı açılan davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini»¹⁴²

√ «Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmadığı ve davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1.maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerektiğini- Mahkemece dava İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali davası olarak nitelendirilerek '5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmadığı' gerekçesiyle 'davanın hak düşürücü süre nedeni ile reddine' karar verilmişse de, mahkemenin bu nitelendirmesine katılma olanağı bulunmadığından, taraf delilleri toplanarak delillerin TBK'nun 19 maddesi gereğince değerlendirilmesi ve

139 Bknz: 17. HD. 11.02.2016 T. 9723/1471 (www.e-uyar.com)

140 Bknz: 17. HD. 11.02.2016 T. 9820/1475 (www.e-uyar.com)

141 Bknz: 17. HD. 08.02.2016 T. 17063/1190 (www.e-uyar.com)

142 Bknz: 17. HD. 02.02.2016 T. 6331/1184 (www.e-uyar.com)

sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»¹⁴³

√ «TBK'nun 19.maddesine göre muvazaa nedeniyle açılan iptal davalarında zamanaşımı söz konusu olmayacağı ve İİK'nın 277 vd. maddelerine göre açılan iptal davalarında aranılan aciz belgesinin muvazaaya dayanan iptal davalarında aranmayacağı, bu durumda mahkemece işin esasına girilerek tarafların delilleri toplandıktan sonra hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini»¹⁴⁴

√ «Dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre davanın niteliği itibarıyla TBK 19.maddesinde tanımını bulan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davası olduğunu- Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmadığını- İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkının davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmadığını- Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerektiğini»¹⁴⁵

√ «İptali istenen takipte alacaklının, daha önce borçlunun boşanma davasında tanık olarak yer aldığı ve takip süresince borçlunun hiçbir taşınır ve taşınmaz mallarının haczi için araştırma ve talep olmadan, doğrudan maaşı üzerine haciz konulması ve bu istemin dışında hiçbir talepte bulunulmayarak dosyanın işlemde kaldırılması halinde, takibin muvazaalı olduğunun kabulü gerekeceğini»¹⁴⁶

√ «Davanın niteliği itibarıyla B.K 18. maddesinde tanımını bulan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davası olduğu, İİK 277 vd. maddelerinde sözü edilen iptal davalarının, borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz bulunması için açıldığı oysa muvazaa davasının, alacaklı ve borçlunun yaptığı tasarruf işleminin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmeyi amaçladığı, kural olarak muvazaa nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3.kişilerin (olayımızda davacı), tek taraflı ve çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebileceği, danışıklı olan bir hukuki işlem ile 3.kişinin zararlandırılmasının ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğinde olduğu o nedenle Mahkemece BK 18. madde çerçevesinde değer-

143 Bknz: 17. HD. 18.10.2016 T. 17449/9073 (www.e-uyar.com)

144 Bknz: 17. HD. 22.10.2015 T. 11421/11025 (www.e-uyar.com)

145 Bknz: 17. HD. 01.06.2015 T. 5605/8012 (www.e-uyar.com)

146 Bknz: 17. HD. 11.05.2015 T. 21425/7254 (www.e-uyar.com)

lendirme yapıp taraf delilleri buna göre toplanıp hasıl olunacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini»¹⁴⁷

√ «*Davanın TBK'nun 19.maddesi gereğince muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptali istemine ilişkin olduğu, dava konusu taşınmazın satışından itibaren yaklaşık 3,5 yıl borçlu tarafından bedelsiz kullanıldığı, davalının ev hanımı olup gelirin bulunmadığı, 120.000 TL meblağlı senet nedeniyle 120.000 TL alacağı bulunan davalının 100.000 TL bedelle davalı A.den dava konusu taşınmazı satın almasının hayatının olağan akışına uygun olmaması gibi maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde dava konusu satış işleminin muvazaalı olması nedeniyle davanın kabulü ile İİK 283/2 madde kıyasen uygulanarak davalının alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak dava konusu satış işleminin iptaline karar verilmesi gerektiğini»¹⁴⁸*

√ «*BK. 19'a dayalı muvazaa nedeniyle tapu iptali ve tescil istemine ilişkin davada, icra takibi nedeniyle alacağın tahsili için yapılan taşınmaz satışının geçersizliğinin sağlanmak istendiği, bunun aynı değil şahsi sonuç doğurduğu, davada muvazaanın ispatı halinde tapunun iptaline değil (kıyasen İİK. 283/1 uyarınca) iptal ve tescil olmaksızın, dava konusu taşınmazın davalılar arasındaki satış işlemine ilişkin tasarrufun iptali ile davacı alacaklıya icra dosyasındaki alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak haciz ve satış yetkisi verilmesine karar verilmesi gerektiğini»¹⁴⁹*

√ «*Muvazaaya dayalı (TBK. 19) davalarda davalının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmadığı, İİK 277 vd. maddelerinde iptal davasına konu tasarruflar özünde geçerli olmasına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflar olduğu, muvazaaya dayalı iptal davasında ise davalının muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürüldüğü, İİK 277 vd. maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkının davalının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmadığı, davalının iddiasını kanıtlaması halinde İİK 283/1. kıyasen uygulanarak davalının alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceğini- Mahkemece, öncelikle davalının davalı aleyhine açtığı katkı payı alacağı davasının sonucu beklenerek muvazaaya dayalı dava hakkında karar verilmesi gerektiğini»¹⁵⁰*

147 Bknz: 17. HD. 05.05.2015 T. 4460/7281 (www.e-uyar.com)

148 Bknz: 17. HD. 14.04.2015 T. 4196/5870 (www.e-uyar.com)

149 Bknz: 17. HD. 13.04.2015 T. 5080/5723 (www.e-uyar.com)

150 Bknz: 17. HD. 17.03.2015 T. 2203/4344 (www.e-uyar.com)

√ «Bir davada öne sürülen maddi olguların hukuki nitelendirilmesini yapmak, uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamak hakimın doğrudan görevi olduğunu (HMK'nun madde 33), 3.kişilerin, danışıklı işlem nedeniyle hakları zarara uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebileceğini- TBK. mad. 19 gereğince muvazaa hukuksal sebebine dayalı tapu iptali tescil istemine ilişkin açılan davada, davacı, Bodrum 3.Asliye Hukuk Mahkemesine 22.1.2010 tarihinde açtığı (2010/33) dava ile eldeki davanın konusunu oluşturan taşınmazın eski malik Fatma tarafından 21.8.2009 tarihli harici satış sözleşmesi ile kendisine satıldığını, satış bedelinin ..TLsinin ödendiğini bakiye satış bedelinin ödenmesine karar verilerek taşınmazın adına tesciline bu talebin kabul edilmemesi halinde satış bedeline mahsuben yapılan ..TL ödeme ile taşınmaz üzerine yaptığı marangoz ve su deposu bedeli olarak ..TLnin davalı Fatma'dan tahsiline karar verilmesini talep ettiği ve anılan davanın derdest olduğunun anlaşıldığından, öncelikli eldeki davada, dava konusu taşınmazın satışını yapan eski malik Fatma'nın davaya katılımının sağlanması amacıyla dava dilekçesinin kendisine tebliği ile bildireceği delillerin toplanması böylece taraf teşkilinin sağlanması daha sonra Bodrum 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2010/33 Esas sayılı dava dosyasının sonucu beklenerek bu dosya yönünden karar verilmesi gerektiğini»¹⁵¹

√ «Muvazaaya (TBK. mad. 19) dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmadığını- İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkının davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmadığını- Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına dair olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1. maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceği»¹⁵²

√ «İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkının, davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmadığını»¹⁵³

√ «Davacı tarafın, dava dilekçesinde her ne kadar aciz vesikasından söz etmiş ise de olayların açıklanması kısmında İİK. hükümlerinin benzetme yoluyla uygulanmasını istemiş ve hukuki sebepler bölümünde de muvazaa hükümlerine dayandığı; cevaba cevap dilekçesinde dahi

151 Bknz: 17. HD. 09.03.2015 T. 22690/3989 (www.e-uyar.com)

152 Bknz: 17. HD. 17.02.2015 T. 22064/2865 (www.e-uyar.com)

153 Bknz: 17. HD. 04.11.2014 T. 7947/15062 (www.e-uyar.com)

davanın Borçlar Kanunu kapsamında açılmış olduğunu sarih olarak belirttiği; davanın muvazaa hükümleri kapsamında değerlendirilip buna istinaden taraf delillerinin toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»¹⁵⁴

√ «İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmayıp, davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceğini»¹⁵⁵

√ «3.kişinin danışıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı bir işlem yapılması gerekeceği, TBK md:19'a dayalı muvazaa davalarında davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmayacağını- Muvazaa davalarında iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu gözetilerek bu durumda İİK 283/1 maddesinin kıyasen uygulanması, iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünde hüküm kurulması gerekeceğini»¹⁵⁶

√ «Davacının davasını, özellikle BK.nun 18.maddesine dayalı olarak açtığını bildirdiği ve dava açma hakkını muvazaa yönünde tercih etmiş olması karşısında mahkemece davanın BK.nun 18.(Yeni BK. 19.maddesi) maddesindeki genel muvazaaya dayalı tapu iptal ve tescil istemi doğrultusunda değerlendirileceği, iptal kararı verilmesi halinde ise İİK.nun 283/1 maddesinin kıyas yoluyla uygulanması gerekeceğini»¹⁵⁷

√ «Davalı, borçlu şirketin ortağı olup, hakkında açılan bir icra takibinin bulunmadığı, sorumluluğunun belirlenmesi açısından sanık olarak yargılandığı ceza davasının sonucunun kesinleşmesinin beklenmesi gerekeceği- Dava konusu hisse devrine ilişkin tasarrufun TBK'nun 19 madde kapsamında değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»¹⁵⁸

√ «Alacaklının araç satışının danışıklı olduğunu savunduğu, bu savunmanın incelenmesi için alacaklının mutlaka İİK'nun 277 ve onu iz-

154 Bknz: 17. HD. 22.09.2014 T. 4567/12334 (www.e-uyar.com)

155 Bknz: 17. HD. 01.07.2014 T. 6484/10414 (www.e-uyar.com)

156 Bknz: 17. HD. 10.06.2014 T. 3653/9318 (www.e-uyar.com)

157 Bknz: 17. HD. 15.05.2014 T. 1744/7616 (www.e-uyar.com)

158 Bknz: 17. HD. 05.05.2014 T. 15392/6934 (www.e-uyar.com)

leyen maddeler uyarınca ayrıca tasarrufun iptalini dava açarak istemesinin gerekli olmadığı, yani danışık iddiasının gerek dava gerekse savunma yolu ile ileri sürülebileceğini»¹⁵⁹

√ «İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkının davacının genel hükümlere göre muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmadığını»¹⁶⁰

√ «Türk Borçlar Kanununun 19 maddesi gereğince açılmış muvazaa hukuksal nedenine dayalı davanın İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince tasarrufun iptali davası olarak değerlendirilerek dava ön koşulları ve iptal şartları yönünden taraf delillerinin değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekeceğini»¹⁶¹

√ «İptal davası açma hakkının davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmadığı, davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebileceğini»¹⁶²

√ «Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmadığını- İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkının davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmadığını- Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerektiğini- Dava ve tasarrufa konu malı elinde bulunduran şahsın kötü niyetli olduğunun kanıtlanamaması halinde dava tümünden reddedilmeyip borçlu ile tasarrufta bulunan şahıs tasarrufa konu malı elinden çıkardıkları tarihteki gerçek değeri oranında ve alacak miktarı ile sınırlı olarak tazminata mahkum edilmeleri gerektiğini»¹⁶³

√ «Bir kimse kendi muvazaasına dayanarak tazminat talebinde bulunamayacağını»¹⁶⁴

√ «Davacıların amacı kendilerine ait olduğunu iddia ettikleri taşınmazlar üzerine muvazaalı icra takibi sonucu konulan hacizlerin kal-

159 Bknz: 17. HD. 22.04.2014 T. 15012/6280 (www.e-uyar.com)

160 Bknz: 17. HD. 01.04.2014 T. 14167/4772 (www.e-uyar.com)

161 Bknz: 17. HD. 01.04.2014 T. 14556/4774 (www.e-uyar.com)

162 Bknz: 17. HD. 25.03.2014 T. 14212/4294 (www.e-uyar.com)

163 Bknz: 17. HD. 11.03.2014 T. 15702/3382 (www.e-uyar.com)

164 Bknz: 17. HD. 28.01.2014 T. 16336/810 (www.e-uyar.com)

dırılmasını sağlamak olduğundan, olaylara uygulanacak kanun hükmünü bulmak ve vakıaların hukuki sebebini tayin ederek kanunları kendiliğinden uygulamakla görevli olan hakimin somut olayı değerlendirirken, uygulanacak kanun hükmü olarak davacılar tarafından yapılan bir icra takibi bulunmaması nedeniyle -daha özel nitelikteki- İİK. mad. 277 vd.na göre değil, maddi olguya uygun TBK. mad. 19'e göre inceleme yapması gerekeceğini»¹⁶⁵

√ «Tasınmazın satışının borçlu aleyhine tazminat davası açılmasından hemen sonra ve değerinden düşük bir bedelle yapılması ve akabinde de açılan şufa davasının kabul edilmesi hususlarının muvazaayı göstereceğini»¹⁶⁶

√ «Tasarrufun iptali davasında, davacı alacaklı ile davalı borçlu arasındaki ilişkinin ne olduğunun ve alacağın muvazaalı olup olmadığının üzerinde durularak (araştırılarak) varılacak sonuca göre uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekeceğini»¹⁶⁷

√ «Davacının davasını İİK.nun 277 vd. maddelerine değil TBK.nun 19. maddesine dayalı muvazaalı işlemin iptaline ilişkin açtığından, mahkemece davanın TBK.nun 19. maddesindeki genel muvazaaya dayalı iptal istemi doğrultusunda değerlendirilmesinin gerekeceğini»¹⁶⁸

√ «Muvazaaya dayalı iptal davasında icra takibine geçilmesi ve aciz belgesi alınmasına gerek olmadığını- Davacı vekili, borçlu tarafından annesine yapılan taşınmaz hisse satışının muvazaaya dayalı olması nedeniyle davalılar arasındaki alacaklılardan mal kaçırma amacıyla muvazaalı olarak yapılan satışın BK. mad.18 gereğince, tapu iptaline gerek olmaksızın, İİK. mad. 283/1 kıyasen uygulanarak iptal ve tescil olmaksızın taşınmazın haciz ve satışına karar verilmesini istediğinden, satış işleminde danışıklığın bulunup bulunmadığı konusu araştırılarak, davalıların danışıklı bir davranış içinde buldukları sonucuna varılması durumunda, davacının alacağının tahsili için, tapu iptaline gerek olmaksızın davacının alacağını alabilmesini sağlamak için dava konusu taşınmaz hissesinin haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekirken, davanın İİK. mad. 277 vd. gereğince tasarrufun iptali davası olarak değerlendirilmesi ve ön şart yokluğu nedeniyle reddedilmesinin isabetli olmadığını»¹⁶⁹

165 Bknz: 17. HD. 19.09.2013 T. 8492/12445 (www.e-uyar.com)

166 Bknz: 17. HD. 17.06.2013 T. 9145/9179 (www.e-uyar.com)

167 Bknz: 17. HD. 20.05.2013 T. 3894/7243 (www.e-uyar.com)

168 Bknz: 17. HD. 18.04.2013 T. 10115/5630 (www.e-uyar.com)

169 Bknz: 17. HD. 09.04.2013 T. 7539/5112 (www.e-uyar.com)

√ «İİK. mad. 277 vd.nda düzenlenen iptal davası açma hakkının davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel olmadığını- Davacının iddiasını kanıtlaması halinde, iddianın taşınmazın ay-
nına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu gözetilerek ve İİK.'nin 283/1. maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceğini- Davacı ve davalı borçlu arasında katkı payı ve kira geliri alacağı davasının henüz derdest olduğu anlaşıldığından, mahkemece bu davanın sonucu beklenerek, davacının alacaklı olduğu belirlendiği takdirde, satış işlemlerinin danışıklı olup olmadığı araştırılması, davalıların danışıklı bir davranış içinde buldukları tespit edildiği takdirde, hükmedilen tazminatın tahsili için, İİK. mad. 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak tapu kaydının iptaline gerek olmadan davacının alacağını alabilmesi için dava konusu taşınmazın haczi ve satışı konusunda davacının alacak ve ferileriyle sınırlı olarak cebri icra yetkisi tanınmasına karar verilmesi gerektiğini»¹⁷⁰

√ «Aleyhine açılan tazminat davası henüz sonuçlanmadan hükmedilecek tazminatın tahsilini engellemek amacıyla davalının muvazaalı olarak yaptığı satışların iptali istemiyle açılan davanın 'tazminat davasının derdest olması ve davacıların gerçek bir alacağının, kesinleşmiş icra takibinin, aciz belgesinin bulunmadığı' gerekçesiyle reddine karar verilemeyeceğini- Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmadığını- Hakim tarafından ileri sürülen maddi olguların hukuki değerlendirilmesini yaparak uygulanacak yasa maddelerini bulmakla görevli olduğunu- Muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davasında (BK. mad. 18; şimdi, TBK. mad 19), mahkemece davacılar tarafından açılan tazminat ve ceza davasının sonucu beklenerek davacıların alacaklı olduğunun belirlenmesi halinde, satış işlemlerinin danışıklı olup olmadığı araştırılması, davalıların danışıklı bir davranış içinde buldukları tespit edildiği takdirde hükmedilen tazminatın tahsili için İİK. mad. 283/1-2 kıyasen uygulanarak tapu ve trafik sicil kaydının iptaline gerek olmadan (davalı dördüncü kişinin iyiniyetli olduğu belirlendiği takdirde, İİK. mad. 283/2 de dikkate alınarak) davacıların alacaklarını alabilmeleri için dava konusu taşınmazlar ve aracın haczi ve satışı konusunda davacının alacak ve ferileriyle sınırlı olarak cebri icra yetkisi tanınmasına karar verilmesi gerekeceğini»¹⁷¹

√ «Borçlu müteahhit hakkında yaptığı icra takibinde, borçluya ait

170 Bknz: 17. HD. 09.04.2013 T. 8257/5121 (www.e-uyar.com)

171 Bknz: 17. HD. 02.04.2013 T. 7306/4613 (www.e-uyar.com)

mal bulamadığı için alacağını tahsil edememiş olan alacaklının, borçlu müteahhidin yaptığı inşaatta kendisine düşen ancak tapuda kendi adına kayıtlı bulunan dairelerin (dükkanların) üçüncü kişilere arsa sahipleri tarafından satılması tasarrufu hakkında İİK.'nun 277. vd. göre 'tasarrufun iptali davası' açılabileceği gibi, TBK.'nun 19. maddesine dayalı olarak 'muvazaa nedeniyle tapu iptali ve tescil davası' da açılabileceğini, alacaklının bu konuda bir 'seçimlik hakka' sahip olduğunu¹⁷²

√ «Davacının, alacağını tahsiline engel olmak amacıyla borçlu tarafından yapılan mal kaçırma işlemine karşı, borçlu hakkında takip yapmamış olsa dahi İİK.'nun 284. maddesindeki hak düşürücü süre geçmiş olsa dahi TBK.'nun 19. maddesine dayalı olarak borçlu hakkında «muvazaa davası» açabileceği gibi, aynı işlem için İİK.'nun 277 vd. maddelerine göre bir (tasarrufun iptali davası) da açabileceğini¹⁷³

√ «Davacı, alacağının tahsilini engelleyen bir işleme karşı, takip yapılmamış olması halinde veya İİK. 284. maddedeki hak düşürücü sürenin geçmiş olması gibi durumlarda 818 sayılı BK 18.(6098 sayılı T.B.K 19.) maddeye dayalı olarak bir dava açabileceği gibi aynı işlem için koşulların varlığı halinde İİK. 277 vd maddelerine göre bir tasarrufun iptali davası da açabileceğini¹⁷⁴

√ «İİK.nun 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin 'borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu' ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin «borçlu» durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten 'alacaklı' sıfatını taşıması gerektiğini¹⁷⁵

belirtmiştir...

E) Yakın zamana -21.01.2013 tarihi Yargıtay Başkanlar Kurulu kararına kadar¹⁷⁶ «muvazaa nedenine dayalı tasarrufun» davaları hakkında yerel mahkemelerce verilen kararları temyizen incelemiş olan **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi** bu konudaki içtihatlarında;

172 Bknz: 17. HD. 25.03.2013 T. 6241/4068 (www.e-uyar.com)

173 Bknz: 17. HD. 04.03.2013 T. 5918/2619 (www.e-uyar.com)

174 Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 5917/3140 (www.e-uyar.com)

175 Bknz: 17. HD. 11.04.2012 T. 1729/4537; 01.07.2010 T. 2225/6230; 05.04.2010 T. 435/3080; 02.02.2010 T. 9029/703; 07.04.2009 T. 4841/2160; 29.01.2009 T. 3815/258; 18.01.2009 T. 8764/17; 30.10.2007 T. 4356/3297

Aynı doğrultuda: HGK. 19.06.2002 T. 15-495/528; 09.03.1979 T. 13-288/234 (www.e-uyar.com)

176 Bknz: R.G. 26.01.2013 T. s:28540 (www.e-uyar.com)

√ «İİK. 277 vd. ve BK. 18'e (şimdi; TBK. 19'a) göre 'muvazaa' nedeniyle iptal davası açılabileceğini»¹⁷⁷

√ «Danışıklı (muvazaalı) olan bir hukuki işlem ile üçüncü kişiye zarar verilmesinin, ona karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğu, üçüncü kişinin danışıklı (muvazaalı) işlem ile haklarının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için, onun danışıklı işlemde bulunanda bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı işlemin yapılmış olması gerektiğini»¹⁷⁸

√ «BK.'nun 18. (şimdi; TBK.'nun 19.) maddesine dayalı tasarrufun iptali davalarında, İİK'nun 277. maddesinde düzenlenen koşulların aranmayacağını»¹⁷⁹

√ «Muvazaalı icra takibinin iptâli için iptâl davası açılabileceğini»¹⁸⁰

√ «Davacı alacaklı tarafından 'kendisine borçlu olan davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasındaki işlemin, danışıklı (muvazaalı) olduğu, kendisini alacağından yoksun bırakmak amacıyla yapılmış olduğu ileri sürülerek BK. 18'e (şimdi; TBK. 19'a) dayanılarak iptal davası açılabileceğini, muvazaanın, onlara karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğinde olduğunu, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca 'aciz belgesi'ne dayanmak zorunda olmadığı, davadan muvazaanın varlığının anlaşılması halinde, İİK. 283/1'e göre 'iptal ve tescil olmaksızın taşınmazın haciz ve satışının istenebileceğine' karar verilmesi gerekeceğini»¹⁸¹

√ «Muvazaanın ' tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşmaları' olduğunu, muvazaa iddiasının her zaman ileri sürülebileceğini (bu durumda zamanaşımının ya da hak düşürücü sürenin söz konusu olmayacağı)»¹⁸²

√ «Muvazaalı işlemler (haciz, satış, ipotek vs.) hakkında iptâl davası açabileceğini»¹⁸³

177 Bknz: 4. HD. 24.3.2010 T. 2797/3315; 11.3.2010 T. 15119/2684; 13.7.2009 T. 7584/9369 vb. (www.e-uyar.com)

178 Bknz: 4. HD. 12.5.2009 T. 12633/6745 (www.e-uyar.com)

179 Bknz: 4. HD. 5.3.2009 T. 7929/3172 (www.e-uyar.com)

180 Bknz: 4. HD. 24.3.2010 T. 2797/3315; 11.3.2010 T. 15119/2684; 1.5.2008 T. 2996/6066; 8.11.2007 T. 12753/13696; 31.5.2007 T. 4760/7445 (www.e-uyar.com)

181 Bknz: 4. HD. 12.5.2009 T. 12633/6745; 17.3.2008 T. 6100/3475; 17.3.2008 T. 1813/3444; 21.2.2008 T. 5775/2100 vb. (www.e-uyar.com)

182 Bknz: 4. HD. 13.3.2008 T. 7208/3253; 9.4.2007 T. 2654/4665 (www.e-uyar.com)

183 Bknz: 4. HD. 10.12.2007 T. 2393/15778; 24.5.2007 T. 5742/7066; 13.12.2004 T. 6067/14091 vb. (www.e-uyar.com)

√ «Danışıklı (muvazaalı) işlem nedeniyle, hakları zarara uğratan üçüncü kişilerin, bu danışıklı (muvazaalı) işlemin geçersizliğini ileri sürebileceklerini, çünkü danışıklı (muvazaalı) bir hukuki işlemin onlara karşı işlenmiş bir ‘haksız fiil’ niteliğinde olduğu, ‘desteklerini öldüren’ davalının (ya da ‘trafik kazasında yaralanmasına neden olan’ davalının veya ‘boşanma davasına bağlı olarak açılan maddi/veya manevi tazminat davalarında, boşandığı eşinin’) diğer davalıya-kendilerine tazminat ödememek için- yaptığı danışıklı (muvazaalı) satış işleminin iptâli istemiyle davacılar (alacaklılar) tarafından açılan iptâl davasında, davacıların açtıkları tazminat (ya da ceza) davasının sonucunun beklenilmeden, davacıların davalıdan ne kadar alacaklı olduğu belirlenmeden, iptâl davasının sonuçlandırılmayacağını»¹⁸⁴

√ «İİK. 277 vd. göre ‘tasarrufun iptâli davası’ açılabilmesi için, davalının davalıdaki alacağından dolayı yaptığı icra takibinin kesinleşmiş olması ve bu takip (ler) sonucu alacaklının ‘aciz belgesi’ne dayanması gerekirse de, davacı-alacaklı tarafından açılmış veya açılacak alacak (tazminat) davasını sonuçsuz (karşılıksız) bırakmak amacı ile kötü niyetli borçlu-davalı ile diğer davalı üçüncü kişi arasında yapılmış olan danışıklı (muvazaalı) mal kaçırmaya yönelik hukuki işlemlerin (tasarrufların) iptâli için de -BK. 18’e (şimdi; TBK. 19’a) dayalı olarak- iptâl davası açılabileceğini, bu davanın dinlenebilmesi için, davacı-alacaklının ayrıca ‘aciz belgesi’ ibraz etmesine gerek bulunmadığını»¹⁸⁵

√ «18 yaşını henüz doldurmuş birinin, satın alma tarihine çok yakın tarihlerde yapılmış olan kira sözleşmeleriyle gelir sağlayacağını ve bu gelirle 4.865.000.000 TL bedelle taşınmaz satın alacağını kabulünün hayatın olan akışına ters düşeceğinden, davacının, davalı borçlu hakkında, alacağının tahsili için yaptığı icra takibinden sonra, davalı borçlu ile diğer davalı kızı arasındaki satışın muvazaalı olduğu sonucuna varılarak açılan iptâl davasının kabulü doğrultusunda karar verilmesi gerekeceğini»¹⁸⁶

belirtmiştir.

F) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun da bu konuda kesin bir tavır sergilemediğini -özellikle kararların gerekçe bölümünde- kimi kez «muva-

184 Bknz: 4. HD. 1.11.2007 T. 13999/13413; 26.10.2007 T. 13684/13083; 9.4.2007 T. 2660/4675 vb. (www.e-uyar.com)

185 Bknz: 4. HD. 5.3.2009 T. 7929/3172; 21.6.2007 T. 6454/8425; 24.5.2007 T. 8388/6948; 7.3.2007 T. 3924/2876 vb. (www.e-uyar.com)

186 Bknz: 4. HD.4.11.2004 T. 12951/12703 (www.e-uyar.com)

zaalî işlemler hakkında iptâl davası açılabilirliği»¹⁸⁷ kimi kez ise «iptâl davasının geçerli tasarruflar için söz konusu olabileceğini, muvazaalî işlemlerin iptâl davasına konu olamayacağını»¹⁸⁸ ifade ederek, bu konuda çelişkili kararlar vermiştir...

Yüksek mahkeme, son kararlarında;

√ «Alacaklının takibine maruz kalan borçlunun borcu ödememek için ‘muvazaalî olarak malvarlığını elinden çıkardığını iddia ederek’ üçüncü kişiye karşı TBK m. 19 hükmüne dayalı olarak dava açılabilirliğini, muvazaalî işlemin ispatı halinde, mahkemece İİK mad. 283/1 kıyasen uygulanarak, tapunun iptali ile borçlunun adına tesciline gerek olmadan davacı alacaklının alacağını alabilmesine imkan sağlayacak şekilde davaya konu taşınmazın haciz veya satışını isteyebilmesi yönünde karar verilmesi gerektiğini»¹⁸⁹ (YHGK., 03.05.2000, 2000/4-823 Esas, 2000/851 Karar)

√ «Eldeki dava ile aynı gün trafik kazasından kaynaklanan haksız fiil hukuksal nedenine dayalı olarak tazminat davası da açılmış olup ortada yapılan bir icra takibi bulunmadığından, trafik kazasından kısa bir süre sonra dava konusu taşınmazın kardeşine gerçekte satılmadığı halde, tazminat davasını sonuçsuz bırakmak, alacağını elde etmesini önlemek amacıyla, mal kaçırmak kastıyla temlik işlemin yapıldığı ileri sürüldüğüne göre, açılan davanın genel muvazaaya dayalı bir dava olduğu ve mahkemece davalılar arasında yapılan satış işleminin muvazaalî olup olmadığını araştırılmak suretiyle karar verilmesi gerektiğini»¹⁹⁰ (TBK. mad. 19)

√ «Tasarrufun iptali davasının dinlenebilmesi için; alacaklının borçluda gerçek bir alacağının olması gerektiğini- tasarrufun iptali davasında, davalı 3. kişinin «aciz belgesine dayanan alacağın gerçek olmadığını» iddia ve ispat edebileceğini, çünkü dava şartlarından birisinin de «tasarrufta bulunan kişinin ‘borçlu’ olması gerektiği, eğer tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcunu olmadığı iddia ediliyorsa, bu durumda tasarruf sahibinin öncelikle borçlu sıfatının çözümlenmesi gerekeceği, bu nedendir ki, 3. kişi -davalının borcun gerçek olmadığı iddiası ve muvazaanın varlığı yönündeki savunmasının araştırılmasında zorunluluk bulunduğunu, bu davalarda alacaklıya alacağını tahsil olanağı sağlanırken, bu alacaklının alacağının şeklen varlığının değil,

187 Bknz: HGK. 14.4.2007 T. 4-79/77; 3.5.2000 T. 4-823/85; 11.6.1997 T. 4332/520; 9.4.1975 T. 12-1274/528 (www.e-uyar.com)

188 Bknz: HGK. 14.4.2004 T. 15-182/220; 3.5.2000 T. 4-823/851 (www.e-uyar.com)

189 Bknz: HGK. 10.02.2016 T. 17-2389/129 (www.e-uyar.com)

190 Bknz: HGK. 02.04.2014 T. 4-1016/436 (www.e-uyar.com)

gerçekliğinin amaçlandığının göz ardı edilmemesi gerektiği, sonuç olarak tasarrufun iptali davasının görülebilirlik şartlarından birisi olan 'alacağın varlığının gerçek olması' hususunun araştırılmasında zorunluluk bulunduğunu»¹⁹¹

√ «İcra takibine vaki itiraz üzerine açılan itirazın iptali davası sonucunda davanın kabulüne karar verilerek takibin kesinleşmiş olması halinde dahi tasarrufun iptali davasında böyle bir savunmanın bulunması alacağın gerçek bir alacak olup olmadığının- muvazaaya dayanıp dayanmadığının- araştırılması gerekeceğini»¹⁹²

belirtmiştir.

Burada, *muvazaa nedenine* (TBK. 19) dayalı 'iptâl' (ya da «iptâl ve tescil») istekleri hakkında **Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin** -kimi kez oyçokluğu kimi kez de oybirliği ile- oluşturduğu ve yıllardır hiç sapma göstermeden aynı doğrultuda içtihatlarının isabetli olup olmadığına da değinmek istiyoruz. **Yüksek mahkeme** bu içtihatlarında «*davacı alacaklının, herhangi bir aciz vesikası ibraz etmeden hatta alacağının kesinleşmesini beklemeden, borçlu hakkında açtığı teminat/alacak davası devam ederken 'borçlunun üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde bulunduğu' -örneğin; taşınır/taşınmaz mallarını başkalarına devrettiğini/sattığını/üzerinde ipotekler kurduğunu/kaydına uzun süreli kira sözleşmelerin iptâlini isteyebileceğini, bunda hukuki yararı bulunduğunu, çünkü borçlunun üçüncü kişilerle yaptığı bu tür muvazaalı işlemlerin 'haksız eylem' niteliğinde bulunduğunu, ancak bu tür davalarda davacının asıl amacı davalı-borçludaki alacağını tahsil etmek olduğundan, -davacı dilekçesinde 'tapu (trafik) kaydının iptâli ile tekrar davalı borçlu adına tescilini' istemiş dahi olsa- davacıyı haklı bulan mahkemenin -İİK. mad. 283 hükmünü kıyasen uygulayarak- tapu ya da trafik kaydının iptâline (ve tekrar borçlu adına tesciline) gerek kalmaksızın (dava konusu taşınmazların tesciline gerek kalmaksızın) 'dava konusu taşınmazların/taşınurların haciz ve satışını isteyebilmesi' yönünde hüküm kurulması gerekeceğini» oyçokluğu ile belirtirken, bu içtihatların «karşı oy» yazısında «İİK. 277 vd. göre iptâl davası açabilmek için 'alacağının kesinleşmesi'ne ve 'aciz vesikası' olması gereken davacı alacaklının bunları yerine getirilmeden, açtığı tazminat/alacak davasında 'alacak veya tazminatın doğum tarihine yakın tarihlerde borçlunun üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde bulunarak malvarlığını kaçırdığını' ileri sürüp, bu işlemlerin iptâlini istemeyeceği, eğer buna olanak tanınırsa, İİK. 277 vd. madde-*

191 Bknz: HGK. 23.10.2013 T. 17-224/1478 (www.e-uyar.com)

192 Bknz: HGK. 19.09.2012 T. 3-101/597 (www.e-uyar.com)

lerinin uygulama alanı kalmayacağı, çünkü herkesin alacak/tazminat istemli davalarında -davanın sonuçlanmasını, alacağının kesinleşmesini beklemeden, borçlu hakkında aciz vesikası almadan- iptâl isteminde bulunarak amacına kolaylıkla ulaşabileceği, bu davaların hem «yasal dayanağı»nın bulunmadığı hem de bu aşamada davacının -henüz alacağı kesinleşmediği için- dava açmakta «hukuki yararı» bulunmadığı, ayrıca davacının asil alacak ve tazminat davasını kaybetmesi halinde, davalıların (borçlu ve üçüncü kişilerin) tasarruf haklarının kısıtlanmış olmasından doğacak zararlarının kimin tarafından karşılanacağıнын bir sorun olarak ortaya çıkacağı» ileri sürülmüştür...

Kanımızca, alacaklı -alacağı kesinleşmeden, borçlu hakkında aciz vesikası almadan- borçlu hakkında açtığı tazminat ya da alacak davası devam ederken «borçlunun, üçüncü kişilerle muvazaalı işlemlerde (TBK. mad. 19) bulunarak, mallarını kaçırdığını» ileri sürerek açtığı davada haklı görülmesi halinde, mahkemece muvazaalı işlem iptâl edilip, dava konusu taşınmaz/sicile kayıtlı taşınır tekrar borçlu adına tescil edilmelidir. Burada, İİK. mad. 277'deki koşulları yerine getirerek dava açmamış olan davacıya -bu koşulların yerine getirilmesi halinde uygulanabilecek olan- İİK. mad. 283'e göre «dava konusu taşınmaz/taşınır üzerinde haciz ve satış isteyebilme yetkisi» verilmemelidir... Davacının amacının, «yaptığı/yapacağı icra takibi sonucunda alacağını tahsil etmek olanağına kavuşmak» olması, davacının istemi doğrultusunda TBK. mad. 19'e göre karar verilmesine engel teşkil etmemelidir.¹⁹³

Bugün -«muvazaa nedenine dayalı» tasarrufun iptali davaları dahil tüm «tasarrufun iptali davaları» sonucunda yerel mahkemelerce verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** de aynı görüşte olup, «borçlu hakkında açtığı tazminat (alacak) davası devam ederken, borçlunun kendisine ait taşınmazı (taşınmazları), alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla başka kişilere satması üzerine, alacaklı tarafından TBK.'nin 19. maddesine dayanarak -aciz belgesi ibraz etmeden ve beş yıllık İİK.'nin 284. maddesindeki hak düşürücü süre geçmiş bile olsa- 'tapu iptali ve tescil davası' açılabilir.¹⁹⁴ belirtmiştir...

d) «Nam-ı müstear» ile gizlenmiş işlemler hakkında iptâl davası açılabilir.¹⁹⁵

193 Bu konuda; Sayın M. H. SURLU'nun HGK. 3.5.2000 T. 4-823/851 sayılı kararı altındaki «muhalefet şerhi»ne bknz. (www.e-uyar.com)

194 Bknz: 17. HD. 28.03.2013 T. 6151/4361; 04.03.2013 T. 5918/2619 (www.e-uyar.com)

195 Bu konuda ayrıntılı ve nitelikli bir inceleme için bknz: ERDÖNMEZ, G. Nam-ı Müstear ve Tasarrufun İptali Davaları (Bankalar Der. Aralık/2006, S: 59, s: 84 vd.) - ÇETİN, E.H. age. s: 481 vd. - SERTKAYA, A.Ş. age. s: 30

Sözlük anlamı «bir kişinin, sanat, edebiyat, ticaret hayatında yahut faaliyette bulunduğu herhangi bir işte, kimliğini gizlemek için seçtiği ad»¹⁹⁶ olan -ve uygulamada «*mehlâs*» ya da «*takma ad*» da denilen- nam-ı müstear durumunda, borçlu çeşitli nedenlerle -özellikle, konumuz bakımından, alacaklılarından mal kaçırmak amacı ile- «kendi adını gizleyerek, yapmak istediği hukuki işlemi bir başkasına, kendi hesabına» yaptırır.¹⁹⁷

Borçlunun adını gizleyerek, borçlu hesabına ancak kendi adına hareket ederek üçüncü kişilerle işlemde bulunan bu kişiye *nam-ı müstear* denilir.

Uygulamada, borçlunun gerçekte kendi adına satın almak üzere bedelini ödemediğini bir *taşınmaz* veya *aracı*, alacaklılarından kaçırmak amacı ile yakınları adına tescil ettirmiş olması halinde, tasarruf (hukukî işlem) dışarıdan üçüncü kişiler arasında yapılmış görünmesine rağmen, gerçekte bedeli borçlunun malvarlığından çıkmış fakat karşılığı, borçlunun arkasına gizlendiği kişinin malvarlığına girmiştir.¹⁹⁸

Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda bu kurumu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, gerek **doktrinde**¹⁹⁹ ve gerekse -aşağıda belirteceğimiz gibi- **Yargıtay içtihatlarında**; -biraz sonra belirteceğimiz gibi- «*nam-ı müstear iddialarının dinlenebilir*» olduğu kabul edilmektedir.

Kanımızca tüm nam-ı müstear vasıtasıyla işlem yapılan durumlarda İİK. 277 vd. göre iptâl davası açılabilir.^{200 201}

Yüksek mahkeme -eski tarihli- bir kararında «*borçlu kocanın, borcunu ödememek amacıyla kendisine ait (parasını ödeyerek/satın aldığı) aracı, trafikte karısı adına tescil ettirmesi olayının nam-ı müstear demek olduğunu, İİK. 277 vd. göre değil, BK. 18'e göre iptâli gerekeceği-*

196 Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, 1991, s: 266 - ŞENER, E. Hukuk Sözlüğü, 2001, s: 586 - YILMAZ, E. Hukuk Sözlüğü, 2004, s: 897

197 Bknz: 4. HD. 3.7.1973 T. 7053/7760 (www.e-uyar.com)

198 KOSTAKOĞLU, C. agm. (Ad. D. 1989/6, s: 12 - Yasa D. 1989/8, s: 104 vd.)

199 KOSTAKOĞLU, C. agm (Ad. D. 1989/6, s: 12 - Yasa D. 1989/8, s: 104 vd.) - ERDÖNMEZ, G. agm. s: 86

200 Aynı görüşte: COŞKUN, M. İtirazın İptali, Menfi Tespit ve İstirdat, Tasarrufun İptali ... Davaları, 2016, s: 765 vd. - ÇETİN, E.H. age. s: 488 vd.

201 Karş: MUŞUL, T. a.g.e. C: 2, s: 1755 - ERDÖNMEZ, G. agm. s: 85 vd. (Bu görüşe göre; «şahısta muvazaa» yani, «tarafardan birisinin ismini, üçüncü kişilerden gizlemek amacı ile, başka bir kişinin öne sürülmesi» durumunda örneğin; borçlu (B) ve onunla birlikte hareket eden (C), alacaklılardan mal kaçırmak için (Ü) ile anlaşılır ve (C) ile (Ü) arasında bir satış akdi yapılırsa, bu satış akdi «muvazaalı olduğu» için muvazaalı tasarruflar hakkında da İİK. 277 vd. göre iptâl davası açılmayacağından- alacaklılar tarafından «muvazaa davası»na (BK. 18) konu edilebilir...)

ni»²⁰² vurgulamışken daha sonraki kararlarında;

√ «TBK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkin davada, aciz belgesine gerek bulunmadığını- Davacının davalıdan zimmetine geçirdiği para nedeni ile alacağı olduğu iş mahkemesi ilamı ile belirlenmiş olup, taleple bağlı kalınarak kesinleştiği, davalı eyleminin gerçekleştiği tarihin ceza dosyası kapsamı ile sabit olduğu, dava konusu taşınmazın satın alındığı tarih ve 1/2 hissenin davalının eşi adına yapılmasının nam-ı müstear niteliğinde olması karşısında ve önceden akraba olan daha sonrada avukatı olan kişi ve eşinin borçlunun durumunu bilmemesi mümkün bulunmadığından davanın kabulü gerektiğini- TBK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkin davada, İİK. mad. 283/1 kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın alacaklının alacak ve ferileri ile sınırlı olarak davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerektiğini»²⁰³

√ «Borçlu hakkındaki icra takiplerinin kesinleşmiş olmasına, alacağın gerçek olmasına, borçlu ile davalı kayınvalidesi arasındaki yakın akrabalık nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK. mad. 278/3-1 ve 280/1 uyarınca iptale tabi olduğunu- Bedeli borçlu tarafından ödendiği halde malın borçlunun malvarlığına girmeyip üçüncü kişi borçlunun oğlu adına tescil edilmesinin nam-ı müstear bir işlem olduğu ve bu durum borçlunun üçüncü kişi lehine yaptığı bir kazandırma (bağış) olup koşulların bulunması halinde iptale tabi olduğunu- Tasarrufunu iptali davalarında harç ve vekalet ücretinin, takip konusu alacak miktarı (kat'i aciz belgesine bağlanmış ise bu miktar) ile iptali istenen tasarrufun tasarruf tarihindeki değeri karşılaştırılarak düşük olan değer üzerinden nispi olarak hesaplanacağını»²⁰⁴

√ «Bedeli borçlu tarafından ödendiği halde malın borçlunun malvarlığına girmeyip üçüncü kişi borçlunun oğlu adına tescil edilmesinin nam-ı müstear bir işlem olduğu ve bu durum borçlunun üçüncü kişi lehine yaptığı bir kazandırma (bağış) olup koşulların bulunması halinde iptale tabi olduğunu»²⁰⁵

√ «Nam-ı müstearın, adını herhangi bir nedenle gizli tutmak isteyen bir kişinin, sözleşmeyi kendi hesabına, başka bir kişiye yaptırmış olduğu, nam-ı müstear olarak yapılan satış işleminin iptali istemine iliş-

202 Bknz: 4. HD. 3.7.1973 T. 7053/7760 (www.e-uyar.com)

203 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11539/6283 (www.e-uyar.com)

204 Bknz: 17. HD. 23.02.2016 T. 10807/2099 (www.e-uyar.com)

205 Bknz: 17. HD. 23.02.2016 T. 11352/2105 (www.e-uyar.com)

kin davaya bakmaya davalıların ikametgahları mahkemesinin yetkili olduğunu; bu yetki kuralının ancak tarafların yasal sürede ve geçerli bir itiraz olduğu durumlarda mahkemece dikkate alınması gerektiği- Taraf teşkilinin, yetki itirazından sonra değerlendirmeye alınması gerektiğini- Taraflardan birinin diğerinin yokluğunda yaptığı itirazın da geçerli olduğunu»²⁰⁶

√ «Borçlunun kendi yaptığı tasarruflar için dava açılması mümkün olduğu gibi parasını kendi verdiği ancak muvazaalı olarak başkası adına tescil edilen mallar için de dava açılmasının mümkün olduğunu, bu gibi tasarrufların nam-ı müstear olarak adlandırıldığı- Somut olayda da davalı borçlu şirket tarafından diğer davalı adına taşınmaz satın alınması dava edilmiş olmasına göre gerçek kişilerin hangi şartlar dahilinde bu taşınmaza sahip olabilecekleri, davalılar arasındaki organik bağlantının olup olmadığı üzerinde de durularak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini»²⁰⁷

√ «Nam-ı müstear olarak yapılan satışların ispatlanması halinde eldeki davanın alacağın tahsiline yönelik olduğu da göz önüne alınarak İİK'nun 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak ve davacıya alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak haciz ve satış yetkisi verilmesi gerektiğini»²⁰⁸

√ «Dava konusu taşınmazın uzun zamandır malikin eşi ve ailesi tarafından kullanıldığı, malikin eşi ve şirketinin kredi ihtiyacının karşılanması için inançlı işlem ile taşınmazın davalıya devredildiği, bu satışın aslında gerçek bir satış olmadığı, yani taşınmazın hiçbir zaman davalıya ait olmadığını, konut kredisinin çekilmesinden sonra da taşınmazın inanç sözleşmesi gereği malikin eşine iade edildiği, bu durumda alacaklıyı zarar uğratma kastı olmadığını, İİK'nun 277 ve devamı maddelerine göre tasarrufun iptali için koşulların bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini»²⁰⁹

√ «Davacı tarafından İİK'nun 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa da, mahkemenin bununla bağlı olmadan, diğer maddelerden birine göre iptal kararı verebileceğini- Dava konusu edilen parselin 1/4 payının borçlu davalı tarafından ödenip ödenmediğinin, diğer bir anlatımla satın alınan taşınmazın bedelinin kim yada kimler

206 Bknz: 17. HD. 23.02.2016 T. 1954/2119 (www.e-uyar.com)

207 Bknz: 17. HD. 22.06.2015 T. 8287/8983 (www.e-uyar.com)

208 Bknz: 17. HD. 15.06.2015 T. 3457/8622 (www.e-uyar.com)

209 Bknz: 17. HD. 01.06.2015 T. 19635/8006 (www.e-uyar.com)

tarafından ödendiğinin (nam-ı müstear) araştırılması gerektiğini»²¹⁰

√ «Dava dışı şirket hisselerinin borçlu tarafından kızı adına tescil ettirilmesine (nam-müstear) ve onun tarafından da diğer davalılara satışına ilişkin tasarrufların iptali gerekeceğini»²¹¹

√ «Borçlunun adresinde yapılmış olan haciz sırasında hacze kabil mal olmadığı belirlenmiş olup icra dosyasına göre borcu karşılayacak değerde mal olmadığı anlaşıldığından, aciz halinin varlığının kabul edilmesi gerektiğini- Namı müstear sebebine dayalı tasarrufun iptali davasında dava konusu aracın borçlu tarafından davalı oğlu adına alınıp alınmadığının araştırılması gerektiğini- Daha önce başka bir mala (taşınmaza) ilişkin olarak açılan tasarrufun iptali davasının kabul edilip edilmediğinin ve alacağın bu önceki dava ile karşılanıp karşılanmadığının araştırılması gerektiğini»²¹²

√ «Taşınmazların satış bedeli ile satış tarihindeki gerçek değerleri arasında taşınmazlar üzerindeki ipotek miktarlarının satış bedeline eklenmesi gerektiğini- Borçlu şirket ile üçüncü kişi arasında bir ticari ilişki olup olmadığı ya da şirket ortakları ile davalı arasında akrabalık, arkadaşlık, ticari ilişki gibi borçlunun mal kaçırma kastını 3. kişinin bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunu gösterir bir yakınlığın bulunup bulunmadığının araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini- Kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yüklenici tarafından hak edilmiş bir taşınmazın yüklenici tarafından kendi üzerine alınmadan üçüncü bir kişi adına tescilinin sağlanması (müteahhidin arsa maliklerine üçüncü kişilere satış yaptırmasının) da tasarrufun iptaline konu olabileceğini- Arsa malikleri tarafından davalıya yapılan satışta, borçlunun şirketin bu taşınmazı hak edecek nisbette imalat yapıp yapmadığı belirlenerek, davalı üçüncü kişi ve davalı borçlu şirket ile ortakları arasındaki ilişkiler belirlenerek karar verilmesi, arsa malikleri tarafından davalı şirket'e değil de, dava dışı üçüncü kişilere yapılan satışlarda dava konusu taşınmazların müteahhit şirket tarafından gerekli imalatlar yapıldığı kabul edilerek sözü geçen kişilerin de davaya dahil edilmesinden sonra, davalı şirket ile diğer davalıların bağlantıları araştırılarak ve dava dışı kişilerin borçlu şirketin ortağı oldukları ile diğer davalının da şirket ortağının kızı olduğu üzerinde durularak, bu davalının taşınmazı dava dışı kişiye devrettiği de belli olduğundan, davacının davasının bedele dönüştürüp dönüştürmediği

210 Bknz: 17. HD. 24.02.2015 T. 5559/3322 (www.e-uyar.com)

211 Bknz: 17. HD. 18.11.2014 T. 10438/16219 (www.e-uyar.com)

212 Bknz: 17. HD. 03.11.2014 T. 6147/14975 (www.e-uyar.com)

ya da hangi taşınmazlar açısından bedele dönüştürdüğü sorularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğini»²¹³

√ «Borçlunun çeşitli nedenlerle (alacaklılarından mal kaçırma amacı gibi) kendi ismini gizleyerek, hukuki işlemi bir başkasına, kendi hesabına yaptırması halinde (nam-ı müstear) yapılan tasarruf işleminin iptal davasına konu olacağı yerleşmiş Yargıtay içtihatları ile kabul edildiğini- Mahkemenin red gerekçesinde bir taraftan davacının kendi muvazaasına dayanamayacağı belirtilirken bir taraftan da davacının bu iddiasının belge ile ispatlaması gerektiği, dosyaya davacı tarafından böyle bir belge sunulmadığı gerekçesiyle kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmiş olması kendi içinde çelişki yarattığından isabetli görülmediğini»²¹⁴

√ «Namu müstear (inançlı işlem) ile gizlenmiş muvazaalı işlemler hakkında iptal davaları açılabileceğini»²¹⁵

√ «Bedeli borçlu tarafından ödendiği halde 3.kişi adına tescil edilen malvarlıkları da (nam-ı müstear) borçlunun 3.kişi lehine yaptığı ivazsız tasarruflar olarak iptale tabi olduğunu»²¹⁶

√ «Nam-ı müstear ile gizlenmiş muvazaalı işlemlerin iptali için dava açılabilceğini- 6183 s. Kanun mad. 24 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davasında, 6111 s. Kanun içeriğinde hazine ile yapılacak anlaşma ile borcun yapılandırmasının, davacı Hazine tarafından açılmış tasarrufun iptali davalarını durduracağı ya da erteleyeceği ve davanın konusuz bırakacağı yönünde bir hüküm öngörülmediğinden iptal koşullarının değerlendirerek, tasarruf tarihindeki borç miktarının belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini»²¹⁷

b e l i r t m i Ő t i r . . .

e) Borçlandırıcı (iltizami) işlemler hakkında iptâl davası açılmasına gerek yoktur.²¹⁸ Çünkü, «borçlandırıcı işlemler sonucunda -ayrıca «tescil» ya da «teslim» gibi tasarrufi işlem yapılmadan- mal borçlunun

213 Bknz: 17. HD. 21.05.2013 T. 7646/7370 (www.e-uyar.com)

214 Bknz: 17. HD. 04.04.2013 T. 8194/4806 (www.e-uyar.com)

215 Bknz: 17. HD. 18.03.2013 T. 6263/3521 (www.e-uyar.com)

216 Bknz: 17. HD. 11.06.2012 T. 1710/7561 (www.e-uyar.com)

217 Bknz: 17. HD. 03.12.2012 T. 13065/13382 (www.e-uyar.com)

218 UMAR, B. age. s: 56 - KURU, B. age. C: 4, s: 3411 - KURU, B. El Kitabı, s:1399 - BERKİN, N. age. s: 491 - ANSAY, S. Ş. age. s: 325 - GÜRDOĞAN, B. age. s: 222 - GÜRDOĞAN, B. İptal Davaları («İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer»e sunulan bildiri) s: 157 - MUŞUL, T. age. C:2, s:1750 - KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. a.g.e. s:614 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s: 860 - ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, S.T. İcra ve İflâs Hukuku, 2016, 2. Baskı, s: 535 - YILDIRIM, M.K. a.g.e. s: 143 - ERDÖNMEZ, G. a.g.e., s: 12 - ERCAN, İ. İcra ve İflâs Hukuku, 2016, s: 430 - SERKAYA, A.Ş./KUL, S. age. s: 75

malvarlığından çıkmamış olduğu için iptâl davası açılmasına gerek kalmadan, alacaklı o malı haczettirebilir ya da borçlunun iflâsı halinde o mal da iflâs masasına girer.

Nitekim, **yüksek mahkeme**, borçlunun yaptığı «*satış vaadi*» hakkında iptâl davası açılmayacağını,²¹⁹ eğer «*satış vaadi tapuya şerh verilmişse, o zaman iptâl davasına konu olabileceğini*»²²⁰ belirtmiştir.

Aynı şekilde; «*taşınmazın kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin, ancak tapu siciline şerh verilmesi halinde tasarrufun iptali davasına konu olabileceğini*»²²¹ ifade etmiştir.

f) Borçlunun haczedilmeyen (İİK. mad. 82) bir malını malvarlığından çıkarması, iptâl davasına konu olamaz. Çünkü, borçlunun bu işlemden alacaklıları zarar görmüş değildir. Bir malın haczinin mümkün olup olmadığına karar verme yetkisi icra mahkemesine ait olmakla beraber (İİK. mad. 82) iptâl davasında, «*iptâli istenen tasarruf konusu mal ya da hakkın haczinin mümkün olup olmadığını*», davaya bakan mahkeme karar verecektir.^{222 223 224}

Ancak **doktrinde** ileri sürülen **diğer bir görüşe göre**²²⁵ «*ne lehine iptâle tâbi tasarruf yapılmış olan üçüncü kişi ve ne de borçlu 'iptâle tâbi tasarruf konusu malın haciz edilemeyeceğini ileri süremez... Çünkü, üçüncü kişi, alacaklı ile borçlu arasındaki icra takibinde taraf değildir. Borçlu da; tasarruf konusu mal üçüncü kişinin mülkiyetine geçmiş olduğundan ve tasarrufun iptâline karar verilmesiyle borçlunun mülkiyetine geri dönmeyeceğinden, haczedilmezlik iddiasında bulunamaz... 'Borçlu' ya da 'üçüncü kişi' bu hususu şikayet yolu ile icra mahkemesine bildiremeyeceği gibi, iptâl davasında da mahkemede ileri süremezler...*»

Yüksek mahkeme de bu konudaki içtihatlarında;

√ «*'Mesken' niteliğindeki taşınmaza ilişkin borçlunun tasarrufunun iptâline karar verilmesi halinde, taşınmazın mülkiyeti borçluya dönme-*

219 Bknz: 13. HD. 9.10.1979 T. 3558/4980 (www.e-uyar.com)

220 Bknz: 17. HD. 5.5.2008 T. 1637/2353; 15. HD. 30.9.2002 T. 3158/4300; 20.9.1995 T. 3945/4845; 26.1.1990 T. 5153/160; 19.12.1990 T. 4739/5602 (www.e-uyar.com)

221 Bknz: 17. HD. 07.04.2011 T. 335/3215 (www.e-uyar.com)

222 GÜRDOĞAN, B. age. s: 223, dipn. 617 - SARISÖZEN, İ. a.g.m. (ABD. 1977/2, s:281,- dipn. 3) - ERDÖNMEZ, G. age. s: 105, 123 - MUŞUL, T. age. s: 391

223 Aynı doğrultuda; Bknz: 17. HD. 24.09.2013 T. 13855/12721

224 Bu konuda ayrıca bknz: KAPLAN, H.A. 4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında İcra İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları (Yüksek Lisans Tezi, 2006, s: 49 vd.)

225 KURU, B. age. C: 4, s: 3476 vd. - KURU, B. El Kitabı, s:1415

yeceğinden, borçlu tarafından bu taşınmaz hakkında ‘haczedilmezlik şikayeti’nde (‘meskeniyet iddiası’nda) bulunulamayacağını»^{226 227}

√ «Tasarrufun iptâli davasını kazanan alacaklının, bu ilamı icra dosyasına koyarak, üçüncü kişi adına kayıtlı bulunan taşınmaza -borçlusunun borcundan dolayı- haciz koydurması üzerine, taşınmaz maliki üçüncü kişi tarafından -icra takibine taraf olmadığı, takipte ‘borçlu’ sıfatını taşımadığı için- «haczedilmezlik şikayeti»nde bulunulamayacağını»^{228 229}

√ «İptal davasına bakan mahkemenin ‘dava konusu taşınmazın borçlunun meskeni olup olmadığını’ araştıramayacağını, borçlunun dava konusu taşınmazı -diğer davalı- üçüncü kişiye satmakla meskeniyet iddiasından vazgeçmiş sayılacağını»²³⁰

belirtmiştir.

g) Borçlunun kişilik haklarından olan ve aile hukukuna giren; boşanma, evlat edinme, nesebin tanınması gibi eylem ve işlemleri iptâl davasına konu olamaz.²³¹

h) Alacaklılarına zarar vermek amacı ile borçlunun kasden yaptığı ihmali işlemler de, iptâl davasına konu olabilir. Örneğin; borçlunun kasden ödeme emrine itiraz etmemesi^{232 233} veya kasden tenkis davası açmaması,²³⁴ vasiyetin tenfizine ilişkin davaya karşı çıkmaması²³⁵ ya da alacak davasında kasden zamanaşımı definde bulunmamış olması da iptâl davasının konusunu teşkil edebilir. Bu durumda, alacaklılar açtıkları iptâl davasında, borçlunun alacaklarına zarar vermek kasdıyla hareket ettiğini isbat ederek, «ödeme emrine itirazda bulunulmuş veya zamanaşımı definde bulunulmuş gibi, haklarının saklı kalmasını» talep edebilirler. Bu istem üzerine, borçlunun ihmali işlemlerinin iptâline

226 Bknz: 12. HD. 6.6.2005 T. 9692/12254; 12.2.2005 T. 1234/3437; 20.9.1995 T. 11388/11631

227 Karş: 12. HD. 26.11.1992 T. 7896/14934; 21.11.1983 T. 7982/9211 (www.e-uyar.com)

228 Bknz: 12. HD. 8.2.2005 T. 24990/2109; 20.9.1995 T. 11388/11631 (www.e-uyar.com)

229 Karş: 12. HD. 17.2.2004 T. 26637/3061 (www.e-uyar.com)

230 Bknz: 15. HD. 17.3.1997 T. 826/1399; 27.2.1995 T. 706/1077; 17.12.1987 T. 3690/4496 (www.e-uyar.com)

231 UMAR, B. a.g.e. s: 61 - GÜRDOĞAN, B. age. s: 223 - ANSAY, S. Ş. age. s: 326 - BERKİN, N. age. s: 494 - TOKTAŞ, M. age. s: 82

232 Bknz: FMK. 19.10.1939 T. (JdT 1940 II, 29) Naklen; BERKİN, N. age. s: 513

233 Bknz: 15. HD. 21.11.2006 T. 4991/6698; 15.9.1990 T. 3485/3260 (www.e-uyar.com)

234 Bknz: 17. HD. 02.03.2015 T. 17841/3683 (www.e-uyar.com)

235 Bknz: 17. HD. 02.03.2017 T. 17841/3683 (www.e-uyar.com)

karar veren mahkeme, «davacıların itiraz hakkını veya zamanaşımını kullanmalarına» karar verebilir.²³⁶

1) Borçlu tarafından «gerçek bir alacak-borç ilişkisine dayanmayan» alacağın temlik işlemleri hakkında da iptal davası açılabilir.

Yüksek mahkeme bu konuyla ilgili olarak;

√ «Davacı tarafından davalı Konya Organize Sanayi Bölgesi Müdürlüğü'ne gönderilen 25.11.2011 ve 1.12.2011 tarihli satış bedeli ve temlik konusunda bilgi isteme içerikli yazılar 6183 Sayılı AATUHK'nun 79. maddesi kapsamında gönderilmiş 'haciz ihbarnamesi' niteliğinde olmadığından, birleşen dava yönünden davalı Konya Organize Sanayi Bölgesi Müdürlüğü yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini- Arsa sahipleri ile yüklenici şirket arasındaki sözleşmelerin tarihsiz ve adi belge niteliğinde olması, taşınmazların arsa sahipleri adına tapuda kayıtlı olması, anılan sözleşmelerin resmi şekilde yapılmaması, sözleşmelere ilişkin damga vergisinin davalı 3. kişi şirket tarafından davadan sonra yatırılması, kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazda davalı borçlu şirketin temsilcisinin anne ve babasının malik olması gibi maddi ve hukuki olgular gözönüne alındığından davalı şirketler arasındaki temlik işleminin 6183 sayılı AATUHK'nun 30. maddesi gereğince iptale tabi olması nedeniyle esas davanın davacının kesinleşen alacak ve ferileriyle sınırlı olarak iptaline karar verilmesi gerekeceğini»²³⁷

√ «Mahkemece, davalıların borçlunun ekonomik durumunu ticari ilişki nedeni ile biliyor kabul edilmiş ise de gerçek bir alacağı bulunan alacaklıya borçlunun bir başkasından olan para alacağını temlik etmesinin ticari örfe dayalı geçerli bir ödeme aracı olduğunu, burada önemli olan temlik alanın, bu temlik gerektirir nitelikte ve boyutta borçludan alacağının olduğunun sabit olması olduğunu- Tarafların ticari defterleri üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonucu alınan 31.07.2008 ve 18.05.2009 tarihli bilirkişi raporlarından, davalı A. firmasının borçlu ile ticari ilişkisinin olduğu, borçlunun ... TL borcu olduğu daha sonra organik bağ içinde olduğu Y. Gıda Şirketine ait ... TL borcunda borçlu Ö. Gıda tarafından üstlenildiği, Y. Gıdaya ait 3 adet çek bedeli karşılıksız çıkması nedeni ile ek masrafı dahil ... TL borcunda borçlu şirkete devredildiği bu borçlara karşılık ...tarihli ... TL'lik temlik yapıldığı anlaşıldığından, davalı, borçlu ile ticari ilişkisini temlik tarihinden öncesinde ve sonrasında devam ettirmiş ve temlik miktarı kadar gerçek bir alacağı

²³⁶ BERKİN, N. age. s: 514

²³⁷ Bknz: 17. HD. 11.10.2016 T. 18995/8786 (www.e-uyar.com)

olduğunu ispatladığından bu davalı yönünden davanın kabulüne karar verilmesi gerekeceğini»²³⁸

√ «Kredinin borçlu tarafından çekildiği ve ödemelerin onun tarafından yapıldığına ilişkin olarak diğer bir ifade ile tasarrufun, nam-ı müstear şeklinde yapıldığına dair soyut iddiadan başka bir delil bulunmadığı, bu durumda mahkemece, dava konusu taşınmazın borçlu tarafından satın alındığı ispatlanmadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiğini- Borçlunun hiçbir neden yokken, ortağı olan kişiye, borcunun doğumundan sonra yaptığı temliklerin İİK'nun 280. maddesine göre iptali gerekeceğini»²³⁹

√ «Süregelen ticari ilişki kapsamında yapılan temlik işleminin iptaline karar verilemeyeceğini»²⁴⁰

√ «Dava konusu temlik işleminin İİK 278,279,280 maddeleri gereğince iptale tabi olup olmadığı belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmediğini»²⁴¹

√ «Mahkemece davacı tarafa takip dosyasına ilişkin alacağını temlik aldığına dair temliknameyi dosyaya ibraz etmesi için süre verilmesine, ondan sonra davacı sıfatını kazanıp kazanmadığının irdelenerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini»²⁴²

√ «Davalı borçlu ile davalı üçüncü kişi arasında yapılan alacağın temlik işleminin muvazaalı ve kötüniyetle yapıldığı gerekçesiyle iptaline karar verilebileceğini»²⁴³

√ «Davalı üçüncü kişinin alacağının, davacının alacağından önce doğması ve temlik işleminin muvazaalı olmadığı sonucuna varılması halinde, üçüncü kişi ile borçlu arasında gerçekleşen alacağın temlikine yönelik açılan tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini»²⁴⁴

√ «Davalı üçüncü kişinin alacağının, davacının alacağından önce doğması ve temlik işleminin muvazaalı olmadığı sonucuna varılması halinde, üçüncü kişi ile borçlu arasında gerçekleşen alacağın temlikine

238 Bknz: 17. HD. 13.10.2015 T. 1313/10510 (www.e-uyar.com)

239 Bknz: 17. HD. 04.05.2015 T. 20059/6441 (www.e-uyar.com)

240 Bknz: 17. HD. 21.04.2015 T. 21344/6051 (www.e-uyar.com)

241 Bknz: 17. HD. 24.03.2015 T. 19052/4805 (www.e-uyar.com)

242 Bknz: 17. HD. 13.02.2014 T. 14266/1605 (www.e-uyar.com)

243 Bknz: 17. HD. 01.10.2013 T. 10340/13129 (www.e-uyar.com)

244 Bknz: 17. HD. 09.04.2013 T. 7533/5111 (www.e-uyar.com)

yönelik açılan tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini»²⁴⁵

√ «Dava konusu temlik tasarrufunun gerçek bir borç ödemesine ilişkin olup olmadığının tespiti bakımından davalı borçlu ile dava dışı ... Yetiştirme Yurdu arasındaki yapılan 16.2.2009 tarihli ihale evraklarının tümü (sözleşme, hak ediş raporları, ödeme belgeleri, söz konusu ihale işinin alt taşeron tarafından yapılıp yapılamayacağı gibi hususlar) ilgili idareden istenerek, davalı borçlu O. davalı S. ve davalı S.'nin müdürlüğünü yaptığını belirttiği dava dışı şirketin (Ticari sicil kayıtları istenerek davalı S.'nin adı geçen şirketle bağı belirlendikten sonra) ticari defterleri üzerinde mali müşavir veya hesap uzmanı bilirkişiye inceleme yaptırılıp rapor alınması gerekeceğini»²⁴⁶

√ «Borçlu tarafından kendisinden gerçekten alacaklı olan üçüncü kişiye yapılan (muvazaalı olmayan) temlik işleminin iptaline karar verilemeyeceğini»²⁴⁷

√ «Gerçek bir alacak için yapılmış olan 'temlik iptaline' karar verilemeyeceğinden, mahkemece davalılar (borçlu ile üçüncü kişi) arasında yapılmış olan temlikin dayandığı bir alacak ilişkisinin bulunup bulunmadığı, gerekirse tarafların defterleri üzerinde inceleme yapılarak araştırılması yani temlik işleminin muvazaalı ya da alacaklılara zarar verme kasdıyla yapılıp yapılmadığının, taraflar arasında temliki gerektirecek bir ticari ilişkinin var olup olmadığının araştırılması gerekeceğini- Temlikin 'mutad dışı ödeme' olarak kabul edilemeyeceğini»²⁴⁸

√ «Alacağın temliki işlemi hakkında 'temlikin gerçek bir alacak-borç ilişkisine dayanmadığı' iddiasıyla-iptal davası açılabilceğini»²⁴⁹

belirtmiştir...

i) İptal davası, borçlunun alacaklılarına zarar vermek kasdı ile yaptığı hukuki işlemlere yönelik olduğundan, borçlunun aleyhine açılan bir davada, karşı tarafla anlaşarak davayı kaybetmiş olması halinde, alacaklıları, alınan mahkeme kararının «hile» nedeniyle iptalini sağlamak

245 Bknz: 17. HD. 02.04.2013 T. 6958/4611 (www.e-uyar.com)

246 Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 14091/3212 (www.e-uyar.com)

247 Bknz: 17. HD. 14.02.2011 T. 6625/1151; 4. HD. 21.12.2010 T. 13071/13307; 17. HD. 25.10.2010 T. 8599/8755 (www.e-uyar.com)

248 Bknz: 17. HD. 04.04.2011 T. 7798/3034; 28.02.2011 T. 1421/1750 (www.e-uyar.com)

249 Bknz: 17. HD. 05.07.2010 T. 5564/6375; 19.04.2010 T. 2387/3606; 01.03.2010 T. 9111/1733; 11.02.2010 T. 10446/1043; 04.02.2010 T. 330/757; 09.01.2009 T. 6091/7275; 02.06.2009 T. 1286/3827; 11.03.2010 T. 10418/2168; 30.06.2008 T. 1919/2695; 24.03.2008 T. 5535/1407; 11.03.1999 T. 1146/1615; 20.05.2008 T. 1919/2695; 20.01.2011 T. 7431/220 (www.e-uyar.com)

için İcra ve İflâs Kanununa göre bir iptal davası açamazlar.²⁵⁰ Alacaklılar ancak, karara karşı «yargılamanın iadesi» yoluna (HMK. mad. 376) başvurabilirler.²⁵¹

j) «Cebri icra yolu ile yapılan satışlar» hakkında da -kural olarak- iptâl davası açılmaz.²⁵² Çünkü, ortada, borçlunun serbest iradesi ile yaptığı bir tasarruf yoktur. Halbuki; ancak borçlunun -mal kaçırmak amacı ile- üçüncü kişilerle yaptığı tasarruflar iptâl davasına (İİK. mad. 277 vd.) konu olabilir. Yani, «*cebri icra yolu ile yapılan satışlar, borçlu tarafından yapılmış bir tasarruf*» niteliğinde değildir...

Ancak, borçlu -alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla- anlaştığı üçüncü bir kişiyle *muvazaalı olarak borç ilişkisi yaratarak*, aleyhine takip yapılmasını sağlayarak malvarlığına dahil malların ihale ile satılmasını gerçekleştirmişse, bu tür ihaleler hakkında iptâl davası açılabilir... Başka bir ifade ile; «alacaklının alacağının muvazaalı olduğu iddia edilmedikçe», cebri icra yolu ile yapılan ihaleler hakkında tasarrufun iptali davası açılmaz.²⁵³

Yüksek mahkeme, bu konuya ilişkin olarak;

√ «*Davalı borçlunun borcundan dolayı dava konusu taşınmaz üzerine konulan ipotek nedeniyle taşınmazın cebri icra yolu ile satılması halinde davalı 3. kişi elinde bir bedel kalması ve davanın diğer koşullarının da bulunması halinde davalı 3. kişinin bedel ile sorumlu tutulacağını*»²⁵⁴

√ «*Tasarrufun iptali davalarında 3. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü kişinin davaya dahil edilmemesi ya da davaya dahil edilmekle birlikte iyiniyetli olduğunun anlaşılması halinde İİK'nun 283/2. maddesi uyarınca bedele dönüşen davada üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması gerektiğini*»²⁵⁵

√ «*Davanın İİK'nun 277 vd. maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğunu- Borçlunun borcundan dolayı dava konusu ta-*

250 Bknz: 13. HD. 24.9.1974 T. 2095/1919; 3. HD. 25.6.1956 T. 841/3633 (www.e-uyar.com)

251 KURU, B. El Kitabı, s:1399 - KURU, B. age. C: 4, s: 3412 - ALTAY, S. age. C: 1, s: 674
252 KURU, B. age. C: 4, s: 3412 - KURU, B. El Kitabı, s:1399 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4337 vd. - TOKTAŞ, M. age. s: 86 ERDÖNMEZ, G. age. s: 101 vd. - COŞKUN, M. age. C: 4, s: 4667

253 SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. age. s: 77

254 Bknz: 17. HD. 25.05.2015 T. 6515/7565 (www.e-uyar.com)

255 Bknz: 17. HD. 03.03.2015 T. 16887/3771 (www.e-uyar.com)

şınmazın cebri icra yolu ile satılması halinde de 3. kişinin elinde bir bedel kalır ise bu bedel ile sorumlu tutulacağını, bir bedel kalmamış ise konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına ancak davalılar davanın açılmasına neden oldukları için yargılama giderine mahkûm edilmeleri gerektiğini»²⁵⁶

√ «Tasarrufun iptali davalarında 3. ve 4. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü veya beşinci kişinin davaya dahil edilmemesi ya da davaya dahil edilmekle birlikte iyiniyetli olduğunun anlaşılması halinde İİK'nın 283/2. maddesi uyarınca bedele dönüşen davada üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması ve aynı şekilde davalı borçlunun borcundan dolayı dava konusu taşınmazın cebri icra yolu ile satılması halinde de 3. kişi konumundaki davalının elinde bir bedel kalmış ise bu bedel ile sorumlu tutulması gerekeceğini»²⁵⁷

√ «Davalı borçlunun borcundan dolayı dava konusu taşınmazlardan bir kısmının üzerinde bulunan ipotekler nedeniyle cebri icra yolu ile satılması halinde davalı 3. kişinin, elinde bir bedel kalması ve davanın diğer koşullarının da bulunması halinde bedel ile sorumlu tutulacağını, ancak taşınmazların satışından dolayı 3. kişinin elinde bir bedel kalmadığı durumda 'karar verilmesine yer olmadığına' şeklinde hüküm tesisi ile yargılama giderlerinin haksız olan taraftan alınmasına karar verilmesinin gerekeceğini»²⁵⁸

√ «Kural olarak 'cebri icra yoluyla yapılmış olan satışlar (ihaleler) hakkında' iptâl davası açılmayacağı, ancak 'alacaklısından mal kaçırmak amacına yönelik bir (muvazaalı) alacak-borç ilişkisi yaratılarak, takip yapılmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler hakkında iptâl davası açılabileceğini»²⁵⁹

√ «Kural olarak 'cebri icra yoluyla yapılmış olan satışlar (ihaleler) hakkında' iptâl davası açılmayacağını, ancak «alacaklısından mal kaçırmak amacına yönelik bir (muvazaalı) alacak- borç ilişkisi yaratılarak, takip yapılmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler hakkında iptâl davası açılabileceğini»²⁶⁰

256 Bknz: 17. HD. 17.02.2015 T. 13416/2876 (www.e-uyar.com)

257 Bknz: 17. HD. 26.06.2014 T. 6673/9962 (www.e-uyar.com)

258 Bknz: 17. HD. 28.04.2014 T. 5464/6429 (www.e-uyar.com)

259 Bknz: 17. HD. 27.05.2010 T. 2141/4792 (www.e-uyar.com)

260 Bknz: 17. HD. 18.9.2008 T. 2637/4156; 16.9.2008 T. 1246/4471; 1.5.2008 T. 188/2286 (www.e-uyar.com)

√ «Cebri icra yolu ile, icra dairesince yapılan ihalelerin iptâli için, 6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı iptâl davası açılmayacağını»²⁶¹

√ «İcra dairesince, tapu sicilindeki on yıllık kira şerhiyle birlikte satılan ipotekli taşınmaz hakkında, iptâl davası açılmayacağını»²⁶²

belirtmiştir.

k) Borçlunun taraf olmadığı (yani borçlu tarafından yapılmamış olan) işlemler, iptâl davasına konu olamaz.²⁶³

Yüksek mahkeme, bu konuda;

√ «Tasarrufun iptali davalarında ancak borçlunun üzerinde tasarruf edilebileceği haklara ilişkin olarak dava açılabileceğini- Borçlunun üzerinde tasarruf edebileceği bir daire olmayıp sadece müteahhide vekaleten yapılmış bir devir niteliğinde olan tasarruf yönünden davanın reddine karar verilmesi gerektiğini»²⁶⁴

√ «Mahkemece, davacının alacağının kredi sözleşmesinden doğduğu, dava dışı kooperatifin ipotek işleminin bundan önce olduğu, borçlu tarafından yapılmış bir tasarruf işlemi de bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinin isabetli olduğunu»²⁶⁵

√ «Tasarrufun iptali davalarının amacı, borçlunun alacağın tahsilini engellemek için menkul ve gayrimenkullerini devretmesi nedeni ile bu tasarrufların iptali suretiyle alacaklının alacağının bu yolla tahsil imkanı sağladığı, bu nedenle öncelikle tasarrufa konu malın borçluya ait bir mal olması bir başka anlatımla tasarrufun borçlu tarafından yapılması gerekeceğini»²⁶⁶

√ «Söz konusu taşınmaz davalı borçludan satın alınmadığı, dolayısıyla borçlu ve davalı üçüncü kişi arasında yapılmış bir tasarruf olmadığı halde bu taşınmaz yönünden tasarrufun iptali istemine ilişkin davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini»²⁶⁷

261 Bknz: 15. HD. 05.11.2003 T. 4290/5246 (www.e-uyar.com)

262 Bknz: İİD. 5.4.1969 T. 1668/3785 (www.e-uyar.com)

263 Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 6396/4510; 15. HD. 21.4.1988 T. 1432/1589; 13. HD. 23.3.1982 T. 823/2020 (www.e-uyar.com)

264 Bknz: 17. HD. 21.06.2016 T. 8139/7607 (www.e-uyar.com)

265 Bknz: 17. HD. 05.04.2016 T. 11520/4255 (www.e-uyar.com)

266 Bknz: 17. HD. 23.03.2016 T. 12115/3615 (www.e-uyar.com)

267 Bknz: 17. HD. 02.02.2016 T. 8802/1174 (www.e-uyar.com)

√ «Davanın İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğu, davada davalı dava konusu tasarrufların tarafı olmadığından haklarındaki her iki davanın da taraf sıfatı yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini»²⁶⁸

√ «Borçlunun tasarrufu olmayan bir işlem için açılan tasarrufun iptali davasının reddine karar verileceğini»²⁶⁹

√ «Borçlu tarafından yapılmış bir tasarrufun bulunmadığı, davanın bu nedenlerle husumet yönünden reddine karar vermek gerektiğini»²⁷⁰

√ «Borçlu tarafından yapılmış bir tasarrufun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini»²⁷¹

belirtmiştir...

1) Borçlunun vekaleten yapmış olduğu tasarruflar da, iptâl davasına konu olamaz.²⁷²

Ekonomik değeri bulunmayan işlemler -örneğin; Büyükşehir Belediyesince tahsis edilen işletme hakkının devrine ilişkin işlem hakkında iptâl davası açılmaz.^{273 274} **Yüksek mahkeme** bir olayda «Borçlu tarafından yapılan, işletme ruhsatı kendisine ait olan özel halk otobüsü hattının başka bir kişiye devrine ilişkin işlem hakkında tasarrufun iptali davası açılmayacağını»²⁷⁵ belirtmiştir.

Tasarrufun iptâli davası açılabilmesi için, iptâle konu olabilecek somut bir tasarruf bulunması gerekir.²⁷⁶ **Belli bir tasarruf bildirilmeden, muhtemelen alacak ve borç ilişkisinin iptâli için iptâl davası açılmaz.**²⁷⁷

Kadastro tesbit tutanakları, borçlunun iradesi dışında, 3402 sayılı Kadastro Kanununda belirtilen usul ve şekillere göre düzenlendiğinden, kadastro tutanağı ve içeriği hakkında -borçlunun, kadastro çalışmaları sırasında, kendisine ait tapusuz taşınmazları bildirdiği kişi (eşi) adına

268 Bknz: 17. HD. 07.04.2015 T. 1719/5522 (www.e-uyar.com)

269 Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 6396/4510 (www.e-uyar.com)

270 Bknz: 17. HD. 25.06.2012 T. 6408/7959 (www.e-uyar.com)

271 Bknz: 17. HD. 18.01.2012 T. 2489/209 (www.e-uyar.com)

272 Bknz: 15. HD. 1.12.1986 T. 4402/4059 (www.e-uyar.com)

273 SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. age. s: 82

274 Bknz: 17. HD. 22.5.2008 T. 384/2764 (www.e-uyar.com)

275 Bknz: 17. HD. 10.06.2014 T. 8576/9328; 06.05.2014 T. 5552/7111; 22.02.2011 T. 10039/1464 (www.e-uyar.com)

276 Bknz: 17. HD. 8.4.2008 T. 4699/1760 (www.e-uyar.com)

277 Bknz: 17. HD. 27.3.2008 T. 5233/1548 (www.e-uyar.com)

tesbit ve tescil ettirmesi işlemi hakkında- iptâl davası açılmaz.²⁷⁸

III- Açılmış olan tasarrufun iptali davası bazen konusuz kalır. Yüksek mahkeme;

√ «Davanın dayanağı olan alacağın ödenmiş olması halinde davanın konusuz kalmış olacağını»²⁷⁹

√ «Alacaklı tarafından 'borçluya ait olduğu yargı kararıyla belirlenen' mallar üzerinde haciz/muhafaza işlemi yapılmış olması halinde, alacaklının satış isteme imkanı doğmuş olacağından, iptal davasının konusuz kalmış olacağını»²⁸⁰

√ «Dava konusu taşınmazın, ipotek borcu nedeniyle alacağına mahsuben -dava dışı- ipotekli alacaklıya ihale edilmiş olması halinde, davanın o taşınmaz yönünden konusuz kalmış olacağını»²⁸¹

√ «Tasarrufun iptali davaları icra takibine bağlı davalar olduğundan, alacağın herhangi bir şekilde ödenmemesi veya alacaktan vazgeçilmesi halinde, davanın konusuz kalmış olacağını»²⁸²

belirtmiştir...

IV- Bir tasarrufun İİK. mad. 277 vd. göre iptâl davasına konu olabilmesi için, «davacı-alacaklının alacağının doğumundan sonra yapılmış olması» gerekir mi? Doktrinde tartışmalı olan bu konuda ileri sürülen -ve çoğunlukla savunulan (egemen olan)- görüşe göre²⁸³ «bir tasarrufun iptâl edilebilmesi için, davacı-alacaklının alacağının, dava konusu yapılan bu tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. Borçlunun tasarrufta bulunurken, o tarihte (tasarruf tarihinde) mevcut olmayan bir alacaklısına zarar vermesi mümkün değildir. Alacaklı, borçlu ile işlemde

278 Bknz: 17. HD. 25.05.2015 T. 1822/7646; 24.1.2008 T. 4045/268; 21.1.2008 T. 5529/178 (www.e-uyar.com)

279 Bknz: 17. HD. 19.11.2009 T. 5751/7739; 4. HD. 18.6.2009 T. 5045/8146; 17. HD. 13.4.2009 T. 5924/2311 (www.e-uyar.com)

280 Bknz: 17. HD. 20.4.2009 T. 2730/2467 (www.e-uyar.com)

281 Bknz: 17. HD. 3.2.2009 T. 4447/336 (www.e-uyar.com)

282 Bknz: 17. HD. 27.1.2009 T. 74/263 (www.e-uyar.com)

283 KURU, B. age. C: 4, s: 3417 vd – KURU, B. El Kitabı, s:1402 - MUŞUL, T. age. s:1292 - MUŞUL, T. Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalâalar, 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. age. s: 1069 - KALE, S. Aciz Halindeki Borçlunun, Bir veya Birkaç Alacaklısını Kayıran Hukuki Filleri Dolayısıyla İptal Davası (İİK. mad. 279) (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, s: 193) - ŞENER, A. age. s: 1190 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. age. s: 74 - ŞİMŞEK, E. age. s: 863

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. Tedbirli 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 iptâl 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...»

Diğer bir görüşe göre²⁸⁴ ise «iptâl davasının açılabilmesi için, alacaklının alacağını iptâle tâbi tasarruftan önce veya sonra doğmuş olması önemli değildir. Başka bir ifade ile, alacaklının alacağı, iptâli istenen tasarruftan sonra doğsa bile alacaklı, kendi alacağının doğumundan önce yapılmış olan tasarrufun iptâlini isteyebilir...»²⁸⁵

Yüksek mahkeme bu konudaki içtihatlarında **birinci görüşe** katılmıştır.²⁸⁶

Yüksek mahkeme ayrıca «dava ister BK.nın 18.(yeni BK.'nın 19.) maddesi uyarınca muvazaaya dayalı tapu iptal, ister İİK.nın 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkin olsun, davacı taraf bir alacağa dayanarak iptal isteğinde bulunmuş ise, bu alacağın tasarruf tarihinden önce doğmuş olması gerektiğini; davacı tarafın alacağının kaynağı haksız eylem olup, borcun doğum tarihinin de bu haksız eylemin işlendiği tarih olması gerektiğini»²⁸⁷

belirterek **«davacı tarafın bir alacağına dayanarak muvazaaya da-**

284 ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 285 - BERKİN, M. İflâs Hukuku,1972, s: 499 - BERKİN, N. İflâs Hukuku Rehberi,1980, s: 110 - YILDIRIM, M. K. age. s: 139, 288 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. C: 2, s: 1562 vd. - ALTAY, S. age. C: 1, s: 675 - TOKTAŞ, M. age. s: 59 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4340

285 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. age. C:2, s:1562 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:11.2010, s:18869 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4369 vd.

286 Bknz: 17.HD. 07.02.2017 T. 10199/1109; 17.01.2017 T. 5553/169; 16.01.2017 T. 22908/49; 13.12.2016 T. 19953/11507; 29.11.2016 T. 17507/11013 vb. (www.e-uyar.com)

287 Bknz: 17. HD. 29.06.2015 T. 7716/9218 (www.e-uyar.com)

yalı tasarrufun iptali davası açmış olması halinde de, davacının alacağı tasarruf tarihinden önce doğmuş olması halinde mahkemece, tasarrufun iptaline karar verilebileceğini» vurgulamıştır.

6183 sayılı Kanuna göre amme (kamu) alacaklarının tahsili yönünden açılacak iptâl davalarında «borcun doğum tarihine bakılmaksızın, borçlunun tasarruflarının -6183 sayılı Kanununun 24-31. maddeleri çerçevesinde- iptâl karar verilebileceği» **doktrinde**²⁸⁸ ileri sürülmüşse de, **yüksek mahkeme**²⁸⁹ bu görüşe katılmamış ve «6183 sayılı Kanuna dayanılarak açılan tasarrufun iptâl davalarında iptâl kararı verilebilmesi için, davacı idarenin kamu alacağının dava konusu tasarruftan önce doğmuş olması gerekeceğini» belirtmiştir...

V- «İptal davası»nın niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesi için, bu davanın «**istihkak davası**»ndan farklı olan yönünün de açıklanması yararlı olur. Bilindiği gibi, hacz edilen malın üçüncü kişinin bulunması ve üçüncü kişinin de o mal üzerinde «istihkak iddiasında» bulunması halinde, alacaklının -icra mahkemesinde- o kimse aleyhine «**istihkak davası**» açması gerekir. (İİK. mad. 99)²⁹⁰ Davacı - alacaklı, açtığı bu davada, «dava konusu malın üçüncü kişiye değil, borçluya ait olduğunu» ileri sürer ve bunu kanıtlamaya çalışır.

Halbuki, «**iptâl davası**»nda, davacı - alacaklı, «davalılardan üçüncü kişinin, dava konusu malın maliki olduğunu» önceden kabul etmiş ve bunu bile bile bu davayı açmıştır. Davacı-alacaklı, iptâl davasında, «*davalılardan borçlunun, diğer davalı üçüncü kişiye, dava konusu malı devrettiğini ve üçüncü kişinin 'malik' olduğunu (ya da 'rehin hakkı sahibi' olduğunu) ancak, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki işlemin İİK. mad. 278, 280'de öngörülen varsayımlardan dolayı kendisi hakkında geçersiz olduğunu ve bu devre (tasarruf işlemine) rağmen, kendisine o mal üzerinde cebri icra hakkı, tanınmasını» -yani, o malı haczettirip sattırma ve satış parasından alacağını alma hakkı tanınmasını- ister.*

288 KOSTAKOĞLU, C. 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davaları (Yarg. D. 1991/1-2, s: 14; Yasa D. 1990/9, s: 1237)

289 Bknz: 17. HD. 9.10.2007 T. 3034/3010; 15. HD. 5.10.2004 T. 2573/4847; 2.4.2002 T. 1363/1549; 1.4.2002 T. 5792/1502; 4.10.1999 T. 2389/3628 vb. (www.e-uyar.com)

290 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Bası,1994, s: 1003 vd.- UYAR, T. İİK. Şerhi, C:6, s:8795 vd.

Eğer davacı - alacaklı, dava konusu malın mülkiyetinin üçüncü kişiye geçip geçmediği konusunda kesin bilgi sahibi olmadığı için, bu malın «borçluya ait olduğu» *kanısıyla* istihkak davası açar ve davalı-üçüncü kişi de, «o malın kendisine ait olduğunu (devredildiğini)» ileri sürerse, davacı - alacaklı, «borçlu ile üçüncü kişi arasındaki devir işleminin iptâlini» isteyebilir.

VI- İptal davasına konu olabilecek ve neticede iptâl edilebilecek tasarruflar, İcra ve İflâs Kanununda, üç grup halinde; 278, 279 ve 280 inci maddelerde öngörülmüştür. İİK. mad. 278, 279 ve 280'de iptâl edilebilecek (iptâle tâbi) tasarrufların neler olduğu, teker teker sayılarak (tahdidî olarak) belirtilmiş değildir. Yasanın bu maddelerinde, bazı iptâle tâbi tasarruflar sayılmış ise de, bu sayma sınırlayıcı (tahdidî) değildir. Hangi tasarrufun iptâle tâbi bulunduğunu, olayın koşullarına göre -maddedeki genel tanımlamalar çerçevesinde- hakim takdir edecektir (İİK. mad. 281/I).²⁹¹

İcra ve İflâs Kanununda öngörülen «iptâl edilebilecek» (iptâle tâbi) tasarruflar ilerde İİK. mad. 278, 279 ve 280'de ayrıntılı olarak açıklanmıştır...

VII- Buraya kadar «*İcra ve İflâs Kanununa göre açılacak olan iptâl davalarına konu olabilecek tasarruflar*» hakkında yaptığımız açıklamalar, kural olarak, **6183 sayılı Kanun -mad. 24-31- uyarınca açılacak olan iptal davaları** bakımından da aynen geçerlidir.

Başka bir deyişle, 6183 sayılı Kanun uyarınca açılacak iptâl davaları ile İİK. mad. 277 vd. göre açılacak iptâl davaları aynı «*hukukî nitelikte*»-dir.²⁹² Bu davalar sonucunda, davanın kabulü halinde mahkemece «*iptâl ve tescil*» kararı değil, «*dava konusu taşınır/taşınmaz üzerinde davacı alacaklıya haciz ve satış isteme yetkisinin tanınması...*» yönünde hüküm kurulur.

Bu kanunda da, iptâl konusu olabilecek tasarruflar İcra ve İflâs Yasasına paralel şekilde üç grup halinde -**a**) «*İvazsız tasarruflar*» (mad. 27, 28) (İİK. mad. 278), **b**) «*Aciz halinde iken (ödeme güçsüzlüğü içinde*

291 Bknz: 15. HD. 16.2.2005 T. 5141/808; 21.10.2004 T. 3131/5291; HGK. 25.11.1987 T. 15-381/873; 17. HD. 21.1.2008 T. 5529/178 vb. (www.e-uyar.com)

292 KOSTAKOĞLU, C. 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsili Yönünden İptal Davası (Yarg. D. 1991/1-2, s: 19)

iken yapılan tasarruflar» (mad. 29) (İİK. mad. 279), c) «Kamu alacağını ödememek amacı ile yapılan tasarruflar» (mad. 30) (İİK. mad. 280) şeklinde düzenlenmiştir.²⁹³

Yüksek mahkeme, «6183 sayılı Kanuna göre açılacak iptâl davalarının konusu»na ilişkin olarak;

√ «Borçlunun, diğer davalı üçüncü kişinin açtığı tapu iptali ve tescil davasını kabul ederek, dava konusu taşınmazı davalı üçüncü kişi adına tescil edilmesini sağlayan tasarrufun iptali davasına konu olabileceğini»²⁹⁴

√ «Borçlu tarafından yapılmamış olan tasarruflar hakkında iptal davası açılmayacağını»²⁹⁵

√ «Devredilen şirket hisseleri hakkında «tasarrufun iptali davası» açılabilmesini»²⁹⁶

√ «6183 sayılı Kanun'un 24 vd. maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarının dinlenebilmesi için 'kamu veya kurum alacağının iptal konusu tasarruftan önce doğmuş bulunması' ve 'kurum/kamu alacağını tahsili için yapılan icra takibinin kesinleşmiş olması gerekeceğini»²⁹⁷

√ «Kamu alacağının tahsili için, 6183 s. Kanuna göre muvazaalı işlemlerin iptâlini sağlamak için dava açılabilmesini»²⁹⁸

√ «İptâl davasına konu olabilecek tasarrufların 6183 s. Kanun'da üç grup halinde' düzenlenmiş olduğunu»²⁹⁹

√ «Cebri icra yoluyla, icra dairesince yapılan ihalelerin iptâli için -6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı- iptâl davası açılmayacağını»³⁰⁰

293 Ayrıntılı bilgi için bkz: TOKTAŞ, M. age. s: 68 vd.

294 Bknz: 17. HD. 1.3.2010 T. 218/1741 (www.e-uyar.com)

295 Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 6735/7776 (www.e-uyar.com)

296 Bknz: 17. HD. 17.11.2009 T. 3071/7592 (www.e-uyar.com)

297 Bknz: 17. HD. 9.6.2009 T. 2875/4093 (www.e-uyar.com)

298 Bknz: 17. HD. 4.11.2008 T. 4007/5090 (www.e-uyar.com)

299 Bknz: 17. HD. 21.1.2008 T. 5529/178 (www.e-uyar.com)

300 Bknz: 15. HD. 5.11.2003 T. 4290/5246; 24.1.1991 T. 5427/157; 25.6.1990 T. 1367/309 (www.e-uyar.com)

√ «Gerek uygulamada gerek doktrinde kira akitlerinin tasarrufun iptâli davasına konu edilebileceği kabul edildiğinden, 6183 sayılı Kanun uyarınca da kamu alacağını engeller nitelikteki borçlu tarafından yapılmış olan kira sözleşmesinin iptâli için de iptâl davası açılabileceğini»³⁰¹

belirtmiştir.

301 Bknz: 15. HD. 18.5.1998 T. 1988/2084 (www.e-uyar.com)

SİGORTASIZ ÇALIŞMALARIN TESPİTİ DAVALARI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

Av. Orhan RÜZGAR

I-SİGORTALILIK NİTELİĞİNİN ÖNEMİ

Bir kimsenin yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi ve yaşlılığında bir başkasının yardımına gerek olmadan yaşayabilmesi, hastalanması halinde gerekli sağlık yardımlarından yararlanması veya ölümü halinde eş, çocuk, ana ve baba gibi hak sahiplerinin yine başkalarının yardımına gerek olmadan yaşamlarını sürdürebilmeleri için sigortalı olması, yani çalışmasının Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi ve belirli süre pirim günü bildirilmesi veya ödenmesi koşullarına bağlıdır. İşte, çalışmaları SGK'na bildirilmeyen kişiler ve bunların hak sahipleri sigorta yardımlarından yararlanamayacaklarından, bu amaca dava yolu ile ulaşmaya çalışacaklardır.

Sigortasız çalışmaların tespiti davası açacak olan kişinin önce sigortalılık niteliğine sahip olması gerekir. Kimlerin sigortalı sayılacağı 5510 sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddelerinde ve kimlerin sigortalı sayılmayacağı ise aynı Kanun'un 6. maddesinde sayılmıştır.

Sigortalı olmak zorunlu olup çalışanların isteğine bağlı değildir. Çalışan ile çalıştıran arasında karşılıklı anlaşma yapılarak sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemez. Aynı durum kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar için de geçerli olup bunlarda sigortalı olmak zorundadırlar.

Nitekim Anayasa'nın 60 . maddesinde; herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alacağı ve örgütlenmeyi kuracağı, 61. maddesinde; harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle malulleri ve gazileri koruyacağı ve kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlayacağını, sakatları korumak ve toplum hayatına intibaklarını sağlayacak önlemleri alacağını, yaşlıların devletçe korunacağını ve yaşlılara devlet yardımı ve sağlanacak diğer hakları ve kolaylıkların kanunla düzenleneceğini, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü önlemi alacağı ve 62. maddesinde yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının da sosyal güvenliklerinin sağlanması için gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir.

Çalışanlar işe başlamaları ile kendiliğinden sigortalı olurlar. 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı SSGSSK'un 92. maddesinde de:

Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir.

Diyerek, sigortalılıkta "zorunluluk ilkesi"nin benimsendiğini açıklamıştır.

Buna göre, sigortalı olmak kişi iradesine bağlı olmayıp, Anayasal bir hak ve kamu düzeni ile ilgili olup, vazgeçilemez, başkasına devredilemez ve sigorta hak ve yükümlülükleri azaltılamaz.

II-SİGORTASIZ ÇALIŞMA ve TESPİTİ

Yukarıdaki açıklamalarda da belirtildiği gibi, çalışanlar işe başlamaları ile kendiliğinden sigortalı olurlar. Ancak, eğer bu çalışma SGK'na bildirilmemişse, çalışan kişi ileride yaşlılık aylığına kavuşamayacağı veya daha geç kavuşacağı gibi, bir çok sosyal güvenlik hakkından da yoksun kalacak ve ölümü halinde de hak sahipleri yine kendilerine tanınan sigorta yardımlarından yoksun kalacaklardır. İşte SGK'na bildirilmeden yapılan bu tür çalışmalara sigortasız çalışma denilmektedir. Bu çalışmaların tespiti için açılan davalara da "sigortasız çalışmaların Tespiti", "sigortalılık süresinin tespiti" ya da "hizmet tespit" davası denilmektedir.

Bu davaların kaynağı 5510 sayılı Kanun'un 86/9. maddesidir. Bu maddede:

Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.

Denilmiştir.

Demek ki böyle bir tespit davası açabilmek için:

-Sigortalı sayılan kişilerden olunması,

-Aylık prim ve hizmet belgelerinin işveren tarafından SGK'na verilmesi,

-Çalışmaların SGK tarafından tespit edilememesi,

-Hak düşürücü sürenin geçmemiş olması,

Koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Aşağıda bu koşullar incelenecektir.

1-Sigortalı Sayılanlar

Kimlerin sigortalı sayılacağı 5510 s.lı K.nun 4. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddede sigortalılar 4/a, 4/b ve 4/c sigortalısı olmak üzere 3'e ayrılmıştır. 4/a kapsamındaki sigortalılar, hizmet akdine dayanılarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan kişilerdir. Bunlar 5510 s.lı K.nun 01.10.2008 t.de yürürlüğe girmesinden önce 506 s.lı K.nun döneminde SSK'lı olarak çalışanlardır. 4/b kapsamındaki sigortalılar, kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar olup, 01.10.2008 t.den önce 1479 s.lı Bağ-Kur K.na tabi olanlardır. 4/c kapsamında olanlar ise, kamu idarelerinde çalışanlar olup 01.10.2008 t.den önce 5434 s.lı Emekli Sandığına K.na tabi olanlardır. Bu K.nun 5. Maddesinde ise, bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar belirtilmiştir.

Kanun'un 6. maddesinde belirtilen sigortalı sayılmayan kişiler böyle bir tespit davası açamayacaklardır. Örneğin bu maddede, işverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi sigortalı sayılmamıştır. Dolayısı ile bu kişi böyle bir dava açamayacaktır. Ancak, eğer eş, eşinin işyerinde ücretle çalıştırdıysa ve bu çalışmalar Kuruma bildirilmemişse, bu çalışmaların sigortalı hizmetten sayılması için tespit davası açabilecektir. Bu durumda, eşin aile içi dayanışma gereği yardımda bulunmak için mi ya da gerçekten çalışana ihtiyaç duyulup ücret karşılığı çalışıp çalışmadığı araştırılacak ve buna göre karar verilecektir.

Ancak, çocuklar için böyle bir kural getirilmemiştir. Yani bir çocuk babasına veya annesine ait işyerinde ücretsiz de çalıştırılsa sigortalı sayılacaktır.

Yargıtay H.G.K., sigortalılık niteliğinin hizmet akdinin kurulması ve fiilen çalışmaya başlanması ile edinileceğini, sigortalılığın oluşumu yönünden eylemli veya gerçek biçimde çalışmanın varlığının gerektiğine, karar vermiştir.¹

Maddede yer alan "aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen" ifadesinden bu tür bir tespit davasının sadece iş sözleşmesi ile çalışan 4/a kapsamındaki sigortalılara tanındığı anlaşılmaktadır.

1 - Y.H.G.K., 23.11.2011 t., E:2011/21-575-K:2011/697, YKD, C.38, sayı 6, Haziran 2012, ss.1073-1080.

2-Aylık Prim ve Hizmet Belgelerinin SGK'na Verilmemesi

Sosyal güvenlik uygulamasında, çalışanın SGK'na bildirilmesi, gerekli belgelerin verilmesi, primlerin yatırılması gibi sigortalı ile ilgili hemen tüm işlemlerin yerine getirilmesi görevi işverene ve bunların yerine getirilip getirilmediği, getirilmemişse yerine getirilmesinin sağlanması görevi de SGK'na verilmiştir. Bu konularda çalışana hiçbir yükümlülük getirilmemiştir. Nitekim 86. maddede, işverenin bu K.nun 4. ve 5. maddelerine göre çalıştırdığı sigortalıları hangi belgelerle hangi sürede Kuruma bildireceği ve 87. maddede ise bu maddelere tabi olarak çalışan sigortalılara ait primleri ödeme yükümlüsünün işveren olduğu çok açık şekilde belirtilmiştir.

Her ne kadar m.8/2 de, sigortalıların, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirecekleri öngörülmüşse de, fıkranın sonunda sigortalının kendini bildirmemesinin sigortalı aleyhine delil teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

3-Çalışmaların SGK'mu Tarafından Tespit Edilememesi

Sigortalı çalıştırıldığıının tespiti, şikayet üzerine ya da Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurları tarafından da yapılmış olabilir. Madde 86/8 de bu konu düzenlenmiştir. Eğer Kurumun yetkili elemanları tarafından böyle bir tespit yapılmışsa hizmet tespit davası açılmasına gerek kalmayacaktır. Çünkü madde 86/9 da, "*çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen*" sigortalıların tespit davası açabilecekleri öngörülmüştür. Yargıtay da, davacının çalışmalarının müfettiş raporu ile Kurumca tespit edildiğini, bu durumda hak düşürücü sürenin söz konusu olmayacağına karar vermiştir.²

4-Hak Düşürücü Sürenin Geçmemiş Olması

a-Genel olarak hak düşürücü süre

Hak düşürücü süre, bu sürenin geçmesiyle hakkı tamamen ortadan kaldırarak bir daha istenemez hale getirir. Usul Hukukunda bu sürenin ileri sürülmesi itiraz olarak kabul edilir. Bu özelliği dolayısı ile de ilgilisi tarafından ileri sürülme de hakim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınır ve hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşıldığı takdirde dava ret edilir. Zamanaşımında ise, belli bir sürenin geçmesiyle alacak sona ermez fakat dava yolu ile istenemez hale gelir. İleri sürülmeyecekçe hakim tarafından dikkate alınmaz. Ayrıca zamanaşımının durması

2 - Y.21.H.D., 29.09.2004 t., E:2004/3360-K:2004/7279, LEGAL İSGHD, 2005, sayı 6, ss.829-830.

ve kesilmesi söz konusu olduğu halde, hak düşürücü süreyi durduran ve kesen nedenler yoktur. Zamanaşımı süresi geçince dava açma hakkı düştüğü halde, hak düşürücü sürenin geçmesi ile hakkın kendisi ortadan kalkar.³

b-Sigortasız çalışmaların tespiti davalarında hak düşürücü süre

5510 s.lı SSGSSK m.86/9'a göre; Aylık pirim ve hizmet belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalışmaları Kurum tarafından tespit edilemeyen sigortalıların, çalıştıklarını hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak kanıtlamaları gerekmektedir. Buna göre, bu tür davalarda hak düşürücü süre 5 yıldır.

Hak düşürücü sürenin başlangıcı, işten ayrılış tarihi olmayıp, işten ayrılış tarihini takip eden yılın sonudur. Örneğin, 2015 yılı Ocak ayında işten ayrılan ve çalışmaları SGK'na bildirilmeyen sigortalı için 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı 2015 yılı sonundan başlayarak ileriye doğru 5 yıl sayılarak 2016-2017-2018-2019-2020 yılı sonunda bitecektir. Bu örnekte görüldüğü gibi bu süre bazen 6 yıla yaklaşmaktadır. Yargıtay da, Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin değerlendirilmesine ilişkin böyle bir davanın, hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak hak düşürücü süre niteliğindeki 5 yıllık süre içerisinde açılması gerektiğine karar vermiştir:

(...) Sigortalı, bildirimsiz kalan çalışmalarının tespitini hak düşürücü sürenin işlemeye başladığı, hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren beş yıl içerisinde isteyebilir.

Hak düşürücü sürenin başlangıcı sigortalının işten ayrıldığı yılın bitim tarihidir. Sigortalı işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren beş yıl içinde tespit davası açabilir.⁴

Hak düşürücü süre içinde açılacak tespit davası ile, geriye doğru bildirim yapılmayan tüm sürenin sigortalı hizmetten sayılması istenebilecektir. Yani, bir işyerinde Kuruma bildirim yapılmadan 20 yıl boyunca aralıksız çalıştırılan bir sigortalı, hak düşürücü süre içinde açacağı bir tespit davası ile 20 yıllık sürenin sigortalı hizmetten sayılmasını isteyebilecektir.

Yapılan çalışma SGK'na hiç bildirilmemiş olabileceği gibi, bir kısmı bildirilip geri kalanı bildirilmemiş, tam gün çalışma yapıldığı halde kısmi bildirilmiş, yine kesintisiz çalışma yapıldığı halde aralıklı çalışma yapıldığı şeklinde de bildirilmiş olabilir. Bunlar gibi, özellik gösteren bazı çalışmalarla ilgili hak düşürücü süreler aşağıda incelenecektir.

3 - Eren F. S.1283, Saymen/Elbir s.909, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop ss.1031-1034, Von Tuhr s.634-635.

4 - Y.H.G.K., 14.11.2012 t., E:2012/21-735-K:2012/795, Bilgen M., ss.498-503.

aa-Bildirimini hiç yapılmadığı kesintisiz çalışmaların tespiti

Bu duruma özellikle küçük ölçekli işyerlerinde rastlanmaktadır. Aynı işyerinde uzun yıllar çalıştığı ve genel olarak da bildirim yapılmadığı çalışan tarafından da bilindiği halde, işsiz kalma korkusu ile sessiz kalınmaktadır. İleride sigorta yardımıyla yararlanılması gereken bir durum ortaya çıkıp da SGK'na başvurulduğunda bildirim yapılmadığı anlaşılmaktadır. Çalışırken dava açmaktan çekinen bu kişiler işten ayrıldıktan sonra dava açarak bu haklarını aramaktadırlar. Bu durumda, çalışmanın sona erdiği yılın sonundan başlayarak 5 yıllık hak düşürücü süre içinde dava açıldığında çalışılan tüm sürenin tespiti istenebilecek ve kanıtlandığı takdirde de buna göre karar verilecektir. Aşağıdaki Yargıtay kararında belirtildiği gibi, eğer çalışma, aynı işverenin değişik işyerlerinde ve ara vermeden yapılmışsa, hak düşürücü süre, sigortalının en son çalışılan işyerinden ayrıldığı yılın sonundan başlayacaktır:

(...) Sigortalının aynı işverenin değişik işyerlerinde ara vermeksizin sürekli biçimde çalışması durumunda, 5 yıllık hak düşürücü sürenin; sigortalının işverene ait son işyerinden ayrıldığı yılın sonundan itibaren işlemeye başlaması gereği de göz önünde tutulmalıdır.⁵

Yargıtay, aynı işyerinde bir süre sigortalı çalıştıktan sonra ara vermeden Emekli Sandığına tabi olarak geçen çalışmalarını da kesintisiz kabul etmiş ve dava tarihinde Emekli Sandığına tabi hizmetin halen devam etmesi karşısında, hak düşürücü sürenin geçmediğini kabul etmiştir:

Davacı, TRT Genel Müdürlüğünde 01.09.1988 tarihinde hizmet akdi ile çalışmaya başladığı, T.C. Emekli Sandığına tabi atamasının yapıldığı 29.06.1990 tarihine kadar da bu çalışmasını aralıksız sürdürdüğü, ancak bu çalışmanın kuruma bildirilmediği, 6.09.1990 tarihinden bu yana da aynı işyerinde ancak, bu kez T.C. Emekli Sandığına tabi olarak, çalışmaya devam ettiği, iddiasıyla eldeki davayı açmıştır.

İddianın bu niteliğine ve yukarıda açıklanan ilkelere göre; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10 maddesinde yer alan [5510 m.86/9] "hizmet" kavramının, somut olay yönünden hem sigortalı hem de emekli sandığına tabi hizmeti birlikte değerlendirilmek suretiyle belirlenmesi ve hak düşürücü sürenin hesabında da bu belirlemenin esas alınması gerekir.

Bu durum "işçi yararına yorum ilkesi" nin doğal sonucudur.

Hal böyle olunca; davacının aynı işyerinde sigortalı hizmeti sona er-

5 - Y.10.H.D., 01.05.2004 t., E:2004/1315-K:2004/2004/4236, İBD, C.78, sayı 2004/74, 22.1787-1788.

*mekle birlikte Emekli Sandığına tabi hizmetinin dava tarihinde halen devam ettiği, çalışmanın kesintisiz olduğu belirgin olmakla hizmet tespit davası açmak için yasada öngörülen beş yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğini, dolayısıyla da davanın hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığını, kabule olanak bulunmamaktadır.*⁶

bb-Aralıklı, kesintili veya kısmi zamanlı (part time) çalışmaların tespiti

Bu tür çalışmalarda çalışan SGK'na bildirilmekte, fakat sık sık çıktı-girdi işlemi yapılmaktadır. Yani bir süre çalıştıktan sonra çıkış verilmekte ve sonra tekrar giriş yapılmakta, daha sonra aynı işlem bir veya birkaç kere tekrarlanmaktadır. Ya da kısmi çalışma yapılmış gibi gösterilmektedir. Bu işlemler genel olarak sigortalının bilgisi dışında yapılmakta ve yine sigortalının herhangi bir nedenle Kuruma başvurusu durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda açılacak bir tespit davası ile aynı işyerinde yapılan böyle bir çalışmanın kesintisiz olduğunun tespiti istenebilecek ve kanıtlandığı takdirde buna göre karar verilmesi gerekecektir. Bu tür bir davada çalışmanın kesintisiz olduğu ileri sürüldüğü için, hak düşürücü süre, işten ayrılış yani çalışmanın sona erdiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde açılacaktır.

Ancak, çalışmanın sona ermesinden sonra bir süre ara verilip tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlanması durumunda, hak düşürücü süre her çalışma dönemi için ayrı ayrı dikkate alınacaktır. Örneğin, bir işyerinde 3 yıl çalışıp ayrılarak 2 yıl sonra tekrar aynı işyerinde çalışmaya başlanması ve bu çalışmanın da 4 yıl sürdüğü bir durumda, her iki çalışma da Kuruma bildirilmemişse, hak düşürücü süre her iki çalışma için ayrı ayrı hesaplanacaktır. Nitekim Yargıtay:

*Dosya içinde bulunan karar defteri içeriğine göre davacının işine 10.10.1995 tarihinde son verildiği, 01.03.1997 tarihinde ise yeniden işe alınmasına karar verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Davacının işene son verildiği 10.10.1995 tarihini izleyen yılın sonundan başlayarak 506 sayılı Yasa'nın 79/10 maddesinde [5510 m.86/9] yazılı 5 yıllık hak düşürücü süre fazlasıyla geçmiştir. Bu durumda, 01.03.1997-12.12.1998 tarihleri arasındaki süreler yönünden davanın kabulü, diğer süreler yönünden de hak düşürücü süreden reddi.*⁷

Gerektiğine karar vermiştir.

6 - Y.H.G.K., 28.09.2011 t., E:2011/10-441-K.2011/574, Sanlı E., ss.1569-1571.

7 - Y.21.H.D., 27.06.2007 t., E:2007/10336-K:2007/10411, YKD, Nisan 2008, sayı 4, ss.719-720.

Kesintili çalışma, bir aylık çalışma süresi içinde ayın bazı günlerinde çalışıldığı ve bazı günlerinde çalışılmadığı şeklinde olabilir. 5510 s.lı K.nun madde 86/4 de, ay içinde bazı iş günlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların, 30 günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işveren tarafından ilgili ayın prim ve hizmet belgesine eklenmesinin şart olduğu öngörülmüştür. Bu şekilde kesintili çalıştığı bildirilen sigortalının kesintili çalışmayla ilgili belgelerin Kuruma verilmemesi halinde, bu süre Kurum tarafından 30 gün çalışılmış kabul edilecek ve eksik primlerin tahsili sağlanacaktır. Aksi durumda, tam süre çalışıldığı ileri sürülerek tespit davası açılabilir. Ancak, sözü edilen belgeler aylık prim ve hizmet belgesine eklenmişse tespit davası söz konusu olmayacaktır. Fakat sigortalı, bu belgelerin gerçeğe uygun olmadığı gerekçesiyle tespit davası açabilir.

Yargıtay, bu tür çalışmalarda işe giriş bildirgesi ve bordroların davacı çalışmalarının işyerinde kesintili geçtiğinin karinesi olduğuna ve sigortalının kesintili çalışmayı gösteren bordroları imzalaması halinde ve imza işlemi hata, hile ve manevi baskıya dayanmıyorsa çalışmanın gerçekten kesintili geçtiğinin kabulünün gerektiğine karar vermiştir.⁸

Bundan başka, eğer çalışmanın kısmi zamanlı (part time) olduğu savunuluyorsa, bu durumun gerçek olup olmadığı da araştırılacaktır. Böyle bir savunma karşısında, davacının günlük çalışmasının tamamını bu işe ayırıp ayırmadığı ve aynı işyerinde tam süreli çalışan emsal işçilerle aynı işi yapıp yapmadığı veya emsal işçilere göre önemli ölçüde daha az çalışıp çalışmadığı araştırılacaktır.⁹ Nitekim Yargıtay, sigortalının apartman kapıcılığı işinde kısmi (part time) çalıştığının anlaşılması halinde tam gün çalışmaya karar verilemeyeceğine, hükmetmiştir.¹⁰

cc-Belirli Süreli çalışmaların tespiti

Belirli süreli iş sözleşmesi 4857 s.lı İş K.nun 11. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesine belirli süreli iş sözleşmesi denir. Belirli süreli çalışmanın SGK'na bildirilmemesi durumunda, çalışmanın bitim tarihi sözleşme ile belirlendiğinden işten

8 - Y.H.G.K., 27.06.2001 t., E:2001/21-536-K:2001/550, YDün, sayı 68, Ağustos 2001, ss.98-100. Y.10.H.D., 19.06.2001 t., E:2001/4473-K:2001/4791, YKD, C.27, sayı 12, Aralık 2001, ss.1837-1838. Y.21.H.D., 09.11.2004 t., E:2004/6121-K:2004/9586, LEGAL İSGHD, 2005, sayı 6, ss.821-822.

9 - Y.21.H.D., 10.05.2010 t., E:2009/7144-K:2010/5510, YKD, Eylül 2010, sayı 9, ss.1680-1683.

10 - Y.10.H.D., 23.12.2010 t., E:2009/9499-K:2010/17371, Aslanköylü R., 2013 C.2, s.2237.

ayrılış tarihi de bellidir. Bu çalışmanın Kuruma bildirilmemesi halinde sözleşmenin bitimi yani çalışmanın sona erdiği yılın sonundan itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre içinde hizmet tespit davası açılabilecektir.

dd-Kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışmaların tespiti

Kısmi süreli sözleşme İş K.nun 13. maddesinde tanımlanmış olup, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda bu sözleşmeye kısmi süreli iş sözleşmesi denilir.

Çağrı üzerine çalışma 14. maddede tanımlanmış olup, yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisine denir. Bu çalışma türü de çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli çalışmadır.

İşte bu tür iş sözleşmeleri ile yapılan çalışmaların SGK'na hiç bildirilmemesi ya da eksik bildirilmesi durumunda açılacak bir tespit davası ile bu çalışmalar sigortalı hizmetten saydırılabilir.

Bu tür çalışmalarda hak düşürücü süre, en son kısmi ya da çağrı üzerine yapılan çalışmanın geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıldır. Yoksa, her kısmi çalışma için ayrı bir hak düşürücü süre işlemeyecektir. Örneğin, haftanın sadece 3 günü günde 4 saat çalışma yapan bir sigortalının bu çalışmasının 4 yıl sürdüğünü ve 2016 yılı Şubat ayında sona erdiğini ve Kuruma bildirilmediğini varsayalım. Bu durumda, 5 yıllık hak düşürücü süre 2016 yılı sonundan başlayarak hesap edilecektir.

ee-Mevsimlik ve Kampanya işlerinde yapılan çalışmaların tespiti

Adından da anlaşıldığı gibi bu tür çalışmalar, yılın belirli dönemlerinde veya işyerinde işlerin yoğun olduğu dönemlerde yapılan çalışmalardır. Bu çalışmalar özellikle turizm ve tarım sektöründe çok görülmektedir. Örneğin, kış turizminin yoğun olduğu yerlerdeki otellerde 3-4 ay kadar süren çalışma kış mevsimi sonunda bitmekte ve gelecek mevsim tekrar başlamaktadır. Yaz turizminin yoğun olduğu yerlerdeki çalışmalarda aynıdır. Bu tür çalışmaların SGK'na hiç bildirilmemesi ya da eksik bildirilmesi halinde açılacak bir tespit davası ile bu çalışmalar sigortalı hizmetten saydırılabilecektir.

Bu tür çalışmalarda mevsim sonunda iş sözleşmesi sona ermemekte ve gelecek mevsime kadar askıda kalmaktadır. Bu bakımdan, en son işten ayrılış tarihine kadar 5 yıllık hak düşürücü süre işlemeyecektir. Örneğin, mevsimlik bir işte 6 yıl boyunca her yıl 4 ay çalışan sigortalının bu

çalışmalarının Kuruma bildirilmemesi halinde, açılacak tespit davası için 5 yıllık hak düşürücü süre, en son mevsimlik çalışmanın sona erdiği yılın sonundan itibaren başlayacaktır. Askıda kalan sürelerde hak düşürücü süre işlemeyecektir.¹¹ Yargıtay yeni tarihli bir kararında:

(...) *Mevsimlik* çalışmanın bulunması ve bu çalışmanın yıllar itibariyle kesintisiz sürdüğünün kabulü halinde de çalışılmayan dönemde hizmet akdi askıda olduğundan hükme esas alınan 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak, mevsimlik çalışmanın sona erdiği yılın sonu esas alınması gerekir.¹²

Kararını vermiştir.

ff-Küçüklerin ve Çalışması yasak olan kişilerin yaptığı çalışmaların tespiti

4857 s.lı İş K.nun 71. maddesinde 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaklanmış ve ayrıca çocuk ve genç işçilerin hangi işlerde hangi koşullara göre çalıştırılacağı düzenlenmiştir. Bu K.nun 72. Maddesinde, 18 yaşını doldurmamış erkek işçilerin ve her yaştaki kadın işçilerin maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında yapılacak işlerde çalıştırılmaları, 73. madde ile 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin sanayie ait işlerde gece çalıştırılmaları ve 74. madde ile de, kadın işçilerin doğumdan önce 8 hafta ve doğumdan sonra 8 hafta olmak üzere 16 haftalık sürede çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Buna rağmen, gerek çocuk ve gerekse çalıştırılması yasak olan işlerde çalıştırılan kişilerin de SGK'na bildirilmesi zorunludur. Nasıl olsa bunların çalıştırılması yasak diye SGK'na bildirim yapmaktan kaçınılamaz. Çünkü; daha önce de belirttiğimiz gibi, sigortalılık konusunda "zorunluluk ilkesi" getirilmiş olup, sigortalılık niteliği çalışmaya başlamakla kazanılmakta ve yaş koşulu aranmamaktadır. Sadece sigortalılık süresi 18 yaşında başlamakta olup, bu yaştan önceki süreler pirim günü hesabında dikkate alınmaktadır (5510 m.38) .

Özellikle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun aşağıdaki kararı bu konuya açıklık getirmiştir:

İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimsenin (velevki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sı-

11 - Y.21.H.D., 23.01.1997 t., E:1996/7358-K:1997/242, Arash U., C.2, s.1068.

12 - Y.21.H.D., 13.12.2016 t., E:2015/22127-K:2016/15059, YDün, sayı 256, Nisan 2017, ss.127-130.

fatnı kazanmış olması halinde butlan sebebini taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve yetkilerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayesine uygun ve bunun aksine düşüncenin kanunun gayesine aykırı olacağına (...).

Netice:

Yaşı veya kadın oluşu gibi sebeplerle herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağına ve bundan dolayı işçi sigortaları kanunlarının işçilere tanıdığı haklardan istifade edeceğine, 18/6/1958 tarihli birinci toplantıda karar verildi.¹³

Sosyal Güvenlik hakkının önemini bugünden 60 yıl kadar önce açıklayan bu karar uzun yıllar boyunca güncelliğini koruyacaktır.

Yargıtay 10.H.D. si de; yaş küçüklüğünün çalışmaya engel olmadığına, ancak bu yaşta bir kişinin yer altı maden işçiliği gibi ağır ve tehlikeli bir işte hizmet akdine veya çıraklık sözleşmesine dayanılarak çalıştırılıp çalıştırılmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir.¹⁴

İşte, yukarıda belirtilen işlerde çalışması yasak olup da çalıştırılan kişilerin SGK'na bildirilmemesi veya bir kısmının bildirilip geri kalan kısmının bildirilmemesi halinde de açılacak bir tespit davası ile bildirilmeyen çalışmaların sigortalı hizmetten sayılması sağlanabilecektir.

gg-İşçilik alacakları için açılan davadaki sürelerin tespiti

Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ve hafta tatili ücreti gibi işçilik alacaklarının tahsili için işveren aleyhine açılan davalarda, bu alacakların miktarları, işçinin davalı işyerindeki çalışma süresine göre hesaplanmaktadır. Yargıtay da; her eda davasının tespit ve eda bölümü olmak üzere iki bölümden oluştuğunu, ihbar, kıdem tazminatları ile alacakların tahsili davasının öncelikle hizmetin tespitini zorunlu kıldığını öngörmüştür.¹⁵ Alacak davası açan işçinin çalışması, Kuruma hiç bildirilmemiş veya bir bölümü bildirilmiş olabilir. Ancak, böyle bir dava sonucunda verilen karar, işçi ve işveren açısından kesin ise de, SGK davanın tarafı olmadığından Kurumu bağlamaz. Yargıtay da, işçilik haklarına ilişkin açılan davanın o davada taraf olmayan Kurumu bağlamayacağına karar

13 - YİBK, 18.06.1958 t., E:1957/20-K:1958/9, Yargıtay İ.B.Kararları, C.5, ss.107-108.

14 - Y.10.H.D., 23.03.1992 t., E:1991/12210-K:1992/3602, Araslı U., C.2, s.1020.

15 - Y.H.G.K., 20.01.1988 t., E:1987/10-517-K:1988/37, YKD, C.14, Aralık 1988, ss.1626-1639.

vermiştir.¹⁶ Yargıtaya göre, böyle bir dava, hizmet tespit davası için kesin delil sayılmasa da güçlü bir delildir:

*Davacı tarafından işveren aleyhine açılan ve kesinleşen işçilik haklarıyla ilgili E:1994/1369 sayılı dosyada dinlenen tanıklar; davacının işyerinde çalıştığını bildirmişler ve buna dayalı olarak verilen karar kesinleşmiştir. Öte yandan, işçilik haklarıyla ilgili dosya sonucu verilen ve kesinleşen karar, bu dosya için kesin delil niteliğinde değilse de güçlü delil niteliğinde olduğu tartışmasızdır.*¹⁷

Yargıtay 10.H.D. eski kararlarında, daha önce açılan işçilik haklarına ilişkin davanın kabulü yolundaki hükmün, sonuç olarak, geçmiş hizmetlerin saptanmasını da içerdiğini ve o davanın açılış tarihi itibarıyla S.S.K.'nin 79/V [5510 m.86/9] maddesinde öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçmediğini kabul etmiş idi.¹⁸ Fakat aynı daire, son kararlarında işçilik hakları ile ilgili davanın hak düşürücü süre içinde açılması ve kesinleşmesi durumunda, o davadaki sürenin sigortalı süreden sayılması için açılacak tespit davasının da hak düşürücü süre içinde açılması gerektiğine karar vermiştir.¹⁹ Ancak, bu uygulamayı sosyal güvenliğin temel ilkelerine aykırı buluyoruz. Sosyal güvenlik yasalarında, giderek sosyal güvenlik hakkına kavuşmanın daha kolaylaştırıcı ve herkesi kapsayacak şekilde düzenlemeler yapıldığı göz önüne alındığında, kişileri bu haktan yoksun bırakacak şekilde uygulama yapılması hak arama özgürlüğüne de aykırıdır. Nitekim, Yargıtay H.G.K. lu, Kurumun hasım gösterilmediği ve sadece işveren aleyhine açılan tespit davasının, Kurum tarafından uygulanmaması üzerine bu kez Kurum aleyhine tespit davası açılması durumunda davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddedilemeyeceğine karar vermiştir.²⁰ Biraz yukarıda söz edildiği gibi, işçilik alacaklarının tahsili için işveren aleyhine açılan eda davasında davanın tespit bölümü de aynı sonucu doğurduğundan, işçilik alacaklarının tahsili için açılan ve kesinleşen davalardan sonra açılacak hizmet tespit davaları için de hak düşürücü sürenin işlemeyeceğinin kabulü sosyal güvenlik hakkının özüne de uygundur.

Yargıtay eski kararlarında; sigortalı hizmet tespit davasının işçilik haklarından kaynaklanan tazminat ve alacak davaları ile bağlantılı olduğu,

16 - Y.10.H.D., 26.10.1994 t., E:1994/12636-K:1994/18086, Araslı U., C.2, s.1042.

17 - Y.21.H.D., 25.10.2016 t., E:2015/22016-K:2016/13041, İBD, C.91, Sayı 2, ss.524-526. Y.21.H.D., 27.05.1999 t., E:1999/3446-K:1999/3469, Araslı U., C.2, s.1041.

18 - Y.10.H.D., 16.05.1984 t., E:2615-K.2721, Çenberci M., s.512. Y.10.H.30.03.1989 t., E:1503-K:2836, Çakmak İ., C.2, s.1977.

19 - Y.10.H.D., 15.05.2014 t., E:2014/4958-K:2014/10873, özel arşiv.

20 - Y.H.G.K., 22.02.1995 t., E:833-K:103, Aslanköylü R., 2013, C.2, s.2267.

birlikte açılıp sonuçlandırılabilceğini, bu davaların salt temyiz inceleme mercilerinin ayrı olduğu ve ispat şekillerinin farklı olduğu gerekçeleriyle ayrılmaları gerektiği hususunun bozma nedeni olmadığını, kabul etmiş iken,²¹ son kararlarında hizmet tespit davalarının işçilik alacakları davası ile birlikte açılmayacağını kabul etmiştir. Bizce de Yagıtay'ın son uygulaması daha doğrudur. Zira, işçilik alacakları 4857 sayılı K.dan kaynaklanmakta ve bu davalarda kanıtların taraflarca getirilmesi ilkesi uygulanmakta ve hakim tarafların gösterdiği kanıtları dikkate alarak davayı karara bağlamaktadır. Bu davalardan feragat edilebilir ve davalı taraf davayı kabul edebilir. Hizmet tespit davaları ise, kamu düzeni ile ilgili olup hakim kendiliğinden kanıt toplayacaktır. Ayrıca, tespit davalarından feragat edilemez, davalının kabulü de geçerli değildir.²²

Eğer işçilik alacakları davasından önce ya da bu dava devam ederken ayrıca aynı işveren aleyhine ve bu alacakların süresini kapsar şekilde hizmet tespit davası açılmışsa, mahkeme bu davayı bekletici sorun kabul ederek sonucu beklemelidir. Çünkü, tespit davasında kesinleşecek olan süre alacakların hesabını doğrudan etkileyecektir. Ancak, işçilik alacakları davası görülürken mahkeme, davacıyı önce hizmet tespit davası açmaya zorlayamaz. Eldeki davayı sonuçlandırmak zorundadır.

hh-İşyeri devri durumunda yapılan çalışmaların tespiti

Aynı işyerinin değişik tarihlerde değişik işverenlere devri durumunda, işçinin çalışmasının değişen işverenlerin işçisi olarak aralıksız sürdüğü durumlarda, Kuruma bildirilmeyen çalışma sürelerinin tespiti için açılacak hizmet tespit davasında hak düşürücü süre, en son işveren işçisi olarak geçen hizmetin son bulunduğu yılın sonundan başlayacaktır. İşveren şirket olup, şirketin isim değiştirmesi veya nitelik değiştirmesi, örneğin Limited şirketin Anonim şirkete dönüşmesi durumlarında da hak düşürücü süre başlangıcı yine hizmetin son bulunduğu yılın sonundan başlayacaktır. Nitekim Yargıtay H.G.K., davacının önceleri kollektif şirket olan işyerinde 1.5.1988-1.1.1991 tarihlerinde, sonra Anonim şirkete dönüşen aynı işyerinde 1.1.1991-26.3.1998 tarihleri arasında sürekli asgari ücretle çalıştığı sabit olduğu gerekçesiyle, yerel mahkemenin direnme kararını yerinde bulmuştur.²³

21 - Y.H.G.K., 15.10.2003 t., E:2003/21-571-K:2003/575, LEGAL İSGHD, 2002 sayı 2, ss.587-593.

22 - Y.H.G.K., 04.05.2016 t., E:2014/926-K:2016/582, Legalbank.net.tr., Erişim T:04.05.2017. Y.H.G.K., 02.10.2013 t., E:2013/21-500-K:2013/1436, YKD. Temmuz 2014, sayı 7, s.1385. Y.H.G.K., 07.02.2007 t., E:2007/21-69-K:2007/55, LEGAL İSGHD, 2008 sayı 17, ss.131-135.

23 - Y.H.G.K., 31.01.2001 t., E:2001/21-6-K:2001/14, Ertürk E., C.2, s.1579.

11-Askerlik izini sırasında yapılan çalışmaların tespiti

Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay okulu öğrencilerinin sigortalı sayılmayacakları 5510 m.6/d de açıklanmıştır. Bu K.nun 41/b maddesinde ise, bu sürelerin borçlanılabileceği ve borçlanılan sürenin sigortalılık süresi olarak değerlendirileceği, belirtilmiştir.

Ancak, bu kişilerin askerlik izini sırasında ya da raporlu olduğu dönemde çalışmalarının SGK'na bildirilmemesi durumunda, bu sürelerin sigortalılık süresinden sayılması için tespit davası açılabilir. Hatta, askerden firar ederek yapılan çalışmalar bile sigortalı hizmetten sayılacaktır. Esasen yukarıda belirttiğimiz Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı böyle çalışmaları da kapsamaktadır.²⁴ Yargıtay 10.H.D. aşağıdaki ilamında bu konuyu daha ayrıntılı biçimde açıklamıştır:

(...) Kanunun, sigortalı niteliğini kazanmak için hizmet akdine göre çalışmayı öngören esasının zorunlu bir sonucu olarak sigortalı olarak kabul edilmemesinin nedeni, askeri kuruluşlarda geçen ve askerlik yükümlüne dayanan çalışmalarda hizmet akdinin söz konusu olmamasıdır. Ancak, askerlik hizmetinden izinli olunan dönemlerde hizmet akdine dayalı olarak bir veya birkaç işverenin işyerinde geçen çalışmalar yönünden ise, anılan madde; sigortalı olunması için engel bir hüküm içermeyip, sırf askerlik yükümlüsü buldukları için çalışanları sigortalı saymamak gibi bir durum yaratmamaktadır. Kaldı ki, bu yolda bir düzenlemeyi haklı kılacak bir neden yoktur. Zira, bu çalışanların, aynı sigorta olaylarının tehdidi altında oldukları işyerindeki diğer sigortalıların sahip oldukları yasal korunmadan yararlandırılarak sigortalı olarak kabul edilmeleri, kanun koyucunun amacına uygun düşer.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde eldeki davada; davacı, her ne kadar 10.03.1980-10.11.1981 tarihleri arasında İzmir'de bulunan Destek Kıta Özel Ulaştırma Oto Bölüğü'nde askerlik hizmetini yapmışsa da, bir kamu kurumu olan Erzincan PTT Bakım Müdürlüğüne ait olan işerinde 10.10.1981-25.10.1981 tarihleri arasında geçen çalışmalarının askerlik hizmetinden izinli olduğu dönemde geçtiğinin belirgin olması karşısında, sigortalılık başlangıcı 10.10.1981 tarihi olduğu kabul edilerek, davacının, yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanıp kazanmadığı irdelendikten sonra karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.²⁵

24 - Bkz. Dip not 13.

25 - Y.10.H.D., 11.05.2009 t., E:2008/2182-K.2009/8588, LEGAL İSGHD, 2009 sayı 23, ss.1251-1252.

Yargıtay, hava değişimi sırasında yapılan çalışmaları²⁶ ve terhis mahiyetinde izinli olarak kıtasından ayrılıp terhis tarihinden önce fiilen çalışılan sürenin de sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesini kabul etmiştir.²⁷

Bu konuda şunu da belirtelim ki; askerlik görevi sırasında hak düşürücü süre işlemez. Zira, askerlik süresinde iş sözleşmesinin askıda olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay da, askerlik süresi içerisinde iş sözleşmesinin askıya alındığı ve askerliğin bitimi ile tekrar eski işe dönülmekle, çalışmanın kesintisiz sürdüğünü kabul etmiştir.²⁸ Yargıtay bu görüşünü uzun yıllardan beri sürdürmektedir. Nitekim yeni bir kararında:

*(...) Bir sigortalının askere gitmeden önce çalıştığı işyerini askerliği müteakip girmesi durumunda hizmet akdi mecburi hizmet nedeniyle kesilmiş olduğundan artık hak düşürücü sürenin oluştuğundan bahsedilemeyeceğine (...).*²⁹

Karar vermiştir.

ii-Ölen sigortalının bildirilmeyen çalışmalarının tespiti

Sigortalının ölümü halinde geride kalan eş, çocuklar ve ana veya baba gibi hak sahiplerinin ölüm aylığı, cenaze yardımı gibi sigorta yardımlarından yararlanabilmeleri için, ölen sigortalının belirli bir süre sigortalı olması aranmaktadır. Eğer bu sigortalının çalışması hiç bildirilmemiş veya eksik bildirilmiş ise, bu sürelerin sigortalı süreden sayılması için hak sahipleri tarafından tespit davası açılabilecektir.

Hak sahipleri tarafından murisin çalışmaları ile ilgili açılacak tespit davasında, murisin sağlığında hak düşürücü sürenin geçmemiş olması gerekir. Hak düşürücü sürenin başlangıcı ise murisin ölüm tarihidir. Nitekim Yargıtay H.G.K.:

(...) Yasa, bu yönden sadece sigortalılar tarafından açılacak davalar yönünden bir düzenleme yapmış ve belirtilen davaların, hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlamak üzere belli bir hak düşürücü süre içerisinde açılmasını öngörmüştür. Oysa, sözü edilen sürenin, hak sahiplerince açılacak davalarda aynen uygulanması halinde, ortaya, telafisi imkansız hak kayıpları ile Anayasal Sosyal Güvenlik haklarına yönelik yasal bir yolun kullanımının fiilen ve hukuken ortadan kalkacağı endişesi çok açıktır.

26 - Y.H.G.K., 27.09.2000 t., E:2000/10-1166-K:2000/1173, Araslı U., C.1, s.313.

27 - Y.10.H.D., 26.11.1996 t., E:1996/8398-K:1996/8408, Çakmak İ.,C.2, s.1979.

Y.10.10.D.17.11.1997 t., E:8226-K:8077, Çakmak İ., C.2, s.2009.

28 - Y.21.H.D., 10.11.1995 t., E:1995/5391-K:1995/6692, Araslı U., C.2, s.1081.

29 - Bkz. Dip not 12.

Şu duruma göre, sosyal güvenlik hukukunun temel öğeleri ve kabul ettiği ilkeler gereği, hak sahipleri yönünden, muris çalışmalarına ilişkin bir tespit davası, ancak, hakkın ortaya çıktığı, ölüm tarihinden başlatılmalıdır. Kuşkusuz, bu ilke, murisin hayatında, tüketip bitirmediği, hak düşürücü sürelerin gerçekleşmediği durumlarda söz konusu olacaktır.³⁰

Hükmünü vermiş ve Yargıtay 21.H.D. de bu içtihadı uygun olarak;

(...) Hak sahibi yönünden, sözü edilen sürenin gerçekleşip, gerçekleşmediğinden bahsedebilmek için, öncelikle, muristen bu kişiye sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi ve kişinin buna bağlı bir talep hakkının doğması gerekir. Henüz hakkının doğmadığı, murisin sağlığında kullanıp kullanmayacağı belli olmayan, murise ait bir hakkın kullanılmamasından ve buna bağlı hak düşürücü süreden söz edilemez. (...) Ne var ki, muris tarafından sağlığında kullanılmamış ve hak düşürücü sürenin gerçekleştiği bir durumda, artık, hak sahibine intikal edecek bir dava hakkının da söz konusu,³¹

Olamayacağını kabul etmiştir.

Yargıtay 10.H.D.de, eski kararlarında yukarıda Yargıtay H.G.K.'lu kararları doğrultusunda, hak sahibi yönünden hak düşürücü sürenin, ancak muristen kendisine sigortalılık tespit istemine ilişkin bir hakkın intikal ettiği ölüm tarihinden başlayacağını, ancak, muris tarafından sağlığında kullanılmayan hak düşürücü sürenin gerçekleştiği durumda, hak sahibine geçecek bir dava hakkının da söz konusu olamayacağına karar vermiş idi.³² Ancak, son kararlarında:

Yasada hak sahipleri için ayrı bir hak düşürücü süre, başka bir ifade ile, hak düşürücü sürenin ölüm tarihinden başlatılacağına dair ayrık bir hüküm getirilmemiş, sigortalının ölümü, söz konusu süreyi kesen sebep olarak da, düzenlenmemiştir.³³

Gereğince, hak sahiplerinin de murisin tabii olduğu hak düşürücü süre ile bağlı olduğunu kabul etmiştir.

Yargıtay H.G.K. lu uygulaması sosyal güvenlik ilkelerine, sosyal güvenliğin amacına ve sosyal güvenlik hukukundaki gelişmelere daha uygundur. Aksi durumda yukarıdaki Yargıtay H.G.K. kararında ifade edildiği gibi "Ortaya telifisi imkansız hak kayıpları ile Anayasal Sosyal Güven-

30 - Y.H.G.K., 02.12.1998 t., E:1998-21-826-K:1998/855, Araslı U., C.2, ss.1064-1065.

31 - Y.21.H.D., 11.07.2005 t., E:2005/3052-K:2005/7320, İBD, C.80, sayı 1, Yıl 2006, ss.347-348.

32 - Y.10.H.D., 07.10.1996 t., E:1996/5611-K:1996/5402, Çakmak İ., C.2, s.1987-1988.

33 - Y.10.H.D., 31.10.2014 t., E:2014/16165-K:2014/21825, özel arşiv.

lik Haklarına yönelik yasal bir yolun kullanımının fiilen ve hukuken ortadan kalkacağı endişesi çok açıktır". Fakat, muris sağlığında hak düşürücü süreyi geçirerek dava hakkını kullanmamışsa, hak sahipleri içinde hak düşürücü süre geçmiş sayılacaktır.

jj-Yurt dışı çalışmaların tespiti

5510 s.lı K.nun m.5/g de, Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçilerinin, 4. maddenin (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacakları ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanacağı, belirtilmiştir.³⁴

Bu Kanun'un 10. Maddesinde ise, sigortalıların geçici görevle yurt dışına gönderilmeleri durumunda, gerek sigortalıların ve gerekse işverenlerin sosyal sigortaya ilişkin hak ve yükümlülüklerinin devam edeceği öngörülmüştür. Maddede geçici görevle ilgili süre sınırlaması yoktur. Geçici görevin süresi 3 veya 4 ay olabileceği gibi daha uzun süre de olabilir. Görevin geçici veya sürekli olup olmadığı, yapılan işin özelliğine göre tayin edilecektir.³⁵

Her iki çalışmada da, çalışmaların bildirilmemesi ya da eksik bildirilmesi durumunda, m.86/9 da belirtilen koşullar dikkate alınarak, hizmet tespit davası açılacaktır.

kk-Aidiyet davaları

Çalışma hayatında, Kuruma verilen belgelerin gerçeği yansıtmadığı veya belgelerdeki sigortalıya ait veya başka bilgilerin yanlış ya da eksik olduğu durumlara rastlanmaktadır. Hatta bazen sigortalının başkasına ait kimlikle çalıştığına da rastlanmaktadır. Böyle durumlarda, bu bilgilerin ve dolayısı ile bu çalışmaların kendisine ait olduğunu ileri süren sigortalı, tespit davası açabilecektir. Bu davalara aidiyet davası denilmektedir. Bu davalar hak düşürücü süreye tabi olmayıp her zaman açılabilir.³⁶

c-Sigortalılık başlangıcının tespiti davaları

aa-İşe giriş bildirgesinin verilmesinden sonraki çalışmaların tespiti

Çalışma yaşamında işe giriş bildirgesinin verildiği fakat primlerin yatı-

34 - Bu madde kapsamında çalışan işçinin yurt dışında iş kazasına uğraması ile ilgili: Y.21.H.D., 13.12.2016 t., E:2016/926-K:2016/15028, LEGAL İSGHD, C.14, sayı 53, Yıl 2017, ss.428-430. Y.10.H.D., 06.10.2016 t., E:2016/9450-K:2016/12141, İBD, C.91, sayı 2, ss.305-307.

35 - Y.10.H.D., 23.11.2001 t., E:2001/4133-K:2001/8086, YKD, C.28, sayı 3, Mart 2002, ss.391-394.

36 - Y.H.G.K., 02.05.1990 t., E:1990/10-120-K:1990/262, Arash U., C.2, s.1049.

rılmadığı veya bir süre prim yatırılıp daha sonra yatırılmadığı durumlarla karşılaşılmaktadır. Böyle durumlarda SGK'yu, prim yatırılmadığı ya da bordro verilmediği gerekçesiyle bu çalışmayı sigortalı çalışma saymaktadır. İşte, sigortalı için sigortalılık başlangıcının ve süresinin önemli olduğu durumlarda, işe giriş bildirgesinde belirtilen işe giriş tarihinin sigortalı çalışmanın başlangıcı olduğunun tespiti istenmekte, eğer sigorta haklarından yararlanmak için prim gününde gerekliyse işe giriş tarihinden sonraki prim günü bildirilmeyen ve primi yatırılmayan sürelerinde sigortalı hizmetten sayılması istenmektedir.

Öncelikle belirtelim ki, işe giriş bildirgesinin işveren tarafından Kuruma verilmesi durumunda açılacak böyle bir tespit davasında 5 yıllık hak düşürücü süre işlemez. Çünkü, işe giriş bildirgesi 5510 m.86/9 sayılan işveren tarafından Kuruma verilmesi gereken bir hizmet belgesi olup bu işlem yerine getirilmiştir. Hak düşürücü süreye tabi olan çalışmalar Kuruma hiç bildirilmeyen, çalışma ile ilgili hiçbir belge verilmeyen çalışmalardır. Dolayısı ile, çalışmaya başlayan sigortalı ile ilgili işe giriş bildirgesi verilmese bile, m.86/9 da belirtilen prim ve hizmet belgelerinden birisinin verilmesi durumunda dahi hak düşürücü süre işlemeyecektir.³⁷ Ancak, işe giriş bildirgesinin 5 yıllık hak düşürücü süre içinde kuruma verilmesi gerekir. Bu süre geçtikten sonra verilen işe giriş bildirgesi hak düşürücü süreyi etkilemez. Yargıtay:

(...) İşe giriş bildirgesinin verilmesi durumunda, bildirmede öngörülen işe başlama tarihinden sonrası için hak düşürücü süreden bahsedilemez. Ne var ki, işe giriş bildirgesinin de yine yasada öngörülen hak düşürücü süre dahilinde Kuruma verilmesi gerekir. Zira hak düşürücü sürenin geçirilmesi hakkın özünü ortadan kaldırdığından; bu sürenin geçirilmesinden sonra işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmesi ya da primlerin ödenmesinin, hak düşürücü süreyi yeniden canlandırması mümkün değildir.³⁸

Hükmünü vermiştir.

Yargıtay eski kararlarında işe giriş bildirgesinin o kişinin en az bir gün çalıştığına karine teşkil ettiğini kabul etmekte iken (yukarıdaki karar), daha sonraları salt işe giriş bildirgesinin verilmesinin sigortalılığın kabulü için yeterli olmadığını, fiilen çalışıldığının da belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir. Nitekim Yargıtay H.G.K.:

(...) Sigortalılığın oluşumu yönünden çalışma olgusunun varlığı zo-

37 - Y.10.H.D., 01.04.1993 t., E:1992/11103-K:1993/31599, Araslı U., C.2, s.1028.

38 - Y.10.H.D., 17.02.2003 t., E:2003/388-K:2003/777, YKD, C.29, sayı 9, Eylül 2003, ss.1378-1379.

runludur. Eylemli (fili) veya gerçek biçimde çalışmanın varlığı saptanmadıkça, hizmet akdine dayanılarak dahi sigortalılıktan bahsedilemez. Bu nedenle işe giriş bildirgesinin verildiği ancak yasal diğer belgelerin bulunmadığı durumlarda çalışma olgusunu ortaya koyabilecek inandırıcı ve yeterli kanıtlar aranmalı, kamu düzenine dayalı bu tür davalarda hakim, görevi gereği doğrudan soruşturmayı genişleterek sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemeli (...).³⁹

Diyerek bu konudaki kararlılığını sürdürmüştür.

Karardan anlaşıldığına göre, Yargıtay H.G.K. nun önüne gelen bu davada, sigortalının 01.11.1980 tarihinde işe başladığına dair işe giriş bildirgesi 1 aylık bildirim süresi içinde ve sigortalının işe başlamasından 20 gün sonra yani 20.11.1980 t.de Kuruma verilmiştir. Bu bildirim tarihine göre, sigortalının işe giriş bildirgesinin verilmesinden sonra da bir süre işyerinde çalıştığı açık şekilde anlaşılmaktadır. Yani 01.11.1980 t.de işe başladığının 20.11.1980 t.de Kuruma bildirilen bu kişinin 20 günden fazla fiilen çalıştığı zaten bellidir. İşverenin hiç çalıştırmadığı bir kişiye ait işe giriş bildirgesini düzenleyip Kuruma vermesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Olayın geçtiği dönemde yürürlükte olan 506 s.lı K.nun 9. maddesinde, işverenin çalıştırdığı sigortalıları bir ay içinde Kuruma bildireceği ve 80. maddesinde de ödenmesi gereken primlerin ertesi ayın sonuna kadar ödenmesi gerektiği öngörülmüştür. İşte, bu olaydaki sigortalının işyerinde 20 günden fazla çalıştığı, fakat ya işten ayrıldığı için ya da unutulduğu veya başka nedenlerden dolayı primleri yatırılmamış olabilir. Bu nedenle, sigortalının fiilen çalıştığı yazılı belge ile açıkça belli olan böyle bir durumda, başka delil aramaya gerek yoktur.

Ancak, 08.09.1999 t. ve 4447 s.lı Kanun ile, 506 s.lı K.nun 9. maddesindeki bir aylık bildirim süresi değiştirilmiş ve işe giriş bildirgesinin “işe başlamadan önce” Kuruma verileceği, bugün yürürlükte olan 5510 s.lı K.nun 8. maddesinde ise, işe giriş bildirgesinin “sigortalılık başlangıç tarihinden önce” Kuruma verileceği, öngörülmüştür. Bu durumda olanlar için fiili çalışma yapıp yapılmadığının araştırılması gereklidir. Yine 8. maddede sayılan bazı iş yerlerinde bir aylık bildirim süresi tanınmıştır. Örneğin, yabancı ülkelere sefer yapan ulaşım araçlarında ve sefer sırasında işe başlatılacak sigortalıların işe giriş bildirelerinin çalışmaya başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde ve ilk kez işyeri bildirgesi verilen işyerlerinde işe başlatılacak sigortalıların işe giriş bildirelerinin ise işyerinin tescil tarihinden itibaren bir ay içinde Kuruma verileceği kabul

39 - Y.H.G.K., 23.11.2011 t., E:2011/21-575-K:2011/697, YKD, Haziran 2012, sayı 6, ss.1073-1080. Y.H.G.K. 16.06.1999 t., E:1999/21-508-K:1999/525, YKD, C.26, sayı 4, Nisan 2000, 22.509-511.

edilmiştir. Bu gibi iş yerlerinde çalışanlar için yukarıdaki görüşler bugün için de geçerlidir.

Bu konuda bir hususa açıklık getirmek gerekmektedir. İşe giriş bildirgesi verilmesi ve kısa süre prim ödenmesi veya hiç ödenmemesi durumunda ve kesintisiz devam eden çalışmaların tespitinde hak düşürücü süre aranmayacaktır. Örneğin, sigortalının 01.01.1986 t.de işe başladığına dair bildirgenin yasal süre içinde verildiğini, bu tarihten itibaren 3 yıl çalışıp ayrıldığını ve hiç prim günü bildirilmediğini ve prim ödenmediğini, varsayalım. Bugüne kadar aradan 30 yıldan fazla süre geçtiği halde, sigortalı bu gün bu 3 yıllık sürenin sigortalı hizmetten sayılması için tespit davası açabilecektir. Bu olayda 5 yıllık hak düşürücü süre işlemeyecektir. Çünkü, çalışması işveren tarafından Kuruma bildirilmiş, fakat Kurum kendi görevini yapmayarak gerekli diğer belgelerin verilmesini ve primlerin bildirilmesini ve ödenmesini sağlamamıştır. Fakat, tekrar belirtelim ki, hak düşürücü sürenin işlememesi için işe giriş bildirgesinin 5 yıllık hak düşürücü süre içinde verilmesi gerekir.⁴⁰

bb-İşe giriş bildirgesinin verilmesinden önceki çalışmaların tespiti

Kişinin işe başlamasından bir süre sonra hatta daha uzun bir süre geçtikten sonra işe giriş bildirgesi verilerek çalışmaya başlama tarihinin de geç bir tarih olarak bildirilmesi, çalışma hayatında sık görülen olaylardandır. Eğer bildirim bu şekilde geç yapılan bir sigortalının aynı işyerindeki çalışması kesintisiz devam etmişse, işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren işleyecek 5 yıllık hak düşürücü süre içinde açacağı bir dava ile işe giriş bildirgesinden önceki çalışmalarının da sigortalı hizmetten sayılmasını isteyebilecektir. Örneğin; 01.02.1990 tarihinde fiilen çalışmaya başlayan sigortalının işe giriş bildirgesinin 20.02.1992 tarihinde Kuruma verildiği ve işe başlama tarihi olarak da 01.02.1992 tarihinin bildirildiğini, bildirim tarihinden sonrası için primlerin düzenli ödendiğini, bu çalışmasının aralıksız 02.02.2014 tarihine kadar devam ederek bu tarihte işten ayrıldığını, varsayalım. Bu sigortalı, işten ayrıldığı yılın yani 02.02.2014 yılının sonundan itibaren başlayacak 5 yıllık hak düşürücü süre sonu olan 2019 yılı sonuna kadar açacağı tespit davası ile, bildirim tarihinden önceki 01.02.1990-01.02.1992 tarihleri arasındaki sürenin sigortalı hizmetten sayılmasını isteyebilecektir. Nitekim Yargıtay, Kuruma bildirim işe giriş tarihinden sonra yapılması durumunda, bildirim yapıldığı tarihten önceki çalışmaların, bildirim tarihini de kapsar biçimde kesintisiz devam etmesi halinde hak düşürücü süre başlangıcının kesintisiz olarak

40 - Y.10.H.D., 05.11.2001 t., E:2001/7302-K:2001/7317, YKD, C.28, sayı 5, Mayıs 2002, s.727.

geçen çalışmaların sona erdiği yılın sonu olduğuna karar vermiştir.⁴¹Yar-
gıtay daha yeni bir kararında bu görüşünü sürdürmüştür :

*(...) Sigortalının Kuruma bildiriminin işe giriş tarihinden sonra yapıl-
ması, bir başka ifade ile sigortalının hizmet süresinin başlangıçtaki bir
bölümünün kuruma bildirilmeyerek sonrasının bildirilmesi ve kuruma
bildirimin yapıldığı tarihten önceki çalışmaların, bildirgelerin verildiği
tarihde kapsar biçimde kesintisiz devam etmiş olması halinde, kuru-
ma bildirilmeyen çalışma süresi yönünden hak düşürücü sürenin he-
saplanmasında; bildirim dışı tutulan sürenin sonu değil, kesintisiz ola-
rak geçen çalışmaların sona erdiği yılın sonu başlangıç alınmalıdır.⁴²*

III-TESPİT DAVASININ TARAFLARI

1-Davacı

Hizmet tespit davalarının davacısı sigortalıdır. Ölümü halinde ise hak sahipleridir. Hak sahiplerinin tamamının dava açmasına gerek yoktur. Örneğin, sigortalının ölümü halinde sadece eş ölüm aylığından yararlanmak ister fakat diğerleri istemezse, sadece eş tarafından dava açılması kabul edilmelidir.⁴³

2-Davalı

aa-İşe giriş bildirgesinin verilmediği durumlarda

Hizmet tespit davalarında, bildirim yapılmadığı ve belirli bir sürenin tespitine yönelik isteklerde, husumet hem işverene ve hem de SGK'na yöneltilmelidir. Çünkü, işveren yasa tarafından kendisine yüklenen bildirim görevini yerine getirmemiş ve esasen mahkeme ilamı Kurum tarafından uygulanacağından dolayı da dava Kurumun da hak alanını ilgilendirdiğinden, hem işveren ve hem de Kurum hasım gösterilmelidir.⁴⁴

Böyle bir dava hak düşürücü süre içinde sadece işverene karşı açılıp karar kesinleştiğinde, Kurum bu davada taraf olmadığından dolayı karar Kurumu bağlamayacağından mahkeme kararını uygulamayacaktır. Bu durumda, davacının Kurumu hasım göstererek yeni bir dava açması gerekecektir. İkinci dava hak düşürücü süre geçtikten sonra açılmış olsa bile, dava reddedilmeyecektir.⁴⁵

41 - Y.10.H.D., 21.10.2008 t., E:2008/1801-K:2008/13109, YKD, C.35, sayı 4, Nisan 2009, ss.688-691.

42 - Y.10.H.D., 13.02.2012 t., E:2012/2099-K:2012/1902, YDün, sayı 200, ss.122-124.

43 - Araslı U., C.2, s.961.

44 - Y.10.H.D., 27.02.2012 t., E:2010/15422-K:2012/3174, YKD, C.38, sayı 9, Eylül 2012, ss. 1716-1722. Y.21.H.D., 05.07.2010 t., E:2010/5698-K:2010/7930, özel arşiv.

45 - Y.H.G.K., 22.02.1995 t., E:833-K:103, Aslanköylü R., 2013 C.2, s.2267.

bb-İşe giriş bildirgesinin verildiği durumlarda

İşe giriş bildirgesinin Kuruma verildiği fakat prim bordroları ve diğer belgelerin verilmediği ve primlerin yatırılmadığı durumlarda, primlerin yatırılmadığı ya da bordro verilmediği gibi gerekçelerle bu çalışma Kurum tarafından kabul edilmemektedir. Böyle durumlarda açılan dava ile işe giriş tarihinin sigortalılık başlangıcı olarak kabulü veya en az 1 gün ya da daha fazla çalışıldığının tespiti istenmektedir.

Böyle bir olayda işveren tarafından işe giriş bildirgesi verilerek sigortalının çalışmaya başladığı Kuruma bildirilmiş olup, artık bundan sonrası Kurumun görev alanına girmekte ve bildirilen bu çalışmayı kabul etmeyecek uyuşmazlık Kurum tarafından çıkarılmış olmaktadır. Bu bakımdan, bu tür bir davanın sadece Kuruma yöneltilmesi yeterlidir. Nitekim Yargıtay uygulaması da böyledir:

*İşveren tarafından işe giriş bildirgesi yönteminde düzenlenerek süresinde davalı Kurum'a verilmiş olup bu bildirgenin sigortalılık başlangıcına esas alınmaması konusunda işverenin davaya sebebiyet veren bir davranışından söz edilemeyeceği gibi, bu tip tespit davalarında işverene husumet yöneltilmesine gerek olmadığı da dairemizin yerleşik uygulamasıdır. Bu çerçevede yapılan değerlendirme ışığında davalı işveren Erdoğan Yazıcı'nın harç ve yargılama giderleriyle sorumlu tutulmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.*⁴⁶

Aşağıdaki daha yeni bir Yargıtay kararında da görüleceği gibi, Yargıtay bu görüşünü devam ettirmektedir:

*(...) Kuruma yönteminde verilen işe giriş bildirgesindeki işe giriş tarihinin sigortalılık başlangıcı olarak kabul edilmesine ilişkin davalarda kural olarak işverenin hasım gösterilmesi gerekmez. Zira işveren sigortalı işe giriş bildirgesini süresinde yönteminde Kuruma intikal ettirmiş ve üzerine düşeni yapmış olup Kurum belirgin şekilde uyuşmazlık çıkardığından husumetin doğrudan Kuruma yöneltilmesi yeterlidir.*⁴⁷

Yukarıda belirttiğimiz gibi, böyle bir davanın sadece Kuruma yöneltilmesi yeterli ise de, aynı davada işverenin de davalı gösterilmesi davanın görülmesine engel olmayıp, ancak işveren dava açılmasına neden olmadığından, harç ve yargılama giderlerinden sorumlu tutulmayacaktır.

46 - Y.10.H.D., 22.12.1997 t., E:1997/9241-K:1997/9147, özel arşiv.

47 - Y.21.H.D., 06.07.2009 t., E:2009/7813-K:2009/10494, özel arşiv.

cc-İşyeri devri veya değişik işverenlerin yanında çalışma durumunda

İşyeri değişmeden işverenlerin değişmesi yani işyerinin başka bir işverene devredilmesi ve sigortalının çalışmasını devam ettirmesi durumunda, devirden öncesi ile devirden sonrası süreler için hizmet tespit davası açılması gerektiğinde devirden önceki işverenlerinde davaya dahil edilmesi gerekir.⁴⁸

Değişik işyerlerinde değişik işverenler işçisi olarak sigortasız çalıştırılma durumunda, hizmet tespit davalarının her işveren aleyhine ayrı ayrı açılması gerekir. Zira, işverenler arasında zorunlu ya da ihtiyari dava arkadaşlığı yoktur. Ancak, Yargıtay; bu tür davaların ayrı ayrı açılması ve sonuçlandırılmasının gerektiğini, fakat bu aşamadan sonra davaların ayrılmasının pratik bir yararı olmayacağını, ne var ki her bir çalışma süresini ayrı bir dava kabul edip ona göre delillerin toplanması gerektiğine, karar vermiştir.⁴⁹

dd-Aidiyet davalarında

Aidiyet davalarında davanın SGK' mu ile birlikte, kendisine ait çalışmanın üzerinde görüldüğü kişiye de yöneltilmesi gerekir. Çünkü, böyle bir dava hem Kurumun ve hem de o kişinin hak alanını doğrudan ilgilendirmektedir.

ee-Dava açılmadan önce SGK'na başvuru zorunluğu yoktur

5521 s.lı İş Mahkemeleri K.nun 7. maddesine 6552 s.lı K.la eklenen 3. ve 4. fıkralarında, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru zorunluğu getirilmiştir. Ancak, sigortalılık sürelerinin tespiti davalarında, dava açılmadan önce SGK.'na başvuru zorunluğu yoktur. Fakat, sadece işveren aleyhine açılan bu tür bir dava mahkeme tarafından kendiliğinden (resen) Kuruma ihbar edilir.

IV-MAHKEME KARARININ İÇERİĞİ

5510 m.86/9 da; hizmet tespit davası sonucunda verilecek mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarının dikkate alınacağı, öngörülmüştür. Bu karar SGK tarafından uygulanacağından Kurum, mahkeme kararında belirtilen kazanç ve prim günlerini kabul etmek zorundadır. Bu bakımdan, mahkeme kararında, HMK 297/2. maddesinde belirtildiği gibi:

48 - Y.10.H.D., 14.12.1999 t., E:8968-K:9091, Aslanköylü R., 2003, s.759.

49 - Y.21.H.D., 16.02.1998 t., E:1997/8579-K:1998/89, Araslı U., C.2, s.987.

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.

Örneğin; 01.01.2012-28.11.2015 tarihleri arasında işveren (A) ya ait işyerinde günlük 60.00 TL. ücretle çalışıldığının ve bu çalışmanın sigortalı hizmetten sayılmasının tespitinin istenmesi ve isteğin kabulü durumunda, mahkeme kararında açık bir şekilde; “*Davacının 01.01.2012-28.11.2015 tarihleri arasında günlük 60.00 TL. ücretle davalı işveren (A) ya ait işyerinde çalışıldığının tespitine ve bu çalışmanın sigortalı hizmetten sayılmasına*” şeklinde yazılmalıdır.

Mahkeme kararında ücret belirtilmelidir. Zira ücret, geçici iş göremezlik ödeneği, yaşlılık aylığı gibi sigortalılık haklarının miktarını doğrudan etkileyen önemli bir unsurdur. Daha önce işçilik alacakları ile ilgili açılan davada ücret belli olmuş ve karar kesinleşmişse, hizmet tespit davasında da bu ücret esas alınmalıdır. Fakat, her nasılsa mahkeme kararında ücretin belirtilmemesi durumunda SGK sigortalının asgari ücretle çalıştığını kabul ederek, bu kararı yine uygulamalıdır. Çünkü, asgari ücret kamu düzeni ilgili olup bunun altında bir ücretle çalışma yapılamayacağı bilinen bir gerçektir. Eğer, sigortalı daha yüksek bir ücretle çalıştığını ileri sürüyorsa bu konuda ayrı bir dava açabilir ve alınan karar Kuruma iletildiğinde Kurum bu ücrete göre işlem yapacaktır.

V-MAHKEME KARARINDA BELİRLENEN SÜREYE AİT PRIMLERİN ÖDENİP ÖDENMEMESİ

5510 sayılı SSGSSK'nun sigortalılar yararına getirdiği önemli bir değişiklik, sigorta hak ve yardımlarından yararlanmak için sigortalılık süresine ait primlerin ödeme zorunluğunun olmamasıdır. Yürürlükten kaldırılan 506 s.lı K.da, sigorta haklarından yararlanmak için belli bir süre prim ödeme koşulu aranmakta idi. Örneğin 506 s.lı Kanunda:

Yaşlılık aylığından yararlanmak için:

a-Kadın ise 58, erkek 60 yaşını doldurmuş olması ve en az 7000 gün veya

b-Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması, 25 yıldan beri sigortalı bulunması ve en az 4500 gün,

Malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları **primi** ödemiş olmaları şarttır (m.60).

Malüllük aylığından yararlanmak için:

Toplam olarak 1800 gün veya en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinin her yılı için ortalama olarak 180 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları **primi ödemiş** olması, şarttır (m.54).

Hastalık yardımlarından yararlanmak için 1 yıl içinde en az 90 gün hastalık sigortası **primi ödemiş** olması şarttır (m.32/son). Sigortalının eşinin ve çocuklarının sağlık yardımlarından yararlanabilmeleri için 1 yıl içinde en az 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması şarttır (M.35). Ana ve babaya sağlık yardımı için (m.42) ve analık yardımlarından yararlanmak için de (m.48) belli bir süre **prim ödeme** zorunluğu vardır.

Aynı konuları düzenleyen 5510 s.lı K.na bakıldığında:

Yaşlılık aylığından yararlanmak için:

Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün (4/a sigortalıları için 7200 gün) malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları **primi bildirilmiş** olması şartıyla aylık bağlanır (m.28).

Malullük aylığından yararlanmak için:

En az 10 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul olan sigortalılar için ise sigortalılık süresi aranmaksızın 1800 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları **primi bildirilmiş** olması, zorunludur (m.26).

Hastalık yardımlarından yararlanmak için 1 yıl içinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta **primi bildirilmiş** olması (m.18/1-b) ve emzirme ödeneğine hak kazanabilmek için 120 gün kısa vadeli sigorta **primi bildirilmiş** olması şarttır (m.16).

Gerçekten, işveren ve Kurumun Anayasa ve yasalar tarafından kendilerine verilen görevlerini yapmamalarının olumsuz sonuçlarından sigortalının zarar görmesi, her şeyden önce iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı gibi, sosyal güvenliğin temel ilkelerine de aykırıdır. Nitekim bu konuda Yargıtay'ın 506 s.lı K.nun dönemi ile ilgili verdiği bir kararı bu güne de ışık tutmaktadır:

Yapılan incelemede, davacının ilk sigortalı işe girişinin 01.05.1979 olduğu, 31.11.2006 tarihine kadar 6074 prim ödeme günü bulunduğu, 02.12.2008 tarihli tahsis talep tarihinde 506 sayılı Kanun'un 81/9 maddesine göre 29 yıl 7 ay 1 gün hizmet süresinin olduğu, 68 yaşını tamamladığı görülmektedir.

(...) Sigortalının sorumlu olmadığı, işverenlerin ödemekle, Kurumun tahsil ile sorumlu olduğu prim alacağından dolayı davacının yaşlılık

*aylığı talebinin reddi ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.*⁵⁰

Karardan anlaşıldığına göre, davacı tarafından daha önce açılan hizmet tespit davasında Kuruma bildirilmeyen 4964 prim günü olduğuna karar verilip kesinleştiği, bildirilen süre ile birlikte toplam 6074 prim günü olduğu, yaşlılık aylığı için Kuruma başvurduğunda, tespit davası ile ilgili mahkeme kararında belirlenen süre ile ilgili primlerin ödenmediği gerekçesiyle, istek ret edilmiştir. Yargıtay yerel mahkememin bu kararını sigortalı yararına bozmuştur.

Bu konuyu bir örnekle bitirelim: 5510 s.lı K.nun 28. maddesinde öngörülen yaşlılık aylığına hak kazanmak için, 60 yaşını doldurmuş ve 7200 gün prim gününü karşılayacak şekilde uzun yıllar bir işyerinde çalışan sigortalı, bu çalışmalarının Kuruma hiç bildirilmediğini öğrenmiş olsun. Hak düşürücü süre içinde açtığı hizmet tespit davası ile çalışmalarının gerçek olduğu ve 7200 gün prim günü olduğuna karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiş olsun. Bu sigortalı kendisine yaşlılık aylığı bağlanması için SGK'na başvurduğunda, Kurum primlerin yatırılmadığını ileri sürerek bu isteği ret edemez ve yaşlılık aylığı bağlamak zorundadır. Zira, biraz önceki Yargıtay kararında ifade edildiği gibi “işverenlerin ödemekle, Kurumun tahsil ile sorumlu olduğu prim alacağından dolayı yaşlılık aylığı” isteği reddedilemez.

VI-HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sosyal güvenlik uygulamasında “zorunluluk ilkesi” nin benimsendiğini ve 5510 s.lı K.nun 92. maddesinde:

Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir.

Denildiğini ve sigortalı olmanın kişi iradesine bağlı olmadığını yukarıdaki bölümlerde açıklamıştık.

Sosyal güvenliğin belirtilen bu temel ilkelerine uygun olarak Yargıtay'ın bugün kadar değişmeyen görüş ve uygulaması da şudur:

1982 Anayasasının 12. maddesine göre “Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahip-

50 - Y.21.H.D., 06.02.2012 t., E:2010/6298-K:2012/1054, YKD, C.38, sayı 6, Haziran 2012, ss.1168-1170.

tir". 60. maddede ise " Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirilecek olursa sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve feragat edilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde de [5510 m.92] bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümlüden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir.

Bu nedenle sigortalılık hakkından feragat edilemez. Kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hakim in feragat nedeniyle davayı reddetmeyip özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir.⁵¹

Yine Yargıtay uygulamasına göre, sosyal güvenlik hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, hizmet tespiti davalarından feragat ya da kabul tek başına hükme etkili olamaz ve bu davalar kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkeme taraflarca getirilen delillerle bağlı olmayıp kendiliğinden araştırma yapacaktır.⁵² Sosyal güvenlik hukukunda HMK'nun 307. Maddesi kapsamında feragat olanağı olmayıp, davacı ancak HMK 123. maddesinde düzenlenen davayı geri alma hakkını kullanabilir veya HMK 150. madde gereğince davayı takip etmeyerek yenileninceye kadar dosyanın işlem den kaldırılması ve giderek davanın açılmamış sayılması sonucunu elde edebilir.⁵³ Bu tür tespit davalarında taraflara kesin süre de verilemez.⁵⁴

Ancak, Anayasal ve kamu düzeni ile ilgili olup, vazgeçilemez, başkasına devredilemez, feragat edilemez olan böylesine önemli bir hakkın aranmasının, hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde hak düşürücü süreye bağlanmasının ne kadar büyük bir çelişki olduğu hemen dikkati çekmektedir. Biz 1992 yılında yazdığımız bir makalede, çalışanların hak kaybına uğramaması için bu tür davalarda dava açma süresinin kaldırılmasını

51 - Y.H.G.K., 11.02.2004 t., E:2004/21-54-K:2004/54, YKD, C.30, sayı 6, Haziran 2004, ss.835-838.

52 - Y.H.G.K., 12.03.2014 t., E:2013/2253-K:2014/312, Legalbank.net.tr, Erişim T.10.03.2017. Y.10.H.D., 21.02.2005 t., E:2004/11796-K:2005/1483, YKD, C.31, Sayı 9, Eylül 2005, ss.1389-1391.

53 - Y.10.H.D., 27.02.2017 t., E:2016/18180-K:2017/1541, Legalbank.net.tr., Erişim T.03.04.2017. Y.10.H.D., 21.02.2005 t., E:2004/11796-K:2005/1483, YKD, C.31, sayı 9, Eylül 2005, ss.1389-1390.

54 - Y.21.H.D., 23.06.2008 t., E:2007/22436-K:2008/9609, YKD, C.35, sayı 10, Ekim 2009, ss.1945-1947.

savunmuşuk.⁵⁵ Öğretide, SÖZER; Yargıtayın sigortalıyı koruma amacıyla hareket ettiğini, bu amaca ise ancak şahsiyet haklarından sayılan sosyal sigorta hakkının bir süreye bağlamamak yoluyla ulaşılabileceğini, bir taraftan işçinin feragatını kabul etmemek, diğer taraftan da hakkını arayan işçiyi dava açma süresine tabi tutmanın çelişki teşkil ettiğini,⁵⁶ ASLAN-KÖYLÜ de; bir insan hakkı olan sosyal güvenlik hakkının sigortalıların elinden alınamayacağını, maddede öngörülen hak düşürücü süre hükmünün çıkarılması gerektiğini, beş yıl geçmekle sosyal sigorta hakkının düşeceğine ilişkin bu hükmün yasa koyucunun çelişkili davranışına bir örnek olduğunu, işverenin ve kurumun kendi yükümlülüklerinin yerine getirmemelerinin kusurunun sigortalıya yüklemenin hukuka aykırı olduğunu ve sigortalılığın hak düşürücü süre ile kısıtlanmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁵⁷

Çelişkinin büyüklüğü şu somut örneklerle daha iyi anlaşılacaktır. Yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında, tespit davasından feragat edilemeyeceği, davacı sigortalının ya davasını geri alabileceği (HMK m.123) ya da davasını takip etmeyerek dosyanın işlemde kaldırım ve giderek davanın açılmamış sayılması sonucunu elde edebileceği öngörülmüştür (HMK m.150). Uygulamada, mahkemeler genel olarak aşağıdaki Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, davacının feragatını kabul etmeyerek dosyayı işlemde kaldırıp sonra da davanın açılmamış sayılmasına karar vermektedirler:

Dava, hizmet tespiti talebine ilişkindir. Bu nedenle hizmet tespiti istenen davalarda davacının feragat dilekçesi işlemde kaldırma olarak değerlendirilmelidir. (...) Yerel mahkemece yapılması gereken iş, davacının davadan feragat dilekçesini işlemde kaldırma olarak nitelendirip üç ay içinde yenileme yapılmadığı takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar vermekten ibarettir.⁵⁸

Önce davanın geri alınmasının sigortalıya yararı olup olmayacağına bakalım. HMK m.123 de: “Davacı, hüküm kesinleşinceye kadar, ancak davalının rızası ile davasını geri alabilir.” Denilmiştir. Davanın geri alınması durumunda davacı görülmekte olan davayı ileride istediği zaman yeniden açabilecektir.⁵⁹ Ancak, daha önce de belirtildiği gibi, hak düşürücü sürenin durması ve kesilmesi söz konusu değildir. Sigortalı geri aldığı davasını ileride açtığı zaman, hak düşürücü süre bu yeni davanın açıldığı tarihe göre hesaplanacaktır. Örneğin, 5 yıllık hak düşürücü sürenin baş-

55 - BBD, sayı 42, Ağustos 1992, ss.17-20.

56 - Sözer A.N., Değerlendirme 1993, s.166, Değerlendirme 2003, s.231.

57 - Aslanköylü R., 2003 s.705, 2013 s.2261.

58 - Y.21.H.D., 26.09.2011 t., E:2011/3477-K:2011/7125, YDün, sayı 198, ss.143-144.

59 - Yılmaz E. s.804.

langıcından 1 yıl sonra açılan hizmet tespit davası, dava devam ederken 1 yıl sonra geri alındığında, hak düşürücü sürenin dolmasına daha 3 yıl kaldığından bu süre içinde davasını yeniden açarsa sorun olmayacaktır. Fakat, aynı dava 5 yıllık hak düşürücü süre dolduktan sonra açılırsa, hak düşürücü süre bu yeni dava tarihinde dolmuş olduğundan dava bu nedenle ret edilecek ve HMK m.123'deki hakkımı kullanan sigortalıya hiçbir yararı olmayacaktır.

Şimdi de, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinin sigortalıya yararı olup olmadığına bakalım. Yine tekrarlayalım, hak düşürücü sürenin durması ve kesilmesi söz konusu değildir. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, davacı hizmet tespit davasını 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcından 1 yıl sonra açıp, dava devam ederken 1 yıl sonra da feragat ettiğini ya da takip etmediğini ve bu nedenle dosyanın işlemde kaldırılarak davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğini varsayalım. Sigortalı, aynı konudaki davasını hak düşürücü süre dolmadan yeniden açarsa sorun olmayıp davaya devam edilecek ve sonuçlandırılacaktır. Fakat, bu davasını hak düşürücü süre dolduktan sonra açtığı takdirde, hak düşürücü süre bu yeni davanın açıldığı tarihe göre hesaplanacağından sigortalıya hiçbir yararı olmayacaktır. Zira HMK m.107'de: "*Hangi sebeple olursa olsun açılmamış sayılan davadaki talep dahi vaki olmaması sayılır.*" Denilmiştir. Bu bakımdan, artık bu dava eski davanın devamı olmayıp yeni bir davadır.⁶⁰ Dolayısıyla da hak düşürücü süre yeni davanın açılış tarihine göre hesaplanacaktır.⁶¹ Burada şunu da belirtelim ki, dosya işlemde kaldırıldıktan sonra 3 aylık süre içinde (HMK m.150/4) yenilenirse, bu süre içinde hak düşürücü süre dolsa da davaya devam edilir. Zira, yenileme süresi içinde aynı dava devam etmekte sayıldığından hak düşürücü süre işlemeyecektir.⁶² Yargıtay aşağıdaki kararında açılmamış sayılan davanın hak düşürücü süreyi saklı tutmadığını belirtmiştir:

*(...) Davanın açılmamış sayılmasına karar verilince, davanın açılmamış sayılması ile meydana gelen ve dosyanın işlemde kaldırılması ile devam eden hak düşürücü sürenin korunmuş olması sonucu da hükümsüz hale gelir. Açılmamış sayılan bir davanın hak düşürücü süreyi saklı tutma özelliği olduğu da ileri sürülemez. (...) Bu durumda birinci dava hiç açılmamış sayılacağından ikinci dava önceki davanın devamı sayılamaz.*⁶³

Sonuç olarak, Yargıtay'ın hizmet tespit davalarında sigortalının davası-

60 - Yılmaz E., s.220.

61 - Kuru B., 2001, C.4, ss.4125-4145. Y.8.H.D., 28.02.2000t., E:2000/1467-K:2000/1678, YKD, C.26, sayı 8, ss.1208-1209.

62 - Kuru B., 1974, ss.642-643. Postacıoğlu İ.E., ss.389-390.

63 - Y.21.H.D., 24.12.2002 t., E:2002/9551-K:2002/11116, YKD; C.29, sayı 6, Haziran 2003, ss.954-955.

nı geri alması veya feragatını kabul etmeyerek, dosyanın işlemde kaldırılması ve giderek davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğrultusundaki uygulaması, ilk bakışta sigortalı yararına gibi görünmektedir. Bu uygulama ile amaçlanan, sigortalının feragatı kabul edilmeyerek, ileride tekrar aynı konuda dava açarak sigorta hak ve yardımlarından yararlanmasını sağlamaktır. Ancak, yaptığımız açıklamalardan sonra, Yargıtay'ın bu uygulamasının sigortalıya hiçbir yarar sağlamadığı ortaya çıkmaktadır.⁶⁴

Bu bakımdan, doğrudan kamu düzenini ilgilendiren, vazgeçilemez, devredilemez ve azaltılamaz özellikleri olan bu kadar önemli bir hakka kavuşmanın hak düşürücü süreye bağlanması, bu hakkın özüne ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğunu yinelemekte yarar görüyoruz.

KAYNAKÇA

ARASLI, Utkan. *Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar*, 2 Cilt, Ankara: Turhan Kitabevi 2002.

ASLANKÖYLÜ, Resul. *Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu*, Ankara: 2003.

ASLANKÖYLÜ, Resul. *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi*, 2 Cilt, Ankara: Bilge yayınevi, 2013.

BİLGEN, Mahmut. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

ÇAKMAK, İhsan. *Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu*, 2 Cilt, Ankara: Adalet Yayınevi, 2001.

ÇENBERCİ, Mustafa. *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, Ankara: 1985.

EREN, Fikret. *Borçlar Hukuku*, 2 Cilt, 19. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.

ERTÜRK, Erkan. *Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması*, 2 Cilt, Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.

GÜZEL Ali, Ali Rıza OKUR ve Nurşen CANIKLIOĞLU. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.

KORKUSUZ, Refik ve Suat UĞUR. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 5. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2016.

KURU, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 3. Baskı, Ankara: 1974.

KURU, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6 Cilt, 6. Baskı, İstanbul: 2001.

PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES. *Medeni Usul Hukuku*, 12. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.

POSTACIOĞLU, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul: 1966.

SANLI, Erdal. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Örnek Kararları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

64 - 506 s.lı K.nun döneminde aynı konuyu düzenleyen M.79/8'in Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesinin 30.06.1998 t. ve E:1997/18-K:1998/42 s.lı kararı ile, Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Resmi Gazete T:06.12.2000, sayı:24252.

SÖZER, Ali Nazım. *Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul: Mess Yayını, 1993.

SÖZER, Ali Nazım. *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Primler*, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003, Ankara: 2005.

ŞAKAR, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.

TEKİNAY, S. Sulhi ve Servet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul: 1993.

TUHR, Andreas Von. *Borçlar Hukuku 1-2*, Çeviren Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara: 1983.

TUNCAY, Can ve ÖMER EKMEKÇİ. *Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları*, 2. Bası, İstanbul: Legal Yayınevi,2009.

TUNÇOMAĞ, Kenan. *Sosyal Sigortalar*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul: Beta yayınevi, 1987.

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ. 6 Cilt, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1991.

YILMAZ, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012.

DERGİLER VE İNTERNET SİTELERİ

Bursa Barosu Dergisi.

LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi.

İstanbul Barosu Dergisi

SİCİL İş Hukuku Dergisi.

Yargı Dünyası

Yargıtay Kararları Dergisi

<http://www.Legalbank.net.tr>.

<http://www.sgk.gov.tr>.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT YAPIM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE FESHİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Adem DAVUT¹

I. GİRİŞ

Ekonomik ve sosyal gelişmelerin oluşturduğu ihtiyaçlar doğrultusunda uygulamada arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi adı altında bir sözleşme tipi ortaya çıkmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, pozitif bir kuralla düzenlenmiş bir alan olmayıp uygulama sonucunda ortaya çıkan bir sözleşme türüdür. Durum böyle olunca bu sözleşme türü hem uygulayıcılar hem de sözleşme taraflarınca yeterince bilinmeyen bir alan olmaktadır. Çok ilginçtir ki, kendine pozitif bir düzenleme alanı bulamayan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uygulamada oldukça fazla olup dolayısı ile birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uygulamada farklı şekillerde de isimlendirilmektedir².

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafları arsa sahibi ve yüklenicidir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi kendi içinde bir takım sıkıntılar barındırmakla birlikte üçüncü kişilerin bu sözleşmeye sonradan katılması ile birlikte birçok farklı sorunda ortaya çıkmaktadır. Sözleşme tarafları olan arsa sahibi ve yükleniciye karşılıklı hak ve borç yükler. Üçüncü kişilerin bu sözleşmeye dahil olmaları uygulamada genellikle inşaatı yapmayı üstlenen yüklenicinin finansman sağlamak amacıyla söz konusu haklarını üçüncü kişilere devretmesi ile olmaktadır. Ancak

1 30.09.2017 tarihine kadar Hatay Barosu'na 1503 sicil numarası ile kayıtlı stj. Avukatıdır.

2 Bu sözleşme türü için; İnşaat sözleşmesi, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi şeklinde de adlandırmalar bulunmaktadır. Biz çalışmamızda alıntılar yaptığımız zaman söz konusu yazarın tercih etmiş olduğu isimlendirmeyi aynen aktararak değişiklik yapmayacağız. Bizim tercih ettiğimiz adlandırma ise 'Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi' şeklinde olacaktır. Şu da belirtilmelidir ki, kanun koyucu bu sözleşme türünün özelliklerini ve şartlarını yasal mevzuat ile düzenlememiş olmakla birlikte bazı kanun maddelerinde bu sözleşme türünün adına yer vermiştir. Örneğin, TMK m.109'da 'Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi' şeklinde bahsedilmektedir.

arsa sahibinin de sözleşmeden doğan haklarını üçüncü kişilere devretmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bu sözleşme türünde arsa sahibi, yüklenici ve üçüncü kişiler olmak üzere üçlü bir ilişki olduğu söylenebilir. Bu durumda bağımsız bölümlerin devir talebinin kim tarafından kime/kimlere karşı ileri sürülebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin uygulama açısından sınırları olmakla beraber bu sözleşme türünün hukuki niteliği de tartışmalıdır.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT YAPIM SÖZLEŞMESİ TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tanımı;

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi doktrinde ve Yargıtay uygulamasında içeriği aynı kalmak şartıyla farklı şekillerde tanımlanmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, inşaat sözleşmelerinin bir türüdür. Bu sözleşmelerde genel olarak, müteahhit kendi malzemesi ile yapacağı inşaatın bir bölümü arsa sahibine vermeyi yüklenmesine karşılık, arsa sahibi de üzerinde inşaat yapılacak arsanın belli bir payını tapuda müteahhit adına intikal ettirmeyi taahhüt eder. Bu suretle, müteahhidin yapı teslim edeceği daireler ve bağımsız bölümlerin bedel olarak karşılığı, arsa üzerinden verilecek pay ile aynı olarak ödenmektedir³.

Yüklenicinin arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde yapacağı inşaat karşılığında, arsa sahibinin, yükleniciye taşınmaz devrini yükümlendiği sözleşmeye; “Taşınmaz Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi” denir⁴.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri; iş sahibinin müteahhide devredeceği arsa payları karşılığı, müteahhidin temin edeceği işçi, malzeme ve araç-gereçle iş sahibine ait arsa üzerinde bina inşa etme ve iş sahibine ait bağımsız bölümleri ona teslim borcu altına girdiği, rızai, tam iki taraflı karşılıklı, karma bir sözleşmedir⁵.

Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taraflara karşılıklı hak ve borçlar yüklemekte; finansı sağlayan yükle-

3 KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayınları, 4. Bası, İstanbul 2005, s.71.

4 SÜTÇÜ, Nezih, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleriyle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, Cilt I, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2016, s.33.

5 KANBER, Kemal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozuluktan Doğan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1997/3, s.36.

nici arsa malikinin taşınmazı üzerine bina yapma işini üstlenmekte, arsa maliki ise inşa edilecek binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye devretmeyi vaat etmektedir⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, 'arsa sahibinin arsa paylarının bir bölümünü yükleniciye devretme taahhüdü altına girmesi ile buna karşılık yüklenicinin de bağımsız bölümler inşa etmeyi taahhüt etmesi sonucu inşa etmiş olduğu bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları teslim etmeyi borçlanmasıdır' şeklinde tanımlanabilir.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin unsurları⁷;

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin oluşabilmesi için gerekli olan şartlar (unsurlar), tanımlardan da anlaşılabilceği üzere şunlardır;

- Arsa sahibi ile yüklenici arasında anlaşma yapılmış olması
- Yüklenicinin inşaat (kat, bina, bağımsız bölüm, yapı vs.) yapma borcu altına girmesi
- Arsa sahibinin (taşınmaz) arsa payı devir borcu altına girmesidir.

Şimdi bu söz konusu sözleşme türünün unsurlarını daha iyi anlayabilmek ve uygulamada karşılaşılabilecek olan sorunları, tarafların borçları konusuna detaylı bir şekilde değinmeden, başlıklar altında incelemek gerekirse;

i. Arsa Sahibi ile Yüklenici Arasında Anlaşma Olmalı

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan bir sözleşmedir. Kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen sözleşme özgürlüğü prensibi⁸ çerçevesinde yapılmasında bir engel yoktur.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi hukuk kurallarımızda düzenlenmemiş bir sözleşme türü olmakla beraber Yargıtay içtihatları ile kabul edilen ve sınırları belirlenen, taşınmaz satış vaadi ve eser sözleşmesinin unsurlarını birlikte barındıran karma sözleşmelerden çifte tipli bir sözleşmedir⁹. Bu sözleşme türünün konusunu taşınmazlar oluşturmaktadır. Bu sebeple arsa sahibi ile yüklenici arasındaki anlaşmanın şekli be-

6 Yargıtay 14. HD. E.2016/5623, K.2016/9626, 15.11.2016 tarihli kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr.

7 SÜTÇÜ, s.33; DURAK, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı Cilt:1, Yıl 2015, s.209,211; REMZİ, Mehmet/AYDIN, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İkinci Sayfa Yayınları, 7.Bası, Şubat 2016, s.151,152.

8 Sözleşme özgürlüğü prensibi için bkz: ANTALYA, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I , Beta Yayınları, 2. Baskı,İstanbul 2013, s.261 vd.

9 Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin hukuki niteliğine ileride değinilecektir.

lirlenmeden önce eser sözleşmesi ve taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şekil şartlarına bakmak gerekmektedir.

Eser sözleşmesinin yapılmasında TBK'da herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Ancak gayrimenkul (taşınmaz) satış vaadi ve taşınmaz satışı TMK m.706, TBK m.237, Tapu Kanunu m.26, Noterlik Kanunu m.60 ve m.89 uyarınca resmi şekilde yapılması gereken özel hukuk sözleşmelerindedir.

Hukuk kurallarımızda bu sözleşme türüne yer verilmediği için şekil şartına¹⁰ ilişkin bir düzenlemede bulunmamaktadır. Ancak arsa karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bünyesinde barındırdığı gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin niteliği gereği şekil şartına bağlanmış bir sözleşmedir¹¹.

Yargıtay'da kararlarında bu hususa dikkat çekmektedir. Nitekim bir kararında¹² “...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel olarak arsa payı veya taşınmazın bir bölümünün devri öngörüldüğünden geçerli olabilmesi için TMK m.706, BK m.213, Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddelerine göre resmi şekilde düzenlenmesi gerekir...” şekil şartının zorunlu oluşunu belirtmektedir.

Burada gözden kaçırılmaması gereken bir husus vardır. O da şudur ki, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin birbirinden farklı uygulanma şekilleri vardır. Bunlar¹³;

- Arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat etmesi ve yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmesi

- Arsanın tamamen yükleniciye devri

10 SÜTÇÜ, s.69 ; “ Amacına göre üç türlü şekil şartı vardır. Bunlar; 1-Sihhat şekli, 2-İspat şekli ve 3- İradi şekildir. Sihhat şeklinde hukuki işlemin geçerliliği bir şekil şartına bağlanmıştır.Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılma zorunluluğu, sihhat şeklini ifade etmektedir.”

11 AVCI, Ali, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmelerinde Bağımsız Bölüm Alan Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumları, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2015, s.17; REMZİ /AYDIN, s.282 ; “ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusu, taşınmaz mülkiyetinin devri veya devrinin vaat edilmesidir. Sözleşme kurulmadan önce arsa payı yükleniciye devredilmişse, sözleşmenin tabi olduğu şekil bakımından herhangi bir sorun yoktur. Ancak arsa sahibi ile yüklenicinin yapmış olduğu sözleşmede taraflar taşınmazın devri konusunda anlaşmışsa, bu halde sözleşmenin belli bir şekilde yapılması gerekir. TMK m.706'ya göre (TBK m.237, TK m. 26, NK m.60, 89) taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin borcu taşınmazın mülkiyetini devretmek olduğundan, bu sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir.”

12 Yargıtay 15. HD. E.2004/7112, K.2005/4421, 20.07.2005 tarihli kararı. www.yargidunyasi.com.tr

13 DURAK, s.214,215.

- Belli arsa paylarının yükleniciye devri suretiyle gerçekleştirilmesi
- Arsa paylarının inşaattaki aşamaya göre devri

Uygulamada en fazla tercih edilen arsa sahibinin arsa paylarının satışını vaat etmesi ve yüklenicinin de inşaat yapmayı taahhüt etmesi şeklinde yapılan sözleşme türüdür.

Eser sözleşmesinin bir türü sayılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iki tipli karma bir sözleşmedir. Tapu sicil müdürlüğünde¹⁴ veya noterlerce düzenlenme şeklinde yapılması zorunludur. Noterde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin değiştirilmesi yine Noterde yapılması gerekir. TBK m.13 hükmü bu tür sözleşmeler içinde geçerlidir. Nitekim 15. HD. 09.11.2006-6737/6400 sayılı kararında da bu durum belirtilmiştir¹⁵.

Arsa karşılığı kat yapım sözleşmelerinde, müteahhidin edim borcu yönünden sözleşmenin şekle bağlı bulunmamasına rağmen, arsa sahibinin müteahhide vermeyi yükümlendiği arsa payının geçirimi taahhüdünün TBK. 237 (eski 213) ve 4721 sayılı MK.'un 706. (eski 634.) maddelerine göre resmi senetle yapılması geçerlilik koşuludur. İşte bu nedenle, arsa karşılığı kat yapımı sözleşmelerinin noterde resmi düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Noterde yapılacak sözleşme, tarafların notere birleşen rızalarını beyan etmeleri ve beyan edilen bu iradelerin noter tarafından bir senet halinde düzenlenmesidir. Bunun dışında tarafların haricen yaptıkları veya koşullarını notere yazdırmak suretiyle düzenlenen sözleşmenin altındaki imzanın noterce tasdik edilmesi, yasanın amaçladığı resmi senet hükmünde değildir¹⁶.

Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay 15. HD. E. 2012/2974, K. 2012/6453, 15.10.2012 tarihli kararında¹⁷; "...818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinde kanunen yazılı olması gereken bir sözleşmenin değiştirilmesinin de yazılı yapılması gerektiği düzenlenmiş, esas sözleşmeyi bozmayan ve değiştirmeyen değişiklikler bu şekil koşulunun dışında tutulmuştur. Bu düzenleme kanunen adî yazılı yapılması gerekli sözleş-

14 SÜTÇÜ, s.71; "...Satış vaadi sözleşmesinin noterler tarafından düzenlenme şeklinde yapılması gerektiği (yapılan açıklamalar çerçevesinde) sonucuna varılır. Tapu kanununda bu sözleşmelerin yapılması konusunda, tapu müdürlüklerine bir görev verilmemiş, tapu müdürlüklerinin, satış vaadine dair sözleşmeyi tanzim etmesi mümkün değildir."

15 GÜNAY, Erhan, Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar Rehberi, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2015, s.16.

16 KOSTAKOĞLU, s.71. Aynı yönde bkz. AKİPEK, Şebnem / KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Sözleşmeler Rehberi, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2002, s.122.

17 www.sinerjimevzuat.com.tr.

melerle ilgili yapılmış ise de Dairemiz uygulamaları ve doktrinde söz konusu madde hükmünün resmi şekilde yapılan sözleşmesinde kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Buna göre dayanak arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin de resmi şekil geçerlilik şartı olduğu ve noterde düzenleme şeklinde yapıldığı, bu sözleşmenin 14. maddesindeki gecikme tazminatı 19.04.2006 tarihli ek sözleşme ile yüklenici aleyhine 200 DM olarak değiştirilmiş ise de tadil eden ek sözleşme ile yüklenicinin durumu ağırlaştırıldığı ve adı yazılı şekilde yapıldığından geçersizdir. Arsa sahibi bu ek sözleşmedeki geçersiz olan gecikme tazminatını isteyemez...” arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin ve sözleşmenin değiştirilmesinin resmi şekil şartına tabi olduğu ve bunun için noterlerin yetkili olduğunu belirtmektedir.

Bu arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri karşılıklı taahhütleri ihtiva eden, iki tarafa da borç yükleyen eser yapımı ile satış vaadinden oluşan karma bir sözleşmedir. Bu sözleşmelerde yüklenicinin asli edimi finansmanı kendisi tarafından sağlanarak arsa sahibinin arsası üzerinde sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi, ruhsatı ve imara uygun olmak üzere inşaat yapıp teslim etmek, arsa sahibinin borcu da bedel olarak kararlaştırılan bağımsız bölüm-bölmeler ya da arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretmektir. Bu sözleşme türü uygulamada tarafları bakımından çok bilinmemekle beraber işlerinde uzman kişilerce de yapılmamaktadır. Bu durum sözleşmenin şekil şartına uyulmadan yapılmasına sebebiyet vermektedir. Yani arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi şekil şartına uyulmadan yapılırsa ne olacak sorusu gündemde gelmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin şekil şartına uyulmadan yapılması durumunda ne olacak?

Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay'ın görüşünü oluşturan emsal karar niteliğinde ki 30.09.1998 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararının sonuç olarak ilgili kısma bakmak faydalı olacaktır. Söz konusu kısım şu şekildedir; “...Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilemeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin M.K.nun

2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ilk iki toplantıda üçte iki çoğunluk sağlanamadığından 30.9.1988 günlü üçüncü toplantıda salt çoğunlukla karar verildi¹⁸...”

Bu karardan da anlaşılacağı üzere, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bedel olarak taşınmaz devri kararlaştırıldığından geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması zorunludur. Ancak geçersiz düzenlenen sözleşme uyarınca taraflar karşılıklı ve büyük ölçüde edimlerini yerine getirmişse sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek TMK. m.2 gereği iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz¹⁹.

Burada şekle aykırılığın ileri sürülmesini engelleyen iki husus vardır;

- Geçersiz olarak yapılan sözleşmenin taraflarının alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanması, (inşaatın büyük ölçüde tamamlanması yani inşaatın arsa sahibi tarafından katlanılabilir bir seviyeye getirilmiş olması gereklidir.)

- Yükleniciye geçersiz sözleşmeye rağmen arsa payı devredilmesi halidir.

Yargıtay 15. HD. E.2004/7112, K. 2005/4421, 20.07.2005 tarihli kararında da²⁰ ; “... Davacı yüklenici, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak tapu iptali ve tescil talebinde bulunmuştur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel olarak taşınmaz devri kararlaştırıldığından geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması zorunludur. Ancak geçersiz düzenlenen sözleşme uyarınca taraflar karşılıklı ve bü-

18 Yargıtay Büyük Genel Kurul, E. 1987/2, K.1988/2, 30.09.1988 tarihli kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr.

19 Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Eser Sözleşmeleri (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri), 21-24 Kasım 2013 Tekirdağ, s.2. ; “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekilde yapılmış olmamakla birlikte geçerli kabul edildiği iki durum söz konusudur. Bunlar, sözleşme resmi şekilde yapılmamış olmakla birlikte, arsa sahibi tarafından yükleniciye tapu devri yapılması ile, inşaatın büyük ölçüde başka bir ifade ile tamamına yakın bir oranda tamamlanmış olması ve arsa sahibi tarafından, gelen aşama itibarı ile şekle aykırılığın ileri sürülmesinin TMK'nın 2/1 maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması sayılması halidir. Bu iki durumda adı yazılı şekilde yapılmış sözleşme geçerli hale gelir.”, Ayrıca bkz; DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Yargıcın Rolü ve Takdir Yetkisi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2016, s.169 vd. , “Taraflar arasında geçerli bir sözleşme olmamakla birlikte taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse yahut yüklenici inşaatı bitirmiş veya çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi de inşaatın devamı süresince karşı koyamamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse, bu takdirde sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.” Yargıtay 15 HD. E. 2004/1391, K.2004/5609, 03.11.2004 tarihli kararı. www.sinerjimevzuat.com .tr.

20 www.yargidunyasi.com.tr.

yük ölçüde edimlerini yerine getirmişse sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Eldeki davada da taraflar büyük ölçüde edimlerini yerine getirmişlerdir. Açıklanan ilkeler nazara alınmadan davanın tümünden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” bu durum belirtilmektedir.

Yargıtay başka bir kararında da²¹; “ Somut olayda sözleşmenin resmi biçim koşuluna uyulmadan adi yazılı olarak yapıldığı anlaşılmakta ise de, dosya kapsamından inşaatın bitirilip davacılara teslim edildiği tarafların kabulündedir. Bu aşamada akdin geçersizliğinin ileri sürülmesi iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı gibi esasen, esasen böyle bir geçersizlik savunmasında da bulunulmamıştır.” aynı şekilde hükümler vermektedir.

Burada dikkate değer bir noktada “ inşaatın arsa sahibi açısından katlanılabilir bir seviyeye getirilmiş olması” ifadesinden ne anlaşılacağıdır²².

İnşaatın arsa sahibi tarafından kabule icbar edilecek derecede, büyük ölçüde tamamlanmış olması yani tamamına yakınının bitirilmiş olmasından; Yargıtay uygulamalarına göre inşaatın %90 ve üzerinde tamamlanmış olma halinin anlaşılması gerekmektedir²³.

Bu konuda Yargıtay kararları şu şekildedir;

• *Davanın dayanağı 30.06.1995 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Yüklenicinin yaptığı temlikin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için yukarıda açıklandığı üzere edimlerini yerine getirmesi gerekir. Mahkemece, aynı taşınmaza ilişkin olarak açılan 2004/393 E. sayılı davada inşaatın %80 seviyesinde olduğunun belirlendiği ve belirlenen bu oranın katlanılabilir bir oran olmadığı gerekçesi ile dava reddine karar verilmiş ise de mahkemece yapılan keşif ve görüşüne başvuru- lan bilirkişi raporuna göre, o davanın yargılamalarından sonra inşaata devam edildiği ve ortak kullanım alanlarının % 98.80 seviyesine getirildiği anlaşıldığından mahkemenin ayın isteğinin reddi gerekçesi doğru değildir²⁴.*

21 Yargıtay 15. HD. 28.03.2005, 2004/4724, 1816; Aynı doğrultuda, Yargıtay 15. HD. 07.02.1995, 1994/3473, 587, SÜTÇÜ, s.155.

22 Ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, Faruk, Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, Hukuk, Ekonomi, ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı:134, Aralık 2013, KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.367 vd.

23 Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Eser Sözleşmeleri (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri), 21-24 Kasım 2013 Tekirdağ, s.2.

24 Yargıtay 14. HD. E. 2012/1861, K. 2012/4899, T. 03.04.2012 , www.sinerjimevzuat.com.tr.

• *Dava konusu olayda yetkisiz kişi tarafından imzalandığı ve geçersi olduğu ileri sürülen sözleşme adi yazılı şekilde imzalanmış olduğundan mahkemece de kabul edildiği gibi kural olarak tarafları bağlamaz ise de, bu sözleşmeye dayanılarak 1998 yılında başlayan inşaat dava tarihine kadar 9 yıl süreyle ihtilafsız bir şekilde sürdürülmüş ve %90 seviyelerine kadar savunulmuştur...Bu kadar uzun süre geçtikten ve sözleşme genel kurulca benimsendikten sonra akdin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olup TMK'nın 2. Maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz²⁵.*

• *Yasal hale getirilebiliyorsa, yükleniciye bu hususta mehil verilip, inşaatın ulaştığı % 88 seviye de nazara alınarak akit ileriye etkili biçimde feshedilmeli, inşaatteki eksiklikler oranında tapu iptaline karar verilmelidir²⁶.*

• *Dava dilekçesinde de kabul edildiği üzere, inşaatın getirildiği fiziki seviye %77'dir. Bu seviye arsa sahibinin eseri kabulden kaçınamayaacağı bir seviye olmadığından mahkemece tescil davasının reddedilmesinde bir yanlışlık yoktur²⁷.*

Yargıtay, müteahhidin objektif iyiniyet kurallarından yararlanabilmesi için yüklenimindeki inşaatın büyük bir kısmının yapılmış olmasını aramaktadır. Önceki kararlarında % 65-70 oranına ulaşılmış bir inşaatın, büyük bir kısmının yapılmış olduğunu kabul ederken, daha sonraları bu oran biraz daha yükselttiler % 85 seviyelerine çıkartılmıştır²⁸. Son kararlarına bakıldığında ise bu oran % 90 seviyelerine çıkartılmıştır²⁹.

Bu açıklamalar doğrultusunda Yargıtay'ın % 90'lar civarındaki bir oranı reddolunamayacak seviye olarak kabul ettiğini söylemek yanlış olmaz³⁰.

Şekil yönünden geçersiz sözleşme ile kısmen yapılan işin bedelinin haksız iktisap kurallarına göre tazmini gerekir³¹.

25 Yargıtay 15. HD. 13.04.2009, 2008/6221, 2151, SÜTÇÜ, s.157.

26 Yargıtay E. 2000/ 5230, K. 2001/1311, T. 15.03.2001, ACAR, s.21.

27 Yargıtay 14.HD. E.2006/8825, K. 2006/10878, 12.10.2006 tarihli kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr

28 KOSTAKOĞLU, s.74,75

29 Yargıtay 15. HD., 13.04.2009 tarih ve 2008/6271 E, 2009/2151 K. , AVCI, s.35,36 ; "Yerel mahkemece inşaatın gerçekleşme oranının belirlenmesi için sözleşmeye konu inşaatın teknik bilirkişi marifetiyle keşif yapılmalıdır. Eğer inşaat Yüksek mahkemenin kabul ettiği % 90 oranı ve üzerinde gerçekleşmişse bu andan itibaren sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden mümkün değildir."

30 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz; SÜTÇÜ, s. 155 vd.

31 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve Yargıtay kararları için bkz: KOSTAKOĞLU, s.80 vd.

Son olarak belirtelim ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların esaslı noktalar üzerinde anlaşması gerekir. Tarafların üzerinde anlaştığı bütün hususların sözleşmede yer alması zorunludur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulmasıyla yüklenici, yapı inşa etme, arsa sahibi ise arsa payını devretme borcu altına girer³².

ii. Yüklenicinin İnşaat (kat, bina, bağımsız bölüm, yapı vs.) Yapma Borcu Altına Girmesi

Taraflar arasında sözleşmenin imzalanması ile yüklenicinin borçları doğmaya başlamaktadır. Uygulamada, sözleşmenin noter masraflarını yüklenicinin üzerine aldığı görülmektedir. Yargıtay'a göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, projelerin hazırlanması ve inşaat ruhsatı alınması işlemleri arsa sahibine aittir. Ancak, sözleşmede ayrıca kararlaştırılmasa dahi, yapılacak inşaatın ruhsatının alınması veya başka bir husus ile ilgili olarak yükleniciye vekaletname verilmesi durumunda, vekaletnamede öngörülen bu işlemlerin yüklenici tarafından yapılması gerektiği varsayılmaktadır³³.

Yüklenicinin yapımını yüklediği inşaatı, yanlar arasındaki sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına, kendisine duyulan güvene ve yasa kurallarına uygun olarak yapma yükümlülüğü vardır ve bu yükümlülüğü 'özen borcu' gereğidir³⁴.

Yüklenici, üstlendiği edimlerinin iş sahibinin haklı yararlarını gözetecek, sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır³⁵.

Genel olarak inşaatlar, müteahhidin şahsına bağlı özel bir beceri gerektirmez. Ancak öyle inşaatlar vardır ki, özel bilgi ve beceri olmaksızın yapılamazlar. Yasa, müteahhidin yüklediği işi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecbur olduğunu belirterek, işin mahiyetine göre, kişisel maharetin önemli olmadığı hallerde taahhüt ettiği inşaatı bir başkasına hallerde taahhüt ettiği inşaatı bir başkasına, örneğin taşeronla yaptırabilmesine imkan vermektedir³⁶.

Yüklenicinin borçları yasa da eser sözleşmesinin başlığı altında genel olarak TBK m.471'de düzenlenmiştir³⁷.

32 REMZİ /AYDIN, s.281

33 SÜTÇÜ, s. 485 vd. "...Sözleşmede aksine hüküm yer almadığından inşaat ruhsat alımı arsa sahiplerine aittir." Yargıtay 156. HD. 11.03.1993, 192/3285, 1196.

34 AVCI, s.53. Yargıtay 15.HD. 2004/4004 E. 2005/1553 K. 17.03.2005 tarihli kararı

35 Ayrıntılı bilgi için bkz: DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, Seçkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2016, s.159 vd.

36 KOSTAKOĞLU, s.438.

37 **TBK m.471:** "Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözetecek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.

İstisna sözleşmesi ile müteahhit, imal ettiği eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmek borcu altındadır. Teslim edilecek olan eser ise müteahhidin zikrettiği ve akitte öngörülen, iş sahibi tarafından eserden beklenen niteliklere haiz olması gerekir aksi halde eserin ayıplı olması dolayısıyla müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortaya çıkar. Böylece, istisna sözleşmesinde eserin teslim borcunun tamamlayıcısı olarak 'sözleşmede kararlaştırılan niteliklere sahip, bozukluk taşımayan, bir eserin imal edilerek iş sahibine teslimi', müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun kapsamını oluşturur. Bu edim borcuna aykırılığa da müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu denir³⁸.

Burada eksik iş ve ayıplı iş kavramına dikkat etmek gerekmektedir. Çünkü bu ayırımın hukuki sonuçları önemli olup birbirinden farklıdır³⁹.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.

Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.

Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır."... Bu maddeden de anlaşılacaktır ki, eser (inşaat yapım) sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu, yapıyı sözleşmeye ve amacına uygun meydana getirerek arsa sahibine teslim etmektir. Yani yüklenicinin edimi, eseri meydana getirme ve teslim etmektir. Bu borç, teslimden sonra ayıba karşı tekeffül borcu olarak sürer.

38 UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması, s.32,33. <http://hukukdergi.erzincan.edu.tr/wp-content/uploads/3.pdf>

39 Yargıtay 13. HD. E.2014/47890, K.2016/3666, 09.02.2016 tarihli kararında muhalefet şerhi: "...Uyuşmazlık; satın alınan dairede ve sitenin ortak alanlarında tespit edilen eksikliklere, 4077 sayılı Yasadaki ayıba karşı tekeffül hükümleri mi? yoksa eksik işe ilişkin Borçlar Kanunu genel hükümlerinin mi uygulanacağı konusundadır.

Eksik iş ve ayıplı iş ayırımının sınırları yasalarımızda açıkça belirlenmediğinden bu boşluk Yargıtay içtihatları ile doldurulmaktadır. Bu ayırımın hukuki sonuçları önemli olup birbirinden farklıdır. Çünkü özel hüküm yerine genel hükme başvurmak muayene ve ihbar süresi geçirilmişse önem arz edecektir. Nitekim ayıplı iş için mutlaka ihbar gerekirken eksik ifa da ihbara gerek kalmadan dava açılabilir. Bazı durumlarda eksik ifa ile ayıplı ifanın ayırımında güçlük yaşanmaktadır. İşte burada bitmemiş yani tamamlanmamış ifa ile ayıplı ifa ayırımını iyi yapmak gerekir. Bu husus doktrinde de tartışmalıdır; ifa etmeme çok kapsamlı bir kavram olup teknik ve gerçek anlamda gereği gibi ifa etmemeyi karşılamamaktadır. Borçlanılan edimin niteliklerine uymaması halinde gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa veya ayıplı ifa demek mümkündür... Uygulamaya gelince; tüketici hukuku yönünden de öncelikle ayıplı ifa-eksik iş (ifa) ayırımı yapılmalı, eksik ifa halinde TKHK nun 30. maddesi delaletiyle TBK.m.112vd. (EBK.96) hükümleri uygulanmalıdır. Bu arada belirtilmelidir ki, eksik iş kavramı esasen istisna akdine ait bir terim olmakla birlikte bunun satın akdindeki karşılığı "eksik ifa"dır. Yargıtay uygulamasında eksik iş, sözleşme konusu işin bir kısmının ya da tamamının hiç yapılmamasıdır; yani yapılmayan iştir. Yapılmayan bir işin teslimi söz konusu olmaz. Ayıplı iş ise, eksik işten farklı

Yargıtay uygulamasında arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerine TBK m.474-478 arasında düzenlenen (eser sözleşmelerine ilişkin) ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulandığı görülmektedir⁴⁰.

Yüklenici borcunu tam ve eksiksiz olarak yerine getirmelidir. Yüklenici sadece bu edimin eksik veya ayıplı şekilde yapılması durumunda değil, ilave iş veya ilave bağımsız bölüm yapmış olması halinde de sözleşmeye aykırı hareket etmiş olur⁴¹.

Bir diğer hususta inşaatın kaçak olarak yapılması durumudur. Yüklenici inşaatı imar mevzuatına uygun olarak yapmalıdır. Çünkü imar kuralları emredici nitelikte olduğundan taraflar sözleşme ile bu kurallara aykırı inşaat yapılmasını kararlaştıramazlar. Nitekim Yargıtay da kararlarında da bu durumu belirtmektedir.

“...Burada öncelikle belirtilmelidir ki, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesine göre tüm yapılar için aynı Yasa'nın 26. maddesinde belirtilen istisnalar dışında yetkili merciden ruhsat alınması zorunludur. İnşaatın alınan ruhsata uygun yapılması gerekir. Ruhsat alınmadan veya ruhsatı alınmış olsa da o ruhsata uygun yapılmayan inşaat uygulamadaki deyimini ile “Kaçak inşaat”tır. Yapının bağlı olduğu imar düzeni kurallarına uygun yapılması zorunlu bulunduğundan, kamu düzenine ilişkin bu kurallar sebebiyle taraflar anlaşsalar bile sözleşmede bunun aksini kararlaştıramaz. Çünkü, imar düzeni; bir arsa üzerine yapılacak olan resmi ve özel nitelikli, değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kurallar bütünüdür. Ruhsatsız veya ruhsatı olsa da ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılara uygulanacak yaptırımın ne olduğu ise İmar Kanunu'nun 32/son maddesinde gösterilmiştir⁴²...”

olup, esasen yapılan işteki vasıf noksanlığıdır. Ayıba karşı tekeffül borcu konutun fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi ile doğar. Diğer bir anlatımla ifanın hiç yerine getirilmemesi halinde eksik ifadan söz edilir... Örneğin asansörün motorunun takılmaması eksik iş, motorunun bir parçasının takılmaması nedeniyle çalışmayan asansör ayıplı sayılır...” www.sinerjimevzuat.com.tr.

40 Bkz. AVCI, s.61,62. SÜTÇÜ, s.696 vd.

41 Ayrıntılı bilgi için bkz: KOCAĞA, Köksal, Arsa Payı Karşılığı Yapımında Ortaya Çıkan “İlave iş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 85, 2009, s.86 vd. , SÜTÇÜ, s.765 vd. , KOSTAKOĞLU, s. 964 vd.

42 Yargıtay 14. HD. E.2007/6841, K. 2007/12407, 23.10.2007 tarihli kararı. www.kararara.com.tr. Burada imar kanunu madde 32 önem arz etmektedir.

İmar Kanunu madde 32 – “Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

İnşaata ruhsat alınmadan başlanmakla birlikte esasen ruhsat alınması mümkün değilse bu inşaatın yıkılmasından başka yol yoktur. Yüklenici ruhsat almadan inşaata başlarsa veya ruhsat almasına rağmen buna aykırı inşaat yapması durumunda arsa sahibi bunun farkına varırsa, arsa sahibi TBK m.473/2 uyarınca yükleniciye süre verir ve imar mevzuatına aykırılıkların giderilmesini isteyebilir. Yüklenici inşaattaki imara aykırılığı giderirse ve inşaatı ruhsata bağlarsa sorun yoktur. Ancak yüklenici bu şekilde davranmazsa arsa sahibinin iki imkanı vardır. Bunlar, imara aykırılıkların giderilmesi için kendisine yetki ve süre verilmesinin isteyebilir veya sözleşmeyi feshedebilir⁴³.

İncelenen konu açısından yüklenicinin yükümlülüklerinin tek tek ayrıntılı olarak irdelenmesi mümkün olmadığından en azından söz konusu sözleşmenin unsurlarını açıklayabilecek şekilde hususlar incelenmeye çalışılmıştır.

iii. Arsa Sahibinin (Taşınmaz) Arsa Payı Devir Borcu Altına Girmesi

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibinin para (bedel) yerine arsadan belli payları yükleniciye devretmesi ile borcunu ifa ettiği yukarıda sözleşmenin tanımı yapılırken belirtilmişti.

Arsa sahibinin pay devri uygulamada birkaç şekilde gerçekleşebilmektedir.

Birinci durumda, taraflar noterde düzenleme şeklinde yaptıkları “gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi” başlıklı bir sözleşme imzalayıp, yüklenici bu sözleşme ile inşaat yapma ve teslim etme, arsa sahibi de belli bir arsa payı devrini taahhüt etmektedir. İkinci durumda, sözleşme imzalanır imzalanmaz arsa sahibi tüm payı kat irtifakı kurulmadan yükleniciye devretmekte, inşaat tamamlanınca kat irtifakı listesi hazırlanarak kat irtifakı kurulmakta ve sözleşmedeki paylaşımına göre yükleniciye düşen arsa payı yükleniciye geçirilmektedir. Üçüncü durumda ise sözleşmede inşaatın seviyesine göre belirli bir pay devri öngörülmekte ve bu seviyeye gelindiğinde kararlaştırılan pay devredilmektedir⁴⁴.

Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshasında muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirecek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir.”

43 AVCI, s.55.

44 AVCI, s.10. , DURAK, s.214 vd.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi borcunu para yerine arsa payı devri suretiyle ifa etmektedir. Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir.Yargıtay 15. HD. E. 2007/1790, K. 2008/1486, 07.03.2008 tarihli kararında⁴⁵; “...Daire karşılığı inşaat sözleşmesi 12.10.1993 tarihinde yapılmıştır. Davacılar, dava konusu 2661 parsel numaralı taşınmazın tapu kaydını 03.12.1993 tarihinde davalı yüklenici şirkete devretmişlerdir. Dosya içerisinde bulunan akit tablosundan bu devrin satış olarak yapıldığı görülmektedir. Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, **daire karşılığı inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra tapuda yapılan devir işlemleri, arsa sahiplerinin edimlerini yerine getirmesi olarak kabul edilmektedir.** Davalı yüklenici şirket tarafından aksi kanıtlanmadığından, tapuda bu işlemlerin satış olarak gösterilmesinin bir önemi bulunmamaktadır...” bu durum belirtilmiştir.

Yargıtay başka bir kararında da⁴⁶; “...Yüklenicinin belirtilen borçlarına karşılık bu tür sözleşmelerde, iş sahibi de arsa üzerinde meydana getirilen esere karşılık, arsa payı devri suretiyle bir bedel ödemeyi asli edim olarak borçlanmaktadır. Bu sözleşmelerde iş sahibinin ödeyeceği ücret (bedel), arsa sahibi tarafından ayın olarak ödenmektedir...” aynı şekilde hüküm kurmuştur.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde önemli olan bir diğer husus da ilk önce kimin ifada bulunacağı sorunudur?

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan ifa sırası önem kazanmaktadır yani ilk önce kimin ifada bulunacağının belirlenmesi gerekmektedir. Bu durum Yargıtay kararlarında da belirtilmiştir; “...Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmeleri de, her iki tarafa borç yükleyen sözleşme türlerinden olduğundan, ifa sırası yani ilk önce taraflardan hangisinin edimini ifayla yükümlü olacağı sorusu önem taşımaktadır. Bu neviden sözleşmelerde öncelikle bina yapma yükümlülüğü altına giren yüklenici taraf, sözleşmeye uygun olarak edimini yerine getirmeli, daha sonra da arsa malikinden edimini yerine getirmesini talep etmelidir. Bir başka deyişle ise, öncelikle sözleşmeye uygun eser yapılmalı, daha sonra arsa malikinin edimini yerine getirmesi talep edilmelidir⁴⁷...”

45 www.sinerjimevzuat.com.tr.

46 Yargıtay HGK. E. 2014/23-724, K.2016/168, 24.02.2016 tarihli kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr.

47 Yargıtay HGK. E. 2014/23-724, K.2016/168, 24.02.2016 tarihli kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr.

İnceleme konumuz açısından arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde tarafların borçları bakımından detaylı bir açıklamada bulunulmamıştır⁴⁸. Sadece konu başlığı ile ilgili olan hususlara değinilmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin hukuki niteliği:

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Bu sözleşmede sözleşmenin tarafları borç altına girmektedir. Arsa sahibi, arsa payını yükleniciye devretmeyi, yüklenici ise inşaat yapmayı ve teslim etmeyi üstlenmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taşınmaz satışı ve eser sözleşmesi unsurları bir araya geldiğinden karma bir niteliktedir. Tarafların borçları mübadele ilişkisi içinde bulunmaktadır. Bundan dolayı *arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çifte tipli karma sözleşme niteliğindedir*⁴⁹.

Yargıtay da sözleşmenin niteliği ile ilgili olarak şu şekilde kararları vardır; *“Kural olarak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmek ile yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir*⁵⁰”.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin, ani edimli bir sözleşme mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu tartışmalıdır.

Yargıtay bu konu ile ilgili olarak şu şekilde bir içtihat oluşturmuştur⁵¹; *“ ... İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak «ani edimli» sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süresi içinde yapılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden*

48 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: SÜTÇÜ, s.285 vd. , DURAK, s.222 vd.

49 REMZİ/AYDIN, s.281,282.

50 YAŞAR, Halis, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 102, Yıl 2012, s.291’de bulunan karar; Yargıtay 14. HD. 03.07.2003 gün, 2003/4696 E. ve 2003/5639 sayılı kararı. , AVCI, s.14 ; “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, karşılıklı borçlandırıcı ve ivazlı bir sözleşmedir. Bu sözleşmede hem yüklenici hem de arsa sahibi borç altına girer. Arsa sahibinin borcu, belirli bir payı devir ve ferağ etmeyi taahhüt, yüklenici ise sözleşme ile özellikleri belirtilen bağımsız bölümleri yapmayı ve teslim etmeyi üstlenmiştir. Yani sözleşmenin her iki tarafı da hem alacaklı hem borçludur.”

51 Yargıtay Büyük Genel Kurul, E. 1983/3, K. 1984/1, 25.01.1984 tarihli kararı.

sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi inşaat sözleşmeleri «geçici sürekli karmaşığı» bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir...”

Başka bir kararda da ; “...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, uygulamada ki adıyla kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi... geçerliliği resmi şekle bağlı kural olarak ani edimli, geçici-sürekli karmaşığı, tam olarak iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir⁵²...” aynı şekilde açıklamalarda bulunulmuştur.

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin ani edimli veya sürekli edimli olması arasında nasıl bir fark var ve neden önem arz etmektedir?

Bu fark önemini sözleşmeden dönülmesi halinde göstermektedir. Çünkü ani edimli sözleşmeden dönülmesi halinde dönme geriye etkili olarak sonuç doğurmakta ve taraflar birbirlerine verdiklerini geri isteyebilmektedirler. Ancak sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin feshi (dönme) ileriye etkili olarak sonuç doğurmaktadır. Bu durumda da taraflar yerine getirmiş oldukları edimleri geri isteyemezler.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ani edimli olduğu kabul edilirse arsa sahibinin haklı nedenle sözleşmeden dönmesi durumunda yüklenici, daha önceden üzerine geçirdiği arsa paylarını mal sahibine iade edecek, mal sahibi de dönme zamanına kadar yaptığı işin bedelini yükleniciye ödeyecektir. Buna dönme veya geriye etkili fesih denir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli edimli olduğu kabul edilirse ileriye yönelik fesih olur bu durumda da; yüklenici yaptığı işin bedelini nakit olarak değil, inşaatı bitirdiği oranda hissesine düşen arsa payına bağlanmış bağımsız bölümü arsa sahibinden talep edecektir. Böylece arsa sahibinin de yüklenicinin yaptığı iş için yükleniciye ücret veya bedel ödemesi söz konusu olmayacaktır⁵³.

Kural olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi geriye etkili sonuç doğurur. Ancak 25.01.1984 Tarih, E; 1983/3, K; 1984/1 sayılı YİBK ile olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. m.2'ye dayanılarak sözleşmenin ileri etkili sonuç doğurabileceği öngörülmüştür. Yargıtay'a göre inşaatın %90'ını bitirmiş bir yüklenici hakkında sözleşmenin haklı nedenle geriye etkili feshi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaya-

52 AVCI, s.14; Yargıtay 23. HD. 2013/1998 E. , 2013/4767 K. ve 08.07.2013 tarihli kararı.

53 SÜTÇÜ, s.36.

caktır. Çünkü geriye etkili fesih durumunda yükleniciye o zamana kadar yaptığı işin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre saptanan bedeli, yani karsız maliyeti arsa sahibine dönecektir. Dolayısıyla inşaatın büyük bir kısmını bitirmiş olan yüklenici açısından adalete ve hakkaniyete aykırı bir durum oluşacaktır⁵⁴.

Açıklandığı üzere sözleşmenin ani edimli veya sürekli edimli olması sadece hukuki niteliğinin tespiti açısından değil tarafların sözleşmeden dönmeleri yani sözleşmeye son vermeleri açısından da önemlidir.

Sonuç itibarıyla arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin hukuki niteliği açısından şunlar söylenebilir; İsimli sözleşmelerden çift tipli karma, tam iki tarafa borç yükleyen, ani/sürekli edimli, ivazlı ve borçlandırıcı, rızai, resmi şekle tabi, götürü bedelli bir sözleşmedir⁵⁵.

III. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT YAPIM SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin feshi durumuna yukarıda değinilmişti burada ise uygulama açısından önemli olan YİBK ve doktrindeki görüşler ele alınacaktır.

Fesih ikiye ayrılır. Tarafların rızalarının uyuşması suretiyle rızai fesih, eğer taraflar fesihte anlaşamamışlarsa, mahkemeye müracaat sonucu fesih. Buna da kazai fesih denir⁵⁶.

Eser sözleşmeleri, kural olarak, ani edimli oldukları için fesih, geriye etkili (ex tunc) sonuç doğurur. Geriye etkili feshi "sözleşmeden dönme" denir. Dönme halinde, sözleşme, geçmişe etkili olarak son bulur. Başka bir anlatımla, sözleşmenin yapıldığı andaki durum avdet eder; yani, başa dönlür. Sözleşmeden dönen taraf, vaad olunan şeyi vermektan imtina ve tediye eylediği şeyi de geri isteyebilir (B.K. m. 108/I). Açıkçası, taraflar, birbirlerine verdikleri veya kazandırdıkları ekonomik değerleri geri alırlar. Sözleşme hükümleri hiç yapılmamış gibi, nazara alınmaz. Sürekli edimli eser sözleşmelerinin feshi ise, daima ileriye etkilidir (ex nunc). Burada dönme değil, fesih söz konusudur. Başka bir anlatımla, eser sözleşmesi, fesih anına kadar hükümlerini icra eder; yani, fesih anına kadar yapılmış olan kısmın bedeli, sözleşme hükümlerine göre ödenir ve sözleşme, bu tarihten sonrası için son bulur⁵⁷.

54 SÜTÇÜ, s.37. ;" Feshin ileri ya da geriye yönelik olacağına dair sözleşmeye konacak hükümler tarafları bağlayıcı olacaktır."

55 SÜTÇÜ, s.34 vd.

56 Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Eser Sözleşmeleri (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri), 21-24 Kasım 2013 Tekirdağ, s.4.

57 SELİMOĞLU, Y.Engin, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:8, Prof. Dr. Faruk Erem'e Armağan, 1999, s.687 vd.

Konumuzun temelini oluşturan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının ilgili kısmı şöyledir; "... İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına, birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25.1.1984 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verildi⁵⁸..."

Yukarıdaki kararda da görüleceği üzere, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. m.2'ye dayanılarak sözleşmenin ileri etkili sonuç doğurabileceği öngörülmüştür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iki tarafa borç yükleyen karma nitelikte bir sözleşmedir. Arsa sahibinin yükümlülüğü mülkiyeti nakil olduğundan bu nevi sözleşmelerin tek taraflı olarak feshi mümkün değildir. (Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri dışında ki diğer eser sözleşmeleri tek taraflı olarak feshedilebilir.) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kural olarak ani edimli sözleşmelerden olduğundan geriye etkili olarak feshedilir. Kural olarak geriye etkili fesihle sözleşme tasfiyesi parasal olarak; ileriye etkili fesihle ise sözleşmenin tasfiyesi tapu ile yapılır. Mahkemece inşaatın gerçekleşme oranı tespit edilir. Söz konusu oran % 90'ın altında ise ve teslim süresi geçmekle yüklenici temerrüdü gerçekleşmişse hakim taraflar arasındaki sözleşmeyi sanki sözleşme hiç yapılmamış gibi, geriye etkili olarak fesheder. Bu durumda tarafların durumu sözleşme öncesindeki hale döner. Arsa sahibi arsa payı devri yapılmışsa bunu geri alacağı gibi yüklenici de yaptığı imalat yasal ve arsa sahibinin işine yarayacak durumda bir inşaat ise yaptığı işin bedelini isteyebilir. Geriye etkili fesihle yalnızca menfi zarar istenebilir, gecikme tazminatı veya ceza şart istenemez. İleriye etkili fesih; inşaatın % 90 ve üzerinde tamamlanmış olması yüklenicinin süresi içerisinde inşaatı bitirememesi nedeniyle temerrüdü gerçekleşmişse söz konusu olur. İnşaat belirtilen oranda bitirilmiş yasal ise hakim bilirkişiden rapor almak suretiyle inşaatın seviyesine göre yüklenicinin hak ettiği bölüm sayısını ve bu bölümlerin hangileri olduğunu tespit eder ve sözleşmeyi ileriye etkili olarak fesheder⁵⁹.

58 Yargıtay Büyük Genel Kurul, E.1983/3, K.1984/1, 25.01.1984 T. kararı www.sinerjimevzuat.com.tr.

59 Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Eser Sözleşmeleri (Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri), 21-24 Kasım 2013 Tekirdağ, s.3 vd. ; Sözleşmenin geriye veya ileri etkili feshi ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz: SÜTÇÜ, s.1101 vd.

Yargıtay da kararlarında ileriye etkili feshin koşullarını değerlendirmektedir. Nitekim bir kararında şöyle hükmetmiştir;“...İnşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının tespiti halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. İleriye etkili fesihte, yüklenici eserin getirildiği fiziki seviyeye uygun bağımsız bölüm tapusunun devrini talep edebilir. Yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir⁶⁰...”

Sonuç itibariyle şu iki koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedebileceği söylenebilir;

- Yapılmış olan işten geriye kalan eksik işlerin yapının amaçlanan kullanıma engel teşkil etmemesi
- İnşaatın yapılmış olan kısmının %90 ve üzeri bir seviyeye getirilmiş olmasıdır.

Bu konuda şuna da dikkat edilmelidir daha önce belirttiğimiz gibi arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılan sözleşmede aksine bir sözleşme hükmü varsa bu tarafları bağlar. Yani feshin ileri ya da geriye yönelik olacağına dair sözleşmeye konacak hükümler tarafları bağlayıcı olacaktır. Dolayısıyla taraflar arasında aksi bir hüküm varsa öncelikle bu hüküm uygulamaya alanı bulacaktır.

Eser sözleşmesine ilişkin olarak ve iş sahibi açısından Türk Borçlar Kanununda özel olarak dönme ve fesih halleri düzenlenmiştir. Yüklenicinin borcunu ifa etmede temerrüde düşmesi durumuna ilişkin TBK'nın genel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁶¹.

IV. SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri, inşaat sözleşmelerinin bir türüdür. Bu sözleşmelerde genel olarak, müteahhit kendi malzemesi ile yapacağı inşaatın bir bölümü arsa sahibine vermeyi yüklenmesine karşılık, arsa sahibi de üzerinde inşaat yapılacak arsanın belli bir payını tapuda müteahhit adına intikal ettirmeyi taahhüt eder. Bu suretle, müteahhidin yapıp teslim edeceği daireler ve bağımsız bölümlerin bedel olarak karşılığı, arsa üzerinden verilecek pay ile aynı olarak ödenmektedir.

60 Yargıtay 23. HD. E. 2012/5665, K. 2013/2, 14.01.2013 tarihli kararı. www.yargidunya-si.com.tr.

61 SÜTÇÜ, s. 1101 vd.; “TBK m. 473, TBK m. 475, TBK m. 82, TBK m. 484 maddelerinde dönme ve fesih ile ilgili hususlar düzenlenmiştir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel olarak arsa payı veya taşınmazın bir bölümünün devri öngörüldüğünden geçerli olabilmesi için TMK m.706, BK m.213, Tapu Kanunu'nun 26. ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddelerine göre resmi şekilde düzenlenmesi gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iki tarafa borç yükleyen karma nitelikte bir sözleşmedir. Arsa sahibinin yükümlülüğü mülkiyeti nakil olduğundan bu nevi sözleşmelerin tek taraflı olarak feshi mümkün değildir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri kural olarak ani edimli sözleşmelerden olduğundan geriye etkili olarak feshedilir. Kural olarak geriye etkili fesihle sözleşme tasfiyesi parasal olarak; ileriye etkili fesihle ise sözleşmenin tasfiyesi tapu ile yapılır.

İleriye etkili fesih; inşaatın % 90 ve üzerinde tamamlanmış olması yüklenicinin süresi içerisinde inşaatı bitirememesi nedeniyle temerrüdü gerçekleşmişse söz konusu olur. Söz konusu oran % 90'ın altında ise ve teslim süresi geçmekle yüklenici temerrüdü gerçekleşmişse hakim taraflar arasındaki sözleşmeyi sanki sözleşme hiç yapılmamış gibi, geriye etkili olarak fesheder.

Çalışmamızın konusunu oluşturan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uygulamada oldukça fazla olup taraflar arasında birçok soruna meydan vermektedir. Bu sözleşme türünün pozitif hukuk kuralları ile düzenlenmesinin ihtilafları azaltacağı ve ayrıca böyle bir pozitif düzenleme yapılmasının hukuk tekniği açısından da faydalı olacağı kanaatindeyiz.

ARABULUCULARIN VERGİLENDİRİLMESİ

Begüm DİLEMRE ÖDEN¹

GİRİŞ

Yargının iş yükünün azaltılması düşüncesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ortaya çıkarmıştır. Bu amaçla çağdaş hukuk sitemlerinin bir parçası olan arabuluculuk müessesesi hukuk sistemimize dâhil edilmiştir.

Arabuluculuk faaliyetinin, arabulucular tarafından ücret karşılığında gerçekleştirilmesi, konunun vergisel boyutunun değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Bu makalede öncelikle arabuluculuk müessesesi hakkında kısa bir bilgi verilecek, arkasından da arabuluculuk faaliyetinin, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanunu karşısındaki durumu değerlendirilecektir.

Çalışma ile arabuluculuk yapan avukatların, bu faaliyetlerinin nasıl vergilendirileceği konusunda yaşadıkları tereddütlerin giderilmesi amaçlanmaktadır.

1. Arabuluculuk Müessesesi

Arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren bir müessesedir. Arabuluculuk, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve **ihiyari** olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir.²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında yer alan arabuluculuk faaliyeti ile taraflar arasındaki uyuşmazlıkların **sulh yoluyla**, daha **kısa sürede**, daha **düşük maliyetle** ve **gizli** kalarak çözümlenmesi sağlanmakta; bu sayede yargının iş yükü de azalmaktadır. Yargılama neticesinde davanın her iki tarafının da memnun olması mümkün değilken arabuluculuk, her iki tarafı da memnun edecek bir sonuca ulaşılmasını

¹ Ar. Gör., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk ABD

² 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 2/b.

sağlamaktadır. Tarafların memnuniyeti, alınan kararın icrasını da kolaylaştırmaktadır.

Hukuk sistemimizde, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu³ ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁴ ile hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi usul ve esasları düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeler uyarınca arabuluculuk, mesleğinde en az **5 yıl kıdeme sahip** olan ve arabuluculuk eğitimini başarıyla tamamlamış bulunan **hukuk fakültesi mezunları** tarafından icra edilebilmektedir. Bu sebeple 5 yıl kıdeme sahip olan avukatlar, hakimler, savcılar, öğretim elemanları vb. arabulucu olma olanağına sahip bulunmaktadır. Ancak hakim ve savcılarda olduğu gibi bazı mesleklerde başka kazanç getirici faaliyette bulunma yasağı olduğundan, uygulamada bu faaliyet neredeyse tamamen avukatlar tarafından icra edilmektedir.

2. Arabuluculuk ve Vergi

Arabuluculuk faaliyeti, ücret **karşılığında verilen bir hizmettir**.⁵ Dolayısıyla faaliyetin, Gelir Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanunu karşısındaki durumu önem arz etmektedir. Faaliyetin, hem serbest meslek mensuplarınca hem de ücretli çalışanlarca yapılabiliyor olması konuyu karmaşık hale getirmektedir.

Yaşanan karmaşa üzerine bu konu, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığına sorulmuş, bunun üzerine Gelir İdaresi Başkanlığı da farklı tarihlerde, **iki görüş** açıklamıştır.⁶

Aşağıda, bu görüşlerden hareketle arabulucuların vergilendirilmesinin hem Gelir Vergisi Kanunu hem Katma Değer Vergisi Kanunu hem de Vergi Usul Kanunu karşısındaki durumu ele alınmaktadır.

3. Arabuluculuk Faaliyetinin Gelir Vergisi Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi

Arabuluculuk faaliyeti neticesinde elde edilen gelirin, Gelir Vergisi Kanunu m. 65 kapsamında serbest meslek kazancı hem de Gelir Vergisi Kanunu m. 61 kapsamında ücret olarak değerlendirilmesi mümkündür. Konu aşağıda, serbest meslek mensupları ve ücretliler açısından ayrı ayrı ele alınmaktadır:

3 22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

4 26.01.2013 tarihli ve 28540 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

5 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 7/1.

6 Bkz. Gelir İdaresi Başkanlığının 24.03.2015 tarihli ve 48678239-120.04.01 (196)-28604 sayılı görüş yazısı.

A. Serbest Meslek Mensupları Bakımından

Gelir Vergisi Kanunu m. 65 uyarınca, “Her türlü serbest meslek faaliyeti doğan kazançlar serbest meslek kazancıdır.

Serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin iş verene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır.

Tahkim işleri dolayısıyla hakemlerin aldıkları ücretler ile kolektif, adi komandit ve adi şirketler tarafından yapılan serbest meslek faaliyeti neticesinde doğan kazançlar da, serbest meslek kazancıdır.”

Serbest meslek faaliyetleri hem mutad (devamlı) hem de arızı (geçici) olarak yapılabilmektedir. Faaliyetin, serbest meslek kazancı olarak değerlendirilebilmesi için “**süreklilik**” unsurunun bulunması şarttır. Şayet serbest meslek faaliyeti, sürekli olarak değil de arızı olarak yapıyorsa, elde edilen kazanç serbest meslek kazancı değil, diğer kazanç ve irat olarak değerlendirilecek ve vergilendirilmesi de diğer kazanç ve iratların vergilendirilme rejimine göre yapılacaktır.⁷

Konunun iki farklı boyutunun da ele alınması gerekmektedir:

a. Faaliyetin Mutad (Devamlı) Olarak Yapılması

Gelir Vergisi Kanunu uyarınca da, her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançlar serbest meslek kazancı olup serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin **işverene tabi olmaksızın** şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmaktadır.⁸

Arabuluculuk faaliyetinin esas itibarıyla **serbest meslek faaliyeti** olarak kabul edilmesi ve vergilendirilmesinin de serbest meslek kazançlarının vergilendirilmesine ilişkin usul ve esaslara göre yapılması gerekmektedir. Arabulucular ile Bakanlık arasında bir hizmet sözleşmesinin bulunmaması, ücretin taraflarca doğrudan arabulucuya ödenmesi, Başkanlığın bu ödemelerle ilgili olarak herhangi bir kayıt tutmaması ve bu ödemelerden gelir vergisi kesintisi yapmaması hususları da bu kazancın ücret olarak değil, serbest meslek kazancı olarak nitelendirilmesini haklı göstermektedir.⁹

7 Bilici, Nurettin, *Türk Vergi Sistemi*, Savaş Yayinevi, 39. Baskı, Ankara, 2017, s. 46.

8 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 65.

9 Bkz. Gelir İdaresi Başkanlığının 11.08.2014 tarihli ve 48678239-120.04.01 (196)-81381 sayılı görüş yazısı.

Örneğin, kendi bürosunda hukuki danışmanlık hizmeti veren bir avukatın aynı zamanda arabulucu olması durumunda, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle elde ettiği kazanç, tıpkı avukatlık faaliyeti dolayısıyla elde ettiği kazanç gibi serbest meslek kazancı olarak değerlendirilecektir.

b. Faaliyetin Arızı (Geçici) Olarak Yapılması

Gelir Vergisi Kanunu m. 82/4 uyarınca, arızı olarak yapılan serbest meslek faaliyetleri dolayısıyla tahsil edilen hâsılat, vergiye tabi arızı kazançtır.

Gelir İdaresi tarafından, arabuluculuk faaliyetinin sürekli olarak değil de arızı olarak gerçekleştirilmesi durumunda vergilendirmenin nasıl yapılacağı da netleştirilmiş ve faaliyetin **arızı serbest meslek faaliyeti** olarak vergilendirileceği ifade edilmiştir.¹⁰ Ek bir bilgi olarak ifade etmek gerekirse, 2017 yılı gelirleri için arızı serbest meslek kazancının 24.000 TL'si **gelir vergisinden istisnadır**.¹¹

Şayet elde edilen kazanç, **istisna tutarını geçmezse**, beyanname verilmeyecek ve dolayısıyla vergi ödenmeyecektir. Bu tutarın aşılması durumunda ise sadece aşan kısım beyannameye gösterilecektir.¹²

Avukatların arızı olarak arabuluculuk faaliyetinde bulunup bulunamayacağı, netleştirilmesi gereken bir konudur. Bu noktada bakılması gereken düzenleme Vergi Usul Kanunu'nun "Serbest meslek erbabında işe başlamanın belirtileri" başlıklı 155. maddedir. Bu maddenin 4 numaralı bendinde, "serbest olarak mesleki faaliyette bulunmak üzere **mesleki teşekküllere kaydolmak**" serbest meslek erbabında işe başlamanın belirtisi olarak kabul edilmiştir.

Avukatlar, mesleki teşekkül olan baroya kayıtlarının yapıldığı andan itibaren, serbest meslek erbabı olarak işe başlamış kabul edilmektedir. Arabuluculuk unvanının kullanılabilmesi için de ayrıca arabuluculuk siciline kayıtlı olmak gerekmektedir.¹³ Arabuluculuk siciline kaydolunması mesleki bir teşekküle kayıt anlamına gelmese de, zaten halihazırda bir mesleki teşekküle kayıtlı olarak avukatlık mesleğini icra eden avukatların yürütecekleri arabuluculuk faaliyetlerinden elde edecekleri ücretin, serbest meslek kazancı hükümlerine göre vergilendirilmesi yapılacaktır. Baroya kayıtlı bir avukatın, arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla arızı bir kazanç elde edebilmesi bize mümkün değildir.¹⁴

10 Bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 11.08.2014 tarihli ve 48678239-120.04.01 (196)-81381 sayılı görüş yazısı.

11 Bkz. 296 seri nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği.

12 Bilici, Nurettin, a.g.e., s. 67.

13 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 6/1.

14 Aynı yönde görüş için bkz. Akın, Emre, "Arabuluculuk Faaliyeti ve Vergilendirilmesi", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 122, Ekim 2016, ss. 36-41, s. 40-41

Ancak, mesleğinde **beş yıl kıdeme** sahip olup, **barodan kaydını sildiren bir hukukçunun**, adını arabuluculuk siciline kaydettirmesi halinde, **süreklilik göstermeyen** arabuluculuk faaliyetinden elde ettiği kazancın arızı serbest meslek kazancı hükümlerine göre vergilendirilmesi bizce mümkün görünmektedir.

Son olarak, kazancın sürekli veya arızı olarak elde edilmesi durumu fark etmeksizin, arabuluculara yapılan ödemeler, tevkifat yapmakla yükümlü olanlarca¹⁵ yapılıyorsa, bu takdirde yapılan ödemeden **%20** oranında **gelir vergisi tevkifatı** da yapılacaktır.

B. Ücretliler Bakımından

Gelir Vergisi Kanunu m. 61/1'de düzenlendiği haliyle ücret, **işverene tabi** belirli bir **işyerine bağlı** olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir.

Avukatlar, kendi vergi levhalarıyla serbest olarak çalışabilecekleri gibi, yine baro levhasına kayıtlı olarak bir başka avukatın yanında, ondan ücret alarak da mesleklerini icra edebilirler. İşte avukat yanında ücretli olarak çalışan avukatların arabuluculuk faaliyetinde bulunmaları durumunda, bunların vergilendirilmesinin nasıl gerçekleştirileceği de Gelir İdaresi Başkanlığının görüşü ile açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu doğrultuda şayet yasal yönden mümkün görülürse arabuluculuk faaliyetinin, serbest meslek faaliyeti kapsamında değerlendirilmesi ve bu faaliyetten elde edilen kazancın da serbest meslek kazancı olarak vergilendirilmesi gerekmektedir. Ancak, serbest avukat olarak serbest meslek faaliyetinde bulunan avukatın yanında ücretli olarak çalışılmaya devam edilmesi ve bu avukattan ücret alınarak hizmetin görülmesi halinde ise elde edilen bu gelirin ücret olarak vergilendirilmesine devam edilecektir.

Ücretlerin vergilendirilmesinde kural olarak tevkifat nihai vergilendirme yöntemidir.

4. Arabuluculuk Faaliyetinin Katma Değer Vergisi Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi

Katma Değer Vergisi Kanununun 1/1. maddesine göre; Türkiye'de yapılan ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler katma değer vergisine tabidir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca, ticari, sınai, zirai faaliyet ile serbest meslek faaliyetinin devamlılığı, kapsamı ve niteliği Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre; Gelir Vergisi Kanununda açıklık bulunmadığı hallerde, Türk Ticaret

¹⁵ Bkz. GVK m. 94/1.

Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre tayin ve tespit edilir. 3. fıkrasına göre de bu faaliyetlerin kanunların veya resmi makamların gösterdiği gerek üzerine yapılması, bunları yapanların hukuki statü ve kişilikleri, işlemlerin mahiyetini değiştirmez ve vergilendirmeye mani teşkil etmez.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında mutad olarak verilen ve serbest meslek faaliyeti kapsamında değerlendirilen arabuluculuk hizmeti, **KDV'ye tabidir**.¹⁶

Arabuluculuğun mutad olarak değil de arızı olarak yapılması halinde ise KDV yükümlülüğü bulunmamaktadır.

5. Arabuluculuk Faaliyetinin Vergi Usul Kanunu Yönünden Değerlendirilmesi

Serbest meslek mensupları, Vergi Usul Kanunu m. 172 gereğince defter tutmakla yükümlü olup aynı Kanunun 210. maddesi uyarınca bu defter, serbest meslek kazanç defteridir. Yine 236. madde hükmüne göre serbest meslek mensupları, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilat için iki nüsha serbest meslek makbuzu düzenlemekle yükümlüdür.

Arabulucu da serbest meslek kazanç defteri tutmakla yükümlü olup arabuluculuk faaliyetinin sonunda, kendisine yapılan ödeme karşılığında serbest meslek makbuzu düzenleyerek taraflara verecektir. Kazancını da izleyen yılın Mart ayında serbest meslek kazancı olarak yıllık beyanname ile beyan etmesi gerekecektir.

Avukatın, avukatlık faaliyeti için tasdik ettirdiği defter ve bastırđıęı serbest meslek makbuzunu, arabuluculuk faaliyetlerinde de kullanması mümkündür.¹⁷ Dolayısıyla arabuluculuk faaliyetinin vergi usulü yönünden avukata ilave bir külfeti bulunmamaktadır.

Arabuluculuğun mutad olarak değil de arızı olarak yapılması halinde ise defter tutma ve serbest meslek makbuzu düzenleme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

SONUÇ

Uyuşmazlığın tarafları dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Bu sayede,

16 Bkz. Gelir İdaresi Başkanlığının 11.08.2014 tarihli ve 48678239-120.04.01 (196)-81381 sayılı görüş yazısı.

17 Bkz. Gelir İdaresi Başkanlığının 11.08.2014 tarihli ve 48678239-120.04.01 (196)-81381 sayılı görüş yazısı.

her iki tarafı da tatmin eden bir sonuca ulaşarak, uyuşmazlıklarının daha **kısa sürede**, daha **düşük maliyetle** ve **gizli** kalarak çözümlenmesini sağlayabilirler.

Arabulucuların vergisel yükümlülüklerine ilişkin olarak yaşanan te reddütler, Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından netliğe kavuşturulmuştur. Buna göre; arabulucuların bu faaliyeti, baroya kayıtlı ve bağımsız olarak yapmaları halinde, elde edilen kazanç serbest meslek kazancı olacaktır. Bu takdirde avukatın hali hazırda kullandığı serbest meslek kazanç defterine, arabuluculuk faaliyetinden elde ettiği kazancı eklemesi yeterli olacaktır. Ayrıca faaliyetin süreklilik göstermesi dolayısıyla avukatın, KDV yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Arabuluculuk faaliyetinin baroya kayıtlı olmadan arızı olarak gerçekleştirilmesi halinde elde edilen kazanç, arızı serbest meslek kazancı olarak değerlendirilecek ve vergilendirilmesi de bu şekilde yapılacaktır. Bu takdirde arabulucu, arızı serbest meslek kazancı için geçerli olan 24.000 TL'lik istisnadan yararlanabilecektir. Elde edilen kazanç, istisna tutarını geçmezse, beyanname verilmeyecek ve dolayısıyla vergi ödenmeyecektir. Bu tutarın aşılması durumunda ise aşan kısım beyannameye gösterilecektir. Faaliyetin arızı olması durumunda, arabulucunun KDV ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Arabuluculuğun bir işverene bağlı olarak yapılması halinde de ücret kazancı söz konusu olacak ve yapılan tevkifat nihai vergilendirme olarak kabul edilecektir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Akın, Emre, "Arabuluculuk Faaliyeti ve Vergilendirilmesi", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 11, S. 122, Ekim 2016, ss. 36-41

Bilici, Nurettin, Türk Vergi Sistemi, Savaş Yayınevi, 39. Baskı, Ankara, 2017, s. 46.

Diğer Kaynaklar

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu

213 sayılı Vergi Usul Kanunu

296 seri nolu Gelir Vergisi Genel Tebliği

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği

MAL VARLIğINA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR VE AKRABALIK İLİŞKİSİ

Av. Ece YÜKSELEN EKİNCİ

GİRİŞ

Ceza yasalarının yürürlüğe konuluş amaçlarından biri, kişi hak ve hürriyetleri ile toplum savunmasını dengeli olarak korumak suretiyle kamu düzenini sağlamaktır.¹Yasa, bireyin mallarına vaki tecavüzü önleme hususu ile ailenin korunması amaçlarını dengelemek suretiyle mal varlığına karşı suçların belli derecelerdeki akrabalar tarafından işlenmesi halinde, cezalandırma yetkisine sahip devletin bu yetkisinden kısmen vazgeçmesi söz konusudur.

Anayasamızın 41. maddesine göre “ Aile Türk toplumunun temelidir...” İŞte toplumun temeli kabul edilen ailenin korunması ile kişi hak ve hürriyetlerinin korunması hususları arasında denge sağlanması bakımından Türk Ceza Yasasında kimi durumlarda (TCK. m.86/3.a, 103/3.c de olduğu gibi) suçun aile bireyelerine karşı suç işlenmesi halinde ceza arttırıcı, kimi durumlarda ise (167.madde de olduğu gibi) ceza azaltıcı veya ceza vermeme şeklinde düzenlemeler yapmıştır. Şahsa karşı işlenen suçların, aile bireyelerine karşı işlenmesi halinde cezanın arttırılması siyaseti güdüldürken, mala karşı olan suçların aile bireyleri aleyhine işlenmesi durumunda takibat yapmama veya takibatı Şikayete bağlı tutma veya indirim yapma siyaseti benimsenmiştir.

Türk Ceza Kanununda genel anlamda akrabalık, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir. İnceleme konumuzda ise TCK m. 167 de hangi düzeydeki akrabaların bu korumadan yararlanacağı açıkça düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’ nın ikinci kitabının Onuncu Bölümünde “Mal Varlığına Karşı Suçlar” düzenlenmiş olup bu bölümün 167. maddesinde söz konusu suçların akrabalar arasında işlenmesi halinde ne tür işlem uygulanacağı hususu düzenlenmiştir.

Buna göre TCK 167.maddesinde, izlenen suç politikası nedeniyle, aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişilerin birbirlerinin malvarlığına

1 Türk Ceza Kanunu Hükümet gerekçesi

karşı işlemiş buldukları suçlardan dolayı cezalandırılmamaları kabul edilmiştir. Ancak, yağma ve nitelikli yağma suçları açısından bu şahsî cezasızlık sebebinden yararlanma kabul edilmemiştir. Şahsî cezasızlık sebebinin söz konusu olduğu durumlarda, ilgili kişinin sadece cezaî sorumluluğuna gidilemez. İşlenen fiil, suç oluşturma özelliğini devam ettirmektedir. Buna göre;

“ Madde 167 - (1) Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,

c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,

Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suçların, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi hâlinde; ilgili akraba hakkında şikâyet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.”

Bu düzenleme ile devlet, aile bütünlüğünü korumak amacıyla cezalandırma yetkisinden kısmen veya tamamen feragat etmiştir.²

Yazımızda inceleme konusu yaptığımız söz konusu ceza maddesini; korunan hukuki yarar, hükmün mahiyeti, hükmün uygulandığı ceza maddeleri ve akrabalık derecelerine bağlı olarak yapılacak uygulama açıklanacaktır.

I-KORUNAN HUKUKİ YARAR :

TCK 167.maddesindeki hüküm Anayasamıza göre toplumun temeli sayılan aile ve aile bütünlüğüne Devletin dıştan el atmasını önlemek amacıyla düzenlendiği genel kabul gören görüştür. Bu hüküm, aile kurumunu koruma amacını gütmektedir.³ Aileye ait malların, fertleri tarafından müştereken tasarruf edilmesi ve bunlar arasındaki mal münasebetlerinden çıkan uyuşmazlıkların adli mercilerin müdahalesinden bir dereceye kadar uzak tutulmak istenmesi amacı ile esasını Roma hukukundan alan

2 Erem, Faruk –Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku 4.cilt, 3.baskı,sayfa 842

3 Türk Ceza Kanunu tasarısı 524.madde gerekçesi

bu hüküm ceza sistemimiz içine alınmıştır.⁴

Bu maddedeki akrabalık ilişkileri mal varlığına karşı işlenen suçların maddi hukuka ilişkin ve suça bağlı haklılık nedenleri niteliğinde değildir. Cezai anlamda suç teşkil eden eylemlerin yapılmış olması ve suçun bütün unsurlarının oluşması halinde bile, bu suçların belli akrabalar tarafından işlenmişse devletin aile bütünlüğünü korumak maksadıyla aile ilişkilerine el atmaktan kaçınması nedeniyle cezalandırma yetkisini kullanmaması durumu söz konusudur. Akrabalık ilişkisi suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmamaktadır.⁵ bu durum bir şahsi cezasızlık hali olarak değerlendirilmelidir. Devletin müdahalesi ile ailenin huzur ve sükununun ihlal edilmesinin önlenmesi amacıyla takibat yapılmaması veya takibatın zararına sebep olunan aile bireyinin şikayetine bağlanması durumu söz konusudur.

II – HÜKMÜN MAHIYETİ :

Yasanın bu hükmü mala karşı işlenen suçlardan her hangi birinin yasal unsuru olmadığı gibi suça bağlı haklılık nedenleri niteliğinde de değildir. Esasen eylem ile suç işlenmesine rağmen akrabalık ilişkisi sebebiyle cezalandırmama veya ceza indirimini söz konusudur.

TCK. 167 maddesinin maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle yasa da sayılan akrabalarından her hangi birinin, diğerleri hakkında ve yine söz konusu yasa maddesinde düzenlenen suçlardan birinin işlemesi gereklidir. Yani yasa metninde sayılan suçlardan her hangi birinin faili olan kişi ile mağdur arasında yasa maddesinin aradığı akrabalık ilişkisi olmalıdır.

“Takibatın yapılması” veya “ Takibatın şikayete bağlı olması” ibareleri müessesenin esasına değil, daha ziyade usule ait neticeler çıkarmaya elverişlidir.⁶

III-TCK 167. MADDESİNİN UYGULANDIĞI SUÇLAR:

TCK. 167 .maddesi TCK nın ikinci kitap Onuncu bölümde yer alan suçlardan Yağma ve Nitelikli Yağma hariç olmak üzere suçlar yönünden uygulama alanı bulabilmektedir. Ancak bu suçlar yönünden uygulama yapılabilmesi için suçun mağdurun yasa da sayılı akrabalarından olması gereklidir. Buna göre TCK 167 maddesinin uygulandığı suçları şöyle sıralamamız mümkündür.

4 Savaş Vural, Mollamahmutoglu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 4.cilt, 1.baskı, sayfa 5496

5 Yargıtay 6. CD. 15.02.1983 Tarih, 9940/1139 Sayılı Karar

6 Erem Faruk adı geçen eser sayfa 842

- 1-TCK. m.141 (Hırsızlık)
- 2-TCK. m.142 (Nitelikli hırsızlık)
- 3-TCK. m. 146 (Kullanma hırsızlığı)
- 4-TCK. m. 151 (Mala Zarar Verme)
- 5-TCK. m. 152 (Nitelikli Mala Zarar verme)
- 6-TCK. m. 154/1 (Hakkı olmayan yere tecavüz)
- 7-TCK.m. 155 (Güveni Kötüye Kullanma)
- 8-TCK. m. 156 (Bedelsiz kalan senedi kullanma)
- 9-TCK m. 157 (Dolandırıcılık)
- 10-TCK.m 158 (Nitelikli Dolandırıcılık)
- 11-TCK.m.160 (Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya hakkında hırsızlık
- 12-TCK.m 161-162 (Hileli ve taksirli iflas)
- 13-TCK. m. 163 (Karşılıksız Yararlanma)
- 14-TCK. m.165 (Suç eşyasının satın alınması)

Bu suçlardan herhangi birini işleyen kişi yine aşağıda detaylı olarak anlatacağımız akrabalık derecelerindeki kişilerin zararına işlenmesi halinde TCK m.167 de düzenleme alanı bulan ceza maddesi uygulanacaktır. Yukarıda suçların belirtilen akrabalara karşı işlenmesi yani suç mağdurlarının bu kişiler olması halinde uygulanacaktır. TCK 148 ve 149 maddelerinde düzenlenen yağma suçunda, uygulanmayacağı yasa metninde açıkça düzenlendiği için uygulama imkanı bulunmamaktadır. Yine aynı bölümde düzenlenmesine rağmen TCK m. 153 de olduğu gibi ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçunda akraba suçun mağduru olmadığından uygulama alanı bulunmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu Ceza maddesinin uygulaması, yasada açıkça düzenlenen suçlar dışında uygulanamaz. Yorum veya kıyas yoluyla yeni suç maddelerini eklemek Ceza hukuku temel ilkelerine göre mümkün değildir.

IV-AKRABALIK DERECELERİNİN SUÇA ETKİSİ:

Mal varlığına karşı işlenen suçların müşteki ve şüpheli (sanık) arasında akrabalık ilişkisinin mevcudiyeti halinde, akrabalık derecesine bağlı olarak ceza verilemeyeceği yada takibatın şikayete tabi olacağı haller dü-

zenlenmiştir. Akrabalık dereceleri suça değil, suçun takibine etkilidir.

1-CEZAYA HÜKMOLUNAMAYACAK HALLER:

a-Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin zararına işlenmesi: Eş durumu ile ayrılık kararı Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine göre belirlenir. Burada esas yasal açıdan geçerli bir evliliğin bulunması ve haklarında ayrılık kararı verilmemesidir.

Eşlerden birinin ölümü halinde, sağ kalan eşin, diğerinin malına karşı bu suçlardan birini işlemesi durumunda TCK. m. 167 uygulanmaz. Çünkü suç ölen eşe karşı değil, onun mirasçılara karşı işlenmiştir. Ancak sağ kalan eş aynı zamanda kendisi de mirasçı olduğundan kendi payına düşen miktarı aşmayacak oranda malın alınması ve diğer mirasçıların payına dokunulmaması durumunda başkasının malına karşı işlenen bir cürümden bahsedilemeyecektir. Kendine düşen payı aşp diğerlerinin malının almışsa cezalandırma söz konusu olabilecektir. Bu durumda sanığın diğerlerinin malına yönelik kastı irdelenmelidir.⁷

b-Üstsoy veya altsoyunun veya bu derece kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın zararına işlenmesi: Burada sayılan akrabalık ilişkileri TMK'ya göre çözümlenmelidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 17.maddesine göre “kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy altsoy (usul füru) hısımlığı, biri diğerinden gelmeyip de ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy (civar) hısımlığı vardır.” Altsoy ve Üstsoy hısımlığı; biri diğerinin sulbünden gelen hısımlıktır.Evlatlarla anne baba arasındaki hısımlık gibi. Doktrin de genel bir adlandırma şekli ile usul ve füru hısımlığı düz çizgi hısımlığı olarak nitelendirilmiştir. Buna göre biri diğerinin soyundan türeyen kişiler arasındaki hısımlık düz çizgi hısımlığıdır.⁸ Ana ve baba ile çocuklar ve bunların yukarı ve aşağı istikamette aralarında bağ olan her derecedeki kişileri kapsar.

Çocuğun annesi ile soy bağı doğumla kurulur. Baba açısından ise, çocukla soy bağının hukuken kurulmasına kaynaklık eden temel ilişki evliliğidir. Türk Medeni Kanunu'nun 287/2 maddesine göre “evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde anne rahmine düşmüş sayılır.” Buna “babalık karinesi” denir. Bu durumda çocuğun babası koca'dır. O halde evlilik dışında doğan çocuğun babası kim

7 Yargıtay 6.CD. 10.5.1980 tarih, 2788/4192

8 Tekinay, S.Sulhi : Medeni hukuki giriş dersleri Filiz kitabevi 5. baskı, sayfa 280

kabul edilecektir. Çocuk ile babası arasındaki soy bağının hukuken doğmasına veya kurulmasına kaynaklık eden hukuksal olaylardan en yaygın olanı ve soy bağını yaratan temel ilişki evlilik olgusudur. Baba ile çocuk arasında soy bağının kurulmasını sağlayan diğer hukuksal olaylar tanıma ve yargıç kararı ile babalık hükmüdür.⁹ Ayrıca idari olarak zaman zaman çıkarılan özel af yasalarına dayanılarak kaydedilen çocuklar sahih nesepli çocuklardır

Suç failinin mağdur ile akrabalık ilişkisinin tesbiti aile kayıt tablosu getirtilerek incelenmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Eşlerden biri ile diğerinin kan hısımları arasındaki hısımlığa sıhri hısımlık (kayın hısımlığı) denir. 4721 sayılı TMK nun 18. maddesine göre “ Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.” Buna göre kayınbabasının malını çalan damat hakkında cezaya hükmolunamaz.¹⁰

Burada dikkat edilmesi gereken husus eşlerden birinin başka taraftan sıhri hısımları ile diğer eş arasında herhangi bir hısımlık yoktur. Yani bacanaklar, eltiler gibi halk arasında akraba sayılan kimseler arasında hukuki anlamda bir hısımlık yoktur.¹¹

Analık, babalık veya evlatlık ilişkisi de TMK. 305 ve 320.maddeleri arasında düzenlenmiş olup, buna göre işlem yapılmalıdır.

Aynı konutta yaşayan kardeşlerden birinin diğeri zararına bu suçu işlemesi haminde cezaya hükmolunmaz. kardeşlerin ortak konutta yaşamaları şarttır.

Doktrinde bir dam altında yaşamak kavramı tartışılmıştır. Buna göre Faruk Erem, “ Bir dam altında yaşamak ibaresini bir aile halinde yaşamak manasına almak icap eder” demektedir.

Prof. Sulhi Dönmezer, “ Bir dam altında yaşayışın oldukça devamlı surette olması lazımdır. Yoksa, mesela geçici olarak bir iki gece kalmak üzere gelince hanede hırsızlığın işlenmesi halinde muafiyet mevzubahis olmamak lazımdır” der.¹²

Genel kabul gören görüş ana baba bir veya ana bir, baba bir kardeşlerin ailece bir meskende makul bir süre için birlikte oturması yönündeki

9 Gençcan, Ömer Uğur: 4721sayılı TMK ya göre tanıma davaları konulu inceleme yazısı, Adalet Dergisi, Sayı:14, Sayfa 167

10 Yargıtay, 6 CD. 20.1.1993 tarih ve 1992/9203, 1993/23 sayılı karar

11 Tekinay, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Sayfa 281

12 Dönmezer Sulhi, kişilere ve mala karşı cürümler 10. baskı sayfa 444

görüşlerdir. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir.¹³

2- SUÇ TAKİBİNİN ŞİKAYETE TABİ OLAN VE ŞİKAYET HALİNDE CEZASI YARI ORANINDA İNDİRİLEN AKRABALIK DERECELERİ

Ceza Yasamızın 167. maddesinin ikinci fıkrasında da, belli derecelerdeki akrabaların malvarlığına karşı işlenen suçlardan herhangi birini akrabalarının zararına işlemeleri durumunda fail hakkında takibat yapılması mağdurun şikayetine tabi tutulmuştur. Yasa maddesinin düzenleniş şekli itibarıyla ikinci fıkrada tek bent halinde söz konusu akrabalar sayılmış ise de, konunun anlaşılır bir tarzda izah edilmesi için başlıklar açıklanacaktır. Ancak burada dikkat edilecek husus, tüm akrabalık derecelerinde bulunan kişilerin eylemleri ile diğerinin malvarlığı zararına bir suç işlemeleri halinde takibat yapılması şikayete tabidir. Yürütülen bir tahkikat veya yargılamada mutlak şekilde, hatta yargılamanın her aşamasında mağdurun şikayetinin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Şikayet halinde uygulanacak ceza yarı oranında indirilmelidir,

a-Haklarında ayrılık kararı verilmiş karı koca zararına işlenmesi:

TMK hükümlerine göre, eşler arasında geçerli bir evlilik olmalı ve evli olan eşlerin ayrı yaşamaları konusunda kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmalıdır. TMK m. 172 ye göre, Hakim ; eşlerden birinin boşanma veya ayrılık davasını açması durumunda; ortak hayatın yeniden kurulabilme olasılığını görmesi halinde eşlerin bir yıldan üç yıla kadar ayrılmasına karar verir ve öngörülen sürenin bitiminde ayrılık kararı kendiliğinden ortadan kalkar. Boşanmadan farklı olarak ayrılık eşler arasında evlilik bağı ortadan kaldırmaz, ayrılığa rağmen eşler karı koca olarak kalır.

Haklarında ayrılık kararı verilen eşlerin, ayrılığın öngörüldüğü sürelerde birbirlerinin malvarlığına karşı TCKm.167/2 göre söz konusu suçlardan birini işlemeleri halinde, haklarında takibat yapılması mağdur olan eşin şikayetine bağlıdır. Şikayette bulunulmaması veya şikayette bulunulmuşsa şikayetten vazgeçilmesi halinde hazırlık soruşturması aşamasında takipsizlik kararı, yargılama aşamasında ise açılmış olan kamu davasının ortadan kaldırılmasına (düşürülmesine) karar verilmelidir. Eylem anındaki hukuki durum esas alınır. Eylemden önceki ve sonraki hukuki durum bu anlamda önem arz etmemektedir.

b-Aynı konutta beraber yaşamayan kardeşler zararına işlenmesi:

Burada esas olan kardeşlerin aynı konutta yaşama durumudur.

c-Aynı konutta beraber yaşayan amca, dayı, hala, teyze, yeğen, ve ikinci derece kayın hısımları zararına işlenmesi: Burada esas olan sa-

13 Yargıtay 6.CD. 28.03.1989 tarih ve 1465/2892 sayılı karar

yılı kişilerin aynı konutta birlikte yaşamalarıdır. “Amca” babanın erkek kardeşi, “dayı” annenin erkek kardeşi, “hala” babanın kız kardeşi, “teyze” annenin kız kardeşi, ve “yeğen” kardeşin (erkek veya kız kardeşin) çocuklarını ifade etmektedir. Yasanın aradığı birinci koşul bu akrabalık ilişkilerinden birinin bulunması gerekliliğidir. Tarafların akrabalık durumu, bireysel nüfus kayıt örnekleri ile tesbit edilemez. Bu nedenle nüfus idaresinden aile kayıt tabloları getirilmek suretiyle kayden saptanmalıdır.¹⁴ İkinci koşul ise, sayılan bu kişilerin aynı çatı altında yaşamaları gerektiğidir. Sanık ile müştekinin (bu bentte sayılan kişiler arasında) aynı çatı altında yaşamaları gereklidir.¹⁵

Kayın hısımlığı, evlenen kişilerden biri ile diğerinin kan hısımları arasında karşılıklı olarak ve hısımlık dereceleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle kurulan bir akrabalık bağıdır.¹⁶ Eşlerden birinin kan hısımları ile olan akrabalık derecesi diğer eş için aynı dereceden hısımlık söz konusudur.

TMK m. 18 de evlenmenin sona ermesi ile kayın hısımlığın zail olmayacağı kabul edilmiş ise de, konuluş amacı itibarıyla bu hükmün TCK.167. maddesinde nazara alınmasına imkan yoktur.¹⁷

Doktrin ve uygulamada ikinci derece sıhri hısımlar aşağıdaki şekilde gruplandırılmıştır.¹⁸

Kocanın ikinci derece sıhri hısımları:

- Karinin büyükbabası ve büyükannesi,
- Karinin kız ve erkek kardeşleri (baldız, kayınbirader)
- Karinin önceki eşinden doğmuş çocuklarından torunları (veya evlilik dışı doğan doğan çocuğundan torunu)

Karinin ikinci derece sıhri hısımları:

- Kocanın büyükbabası ve büyükannesi
- Kocanın kız ve erkek kardeşleri (Görümce, kayınbirader)
- Kocanın önceki eşinden doğmuş çocuklarından torunları (evlilik dışı eşten doğan çocuktan torunları)

Burada dikkat edilmesi gereken hususlardan biride; Karı veya kocanın

14 Yargıtay 6.CD. 26.10.1992, 6489/7043

15 Yargıtay, 6.CD. 16.6.1992, 3986/4689

16 Köprülü Bülent, Medeni Hukuk 1984 sayfa 341

17 Savaş Vural, Mollamahmutoğlu Sadık, Türk Ceza Kanununun Lorumu 4.cilt sayfa 5497

18 Güler Mahmut, Malkoç İsmail, Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, sayfa 4741

önceki evliliklerinden doğan çocukları ikinci derecede sıhri hısımlık sayıldıkları halde, evlenmenin sona ermesinden sonra eşler başkaları ile evlenir ve bu ikinci eşlerden çocukları doğarsa bu çocuklar ile ilk eş arasında herhangi bir akrabalık ilişkisi meydana gelmez.

Baldız veya kayınpirader enişterine karşı bu suç işledikleri takdirde kendilerinin sıhri akrabası sayılmaması sebebiyle bu madde hükmünden yararlanamazlar. Görümce ve yenge münasebetleri de bu şekildedir.¹⁹

Kocanın ilk eşinden olan çocukları, babalarının kayınpederinin zararına söz konusu suçları işledikleri takdirde aralarında akrabalık bağı bulunmadığından TCK. m.167. maddeden yararlanamazlar. Çünkü damat ile kayınpeder arasındaki hısımlık birinci derece kayın hısımlığıdır. Oysa kocanın ilk eşinden olan çocukları ile arasında ne kan, ne de kayın hısımlığı bulunmaktadır.

V- SONUÇ

İnceleme konusu yaptığımız TCK.nun 167 maddesi mala karışı işlenen işlenen suçlarda uygulanan ortak bir hüküm olup şahsi cezasızlık veya indirim yapılmasını gerektiren ortak bir maddedir. Uygulanacak kişiler sayılı bir şekilde verilmiş olduğundan bu suçların ve akrabaların yorum yoluyla arttırılması mümkün değildir.

Bu düzenleme ile esas itibariyle, aile bütünlüğünü koruma amacı güdülmektedir. Devlet aile kurumunun dıştan müdahale ile zedelenmemesi için cezalandırma hakkından kısmen feragat etmiştir.

Yasa kapsamındaki suçların konu olduğu yargılamanın her aşamasında TCK. 167. maddesinin uygulama alanı bulunup bulunmadığı gözetilmelidir. Madde de belirtilen akrabalık dereceleri Türk Medeni Kanununa göre açıklığa kavuşturulmalıdır. Akrabalık dereceleri nüfus kayıtları getirilmek suretiyle resmi kayda göre tesbit edilmelidir. Suç tarihindeki akrabalık esas alınmalıdır.

Haklarında cezaya hükmolunmayacak kişilerin(sayılı akrabaların) malvarlığına karşı suçları belirtilen akrabalarının zararına işlediklediklerin soruşturma aşamasında anlaşılması halinde, Soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı tarafından TCK 167/1 maddesine gönderme yapılarak Kovuşturmaya Yer olmadığına dair karar verilmelidir.

TCK m. 167/2 kapsamında kişiler yönünden de şikayet bulunup bulunmadığı araştırılmalı, şikayetin bulunmaması halinde Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmelidir. Şikayetçi olunması halinde İddi-

19 Savaş Vural, Mollamahmutoğlu, adı geçen eser sayfa 5498

aname ile kamu davası açılmalıdır. Yargılama aşamasında da şikayetin devamı halinde uygulanacak ceza yarı oranında indirilmelidir. Hükmün kesinleşmesine kadar şikayetten vazgeçilesi mümkün olduğundan, yargılama aşamasında şikayet yokluğu nedeniyle TCK m. 167/2 ve CMK. 223/8 uyarınca Düşme kararı verilmelidir.

KAYNAKÇA

- Erem, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara1985
- Savaş, Vural, Mollamahmutoğlu Sadık; Türk Ceza Kanununun Yorumu, Seçkin y. Ankara 1995
- Savaş, Vural,Mollamahmutoğlu Sadık; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu,Seçkin y.
- Güler, Mahmut,Malkoç İsmail Türk Ceza Hukuku,Türk Ceza Kanunu,Adil y. Ankara 1996
- Taşdemir, Kubilay, Özkepir Ramazan; Mala karşı suçlar, Gen matbaacılık, Ankara 1993
- Şafak, Engin, Hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçları ile müşterek hükümler,Ankara 2002
- Köprülü; Bülent Türk Medeni Hukuku 1984
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Medeni Hukuka Giriş dersleri,Filiz Kitabevi,İstanbul 1987
- Yargıtay kararları Dergisi (değişik sayılar)
- Adalet Dergisi (8,9,11,12, 14. sayılar)

İSPAT YÜKÜ VE İKRAR

Av. Faruk TEKDEMİR¹

I. İSPAT YÜKÜ

İspat, bir davada ileri sürülen hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların gerçekten mevcut olup olmadıkları konusunda, bir takım araçlarla mahkemeye kanaat verme işlemidir. İspatın konusu maddi olaylardır. Bunlar davanın ve savunmanın esasını oluşturan vakıalardır. Bu vakıalar somut olaylar olabileceği gibi, manevi, psikolojik (içsel) durumlara ilişkin de olabilir². Hakim, davada hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit edip, ön inceleme tutanağında belirttikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği konusunu inceler. Buna, ispat yükü denir. Kendisine ispat yükü düşen taraf kendisinin ispat etmesi gereken bir vakıayı ispat edemezse o vakıayı ispat edememiş sayılır. Bir davada davacı şayet ispat etmesi gereken bir vakıayı ispat edememişse davasını ispat edememiş sayılır ve davanın reddine karar verilir³.

Taraflar ispat yükünün kime düştüğü konusunu gözetmeksizin delillerini bildirmişler ise, bu halde hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü incelemesine veya araştırmasına lüzum bulunmamaktadır. Çünkü, hakim öncelikle tarafların bildirdiği delilleri inceleyip maddi vakıaya ilişkin bilgi toplamalıdır. Söz gelimi, bir trafik kazasından dolayı açılan tazminat davasında, her iki taraf da kazanın oluş biçimi hakkında tanık göstermiş ise, hakim, ispat yükünün kime düştüğünü tespit edip, yalnızca o tarafın tanıklarını dinlemek yerine, bu tanıkların hepsini dinleyerek kazanın oluş biçimini öğrenmeye çalışır⁴.

1 Av. İstanbul Barosu.

2 **Umar**, Bilge/**Yılmaz**, Ejder: İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 19; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Baskı, C. 2, İstanbul 1990, s. 1352 (**Kuru**, C. 2).

3 **Kuru**, Baki: Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2015, s. 231-232; **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema: Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 376; **Karlı**, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 483-484; **Ulukapı**, Ömer: Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 332; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 3. bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 387; **Ercan**, İsmail: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 399.

4 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 376-377; **Ercan**, 399.

İki tarafın gösterdiği veya taraflardan birinin göstermiş olduğu deliller ile davaya ilişkin bütün çekişmeli vakıalar aydınlanmış ise, bu halde de hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasında yarar bulunmamaktadır. Yukarıdaki örnekte, hakim iki tarafın gösterdiği veya yalnızca taraflardan birinin gösterdiği tanıkların ifadesinden kazayı yapan şoförün trafik kurallarına uymadığını tespit ederse, ispat yükünün kimde olduğu araştırmasına girmeksizin kararını verir⁵.

Hakimin gösterilen delillerle dava hakkında bir kanaate varamaması durumunda ise, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar vardır. Zira, hakim gösterilen delillerin davayı karara bağlamasında yeterli olmadığı kanısına varsa dahi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 31'inci madde uyarınca davayı aydınlatma yükümlülüğü⁶ gereği esas hakkında bir karar vermesi gerekeceğinden, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü tespit edip, o taraftan uyuşmazlık konusu vakıayı ispat etmesini isteyebilir⁷.

Hakimin ispat yükü yüklediği taraf, uyuşmazlık konusu vakıayı ispat edemezse, davayı kaybedecektir. Ancak bu durumda kendisine ispat yükü düşen ve fakat bunu yerine getirememiş bulunan tarafın karşı tarafa yemin teklif etme hakkı vardır (HMK m. 225). Örneğin, ispat yükü kendisine düşen davacı, davasını ispat edememiş ise, hemen davanın reddine karar verilmeyecek, davacının dava dilekçesinde dayanmış olması koşuluyla davalıya bir yemin teklif etmesine izin verilir⁸.

A. Genel Kural

HMK'nın 190'ıncı maddesi uyarınca, ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan

5 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 377; **Ercan**, 399.

6 **YHGK**, 05.06.2015, 2013/22-2386 E, 2015/1512 K: "Uyuşmazlığın çözümü için, hâkimin davayı aydınlatma yükümü ile davanın dayanağını oluşturan fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma iddiasının ispat koşulları üzerinde durulması gerekmektedir.", www.kazancihukuk.com, E.T:29.05.2016.

7 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 377; **Kuru**, s. 232.

8 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 377; **Ercan**, s. 399; **Yargıtay** 9. HD. 04.07.2011, 2011/1043 E, 2011/21777 K.: "14 yıllık izin kullanmadan çalışmak hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, cevap dilekçesinde de her türlü delile dayanıldığından, bu ibare yemin delilini de içerdiğinden davalıya yemin hakkı hatırlatılmadan sonuca gidilmesi..."; **Yargıtay** 9. HD. 06.07.2011, 2009/18259 E, 2011/22330 K: "Uzun süre ücretlerinin ödenmediği iddiası karşısında, işverence cevap dilekçesinde dayanılmak kaydıyla yemin teklifi hakkının olduğu hatırlatılmalı ve gerekirse bu yönde usulü işlemler tamamlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Dairemizce, çok uzun süre ücret ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilerek, hakimce resen yemin teklifinde bulunulabileceği de kabul edilmektedir.", www.kazancihukuk.com, E.T:29.05.2016.

kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir. Medeni Kanunun 6'ncı maddesi uyarınca, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Buna göre, ispat yükü ilk önce kural olarak davacıya düşecek ve davacının, davasını dayandırdığı vakıyaları ispat etmesi gerekecektir⁹.

Söz gelimi, davacı, salt davalıya beş bin lira borç verdiğini iddia ederek, davalının bu parayı ödemeye mahkum edilmesini isteyebilmesi için, ilk önce bu iddiasını yani borç verme vakıyasını ispat etmesi gerekmektedir. Davacının bunu ispat etmesi halinde ise, o zaman da davalının savunmasını dayandırdığı vakıyı ispat etmesi gerekecektir¹⁰. Dolayısıyla ispat yükünün tarafların rolü ile bir ilgisi bulunmadığını, hakkını bir vakıya dayandırmış tarafın o vakıyı ispat etmesi gerektiğini, böylece ispat yükünün davacıya düşebileceği gibi davalıya da düşebileceğini belirtmek gerekir¹¹.

B. Genel Kuralın İstisnaları

1. İspat Yükünün Kanunla Belirlendiği Haller

Bir vakıyı kimin ispat etmesi bazı durumlarda kanunda düzenlenmiştir ve bu hallerde ispat yükünün kime düştüğünün araştırılmasına lüzum bulunmamaktadır. Zaten, Kanunda da “özel bir düzenleme bulunmadıkça” deyimi ile genel kuralın istisnalarının varlığından söz edilmiştir. Bu hallerde ispat yükünün kime düştüğü araştırılmaz; ispat yükü, özel kanun hükümlerinde yazılı olan tarafa düşecektir¹². Örneğin; TMK m. 222, m. 287, m. 299, m. 512; TBK m. 50, m. 66, m. 67, m. 112, m. 180/2; TTK m. 285, m. 723/6, m. 732/4; İİK m. 72, m. 89/3; Trafik Kanunu m. 85/3, m. 86/1.

9 **Kuru**, C. 2, s. 1358; **Yargıtay** 15. HD, 28.05.2015, 2015/3791 E, 2015/2901 K: “Somut olayda davacı, davalı ile aralarında sözlü eser sözleşmesi yapıldığını iddia etmekte, davalı ise davacı ile aralarında sözleşme ilişkisinin kurulmadığını savunmaktadır. O halde, davacı akdi ilişkiyi kanıtlamak zorundadır.”, www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

10 **Yargıtay** 6. HD, 28.01.2014, 2014/6201 E, 2014/983 K: “Tahliye tarihinin taraflar arasında çekişmeli olması halinde, kiralananın fiilen boşaltıldığına ve anahtarın teslim edildiğini, böylece kira ilişkisinin kendisince ileri sürülen tarihte hukuken sona erdirildiğini kanıtlama yükümlülüğü, (davalı) kiracıya aittir.”, www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

11 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 378; **Karslı**, s. 489; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 389.

12 **Umar/Yılmaz**, s. 49.

2. İspat Yükü Normal Durumun Aksini İddia Eden Tarafa Düşer

Normal bir duruma dayanmış tarafın iddiasını ispat etmesi gerekmez. Aksine, ispat yükü normal durumun aksini iddia eden tarafa düşer¹³. Örneğin, işçinin her gün fazla mesai yaptığını, tüm hafta tatillerinde, genel ve bayram tatillerinde çalıştığını iddia etmesi hayatın olağan akışına aykırı olacağından, işçinin bu iddiasını ispat etmesi gerekecektir¹⁴. Sözgelimi sözleşme yapılırken tarafların fiil ehliyetinin bulunması kadar doğal bir durum yoktur. Dolayısıyla, bu durumda davalının fiil ehliyetinin bulunmadığı iddiası hayatın olağan akışına ters olacağından, davalı sözleşme yapılırken fiil ehliyeti bulunmadığını ispat etmesi gerekecektir. Yine, davacı taraf senedi sadece bir imza ile verdiğini, senet metninin davalı tarafından doldurulduğunu iddia ederse, bu durumun ispatı da normal durumun aksine düşen tarafa yani davacıya düşecektir. Bir hakkın doğumu için, kanun tarafından iyiniyet şart koşulmuş ise, asıl olan iyiniyettir; karşı tarafın kötüniyet iddiasını ispat etmesi gerekecektir. Ancak, hemen belirtelim ki TMK 724'üncü maddesi uyarınca, başkasının arsasına iyiniyetle inşaat yaptığını iddia eden taraf, iyiniyetini ispat etmelidir. Çünkü, bu halde normal olan başkasının arsasına inşaat yapan bu arsanın kendisine ait olmadığını bileceğinden ve iyiniyetli olmayacağından, burada normal olmayan durumu, yani iyiniyetini ispat etmesi gerekecektir¹⁵.

13 **Kuru**, C. 2, s. 1368; **Yargıtay 9**. HD. 07.10.2010, 2008/33315 E, 2010/27905 K: "...tır şoförünün asgari ücret ile çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Mahkemece davacı işçinin alabileceği ücretin belirlenmesi amacı ile meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından fesih tarihindeki emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı, belirlenen ücrete göre hesaplanacak kıdem ve ihbar tazminatından ödenen miktarlar çıkartıldıktan sonra varsa bakiye meblağın hüküm altına alınması gerekirken..." , www.kazancihukuk.com, E.T:29.05.2016.

14 **Yargıtay 9**. HD. 12.11.2010, 2009/4612 E, 2010/33812 K: "Fazla çalışma ücretinden indirim öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer"; **Yargıtay 22**. HD. 02.10.2013, 2013/23857 E, 2013/20559 K: "4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 2. fıkrasına göre feshin geçerli sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.", www.kazancihukuk.com, E.T:29.05.2016.

15 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 378; **Yargıtay 9**. HD. 15.12.2005, 2005/14287 E, 2005/39666 K: "Davacının her gün fazla mesai yapması tüm hafta tatillerinde, genel ve resmi tatillerde çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. İzin, hastalık ve sair nedenlerle bazı günlerde fazla çalışma yapmadığı, bazı hafta tatili ve genel tatillerde çalışmadığı kabul edilerek takdiri bir indirim yapılmadan hüküm kurulması bozma sebebidir.", www.kazancihukuk.com, E.T:29.05.2016.

3. Karineler

Karine temeli ile karine sonucu birbirinden farklıdır. Karineye dayanan taraf, sadece karine sonucunu ispat yükünden kurtulmuş olup, karine temelini ispat yükü altındadır. Karineler, kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılır.

a. Kanuni Karineler

Belli bir vakiadan belli olmayan başka bir vakıya için kanun tarafından çıkarılan sonuca kanuni karine denir. Kanuni karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altında olup, karine sonucunu ispat yükü altında değildir¹⁶.

Söz gelimi, kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığı olacaktır. Bu sebeple, karşı tarafın şayet kötü niyet iddiası var ise bunu ispat etmesi gerekecektir. Ancak, Yasa koyucu bu konuyu yalnızca genel hükümlere bırakmayarak, Medeni Kanununun 722, 723, 724'üncü maddelerinin özel hükümleri ile bu durumun istisnalarını düzenlemiştir.

b. Fiili Karineler

Belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için hakim tarafından çıkarılan sonuçlara fiili karineler denir. Başka bir deyişle, fiili karineleri, tarafların olaya ilişkin iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hakimin kanaat edinmesine yarayan, hayat tecrübelerinin ortaya koyduğu, hukukla ilgili bulunmayan değer hükümleri olarak tanımlayabiliriz. Fiili karine lehine olan taraf o durumu ispat etmiş kabul edilir. Ancak, karşı tarafın fiili karinenin aksini ispat etmesi mümkündür¹⁷.

Örneğin¹⁸, senedin yırtılmış olması borcun ödendiğine karine teşkil edecektir. Yine, evlilik sırasında kadına takılan ziynetler, kim tarafından alınmış olursa olsun kadına bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı sayılır¹⁹.

16 **Taşpınar**, Sema: Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, C. 45, Sayı 1-4, AÜHFHD 1996, s. 534; **Bilge**, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 505-507; **Umar/Yılmaz**, s. 165; **Kuru**, C. 2, s. 1382.

17 **Taşpınar**, s. 536; **Umar/Yılmaz**, s. 165.

18 **YHGK**, 20.12.2013, 2013/2-1607 E, 2013/1675 K; **YHGK**, 27.02.2008, 2008/3-175 E, 2015/202 K; **YHGK**, 05.06.2015, 2015/13-2338 E, 2015/1499 K: "Somut olayda, havalenci durumundaki davacı şirket, değinilen yasal karine karşısında, davalı Pervin Yalçınkaya'ya yaptığı dava konusu havalenin, bir borcun ödenmesinden başka bir amaca yönelik bulunduğunu kanıtlama yükümü altındadır." www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

19 **Yargıtay** 3. HD, 28.05.2015, 2015/15860 E, 2015/9720 K: "Kural olarak, evlilik sırasında kadına takılan ziynet eşyaları kim tarafından alınmış olursa olsun kadına

C. Karşı Delil

Kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, ispat yükü kendisinde olan tarafın iddiasını ispat etmesini beklemeksizin ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığını gösterir deliller sunabilir, işte bu delillere karşı delil denir. Böylece, karşı delil sunan taraf, karşı delil göstermekle diğer tarafın iddiasını çürütmeye çalışır ve diğer tarafın iddiasını ispat etmesini güçleştirir, yoksa ispat yükünü üzerine almış sayılmaz. Örneğin, iş davalarında iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini ve işçiye hafta ve genel tatil ücretlerinin ödenmiş bulunduğunun ispat yükü işverene düşer. Ancak, işçinin de aynı konuda delil gösterme, yani karşı delil sunma imkanı vardır. Bu halde, işçi ispat yükünü üzerine almış olmayacak; davalı işverenin iddiasını ispat etmesini güçleştirecektir²⁰.

Hakimin taraflarca gösterilen delillerle dava hakkında bir kanaate varamaması durumunda, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinin önemli olması hasebiyle, karşı delile rağmen durum aydınlanamamışsa, hakim, ispat yükünün kime düştüğünü belirlemeli ve o tarafa iddiasını ispat etmesi gerektiğini belirtmelidir. İddiasını ispat edemeyen taraf davayı kaybedecektir.

İspat yükü kendisinde olan tarafın iddiasını ispat etmesiyle birlikte ispat yükü diğer tarafa geçer, yani yer değiştirir. Dolayısıyla, ispat yükünün yer değiştirmesinden sonra diğer tarafın vakıanın aksini ispat etmek için sunacağı deliller karşı delil olmayacaktır.

II. İKRAR

A. İkrarın Niteliği ve Konusu

İkrar, taraflardan birinin diğerinin ileri sürdüğü bir vakıanın doğru olduğunu bildirmesi, kabul etmesidir. Davacı davalının ileri sürdüğü vakıaları ikrar edebileceği gibi, davalı da davacının ileri sürdüğü vakıaları ikrar edebilir. Tarafların kendi lehine ileri sürdükleri vakıaların doğru olduğunu bildirmeleri ikrar olarak kabul edilemez. İkrarın söz konusu olabilmesi için bir tarafın bir vakıa ileri sürmesi, diğer tarafın da bu vakıaların doğru olduğunu bildirmesi gerekir. Örneğin, davacının davalıya bir miktar para verdiğini iddia etmesi ve davalının da bu parayı aldığını

bağışlanmış sayılır. Dava konusu kadına ait altınlar koca tarafından bozdurulup değişik amaçlarla kullanılmış olabilir. Çeşitli sebeplerle (ev veya araç alımı, evin ihtiyaçları, düğün borçları, balayı vs) koca tarafından bozdurulan bu altınların karşılığının hibe edilmediği müddetçe kadına iadesi zorunludur.”. www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

20 **Kuru**, s. 236; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 381; **Karlı**, s. 492.

kabul etmiş olması ikrardır²¹.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 188'inci maddesi "(1) Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez. (2) Maddi bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez. (3) Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

İkrar, ikrarda bulunanın tek taraflı irade beyanı, delil ikame faaliyetini ve ispat ihtiyacını ortadan kaldıran bir taraf işlemidir. İkrardan söz edebilmemiz bakımından kişinin ikrar ettiği vakıanın kendi aleyhine olması gerekir. Kişinin kendi lehine bir vakıanın doğru olduğunu bildirmesi şeklindeki beyanı ikrar olarak değerlendirilemez. Kural olarak susmak ikrar sayılmaz; ancak bunun bazı istisnaları vardır:

HMK 171/2 maddesi gereğince, İsticvap olunacak kimse hastalık, sakatlık veya benzeri sebeplerle mahkemeye bizzat gelemeyecek durumda ise bulunduğu yerde isticvap olunur.

HMK 211/a hükmüne göre, Hâkim, yazı veya imzayı inkâr eden tarafı isticvap ettikten sonra bir kanaat edinmemişse, huzurda bu kişiye yazı yazdırıp imza attırmak suretiyle elde ettiği belge ve diğer delilleri değerlendirebilir. Hâkim, sahtelik konusunda başka bir incelemeye gerek duymadan karar verebilecek durumda ise gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle, senedin sahteliği hakkında bir karar verir. İsticvap için mahkemeye davet edilen taraf, belirtilen günde hazır bulunmadığı takdirde, inkâr etmiş olduğu belgedeki yazı veya imzayı ikrar etmiş sayılır; bu husus kendisine çıkartılacak davetiyede ayrıca ihtar edilir.

HMK 220/1 maddesi uyarınca, ibrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği yahut belgenin var

21 **Kuru**, s. 244; **Karlı**, s. 529; **Ulukapı**, s. 339; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 389; **Ercan**, s. 391; **Tanrıver**, Süha: "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", Makalelerim I, Asil Yayınları, Ankara 2005, s. 2; **Taşpınar**, Sema: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2001, s. 114 (**Taşpınar**, İspat Sözleşmeleri); **Postacıoğlu**, İlhan E./**Altay**, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 595; **YHGK**, 09.06.2004, 2004/4-362 E, 2004/347 K; **YHGK**, 05.06.2015, 2015/13-2338 E, 2015/1499 K: "İkrardan söz edilebilmesi için, bir tarafın bir vaka ileri sürmüş olması, diğer tarafın da bu vakıanın doğru olduğunu bildirmesi gerekir. İkrarın konusu, ancak karşı tarafın ileri sürdüğü vakıalar olabilir. Bir tarafın, kendisinin ileri sürdüğü bir vakıanın doğruluğunu bildirmesi ikrar niteliği taşımayacağı gibi, karşı tarafın ileri sürdüğü hukuki sebepler de ikrara konu olamazlar.", www.kazancihukuk.com, E.T:29.05.2016.

olduğu resmi bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir.

Gene, İİK m. 60/3, m. 62/5, m.168/4 ve m.269/2 hükümleri de bu kuralın istisnalarıdır.

Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar HMK 181/3 maddesi gereğince geçerli değildir. Bunun sebebi, tarafların sulh görüşmelerini rahatlıkla ve samimi olarak yapabilmelerine imkan sağlanmasıdır²².

İkrarın konusu, ancak tarafların iddia veya savunmalarını dayandırdıkları maddi vakıaların kabulü anlamında olup, karşı tarafı ispat yükünden kurtarır ve artık bu vakıaların ispat edildiği anlamını taşır. İkrar, tarafların ileri sürdüğü birden fazla vakıalar hakkında tek tek yapılabilir. Talep sonucuna ilişkin ikrar yapılamaz; bu halde ikrar değil, kabul sözü konusu olur. Davacının talep sonucuna davalının muvafakat etmesi, davayı sona erdiren bir taraf işlemi mahiyetinde olup, davayı kabul etmektir. Ancak, ikrar ve kabul birbirinden farklı hukuki anlamlar taşımaktadır. Şöyle ki, kabul, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaların kabul edildiği anlamında olmayıp yalnızca bu vakıalar neticesinde talep sonucunu kabul etmek anlamındadır. İkrarda ise, talep sonucunun doğru olduğunu kabul edilmemekte, yalnızca vakıaların doğru olduğu bildirilmektedir. Kabul, davayı sona erdiren bir işlem niteliğinde iken; ikrar ise, sadece ikrar edilen vakıanın doğru olduğunun bildirilmesi niteliğinde olduğundan tahkikata devam edilir²³.

B. İkrarın Yapılış Şekli

İkrar, ikrarda bulunanın tek taraflı açık irade beyanıyla tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak veya yazılı olarak mahkemeye sunulacak bir dilekçe ile de yapılabilir.

Görevsiz ve yetkisiz mahkemelerde yapılan ikrar da geçerlidir. Aynı zamanda, bir başka hukuk veya ceza davasında yapılan ikrarda geçerli ve bağlayıcıdır. Kural olarak, vekaletnamede özel bir ikrar yetkisi bulunmasa dahi vekilin bir vakıayı ikrar etmesi mümkündür ve vekalet vereni

22 **Yargıtay** 11. HD, 13.02.2014, 2014/11690 E, 2014/2486 K: “*Davalı banka vekilinin sulh görüşmeleri sırasında, müşteri memnuniyeti ilkeleri çerçevesinde olduğunu savunduğu, davacıya 20.000 TL kısmi ödeme teklifi 1086 sayılı HUMK'nın 236/3 ve 6100 sayılı HMK'nın 188/3. maddelerinde sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın tarafları bağlamayacağı düzenlemesi nedeniyle bağlayıcı değildir.*”, www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

23 **Kuru**, s. 244; **Karlı**, s. 529; **Kiraz**, Özgür Taylan: Medeni Yargılama Hukuku'nda İkrar, 2. Tıpkı Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 101; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 373; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 389; **Tanrıver**, s. 2-4; **Taşpınar**, İspat Sözleşmeleri, s. 114, **Ercan**, s. 392.

bağlar. Ancak, HMK 78. madde gereğince vekalet veren hazır bulunduğu duruşmada vekilin yapmış olduğu ikrara derhal ve açıkça itiraz ederse, vekilin yapmış olduğu ikrar yapılmamış sayılır²⁴.

C. İkrardan Dönme

Kural olarak İkrar eden ikrarından dönemez. Ancak, HMK 188/2 maddesi uyarınca ikrar eden, ikrarının maddi bir hatadan kaynaklandığını ispat ederek ikrarından dönebilir. İkrarın hukuki sonucunu bilmede hata, yani hukuki bir hata ikrardan dönme için yeterli değildir. Maddi hata halinde ise, ikrar edenin bundan dönebilmesi için, ikrar edilen vakıanın gerçeğe uygun olmadığını ve ikrarın maddi bir hata sonucu meydana geldiğini ispat etmekle yükümlüdür. Buna göre, ikrar eden gerçek olmayan bir vakıayı bilerek ikrar etmiş ise, bu durumda da ikrardan dönemeyecektir. İkrar, ıslah ile hükümsüz kılınmaz (HMK m. 179/2). Karşı tarafın muvafakati ile ikrarın geri alınabileceği kabul edilmektedir²⁵.

D. İkrarın Etkisi

Tarafların veya taraf vekillerinin mahkeme huzurunda ikrar ettikleri vakıalar çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez. Hakim, ikrarın doğru olup olmadığı konusunda inceleme veya delil araştırması yapamayacağı gibi, bu hususta delil gösterilmesini de isteyemez. Buna göre ikrar, ikrar eden taraf aleyhine kesin delil teşkil edecektir. Bu kural taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalar için söz konusudur. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikrar takdiri delil olarak kabul edilecek olup, hakimi bağlamayacaktır. Örneğin, babalık davasında, boşanma davasında ikrar hakimi bağlamaz²⁶.

24 **Kuru**, s. 245; **Karlı**, s. 530; **Taşpınar**, İspat Sözleşmeleri, s. 117; **Ercan**, s. 393.

25 **Yargıtay** 1. HD, 27.03.2013, 2013/17966 E, 2013/4340 K: "İkrar eden, kural olarak ikrarından dönemez; başka bir deyişle ikrarı ile bağlıdır. Ancak, ikrar eden, ikrarının maddi bir hatadan kaynaklandığını ispat ederek ikrarından dönebilir.(HMK'nun 118/2 Md.) Maddi hata halinde, ikrar eden bundan dönebilmek için, ikrar edilen vakıanın gerçeğe uygun olmadığını ve ikrarın maddi bir hata sonucu yapıldığını ispat etmek zorundadır. Taraf gerçeğe uygun olmayan bir vakıayı bilerek ikrar etmiş ise, bu durumda da ikrarından dönemez. *Somut olaya gelince; Bursa 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/287 esas sayılı dosyasında, davacıların 25.06.2007 tarihli dilekçeyle, miras paylarını aldıkları ve 14 parsel sayılı taşınmaz yönünden herhangi bir hakları kalmadığı yönündeki beyanlarının mahkeme içi ikrar niteliğinde olduğu ancak, 20.09.2007 tarihli dilekçeyle de ikrardan döndüklerini bildirdiklerine göre, ikrarın maddi bir hataya dayalı olduğunu davacıların öncelikle ispatlamaları gerekeceği kuşkusuzdur.*" www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

26 **Karlı**, s. 530; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 374; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz**, s. 390-391; **Ulukapı**, s. 341; **Yargıtay** 2. HD, 03.03.2015, 2015/4801 E, 2015/3328 K: "Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde, boşanmaya hükmolunur. Bu halde, tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.", www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

E. İkrarın Türleri ve Bölünmesi

1. Basit İkrar

Basit (adi) ikrar, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıanın doğru olduğunun kayıtsız şartsız bildirilmesidir. Başka bir deyişle ikrar edenin karşı tarafça ileri sürülen vakıayı hiçbir ek yapmaksızın aynen kabul etmesi basit ikrardır. Basit ikrarın bölünmesi söz konusu değildir ve basit ikrar çekişmeli sayılmaz. Örneğin, davacının davalıya beş bin lira borç verdiğini ileri sürmesi ve davalının da davacıdan beş bin lira borç aldığını kabul etmesi halinde artık bu husus çekişmeli olmaktan çıkıp, kesin delil niteliği taşıyacaktır²⁷.

İkrar eden tarafı ikrar ettiği vakıayı aynen kabul ettiğinden ve ikrara bir ekleme yapmadığından basit ikrar bölünmez.

2. Vasıflı (Nitelikli) İkrar

Vasıflı ikrar, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıanın doğru olduğu ve fakat bunun hukuki niteliğinin iddia edildiğinden farklı olduğunun bildirilmesidir. Davacı, davalının iddiasını ikrar ederken bu ikrarına bazı gerekçeler ekleyerek kendisini savunmakta olup, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıanın doğru olduğunu bildirmekte ve fakat bunun hukuki niteliğinin iddia edilenden başka olduğunu ileri sürmesi nedeniyle, gerekçeli ikrar olarak da adlandırılmaktadır. Örneğin, davacının davalıya beş bin lira borç verdiğini ileri sürmesi durumunda, davalının davacıdan beş bin lira para aldığını kabul etmesi ve fakat bu paranın borç olarak değil bağışlama niteliğinde olduğunu bildirmesi vasıflı ikrardır. Bu halde, davacının iddia ettiği vakıa ikrar ve fakat vakıanın hukuki vasfı inkar edilmektedir²⁸.

Burada ispat yükünün beş bin lira parayı borç olarak verdiğini iddia eden davacıda mı olduğu, yahut beş bin lira paranın borç olarak değil bağışlama şeklinde alındığını iddia eden davalıda mı olduğu konusuna da açıklık getirmek gerekirse, şunu söylemekte yarar var ki, vasıflı ikrar bölünmez. Davalının parayı bağışlama olarak aldığını ispat etmesinin istenmesi halinde ikrar bölünmüş olur, ancak, davacının parayı borç olarak verdiğini ispat etmesinin istenmesi durumunda ise, ikrar olacaktır. Dolayısıyla, vasıflı ikrarda ispat yükü vakıayı iddia eden tarafta olup, yoksa vakıayı vasıflı ikrar eden tarafta değildir²⁹.

27 **Kuru**, s. 247; **Karşlı**, s. 530; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 375; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 391-392; **Tanrıver**, s. 10; **Ercan**, s. 394; **Postacıoğlu/Altay**, s. 596.

28 **Kuru**, s. 247; **Karşlı**, s. 531; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 375; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 392; **Ulukapı**, s. 341; **Kiraz**, s. 134; **Tanrıver**, s. 10; **Ercan**, s. 394; **Postacıoğlu/Altay**, s. 596.

29 **Yargıtay** 13. HD, 18.01.2015, 2015/5419 E, 2015/550 K; **YHGK**, 10.10.2012, 2012/13-

İkrarın bölünememesinden anlaşılması gereken, ikrar edenin ikrar ettiği vakıyı doğru kabul edip, buna eklenen vasıf veya vakıanın ikrar edene ispat ettirilmemesidir. Başka bir deyişle, ikrar edilen vasıf veya vakıa hakkındaki ispat yükünün ikrar edene yükletilememesidir.

Davacı davalıya beş bin lira borç para verdiğini iddia eder, davalı da bu parayı bağışlama olarak aldığını iddia ederse ispat yükü davacıdadır. Ancak, davacı ispat yükü yer değiştirmemek koşulu ile ikrar edenin ikrarını bölebilir. Yani, davacı hiç ikrar yokmuş gibi borç verme vakıasını ispat edebilir veya davalının ikrarını böler ve paranın davalıya verilmiş olduğu vakıasını kabul edip, bunun davalının iddia ettiği gibi bağışlama olarak verilmediğini ispat etmeye çalışır³⁰.

3. Bileşik İkrar

Bileşik ikrarda bulunan taraf, diğer tarafın ileri sürdüğü vakıayı ikrar etmekle birlikte bu vakıadan çıkan hukuki sonucu hükümden düşüren ya da vakıanın doğumu ile ilgili bulunmayan bir başka vakıa olduğunu bildirimde bulunmasıdır. Örneğin, yukarıdaki örnekte, davalı beş bin lira borç aldığını ancak bu parayı geri ödemediğini bildirebilir yahut kendisinin de davacıdan beş bin lira alacaklı olduğunu ve bu alacağı ile borcunu taks ettiğini bildirebilir³¹.

Bileşik ikrar, bağlantılı bileşik ikrar ve bağlantısız bileşik ikrar olmak üzere ikiye ayrılır.

a. Bağlantılı Bileşik İkrar

Bağlantılı bileşik ikrar, ikrar edenin ikrarına eklediği başka bir vakıa ile ikrar edilen vakıa arasında bir bağlantı olduğunu bildirmesidir. “Ödünç aldım, ancak ödemedim.” örneğinde olduğu gibi.

Doktrinde, bağlantılı bileşik ikrarın bölünüp bölünemeyeceği tartışmalıdır. Yargıtay, bağlantılı bileşik ikrarın bölünebileceği görüşündedir³².

264 E, 2013/700 K; **YHGK**, 05.06.2015, 2015/13-2338 E, 2015/1499 K: “Davacı, davalı aleyhine cari hesap alacağına dayalı olarak eldeki davayı açmış; Davalı ise bu iddiaya karşı koyarak, davacıdan ödünç almadığını, yapılan ödemenin şirket hisse devri ödemesine ilişkin olduğunu, belirterek vasıflı ikrar bir başka deyişle gerekçeli inkarda bulunmuştur. Bu ikrar bölünemez ve ikrar edenin aleyhine delil de teşkil etmez. Hal böyle olunca TMK'nun 6ncı maddesi ve HUMK. hükümleri gereğince, yapılan ödemenin cari hesap borcuna ilişkin olarak yapıldığını ispat yükü davacıya ait olup, davacı ödünç ilişkisini yasal delillerle kanıtlamakla yükümlüdür.”, www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

30 **Kuru**, s. 249; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 377.

31 **Kuru**, s. 247-248; **Karşlı**, s. 530; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 376; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 392-393, **Tanrıver**, s. 11; **Ercan**, s. 394; **Postacıoğlu/Altay**, s. 596.

32 **Yargıtay** 19. HD, 03.06.2013, 2013/11854 E, 2013/10237 K; **Yargıtay** 11. HD,

Kuru, Yargıtay'ın aksine bağlantılı ikrarın bölünemeyeceği görüşünü savunmaktadır. Zira, bu halde ispat yükü yer değiştireceğinden, bu durumun ikrarda bulunana, iddia edilen vakıyı inkara sevk edeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, ikrarda bulunanın ödünç aldım, ancak ödemedim vakiasında karşı tarafın ödünç alma iddiasını ikrar etmiş sayılması gerektiğinin, ödedim şeklindeki kısmın ise ikrar eden tarafça ispat edilmesi gerektiği şeklindeki mecburiyeti doğru bulmamaktadır³³.

b. Bağlantısız Bileşik İkrar

Bağlantısız bileşik ikrarda, ikrar edenin ikrarına eklediği bir başka vakıa ile ikrar ettiği vakıa arasında hiçbir bağlantı bulunmamaktadır. Örneğin, davalının “beş bin lira borç aldım ancak benimde davacıdan beş bin lira alacağım var, bu alacağım ile borcumu takas ediyorum” şeklindeki beyanı, bağlantısız bileşik ikrardır. Burada, davalının alacağı ile ikrar edilen davacının alacağı arasında hiçbir bağlantı bulunmamaktadır.

Bağlantısız bileşik ikrar bölünebilir. Çünkü, ikrar edenin ikrarına eklediği vakıanın, diğer tarafın iddia ettiği vakıa ile bir ilgisi bulunmadığından, ikrara eklenen vakıa, bir anlamda ikrarda bulunanın savunması niteliğinde olduğundan, ikrar eden taraf, ikrar ettiği vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkarması hasebiyle ispatla yükümlü olacaktır. Aksinin düşünülmesi, diğer tarafın menfi (olumsuz) bir durumu ispat etmek zorunda olması demek ki, bu da çok güçtür³⁴.

Hem bağlantılı bileşik ikrarda hem de bağlantısız bileşik ikrarda, ikrar eden taraf, ikrarına yeni bir vakıa eklemektedir. Bu yeni vakıanın ileri sürülmesi de iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına tabidir. Dolayısıyla, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının henüz başlamadığı dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde bileşik ikrar yapılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Dilekçelerin verilmesi aşmasından sonra veya başka bir deyişle savunmayı genişletme veya değiştirme yasağının başlamasıyla birlikte ikrar edenin bileşik ikrarı bu yasağına tabi olacaktır³⁵.

05.10.2010, 2010/13951 E, 2010/9727 K; **Yargıtay** 3. HD, 04.06.2001, 2001/4745 E, 2001/5082 K: “Borçlu vekili icra dosyasındaki itirazında Takibe konu borç müvekkil tarafından ödenmiş bulunduğundan böyle bir borcu yoktur. Borca itiraz ediyoruz diyerek borcun esasını kabul etmiş, ancak ödemediğini savunmuştur. Borçlunun bu ikrarı kendisini bağlar. Artık açılan itirazın iptali davasında borçlu bulunmadığını savunamaz.”, www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

33 **Kuru**, s. 248.

34 **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz**, s. 394; **Ateş**, Mustafa: HMK Yargıtay İlke Kararları, C:2, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 1004.

35 **Kuru**, s. 249; **Karşı**, s. 531; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 376-378; **Ulukapı**, s. 343; **Kiraz**, s. 149.

F. Mahkeme Dışı İkrar

İkrarda bulunan, ikrarını mahkeme dışında da gerçekleştirebilir. Mahkeme dışında gerçekleştirilen ikrar yazılı veya sözlü olabilir. Karşı tarafa yazılan mektup veya noterden çekilen ihtar yahut tanıklar, polis, jandarma, Cumhuriyet Savcısı³⁶ önünde karşı tarafın iddia ettiği bir vakıya ikrar edilebilir.

Mahkeme dışında gerçekleşen ikrar hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Çünkü, mahkeme dışı ikrarın tek başına, sadece takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde delil olarak mahkemeye sunulabilen bir işlem olmasıdır. Mahkeme dışında yapılan ikrar, özellikle bir senede veya belgeye bağlanmış ise, artık ikrardan değil senetten söz etmemiz gerekecektir. Mahkeme dışı ikrar, yazılı imzalı bir belge, resmi makam huzurunda düzenlenmiş belge, noter marifetiyle gönderilmiş her türlü belge ve usulüne uygun düzenlenmiş icra tutanağında alacaklı veya borçlunun ikrarı kendileri aleyhine senet niteliği taşıyacağından, bu ikrarı taşıyan belgeler kesin delil niteliğinde olacaktır³⁷.

SONUÇ

Hakim, davada hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği konusunu inceler. Buna, ispat yükü denir. Taraflar ispat yükünün kime düştüğü konusunu gözetmeksizin delillerini bildirmişler ise, bu halde hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü incelemesine veya araştırmasına lüzum bulunmamaktadır. Çünkü hakim öncelikle tarafların bildirdiği delilleri inceleyip maddi vakıaya ilişkin bilgi toplamalıdır. İki tarafın gösterdiği veya taraflardan birinin göstermiş olduğu deliller ile davaya ilişkin bütün çekişmeli vakıalar aydınlanmış ise, bu halde de hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasında yarar bulunmamaktadır.

HMK'nın 190'ıncı maddesi uyarınca, ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Karine temeli ile karine sonucu birbirinden farklıdır. Karineye dayanan taraf, sadece karine sonucunu ispat yükünden kurtulmuş olup, karine temelini ispat yükü altındadır.

36 **Yargıtay** 13. HD, 17.04.2013, 2013/2639 E, 2013/10113 K: "*Davalı 09.03.2010 tarihinde C. Savcısı huzurunda verdiği ifadesinde, davacıdan 40 gram altın bilezik aldığını ve borcunu halen ödeyemediğini beyan etmiştir. Bu beyan ve ikrar kendisini bağlar*", www.kazancihukuk.com, E.T:20.04.2016.

37 **Kuru**, s. 250; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 374; **Karlı**, s. 532; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz**, s. 390; **Ulukapı**, s. 340, **Kiraz**, s. 124-126; **Postacıoğlu/Altay**, s. 606.

İkrar, taraflardan birinin diğerinin ileri sürdüğü bir vakıanın doğru olduğunu bildirmesi, kabul etmesidir. Tarafların kendi lehine ileri sürdükleri vakıaların doğru olduğunu bildirmeleri ikrar olarak kabul edilemez. İkrarın söz konusu olabilmesi için bir tarafın bir vakıa ileri sürmesi, diğer tarafın da bu vakıaların doğru olduğunu bildirmesi gerekir.

Kural olarak İkrar eden ikrarından dönemez. Ancak, HMK 188/2 maddesi uyarınca ikrar eden, ikrarının maddi bir hatadan kaynaklandığını ispat ederek ikrarından dönebilir. İkrarın hukuki sonucunu bilmede hata, yani hukuki bir hata ikrardan dönme için yeterli değildir. Maddi hata halinde ise, ikrar edenin bundan dönebilmesi için, ikrar edilen vakıanın gerçeğe uygun olmadığını ve ikrarın maddi bir hata sonucu meydana geldiğini ispat etmekle yükümlüdür.

Bileşik ikrarda bulunan taraf, diğer tarafın ileri sürdüğü vakıayı ikrar etmekle birlikte bu vakıadan çıkan hukuki sonucu hükümden düşüren ya da vakıanın doğumu ile ilgili bulunmayan bir başka vakıa olduğu bildiriminde bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema:** Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Ateş, Mustafa:** HMK Yargıtay İlke Kararları, C: 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 1978.
- Ercan, İsmail:** Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Karlı, Abdurrahim:** Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Kiraz, Özgür Taylan:** Medeni Yargılama Hukuku'nda İkrar, 2. Tıpkı Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. Baskı, C. 2, İstanbul 1990, (**Kuru, C. 2**).
- Kuru, Baki:** Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2015.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Tanriver, Süha:** "Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", Makalelerim I, Asil Yayınları, Ankara 2005.
- Taşpınar, Sema:** Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, C. 45, Sayı 1-4, AÜHFD 1996, s. 533-572.
- Taşpınar, Sema:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2001, (**Taşpınar, İspat Sözleşmeleri**).
- Ulukapı, Ömer:** Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014.
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder:** İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980.

TÜRKİYE'DE ELEKTRİK DAĞITIMININ ÖZELLEŞTİRİLMESİNİN NEDENLERİ VE AMAÇLAR

ÖZELLEŞTİRMEDE TEDAŞ ÖRNEĞİ

Kaan Mahmut ERDEM¹ - Deniz ERDEM²

ÖZET

Özelleştirme uygulamalarında henüz 2013 yılında tamamlanan TEDAŞ'ın özelleştirilmesi, özelleştirme sürecinde önemli bir yer teşkil etmektedir. Özelleştirme öncesi Türkiye'de elektriğin dağıtımı, iletimi ve üretimi TEK yani Türkiye Elektrik Kurumu tarafından yerine getirilmekte idi. 1993 yılında TEK'in yapısı yeniden düzenlenmiş ve TEK'in bu hizmetlerinin her biri farklı kamu teşebbüslerine bırakılmıştır. Dağıtım işini ise tekel olarak TEDAŞ yerine getirmekte idi. Dağıtım işinin özelleştirilmesinde işletme hakkının devri yöntemi kullanılmış ve Türkiye genelinde 21 farklı bölge belirlenerek her biri ile görev sözleşmesi imzalanmak suretiyle tesisleri devredilmiştir. Bu sözleşmenin Danıştay kararlarında bir imtiyaz sözleşmesi statüsünde olduğu belirtilmiştir.

1) TÜRKİYE'DE ELEKTRİK DAĞITIMININ ÖZELLEŞTİRİLMESİNİN NEDENİ VE AMAÇLAR

Türkiye'de ve Dünyada özelleştirme uygulamalarının temel hedefi ekonomik faktörlerden oluşmaktadır. Bunun yanı sıra özellikle tekel olarak faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesinde toplumsal ve sosyal gereksinimlerde neden olarak gösterilir.

1) Ekonomik Nedenler:

Türkiye'de elektriğin dağıtımı için 1970'ler de organizasyonel bir yapıya bürünmüş ve TEK tarafından üretimin, iletimin ve dağıtımın yapılması sağlanmıştır.³ Tek elden yönetilen üretim, iletim ve dağıtım sistemi daha

1 Stajyer Avukat, İzmir Barosu

2 İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Son Sınıf Öğrencisi

3 Türkiye Elektrik Kurumu Kanunu, Kanun No: 1312, Kabul Tarihi: 15/7/1970, Madde 3— TEK'in faaliyet konuları aşağıda gösterilmiştir. Bu kanunda yazılı istisnalar dışında tekeli altında olmak üzere yurdun ihtiyacı bulunan elektriğin üretim, iletim, dağıtım ve ticaretini yapmak

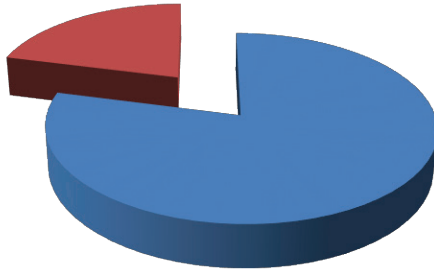
sonraları yine kamu iktisadi teşebbüsü olarak kurulan kamu şirketlerine bölünmüştür. TEDAŞ Türkiye’de elektrik dağıtımını tek elden yöneten bir kamu iktisadi teşebbüsü idi. KİK konumunda ki TEDAŞ’ ın özelleştirilmesinde gösterilen en önemli neden KİT’lerde olduğu gibi kamu hizmeti gören bu kurumun devlete yük olması olarak gösterilmiştir. Bunun yanı sıra elektrik piyasası teknolojiye bağlı yatırımlar ile ancak yürütülebilir. Fakat devlet teşekkülü bu teknolojik yeniliği getirmekten yoksun kalmıştır.⁴ Buna müteakip enerjide verimlilik sağlanamamış, sürekli elektrik kesintileri yaşanmıştır. Türkiye özelinde bir diğer ekonomik neden ise OECD verilerine göre %7-8 olması gereken kaçak elektrik kullanımının Türkiye’de %21 olması gösteriliyor. Özelleşen dağıtım sistemi ticaret kurallarına göre faaliyet gösteren şirketlerin bu oranı OECD verilerine çekebileceği öngörülmüştür.⁵ Türkiye’de elektrik dağıtımının tam olarak özel sektöre devri 2014 yılında tamamlanmıştır. Dolayısıyla kayıp, kaçak konusunda nasıl bir iyileşme olduğunu gözlemek için henüz çok erkendir fakat yinede özelleştirilmesi 2010’ların başında yapılan bazı bölgelerde kayıp oranında önemli düşüşler yaşanmıştır.⁶

- 4 Özelleştirmenin ekonomik amaçlarının ilki kamu sektöründe verimliliği ve etkinliği artırmaktır. Çünkü kamu iktisadi teşebbüslerinin ortalama verimlilik değerleri, genelde özel teşebbüslerin gerisinde kalmaktadır. Bunun başlıca sebepleri, kamu sektörünün verimliliği artıracak bilimsel ve teknolojik gelişmeleri takip edememesi ve maliyetleri yükselten yönetim ve istihdam politikalarının uygulanması gibi nedenlerdir. Kamu sektörünün düşük verimlilikte çalışması, ekonomideki genel verimliliğe de olumsuz yansımaktadır. Bu nedenle verimliliğin yükseltilebilmesi ve sektörel bazda etkinliğin artırılabilmesi için kamu sektörünün daraltılarak özelleştirme politikaları uygulanmaktadır. (Ertılav, M. VE Aktel, M. “TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirilmesi”, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi International Journal of Alanya Faculty of Business Yıl:2015, C:7, S:2, s. 97), Altıntaş, M.B. (1988). Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkileri, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara.
- 5 Türkiye elektrik dağıtım sektöründe ki kayıp-kaçak sorununun çözümü, sektörün özelleştirilmesinin en başta gelen hedeflerindedir. Özelleştirme süreci öncesinde dağıtım sektörü kayıp-kaçak oranı %21 seviyelerine kadar çıkarak, %7-8 olan OECD ortalamalarının neredeyse üç katına ulaşmıştır. Bu sorun özellikle doğu bölgelerinde %64'lere kadar çıkmış ve dağıtım sektörünün verimsizliğine neden olarak devlet ile tüketicilerle büyük bir yük getirmiştir. Problemin devletçi anlayışla çözülememesi, dünya genelinde olduğu gibi ülkemizde de özelleştirme ile çözümlenmesini gündeme getirmiştir. Ertılav, M. VE Aktel, M. “TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirilmesi”, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi International Journal of Alanya Faculty of Business Yıl:2015, C:7, S:2, s. 105)
- 6 Özelleştirme sürecinin yeni tamamlanması nedeniyle, uzun vadede ki sonuçların ortaya çıkmamasına karşın, kısa vadede olumlu rakamlar belirmeye başlamıştır. 2012 elektrik kayıp-kaçak ortalaması on yıl önceki %21 seviyesinden %14 seviyelerine gerilemiştir. Halen OECD ortalamasının iki katı olan bu oranın, kayıp-kaçak oranı yüksek bölgelerin özelleştirmesinin yeni tamamlanması nedeniyle, uzun vadede daha da düşeceği öngörülebilir. Bu öngörünün özelleştirilmesi daha önce yapılan bölgelerde gerçekleşmeye başladığını da görmekteyiz. 2010 yılında özelleştirilen Trakya bölgesinde, özelleştirme öncesi kayıp-kaçak oranının %7,11 iken, 2012’de %5.87’ye gerileyerek OECD ortalama-

KİT'lerin özelleştirilmesinde gösterilen temel neden, kamunun elindeki işlerde verimliliğin sağlanamaması, bürokratik sürecin hızlı ticari hayata uyum sağlayamaması ve dolayısıyla yabancı firmalarla rekabet edememesi, gereksiz sayıda istihdam ve siyasi etkilerin fazlalığı şeklinde özetlenebilir⁷. Aynı nedenler KİK olarak düzenlenen elektrik piyasasının özel sektöre aktarılmasının da nedenleridir.

Özelleştirme uygulamaları ile devlet hem KİT veya KİK'lerin üzerinde yarattığı ekonomik yükten kurtulmakta hem de önemli gelir elde etmektedir. Sadece TEDAŞ'ın özelleştirilmesi Tüm ülke bazında şuana kadar yapılan özelleştirme uygulamalarından elde edilen gelirin %21'ini oluşturmaktadır.⁸

Şekil 1: TEDAŞ'ın Özelleştirmedeki Payı



46,4 Milyar

12,9 Milyar

Kaynak: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı 2014 Verileri

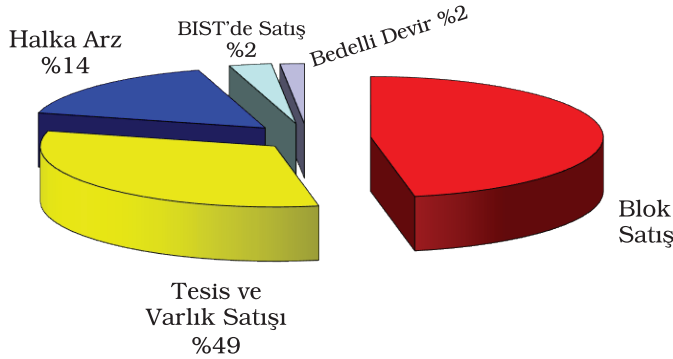
ların da altına inmiştir. Ertilav, M. VE Aktel, M. "TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirilmesi", Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi International Journal of Alanya Faculty of Business Yıl:2015, C:7, S:2, s. 105

- 7 Piyasa mekanizmasının gerektirdiği kurallardan bağımsız çalışan KİT'ler, tekeli konumları ve uyguladıkları fiyat, yatırım ve benzeri politikalarla piyasa mekanizmasının optimal işleyişini engellemektedirler. Kârlılık ve verimlilik kriterlerinden uzak anlayışla çalışan KİT'ler, bütçe üzerinde de baskı oluşturmakta, KİT'lerin mali piyasalardan Hazine aracılığı ile karşılanması kaynakların optimal dağılımını engellemektedir. KİT'lerin yetersiz performansı özel sektörün gelişimine de engel olmakta, mal ve emek piyasalarında KİT'lerin neden olduğu çarpık fiyat ve ücret oluşumları özel firmaların yurt içi ve uluslararası rekabet yeteneklerini kısıtlamaktadır. (A. Şen, Ahu. (2007) "Özelleştirme Sürecindeki Tedaş'ın (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Yeniden Yapılandırılması, Yüksek Lisans Tezi, s.10-11
- 8 Bkz: ÖİB, 2014 Verileri, <http://www.oib.gov.tr/yayinlar/yayinlar.htm> (01.05.2014) ve ÖİB, 86039450-622 sayılı resmi yazı, 2013

2) Toplumsal ve Sosyal Amaçlar:⁹

Özelleştirme ile toplumsal refah artırılması amaçlardan biridir. Türkiye’de de özelleştirme uygulamaları ile devlet tasarrufundaki sermayenin topluma yayılması amaçlanmıştır. Burada önemli olan özelleştirmede seçilen yöntemdir. 4046 Sayılı Kanununun 18. Maddesi özelleştirme yöntemlerini düzenler. Buna göre refahın topluma yayılmasında ancak halka arz metodu kullanılırsa sermayenin topluma yayılması hedefine ulaşılabilir.¹⁰ Fakat Türkiye’de Özelleştirme İdari Başkanlığının açıklaması doğrultusunda halka arz yöntemi başvurulan en son yöntem olarak göze çarpar.

Şekil 2: Türkiye’de Uygulanan Özelleştirme Yöntemlerinin Dağılımı¹¹



Kaynak: Özelleştirme İdaresi Başkanlığı 2014 Verileri

9 Devletler, toplum üyelerinin refah içinde yaşayarak mutlu olmalarını sağlamaktan sorumludur. Toplum üyelerinin maddi açıdan refah içinde yaşamaları, gelirleri ile doğru orantılıdır. Eğer ülkede elde edilen gelirden belirli kesimler fazla, belli kesimler az pay alabiliyor ve sonuçta servetin çoğuna, dar bir kesim sahip oluyorsa, toplumda huzursuzluklar ortaya çıkacaktır. Toplum üyeleri arasında oluşan bu dengesizliklerin giderilmesi yönünde düzenlemelerin yapılması esastır. Ertılav, M. VE Aktel, M. “TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirmesi”, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi International Journal of Alanya Faculty of Business Yıl:2015, C:7, S:2, s. 97., Çetinkaya, Ö. (2007). Türkiye’de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa.

10 4046 Sayılı Kanun; A) Özelleştirme yöntemleri
Özelleştirme programına alınan kuruluşlar aşağıda belirtilen yöntemlerden birinin veya birkaçının birlikte uygulanması suretiyle özelleştirilir.

a) Satış; Kuruluşların aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimleriyle varlıklarının mülkiyetinin kısmen veya tamamen bedel karşılığı devredilmesi ya da bu kuruluşların hisselerinin tamamının veya bir kısmının kuruluşların içinde buldukları şartlar da dikkate alınarak yurt içi ve yurt dışında, halka arz, gerçek ve/veya tüzelkişilere blok satış, gecikmeli halka arzı içeren blok satış, çalışanlara satış, borsada normal ve/veya özel emir ile satış, menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklarına satış veya bunların birlikte uygulanması yoluyla bedel karşılığı devredilmesidir

11 Özelleştirme İdari Başkanlığı Yayınları 2014

Toplumsal refahın sağlanması için ayrıca enerji sektörünün sürekli gelişme göstermesi gerekmektedir. Türkiye gibi gelişme gösteren ülkelerde bu ihtiyaç daha da artmaktadır.¹² Dolayısıyla kamunun tekelinde ticari ilkelere göre yönetilmeyen ve rekabetçi olmayan bir piyasada bu ihtiyaç karşılanamamaktadır.

II) TEDAŞ'IN ÖZELLEŞTİRİLMESİNDE KULLANILAN YÖNTEM

Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Türkiye'de elektriğin dağıtımını tek elden yöneten kamu iktisadi kuruluşu statüsünde idi. 2005 verilerine göre 28 milyon müşterisi ve 93.milyar/kWh elektrik satışı ile elektrik dağıtımının %98'lik Pazar payına sahiptir.¹³ TEDAŞ 2.4.2004 Tarihli ve 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile özelleştirme kapsamına alınmıştır.¹⁴ TEDAŞ'ın özelleştirilmesi 2013 yılında tüm bölgelerin özelleştirilmesinin tamamlanması ile son bulmuştur.¹⁵

- 12 Tüm dünyada son yıllardaki hızlı sanayileşme, nüfus artışı ve şehirleşme ile birlikte elektrik enerjisine olan talep gün geçtikçe artmaktadır. Özellikle gelişmekte olan ülkelerin yıllık ortalama elektrik talep artışı 1970'lerde yıllık ortalama %10, 1980'lerde yıllık ortalama %7, 1990'larda yıllık ortalama %6,7 seviyesinde gerçekleşmiştir. Çin ve Hindistan gibi ülkelerin enerji talebinde ise 2000'li yıllardan itibaren patlama yaşanmıştır. Her geçen gün artan bu talebi karşılamak için de çok büyük miktarlarda yatırım gerekmektedir. Bu büyüklükteki finansman ihtiyacının devlet kaynaklarından karşılanması, çoğu ülkede olduğu gibi Türkiye'de de kamu açıkları nedeniyle mümkün değildir. Bu nedenle, özel sektör kaynaklarının elektrik enerjisi yatırımlarına yönlendirilmesi ve sektörün özel kesime açılması, devlet açısından bir tercih olmaktan çıkarak zorunluluk haline gelmektedir. Ertiav, M. VE Aktel, M. "TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirmesi", Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi International Journal of Alanya Faculty of Business Yıl:2015, C:7, S:2, s. 100., ARSLAN, S. (2008) «Elektrik Enerjisi Sektöründe Serbestleşme, Yeniden Yapılanma, Özelleştirme Uygulamaları ve Dünya Örnekleri», Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ankara.
- 13 ÖİB, (2010). Türkiye Elektrik Dağıtım Sektörü Özelleştirmesi, Tanıtım Dokümanı, 2010, <http://www.oib.gov.tr/2010/dosyalar/TEDAS%20Teaser%20T%C3%BCrk%C3%A7e%20v05->
- 14 Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı
TARİH : 02/04/2004 KARAR NO : 2004/22
KONU : Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin Özelleştirme Kapsam ve Programına Alınması. Özelleştirme Yüksek Kurulunca;
Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın 22/03/2004 tarih ve 2613 sayılı yazısına istinaden,
1) Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'nin (TEDAŞ)'nin özelleştirme kapsam ve programına alınmasına,
2) TEDAŞ'ın satış, kiralama, işletme hakkı devri ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar yöntemlerinden biri veya birkaçının birlikte ve/veya ayrı ayrı uygulanması suretiyle özelleştirilmesine, Özelleştirme işlemlerinin 31.12.2006 tarihine kadar tamamlanmasına, karar verilmiştir
- 15 Dağıtım sektöründeki tüm bölgelerin 2013 yılında özelleştirmesinin ardından, TEDAŞ'ın dağıtım sektöründeki hizmet görevi sona ermiştir. Yeni dönemde de kurumsal kimliğini koruyarak sektörde denetim ve takip sorumluklarını yürütmekte olan TEDAŞ, günümüzde Özelleştirme İdaresinin kendisine verdiği sorumluluk dairesinde,

Doğal tekel olan elektriğin dağıtım pazarı, Türkiye genelinde 21 bölgeye ayrılarak blok satış yöntemi ile özelleştirilmiştir. Bu yöntem özelleştirme de istenmeyen bir durum olan kamu tekelinin özel tekele dönüşmesi sorununu da beraberinde getirmektedir. Çünkü TEDAŞ yapısal olarak 21 farklı bölgede 21 şirketi görevli şirket olarak atamıştır. Bu durum Türkiye genelinde 21 farklı bölge için 21 tekel anlamına gelir. Halbuki yine bölgeler bazında görevli şirket belirlemek yerine halka arz yoluyla tesislerin veya dağıtım ağının özelleştirilmesi özelleştirme uygulamalarında hedeflenen toplumsal refahında sağlanmasında katkıda bulunabilirdi.¹⁶

Tablo 2. Dağıtım Şirketleri ve Kapsadığı İller ŞİRKET	GÖREV	İLLERİ
1	Akdeniz Elektrik A.Ş.	Antalya, Burdur, Isparta
2	Aras Elektrik A.Ş.	Erzurum, Ağrı, Ardahan, Bayburt, Erzincan, Iğdır, Kars
3	Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş.	Ankara, Kırıkkale, Zonguldak, Bartın, Karabük, Çankırı, Kastamonu
4	Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş.	İstanbul ili Rumeli Yakası.
5	Çoruh Elektrik Dağıtım A.Ş.	Trabzon, Artvin, Giresun, Gümüşhane, Rize

dağıtım şirketlerinin kısmi denetimi ve performanslarının takibi yönünde, EPDK ile görev paylaşımı içinde faaliyetini sürdürmektedir. YILDIZ, T. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, 07.12.2010 tarihli basın açıklaması, "Özelleştirme Sonrası TEDAŞ'ın Yeni Rolü" <http://ekonomi.haber7.com/ekonomi/haber/657783-ozellestirme-sonrasi-tedasin-yeni-rolu>, 14.07.2013

16 Türkiye elektrik dağıtım sektörünü işletme yükümlüsü olarak görevlendirilen kamu teşebbüsü TEDAŞ'ın özelleştirilmesi yöntemi için, 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun" 'un 15. Maddesi esas alınmıştır. Bu madde çerçevesinde yapılacak olan özelleştirmelerde, kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin, imtiyaz sayılan faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri niteliğinde olup, imtiyaz süresi 49 yılı geçmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Bu kanun doğrultusunda, TEDAŞ özelleştirmelerinde genel olarak işletme hakkı devrine (İHD) dayalı, işletme hisse satış yöntemi (İHS Modeli) uygulanmıştır. Bu modele göre yatırımcı, özelleştirilen dağıtım şirketinin bulunduğu bölgedeki elektrik dağıtım lisansına sahip tek şirket olmaktadır. Yatırımcı, dağıtım şirketinin hisselerinin sahibi olarak, TEDAŞ ile imzalanmış olan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi (İHD Sözleşmesi) çerçevesinde dağıtım varlıklarının işletme hakkını elde etmektedir. Ertilav, M. VE Aktel, M. "TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirmesi", Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi International Journal of Alanya Faculty of Business Yıl:2015, C:7, S:2, s. 101

6	Çamlıbel Elektrik Dağıtım A.Ş.	Sivas, Tokat, Yozgat
7	Dicle Elektrik Dağıtım A.Ş.	Diyarbakır, Şanlıurfa, Mardin, Batman, Siirt, Şırnak
8	Fırat Elektrik Dağıtım A.Ş.	Elazığ, Bingöl, Malatya, Tunceli
9	Gediz Elektrik Dağıtım A.Ş.	İzmir, Manisa
10	Göksu Elektrik Dağıtım A.Ş.	Kahramanmaraş, Adıyaman
11	İstanbul Anadolu Yakası Elektrik D. A.Ş.	İstanbul ili Anadolu Yakası.
12	Menderes Elektrik Dağıtım A.Ş.	Aydın, Denizli, Muğla
13	Meram Elektrik Dağıtım A.Ş.	Kırşehir, Nevşehir, Niğde, Aksaray, Konya, Karaman
14	Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş.	Eskişehir, Afyon, Bilecik, Kütahya, Uşak
15	Sakarya Elektrik Dağıtım A.Ş.	Sakarya, Bolu, Düzce, Kocaeli.
16	Toroslar Elektrik Dağıtım A.Ş.	Adana, Gaziantep, Hatay, Mersin, Osmaniye, Kilis
17	Trakya Elektrik Dağıtım A.Ş.	Edirne, Kırklareli, Tekirdağ.
18	Uludağ Elektrik Dağıtım A.Ş.	Balıkesir, Bursa, Çanakkale, Yalova
19	Vangölü Elektrik Dağıtım A.Ş.	Bitlis, Hakkari, Muş, Van
20	Yeşilirmak Elektrik Dağıtım A.Ş.	Samsun, Amasya, Çorum, Ordu, Sinop

III) ELEKTRİK DAĞITIMIN ÖZELLEŞTİRİLMESİNİN HUKUKİ ALTYAPISI

1. 3096 Sayılı Kanun:

Türkiye’de elektrik kurumu dışındaki kuruluşların elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ve ticareti ile görevlendirilmesi hakkında kanun hükümleri; Türkiye’de 1970’den beri TEK tarafından görülen bu faaliyetlerin bölünmesi ve özel sektörde pazara girişini sağlamaya çalışması bakımından elektrik dağıtımın özelleştirilmesinde atılan ilk yasal düzen-

leme olarak gösterilir. Nitekim amaç maddesinde bu durum vurgulanmıştır. *Madde 1 – Bu Kanunun amacı, Türkiye Elektrik Kurumu dışındaki özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri statüsüne sahip yerli ve yabancı şirketlerin elektrik üretimi, iletimi, dağıtım ve ticareti ile görevlendirilmesini düzenlemektir.* Elektriğin iletimi, dağıtım ve üretiminin özel şirketler tarafından görülmesinde var olan tesislerin işletme hakkının devri yolu benimsenmiştir. İşletme hakkının devri: Madde 5 – Görev bölgelerinde *kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilir.*¹⁷

2. 4628 Sayılı Kanun:

2001 yılında çıkarılan Elektrik Piyasası Kanunu elektriğin üretimi, dağıtım ve iletimi ile ilgili düzenlemeler getirmektedir. Bunun yanı sıra EPDK enerji piyasasında düzenleyici yani regüle eden kurum olarak planlanmıştır. Dağıtım piyasasında özeleşme işleminde bu kanunun önemi büyüktür çünkü dağıtımda belirlenen bölgelerde nasıl faaliyette bulunulacağı bu kanunda belirlenmiştir.

Dağıtım faaliyeti gösterebilecek tüzel kişiler: Elektrik enerjisi dağıtım faaliyetleri, dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgelerde yürütülür. Dağıtım şirketleri, buldukları dağıtım bölgesinde, başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasite temin edemeyen tüketiciler bulunması halinde, perakende satış lisansı alarak bu tüketicilere perakende satış yapmak ve/veya perakende satış hizmeti vermekle yükümlüdür. Dağıtım şirketleri, bölgelerinde, başka perakende satış şirketi ve/veya şirketleri bulunsa dahi perakende satış lisansı almak suretiyle tüketicilere perakende satış yapabilir ve/veya perakende satış hizmeti verebilir. Lisanslarında belirtilen bölgelerdeki dağıtım tesislerini işleten ve/veya sahip olan dağıtım şirketleri, bu tesislerin yenileme, ikame ve kapasite artırım yatırımlarını yapar, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan serbest tüketiciler dahil tüm sistem kullanıcılarına, dağıtım lisanslarının hüküm ve şartları ve dağıtım yönetmeliği hükümleri doğrultusunda ve yönetmelikte belirlenecek süreler içinde eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin elektrik enerjisi dağıtım ve bağlantı hizmeti sunar.

17 **Geçici Madde 2** – Bu Kanunun yayımı tarihinde mevcut elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticaret imtiyazına sahip şirketler; diledikleri takdirde, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına müracaat etmek suretiyle, 3üncü maddede anılan görev şirketine dönüşmelerini istediklerinde Bakanlar Kurulu Kararıyla kendilerine bu Kanun esasları içerisinde 99 yıla kadar süreli bir görevlendirme hakkı verilebilir. Bu madde hükmünün gerekli kıldığı sözleşme değişikliği Bakanlar Kurulu Kararından itibaren 3 ay içerisinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile şirket yetkilileri arasında imzalanır.

3) 6446 Sayılı Kanun:

2013 tarihli Elektrik Piyasası kanun hükümleri 2001 yılında çıkarılan kanunun tadil edilmiş halidir. Buna göre dağıtım sektörü, elektriğin son tüketiciye ulaştırılması işlevi olan dağıtım faaliyeti, bu faaliyeti yürüten dağıtım şirketi, faaliyetin tesis ve şebekesini içeren dağıtım sistemi ile dağıtım faaliyetinin tesis ve teçhizatını oluşturan dağıtım tesisi unsurlarından oluşmaktadır. Elektrik dağıtım faaliyeti; Kanunun 3. Maddesinde; *Elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden naklini*, lisans alan dağıtıcı şirketler kanunun 9 maddesi kapsamında hizmetlerini münhasıran o bölgede yürütmekle görevlidirler. Dağıtım faaliyeti, lisansı kapsamında, dağıtım şirketi tarafından lisansında belirlenen bölgede yürütülür. Dağıtım şirketi, lisansında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumludur. Piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişiler bir dağıtım şirketine ve dağıtım şirketi piyasa faaliyeti gösteren tüzel kişilere doğrudan ortak olamaz. Dağıtım şirketi, dağıtım faaliyeti dışında bir faaliyetle iştigal edemez.

Dağıtım şirketi; “belirlenmiş bir bölgede, elektrik dağıtım hizmet hakkını, EPDK tarafından verilen lisans ile devralan tüzel kişiliktir. Dağıtım şirketi, dağıtım faaliyetleri ile birlikte, lisansında belirtilen bölgedeki dağıtım sistemini, elektrik enerjisi üretimi ve satışında ki rekabet ortamına uygun şekilde işletmek, bu tesisleri yenilemek, kapasite ikame ve artırım yatırımlarını yapmak, dağıtım sistemine bağlı veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına, mevzuat hükümleri doğrultusunda, ayırım gözetmeksizin, hizmet sunmakla yükümlüdür.”¹⁸16 e) *Dağıtım şirketi: Belirlenen bir bölgede elektrik dağıtımını ile iştigal eden tüzel kişiyi,*

Dağıtım şirketi, lisansında belirtilen bölgedeki dağıtım sistemini elektrik enerjisi üretimi ve satışında rekabet ortamına uygun şekilde işletmek, bu tesisleri yenilemek, kapasite ikame ve artırım yatırımlarını yapmak, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin hizmet sunmakla yükümlüdür.

III) MAHKEMEYE YANSIYAN SORUNLAR Aktaş I Davası:

Aktaş şirketi İstanbul vilayetinin Anadolu yakasında 16. Görev bölgesi olarak belirlenen yerde Bakanlar Kurulu kararı ile elektrik dağıtıcısı olarak görevlendirilmiştir.¹⁹17 Bakanlar kurulu kararının ardından Enerji

18 Ertilyay, M., ve Aktel, M. “TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirilmesi”, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi International Journal of Alanya Faculty of Business Yıl:2015, C:7, S:2, s. 99

19 Bu konuya ilişkin Resmi Gazete: 24 Ağustos 1989 tarihli ve 89/14393 sayılı Bakanlar

ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Aktaş arasında Görev Sözleşmesi imzalanmıştır. 16. Görev bölgesinde elektriğin dağıtımı ile görevlendirilen Aktaş buna müteakip TEK ile tesislerin kullanımı için işletme hakkı devir sözleşmesinin imzalamıştır. Bu anlaşmaya karşı bir üçüncü kişi olan TEK'te çalışan bir işçi Danıştay'da iptal davası açmıştır.²⁰18 Danıştay bu sözleşmenin iptaline karar vermiştir. Kararda söz konusu işletme hakkı devri sözleşmesinin bir imtiyaz sözleşmesi olduğu vurgulanmıştır.²¹19 Dolayısıyla imtiyaz sözleşmeleri için Danıştay'ın görüşünün alınması zorunlu bir unsurdur. Bu unsurun yerine getirilmemesi halinde sözleşme geçersiz olacaktır. Aktaş davasında; imzalanan işletme hakkının devri sözleşmesi bir imtiyaz sözleşmesi olmasına rağmen Danıştay'ın görüşü alınmamıştır. Dolayısıyla iptal kararı hukuku uygundur.

Aktaş II Davası:

Danıştay'ın verdiği iptal kararı üzerine 3996 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı Ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanunun 5. Maddesi hükmüne dayanılarak "Görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebilir." TEK ile Aktaş arasında 16. Bölge için görev sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sefer imzalanan sözleşme Danıştay'ın görüşü alınarak yapılmıştır.²²20 Belirtmek gerekir ki bu sözleşmeden önce TEK'in yapısında değişikliğe gidilmiş ve dağıtım işi bir kamu teşebbüsü olan TEDAŞ'a bırakılmıştır. Dolayısıyla asıl muhatap TEDAŞ'tır. Elektrik Mühendisleri Odası, TEDAŞ ile Aktaş arasında

Kurulu Kararı, Resmi Gazete: 7 Eylül 1989 – 20275 (mükerrer)." Aktaş Elektrik Ticaret A.Ş.'ne, 16/8/1983 tarihli ve 85/9800 sayılı Kararnamenin eki Yönetmeliğin 2 nci maddesinde gösterilen 16 ncı görev bölgesinde, 30 yıl süre ile elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti yapma görevi verilmesi; Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı'nın uygun görüşüne dayanan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın 22/6/1989 tarihli ve 5326 sayılı yazısı üzerine, 4/12/1984 tarihli ve 3096 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 24/8/1989 tarihinde kararlaştırılmıştır ."

20 Danıştay 10. Dairesi, 29 nisan 1993 tarih ve E.1991/1 K.1993/1752 Sayılı karar.

21 Atiyas, İzak, and Burak Oder. "Türkiye'de özelleştirmenin hukuk ve ekonomisi." (2008) s.76.Danıştay'ın iptal gerekçeleri şöyle özetlenebilir.: İdari sözleşmeler, (i) taraflarından biri idare olan, (ii) kamu hizmetine ilişkin bulunan ve (iii) idareye ayrıcalık ve üstünlük tanıyan sözleşmelerdir. Kamu hizmeti niteliği taşıyan bir görevin yerine getirilmesi idari sözleşmeyle özel girişimciye devredilmişse, kamu hizmetinin imtiyaz usulüyle yürütülmesi söz konusudur. Dolayısıyla, TEK ile AKTAŞ arasındaki İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi bir imtiyaz sözleşmesidir. İmtiyaz sözleşmelerinin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi Anayasal ve yasal bir gerektir

22 İlgili sözleşme Danıştay incelemesinden geçirildikten sonra, 2 Aralık 1997 tarihinde, Bakanlık İle AKTAŞ arasında bir imtiyaz sözleşmesi imzalanmıştır. Danıştay 1. Daire, E. 1997/66, K. 1997/72

imzalanan bu imtiyaz sözleşmesine karşı iptal davası açmış ve yürütmenin durdurulmasını talep etmiştir. Danıştay yürütmenin durdurulmasını talebini uygun görmeyerek reddetmiştir.²³21 Fakat itiraz üzerine inceleme yapan mercii Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (“İDDGK”) yürütmenin durdurulması talebini reddeden Danıştay 10. Daire kararını bozarak dosyayı tekrar ilgili daireye yeniden karar verilmesi üzerine göndermiştir.²⁴22 Fakat 10. Daire , dava dairelerinin belirttiği hususları dikkate almamış ve adeta karara direnmiştir. Bunun üzerine EMO tekrar

itiraz etmiş ve İDDGK bu sefer işin esasına girerek kamu yararı gözetilmeden sözleşmenin imzalanması nedeniyle iptal kararı vermiştir.²⁵23 Bu dava rekabet ortamı sağlanmadan ve kamu yararı gözetilmeden yapılan idari sözleşmelerin iptali bakımından çarpıcı bir örnektir. Ayrıca şartnamede kayıp-kaçak oranlarının azaltılması için alınacak önlemlerin belirtilmemesi ve gerekli yatırımları yapılması için şartnameye taahhüt konulmaması iptalin başlıca sebepleri arasındadır.²⁶

23 Danıştay 10. Daire, E. 1998/6434, Kt. 10.03.1999

24 Atiyas, İzak, and Burak Oder. “Türkiye’de özelleştirmenin hukuk ve ekonomisi.” (2008) s.77.Dava dairelerinin tespiti şu şekilde özetlenebilir; “Aktaş, şartname hazırlanmadan, ihale yapılmadan, açıklık ve rekabet sağlanmadan görevlendirilmiştir. Aktaş’la 1997 yılına kadar mahsuplaşma yapılamamıştır. Bu nedenle idare tarafından alacak davaları açılmıştır. 1997 yılı itibarıyla alacak 23 trilyon Türk Lirasıdır. 1997 yılında yapılan mahsuplaşma da usulsüzdür. 1994 yılına ilişkin kesin ibralaşma tamamlanmamıştır. Ayrıca repo ve gecikme zammı gelirleri mahsuplaşma dışında tutulmuştur. Aktaş 1994 yılında TEDAŞ’tan elektriği 1,165 TL/KWh fiyatla satın almış, ancak TEDAŞ’a 1,196TL/KWh fiyatla elektrik satmıştır. Aktaş, 1994’te kâr etmesine rağmen, zarar göstererek kârını sonraki yıla aktarmıştır. Aktaş tarafından yapılan bir ödeme ilgili bankanın kapatılması nedeniyle tahsil edilememesine rağmen, ödeme yapılmış gibi işlem yapılmıştır. Aktaş tarafından taahhüt edilenin üstünde bir kayıp kaçak oranı kabul edilmiştir. Aktaş’ın yan şirketlerine yaptırdığı işlerin piyasa değerinde olup olmadığı şüphelidir. Aktaş TEDAŞ’la karşılaştırıldığında iktisadi çalışmamaktadır. Bu hususlar karşısında, görev/imtiyaz sözleşmesi imzalanmasına ilişkin işlemlerin amaç unsuru bakımından kamu yararına uygun olup olmadığının ve idarenin hizmeti gördüreceği kişiyi seçerken takdir yetkisini kamu hizmetinin en verimli ve etkin biçimde işletilmesi gereğinden hareket ederek mali ve teknolojik olanakları, güvenilirlik ve deneyim gibi bazı nitelikleri ön planda tutarak kullanıp kullanmadığının incelenmesi gerekmektedir.”

25 Atiyas, İzak, and Burak Oder. “Türkiye’de özelleştirmenin hukuk ve ekonomisi.” (2008) s.78. Davanın esası hakkında:Dava konusu işlemler 3096 sayılı Kanunda öngörülen yetki ve şekil kurallarına uygun olarak yapılmıştır. Aktaş hakkında düzenlenen raporlarda belirtilen hususlar ile davalı idarelerle Aktaş arasında çıkan sorunlar ticari ve mali konulara ilişkindir. İdarenin etkin denetim eksikliğinden de kaynaklanan bu sorunların idarelerce veya mahkemelerce çözümlenmesi gerekmektedir. Bunlar sözleşmenin imzalanmasına engel olacak nitelikte değildir. Mali hususlar haricinde, Aktaş’ın elektrik iletim ve dağıtımına ilişkin hizmetlerin yürütülmesinde bir aksaklık saptanamamaktadır. Kayıp-kaçak oranlarında yükselme olmakla birlikte, bu oranlar idarenin görevli olduğu bölgelerdekenden düşüktür.

26 Atiyas, İzak, and Burak Oder. “Türkiye’de özelleştirmenin hukuk ve ekonomisi.” (2008)

SONUÇ

Türkiye’de elektriğin üretimi, iletimi ve dağıtımını 1970’de çıkarılan 1312 Sayılı kanun uyarınca Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) tarafından yerine getirilmekte idi. 80’lerde başlayan özelleştirme akımı sonrası kamu iktisadi kuruluşları veya bir tekel hizmetini görülmesi için kurulan KİK’lerin gördüğü hizmet ticari ilkelere göre çalışan özel sektöre gördürülmeye başlanmış ve devlet bu piyasalarda sadece düzenleyici ve denetleyici role bürünmüştür. Bu doğrultuda TEK öncelikle iletim, dağıtım ve üretim bakımından üç kamu teşebbüsüne bölünmüştür. TEDAŞ tarafından görülen elektriğin tüm Türkiye’ye dağıtım işi ülke çapında 21 bölge belirlenerek her bir şirketle görev sözleşmesi yapılmak suretiyle özelleştirilmiştir. TEDAŞ’ın Özelleştirilmesinden beklenen ekonomik kazanç tüm özelleştirme uygulamalarının %21’i gibi önemli bir paya sahiptir. Fakat özelleştirme yöntemi olarak blok satışın benimsenmesi kamu tekeli yerine belirlenen 21 bölgede özel tekellerin oluşmasına neden olmuştur. Özelleştirme uygulamasında kullanılan yöntem işletme hakkının devri yöntemidir. Burada yargıya yansıyan Aktaş I davasında Danıştay bu sözleşmenin bir imtiyaz sözleşmesi olduğunu ve dolayısıyla Danıştay’ın görüşünün zorunlu olduğunu belirtmiştir.

KAYNAKÇA

ALTINTAŞ, M.B. Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi ve Özelleştirmenin Sermaye Piyasasına Etkileri, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara. (1988).

ARSLAN, S. “Elektrik Enerjisi Sektöründe Serbestleşme, Yeniden Yapılanma, Özelleştirme Uygulamaları ve Dünya Örnekleri”, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Ankara. (2008)

ATİYAS, İzak, ve ODER Burak. “Türkiye’de özelleştirmenin hukuk ve ekonomisi.” (2008)

ÇETİNKAYA, Ö. Türkiye’de Devlet İşletmeciliği ve Özelleştirme, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, (2007).

ERTİLAV, M. VE AKTEL, M. “TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirke-

s.79 Bu olayda şirketin hizmet sunumunu etkin bir biçimde yapması için gerekli önlemlerin alınmaması, kayıp kaçak oranları dâhil performans kriterlerinin belirlenmemesi, gerekli yatırımların yapılmasını öngören, yapılan yatırımların gerçekten gerekli olup olmadığını denetleyen bir mekanizmanın kurulmaması ve görevlendirilecek veya sözleşme imzalanacak şirkette aranacak koşulların belirlenmemesi şeklindeki zafiyetler ön plana çıkmaktadır. Daha da önemlisi, hizmeti sunacak şirketin seçimi de herhangi bir rekabet ortamı yaratılmadan gerçekleştirilmiştir. Öte yandan, Aktaş II olayını sonuca bağlayan kararlar, yargının, özelleştirme sonucunda elde edilmesi amaçlanan faydaları kamu yararı içinde gördüğünü açık şekilde ortaya koymaktadır

ti) Özelleştirmesi”, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi International Journal of Alanya Faculty of Business Yıl:2015, C:7, S:2

ÖİB, Verileri, <http://www.oib.gov.tr/yayinlar/yayinlar.htm> (01.05.2014) 2014

ÖİB., Türkiye Elektrik Dağıtım Sektörü Özelleştirmesi, Tanıtım Dokümanı, 2010, <http://www.oib.gov.tr/2010/dosyalar/TEDAS%20Teaser%20T%C3%BCrk%C3%A7e%20v05-> (2010)

ŞEN, Ahu. “Özelleştirme Sürecindeki Tedaş'ın (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Yeniden Yapılandırılması» Yüksek Lisans Tezi, 2007

YILDIZ, T. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, 07.12.2010 tarihli basın açıklaması, “Özelleştirme Sonrası TEDAŞ'ın Yeni Rolü”<http://ekonomi.haber7.com/ekonomi/haber/657783-ozellestirme-sonrasi-tedasin-yeni-rolu>, 14.07.2013

ÖZEL YAŞAMA SAYGI HAKKI ÇERÇEVESİNDE UNUTULMA HAKKINA İLİŞKİN KARAR ANALİZİ

Av. Özge DUMAN¹

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 06.03.2016 TARİHLİ 2013/5363
BAŞVURU NUMARALI N.B.B KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

I. KÜNYE

BAŞVURUCU : N.B.B.
BAŞVURU NUMARASI : 2013/5363
KARAR TARİHİ : 03 MART 2016

II. BAŞVURUNUN KONUSU

Başvuru, başvurucu hakkında yapılmış olan ve ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet sitesindeki haber arşivinde erişilebilir konumda olan bir haber ve yayınlarla ilgili içeriğin yayından kaldırılması yönünde yapılan talebin ilk derece mahkemeleri tarafından reddolunmasının başvurucunun şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal ettiği hakkındadır.

III. MADDİ OLAYLAR

Başvurucu hakkında uyuşturucu kullandığı iddiasıyla yürütülen bir ceza kovuşturması neticesinde adli para cezasına hükmedildiği bir olaya ilişkin olarak, 1998 yılında iki 1999 yılında ise bir tane olmak üzere toplam üç tane haber başlığı yayınlanmış olup haberler ulusal ölçekte yayın yapan bir gazetenin internet haber arşivi sayfalarında halen erişilebilir durumdadır. Başvurucu tarafından ilgili basın kuruluşuna hakkında yapılan haberlerin halen yayında olduğundan bahisle 02.04.2013 tarihinde bu işbu internet yayının yayından kaldırılması için ihtarname keşide edilmiştir. İhtarnamede, internet sitesinde yayımlanan haberlerin, başvurucunun şeref ve haysiyetini zedelediği, özel hayatına ilişkin mahremiyetini

¹ Avukat. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

ortadan kaldırdığı, topluma mal olmuş ünlü bir şahıs olmamasına rağmen başta aile yaşantısı olmak üzere iş ve sosyal hayatını olumsuz yönde etkilediğine yer verilmiştir.

04.05.2007 tarihli 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinin 1 numaralı fıkrası gereğince söz konusu internet sitesinin iki gün içerisinde işbu haber içeriğini yayından kaldırmaması sebebiyle, bu içeriklerin yayından kaldırılması için ilgili basın kuruluşu aleyhine 18.04.2013 tarihinde Sulh Ceza Mahkemelerine başvuruda bulunmuştur.

IV. YEREL MAHKEMELERİN TUTUMU

Başvuru, İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından değerlendirilmiştir. Mahkeme 22.04.2013 tarih ve 2013/314 değişik iş sayılı kararı ile talebin kabulüne karar vermiştir. Gerekçesinde ise, “ yazı içeriğine yönelik yapılan incelemede, 1998 yılında gerçekleşen bir olay nedeniyle kamuoyuna yansıtılan bir haber niteliğinde olduğu anlaşılmış olup basının görevi genel olarak kamu yararı ve toplumsal ilgi taşıyan, gerçek ve güncel haberlere ilişkin bilgi vermek, düşünceye sevk etmek, eleştiri yorum ve uyarılarda bulunmak olarak tanımlandığında talebe konu yazının güncelliğini yitirdiği, haber değerinin bulunmadığı, gündemde kalmasında kamu yararı bulunmadığı ve bu haliyle muhatabının özel hayatına ilişkin incitici ve örseleyici bir bilgi niteliğinde olduğu ve her isteyenin kolaylıkla özel hayata erişme olanağı sağlaması bakımından kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu gözetilerek, yazı içeriğinin yayından çıkarılması talebinin kabulü gerektiği değerlendirilmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Söz konusu karara, ilgili basın kuruluşu tarafından itiraz edilmiş, işbu itiraz ise İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından değerlendirilerek kabul edilmiş ve İstanbul 36. Sulh Ceza Mahkemesinin kararı kaldırılmıştır. Kararda, “Talep konusu ve isimli sitelerde yayınlanan başlıklı haberlerde içeriğin yayından çıkarılması talebinde bulunanın şeref ve haysiyetini ihlal edici bir içerik bulunmadığı gibi arşiv niteliğindeki haberin yayınlandığı tarihte görünür gerçekliğe uygun olduğu, yazıda talepte bulunanı rahatsız edici (kanaat ve olgu biçiminde) görüşler olsa da olguların daha sonra yanlış çıkması halinde dahi hak ihlal etme kastı bulunmayan gazetecinin bundan sorumlu tutulmacağı, talepte bulunanın kişilik haklarına saldırı niteliğinde söz ve cümlelerin kullanılmadığı anlaşılma ile itirazın kabulüne” gerekçelerine yer verilmiştir.

Bunun üzerine Başvurucu tarafından 22 Temmuz 2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

V. İLGİLİ HUKUK

Bu kısımda, karar analizi çerçevesinde ilgili olan Anayasa, 5651 sayılı yasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi maddelerine yer verilecektir.

5651 sayılı kanunun 6518 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce başvuru tarihinde yürürlükte bulunan *içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı* başlıklı 9. maddesinin ilgili fıkraları şu şekildedir:

“(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

Anayasa'nın *Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı* başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir.

“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir

Anayasa'nın *Özel Hayatın Gizliliği* başlıklı 20. maddesine 12.09.2010 tarihinde eklenen üçüncü fıkrasının madde metni aşağıdaki gibidir;

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Anayasa'nın *Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti* kenar başlıklı 26.maddesinin madde metni;

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sisteminde bağlanmasına engel değildir.

(Değişik: 3/10/2001-4709/9 md.) *Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.*

(Mülga: 3/10/2001-4709/9 md.) *Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.*

(Ek fıkra: 3/10/2001-4709/9 md.) *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”*

Anayasa'nın “*Basın Hürriyeti*” kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili fıkraları aşağıdaki gibidir.

“Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır. Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı başlıklı 8. maddesi ise

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal

güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” Şeklinde dir.

VI. ANAYASA MAHKEMESİNİ İHLAL TESPİTİNE GÖTÜREN SÜREÇ

A. BAŞVURUCUNUN İDDİALARI

Başvurucu Anayasa'nın 12., 17., 20., 25., 26., 27., ve 32. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

B. KABUL EDİLEBİLİRLİK BAKIMINDAN

Anayasa Mahkemesi, başvuru, yapmış olduğu bireysel başvuruda, her ne kadar yukarıda değinilen maddeler bakımından haklarının ihlal edilmiş olduğunu ifade etmiş olsa da başvuruyu 17/1., 20/3., 26., maddelerde düzenlenen hakların ihlal edilip edilmemesi yönünden incelemiştir.

Bilindiği üzere, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca bireysel başvuru yapılmadan önce tüm iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi de önüne gelen işbu başvuruyu esas yönünden incelemeye geçmeden önce iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediği hususunu ele almış ve başvuru hakkının şeref ve itibarına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca Sulh Ceza Mahkemelerine başvuruda bulunmuş olduğunu diğer hukuki yollara ise başvurmadığını tespit etmiştir. Bu kısımda Mahkeme tarafından başvuruya konu olay yönünden hukuk mahkemelerinde dava açılacağı hususu da göz önüne alınarak sulh ceza mahkemelerine başvurunun etkili bir başvuru yolu olup olmadığı değerlendirilmiş ve nihayetinde Mahkeme tarafından, başvuru hakkında yapılan haberlerin internet haber arşivinde oldukça uzun bir süre erişilebilir konumda olduğu düşünüldüğünde kişinin şeref ve itibarının ve kişisel verilerinin korunmasının bu yayının bir an evvel kaldırılması ile sağlanacağı göz önüne alınarak yapılan başvurunun etkili bir başvuru yolu olduğu kabul edilmiştir.

Başvurucunun şikayetlerinin de Anayasa'nın 17. Maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı kanaatine varan başvurunun kabul edilebilirlik şartlarına haiz olduğu kanaatine varmıştır.

C. ESAS BAKIMINDAN

Anayasa Mahkemesi başvurunun esas bakımından aşağıda değineceğimiz birkaç hususa dikkat çekmekte ve ihlal tespitinde ve iddiaların değerlendirilmesinde bu kriterleri vurgulamaktadır.

İlk olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin şeref ve itibara yapılan müdahaleleri AIHS'in 8. maddesi kapsamında değerlendirildiğini ve kişisel itibarın korunması hakkının Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan özel yaşama saygı hakkının bir parçası olduğu değerlendirmesini yapan Mahkeme, kişisel itibarın korunması hakkını Anayasa'nın 17/1. maddesi çerçevesinde değerlendirmiş, maddenin olaya uygulanabilmesi için belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin kendi eylemleri sonucunda şeref ve itibarının zedelenmesine sebebiyet vermemesi gerektiğini ancak internet ortamında uzun süredir devam eden yayınlar bakımından ise bu ön koşulların farklı değerlendirilmesi gerektiğini ve internet ortamının sağladığı kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşliğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haberlerin internet ortamında uzun bir süre kalması halinde kişilerin şeref ve itibarını zedeleyeceğine değinmiştir.

İnternet ortamında yayınlanan haberlerin kişisel verilerin korunması hakkıyla da bağlantısı olduğu kanaatine varan Mahkeme, bu hakkın yalnızca kişisel verilerin işlenmesi sırasında değil veriler işlendikten sonra da düzeltilmesini veya silinmesini talep etme hakkını içerdiğini ancak her ne kadar kişisel verilerin, Anayasa'nın yukarıda yer vermiş olduğumuz 20/3. Maddesi uyarınca yalnızca kanun veya kişilerin açık rızalarıyla işlenebilecek olsa da ifade ve basın özgürlüğü çerçevesinde yapılan bir haberin bunun istisnasını teşkil ettiğini buradaki temel meselenin ise, bireyin geçmişte haber yapılmış ve gerçeğe aykırılığı ileri sürülmeyen davranışlarının artık hatırlanmasını istenmiyor olması olduğunu tespit etmiştir.

İnternetin etkin olarak kullanılabilir hale gelmesinin ifade ve basın özgürlüğü hakkı ile şeref ve itibarın korunması hakkı arasında var olan ve eşit düzeyde korunması gereken dengeyi ilkinin lehine bozduğunu bu denge- nin yeniden kurulabilmesinin ise ancak bireylerin şeref ve itibarlarının korunması yönünden unutulma hakkının kabul edilebilmesiyle mümkün olacağını ifade eden Mahkemeye göre unutulma hakkı, internet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişimin engellenmesi için bireye yeni bir sayfa açma olanağı verme hususunda Anayasa'nın 5., 17., 20., maddelerinin doğal bir sonucu olup devletin bireylere yönelik bir pozitif yükümlülüğüdür.

Mahkeme, unutulma hakkı kapsamında bir içeriğin internet ortamından kaldırılabilmesi için incelenmesi gereken belli başlı kriterler olduğuna değinerek bunları; *yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı, habere konu olan kişinin toplumdaki yeri, haber veya makalenin*

konusu, haberin olgusal gerçek veya değer yargısı içerip içermediği, toplumun ilgili veriye yönelik ilgisi şeklinde sıralamıştır.

Anayasa Mahkemesi 17. Madde yönünden yapmış olduğu değerlendirmenin ardından başvuruyu bir de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü hakları yönünden ele almış olup bu kapsamda internet haberciliğinin de basının temel işlevi olan gözetleyicilik görevini yerine getirdiği müddetçe ve haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünü kapsadığı düşünüldüğünde, bu haberlerin de ifade ve basın özgürlüğü kapsamında korunabileceğini, bu nedenle yukarıda da yer verildiği üzere bu iki hak arasındaki dengenin kurulması gerektiği fakat geçmişteki olayların arşivlenmiş olması halinde çatışan işbu haklar arasındaki dengelemenin güncel olaylara yönelik yapılan haberlere nazaran daha farklı yorumlanması gerektiğini tespit etmiş ancak bunun geçmişin yeniden yazılması anlamına gelmeyecek şekilde sağlanması gerektiğini vurgulamıştır.

Sonuç olarak, Mahkeme yukarıda yer verilen kriterleri başvuru konusu habere uyguladığında haberin arşivde kolayca erişilebilir konumda bulunması için gerekli olan haber değerinin devam etmediğini, haberin geleceğe ışık tutabilecek bir niteliğe sahip olmadığını, güncelliğini yitirdiğini tespit etmiş başvurucunun da kamu yararı yönünden siyasi veya medyatik bir kişiliğinin olmadığı da göz önüne alındığında hakkında uyuşturucu madde kullanırken yakalanması nedeniyle yapılan bir yargılamaya ilişkin haberlerin halen erişilebilir konumda olmasının itibarını zedelediği, bu haber içeriklerinin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi ve haberlere erişimin engellenmesi gerekmektedir talebin reddedilerek ifade ve basın özgürlüğü hakkı ile başvurucunun manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin kurulamadığını ifade ederek Anayasa'nın 17. Maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

VII. DEĞERLENDİRME

AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkı kapsamında dört alt kategori olarak ifade edebileceğimiz hukuksal çıkar korumakta olup bunlar, özel yaşama saygı hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, konuta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkı şeklindedir.

AİHS'in 8. Maddesindeki alt-kategori haklardan biri olan özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuki çıkarlardan biri de "bireyin mahremiyetinin korunması hakkı"dır.² Bu hak esasen, bireyin kendisi

2 İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta Yayınları, Ekim, 2013; Öncü, Gülay, Arslan, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 314

hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hakkı olarak karşımıza çıkmakta olup bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması ve bu bilgilere başkalarının ulaşmaması, kısacası bu bilgilerin mahrem kalması şeklinde ifade edilebilir.³

Kişilerin itibarın korunması hakkı da AİHM tarafından 8. madde çerçevesinde korunan bir hukuksal çıkar olarak değerlendirilmiş olup, bir kararında (*Pfeffer V Avusturya*) itibarın söz konusu eleştiri bir toplumsal tartışmada dile getirilmiş olsa bile, ulusal mahkemelerce korunması yükümlülüğünü getiren, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğu ifade edilmiştir.⁴

Uluslararası hukuk bağlamında oldukça yeni bir hak olarak karşımıza çıkan unutulma hakkı ise hem kişisel verilerin korunması hakkı hem de mahremiyetin korunması hakkıyla yakından ilişkili olup temelde aynı amacı taşımakla birlikte aşağıda ifade edilecek olan bazı özellikleri sebebiyle bu iki haktan ayrılmakta ve hem uluslararası hukukta hem de yeni iç hukukta ayrı bir hukuksal çıkar olarak kabul görmektedir.⁵

Unutulma hakkı, gündemde olmayan yani güncellik taşımayan bir haber veya resimden dolayı kişilik hakları her gün, her saat ve her dakika ihlal edilen veya ihlal edilmeye dair somut bir tehlikeyle karşı karşıya kalan insanların, gerçeklik taşıyıcılar bile güncel olmayan haber, fotoğraf veya görüntülerin yer aldığı kamuoyuna ulaşma kaynaklarından kaldırılması, bu haber, fotoğraf veya görüntülere ulaşılmasının engellenmesi suretiyle kişilik haklarının korunması anlamına gelmekte olup⁶ öğretilerde silme hakkı olarak da tanımlanmış ve özellikle internet ortamındaki bilgilerin, belirli bir süre sonunda arama motorları aracılığıyla bireylere ulaşmasının engellenmesi olarak ifade edilmiştir.⁷

Bu hak, AİHS madde 8. uyarınca korunmasına rağmen, yakın geçmişimize kadar iç hukukumuzda benimsenen bir hak değildi. İlk olarak,

3 Öncü, Gülay Arslan, Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2011

4 Roagna, Ivana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 12.12.2016 http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb11_privatelifet_turkish.pdf

5 Yavuz, Can, İnternetteki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.54

6 Şen, Ersan, Unutulma Hakkı, (çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2100122-unutulma-hakki> (erişim tarihi: 23.10.2016)

7 Taşkın, Cankat, Unutulma Hakkı ve Bu Hakkın Türk Hukukunda Uygulanması, (çevrimiçi), <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2016/05/unutulma-hakk%C4%B1-siteye-ve-CVye-konan.pdf> (erişim tarihi:22.11.2016)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.06.2015 tarihli 2014/4-56 E., ve 2015/1679K., sayılı kararı⁸ ile içtihat yoluyla sistemimize dahil olmuş olup kararda unutulma hakkının niteliği, kapsamına ilişkin olarak “Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. [...] Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.” tespitlerine yer verilmiştir. Bu karar, öğretide unutulma hakkının kapsamını onun bağlantılı olduğu haklar aleyhine (kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği ve bir alt başlığı olan mahremiyet hakkı) genişlettiği ve bu haklar arasındaki ayrımın iyi yapılamadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.⁹

Unutulma hakkı, AİHS'in 8. maddesi kapsamında alt kategorilerden birisi olan mahremiyet hakkı çerçevesinde korunmakla birlikte özel olarak 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi'nin yerini alması amacıyla 2012 yılında teklif edilen Direktifin 17. maddesinde düzenlenmiş olup düzenlemeyle veri öznesinin kişisel verileriyle ilgili her türlü bağlantının, kopyanın ve örneğinin silinmesini talep etme hususunda kişisel verileri üçüncü kişilere açıklayan veri sorumlusuna yükümlülük öngörülmektedir.¹⁰ Örneğin, veriler çok uzun süredir toplanma amacına uygun bir biçimde kullanılmıyor ve veri öznesi de verilerin tutulmasına izin vermiyor ise veri denetçisi veri öznesine ait verileri gecikmeksizin silmekle ve daha fazla yayılmasını önlemekle yükümlüdür.

İç hukukumuz bakımından, 24.03.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 7/1. maddesinde “Bu kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hale getirilir” düzenlemesi ile üst başlık olarak unutulma hakkı ibaresine doğrudan yer verilmese de mevzuatımıza girmiş olduğunu söyleyebiliriz.

8 Karar için bkz.: <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-4-56.htm> (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 13.12.2016

9 Yavuz, a.g.e., s .99

10 Akgül, Aydın, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanının “Google Kararı””, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015, (çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1440> , Erişim Tarihi: 12.12.2016

Unutulma hakkı Avrupa Birliği nezdinde ilk olarak Mario Costeja Gonzáles adlı bir İspanyol avukatın, Google arama motorunda kendisi hakkındaki bir haber içeriğinin olayın üzerinden uzun yıllar geçmesine rağmen silinmemesi üzerine açtığı dava ile tartışılmıştır.¹¹ Olay Anayasa Mahkemesi önüne gelen N.B.B başvurusu ile de büyük benzerlikler taşımakta olup, kısaca sosyal güvenlik borcunu ödeyememesinden ötürü Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yapılan bir açık arttırma ile evinin satılmasına ilişkin yapılan haberin olay üzerinden uzun bir zaman dilimi geçmesine rağmen Google arama motorunda isminin aratıldığı zaman arama sonuçlarında gözükmesinden rahatsızlık duyan ve söz konusu durumun mesleki ve kişisel saygınlığını iddia ettiğini düşünen Başvurucunun İspanyol Veri Koruma Ajansına başvuruda bulunması, ajansın ise gazete için yapılan başvuruyu reddetmesi, Google İspanya ve Google'a karşı yapılan başvuruyu ise "arama motoru operatörlerinin veri koruma mevzuatına tabi olduklarını çünkü onların veri işlemekten sorumlu olduğu ve bilgi toplumunda aracı olarak hareket ettiği, bu nedenle bilgilerin bulunduğu internet sitesinden ilgili veriler silinmese bile arama motorlarının sorumluluğuna gidilebileceği" gerekçesiyle kabul etmesi üzerine Google İspanya ve Google şirketleri tarafından Ulusal Yüksek Mahkemeye başvuru yapılması, Yüksek Mahkemenin ise başvuruyu ön karar vermesi bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanına sevk etmesi şeklindedir.¹²

ABAD tarafından ise, arama motorlarının "denetleyici" olduğu, bu bağlamda yalnızca üçüncü kişilerin haber içeriklerine ulaşmalarına aracılık ettiğini; arama motorları sayesinde kullanıcıların üçüncü kişiler tarafından internete yerleştirilmiş olan içerikleri bulduğu; arama motorlarının verileri indeksleme, depolama ve son kullanıcılara ulaşmasını sağlama açısından düzenleyici rol üstlendiği için denetleme sıfatlarından ötürü sorumlu olduklarını, veri öznelerinin adıyla arandığında rahatlıkla bulunabilen verilerin arama motorları tarafından kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir.¹³

Unutulma hakkı yönünden de bu kararda önemli tespitlere yer verilmiştir: Bu hakkın uygulanabilmesi için bir içeriğin yer aldığı internet sayfasından kaldırılması yönünde idari veya yargısal bir makam tarafından bir karar verilmesine gerek olmadığı, unutulma hakkına ilişkin bir başvuru yapıldığı zaman veri öznesinin silinmesini istediği bilgilerle alakalı

11 Taşkın, a.g.m., s. 1

12 Karar için bkz., <http://www.taa.gov.tr/indir/avrupa-birligi-adalet-divanininin-13-mayis-2014-tarihli-google-unutulma-hakki-karari-bWFrYWxlfDgwOTVjLTgxY2FiLWNm-MGJkLWY5NGQ1LnBkZnw3MTY/> (çevirmici), Erişim Tarihi: 13.11.2016

13 Yavuz, a.g.e., s. 80

bir hakkının olup olmadığı ve bilgilerin bizzat onu ilgilendirip ilgilendirmediğinin incelenmesi gerektiği, unutulma hakkını göstererek bir verinin arama sonuçlarından kaldırılmasını talep edildiğinde internette veri sahibi hakkında yer alan bilgiler neticesinde veri öznesi hakkında bir önyargının oluşup oluşmadığının araştırılmasına gerek olmadığı, talep halinde incelenecek olanın ilgili verilerin veri öznesini ilgilendirip ilgilendirmediği olduğu ifade edilmiştir.¹⁴ Burada dengede tutulması gereken unsur ise unutulma hakkını kullanmak isteyen kişinin bu hakkını kullanırken korumak istediği hukuksal çıkarı ile toplumun o kişinin adıyla yapacağı arama sonucunda edinebileceği bilgileri edinme menfaatinden daha ağır basıp basmadığıdır. Divanın unutulma hakkına yönelik tespit ettiği istisnalar ise; ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol ve halkın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi şeklindedir.¹⁵

Söz konusu karar, arama motorlarının belirli bir süre geçtikten sonra mevcut linkleri silerek kullanıcıların unutulmalarına olanak tanınması gerektiğine işaret etmektedir. Kararın önem taşıyan bir diğer yönü ise verilerin orijinal hallerinin kaynak sitede yayınlanmasının yasal olduğu durumlarda dahi arama motorlarının bu sayfalara ulaşmak maksadıyla verdikleri bağlantıları kaldırmak zorunda bırakabileceğine hükmedilebilecek olmalarıdır.¹⁶

ABAD, 8 Nisan 2014 tarihli “*Digital Rights Vireland*”¹⁷ kararında da bu konuyu ele almış ve kişisel nitelikteki bilgilerin, geçerli ve hukuki bir neden olmadıkça, belli süreler geçtikten sonra veri öznelerinin talebi üzerine arama motorlarından kaldırılması gerektiğine, kaldırılmamasının veya kişilere başvuru hakkı tanınmamasının özel hayatın gizliliğini ihlal edeceğine hükmetmiştir. Yine, Google Spain kararına benzer biçimde kamuya mâl olmuş kişilere ilişkin bilgilerin öğrenilmesinde üstün kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle içeriklerin silinmeyebileceğine de değinmiştir.¹⁸

Hal böyle olmakla birlikte yukarıda ifade edilenler, bireyin geçmişine yönelik artık görmek istemediği veriler bakımından her durumda unutulma hakkının varlığının kabulüne karar verileceği anlamına gelmemektedir. Önemle belirtmekte fayda vardır ki, unutulma hakkı Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere “geçmişin yeniden yazılması” na sebebiyet verilecek şekilde kullanılamaz.

14 Yavuz, a.g.e., s. 83

15 Akgül, a.g.m., s.32

16 Akgül, a.g.m., s.32

17 Karar için bkz., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=138459> (çevrimiçi)

18 Taşkın, a.g.m., s. 3

Bu durumda bu hakkın varlığını değerlendirirken bazı unsurların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bunlar ise, öğretide ve yine yukarıda analiz edilen AYM kararında; veri öznesinin kamusal alandaki rolü, bilginin mahiyeti, bilginin kaynağı ve bilginin yayımlanmasından sonra aradan geçen zaman şeklinde tespit edilmiş bulunmaktadır.

Yukarıda, bu hakkın mahremiyet hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı ile ilişkili olduğundan ancak bu hakkın karakteristik bazı özellikleri nedeniyle iki hakkın birer unsuru, alt başlığı olmaktan ziyade ayrı bir hukuksal çıkar olarak korunduğundan söz edilmişti. Google Spain kararı ışığında söz konusu farklılıkların neler olduğuna değinecek olur isek bunlardan ilki unutulma hakkının konusu bakımındandır. Bu hakkın konusunu sadece hukuka aykırı veriler değil aynı zamanda yayımlandığı tarihte hukuka uygun olan veriler de oluşturmaktadır. Bilindiği üzere bir haberin, basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü kapsamında korunabilmesi için kamu yararı, toplumsal ilgi, gerçeklik, güncellik ve konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlılık gibi unsurların bir arada bulunması gerekmektedir¹⁹ olup bir haber yayımlandığı tarihte bu unsurları uhdesinde taşıyor olsa bile değişen koşullar nedeniyle unutulma hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilebilecektir. Yine zaman ve mekan unsuru bu hakkı diğer haklardan ayıran diğer unsurlardır. Bir kişisel verinin internette yayımlanma tarihinde verinin yayımlanması lehine olan hukuki menfaatler aleyhine olanlardan daha baskın olabilmekle birlikte aradan geçen zaman ve değişen şartlar sebebiyle internette yayımlanmış olan bu kişisel veri hukuka aykırı hale gelebilir.²⁰ Her ne kadar öğretide aksini savunanlar da olsa unutulma hakkının yalnızca internet üzerinde yer alan veriler yönünden geçerli olacağı bu sebeple de özel hayatın korunması ve mahremiyetin korunması haklarına nazaran daha sınırlı bir alanı korumakta olduğu ifade edilmektedir.²¹

Unutulma hakkı öğretide, yukarıda değinilen “geçmişini yeniden yazma” durumunun oluşmasına aracılık edeceği ve çatışma halinde olduğu ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün ölçsüz bir biçimde sınırlanabileceği gibi nedenlerle eleştirilmektedir.

Unutulma hakkı ve ifade özgürlüğü hakkı birbiriyle yakın ilişki içerisinde olan ve çatışan iki hak olarak karşımıza çıkmakta olup ABAD Google Spain kararında, genel kural olarak yayına konu olan kişinin temel hakları arama motorlarının verileri işlemlerinden elde ettiği ekonomik çı-

19 Şen, a.g.m, s.4

20 Yavuz, a.g.e.,s.54

21 Yavuz, a.g.e.,s.54

kardan ve internet kullanıcılarının bilgiye erişme hakkından daha ağır basmakta olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle çatışan işbu iki hak yönünden ağırlığı ve korumanın ağırlığını unutulma hakkı yönünden kullanmış bulunmaktadır.²²

Yukarıda incelediğimiz AYM'nin N.B.B kararında da başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının korunması bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkının etki alanını genişletmenin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlali sonucunu doğurabileceği, basının görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi olduğu bu nedenle şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ile basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü arasında bir dengenin kurulması gerektiği ancak geçmişteki olayların arşivlenmiş olması halinde çatışan haklar arasındaki dengelemenin güncel olaylara ilişkin yapılan haberlerden daha farklı yorumlanmasının makul olacağı kanaatine varılmıştır.²³

Öğretide bu dengenin sağlanması için internet ortamında yer alan haber, bilgi ve metinler ile ilgili özel bir yasal düzenlemenin yapılması gerektiği, adli haberler bakımından ise azami yayın süresi tespit edilmesi ve bu sürenin sonunda herhangi bir başvuruya gerek kalmaksızın yayın sahibi veya yetkilisi tarafından yayından kaldırılmasının öngörülmesinin faydalı olacağı ifade edilmektedir.²⁴

Sonuç olarak, bireye hayatında yeni bir sayfa açma olanağı ve geleceğini serbestçe şekillendirme hakkı tanınması yönünden²⁵ oldukça önemli bir hukuksal çıkar olduğunu düşündüğümüz unutulma hakkının kapsam ve sınırlarının AYM kararında ifade edildiği ölçütler uyarınca belirlenmesi ve her somut olay bakımından bu ölçütler uyarınca ayrıca değerlendirilmesi gerektiği, geçmişin yeniden yazılmasını sağlayacak ölçüde sınırlarının geniş tutulmamasını, ifade ve basın özgürlüğü ile adil bir dengenin kurulmasına dikkat edilerek korunması gerektiği ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

Akgül, Aydın, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanının "Google Kararı"", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2015, (çevrimiçi), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1440>

22 Yavuz, a.g.e., s. 153

23 Karar için bkz; <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/basin/kararlarailiskinbasinduyurulari/bireyselbasvuru/detay/pdf/2013-5653.pdf> (64 ve 66. Paragraflar) (çevrimiçi) Erişim Tarihi:12.12.2016

24 Şen, a.g.m, s.6

25 Akgül, a.g.m., s.35

İnceoğlu, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Yayınları, Ekim, 2013; Öncü, Gülay, Arslan, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”

Öncü, Gülay Arslan, Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2011

Roagna, Ivana, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması”, (çevrimiçi), Erişim Tarihi: 12.12.2016 http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb11_privatelife_turkish.pdf

Şen, Ersan, “Unutulma Hakkı”, (çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2100122-unutulma-hakki> , Erişim Tarihi: 23.10.2016

Taşkın, Cankat, “Unutulma Hakkı ve Bu Hakkın Türk Hukukunda Uygulanması”, (çevrimiçi), <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2016/05/unutulma-hakk%C4%B1-siteye-ve-CVye-konan.pdf> ,Erişim Tarihi: 23.10.2016

Yavuz, Can, İnternetteki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması, **Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2016

TENKİS DAVASINI DÜZENLEYEN DÖRT MADDE HATALIDIR

Erdoğan GÖKÇE¹

I – Davalıların Seçimlik Haklarını Kullanmaları:

İlk hatalı düzenlemeyi anlatabilmek için önce seçimlik hakkın kullanılmasını bilmek gerekmektedir :

Davalılar seçimlik haklarını iki şekilde kullanabilirler. Eğer davalılar seçimlik haklarını usulüne uygun uyarıya karşın kullanmazlarsa, bu hakkı kullanma davacı tarafa geçer .

1) Davalı seçimlik hakkını kullanmış ve (malı seçip davacıya para vermeyi kabul etmişse) ilk Medeni Kanununun 506.ncı ve Türk Medeni Kanununun 564.ncü maddelerinde yer alan kurala göre,miras bırakanın kazandırdığı mal davalıda kalacak ve davacıya saklı payının karşılığı olan para seçimlik hakkın kullanılma günündeki değere göre hesaplanacaktır.

2) Davalı seçimlik hakkını kullanmış ve (parayı seçip davacıya maldan pay vermeyi kabul etmişse) İlk Medeni Kanununun 506. ve Türk Medeni Kanununun 564.ncü maddelerinde yer alan kurala göre, miras bırakanın kazandırdığı mallardan,sabit tenkis oranı kadar pay davacı adına tescil edilecektir.

Sabit tenkis oranının paydasından payı çıkartılacak ve elde edilen yeni kesir kadar pay davalı adına tescil edilecektir.

TMK'nın 564/2 maddesine göre **bu kere davacı davalıya,tasarruf nisabı kadar para ödeyecektir**. Davacının davalıya ödeyeceği paranın tutarı seçimlik hakkın kullanılma günündeki değere göre hesaplanacak,bulunan tutar karar tarihine taşınacaktır.

Ancak bu takdirde sabit tenkis oranın payı bu kere (tasarruf nisabı) (tasarruf edilebilir kısım) kadar olacaktır. Bunu paylarla söylemek gerekirse:

Eski Medeni Kanun zamanında ölenlerin mirasında yukarıda yazılı olan sabit tenkis oranının paydası (saklı pay) kadardır. Altsoyun saklı payı miras payının 3/4 ü kadardır. (Tasarruf edilebilir kısım ise) miras

1 Fatih Emekli Hukuk Hakimi

payının (1/4) ü kadardır. Diğer söyleyişle yeni sabit tenkis oranının payı yukarıda bulunan sabit tenkis oranının (1/3) ü kadar olacaktır.

Türk M.K. zamanında ölenlerin mirasında (Tasarruf edilebilir kısım ise) alt soy için miras payının (1/2)si kadardır. Saklı pay miras payının 1/2 si kadar olmakla,geriye kalan (1/2) tasarruf edilebilir kısımdır.

II – TMK'nın 564/2 Maddesinin Uygulamasında Adaletsizlik:

Davalının parayı seçmesi halinde veya davalının verilen süre içinde seçimlik hakkını kullanmaması halinde seçimlik hakkın kullanılma hakkı davacıya geçer. Davacı malı seçerse TMK'nın 564/2 maddesine göre,davacıya davalıya kazandırılan mallardan sabit tenkis oranı kadar pay verilir. Bu kere **davacı davalıya, tasarruf nisabı kadar para ödeyecektir.** Davacının davalıya ödeyeceği paranın tutarı seçimlik hakkın kullanılma günündeki değere göre hesaplanacaktır.

Davalının malı seçmesi halinde davalı davacıya seçimlik hakkın kullanılma günündeki değerler üzerinden para ödemektedir. Dava bu şekilde sonuçlanmaktadır.

Davacının maldan pay alması halinde maldan pay alması yanında davalıya para ödemektedir. Kanımca bu adaletsizliktir. Davacının maldan pay alması onun hakkıdır. Davacının hakkını alması yanında davalıya para ödemesi gereksizdir. Bunun açıklanabilir mantığı yoktur. Mirastan ve saklı payından mahrum kalan davacı dava sonunda hakkı olan payı almasına karşılık bu payın değerini karar günündeki değerinin ödemesi ile bu payı satın aldığı görülmektedir.

Yapılması gereken Türk Medeni Kanun'unun 564/2 maddesinde yer alan (tasarruf oranı içinde kalan kısmının karar günündeki değerinin para olarak ödetilmesine karar verilir) **cümlesi kanundan çıkartılmıdır.**

Miras bırakandan mal kazanan davalı davalının malı seçmesi halinde davacıya sabit tenkis oranının seçimlik hakkın kullanılma günündeki değeri ile çarpılması ile bulunan parayı ödemektedir.Bu tutar ufak bir ödemeyi içermektedir.Nedeni yeni kanun ile saklı payın 3/4 ten 1/2 ye indirilmesidir.Habuki saklı pay 3/4 ten büyük olmalı idi.

Davacının maldan pay alması halinde gündeme gelecek bir konu daha vardır: Davacının maldan elbirliği halinde pay almasının hiç bir anlamı yoktur. Elbirliği ile mülkiyetten kurtulabilmek için ortaklığın giderilmesi davasının açılması gereklidir.Bu dava 2-3 sene sürecektir,davacı pek çok gider yapacak ve sonunda muhtemelen zacrara uğrayacaktır.

III – Tenkis Davasını Düzenleyen Üç Madde Birbiri İle Çelişmektedir:

Türk Medeni Kanun'unun **563/1**.ncü maddesinde:

(Tenkis miras bırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasçı ataması yolu ile veya diğer bir ölüme bağlı tasarrufla elde edilen kazandırmaların tamamında orantılı olarak yapılır.)

Türk Medeni Kanun'unun **561**.nci maddesinde:

(Saklı pay sahibi mirasçılara ölüme bağlı tasarrufla yapılan ve tasarruf edilebilir kısmı aşan kazandırmaların onların saklı paylarını aşan kısmı orantılı olarak tenkise tabi olur.Tenkise tabi birden fazla ölüme bağlı tasarrufun bulunması halinde,saklı pay sahibi olmayan kimselere yapılan kazandırmalar,saklı payı aşan kısmı ile saklı pay sahibi olmayan kimselere yapılan kazandırmalar orantılı olarak tenkis edilir.)

Türk Medeni Kanun'unun **570/1**.nci maddesinde:

(Tenkis saklı pay tamamlanıncaya kadar.önce ölüme bağlı tasarruflardan, bu yetmezse en yeni tarihlisinden en eskisine doğru geriye gidilmek üzere sağlar arası kazandırmalardan yapılır)

Kuralları bulunmaktadır.

Yukarıda yer alan ilk iki kural 570/1 maddesi ile çelişmektedir.

561.nci maddenin gerekçesi Legal Yayıncılık'ın bastığı TMK'nın 259. ncu sayfasında şöyle açıklanıyor: (561. madde yürürlükte olan 503. maddesini karşılamaktadır.

Madde kenar başlığıyla birlikte arılaştırılmak suretiyle yeniden kaleme alınmış ve madde ye yeni ikinci cümle eklenmiştir.

Yürürlükteki metnin "mahfuz hisseli müteaddit mirasçılara" biçimindeki ifadesi ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunmuş olması halinde uygulanacak bir hükmün düzenlendiğini göster mektedir.Oysa benzer bir hükme,saklı paylı mirasçılar dışındaki kişilere yapılmış kazandırmaların bulunması halinde de ihtiyaç vardır. Öğretide bu boşluğun bu maddedeki ilke uyarınca doldurulması gerektiği görüşü hakim bulunduğu gibi,bu husus birinci Türk Hukuk Kongresinde de kabul edilmiştir.Bu nedenle, madde, bütün bu ihtimalleri kapsayacak şekilde yeni bir cümle eklenmek suretiyle düzenlenmiştir) denmiştir.

Bu gerekçeye karşılık yine de, **yukarıda yer alan ilk iki kural 570/1 maddesi ile çeliştiği görüşüneyim. Uygulanacak olan madde 570/1 maddedir.**

Bu maddeleri yazanların,hayatlarında hiç tenkis raporu yazıp yazmadıklarını öğrenmek isterim! Bilim adamı olmak başka,uygulamacı olmak başka olaylardır. Ben en az 3.500-4.000 tenkis raporu yazdım.Bu çelişkiyi anlayamıyorum! Benim cahilliğime verin lütfen ! Bu kurallardan hangisine göre esap yapacağız? 570/1 madde varken neden öbür kuralları uygulayalım ?

Orantılı olarak tenkis birden fazla kişiye ayrı ayrı tarihlerde yapılan kazandırmalarda uygulanmaktadır. Örnek vermek gerekirse Miras bırakılan seçimlik hakkın kullanılma gününe göre:

01.02.1995 günü A'ya 10.000,00 TL ve B'ye 15.000,00 TL lık,

06.07.2000 günü C ye 20.000,00 TL ve D ye 22.000,00 TL lık,

08.09.2005 günü E ye 30.000,00 TL ve D ye 40.000,00 TL lık değer kazandırsa,

Bu kazandırmalar tenkiste sıra kuralına göre ve orantılı olarak tenkis edilecektir.

Kazandırmaların toplamı = 137.000,00 TL dır.

Tenkis edilecek tutar ölüm günündeki değerlere göre sabit tenkis oranının paydası kadar olacaktır : (28.500/78.999) sabit tenkis oranı olsun

En son tarihli kazandırma 70.000,00 TL dır.

70.000,00 TL ndan 28.500 TL tenkis edileceğine göre,

30.000,00 TL ndan ne kadar tenkis edilir :

$30.000 \times 28.500 : 70.000 = 12.214,28$ TL E den tenkis edileceği bulunur.

70.000,00 TL ndan 28.500 TL tenkis edileceğine göre,

40.000,00 TL ndan ne kadar tenkis edilir :

$40.000 \times 28.500 : 70.000 = 16.285,71$ TL D den tenkis edileceği bulunur

Tenkis edilecek iki tutarı toplarsak = $12.214,28 + 16.285,71 = 28.499,999285714$ TL buluruz.

$28.500,00 - 28.499,999285714$ TL = 0,0007142286 fark,kayıp bulunur.

0,01 TL nı iki değerden birisine eklensek = 0,01 TL kadar olan fark sayıların asal sayı olmasından doğmaktadır.

12.214,28 + 16.285,72 = 28.500.00 TL buluruz.

TMK 570/1.maddeye göre son iki kazanmaya nail olanlardan yapılan tenkis ile davacının saklı payı temin edildiğinden sonraki tarihli kazandırmalardan tenkis yapılmayacak,onlar hakkındaki dava reddedilecektir.

Atina'da Platon'un Akademia'sının kapısında: (Matematik bilmeyen bu kapıdan içeriye giremez) diye yazıyordu!

GEÇMİŞ DÖNEME İLİŞKİN İŞVEREN TEŞVİK TALEPLERİNİN KABUL EDİLMEMESİNE YÖNELİK SOSYAL GÜVENLİK KURUMU UYGULAMALARI

Av. Mustafa BALCI

Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin son dönem uyuşmazlıkları içinde önemli yer tutan geçmiş döneme yönelik teşviklerden faydalanma talepleri Sosyal Güvenlik Kurumunun 2015/10 sayılı genelgesi doğrultusunda reddedilmeye başlanmış ve işverenler tarafından konu yargıya taşınmıştır. Konu ile ilgili olarak Yargıtay uygulamaları da göz önüne alınarak inceleme yapılacaktır.

Genellikle sorun daha önce zaten teşvikten yararlanan işyerlerinin 4447 sayılı yasanın geçici 10. Maddesi kapsamındaki teşvikten de yararlanmak istemesi ancak bu talebin geçmiş döneme ilişkin olması durumunda ortaya çıkmaktadır.

İşverenler daha önce bir başka teşvik kapsamında düzenledikleri aylık prim hizmet belgelerinin iptal edilerek 4447 sayılı yasanın geçici 10. Maddesi kapsamındaki teşvikten faydalandırılmalarını talep etmekte SGK ise 2015/10 genelgesi öncesinde bu talepleri kabul ederken genelge sonrasında 18.03.2015 tarihinden sonraki talepleri kabul etmemektedir.

İşyerlerinin ikame ettikleri davalar genel olarak iki ayrı talep içermektedir. Bunlardan bir kısmı sadece düzenledikleri aylık prim hizmet belgelerinin işleme alınması ve teşvikten faydalandırılmalarının gerektiğinin **tespiti**, diğer bir kısmı ise ödenen primlerden hesaplanan tutarın tahsili veya tahakkuk ettirilecek primlerden mahsubuna yönelik **eda** talepli olarak ikame edilmektedir.

Yargıtay incelemesinde eda davalarına ilişkin olarak 21.Hukuk Dairesinin husumetin sebepsiz zenginleşen Hazineye yöneltilmesi gerektiğine ilişkin husumet yönünden bozma kararları mevcuttur

Bu nedenle işin esasının incelenmesinden önce husumet yönünden bir inceleme yapılması uygun olacaktır.

a) Husumet yönünden inceleme:

Özellikle Yargıtay 21. Hukuk Dairesi eda davalarında husumetin sebepsiz zenginleşen Hazineye yöneltilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkeme kararlarını işin esasına girmeden bozmaktadır¹.

Öncelikle sosyal güvenlik hukukundaki teşviklerle ilgili uyumsuzluklarda hazinenin karşılayacağı tutar 5510 sayılı Kanunun 81'inci maddesinin birinci fıkrasına (1) bendi kapsamındaki 5 puanlık işveren payına ilişkindir. Oysa ki davaya konu olan husus bu kapsamdaki teşvik değildir. İşverenler zaten bu kapsamdaki teşvikten faydalanmaktadır. İşverenlerin talebi bu teşviğin yanında ayrıca 4447 sayılı yasanın geçici 10. Maddesi kapsamındaki işveren payının tamamına ilişkin teşviktir.

İşverenin talep ettiği tüm işveren payı desteğinin içindeki 5510 sayılı yasa kapsamındaki 5 puanlık yardımdan zaten yararlanıldığı için

1 "Davacı, yersiz olarak ödenen %5'lik pirim alacağının davalı Kurumdan faiziyle tahsiline, karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

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

K A R A R

Dava; yersiz olarak tahsil edildiği halde iade edilmediği iddia olunan işveren hissesi sigorta priminin %5 puanlık Hazine teşvikinin, ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı Kurum'dan tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Uyumsuzluk; ihale konusu iş nedeniyle davalı Kurum'a yapılan bildirim ve prim ödemesi esnasında 5510 sayılı Yasa'nın 81/1-(1) bendi kapsamında %5 oranındaki prim teşvikinden yararlanamayan davacı işverenin, bu hakka sahip olup olmadığı ve davalı Kurum'a yapılan bu ödemenin iadesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

5510 sayılı Yasa'nın 81/1-(1) bendinde düzenlenen prim teşviği, 5510 sayılı Yasa'ya 5763 sayılı Yasa'nın 24.maddesi ile eklenmiş olup 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Somut olayda 5510 sayılı Yasa'nın 81/1-(1) bendindeki düzenlemeye göre; aynı Yasa'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı çalıştıran işverenlerce ödenecek primin işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutarı Hazine tarafından karşılanacağından, gerek bu tutarın Hazinece karşılanmaması, gerek işverenin bu tutarı davalı Kurum'a ödemiş olması, gerekse de ihale makamınca işveren şirketin hak edişlerinden, sigorta primi işveren hissesinin, %5 puanlık muafiyet indirimi yapılmadan tümüyle kesilmesi durumunda sebepsiz zenginleşen Hazine olacaktır. Bu durumda husumetin Hazine'ye yöneltilmesi gerekir.

Hal böyle olunca mahkemece, davanın pasif husumet (davalı sıfatı) yokluğu nedeni ile reddi gerekirken bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yanılığlı değerlendirme ile işin esasına yönelik olarak yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

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

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 14.06.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi. (21.HD. 14.06.2016 gün ve 2015/18171 E. , 2016/9855 K.)

asında talep edilen bu tutarın dışındaki kalan bakiye işveren primleridir. Zira 5510 sayılı Kanunun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde yer alan, “*Bu fıkra ve diğer ilgili mevzuatla sağlanan sigorta prim desteklerinin aynı dönem için birlikte uygulanması halinde, bu destek öncelikle uygulanır.*” hükmüne istinaden 5 puanlık işveren prim desteği zaten uygulanmış durumdadır.

Nitekim SGK tarafından uygulanan 2011/45 genelgesinde de aynı hususu “*Öte yandan, 5510 sayılı Kanunun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde yer alan, “Bu fıkra ve diğer ilgili mevzuatla sağlanan sigorta prim desteklerinin aynı dönem için birlikte uygulanması halinde, bu destek öncelikle uygulanır.” hükmüne istinaden, 4447 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesi kapsamına giren bir sigortalı için öncelikle 5510 sayılı Kanunun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde öngörülen beş puanlık prim desteğinden, ardından 4447 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesinde öngörülen destekten yararlanılacaktır. Ancak, 4447 sayılı Kanunun geçici 10 uncu maddesinde öngörülen destekten yararlanılması sırasında, 5510 sayılı Kanunda öngörülen destekten yararlanılmış olan 5 puanlık kısım düşülerek, kalan işveren hissesi üzerinden tahakkuk eden primlerden dolayı yararlanılacaktır.*” Şeklinde açıkça belirtilmiştir.

Bu durumda işverenlerin geçmiş dönem ilişkin teşvikten yararlanma taleplerinin 5510 sayılı yasanın 81/1 bendindeki 5 puanlık işveren prim desteği ile ilgisi yoktur. Talep 4447 sayılı yasanın geçici 10. Maddesi kapsamındaki bakiye işveren primlerine yöneliktir. Böyle olunca da Yargıtay 21. Hukuk Dairesi gibi sebepsiz zenginleşene yöneltmesi noktasından bakıldığında husumetin yine Hazineye değil olsa olsa İşsizlik Sigortası fonuna yöneltmesi gerekecektir.

Bununla birlikte Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesi teşvik kapsamında husumetin sebepsiz zenginleşene (hazine veya yukarıda belirttiğimiz şekilde işsizlik sigortası fonu) yöneltmesine karar verilmişse de iptali istenen işlemin esasen SGK **işlemi olduğu, söz konusu teşvik uygulamasında inceleme ve tespitler ile her türlü yararlandırma işleminin** SGK tarafından yapıldığı açıktır.

Özellikle indirimden yararlanan döneme ilişkin olarak geçmişe yönelik bir tespit ile işverenler hakkında teşvikten yararlandırılma, yararlanılmış ise eksik primlerin tahsiline ilişkin işlemlerin yine SGK tarafından yapıldığı, iptal edilen indirimler sonunda işverenlerden fark primlerin tahsil edildiği görülmektedir. Daha önce yararlanılmış indirimler kapsamında Hazine tarafından yapılan ödemeler de göz önüne

alınınca sonradan işverene tahakkuk ettirildiği durumlarda aynı döneme ilişkin mükerrer prim tahsili olduğu, SGK tarafından alınan mükerrer primlerden Hazine'ye herhangi bir geri ödeme yapılmasının ise söz konusu olmadığı, bu kapsamda aslında sebepsiz zenginleşenin SGK olduğu görülmektedir. Esasen geçmişse dönük olarak SGK'nın Hazine'den söz konusu indirim kapsamında prim tahsili yapabileceği de göz önüne alındığında yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin husumet yönündeki kararına katılmak mümkün görülmemektedir.

Nitekim 10.Hukuk Dairesi de yakın tarihli kararları ile husumetin her hâlükârda SGK'na yöneltilmesi gerektiğine yönelik istikrarlı kararlar vermektedir².

b) Uyuşmazlığın Esasına ilişkin inceleme

Yargıtay incelemelerinde eda davalarında husumet yönünden 21. Hukuk Dairesi tarafından yukarıda belirtildiği şekilde kararlar mevcutsa da sadece tespit içeren taleplere yönelik davalarda 10 Daire yanında 21. Hukuk Dairesi de husumetin sadece SGK'ya yöneltilmesi³ gerektiğine yönelik

2 "Sosyal Güvenlik Kurumunun işverenlerden primleri kolay ve zamanında tahsil edebilmesi için yasal düzenlemelerle bazı prim teşvikleri getirilmiştir. Bunlardan birisi de, 4447 sayılı Kanun'un geçici 10. maddesinde yer alan teşviktir. Kanun koyucu teşvikle, prim oranlarını doğrudan düşürmemiş, prim borcunun düzenli ödenmesi ve kayıt dışı sigortalı çalıştırılmaması koşuluyla teşvikten yararlanma esasını kabul etmiştir. Ayrıca istihdamın artırılması, kayıt dışılığın önlenmesi ve düzenli prim ödenmesi de teşvik edilmiştir. Yukarıdaki madde kapsamında işveren hissesi indiriminden yararlanıp yararlanamayacağı hususu işveren ile SGK arasındaki ihtilafır. Maliye Bakanlığının prim borcunun doğumu ile ilgisi ve görevi yoktur. Aksi halde söz konusu kanun ile Sosyal Güvenlik Kurumuna verilen görevler Maliye Bakanlığınca yerine getirilmesi gerekecektir."(Y.10. HD.26.01.2017 gün ve 2016/5032 E. , 2017/69 K.)

Eldeki davada, davacı, 4447 sayılı Yasanın geçici 10. maddesinde belirtilen prim teşvikinden yararlandırılmadığını, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun geçici 10. maddesindeki prim desteğinden yararlanmak için yaptığı başvurunun reddine ilişkin Kurum işleminin iptalini istemiş, Mahkemece, prim teşvikinden yararlandırılıp yararlandırılmaması durumunda Hazine'nin hukuki ve mali durumunu etkileyeceğinden, talebin reddedilmesi durumunda, sebepsiz zenginleşen Hazine olacağından, Hazineye husumetin yöneltilmesi gerektiği gerekçesi ile hüküm kurulmuştur.

Anılan Kanununun 79. maddesinde Kurumun prim alma zorunluluğu ve ilgililerin de prim ödeme zorunluluğu hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasındaki ihtilaf konusu olan prim teşvikinden davacının yararlanıp yararlanmayacağına tespiti sonucunda, primi iade edecek veya primi tahsil edecek olan Kurum olduğu gözetilerek, işin esasına girilerek, davacının, yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler kapsamında yararlanma şartlarını taşıyıp taşımadığı irdelenerek, varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.(Y.10.HD. 26.01.2017 gün ve 2016/5615 E. , 2017/548 K.)

3 Davacı, sigorta pirim teşviki uygulamasından geçmiş dönemler bakımından yararlanma talebinin kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde pasif husumet yokluğu nedeniyle dava şartı noksanlığından usulden reddine karar vermiştir.

Hükümün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde ol-

istikrarlı kararları mevcuttur⁴. Bu yönüyle tespit davaları yönünden işin esasına girilerek inceleme yapılması yönünde içtihat birliği mevcuttur.

İşverenlerin dava konusu dönemlerde 4447 sayılı yasanın geçici 10. Maddesi kapsamında prim teşviki kapsamında olduğu ve/fakat ilgili dö-

duğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

K A R A R

Dava, geçmiş dönemlere ilişkin olarak sigorta prim teşviğinden geriye dönük olarak yararlanmak için yapılan başvurunun reddine ilişkin Kurum işleminin iptali istemidir. Mahkemece, pasif husumet dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmiştir.

4447 s. İşsizlik Sigortası Kanununun geçici 10. maddesinde düzenlenen prim teşviği uygulaması 6111 s. Kanununun 74.maddesi ile eklenmiş olup 13/02/2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5510 s. Kanun'un 81/1-(ı) bendinde düzenlenen prim teşviği ise, 5763 s. Kanun'un 24.maddesi ile eklenmiş olup 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Temyize konu uyumsuzluk, davacı şirketin, 6111 sayılı Kanun ile 4447 s. İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 10. madde ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği md. 103/4.f. hükümlerine dayanarak, geçmiş dönemlere ilişkin olarak hatalı şekilde seçmiş olduğu aylık prim uygulamasını düzelterek sigorta prim teşvikinden yararlanmak için yapılan başvurunun, Davalı Kurum tarafından 18.03.2015 tarih ve 2015/10 sayılı İç Genelgesi gerekçe gösterilerek red edilmesi nedeniyle, davalı Kurum kararının iptali ile davacı şirketin anılan yasa ve yönetmelik hükümleri çerçevesinde ilgili sigorta prim teşviki uygulamasından geçmiş dönemler bakımından yararlanma hakkı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Somut olayda, her ne kadar özel bir yasa ile düzenleme getirilmişse de, bu yasadaki şartları belirleme ve bu hususta işlem tesis etki yetkisi Kuruma bırakılmış olup, teşvik başvurusunun reddi ile Kurum yeni bir muaraza çıkartmıştır.

Hal böyle olunca mahkemece, işin esasına girilip davacı işverenin prim teşvikinden yararlanma hakkına sahip olup olmadığı hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile pasif husumet (davalı sıfatı) yokluğundan davanın reddi yönünde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükümün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 09.06.2016 gününde oybirliği ile karar verildi. (21.HD. 09.06.2016 gün ve 2016/8762 E., 2016/9425 K.)

- 4 "Davacı, 22/08/2013 tarihli 119.06693 sayılı itiraz kararının 5510 sayılı Kanununun 5 puanlık işveren teşviki ile 6111 sayılı teşvik indiriminden faydalanma hakkındaki itirazının reddine dair Kurum işlemi ile bu karara dayanak teşkil eden Kurumun 3071165-309.10.711.762 sayılı prim belgeleri konulu 27/06/2013 tarihli kararının tüm sonuçları ile birlikte geçmişe dönük olarak iptali gerektiğinin tespitine, karar verilmesini istemıştır. Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

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

K A R A R

Dosyadaki yazılara, hükümün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayanağı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalı vekilinin yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükümün ONANMASINA, 21/06/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi. (21.HD. 21.06.2016 gün ve 2015/17169 E., 2016/10318 K.)

neşlerde 4447 sayılı yasa yerine 5510 sayılı yasanın belirtildiği ve bir başka yasa kapsamında teşvikten yararlandığı hususunda uyuşmazlık olmadığı görölmektedir. Uyuşmazlık işverenlerin daha önce yaralandığı teşvik yerine yeniden APHB düzenleyerek 4447 sayılı yasanın geçici 10. Maddesi kapsamında teşvikten yararlanmasının mümkün olup olmadığı noktasındadır.

Bilindiği üzere SGK tarafından uygulanan sigorta primi teşvikleri;

1) 5510 sayılı Kanun'un;

a) 81. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde, Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi işveren hissesinden beş puanlık prim indirimi, ,

b) 81. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde, Yurtdışına götürülen/ gönderilen sigortalılar hakkında genel sağlık sigortası primlerinin işveren hissesinden beş puanlık prim indirimi,

c) 81. maddesinin ikinci fıkrasında, On ve üzerinde sigortalı çalıştıran işverenlere yönelik beş puanlık prim indirimine ilave altı puanlık sigorta primi teşviki,

d) Ek 2. Maddesinde, Yatırımlarda Devlet Yardımı Hakkında Kararlar çerçevesinde işverenlere sağlanan sigorta primi teşviki,

2) 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun;

a) 50. maddesinin beşinci fıkrasında, İşsizlik ödeneği alan sigortalıları istihdam eden işverenlere yönelik sigorta primi teşviki,

b) Geçici 7. Maddesinde, Genç ve kadın istihdamına yönelik sigorta primi teşviki,

c) Geçici 10. maddesinde, Genç ve kadın istihdamı ile mesleki eğitimin özendirilmesine yönelik sigorta primi teşviki,

3) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin altıncı fıkrasında Engelli sigortalıların istihdamına ilişkin sigorta primi teşviki, ,

4) 5746 sayılı Araştırma ve Geliştirme Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun'un 3. Maddesinde, Araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesine yönelik sigorta primi teşviki,

5) 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun 5. Maddesinde Kültür yatırım ve girişimlerinin desteklenmesine yönelik sigorta primi teşviki düzenlenmiştir.

Sigortalının yukarıda belirtilen birden fazla sigorta primi teşviki kapsamına girmesi durumunda, işverenlerin seçim yapmak suretiyle teşvikten yararlanması, aylık prim ve hizmet belgelerini tercih ettikleri

sigorta primi teşvikine uygun ilgili kanun numarasını seçmek suretiyle yasal süresi içinde Kuruma bildirmeleri mümkün bulunmaktadır.

Bilindiği üzere Sosyal güvenlik sistemindeki teşvikler kanun koyucu tarafından işverenlerin bir hukuki durum veya ilişki içerisinde bulunmalarına veya belirli nitelikte sigortalı istihdam etmelerine bağlanmıştır.

Bu kapsamda 4447 sayılı yasanın geçici 10. Maddesinde belirtilen nitelikte sigortalıyı 31.12.2015 tarihine kadar istihdam eden işverenlerin sigorta primi işveren hisselerinin tamamının İşsizlik sigortası fonundan karşılanacağı belirtilmiştir.

Düzenleme esasen iki bölümden oluşmakta: sigortalılara ilişkin şartlar ve işverenlere ilişkin şartlar.

Bu şartlardan sigortalılara ilişkin şartlar hususunda bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Esasen bu konuda sigortalıların gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığına yönelik inceleme de zaten SGK tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle değerlendirme yapılmamıştır.

İşverenlere ilişkin şartlar ise özetle;

- Özel sektör işvereni olmak,

- **5510 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermesi,**

- Sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarını yasal süresi içinde ödemesi

- Kapsama giren sigortalının işe alındığı işyerinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması,

Uyumsuzluklarda genel olarak şirketlerin özel sektör işvereni olduğu açıktır. Zira Kamu işverenlerinin hiçbir şekilde teşvikten yararlanmadığı için bu yönde bir uyumsuzluğa taraf olmalarına da rastlanılmamaktadır. Aynı şekilde bir başka teşvikten yararlanıldığı göz önüne alındığında teşvik kapsamındaki sigortalılar için primlerin yasal süresinde ödendiği ve davacı şirkete ait mezkûr işyerinden dolayı prim idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunamayacağına da kabulü gerekmektedir.

Bu durumda **uyumsuzluğun teşvik kapsamındaki sigortalılar için 5510 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilir verilmediği noktasında olduğu açıktır.**

Aylık prim hizmet belgelerinin SGK'na verilme süresine ilişkin düzenleme 5510 sayılı yasanın 86. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme-

ye göre “İşveren bir ay içinde 4. ve 5. maddeye tâbi çalıştırdığı sigortalıların ve sosyal güvenlik destek primine tâbi sigortalıların;

- a) Ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını,
- b) 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını,
- c) Prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını,

gösteren ve örneği Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenen asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındakiler için en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar, diğer sigortalılar için ise ait olduğu ayı takip eden ayda Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma vermekle veya sigortalı çalıştırmadığı takdirde, bu hususu sigortalı çalıştırmaya son verdiği tarihten itibaren, onbeş gün içinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür.”

Aynı şekilde ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 102.maddesinde de yukarıdaki hususlar yinelenerek bildirim yapılma süresi düzenlenmiştir. Yönetmelikte ayrıca sonradan verilen bildirgelerin işleme alınmasına yönelik olarak 103. Maddede düzenleme yapılmıştır. Bu madde ile sigortalılara ilişkin süresi dışında verilen bildirgelere ilişkin olarak (4). Paragrafında

*“ **Daha önce Kuruma belge türü veya kanun numarası hatalı seçilerek verilmiş olan** aylık prim ve hizmet belgelerine ilişkin düzeltme amaçlı olarak yasal süresi dışında verilen aylık prim ve hizmet belgeleri, düzeltme ile fiili hizmet süresi zammı kazandırma hali hariç, belgede kayıtlı sigortalılar ve bu sigortalıların prim ödeme gün sayısı ile prime esas kazanç tutarının aynı olması kaydıyla, ayrıca incelemeye gerek kalmaksızın işleme alınır. Bu nitelikte verilen aylık prim ve hizmet belgelerine idarî para cezası uygulanmaz. Sonradan düzeltme amaçlı verilen belge ile fiili hizmet süresi zammı kazandırılması halinde, söz konusu belgenin işleme alınmasında bu maddenin yukarıdaki fıkralarında belirtilen usul izlenir.”* hükmü ile süresi dışında verilmekle birlikte sigortalıların prim ödeme gün sayısı ve kazançlarında farklılık olmayan bildirgelerin işleme alınması hususu belirtilmiştir.

Bu hüküm ile yasal süresi dışında verilmiş olmakla birlikte bu şekildeki bildirgelerin işleme alınması bir bakıma yasal süresi içinde verilmiş sayılma hali düzenlenmiştir.

Uygulamada bu şekilde gün ve kazanç farkı olmadan sonradan düzeltme amaçlı olarak yasal süresi dışında belge türünün düzeltilmesine yönelik bildirgeler sigortalıların niteliklerine yönelik düzenlemeyi içermekle birlikte “kanun numarasının” yanlış seçilmesi veya “kanun numarasının”

değiştirilmesine yönelik düzeltmeler işverenlerin yararlandığı teşvik kapsamı açısından düzeltmeyi amaçladığı görülmektedir.

Bu durumda yönetmeliğin 103/(4) paragrafındaki “kanun numarasının hatalı seçilmesi” durumunda yapılan düzeltmenin açıkça sayılması göz önüne alındığında işverenlerin yasal süresi geçmekle birlikte daha önce farklı kanun numarası ile yapılan bildirimlerin düzeltilmesine yönelik bildirimlerin işleme alınması gerektiği açıktır.

Nitekim SGK tarafından 18.03.2015 tarihi öncesinde daha uygun teşvik kapsamında bulunan işverenlerden geçmişe dönük yararlanma talepleri bu kapsamda uygun bulunmuş ve düzenlenen ek ve iptal bildireleri işleme alınarak işverenler teşviklerden yararlanabilmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumunun 18.03.2015 tarihli ve 2015/10 sayılı Genelgesinde “*Bununla birlikte, sigorta primi teşviklerine ilişkin yasal düzenlemelerde yer alan usul ve esasların belirlenmesine ilişkin hükümler dikkate alınarak ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınmak suretiyle konu yeniden değerlendirilmiş olup, bundan böyle aylık prim ve hizmet belgelerini tercih edilen sigorta primi teşvikine ilişkin kanun numarası seçmek suretiyle düzenleyip teşvikten yararlanıldıktan sonra, sigorta primi teşvikinin değiştirilmesi yönündeki talepler işleme alınmayacaktır*” denilmiş ise de; söz konusu genelgenin Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 103.maddesinin 4.fıkrası hükmüne aykırı olduğu açıktır. Normlar hiyerarşisinde talimatlar, genelgeler vb. düzenleyici işlemler yönetmeliklerin altında olduğundan, iç genelge ile yönetmelik hükmüne aykırı düzenleme getirilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Yasa işverene aynı anda yararlandığı teşviklerden kendisi için en avantajlısını seçme hakkı tanınmıştır. Bu kapsamda işverene yine yönetmelik ile daha önce düzenlediği bildirelerde düzeltme yaparak en avantajlı teşvikten yararlanabilme hakkı tanınmıştır. **Sosyal Güvenlik Kurumunun yasa ve yönetmelikte yapılan düzenleme ile işverenlere tanınmış bir hakkı yasa ve yönetmelikte yeni bir düzenleme bulunmaksızın genelge ile ortadan kaldırması veya hakkı sınırlamasının kabulü mümkün görülmemektedir.**

Bu nedenlerle işverenlerin teşvik kapsamındaki işyerleri için 6111 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici 10.maddesi kapsamında sigorta primi teşvikinden yararlanmaya yönelik **geçmişe dönük başvurularının geçerli sayılması gerekmektedir.**

ÇAM/TÜRKİYE KARARI ÜZERİNE İNCELEME (Engelli Hakları Açısından Devletin Pozitif Yükümlülüğüne Dair)¹

Raif BIKMAZ²

GİRİŞ

Devlet Üniversitesi'ne ait konservatuarların açmış olduğu, yetenek sınavı ile görme engelli şahsın sınav heyeti huzurunda yapılan uygulamalı sınavda başarılı bulunarak kabul edilebilir yeterlilikte olduğu tespit edildikten sonra okul yönetimince başvuran görme engelli ve okul altyapısının uygun olmadığı gerekçesi ile kayıt işleminin yapılmaması işleminin AİHM önüne götürülmesinde başvuran haklı bulunmuştur. Mahkemenin temel gerekçesinde demokratik bir toplumda eğitim hakkının, insan haklarının gerçekleşmesinde vazgeçilmez olduğu devletin engelliler yönünde pozitif yükümlülük altında bulunduğu gerekli altyapıyı oluşturmakla yükümlü bulunduğu vurgulanmış olup; mahkeme, yalnızca görme engelli olması nedeniyle objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın başvuranın eğitim hakkının engellenmesini sözleşmeye ek 1. No'lu protokolün 2. Maddesi ile birlikte sözleşmenin 14. Maddesinin ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.

I-OLAY:

Görme engelli olan Ceyda EVRİMÇAM (Eiaşvuran), 1988 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedir.

Başvuran, 2004-2005 eğitim yılında, İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuarının giriş sınavına 15 Haziran 2004 tarihinde başvurmuş ve 21 ve 31 Ağustos 2004 tarihlerinde, bağlama çaralarak söz konusu Konservatuarın giriş sınavlarına girmiştir. Yapılan sınav sonucunda Türk Musikisi Devlet Konservatuarı Müdürlüğü tarafından, 7 Eylül 2004 tarihinde, başvuranın da isminin bulunduğu. Konservatuar giriş sınavını kazanan kişilerin listesi açıklanmıştır.

Bunun üzerine, başvuran, Konservatuar'da eğitim görmeye elverişli ol-

1 Yayın Kurulu Notu: Karar metni için bakınız: "http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/%C3%87AM_51500-08_NEN.TR.pdf, (Türkçe metin); [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-161149"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (İngilizce metin), (son erişimler: 10.5.2017)".

2 Bakırköy Başsavcı Vekili

duğunu gösteren bir sağlık raporu almak amacıyla Büyükçekmece Devlet Hastanesi'nin Sağlık Kurulu'na başvurmuştur.

Söz konusu Sağlık Kurulu tarafından, 9 Eylül 2004 tarihinde, bir rapor düzenlenmiştir. Bu raporda, başvuran hakkında hipermetrop nistagmus bilateral derin ambliyopi teşhisinin konulduğu bildirilmiştir. Söz konusu Kurul, başvuranın bir üst sağlık kuruluna sevk edilmesinin uygun olacağı kararı verilmesi üzerine yönlendirildiği Bakırköy Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin Sağlık Kurulu tarafından 16 Eylül 2004 tarihinde, bir sağlık raporu tanzim edilmiştir. Söz konusu raporda, başvuranın, Konservatuar'da görme yetisi gerektirmeyen bölümlerde eğitim ve öğretim alabileceği bildirilmiştir.

Konservatuar Müdürlüğü tarafından, Bakırköy Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin Başhekimine gönderilen yazıda, 16 Eylül 2004 tarihinde, söz konusu hastanenin Sağlık Kurulu tarafından düzenlenen rapora atıfta bulunarak, Konservatuardaki yedi bölümün de, görmeyi gerektirmeyen bölümler olmadığı hususunda Başhekim'e bilgi vermiştir. Yazıda, bir öğrencinin Konservatuar'ın herhangi bir bölümünde eğitim görebilmesi için, eğitim görmeye elverişli olduğunu gösteren bir sağlık raporu sunması gerektiği belirtilmiştir. Konservatuar Müdürlüğü tarafından, Konservatuardaki yedi bölümün görmeyi gerektirmeyen bölümler olmadığı hususu dikkate alınarak ve dolayısıyla, ilgilinin söz konusu Konservatuar'da eğitim ve öğretim görmeye elverişli olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla Başhekim'den yeni bir sağlık raporu düzenlenmesi talep edilmiştir. Sınavı kazanan başvuran istenilen Sağlık kurulu raporunu sunmadığı gerekçesiyle başvuranın kaydının yapılması yönündeki talebi reddedilmiştir.

II-İÇ HUKUK BAŞVURUSU VE SONUÇLARI

Sınavı kazanan ...Çam'ın konservatuara kaydının yapılmasının idarece reddedilmesi üzerine, Başvuranın ebeveynleri, 24 Eylül 2004 tarihinde, kızları adına, Konservatuara kaydının kabul edilmemesiyle ilgili Konservatuar kararının iptal edilmesi amacıyla, İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü'ne karşı dava açmak için İstanbul İdare Mahkemesi'ne başvurmak suretiyle idari makama karşı işlemin iptali için dava açmışlardır. Bu davada, iptali istenilen kararın yürütmesinin durdurulması da talep edilmiştir. Başvuranın avukatı, dilekçesinde, müvekkilinin sekiz öğretmenlerden oluşan bir komisyon önünde sınavdan geçerek Konservatuara giriş sınavını 21 Ağustos 2004 tarihinde başardığını ve yirmi öğretmenlerden oluşan bir komisyon önünde sınav vererek jürinin takdiri ile son giriş sınavını 31 Ağustos 2004 tarihinde başardığını ileri sürmüştür. Başvuranın avukatı, Konservatuarca giriş koşullarını belirterek, koşulların tama-

minin mevcut olduğunu ileri sürmüştür. 15 yaşını doldurmamış olmak, temel eğitim mezunu olmak, kaydını yaptırdığı ve tercih ettiği çalgının gerektirdiği fiziki özelliklere sahip olmak, vücut yapısında bu bölümde eğitimine mani bir özrü bulunmamak, yapılacak yetenek ve seviye sınavını kazanmış olmak bu koşullar arasında yer almaktadır. Başvuranın avukatı, ilgilinin yalnızca görme engelli olması nedeniyle Konservatuara kaydının yapılmadığını ve bu durumun hukuka ve eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuranın avukatı, başvurusunu destekleyecek nitelikte, Anayasa'nın 42. maddesini, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 4, 7, 8 ve 27. maddelerini (bundan böyle metinde, "1739 sayılı Kanun" olarak anılacaktır) ve 573 sayılı Özel Eğitim hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesini ileri sürmüştür. Öte yandan başvuranın avukatı, aynı Konservatuar'dan mezun olan görme engelli eski öğrencilerin isimlerini belirtmiştir.

İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü, 12 Ekim 2004 tarihli savunma dilekçesinde ise, başvuranın babasının kayıt sırasında kızının görme engelli olduğunu belirten herhangi bir belge sunmadığını ileri sürmüştür. İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü, başvuranın babasının bu hususu gizlemekle, herhangi bir engeli bulunmayan bir çocuğun ebeveyni gibi hareket etmekle ve böylelikle, kayıt bürosunu yanıltmaya çalışmakla suçlamıştır. İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü, Konservatuara giriş ve kayıt esnasında öngörülen ilkelerin 4. maddesinde "engel bulunmaması" koşulunun yer aldığını ifade etmektedir. Öte yandan İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü, bütün adaylar tarafından sağlık raporu sunulmasının zorunlu olmasına karşın, başvuranın, konservatuar öğrencisi olabileceğini gösteren bir sağlık raporu sunmadığını ileri sürmüştür. Böylelikle, İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü, başvuranın kaydının görme engelli olması nedeniyle değil, kayıt için gerekli bütün belgeleri kayıt süresi içerisinde sunmaması nedeniyle yapılmadığını belirtmiştir. İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü, başvuran tarafından sunulan sağlık raporunda, ilgilinin, görmeyi gerektirmeyen Konservatuar bölümlerinde öğrenim görebileceği belirtilmiş olsa bile, Konservatuarda bu tür bir bölümün bulunmadığını ifade etmiştir. Son olarak, İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü, uygun donanımın ve gerekli uzmanlığa sahip öğretmen bulunmaması nedeniyle, Konservatuar'ın, ne görme engelli öğrencilere ne de, engelin niteliği ne şekilde olursa olsun, engeli bulunan diğer kişilere eğitim sunabilecek durumda olmadığını ileri sürmüştür. Bu bağlamda, İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü, 1976 yılında eğitim öğretim faaliyetlerine başladığında, görme engelli öğrencilere eğitim vermek için girişimde bulunmak istediklerini; ancak Braille alfabesini bilen öğret-

menlerin bulunmaması nedeniyle, bu yönde bir girişimde bulunmaktan vazgeçtiklerini ifade etmiştir.

İdare mahkemesi, 4001 sayılı Kanun ile değişikliğe uğradığı şekliyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (bundan böyle metinde, "2577 sayılı Kanun" olarak anılacaktır) 27. maddesinin 2. fıkrasında sıralanan koşulların mevcut olmadığını değerlendirerek, başvuranın yürütmenin durdurulması talebini 14 Ekim 2004 tarihinde reddetmiştir.

Başvuranın ebeveynleri, 26 Ekim 2004 tarihinde, kızlarının adına, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi önünde bu karara karşı itirazda bulunmuşlardır. İlgililer, 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 2. fıkrası gereğince, yürütmenin durdurulması için iki şartın gerekli olduğunu belirtmişlerdir. Telifisi güç veya imkânsız olan bir zararın bulunması veya söz konusu idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması bu şartlar arasında yer almaktadır. İlgililerin kanaatine göre, mevcut koşullarda, kızlarının Konservatuara kaydının yapılmamasının, kızları bakımından, telifisi güç bir zarar doğurduğu aşikârdır. Öte yandan başvuranın ebeveynleri, kızlarının Konservatuar'a kaydının yapılmamasının yasaya aykırı olduğunu savunmuşlardır. İlgililer, dilekçelerinde, başvuranın temel eğitim mezunu olduğunu ve görme engeli dışında bağlama çalmak için gerekli bütün fiziki özelliklere sahip olduğunu belirtmişlerdir. Bunun yanı sıra, başvuran, Konservatuar giriş sınavını kazanmış ve bir sağlık raporuyla Müzik Bölümünde eğitim görmesini engelleyebilecek herhangi bir engeli bulunmadığı bildirilmiştir. İlgililer, söz konusu sağlık raporunun uygunluğuna itiraz edilemeyeceğini, başvuranın raporunu düzenleyen kuruma benzer kurumların tanzim ettiği sağlık raporlarının başka öğrenciler tarafından sunulduğunu ve Konservatuar'ın bu raporları kabul ettiğini ileri sürmüşlerdir. İlgililer, raporda bilhassa, başvuranın konservatuar öğrencisi olabileceğinin bildirilmemesinin, bu raporu geçersiz kılamayacağı kanısına varmışlardır. Diğer taraftan, ilgililer, gerekli süre içerisinde sağlık raporunun sunulmadığı yönündeki davalı İdarenin iddiasının gerçeğe aykırı olduğunu ifade etmişlerdir. İlgililer, raporun sunulmasını talep eden Konservatuar'ın yazısını almalarına müteakip 20 Eylül 2004 tarihinde pazartesi günü yani ilk çalışma günü bu raporun Konservatuar'a sunulduğunu ileri sürmüşlerdir. Öte yandan başvuranın ebeveynleri, başvuranın, kaydının yapılması için gerekli bütün şartları taşıdığı ve kayıt süresi içerisinde talep edilen bütün belgeleri sunduğunu belirtmişlerdir. İlgililer, başvuranın kaydının yapılmamasının, yalnızca görme engelli olmasından kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir. Konservatuar'da görmeyi gerektirmeyen bölümlerin bulunmadığını ifade ederek kendisini savunan davalı İdare'ye cevaben, başvuranın ebeveynleri, görme engelli ve Konservatuar'dan

mezun olan dört eski öğrencinin isimlerini vermişlerdir. İlgililer, görme engelli olmanın müzik aleti çalmaya engel teşkil etmediğini, birçok görme engelli müzisyenin bulunduğu ve Konservatuar'ın, hiçbir öğretmenin Braille alfabesini bilmediği yönündeki iddiasının, Braille alfabesine dönüştürmeye yönelik bilgisayar sistemlerinin mevcut olması ve teknolojik ilerlemelerin kaydedilmesi nedeniyle geçerli olmadığını ileri sürmüşlerdir. Son olarak başvuranın ebeveynleri, itiraz edilen tedbirin, Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve uluslararası metinlere aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Başvuran idari Yargı yoluna gitmesini yanında talep üzerine yeni rapor düzenleyen Bakırköy Eğitim Araştırma görevlileri hakkında Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuş, ayrıca Türk Tabipler Birliğine hekimler hakkında şikayette bulunmasına rağmen sonuç alamamıştır. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 28 Ekim 2004 tarihinde, ihtilaf konusu kararın, telafisi güç veya imkânsız olan bir zarara sebep olacak nitelikte olmaması ve söz konusu kararın yasaya aykırı olmaması nedeniyle, 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yürütmenin durdurulmasına ilişkin şartların birlikte gerçekleşmediğini değerlendirerek, söz konusu başvuruyu reddetmiştir. ^

Somut olayda, 14 Ekim 2005 tarihinde başvuranın talebini reddeden mahkeme gerekçesinde "Söz konusu dosyanın incelenmesi sonucunda, [ilgilinin] giriş sınavını başardığı ve kayıt olma hakkını elde ettiği anlaşılmaktadır. Ancak, Büyükçekmece Devlet Hastanesi 'nin raporunda bir üst sağlık kurulunca rapor düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmasına rağmen, başvuranın rapor elde etmek için eşdeğer bir sağlık kurulu olan Bakırköy Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne başvurmuştur. Davalı İdarenin savunmasından, 1970 yıllarında kurulduğu sırada Konsen'atuar'ın gerçekleştirilen sınavların sonucunda görme engelli birkaç öğrenciyi kayıt ettiği ancak Braille alfabesini bilen eğitim personelinin bulunmaması ve karşılaşılan çeşitli zorluklar bakımından bu deneyime son verildiği anlaşılmaktadır. Görme engelli öğrenciler, bundan sonra kabul edilmemiştir. İdare tarafından, Bakırköy Hastanesi tarafından düzenlenen sağlık raporuna verilecek anlam ve ardından düzeltilmiş olan bu rapor sonuçları hakkında bilgi edinmek amacıyla söz konusu Hastanenin Başhekime bir yazı gönderildiği tespit edilmektedir. Başvuranın, tam teşekküllü bir devlet hastanesi tarafından düzenlenmiş ve Konservatuar öğrencisi olabileceğini gösteren bir rapor sunamaması nedeniyle, söz konusu İdarenin, kaydını kabul etmemesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamıştır. Başvuranın aksi yöndeki iddiaları dayanaktan yoksundur. (...)" şeklinde oyçoklu-

ğu ile karar almıştır. Karara muhalif kalan mahkeme başkanı, Anayasa'nın 42. maddesine ve 1739 sayılı Kanun'a atıfta bulunarak, hiç kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmayacağını görme engelli kişilerin ihtiyaçlarına uygun olacak eğitim ve öğretime uygun bir çerçeveye hazırlamanın idarelerin sorumluluğunda olduğundan şüphelenemediğini kişilerin eğitim ve öğretim haklarından yoksun bırakılması hususunun, sosyal hukuk devleti ile bağdaşmadığını söz konusu idari tedbirin hukuka uygun olmadığı kanaatini belirtmiştir.

İstanbul Tabipler Odası Yönetim Kurulu tarafından, 9 Kasım 2005 tarihinde, başvuranın şikayeti üzerine,

“ .. 1. Soruşturmayla konu olan iki raporun da içerik olarak aynı olduğuna,

2. Ancak Hastane İdaresinin (...) Konservatuar İdaresinin zorlayıcı yönlendirmesi ile ilk rapora sahip çıkmayarak istenen değişikliği yapmasının uygun bir davranış olarak görülemeyeceğine,

3. (...) Konservatuar Müdürlüğü'nün. (...) Hastanesi Başhekimine göndermiş olduğu 22.10.2004 tarih ve 5821 sayılı yazışmada görüleceği gibi “bu bölümlerde eğitim gören öğrencilere yönelik verildiğinden, görme engelli öğrenciler için ayrıca herhangi bir yapımız (araç, gereç, teknik donanım, öğretim kadrosu) mevcut olmadığına; bu sebepten gören öğrenciler ile görmeyen öğrencilerin müşterek ders yapmalarının söz konusu olmadığına

(...) Uluslararası sözleşmeler ve yasal düzenlemeler dikkate alındığında bu durumda İdareden beklenmesi gereken hastanenin raporunu düzeltmek için zorlamak ve bu yolla görme engelli bir vatandaşın eğitim ve öğretim hakkını engellemek değil. (...) sonuçta hastane başhekimliğime raporun biçimsel olarak düzeltildiğini, içerik olarak aynı olduğu, bu nedenle hastane başhekimine atfedilecek bir kusur bulunmadığı, hak talebinin gerçekleşmesi için idari ve hukuki yollarının kullanılmasının gerektiğine (...) karar verilmiştir. ”

Başvuranın ebeveynleri, 18 Nisan 2006 tarihinde, kızlarının adına, 14 Ekim 2005 tarihli İdare Mahkemesi'nin kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmak için Danıştay'a başvurarak aynı iddialarını tekrar ile mahkeme kararının bozulmasını talep etmişlerdir.

Temyiz üzerine gönderilen dosyanın incelenmesinde, Danıştay Başsavcısı, temyiz başvurusu hakkındaki mütalaasında, 1739 sayılı Kanun'un 4,

7 ve 8. maddelerine ve aynı zamanda, Anayasa'nın 42. maddesine atıfta bulunarak, eğitim ve öğretimden sorumlu olan kurumların, özel eğitime ihtiyaç duyan kişileri dikkate almakla ve bu kişilerin eğitim ve öğretim görmeleri için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduklarını belirtmiştir. Danıştay Başsavcısı, davanın koşullarında, - Konservatuar'a giriş sınavını başarıyla geçen ve kanunda öngörülen şartları taşıyan - başvuranın kaydının yapılmamasının, anayasal ve yasal hükümlere aykırı olduğunu ve dolayısıyla, konuyla ilgili verilen kararın iptal edilmesi gerektiği kanısına varmıştır.

Danıştay, 19 Şubat 2008 tarihli kararıyla, temyiz başvurusunu reddetmiş ve kararın İdare Mahkemesi'nin yetki alanı dışında kalmadığını, yasa aykırı olmadığını ve usul kurallarına uygun olduğunu tespit ettikten sonra iptali istenilen kararı onamıştır.

III. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

A.İlgili İç Hukuk

1- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 42. maddesinde, hiç kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamayacağı belirtilmektedir.

2- 24 Haziran 1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununa göre;

"Türk Milli Eğitiminin Temel İlkeleri

Madde 4. Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayrımı gözetilmeksizin herkese açıktır.

Madde 7. İlköğretim görmek her Türk vatandaşının hakkıdır.

İlköğretim kurumlarından sonraki eğitim kurumlarından vatandaşlar ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde yararlanırlar.

Madde 8. Eğitimde (...) herkese fırsat ve imkân eşitliği sağlanır.

Özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınır. "

3- 5378 sayılı Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun 1 Temmuz 2005 tarihinde kabul edilmiştir. Kabul edildiği dönemde yürürlükteki söz konusu Kanun'un 15. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"Hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim alması engellenemez. Engelli çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve engelli olmayanlarla eşit eğitim imkânı sağlanır.

Engelli üniversite öğrencilerinin öğrenim hayatlarını kolaylaştırabilmek [için] Yükseköğretim Kurulu bünyesinde araç-gereç temini, özel ders materyallerinin hazırlanması, engellilere uygun eğitim, araştırma ve barındırma ortamlarının [hazırlanmasının] temini gibi konularda çalışma yapmak üzere Engelliler Danışma ve Koordinasyon Merkezi kurulur....

Engellilerin, (...) eğitim ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kabartma, sesli, elektronik [kitap]; alt yazılı film ve benzeri materyal üretilmesini teminen gerekli işlemler, Milli Eğitim Bakanlığı ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca müştereken yürütülür.”

Yine, 6518 sayılı Kanun 6 Şubat 2014 tarihinde kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun’un 73. maddesi ile, 5378 sayılı Kanun’un 15. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Somut olayda, söz konusu Kanun’un ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:“Hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim alması engellenemez. Engelliler, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, yaşadıkları çevrede bütünleştirilmiş ortamlarda, eşitlik temelinde, hayat boyu eğitim imkânından ayrımcılık yapılmaksızın yararlandırılır.

Genel eğitim sistemi içinde engellilerin her seviyede eğitim almasını sağlayacak (...) planlamalara yer verilir.

(...) eğitim programlarına farklı nedenlerle geç başlamış engellilerin bu eğitime dâhil edilmesi için gerekli tedbirler alınır.

Üniversite öğrencilerinden engelli olanların öğrenime etkin katılımlarını sağlamak amacıyla (...) yükseköğretim kurumları bünyesinde, engellilere uygun araç-gereç ve ders materyallerinin, uygun eğitim, araştırma ve barınma ortamlarının temini ile eğitim süreçlerinde yaşadıkları sorunların çözümü gibi konularda çalışma yapmak üzere Engelliler Danışma ve Koordinasyon Merkezleri kurulur (...).

(...)

Engellilerin (...) eğitim, sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kabartma yazılı, sesli, elektronik [kitap]; alt yazılı, işaret dili tercümeli (...) ve benzeri materyal temin edilmesine ilişkin gerekli işlemler Millî Eğitim Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığınca yürütülür.” Düzenlemeleri ulusal mevzuatımızda mevcuttur.

B. İlgili Avrupa Metinleri ve Uluslararası Metinler

1. Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı 3 Mayıs 1996 tarihinde gözden geçirilmiştir. Söz konusu Şart Türkiye tarafından 27 Haziran 2007 tarihinde onaylanmıştır. Avrupa Sosyal Şartı’nın yenilenmiş hali aşağıdaki şekildedir:

“Madde 15.

Akit Taraflar, yaşları ve özürlerinin nedenleri ve niteliği ne olursa olsun, özürülülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak amacıyla:

1. Mümkün olduğunda genel plan çerçevesinde, ya da bu mümkün değilse, kamusal ya da özel uzmanlaşmış organlar aracılığıyla özürülülerin yönlendirilmesini, öğrenimini ve mesleki eğitimini sağlamak için gerekli önlemleri almayı;(…)” Somut olayda, (gözden geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'na ilişkin açıklayıcı raporun ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

“ Madde 15 - Özürülülerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı...

Söz konusu hüküm uyarınca, taraf devletler, engelli kişiler için tutarlı bir politika geliştirmeyi amaçlamalıdır. Söz konusu hüküm, çağdaş bir yaklaşıma dayanmaktadır. Bu yaklaşım, örnek olarak, mesleki oryantasyon, eğitim ve formasyonun, özel kuruluşlardan ziyade genel planlar çerçevesinde mümkün olduğunca her defa düzenlenmesini öngörerek, engelli kişilerin korunmasını sağlayacak nitelikteki, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun R (92) 6 sayılı Tavsiye Kararı'nda yer alan yaklaşıma uygun düşmektedir. Söz konusu maddede, yalnızca Taraflar için engelli kişiler lehine pozitif tedbirler alma imkânını öngörmemekte, aynı zamanda, Tarafları, geniş ölçüde, söz konusu tedbirleri almaya zorlamaktadır. (...). ”

2. Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 13 Aralık 2006 tarihinde kabul edilen, 30 Mart 2007 tarihinde imzalanmış ve Türkiye tarafından 28 Eylül 2009 tarihinde onaylanan Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşme'nin ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

Madde 2

Tanımlar

İşbu Sözleşme uyarınca:(...)

“Engelliğe dayalı ayrımcılık” siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya başka herhangi bir alandaki tüm insan hak ve temel özgürlüklerinin diğerleri ile eşit bir şekilde kullanılması veya bunlardan yararlanılması imkânını ortadan kaldıran veya bunu engelleyen her türlü ayrımın, dışlamanın veya kısıtlamanın engelliğe dayalı olarak yapılmasıdır. Engelliliğe dayalı ayrımcılık, makul uyumlaştırmanın yapılmaması dâhil her türlü ayrımcılığı kapsar.

“Makul uyumlaştırma”, engellilerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere somut durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve uyarlamaları ifade eder;

Madde 24

Eğitim

1. Taraf Devletler, engellilerin eğitim hakkını tanırlar. Taraf Devletler, bu hakkın fırsat eşitliği temelinde ve ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması için, eğitim sisteminin her seviyede engellileri de içine almasını ve ömür boyu öğrenim imkânı sağlamalıdır. Bunun için aşağıdaki hedefler gözetilmelidir:

a) İnsan potansiyelinin, onur ve değer duygusunun tam gelişimi ve insan haklarına, temel özgürlüklere ve insan çeşitliliğine saygı duyulmasının güçlendirilmesi;

b) Engellilerin kişiliklerinin, yeteneklerinin, yaratıcılıklarının ve zihinsel ve fiziksel becerilerinin en üst derecede gelişiminin sağlanması;

c) Özgür bir toplumda, engellilerin etkili bir şekilde katılımlarının sağlanması.

2. Bu hakkın hayata geçirilmesi için taraf Devletler aşağıda belirtilenleri sağlamalıdır:

a) Engelliler, engelleri nedeniyle genel eğitim sisteminin dışında tutulmamalıdır ve engelli çocuklar, engelleri nedeniyle parasız ve zorunlu ilk ve orta öğretimin dışında tutulmamalıdır;

b) Engelliler yaşadıkları çevrede, engellerini gözeterek onları da içine alan, kaliteli, parasız ilk ve orta öğretime diğerleriyle eşit bir şekilde erişebilmelidir;

c) Bireylerin ihtiyaçlarına göre makul uyumlaştırmanın yapılması;

d) Engellilerin genel eğitimden etkili şekilde yararlanabilmeleri için, genel eğitim sistemi içinde ihtiyaç duydukları desteği almaları;

e) Engellilerin eğitime dâhil olması hedefine uygun olarak, bireye özgülenmiş etkili destekleyici tedbirlerin akademik ve sosyal gelişimi azami-leştiren ortamlarda sağlanması.

3. Taraf Devletler, engellilerin toplumun üyeleri olarak eğitime tam ve eşit katılmalarını kolaylaştırmak için yaşam ve sosyal gelişim becerilerini

edinmelerini sağlamalıdır. Bu amaçla, taraf Devletler aşağıda belirtilen uygun tedbirleri almalıdır:

a) Braille ve diğer biçemlerdeki yazıların okunmasının öğrenilmesine, beden dilinin, iletişimin alternatif araçlarının ve biçimlerinin, yeni çevreye alışma ve bu çevrede hareket etme becerilerinin öğrenilmesine ve akran desteği ve rehberlik hizmeti verilmesine yardımcı olunması;

b) İşaret dilinin öğrenilmesine ve sağlıkların dilsel kimliğinin gelişimine yardımcı olunması;

c) Kör, sağır veya hem kör hem sağır olanların, özellikle çocukların eğitiminin en uygun dille, iletişim araç ve biçimleriyle, onların akademik ve sosyal gelişimini azamileştiren ortamlarda sunulmasını sağlamak.

4. Taraf Devletler, bu hakkın hayata geçmesini sağlamak için, engelli olanlar dâhil olmak üzere, işaret dilini ve Braille alfabesini bilen öğretmenlerin işe alınması ve eğitimin her düzeyinde çalışan uzmanların ve personelin eğitilmesi için uygun tedbirler almalıdır. Söz konusu eğitim, engelliliğe ilişkin bilincin yükseltilmesini, uygun alternatif iletişim araç ve biçimlerinin, destekleyici eğitim tekniklerinin ve materyallerinin kullanılmasını içermelidir.

5. Taraf Devletler, engellilerin genel yüksek okul eğitimine, mesleki eğitime, erişkin eğitime ve ömür boyu süren eğitime ayrımcılığa uğramaksızın diğerleriyle eşit bir şekilde erişimini sağlamalıdır. Bu nedenle, taraf Devletler engellilerin ihtiyaçlarına uygun makul uyumlaştırmanın yapılmasını sağlamalıdır.(...)"

I- HUKUKİ DEĞERLENDİRME

A. SÖZLEŞME'YE EK 1 NO.LU PROTOKOL'ÜN 2. MADDESİ İLE BİRLİKTE SÖZLEŞME'NİN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, eğitim hakkının ihlal edildiğini, herkese verilen imkânın engelli olan kişilere sunulması yönündeki pozitif yükümlülüğün devlet tarafından yerine getirilmediğini ve Sözleşmenin Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi aşağıdaki şekildedir:

Öte yandan başvuran, görme engelli olması nedeniyle Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak ayrımcı bir muameleye maruz kaldığını iddia etmektedir.

Hükümet, bu iddiaları kabul etmemektedir.

1. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. Maddesinin Uygulanabilirliği Hakkında

Somut olayda Hükümet, başvuranın kayıt olmak istediği ve Konservatuar'a bağlı yüksek öğretim kurumu statüsüne sahip olan okulda, dört yıllık yüksek öğretim verildiğini ifade etmektedir. Öte yandan Hükümet, söz konusu okulda matematik, fizik, tarih gibi derslerin ve aynı zamanda seçmeli derslerin de verildiğini ifade etmekte ve böylelikle, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu

• *12 Protokol'ün 2. maddesinin mevcut davaya uygulanabileceğini kabul etmektedir.

Mahkeme, bu tespitten uzaklaşmak için herhangi bir sebep görmemektedir. Nitekim, şayet Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi, Sözleşmeci Devletlere özel eğitim kurumlarını kurmayı veya söz konusu kurumlara maddi destek sağlamayı zorunlu tuttuğu şeklinde yorumlanmaz ise, bu türden kurumlar kuran bir Devlet, söz konusu kurumlara etkin bir şekilde girmeyi sağlamakla yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, belirli bir dönemde var olan eğitim kurumlarına girilmesi, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin birinci cümlesinde yer verilen hakkın bir parçasını oluşturmaktadır (*Çatan ve diğerleri/Moldova Cumhuriyeti ve Rusya* [BD], No. 43370/04, No. 8252/05 ve No. 18454/06, § 137. AİHM 2012 (özetler); bu kararda yer alan içtihadı atıflar). Söz konusu hüküm, ilk, orta ve yüksek öğretim düzeyleri için de geçerlidir (*Leyla Şahin / Türkiye* [BD], No. 44774/98, §§ 134-136, AİHM 2005-XI). Söz konusu okulun, ilk olarak sağladığı, sanatta ilgili bir öğretim durumu, ilgili okula, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin uygulaması kapsamında, hangi koşullarda girilebileceği yönündeki incelemenin dışında kalacak nitelikte değildir. Sonuç olarak, başvuranın şikâyeti bu hüküm kapsamına girmektedir.

2. Kabul Edilebilirlik Hakkında

1 Mahkeme, başvuranın şikâyetlerinin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3 a) bendi anlamında, açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle bağdaşmadığını da tespit etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

3. Esas Hakkında

-Tarafların İddiaları

a. Başvuranın Argümanları

Başvuran, İdare'nin yalnızca görme engelli olması nedeniyle Konservatuar'a kaydını yapmayarak, kendisine haksızlıkta bulunduğunu ve ayrımcılık uyguladığını ileri sürmektedir.

Öte yandan başvuran, gerekli belgelerin tamamını kayıt süresi içerisinde sunduğunu ileri sürmektedir. Konservatuvar'a sunulan sağlık raporunda, başvuranın, Konservatuvar'ın görmeyi gerektirmeyen bölümlerinde eğitim görebileceği bildirilmiştir. Başvuranın kanaatine göre, başka öğrencilere ait sağlık raporlarında yalnızca "okula gidebilir", "Üniversite'ye kaydı olabilir" ya da "Konservatuvar öğrencisi olabilir" ifadelerinin yer almasıyla Konservatuvara kayıtları yapılmıştır. Böylelikle, başvuran, kaydının yapılmamasının, makul bir sebeple değil ancak görme engelli olmasına dayanmasından dolayı kendisine yapılan ayrımcılığı kanıtladığı kanısındadır.

2 Başvuran, eğitim hakkının özünün Hükümet tarafından ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Öte yandan başvuran, Konservatuvarın görme engelli kişilere eğitim hizmeti sunma girişimi bakımından, Hükümetin, 1976 yılından 2004 yılına kadar görme engelli kişilerin yararına eğitim imkânları oluşturmayarak, toplumun bütün üyelerine eşit imkânlar tanıma konusunda başarılı olmadığını ve bu bağlamda, pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürmektedir.

b. Hükümetin Argümanları

Hükümet, verdiği savunmada mahkemenin ilgili içtihatlarına gönderme yaparak, Müzik Bölümü'ne giriş ve kayıt koşullarına ilişkin düzenlemenin "kayıd talep edilen ve tercih edilen çalgının gerektirdiği fiziki özellikler sahip olmayı" ve "[tercih edilen] bölümde vücut yapısında eğitime mani bir özrü bulunmamayı gerektirdiğini" ifade etmektedir. Okul idaresi, söz konusu hükümlere dayanarak, kayıt işlemini gerçekleştirmek amacıyla başvurandan bir sağlık raporu sunmasını talep edildiğini, ancak, başvuranın, "Konservatuarda eğitim görmeye elverişli olduğunu" gösteren bir rapor sunmadığını savunmuştur.(...)

Hükümet, başvuranın sunduğu ve görmeyi gerektirmeyen bir bölümde öğrenim görebilecek durumda olduğunun tespit edildiği raporun kabul edilmemesinin, başvuranın eğitim hakkının özüne zarar verip vermediğini ve hangi ölçüde başvuranın eğitim hakkının özüne zarar verdiğini ve aynı zamanda, bu hakkın etkinliğini kısıtlayıp kısıtlamadığını ve hangi ölçüde bu hakkın etkinliğini kısıtladığını araştırarak şekilde değerlendirilmesi gerektiği kanısındadır.

Hükümet, 2004 yılında, okulun, görme engelli öğrenciler için altyapıya (araç, gereç, donanım ve öğretmen kadrosu) sahip olmadığını ve bu hususla ilgili olarak, okulun bir düzenlemesi bulunmadığını ileri sürmektedir. Hükümet, başvuranın ayrımcı bir muameleye maruz kaldığı iddiası

ile ilgili olarak, ayrımcılığın, objektif ve makul bir gerekçe sunulmaksızın, benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelelerde bulunmaktan ibaret olduğunu ifade etmektedir. Hükümet, meşru bir amaç izlenmediğinde veya hedeflenen amaç ve kullanılan araç arasında makul orantılılık ilişkisi bulunmadığında, objektif ve makul bir gerekçe olamayacağını savunmuştur.

B- MAHKEME’NİN DEĞERLENDİRMESİ a. Genel İlkeler

Mahkeme, demokratik bir toplumda, eğitim hakkının insan haklarının gerçekleşmesinde vazgeçilmez olduğunun ve temel bir yer teşkil ettiğinin altını çizmeye daha önce fırsatı bulunduğunu hatırlatmaktadır (*Velyo Vele/Bulgaristan*, No. 16032/07, § 33, AİHM 2014 (özetler)). Bu bağlamda Mahkeme, eğitimin çağdaş bir devlette en önemli kamu hizmetlerinden biri olduğunu hatırlatarak, bu bağlamda makamların tahsis edebileceği kaynakların ister istemez sınırlı olmasına rağmen, düzenlemesi gereken “kompleks bir hizmet” olduğunu ve yönetilmesinin masraf gerektirdiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, devletin eğitime erişimin düzenlenme şekline karar verdiğinde, bir taraftan, kendi yargısına tabi kişilerin eğitim ihtiyaçları ve diğer taraftan, söz konusu ihtiyaçları karşılamakla sınırlı olan kapasitesi arasında bir denge kurması gerektiği aşikârdır. Bununla birlikte Mahkeme, kamu hizmetlerinin sağladığı bazı diğer edimlerin aksine, eğitimin Sözleşme tarafından doğrudan korunan bir hak olduğunu göz ardı edemez.

Mahkeme, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 2. maddesinin uygulanması ve yorumlanması çerçevesinde, Sözleşmeciler arasındaki ilişkilere uygulanabilir her türlü uluslararası hukuk kuralını ve ilkesini göz önünde bulundurmak gerektiğini ve Sözleşme’nin, mümkün olduğunca, bir parçası olduğu diğer uluslararası hukuk kurallarıyla bağdaşacak şekilde yorumlanması gerektiğini yinelemektedir (bk. yukarıda anılan *Çatan ve diğerleri* kararı, § 136). Dolayısıyla, Avrupa Sosyal Şartı veya Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gibi düzenlemelerde yer alan eğitim hakkına ilişkin hükümler göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak, Mahkeme, Sözleşme’nin konu ve amacının, hükümlerinin, kişilerin korunmasına yönelik bir Sözleşme olarak, gerekliliklerini somut ve etkin kılacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirdiğini vurgulamaktadır.

Mahkeme, ayrımcılığın yasaklanması ile ilgili olarak, ayrımcılığın, objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeksizin, benzer durumlarda bulunan kişilere farklı muamelede bulunmaktan ibaret olduğunu ve farklı bir muamelenin, “meşru bir amaç” izlenmediğinde veya “hedeflenen amaç ve

kullanılan araç arasında makul orantılılık ilişkisi” bulunmadığında, “objektif ve makul gerekçeden” yoksun olduğunu hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Sejdic ve Finci* kararı, § 42). Bununla birlikte, Sözleşme’nin 14. maddesi, üye bir devletin, topluluklar arasındaki “olgusal eşitsizliği” düzeltmek amacıyla topluluklara farklı muamelede bulunmasını yasaklamaktadır.

Nitekim, bazı koşullarda, yapılan eşitsizliği düzeltmek için farklı muamelede bulunulmaması,

• ... *18 objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeksizin, söz konusu hükmü ihlal etmektedir

b. Somut olaya Bu İlkelerin Uygulanması

Mahkeme,davanın öncelikle, Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’in 2. maddesi ile birlikte Sözleşme’nin 14. maddesi açısından incelenmesi gerektiği kanısındadır

Somut olayda başvuran, Konservatuar’a kaydının yapılmamasının ayrımcı bir muamele teşkil ettiğini ileri sürmektedir zira kaydının yapılmaması, görme engelli olmasına dayanmaktaydı. Bu bağlamda Mahkeme, olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan çeşitli yasal düzenlemelerde, ayrımcılık gözetilmeksizin, engelli olan gençlere eğitim hakkına yer verildiğini gözlemlemektedir

Mahkeme, ilgilinin Konservatuar’da eğitim görmek için fiziksel yeterliliğe sahip olduğunu gösteren sağlık raporu sunmasının, Konservatuara kayıt için gerekli olan koşullar arasında bulunduğunu da tespit etmektedir. Dolayısıyla, başvurana Konservatuar’da eğitim görme imkânının verilmemesinin sebebi kanun değil okulun yönetmeliğidir. Bu bağlamda Mahkeme, İstanbul Teknik Üniversitesi Rektörlüğü’nün ulusal makamlar önünde sunduğu savunmada yer alan iddialar incelendiğinde (yukarıdaki 17. paragraf). Konservatuar’ın, engelin niteliği ne şekilde olursa olsun, engelli olan kişileri kabul etme durumunda olmadığını da tespit etmektedir.

Dolayısıyla somut olayda, Sözleşme’nin daha uygun bir muameleyi gerektirmediği varsayılsa bile, ayrımcılığın, bir bireyin veya bir topluluğun, objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeksizin, diğerlerine göre daha kötü bir muamele gördüğü durumları içermesi nedeniyle, vatandaşlarına özel bir müzik eğitimi sunan Devletin, ilgilinin belirli kişilerden oluşan bir gruba katılmasını reddedip reddedemeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir (yukarıda anılan *Glor* kararı, § 73).

Kuşkusuz, Hükümetin savunduğu gibi (yukarıdaki 49. paragraf), Konservatuar'a girme koşullarını düzenleyen mevzuatta, görme engelli kişileri hariç tutan hükümler bulunmamaktaydı.

Bunun yanı sıra, Konservatuar'a kayıt yaptırmak isteyen bütün adayların, fiziki elverişliliklerini kanıtlayan bir sağlık raporu sunma zorunluluklarının bulunduğu aşikârdır. Bununla birlikte Mahkeme, bilhassa söz konusu okulun bu gerekliliğe ilişkin yaptığı yorumu dikkate alarak, bu türden bir gerekliliğin, fiziksel engeli bulunan başvuran gibi kişiler üzerindeki etkilerini göz ardı edemez.

Nitekim, Mahkeme, başvuranın, okul idaresine fiziksel yeterliliğini kanıtlayan bir sağlık raporu sunduğunu ancak söz konusu raporda, başvuranın görme engelli olduğu dikkate alınarak, ilgilide istisnai bir durumun bulunduğu bildirildiğini gözlemlemektedir (yukarıdaki 11. paragraf). Oysa, Konservatuar, sağlık raporunu kabul etmem iştir... Başvuranın görme engelli olmasının kaydının yapılmamasındaki tek sebep olduğuna dair herhangi bir şüphe duyulamayacağı kanısına varmaktadır.⁶⁰

Mahkeme, Hükümetin, Konservatuara kaydolma şartlarını ilk önce, söz konusu kurumun bazı yeteneklere sahip öğrencileri kabul edebilmesi durumu ile haklı gösterdiğini gözlemlemektedir Oysa Mahkeme, Konservatuar'da okumaya aday olanların taşınması gereken nitelikleri belirleme konusunda ulusal makamların kuşkusuz bir takdir yetkisine sahip olduklarını değerlendirirse, bu argüman mevcut dava koşullarında geçerli olamayacaktır. Nitekim, Konservatuar'ın eğilimi bazı yeteneklere sahip olan öğrencilere eğitim vermek ise, her türlü kayıt talebi öncesindeki giriş sınavını kazanarak başvuran, bu bağlamda gerekli olan tüm nitelikleri taşıdığını kanıtlamıştır

Hükümet, olayların meydana geldiği dönemde, söz konusu Konservatuar'ın, engelli olan öğrencilerin kabulü için uygun bir altyapıya sahip olmadığı savunmasını kabul edilebilir bulmamıştır.

Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin teorik veya soyut hakları değil, somut ve etkili hakları korumayı hedeflediğini yinelemektedir (bk. diğer kararlar arasında, *Del Rio Prada/İspanya* [BD], No. 42750/09, § 88, AİHM 2013 ve *Iļvorski/Hırvatistan* [BD], No. 25703/11, § 82, 20 Ekim 2015; bk. ayrıca yukarıdaki 54. paragraf). Mahkeme, mevcut dava kapsamında, Avrupa ve uluslararası hukukun gelişimini göz önünde bulundurma ve örnek olarak, ulaşılabilecek normlar hakkında bu alanlarda ortaya çıkabilecek ortak görüşe göre hareket etmesi gerektiğini hatırlatmaktadır (bk. *mutatis mutandis*, *Konstantin Markin/Rusya* [BD], No. 30078/06, §

126, AIHM 2012 (özetler); *Fabris/Fransa* [BD], No. 16574/08, § 56, AIHM 2013 (özetler)). Bu bağlamda Mahkeme, eğitim hakkının kullanılmasında evrensellik ve ayırım gözetmeme temel ilkelerinin önemini kaydetmektedir. Uluslararası metinlerde, bu ilkelere birçok defa yer verilmiştir (bk. ilgili uluslararası hukuk, yukarıdaki 37-38. paragraflar ve yukarıda anılan *Çatan ve diğerleri* kararı, §§ 77-81). Mahkeme, söz konusu uluslararası düzenlemeler gereğince, kaynaştırma eğitimin bu temel ilkeleri sağlamak için en uygun araç olarak kabul edildiğini vurgulamaktadır.

Yine , Sözleşme'nin 14. maddesinin, engellilerin "tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini diğerleriyle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını" sağlamak üzere engelli olan kişilerin beklemekte haklı oldukları - "belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük yüklemeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeler" olarak ifade edilen - makul düzenlemeler bakımından söz konusu metinlerde yer alan gereklilikler ışığında incelenmesi gerektiği kanısına varmaktadır Bu türden makul düzenlemeler, haklı gösterilemeyecek ve ayrımcılık teşkil eden olgusal eşitsizlikleri düzeltmeye imkân vermediği vurgulanmaktadır.

Mahkeme, her gencin kendisine özgü pedagojik/eğitim ihtiyaçları olduğunu ve engelli olan gençler için de bu durumun geçerli olduğunu göz ardı etmemektedir. Mahkeme, eğitim alanında, makul düzenlemelerin, okullara mimari yönden erişilebilirlik, öğretmenlerin formasyon görmesi ve uygun müfredatların veya donanımın uyarlanması bakımından, gerek maddi gerekse maddi olmayan, eğitsel veya örgütsel olan farklı şekiller alabileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle, Mahkeme, engelli olan gençlerin eğitim ihtiyaçlarını karşılamak için uygulanması gereken yöntemleri belirlemenin kendi görevi olmadığını, ulusal makamların, ülkelerindeki dinamik kuvvetler ile doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle, bu bağlamdaki yerel ihtiyaçlar ve söz konusu durum hakkında karar vermek için ilke olarak uluslararası yargıca nazaran daha iyi konumdadırlar.

Bununla birlikte Mahkeme, devletlerin seçimlerinin özel ve hassas bir durumda oldukları göz ardı edilemeyen engelli gençler üzerindeki etkilerini dikkate alarak, devletlerin bu alandaki seçimlerinde özen göstermelerinin önem arz ettiğini ve engele dayalı ayrımcılığın makul düzenlemelerin yapılmamasını kapsadığını vurgulamaktadır.. Mahkeme, somut olayda, dosyada bulunan belgeleri dikkate alarak, ulusal makamların hiçbir şekilde başvuranın ihtiyaçlarını tespit etmeye çalışmadıklarını ve hangi ölçüde görme engelli olmasının müzik eğitimi almasına engel teşkil edebileceğini belirtmediklerini gözlemlemektedir. Ulusal ma-

kamlar, başvuranın görme engelli olmasının gerektirdiği özel pedagojik ihtiyaçları karşılamak için düzenlemeler de tasarlamaya çalışmamışlardır (*McIntyre/Birleşik Krallık* kararı ile kıyaslayınız, No. 29046/95, yayımlanmayan 21 Ekim 1998 tarihli Komisyon Kararı). Mahkeme, görme engelli gençlerin de eğitim görebilmesi amacıyla Konservatuar'ın 1976 yılından bu yana, sunduğu eğitimde uyarlamalarda bulunmak için herhangi bir girişimde bulunmadığını tespit etmektedir.²³

Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, başvuranın Konservatuar'a kaydının yapılmamasının, yalnızca görme engelli olduğu durumuna dayandığını ve ulusal makamların makul düzenlemeler yapılmasının söz konusu kurum bünyesinde belki de ilgiliye eğitim görme imkânı sağlanabileceğini hiçbir zaman düşünmediklerini gözlemlemektedir. Dolayısıyla, Mahkeme, yalnızca görme engelli olması nedeniyle, objektif ve makul bir gerekçe sunulmaksızın, söz konusu Konservatuar'ın Müzik Bölümünde eğitim görme imkânının başvurana tanınmadığı kanısındadır. Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi ile birlikte Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme kararı ile hükümetin ihlal sonucu doğuran uygulaması ile zararın doğumuna sebebiyet verdiğiinden tazminat verilmesi cihetine gitmiştir.

Bu gerekçelerle mahkeme oybirliğiyle vermiş olduğu kararında;

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
 2. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesi ile birlikte Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine;
 3. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesine ilişkin şikâyetin esasının ayrı olarak incelenmesine gerek olmadığına;
- Başvuruna(...) tazminat verilmesine,
4. Karar vermiştir.

SONUÇ:

Konservatuarın açmış olduğu sınava giren başvuranın sınav heyetinde huzurunda yaptırılan uygulamalı sınavda başarılı bulunarak yeteneği itibarıyla okula kabul edilebilir yeterlilikte olduğu tespit edilmiştir. Kayıt yapmaya hak kazanan başvuranın görme engeli olması ve okulun alt yapısının uygun olmadığı gerekçesiyle kayıt işlemi yapılmayarak okula devamı engellenmiştir.

Gerek Anayasamızdaki düzenleme, gerekse ilgili yasal düzenlemeler ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde engelliler gerekli

önlemleri almak ve eğitimlerini sağlamak için pozitif yükümlülük yüklenmiştir. Öte yandan AIHM in daha öncede benzer konularda verdiği kararlar ve genel içtihatları bilinmesine rağmen bu konuda hem idari hem de yargısal uygulamalar ile yeterli hassasiyet gösterilmediği anlaşılmaktadır.

Somut olayda ilk derece mahkemesinde, mahkeme başkanının muhalefet şerhi ve temyiz aşamasında Danıştay Başsavcının görüşüne dikkat çekmektedir. Bu durum ülkemizde yargısal bakış tarzının gelişimi açısından son derece önemlidir.

2010 yılında Anayasamızda yapılan değişiklikle engelliler yönünde pozitif ayrımcılık ilkesi benimsenmiştir. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve AIHM kararlarının bağlayıcılığı dikkate alındığında bu konuda ciddi mesafeler alındığı, bunun uygulamaya tam olarak yansıtılması halinde benzer ve hiç hak etmediğimiz ihlal kararlarının ortadan kalkacağı bilinmelidir.

EĞİTİMİ DEVAM EDEN ERGİN ÇOCUĞA ANA VE BABASI TARAFINDAN VERİLEN (EĞİTİM NAFAKASININ) NAFAKANIN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE NAFAKAYA HÜKMEDİLEBİLME KOŞULLARI

Av. Vildan GÖKKAYA¹

I. EĞİTİM NAFAKASININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

MK 328/2 “Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.” Demek suretiyle ana ve babanın eğitimi devam eden ergin çocuklarının giderlerini karşılamakla yükümlü olduklarını belirtmiştir. Doktrinde eğitimi devam eden ergin çocuğa ödenen nafakanın (Eğitim nafakasının), hukukî niteliği bakımından yardım nafakalarına mı yoksa bakım nafakalarına mı tabi olduğu tartışmalara neden olmuştur. Bu iki nafaka türünün benzerlik ve farkları bulunmaktadır. Yardım nafakası ve bakım nafakası farklı nafakalar olup farklı yasal düzenlemelere tabidir. Bunlardan belli başlıları; bakım yükümlülüğünün yardım yükümlülüğünden önce gelmesi yani nafaka talebinde bulunan kişinin bakım nafakası talep edebileceken yardım nafakası isteyememesidir.² Ayrıca TMK 328. madde kapsamında kanunun lafzına bakıldığında madde metninde kanun koyucu tarafından bakım kelimesi kullanılmış olup yardım kelimesi tercih edilmemiştir.³ Yardım nafakasına hükmedebilmenin şartlarından birisi yoksullukken eğitim nafakası ergin çocuğun tüm bakım ve eğitim giderlerini kapsar.⁴ Bakım nafakası tek taraflı iken yardım nafakası karşılıklıdır, nafaka yükümlülükleri farklıdır, yetkili mahkeme gibi farklılıklar mevcuttur.⁵ Bu kapsamda eğitim nafakasının bakım ya da yardım nafakalarından hangisi içerisinde değerlendirildiği önem taşımaktadır. Eğitim nafakası kanundaki sistematik bakımından bakım nafakalarından işti-

1 İstanbul Barosu **Avukatlarından**.

2 Ahmet **Türkmen**, “Eğitim Nafakası (TMK m. 328/2)”, Aydın Zevkliler’ e Armağan, İstanbul 2013, s. 2712.

3 **Türkmen**, s. 2712.

4 Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, AÜHF Yayınları, s. 443, Ankara 1983; **Türkmen**, s. 2712.

5 Nihat İnal, *Boşanma- Nafaka- Eşya- Nişanlanma Davaları*, Adalet Yayınevi, s. 846, Ankara 1998.

rak nafakasının istisnası şeklinde düzenlenmiştir. Ancak iştirak nafakasından farklı olarak ergin çocuğa devam eden eğitimi sebebiyle ödenir, hâkimce re' sen dikkate alınmaz, çocuğun mal varlığının nafakaya etkisi iştirak nafakasında yokken eğitim nafakasında olumsuz etkisi mevcuttur.⁶ Eğitim nafakası yardım nafakasından da ayrılır; yardım nafakasında, nafaka yükümlüsü kavramı daha geniştir, devam eden eğitim koşulu aranmaz, yoksulluk koşulu aranır.⁷

Eğitim nafakası temelde eğitim hakkına dayanmaktadır. Eğitim hakkı uluslararası birçok sözleşmede yer aldığı gibi başta Anayasamızın 42. Maddesinde olmak üzere kanunlarımızda da yer almaktadır. MK 340, çocuğun meslekî eğitim alması hususunda ana babayı yetkili ve sorumlu kılmıştır.⁸ Çocuk⁹, hayatını idame ettirebilmek ve kendi infak ve iâşesini sağlayabilmek için bir mesleğe sahip olmalıdır. Meslekî eğitim, çocuğa ekonomik bağımsızlık kazandırdığı gibi çocuğun üzerinde duygusal ve ahlâkî bakımdan da olumlu etkilerde bulunur.¹⁰ Çocuğun eğitimine ilişkin giderlerin kimler tarafından karşılanacağı hususunda da Medeni Kanunumuz 327. Maddesinde “*Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır.*” İfadelerine yer vererek çocuğun eğitimine ait giderlerin kim tarafından karşılanacağını belirtmiştir. Ana ve babanın, çocuğun giderlerini karşılama yükümlülüğü soybağından kaynaklanmakta olup; ana ve baba açısından çocuğun anne karnına düştüğü andan itibaren (bakımı, beslenmesi ananın hastane masrafları da dahil olmak üzere); eğer çocuk ve baba arasında bu aşamada soybağı kurulamamışsa; tanıma, babalık hükmü ile soybağı kurulmasından çocuğun doğumuna kadar geriye doğru babanın çocuğun giderlerini karşılama yükümlülüğü doğar.¹¹ Bu yükümlülüğün sona ermesi ise; MK 328' e göre, ana babanın bakım ve eğitim giderlerine katlanma borcu, çocuğun ergin olmasına, ergin olduktan sonra da eğer eğitimi devam etmekteyse eğitimi süresince devam edecektir. Dolayısıyla ana babanın, çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama süresi çocuğun ergin olmasına kadar; erginlikten sonra ise meslekî eğitimi bitinceye kadar devam eder.¹²

6 **Türkmen**, s. 2752.

7 **İnal**, s. 846; **Türkmen**, s. 2757-2758.

8 “**Eğitim Madde 340-** Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar. Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlarlar.”

9 Çocuk kavramı hukukî olarak 18 yaşını doldurmamayan insanı ifade eder konumuz bakımından çocuk kavramı ana ve baba ile soybağı ilişkisini ifade etmek için kullanılmıştır.

10 Nurettin Gürsel, “*Velayet Hakk ve Vazifeleri*”, Adalet Dergisi, S.4, 1949. s. 440.

11 Sevgi Usta, *Velayet Hukuku*, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 247-248.

12 Hasan Özkan, *Hasan, Açıklamalı- İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005. s. 1294.

TMK 328. Maddenin ilk fıkrası, ana ve babanın, çocuğun eğitimine ilişkin giderleri bakım borcu kapsamında ergin oluncaya kadar sağlamakla yükümlü oldukları şeklinde anlaşılrsa da ikinci fıkrası ergin olmakla bakım borcunun bitmeyeceği ve çocuğun hayatını idame ettirebileceği bir meslek sahibi olmasını sağlayacak eğitimi alıncaya kadar ana ve babanın bakım borcunun devam edeceğini ifade etmiştir. Yargıtay da bu bakım borcunu kararlarında belirtmiştir.¹³ Yargıtay' a göre, çocuğun hak ve menfaatlerine uygun bir eğitim alması, çocuğa iyi bir gelecek sağlanması ana babanın en öncelikli görevlerinden olup ana baba bu konuda azamî fedakârlık göstermelidir.¹⁴

Yargıtay, kararlarında eğitime devam etmekte olan çocuğa ödenecek nafakanın yardım nafakası niteliğinde olduğunu¹⁵, MK 364' e dayanarak kabul etmekte Medeni Kanunun Eski Medeni Kanundan farklı olarak ergin çocuğa ödenen nafakayı özel hüküm olarak düzenlediğini ve 328/2' nin özel hüküm olarak uygulanması gerektiğini gözetmeden, savunmaktadır.¹⁶ Yargıtay'a göre, ergin çocuk lehine iştirak nafakasına hükmedilemez ve hükmedilen iştirak nafakası erginlikle kendiliğinden sona erer.¹⁷ Ayrıca Yargıtay'a göre ergin çocuk lehine tedbir nafakasına da hükmedilemez.¹⁸ Yargıtay'ımızın son dönemdeki kararları eğitim nafakasının yardım nafakası niteliğinde olduğu yönünde ise de eski tarihli bir kararında, "babanın sosyal durumu bakımından çocuğun okutulmasının gerekmesi halinde iştirak nafakasının çocuğun erginleşmesinden sonra da okumaya devam sebebiyle ödenmesi, medeni kanun hükümlerindedir." Diyerek eğitim nafakasını iştirak nafakası olarak nitelendirmiştir.¹⁹

Doktrinde ise eğitim nafakası, İnal, Özüğür, Tekinay, Öztan, Ruhi-Özdemir tarafından yardım nafakası kapsamında değerlendirilirken; Velideoğlu, Sonat, Türkmen tarafından ise bakım nafakası olarak nitelendirilmektedir.

13 Hayrunnisa Özdemir / Ahmet Cemal **Ruhi**, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2012, Y. 2. HD. 24.3.2010, E. 2009/3339, K. 2010/5731, s. 168.

14 Özdemir/ Ruhi, Y. 3.HD. 7.12.2009, E. 2009/17972, K. 2009/ 19254, s. 180.

15 Özdemir/ Ruhi, s. 116.

16 **Türkmen**, s. 2708; Aynı yönde bkz. Mustafa **Dural**/ Tufan Ögüz/ Alper **Gümüş**, *Türk Özel Hukuku C.3 Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 323; Kazım Ali **Sonat**, "Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü", MÜHF – Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, 2013, s. 235-291. (Çevrimiçi) <http://edergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001566/5000000581>, s. 242. Erişim Tarihi 07.04.2015.

17 Özdemir/Ruhi, Y. 3.HD. 11.5.2009, E. 2009/7140, K. 2009/8306, s. 205.

18 Özdemir/Ruhi, Y. 2.HD. 25.6.2009, E. 2008/9545, K. 2009/12503, s. 203.

19 Haluk **Bozovalı**, *Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları*, Kazancı Kitap Tic. A.Ş., İstanbul 1990, Y. HGK. 13.3.1963, E. 2/99, K. 21, s. 60.

Bozovalı, iştirak nafakasının kural olarak çocukların reşit olmasına değin sürmesine rağmen, eğitim süresince başka surette çalışıp para kazanması müsait olmayan ve eğitimin normal süresi içinde ödenmek üzere devam etmesini ahlaki bir ödev olarak nitelemiştir.²⁰

Serozan' a göre, çocuk erginlik yaşına ulaşmakla beraber hukukî bağımsızlığını kazansa da ekonomik ve entelektüel bağımsızlığını ülkemiz şartlarında genellikle kazanamadığından bakım nafakası erginlikle sınırlandırılmayacaktır.²¹

Velidedeoğlu ise, iştirak nafakasının çocuğun reşit olmasına kadar ödense dahi çocuğun mesleki eğitim ve öğrenimi gerektiriyorsa erginlikten sonraki süreçte devam edeceğini belirtmektedir.²²

Ruhi-Özdemir, çocuğun ergin olmasıyla tedbir ve iştirak nafakası sona ereceği gibi bu nafakaların artırımı şeklinde bizzat reşit çocuk tarafından açılmış olan davalarda da hukuki değerlendirme hâkime ait olduğundan nafakaların niteliğinin yardım nafakası olduğunu belirtmiştir.²³

II. EĞİTİM NAFAKASINA HÜKMEDİLEBİLME KOŞULLARI

A. Eğitimine Devam Eden Çocuğun Ergin Olması Koşulu

Nafakaya hükmedebilmek için kanunun aradığı ilk koşul çocuğun ergin olmasıdır. Ergin olmayan çocuk bakımından iştirak nafakası müessesesi vardır dolayısıyla eğitim nafakasına hükmedilmesi mümkün değildir. Erginlik TMK uyarınca, 18 yaşını doldurmakla kazanılmasına rağmen evlenmeyle veya mahkeme kararıyla da erginlik kazanılabilir. (TMK m. 11-12). Çocuk erginliğini evlenme yoluyla kazanmışsa artık önce eşine karşı nafaka talebinde bulunmalı bu talep kabul görmezse eğitim değil yardım nafakası veya yoksulluk nafakası kapsamında anne- babasına başvurmalıdır.²⁴ Mahkeme kararıyla erginlik kazanma halinde kural olarak eğitim nafakası talep edilemeyeceği doktrinde²⁵ belirtilmiş ise de kanımca mahkeme kararıyla erginlik kazanan çocuk da eğitim nafakası talep edilebilmelidir.

B. Çocuğun Eğitime Devam Etmesi Koşulu

Çocuğun ergin olması eğitim nafakası istemesine yetmeyecek ayrıca devam eden bir eğitim hayatı olması da gerekecektir. Kanunun ifadesiyle

20 **Bozovalı**, s. 61.

21 Rona **Serozan**, Çocuk Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 245.

22 H. Veldet **Velidedeoğlu**, *Türk Medeni Hukuku C.3 Aile Hukuku*, 3. Bası, Tan Matbaası, İstanbul 1956, s. 215.

23 Özdemir/ Ruhi, s. 112; Y. 3.HD. 7.12.2009, E. 2009/17518, K. 2009/19230, s. 181.

24 **Türkmen**, s. 2745. Ayrıntılı bilgi için bkz. 164. dn.

25 **Türkmen**, s. 2745. Ayrıntılı bilgi için bkz. 165. dn.

“eğitimi devam eden” çocuk hakkında nafakaya hükmedilecektir. Anne ve baba çocuğun bakım ve eğitimi hususunda gerekli kararları alır. (TMK 339). Ana baba çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun genel ve mesleki bir eğitim sağlar.(TMK m. 340). Bu maddeler kapsamında ana babanın nafaka ödeme yükümlülüğü, çocuğun kendi hayatını idame ettirebilecek, geçimini sağlayabilecek ölçüde meslek kazanımını gerçekleştirecek olan eğitimi tamamlanıncaya kadar devam etmektedir.²⁶ Ülkemiz koşullarında genellikle kişiler işlerini kazanmalarına yarayacak mesleği üniversite lisans veya önlisans eğitimi sonunda kazanmaktadır.²⁷ Bu eğitimlerden sonra ergin çocuk hayatını kazanabileceği bir meslek sahibi olmaktadır. Bu yüzden Eğitim nafakasının kapsamına lisansüstü veya doktora eğitimlerinin girdiğini söylemek mümkün değildir.²⁸ Ancak eğitim nafakasının nitelendirmesini yardım nafakası olarak yapan Yargıtay’ ın bu doğrultuda lisansüstü eğitim alan ergin çocuğa da yoksulluk şartına bağlı olarak nafaka ödenmesi gerektiğini belirttiği kararı mevcuttur.²⁹ Açık öğretim, uzaktan eğitim veya ikinci öğretim de nafaka kapsamına girecektir.³⁰ Zaten bunlar eğitimin kişilere iletilmesine dair metodlar olup mesleki eğitimin alındığı lisans veya önlisans eğitiminin ne şekilde öğrenciye ulaştırılacağına dair yöntemlerdir.

Çocuk, bir lisans veya önlisans programına kaydını yaptırmış olup daha sonra bölümünde değişiklik yapmak isterse somut olayın koşullarına göre çocuğun ciddi ve samimi olup olmadığı, eğitimi değiştirmek isterse bu değişimin uygun bir zamanda yapılması yani eğitimin bitmesine yakın bırakılmaması vs. hususlara göre nafakaya hükmedilecektir.³¹

Çocuğun mesleki eğitimi bittikten sonra ikinci bir mesleki eğitim alması halinde bu ikinci eğitim nafaka kapsamında değerlendirilmez.³²

Eğitimine devam etmek koşulu, çocuğun sürekli olarak mesleki eğitim alıyor olması anlamına gelmeyip, çocuğun askerlik,³³ hastalık, olağan tatiller vs. gibi hallerde eğitimine ara vermesi makul karşılanır ve bu

26 **Türkmen**, s. 2715.

27 **Sonat**, s. 246.

28 **Türkmen**, s. 2722.

29 Ö. Uğur **Gençcan**, *Boşanma- Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, Y. 2. HD. 21.4.2005, 4125-6578, s. 1373.

30 **Türkmen**, s. 2722.

31 **Türkmen**, s. 2723.

32 Cem **Baygın**, *Soybağı Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010, s. 123; **Türkmen**, s. 2723.

33 Özdemir/Ruhi, Y. 3.HD. 7.11.2006, E. 2006/13655, K. 2006/ 14657; “*Davalının askerde olmasına rağmen açık öğretim fakültesinde okumaya devam ettiği ve sınavlara katıldığı anlaşılmaktadır. Okul kaydını yenilemesi gerekecektir.*” s. 300.

süre içinde de nafaka ödenmeye devam eder.³⁴ Çocuğun mutlak olarak ve devamlı surette eğitim kurumunda bulunması gerekli olmayıp çocuğun eğitim isteğinin varlığı ve eğitiminin tamamlanmamış olması devam koşulunun sağlanması için yeterlidir.³⁵ Ayrıca devam eden eğitimin erginlikten önce başlaması da gerekmeyip eğitime bir süre ara veren çocuğun ergin olduktan sonra eğitime devam etmek istemesi de somut olayın verilerine göre ana babanın nafaka yükümlülüğünü gündeme getirebilecektir.³⁶ Böyle durumlarda, çocuğun erginlikten önce aldığı eğitim ile sıkı ilişki içinde olup olmadığına bakılarak çocuğun hükmün amacı doğrultusunda eğitimi erginlik anında devam etmese dahi erginlikten sonra eğitime başlaması halinde artık eğitim nafakası alabilmelidir.³⁷

Üniversite kazanabilmek için hazırlık kursları niteliğindeki kurslar da eğitim nafakası kapsamında değerlendirilir.³⁸ Yargıtay birçok kararında üniversite sınavına hazırlık aşamasını da ülkemiz koşullarında mesleki eğitimin bir parçası olarak görüp nafakaya hükmetmiştir.³⁹ Çocuğun Üniversiteye hazırlık amacıyla, ister ortaöğretim devam ederken isterse ortaöğretim sona erdikten sonra gittiği kurslar ve aldığı özel dersler de nafaka kapsamındadır.⁴⁰ Yine bazı meslekleri icra edebilmek için alınması gereken mesleki eğitim değişiklik gösterebilir; bir mühendis dört yıllık lisans eğitimi alırken tıp fakültesi öğrencisi altı yıllık bir eğitim alır, bu bakımdan tıp öğrencisinin uzmanlık sınavını kazanmak için yaptığı hazırlık⁴¹ ve bir avukatın 4 yıllık hukuk eğitimi sonunda bir yıllık avukatlık stajı da mesleki eğitim kapsamında değerlendirilir.⁴²

C. Ana ve Babanın Kendilerinden Beklenebilir Ölçüde Çocuğun Eğitim Masraflarına Katılma Yükümü

1. Ana-Babanın Mali Gücü

Kanunun aradığı bir diğer şartta, ana babanın durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere çocuğa bakmakla yükümlü olması şartıdır.(TMK m. 328/2). Bu şart kapsamında öncelikle ana babanın mali durumları göz önünde bulundurulmalıdır. Kendi geçimini sağlayamayacak ana- babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini ödeme-

34 **Türkmen**, s. 2724.

35 Türkmen, s. 2719.

36 **Baygın**, s. 122-123.

37 **Sonat**, s. 252.

38 Türkmen, s. 2720.

39 Özdemir/ Ruhi, Y. 3. HD. 27.12.2010, E. 2010/19165, K. 2010/21689, s. 151

40 **Sonat**, s. 256.

41 Özdemir/ Ruhi, Y. 3.HD. 15.4.2008, E. 2008/4650, K. 2008/6722, s. 241.

42 Türkmen, s. 2727.

si beklenemez.⁴³ Ana ve baba mali güçleriyle orantılı olarak ergin çocuğa makul bir eğitim almasına yetecek miktarda nafaka ödemelidir.⁴⁴ Ana – babanın ödeme gücü tespit edilirken çocuğun aldığı burs hesaba katılmaz bu burs nafaka miktarının takdirinde etkili olur.⁴⁵

Ana- babanın mali gücü, çocuğun vakıf üniversitesinde veya yurtdışında eğitim almasına yetecek düzeyde ise meslekî eğitime ilişkin olmak koşuluyla eğitim nafakası ödenmelidir.⁴⁶

Yargıtay bir kararında; nafaka yükümlüsünün gelirin düşük olmasının eğitimine devam eden ergin çocuğa TMK 328/2 kapsamında nafaka ödemesinin önüne geçmeyeceği ancak nafaka miktarının tayininde etkili olacağını hükme bağlamıştır.⁴⁷ Hatta Yargıtay başka bir kararında nafaka yükümlüsünün işinin veya malvarlığının bulunmamasının onu nafaka yükümünden kurtarmayacağını, nafaka yükünün sadece anaya yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağını ve en azından asgari ücretli gelirin bulunduğu kabul edilerek hakkaniyete uygun olarak nafakanın takdirine karar vermiştir.⁴⁸ Nitekim çocuk erginliğe ulaştıktan sonra ana baba daha çok kazanabilecekken daha az kazandıkları işlerde çalışmaya başlamışlarsa artık yeteneklerine ve statülerine uygun olarak kazanmaları gereken varsayımsal gelir eğitim nafakasına hükmederken göz önüne alınacaktır.⁴⁹

2. Çocuğun Mali Gücü

Çocuğun mallarının bulunması halinde artık yardım nafakasına hükmedilemez, iştirak nafakasına hükmedilmesi bakımından ise çocuğun mallarının önemi yoktur çünkü ana baba çocuğun bakım ve eğitim giderlerini esas olarak kendi imkânlarıyla karşılarlar.⁵⁰ Dolayısıyla yapılan nitelendirme burada da önem taşıyacaktır.

Yargıtay, bu nafakayı yardım nafakası olarak niteleyip yoksulluk değerlendirmesi yapsa dahi bu nafaka ana- babanın bakım borcundan doğduğundan çocuğun yoksulluk içinde olması aranmaz.⁵¹ Yargıtay bazı kararlarında da açık öğretim fakültesinde okuyan çocuğun düzensiz ge-

43 Türkmen, s. 2732.

44 Türkmen, s. 2732.

45 Türkmen, s. 2733.

46 Türkmen, s. 2733.

47 Özdemir/ Ruhi, Y. 3. HD. 14.7.2010, E. 2010/8876, K. 2010/12931, s. 160.

48 Özdemir/ Ruhi, Y. 3.HD. 22.03.2010, E. 2010/3576, K. 2010/4699, s. 169.

49 Sonat, s. 268.

50 Bozovalı, s. 45.

51 Türkmen, s. 2734.

lirinin nafakanın ödenmesine veya azaltılmasına etki etmeyeceğini belirtmiştir.⁵² Yargıtay bir kararında lisede okuyan çocuğun dışarıda çalışmasının mümkün olmadığından bahisle nafakaya hükmetmiştir.⁵³ Yargıtay bir diğer kararında da açık öğretime devam eden ergin çocuğun çalışmasına engel olmadığı bu yüzden nafakaya hükmedilmesine yer olmadığı kararını vermiştir.⁵⁴ Bu kararlar tezat oluşturacak şekilde bir diğer kararında ise, açık öğretim fakültesinde eğitim görmenin yardım nafakasına mani olmayacağını zira günün ekonomik koşulları dikkate alındığında davacının iş bulmasının zor olduğu bu sebepten eğitimi bir an evvel tamamlamasının kendi menfaatine daha uygun olacağını, eğitim hayatı ve çalışma hayatının birlikte yürütülmesinin eğitim hayatını zora sokacağını belirterek nafakaya hükmetmiştir.⁵⁵ Yargıtay'ın, açık öğretim fakültesinde okumanın yardım nafakası istemine engel olmayacağı iş bulunabildiği ve işle öğrenimin bir arada yürütülebildiği kanıtlanmadıkça nafakaya hükümününması gerektiği yönünde kararları mevcuttur.⁵⁶

Çocuğun malvarlığının bulunması halinde ise Yargıtay çocuğun mallarının karşı tarafın geliri ile karşılaştırılmasına bakılmadan eğitim nafakasına hükmedilmesini bozmuştur.⁵⁷ Ergin olmayan çocuğun mallarına dahi belli ölçüde gidilebilirken ergin çocuğun malvarlığına evleviyetle gidilecek, ergin çocuk malvarlığını eğitimine harcamakla yükümlü olacak, bu malvarlığı ergin çocuğun eğitim giderlerini karşıladığı ölçüde eğitim nafakasına gidilemeyecektir.⁵⁸

3. Nafaka Alacaklısı ve Yükümlüsünün Aile Bağları

Ana ve babadan nafaka ödenebilmesinin beklenebilir olmasının bir diğer şartı da ana- baba ve çocuk arasındaki aile bağları olup ana- babasına aile içi şiddet gibi haklı neden olmaksızın saygı göstermeyen ergin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine ana baba katlanmak zorunda olmayacaktır.⁵⁹ Çocuğun, ana ve babasına saygı göstermek ve onları dinlemek yükümlülüğü var olup eğer bu yükümlülükler basit sayılmayacak şekilde aykırı olarak davranırsa ana ve baba ergin çocuğun eğitim giderlerini karşılamayabilir. Yargıtay, aile bağlarının zayıf olmasının nafaka yükümünü

52 Özdemir/ Ruhi, Y. 3.HD. 10.7.2006, E. 2006/9136, K. 2006/9330, s. 315.

53 İnal, Y. 2. HD. 25.8.1950, 6291-3756. s. 850.

54 İnal, Y. 2. HD. 11.11.1992, 10721-11085, s. 867; KİBB, Y. 3. HD 11.11.2010, E. 2010/15595, K. 2010/18709.

55 Özdemir/ Ruhi, Y. 3. HD. 18.1.2010, E. 2009/20971, K. 2010/83, s. 175.

56 Baygın, Y. HGK. T. 3.3.1999, E. 2-118, K. 120 s. 454. 43. dn.; Y. HGK. T. 23.9.1987, E. 2-39, K. 671.

57 Özdemir/ Ruhi, Y. 3.HD. 22.1.2008, E. 2007/19392, K. 2008/938, s. 255.

58 Sonat, s. 265.

59 Türkmen, s. 2735.

kaldırmayacağını ancak aile bağlarının temelinden sarsılmasının nafaka yükümünü ortadan kaldıracığını ifade etmiştir.⁶⁰ Mirasçılıktan çıkarmaya ilişkin MK 510' da belirtilen sebeplerin varlığı da aile bağlarının ağır şekilde zedelendiğine işaret etmekte ve nafaka yükümlülüğünü kaldırmaktadır⁶¹.

III. NAFKA DAVASINA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR

Nafaka davası ergin çocuk tarafından dava yoluyla ileri sürülür. Bu dava boşanma davasından bağımsız bir dava niteliğinde olmakla beraber çocuğun eğitiminin erginlikten önce devam ettiği, erginlikle iştirak nafakasının sona erdiği düşünüldüğünde çocuğun eğitim nafakası için açtığı davada yargılamanın uzun sürmesi sonucu eğitimin kesintiye uğramasının veya aksamasının önüne geçmek adına boşanma davası esnasında çocuğun eğitiminin öngörülebilir süresi boyunca iştirak nafakasına hükmedilmesi yerinde olacaktır.⁶²

A. Eğitim Nafkasının Alacaklısı

Eğitim nafkasının alacaklısı eğitime devam etmekte olan ergin çocuktur. Eğitim nafkası isteyen ergin çocuk nafaka talebini açacağı dava ile ileri sürecektir.⁶³ Nafakanın bizzat ergin çocuk tarafından istenmesi gerekir, erginlikle temsil yetkisini yitiren ana- baba, vasi, kayyım bu davayı açamaz.⁶⁴ Nitekim Yargıtay, dava tarihinde ergin olan çocuk için ananın dava açamayacağını davanın husumet yokluğu sebebiyle reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁵ İştirak nafkasında olduğu gibi hâkim re' sen eğitim nafkasına hükmedemez. Ergin olmayan çocuk bu davayı açamayacağı gibi ergin olmayan çocuk için velayet sahibi ana veya baba da bu davayı açamaz.⁶⁶ Ancak ergin olmayan çocuk tarafından bizzat dava açıldığı takdirde çocuğun üstün menfaatleri göz önünde bulundurularak erginlik tarihinden sonra hüküm ifade etmek üzere nafakaya hükmedilebilir.⁶⁷ TMK 329/3 eğitim nafkası bakımından da uygulama alanı bulur ayırt etme gücüne sahip ergin çocuk velayet, vesayet altında olsa dahi nafaka davası açabilecektir.⁶⁸

60 Baygın, Y. 3. HD. 22.1.2008, E. 2007/19271, K. 2008/860, s. 448.

61 Türkmen, s. 2736.

62 Sonat, s. 283-284.

63 Türkmen, s. 2737.

64 Özügür, s. 452.

65 Özdemir/ Ruhi, Y.33.HD. 15.10.2007, E.2007/15765, K. 2007/14616, s. 267.

66 Türkmen, s. 2737.

67 Sonat, s. 277.

68 Sonat, s. 274.

B. Eğitim Nafakasının Yükümlüsü

Eğitimi devam eden ergin çocuk, eğitim nafakasını ana ve babasından birlikte isteyebileceği gibi yalnızca birinden de isteyebilecektir.⁶⁹ Eğitim nafakası yükümlüsü MK 328' e göre, ana – baba olmaktadır. Ana- baba dışında dede, teyze vs. gibi akrabalardan eğitim nafakası istemek mümkün olmayacak şartları varsa yardım nafakası istenebilecektir.⁷⁰ Evlat edinen de MK Madde 314' de belirtilen “*Ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlât edinene geçer*” kuralı gereği nafaka yükümlüsü olabilecektir.

C. Eğitim Nafakasına Hükmedilebilme Süresi

Eğitim nafakası talep etme bakımından kanunda bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreden bahsedilmemekte eğitimi devam eden ergin çocuk, eğitimi sona erinceye kadar nafaka talebinde bulunabilmektedir.⁷¹ Eğitim nafakasının ödeneceği süre ise ergin çocuğun bu talepte bulunduğu dava tarihinden itibaren eğitimi sona erinceye kadar devam eder.⁷² Yargıtay bir kararında nafakanın karar tarihinden başlatılmasını usul ve yasaya aykırı bulmuştur.⁷³ Buradaki süre kapsamına ergin çocuğun eğitimine verilen olağan aralar hastalık, tatil vs. girer. Eğitimin normal süresi içinde bitirilememesi; örneğin dört yıllık hukuk fakültesinin beş yılda bitirilmesi gibi makul görülebilecek uzamalar önem taşımaz ve eğitim nafakasının kesilmesini gerektirmez. Eğitim makul süre içerisinde tamamlanıncaya kadar nafaka ödenir.⁷⁴ Ayrıca çocuğun olağan görülebilecek başarısızlıkları da nafakanın ödenmesi gereken eğitim süresine hanel getirmez. Ergin çocuk; eğitimi ile ilgiliyse, eğitimi tamamlamak hususunda samimi ve derslerine çalışmaktaysa mazur görülebilecek başarısızlıklarda nafakanın kesilmesi mümkün değildir.⁷⁵ Eğitim nafakası talebiyle dava açıldıktan sonra yargılama esnasında çocuğun devam eden eğitiminin sona ermesi davanın reddini gerektirmez.⁷⁶

D. Nafakanın Kapsamı ve Miktarın Belirlenmesi

Nafaka kapsamına ergin çocuğun eğitimi için gereken tüm masraflar, bu kapsamda ergin çocuğun okul harcı, yemek, yol parası, barınma masrafları ve cep harçlığı da girecektir.⁷⁷

69 **Türkmen**, s. 2738.

70 **Türkmen**, s. 2749.

71 **Türkmen**, s. 2738.

72 **Türkmen**, s. 2738.

73 KİBB, Y. 2. HD. 8.11.2010, E. 2010/6339, K. 2010/18693.

74 Özüğür, s. 464.

75 **Türkmen**, s. 2740.

76 Özdemir/ Ruhi, Y. 3 HD. 10.3 2009, E. 2009/2815, K. 2009/3809, s.213; KİBB, Y. 3.HD. 29.5.2008, E. 2008/8017, K. 2008/9793, s. 236.

77 **Türkmen**, s. 2739.

Yardım nafakasındaki gibi yoksulluktan kurtaracak bir miktarda nafakaya hükmedilmez. Nafakanın miktarı belirlenirken öncelikle ergin çocuğun masrafları, ihtiyaçları göz önünde bulundurulur. Ancak davalıyı zarurete ve imkânsızlığa düşürmeyecek bir nafaka miktarı belirlenmelidir.⁷⁸ Yalnız ana veya yalnız babadan nafaka talep edilmişse nafaka miktarına hükmederken bu husus dikkate alınır her ikisinden talep edilmesi halinde ise ebeveynin eşit katılım borcu olmayıp, her ebeveyn kendi mali gücü oranında katkı sağlar.⁷⁹ Yükümlülerden birinden nafaka talebinde bulunulmuşsa diğerinin yükümlü olacağı miktar indirilerek nafakaya hükümlenir.⁸⁰ Miktar belirlenirken ergin çocuğun aldığı burslarda göz önünde bulundurulur, ergin çocuğun düzensiz çalışması sonucu elde ettiği cep harçlığı nafakanın ödenmesini engellemez miktar tespitinde göz önünde tutulur.⁸¹ Çocuğun kendine ait malı olması halinde eğitim nafakasına hükmedilemez.⁸²

E. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görevli mahkeme aile mahkemesidir.(4787 s. aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerine dair kanun m. 4). Yetkili mahkeme ise genel yetki kuralları uyarınca nafaka yükümlüsünün (davalının) dava tarihindeki yerleşim yeri mahkemesidir.⁸³ Aile mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.⁸⁴ Nafakanın uyarlanmasına ilişkin davalarda ise ergin çocuk kendi yerleşim yerinde bu davayı açabilecektir⁸⁵.

F. Nafakanın Ödenmesi

Nafaka kural olarak Türk parası ile ödenir. Taraflar aralarında anlaşmadıkça hâkim nafakaya yabancı para olarak hükmedemez. Nafaka her ay peşin ödenir. Nafakanın irat şeklinde ödenmesi kurla da hâkim somut olayın koşullarına göre topluca ödenmesine karar verebilir. Ayrıca nafaka yükümlüsü nafaka koşulları bakımından nafaka alacaklısının mali gücünün güçlenmesi için onun yanında çalışmasını önermesi ya da nafaka dışında nafaka alacaklısı lehine bir takım giderlerde bulunma-

78 İnal, s. 855.

79 **Türkmen**, s. 2744.

80 Özdemir/ Ruhi, Y. 3.HD. 18.9.2008, E. 2008/9868, K. 2008/14968, s. 229.

81 Özdemir/ Ruhi, Y. 3.HD. 10.7.2006, E. 2006/9136, K. 2006/9330, s. 315.

82 **Türkmen**, s. 2744. Karşıt görüş için bkz. Emine, **Akyüz**, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara 2012, s. 197.

83 **Türkmen**, s. 2750. Yazar Aile hukukunda zayıfların korunması ilkesi gereğince eş ve yardım nafakası alacaklısı olan hısımlar için öngörülen nafaka alacaklısının yerleşim yerinde dava açma kuralının ergin çocuk içinde tanınması gerektiğini ifade etmekte özel yetki kuralı olmamasını eleştirmektedir.

84 **Gençcan**, s. 1369.

85 **Türkmen**, s. 2751.

sı nafakaya hükmedilmesine engel olmayıp nafaka miktarının tespitinde önem arz eder.⁸⁶ Hatta Yargıtay' a göre kendisinden nafaka talebinde bulunulan nafaka yükümlüsünün düzenli ödeme yapıyor olması talebin reddini gerektirmez, çünkü rızasıyla ödeme yapmadığı takdirde nafaka yükümlüsünü zorlayıcı bir hüküm bulunması gereklidir.⁸⁷

G. Nafakanın Uyarlanması ve Sona Ermesi

Eğitim devam ettiği sürece değişen koşullara göre nafakanın artırılması istenebilir. Eğitim tamamlanmış veya sona ermişse artık artırım talebi reddedilir.⁸⁸

Çocuğun eğitiminin sona ermesiyle eğitim nafakası da sona erer. Ancak yukarıda belirtildiği gibi çocuğun eğitimine bir süre ara vermesi eğitimin bittiği anlamına gelmez. Çocuğun eğitimini herhangi bir sebepten tamamlayamaması halinde de eğitim nafakası sona erecektir. Boşanma davası içinde öngörülebilir eğitim süresine bağlı olarak iştirak nafakası belirlenmişse bu durumda bu sürenin sonunda nafaka kendiliğinden sona erer.(TMK m. 328)

SONUÇ

Eğitim nafakası kişinin temel hakkı olan ve Anayasa ile de güvence altına alınmış olan eğitim hakkına dayanmaktadır. Eğitim nafakası doktrinde bazı yazarlar tarafından yardım nafakası olarak kabul görülürken diğer bazı yazarlar tarafından iştirak nafakası hükümlerine tabi tutulmaktadır. Eğitim nafakasını yardım nafakası veya iştirak nafakası olarak kabul etmek koşullarını ve tabi olacağı hükümleri değiştirmesi bakımından önemlidir. Çünkü yardım nafakası TMK m. 364' e dayanır, iştirak nafakası ise TMK m. 328' de yer alır. Yardım nafakasına hükmedilebilmesi koşulları ile iştirak nafakasının koşulları arasındaki en önemli farklardan birisi yoksulluk şartıdır. Yoksulluk şartı yardım nafakasında aranır, oysa iştirak nafakasında bunu aramak çocuğun bakım giderlerinin karşılanmamasına yol açar. Bu bakımdan eğitim nafakasına yoksulluğa düşmeyi önleyecek miktarda değil tüm eğitim masraflarını karşılayacak miktarda hükmedilmesi eğitim nafakasına kanun koyucunun attığı öneme uygun olacaktır. Bir diğer farkta nafaka yükümlüsü bakımından kendini gösterir yardım nafakasını kanun koyucu daha geniş olarak ve karşılıklılık esasıyla düzenlemişken, iştirak nafakası yalnız ana-baba tarafından çocuğa doğru ödenmesi gereken bir bakım nafakasıdır. Kanunun sistematığına bakıldığında da eğitim nafakasının, iştirak nafakasının bir istisnası şeklinde düzenlenmiş olduğunun kabulü gerekir. Bu yüzden yardım nafakasına ilişkin olan 364. maddenin uygulanabilirliği özel-genel

86 Özdemir/ Ruhi, Y. 3. HD. 9.7.2009, E. 2009/7909, K. 2009/12059, s. 202.

87 Özdemir/ Ruhi, Y. 3. HD. 22.1.2007, E. 2006/18804, K. 2007/17, s. 289.

88 Gençcan, s. 1373.

norm ilişkisi kapsamında bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle eğitim nafakasının iştirak nafakasının istisnası olduğunun kabulü gerekir. Bu doğrultuda da nafakaya hükmedilebilme şartları, en başta çocuğun erginliğini kazanmasıdır. Erginliğin kazanılması yetmeyip çocuğun eğitiminin de devam ediyor olması gerekmektedir. Eğitimin niteliği, çocuğa hayatını idame ettirebilecek bir meslek kazandırmaya yönelik olmalıdır. Nafakanın bir diğer şartı ise nafaka yükümlüsünün mali gücü oranında nafaka ile yükümlü kılınması olup nafakanın ödenmesinde ailevi bağlar da göz önünde tutulur.

KAYNAKÇA

- AKYÜZ**, Emine, Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara 2012.
- BAYGIN**, Cem, Soybağı Hukuku, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- BOZOVALI**, Haluk, Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, Kazancı Kitap Tic. A.Ş. İstanbul 1990.
- ÇELİKEL, Serdar, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012.
- DURAL**, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, **GÜMÜŞ**, Alper Mustafa, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. 3, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.
- GENÇCAN**, Ö. Uğur, Boşanma- Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- GÜRSEL**, Nurettin, Velayet Hakk ve Vazifeleri, Adalet Dergisi, S.4, 1949.
- İNAL, Nihat, Boşanma- Nafaka- Eşya- Nişanlanma Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 1998.
- KİBB**(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa/ **RUHİ**, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- ÖZKAN, Hasan, Açıklamalı- İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, AÜHF Yayınları No:474, 2. Bası, Ankara 1983.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan, Nafaka Hukuku, Legal Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2007.
- SEROZAN**, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- TÜRKMEN**, Ahmet, Eğitim Nafakası (TMK m.328/2), Aydın Zevkiler' e Armağan, İstanbul 2013.
- USTA**, Sevgi, Velayet Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2016.
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku Cilt 2 Aile Hukuku, Tan Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1956.

EVLİLİK BİRLİĞİNDE MAL REJİMLERİ

Av. Erol TÜRK¹

Evlilik birliğinin ölüm veya boşanma gibi bir sebeple sona ermesi halinde müşterek malların veya evlilik birliği içinde edinilen malların ne şekilde paylaşılacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar. Eski Medeni Kanununda eşler arasında mal ayrılığı rejimi geçerliydi. Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra mal rejiminin tasfiyesine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktu. Bu nedenle uyuşmazlık B. K. genel hükümlerine göre katkı payı hesaplama yöntemiyle çözümleniyordu.

Yeni Medeni Kanunda ise çeşitli mal rejimleri ayrı ayrı düzenlenmiştir.

MAL REJİMİ TÜRLERİ:

Yeni Medeni kanun, eşlere evlendikten sonra mal rejimi sözleşmesi düzenleme olanağı sağlamıştır. Yasaya göre eşler aralarında yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenmiş olan muhtelif mal rejimlerinden birini kabul edebilirler. Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden sonra yapılabileceği gibi evlenmeden öncede yapılabilir. Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler. Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme şeklinde mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapabilecekleri gibi hazırlanmış sözleşmeyi notere onaylatmak suretiyle de yapabilirler. Ayrıca, taraflar evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak da bildirebilirler.

Hukuk sistemimizde dört çeşit mal rejimi düzenlenmiştir.²

A-Edinilmiş mallara katılma rejimi - yasal mal rejimi:

Edinilmiş mallara katılma rejimi, tarafların birlikte edindiği mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar. Edinilmiş mallara, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri girer.

a- Eşin edinilmiş malları:

aa. Çalışmasının karşılığı olarak edindiği mallar,

bb. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya

¹ İstanbul Barosu avukatlarından.

² 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,

cc. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,

dd. Kişisel mallarının gelirleri,

ee. Edinilmiş malların yerine geçen değerler tahvil, hisse senedi gibi.

b- Kanun gereğince kişisel varlık sayılan mallar:

Bunlar:

* Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşyaları,

* Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri,

* Manevi tazminat alacakları,

* Kişisel mallar yerine geçen diğer değerler.

Eşler aralarında yaptıkları mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel varlık sayılacağını kabul edebilirler. Aynı şekilde eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilirler.

Eşlerden biri belirli bir malın kendisine ait olduğunu iddia ederse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. İddiası ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır. Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul edilir.

c- Yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkisi:

Her eş, yasal sınırlar içerisinde kalmak şartıyla kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hak ve yetkisine sahiptir. Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.

d-Üçüncü kişilere karşı sorumluluk:

Eşlerden her biri kendi borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı bütün malvarlığıyla sorumlu olur.

B-Mal ayrılığı rejimi:

Mal rejimlerinden bir diğeri mal ayrılığı rejimidir. Mal ayrılığı rejimin-

de eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kalmak kayıt ve şartıyla kendi malvarlığını dilediği gibi yönetme, yararlanma ve tasarruf etme hakkına sahiptir. Üçüncü şahıslara karşı olan borçlarından bütün mal varlığı ile sorumlu olur.

C-Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi:

Paylaşmalı mal rejiminde de eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kalmak şartıyla kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını aynen korur.

Paylaşmalı mal rejiminde de eşlerden her biri, kendi borçlarından dolayı üçüncü şahıslara karşı bütün malvarlığıyla sorumlu olur. Mal rejiminin boşanma veya başka bir nedenle sona ermesi halinde her eş, diğer eşte bulunan mallarını geri alır.

Eşlerden biri diğerine ait olup, paylaşırma dışı kalan bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa; mal rejiminin sona ermesi halinde, katkısı oranında hakkaniyete uygun bir bedel ödenmesini isteyebilir.

Eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler, mal rejiminin sona ermesi halinde eşler arasında eşit olarak paylaşılır. Paylaştırmada işletmelerin ekonomik bütünlüğü gözetilir.

D-Mal ortaklığı rejimi:

Mal ortaklığı rejimi, ortaklık malları ile eşlerin kişisel mallarını kapsar.

Ortaklık malları da genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığı olmak üzere iki türdür.

aa-Genel mal ortaklığında eşlerin kanun gereğince kişisel varlık sayılanlar dışındaki malları ile gelirleri ortaklık mallarını oluşturur. Eşler, ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak sahip olurlar. Hiçbir eş, ortaklık payı üzerinde tek başına tasarruf hakkına sahip değildir.

bb-Sınırlı mal ortaklığında eşler, mal rejimi sözleşmesiyle sadece edinilmiş mallardan oluşan bir ortaklık kabul edebilirler. Kişisel malların gelirleri de bu ortaklığa dâhildir.

Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle belirli malvarlığı değerlerini veya türlerini, özellikle taşınmaz malları, bir eşin kazancını, bir meslek veya sa-

nat icrası için kullandığı malları ortaklık dışında tutabilirler. Aksi sözleşmede öngörülmedikçe bu malların gelirleri ortaklığa dâhil değildir. Kişisel mallar:

Kişisel mallar, mal rejimi sözleşmesi, üçüncü kişinin karşılıksız kazandırması veya kanunla belirlenir. Eşlerden her birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşyası ile manevi tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel mal sayılır. Bir eşin saklı pay olarak isteyebileceği malvarlığı değerleri, mal rejimi sözleşmesiyle ortaklığa dâhil edildiği ölçüde, miras bırakanları tarafından kendisine kişisel mal olarak kazandırılmaz.

Bir eşin kişisel malı olduğu ispatlanmadıkça tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı sayılır. Eşler, ortaklık mallarını evlilik birliğinin yararına uygun olarak yönetirler. Olağan yönetim sınırları içinde hareket etmek şartıyla her eş, ortaklığı yükümlülük altına sokabilir ve ortak mallarda tasarrufta bulunabilir. Olağan yönetim dışında kalan konularda eşler, ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya ortak malları üzerinde tasarrufta bulunabilir.

Eşlerden biri, diğerinin rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak, tek başına bir meslek veya sanat icra ediyorsa, bu meslek veya sanata ilişkin bütün hukuki işlemleri yapabilir.

Eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddetmeyeceği gibi, tereke borca batıksa mirası kabul edemez.

E-Mal rejiminin sona ermesi ve tasfiye:

a- Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer.

Mahkeme kararı ile evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer.

b-Malların geri alınması ve borçlardan sorumluluk:

Kural olarak her eş, diğer eşte bulunan mallarını geri alır. Tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini de isteyebilir. Eşler karşılıklı borçları ile ilgili düzenleme yapabilirler.

c- Değer artış payı:

Eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına, hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur. Bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır. Bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır.

Böyle bir malın daha önce elden çıkarılmış olması halinde yargıç, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirler. Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler.

d-Payların hesaplanması:

Eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılır. Eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca gelir bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait gelirin peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiye, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır.

Ayrıca aşağıda sayılanlar, edinilmiş mallara değer olarak eklenir:

aa- Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar,

bb-Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler. Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı dahi ileri sürülebilir.

cc-Kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme. Bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir. Her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokar. Hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin sayılır.

Bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azal-

ması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılır.

Artık değer, emek sahibinin üretime sunduğu emek karşılığında aldığı ücretin kat ve kat fazlası olarak tanımlanabilir. Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktar olarak da tanımlanır. Her eş veya mirasçısı, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir. Boşanma halinde yargıç, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir.

Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir. Bu tür anlaşmalar, eşlerin müşterek olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez.

Mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılırlar. Edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanların değeri, malın devredildiği tarih esas alınarak hesaplanır.

F-İptal, boşanma veya mahkeme kararı ile mal ayrılığı:

Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması halinde geçerlidir. Katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebilir.

Katılma alacağının ve değer artış payının derhal ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir. Aynı ödemede malların sürüm değeri esas alınır; bir mesleğin icrasına ayrılmış birimler ile işletmelerin ekonomik bütünlüğü gözetilir. Aksine anlaşma yoksa tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütülür; durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebilir.

Ölüm halinde mal rejiminin tasfiyesinde sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle yarar veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır. Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle yarar veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir.

Sağ kalan eş, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve alt-soyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz.

G-Üçüncü kişilere karşı dava:

Tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir.

Dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her halde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşer.

ENJEKSİYON SONUCU SAKATLIK/ YARALANMA DAVALARINDA TÜRK YARGI PRATIĞİ VE GÜNCEL SORUNLARIN TESPİTİ

Av. Bülent MARAKLI¹

GİRİŞ

Ülkemizde son yıllarda çok fazla enjeksiyon sonucu yaralanma/sakatlık vakıası görülmektedir. Bu konu ile ilgili olarak gerek tıp biliminde gerekse hukuki öğreti ve yargı çevrelerinde tam bir görüş birlikteliği söz konusu değildir. Hastane ve ilgili sağlık birimi uygulayıcısı tarafından mağdur edilen hasta, bir kez de adli süreçte mağdur olmaktadır. Bu konu ile ilgili Adli Tıp ve Yüksek Sağlık Şurası raporları da inceleme ve bilimsel görüş bildiriminden uzaktır. Raporların geneline bakıldığında sadece sonuç bölümünde kanaat bildirilen, bilimsellikten ve ayrıntılı incelemeden uzak bir çalışma söz konusudur. Hukuki ve tıbbi mağduriyetleri azaltmak ve önüne geçmek için aşağıdaki çalışma yapılmıştır.

BİLİMSEL GÖRÜŞ

Nöropati gelişimi tespit edilen etken maddeleri enjeksiyon yöntemiyle uygulamadan önce aydınlatılmış onam alınıp, hastaların bu anlamda gelişebilecek tıbbi tablo ve komplikasyonlar açısından bilgilendirilmesinin önemli olduğunu düşünmekteyiz. Enjeksiyon nöropatisinin önlenilmesi açısından sağlık eğitim politikalarının geliştirilmesi ve enjeksiyon nöropatisine sıklıkla neden olduğu tespit edilen ilaçların siyatik sinire toksisitesi üzerine çalışmalar yapılması sağlanmalıdır (Ünal, Özgün Ünal, Emir, Özer, Çağdır, 2015).

Gluteal intramusküler enjeksiyon sonucunda siyatik sinirin yaralanması bir komplikasyon gibi görülse de temelinde acemilik, tedbirsizlik ve dikkatsizlik bulunmaktadır. Enjeksiyon sonrası, kullanılan ilaca bağlı ya da enjeksiyon yerinin belirlenmesindeki anatomik problemlerden dolayı ortaya çıkabilecek sorunlar her an karşımıza çıkabilmektedir. Hastanın detaylı bilgilendirilmesinin yanı sıra doğru enjeksiyon hekimi tıbbi uygulama hatasını azaltacaktır (Sözen).

1 Avukat, ADANA BAROSU

Son literatürde, intramusküler enjeksiyon uygulama bölgelerinden biri olan ve yaygın olarak kullanılan dorsogluctal bölgenin intramusküler enjeksiyon için tercih edilmemesi gerektiği; damarlardan zengin olması, siyatik sinire yakın olması ve subkütan dokusunun diğerlerine göre kalın olması nedeniyle intramusküler uygulama için en riskli bölge olduğu belirtilmektedir. İntramusküler enjeksiyon sonucu gelişebilecek komplikasyonları önlemek amacıyla hemşirelerin bu konudaki bilgi birikimlerinin güncellenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu doğrultuda hemşirelik müfredatları gözden geçirilmelidir (Kaya, Turan, Öztürk Palloş).

Yukarıda ifade edildiği gibi tıp bilminde, enjeksiyon sonrası gelişen sakatlığın her halükarda komplikasyon olmadığı, iğnenin doğru yere yapılmasının olumsuz sonuçları engelleyebileceği ifade edilmektedir. Ayrıca bu konuda daha fazla eğitimin verilmesi ve hastaların bilgilendirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Neticede enjeksiyon sonrası meydana gelen yaralanma komplikasyon gibi gözükse de temelinde acemilik, tedbirsizlik ve dikkatsizliğin olduğu görüşü hakimdir.

YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI

Yüksek Sağlık Şurası, enjeksiyon yaralaması nedeni ile önüne gelen dosyalarda yaralanmanın kusur nedeni ile değil de komplikasyon nedeni ile olduğunu rapor etmektedir. Sağlık Yüksek Şura raporları oy birliği ile alınmamaktadır. Konunun önemine binaen ve karşı oy yazılarındaki tıbbi gerekçeler nedeni ile karşı oy yazısının tamamını yazımız içeriğine alıyoruz.

“Gluteal bölgenin seçildiği kas içi ilaç uygulamalarından sonra ortaya çıkan siyatik sinir yaralanmaları genellikle akut olarak ortaya çıkan ve uygulayıcının dikkatsizlik ve özensizliğinden kaynaklanan bir uygulama kusurudur. Dikkatsizlik ve özensizlik kalça kasları gelişmemiş veya zayıf olan özellikle yaşlı ve çocuk hastalarda uygulama yapmak, uygun iğne boyunu seçmemek, verilen ilacın hacminin fazla (>5 ml) olması, uygulama yerinin yasak olan alandan ve siyatik sinire dönük yolda(traje) yapmak şeklinde olmaktadır. Bu kusurların biri veya birkaçı bir arada olabildiği gibi hepsi de aynı olguda görülebilmektedir. Şu ana kadar yapılan çalışmalarda siyatik sinirin, pelvisi terk ederken ve piriformis kası ile olan ilişkileri arasında onu (kurallara uygun yapılacak) gluteal kas içi enjeksiyonlarda yaralanmaya açık hale getiren herhangi bildirilmiş bir anatomik varyasyonu bulunmamaktadır. Genellikle enjeksiyonun uygulanmasından sonra “akut “olarak ortaya çıkan siyatik sinir yaralanmaları bazen geç olarak görülmektedir. Geç ortaya çıkanlar ekseriya “inkompiet” olmaktadır. Gluteal kas içi ilaç enjeksiyonundan sonra siyatik sinir

yaralanması ilacın sinir kılıfının altına, fasiküllerin arasına bağlı olduğu gibi bazen siyatik sinirin yerleştiği piriform fossada ilacın birikimi sonucunda da olabilmektedir. İlacın toksik etkisine bağlı bu etki geç ortaya çıkan yaralanmaları açıklayabilir ancak rutinde kullanılan ilaçlardan bu sonucu doğurabilenler sayı ve etki açısından zayıftırlar. Rutinde kullanılan ilaçlardan ve müşteki hasta MY'nin olgusundan kullanılan diklofenak sodyumun (Voltaren) difüzyon ile nörotoksisite olduğuna ilişkin üretici firmaları tarafından herhangi bir uyarıda bulunulmamaktadır. Pratikte bu etken madde ile yaralanmanın daha sık görülmesinin nedeni ilk ana etkisi antienflamasyon olmasına rağmen diklofenak sodyumun analjezi amacıyla da kullanılması olduğu düşüncesindeyiz.

Akut biçimde saptanan siyatik sinir yaralanmalarının sağaltımında kesinlikle izlenecek bir yol belirlenmemiş olmakla birlikte sinirde meydana gelen yaralanma ile ilintili biçimde ortaya çıkan nörodefisitlerin şiddeti ve ortaya çıkış süresi karar verdirici olmaktadır. Birkaç saat içinde (6 st) yapılan başvurularda cerrahi eksplorasyonla dekompresyon, eksternal ve internal nörolizis yararlı olmaktadır. Bunun uygulanmadığı durumlarda enjeksiyon lojuna serum fizyolojik infüzyonuyla kimyasalın sulandırılması bir yol olarak izlenebilmektedir. Daha geç vuran olgularda hastanın izlenmesi ve fizyoterapi ile yetinilmektedir.

Gluteal kas içi ilaç enjeksiyonuna bağlı siyatik sinir yaralanması uygulanan kişinin büyük oranda ömür boyu kalıcı sakatlığına yol açıcı niteliğinden dolayı hastanın tedavisini üstlenen ve özellikle enjeksiyon uygulamasından sonra hastayı ilk gören hekimi legal yükümlülükler altına da soktuğu kanısındayız. Uygulanan ilacın miktarı, tek ya da çoklu ilaç uygulanması, hastanın boyu, kilosunu ve kalçasının fiziksel durumu, enjeksiyonun uygulanma pozisyonu (ayakta, sedyede, yatakta, yan, yüzükoyun, vs), iğne ucunun niteliği, iğnenin yönü ve hatta uygulayıcının kimliği sağlak / solaklığının kayıt altına alınmasının yararlı bilgiler sağlayacağı düşüncesindeyiz.

Bütün bu bilgiler doğrultusunda Hemşire H tarafından MY 'a yapılan enjeksiyondan sonra ortaya çıkan sol siyatik sinir yaralanmasının uygulama kusuru olduğu kanısındayız.”²

ADLİ TIP KURUMU GÖRÜŞÜ

Adli Tıp Kurumu, enjeksiyon sonucu meydana gelen sakatlık nedeni ile uygulayıcıyı kusurlu bulmamaktadır. 2005 yılına kadar bu vakıalar-

2 Prof. Dr. Hakan Hadi Kadioğlu Prof. Dr. Sedat Işık (Yüksek Sağlık Şura Üyeleri) (Yüksek Sağlık Şurası Toplantı Tarihi:01-02 Ekim 2015).

da kusur dağılımı yapan ve uygulayıcı kusurlu bulan kurum, 2005 yılında Adli Tıp Genel Kurulunun raporundan sonra görüş değiştirmiştir. Yani Adli Tıp Kurumu, 2005 yılından sonra bu vakılarda ortaya çıkan olumsuz sonucun “komplikasyon” olduğu kanaatine varmıştır. Bu konuda bilimsel bir açıklama, görüş ve gerekçe sunmayan ATK, meydana gelen olumsuz sonucun ortaya çıkmasında uygulayıcının kusuru değil de olumsuz sonucun meydana gelmesinde komplikasyonun etkili olduğunu ifade etmektedir. Adli Tıp Kurumu raporlarında hiçbir bilimsel gerekçe ve denetleme yoktur. Raporlarda sadece sonuç bölümünde görüş bildirimi yapılmaktadır. Bu bildirimde ya komplikasyon ya da kusur veya kusursuzluk haline ilişkindir. Hiçbir bilimsel görüş ve gerekçe, gerek mahkeme gerekse taraf denetimine ve bilgisine sunulmamaktadır. Tarafımızca takip edilen birçok dosyada uzmanından tıbbi mütalaa alınarak dava dosyası hazırlanmasına rağmen, dava dosyasına gelen raporlarda, bu tıbbi mütalaanın neden geçersiz ve doğru olmadığına dair tek bir görüş bildirimi dahi yapılmamaktadır. Bilirkişilik Kanunu³ ile kurulan, Adli Tıp Yedinci İhtisas Kurulu: Ölümle sonuçlanmayan tıbbi uygulama hatalarına ilişkin işlere, Adli Tıp Sekizinci İhtisas Kurulu: Ölümle sonuçlanan tıbbi uygulama hatalarına ilişkin işlere bakmak için kurulmuştur. Yani tıbbi uygulama hataları nedeni ile meydana gelen olumsuz sonucu değerlendirmek için iki kurul kurulmuştur. Beklentimiz ve umuduz bu her iki dairenin bugüne kadar olan yetersiz ve olumsuz durumu ortadan kaldırmasıdır. Raporların bilimsel görüşe dayalı, açık, anlaşılabilir, gerekçeli olmasıdır. Tıbbi kayıt ve evrakların tam olarak irdelenmesi, tıbbın ve hukukun gelişimine katkı sunulması konusunda her iki kurulunda ciddi bir sorumluluğu ve misyonu vardır.

YARGITAY GÖRÜŞÜ

Yargıtay’ın son yıllarda verdiği emsal kararlardan bazılarını bu bölüme alıyoruz. Yargıtay enjeksiyon nedeni ile meydana gelen sakatlık ile ilgili açılan davalarda; Tıbbi denetim ile hukuki denetimi birlikte yapmaktadır. Sakatlığın, kusurlu ve hatalı bir müdahale sonucu değil de komplikasyon sonucu olduğuna ilişkin tıbbi raporlar tek başına davanın reddi nedeni değildir görüşü Yargıtay da hakimdir. Uluslararası sözleşmeler, Anayasa, İlgili mevzuat ve yönetmelik, kişinin bedensel bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi için tıbbi müdahaleleri bir takım kurallara bağlamıştır. Bu kuralların başında hastanın rızası ve bilgilendirilmesi gelmektedir. Tıbbi müdahale, tıp bilimine ve standartlara uygun olsa dahi her zaman hukuka uygun anlamına gelmez. Hukuki metinler ve öğretisi ile içtihatlar

3 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu.

hastanın rızası ve bilgilendirmesi sürecinin tam olarak gerçekleşmesini araştırmaktadır. Hasta, tam bilgilendirilip aydınlatılmadıktan sonra yani rızası alınmadan meydana gelen olumsuz sonuca katlanmak zorunda değildir. Hukuk bu olumsuz sonucu korumamaktadır. Hasta sakat kalacağını ve riskleri bilerek müdahaleye izin verirse müdahale de tıp kurallarına uygun yapılırsa herkes müdahalenin sonuçlarına razı olur. Hasta sakat kalma ihtimalini üstlenmek istemeyebilir, bu riske girmek istemeyebilir. Kişinin, vücut dokunulmazlığı hakkı en temel ve vazgeçilmez hakkıdır. Enjeksiyon ile hastaya verilen ilaçların çoğu ağrı kesicidir ve bu ilaçların çoğu tedavi amaçlı olmayan ilaçlardır. Hukuki düzenlemeler bu konuda tedaviyi ve müdahaleyi kabul etme zorunluluğunu içermemektedir.

“Mahkemece yapılan yargılama kapsamında kusur durumunun tespiti amacıyla Adli Tıp kurumundan bilirkişi raporu alınmış olup, Mahkemece alınan 08.06.2011 tarihli Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporu incelendiğinde; davacıda tespit edilen bulguların enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğunun, enjeksiyonun hatalı yerden yapıldığına dair bir bulgunun olmadığına, maluliyet tayinine yer olmadığına, enjeksiyonun doğru yere yapıldığı durumlarda da yapılan yerde oluşacak ödem ve/veya hematoma sinire mekanik baskı yapabileceğinin, mevcut tablonun komplikasyon kabul edileceğinin rapor edildiği görülmüştür. Adli tıp raporunda; ameliyat sonrasında ağrı kesici olarak yapılan enjeksiyonun tedavinin bir aşaması olup olmadığına ve yapılan enjeksiyonun sonuçları hakkında gerekli bilgilendirmenin yapıp yapılmadığına dair bir inceleme ve değerlendirmenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle Adli Tıp Kurumu raporu yetersizdir. Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş, Üniversitelerin ilgili ana bilim dallarından seçilecek, konularında uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile davalının hukuki konum ve sorumluluğu, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve işlemlerin ne olduğu, bu hususta davacıya bilgilendirme yapıp yapılmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda hastaneye kusur izafe edilip edilmeyeceğini gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hasıl olacak sonuca uygun karar vermektir. Mahkemece değinilen bu yön göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.”⁴

“Her ne kadar hükme esas alınan bilirkişi raporlarının sonuç kısımlarında davalıların kusurlu olmadıkları yönünde görüş bildirilmiş ise de; raporlarda davacıların dava dilekçelerinde ileri sürdükleri iddialara

cevap verilmediği gibi, davacıların çocuğu Rıdvan'da oluşan rahatsızlık sebep-sonuç ilişkisi içinde yeterli bir şekilde incelenmemiş ve denetime elverişli şekilde bir sonuca ulaşılmamıştır. Yerel mahkemece de bu yetersizliklere işaret edilmek suretiyle ilk rapordan sonra iki ayrı rapor daha alınmasına ihtiyaç duyulmuş, ancak her üç raporda da mahkemece talep edilen hususlara cevap verilmeksizin aynı denilebilecek cümlelerle önceki raporun tekrarı suretiyle raporlar tanzim edilmiştir. Son olarak alınan Adli Tıp Genel Kurul raporunda somut olayı açıklayıcı tek cümle; “kişide meydana gelen sol ayak güçsüzlüğünün enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu ve enjeksiyona bağlı gelişen bir komplikasyon olarak kabul edildiği” cümlesi olup, bu yargıdan hareketle soyut ve gerekçesiz bir şekilde davalıların kusursuz olduklarının söylenmesi ile yetinilmiş olup, bu haliyle davadaki uyuşmazlığı aydınlatıcı nitelikte olmadığı açıktır. Somut olayda enjeksiyonun davalı hastanede yapıldığı konusunda çekişme bulunmadığına göre; tespiti gereken husus “enjeksiyona bağlı gelişen bir komplikasyon” nedeniyle davalıların sorumlu olup olmadıklarının belirlenmesi olup, sadece sorunun adını koymakla yetinilen bir rapor ile uyuşmazlığın çözümüne imkan bulunmamaktadır. Bu yönüyle de raporların mahkemeceyi bağlayıcı ve uyuşmazlığı çözücü nihai nitelikte raporlar olmadığı kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir. O halde yerel mahkemece; dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar ile davacıların oğlu Rıdvan'ın sol ayağında oluşan ve raporlarda enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu belirtilen rahatsızlığın ortaya çıkmasından bu enjeksiyonun yapıldığı hastanenin ve doktorun hata, ihmâl vb nedenlerle sorumlu olup olmadıklarını belirlemeye yeterli rapor alınması gereklidir. Bu itibarla, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak somut olayda davacılar yakınında ortaya çıkan rahatsızlığın sebep-sonuç ilişkisi içerisinde incelenerek bu işlemleri gerçekleştiren davalıların sonuçtan sorumlu olup olmadıklarını ortaya koymaya yeterli ve denetime elverişli bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.⁵

“Davacı, davalı hastanede hatalı enjeksiyona bağlı olarak düşük ayak sendromu meydana geldiğini, bu durumun davalının ihmali sonucu olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. İlke olarak, doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastasının durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Mahkemece hükme esas alınan 09.04.2014 tarihli... 2. İhtisas Kurulu'nun

5 Hukuk Genel Kurulu Kararı (2012/12-1049 E, 2013/383 K.)

raporu ile, “dava konusu olayda kişiye gluteal bölgeden intranuskuler enjeksiyon yapıldığının anlaşıldığı, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılışı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, bu durumun enjeksiyonların tekniğine uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemez ve önlenemeyecek arazlara sebep olabildiği, bu durumun her türlü özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, enjeksiyonun yapıldığı tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil de tanımlanmadığından, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde, enjeksiyonu uygulayan sağlık personeline herhangi bir kusur izafe edilemeyeceği oy birliği ile mütalaa olunur.” denilmiştir. Ne var ki hükme esas alınan bu rapor, olayda davalının kusurlu olup olmadığı için yeterli değildir. Alınan raporda varılan sonucun hangi maddi verilere dayandırıldığı, davalı çalışanları tarafından davacıya uygulanması uygun görülen iğnenin somut rahatsızlık itibariyle gerçekten uygun bulunup bulunmadığı bunun tatbiki sırasında her hangi bir mesleki hata ya da ihmalin olup olmadığı, düşük ayak sendromu olayının uygun iğne seçimine ve bunun doğru şekilde tatbikine rağmen meydana gelip gelmediği somut ve denetime elverişli bir biçimde ortaya konulmamış soyut bir değerlendirme yapılmakla yetinilmiştir. Bu haliyle hükme esas alınmasına da olanak yoktur. Davacı iddialarını da karşılamaktan uzak olup, Dairemiz incelemesine gelen benzer dosyalardaki... Raporlarında ise, enjeksiyon nöropatisi vakıalarında talimat verenler ile uygulayıcılara kusur izafe edildiği de anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, bu konuda rapor düzenlemeye ehil ve donanımlı bir Üniversiteden, aralarında dava-ya konu olayda, özellikle nöroşürji ve anatomi dalarında, uzmanların da bulunduğu akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılarak davacıya uygulanan iğne ve ilacın seçimi, dozajı, hastanın fiziksel durumu, uygulama pozisyonu, iğnenin boyutu ve yönü ile bunun uygulanması aşamasında her hangi bir mesleki ihmal, tedbirsizlik yada dikkatsizlik bulunup bulunmadığı açık denetime elverişli bir tarzda belirlenmesi kusur oranlarının bu çerçevede saptanması ve ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir. Açıklanan nedenlerle mahkemece, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasa-ya aykırı olup bozmayı gerektirir.”⁶

DANIŞTAY GÖRÜŞÜ

Danıştay’ın, enjeksiyon sonucu meydana gelene yaralama/sakatlık davalarındaki uygulama ve görüşünden önce Danıştay’ın komplikasyon ile ilgili ilke kararlarını değerlendirmemiz yararlı olacaktır. Danıştay komp-

6 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2015/11714 E. , 2016/23254 K., 14.12.2016 T.

likasyon ile ilgili ilke kararlarını her nedense enjeksiyon davalarında uygulamamaktadır.

“Komplikasyon ise, tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülse bile önlenemeyen durum, istenmeyen sonuçtur; ancak bunun bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmaması gerekir. Bu tanıma göre, hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçlardan yasal olarak sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında kusur olmadan da oluşabilecek istenmeyen sonuçları, komplikasyonları bilir ve uygulamaya onay verirse tıbbi müdahale hukuka uygun olur. Hastada oluşan zararlı sonuç öngörülemiyor ve önlenemiyorsa veya öngörülebilsen bile (Hastanın yeterince aydınlatılmış, onayı alınmış olması ve uygulamada kusur olmaması şartı ile) önlenemiyorsa bu durumun komplikasyon olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Davacının önlenemese bile öngörülmesi tabii olan bu sonuç hakkında yazılı olarak onayının alınmamış olması idarenin hizmet kusurunu doğurmuştur.”⁷

Danıştay, komplikasyon ve aydınlatılmış onam ile ilgili vermiş olduğu ilkesel kararları, düşük ayak ile ilgili verilen kararlarda uygulamamaktadır. Danıştay’ın yukarıda yazılı kararındaki bozma gerekçeleri, enjeksiyon sonucu oluşan sakatlık/düşük ayak davalarında da kullanılması halinde mevcut kararlarının tamamının bozulması gerekir. Hukuk standardı ve bilimselliği nazara alındığında, enjeksiyon kullanımı sonucu oluşan sakatlık nedeni ile idare aleyhine açılan davalarda çok ciddi bir adil yargılama ihlali ile karşı karşıyayız. Emsal Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru kararları, Biyotıp Sözleşmesi, Hasta Hakları Yönetmeliği kapsamında; Danıştay, gelinen süreçte komplikasyonun tek başına kusursuzluk hali olmadığını kabul etmiştir. Ayrıca Danıştay, komplikasyon olsa dahi öngörülen risk hakkında hastanın bilgilendirilip rızasının alınmamasını da hukuka aykırılık ve hizmet kusuru kabul etmiştir. Kaldı ki hukuken de bunu kabul edilmesi doğru bir karardır. Lakin bu ilke ve standartların enjeksiyon sonucu oluşan sakatlık/düşük ayak davalarında uygulanmaması artık katlanılmaz bir hukuki mağduriyet ve hak ihlaline neden olmaktadır. Ayrıca enjeksiyon sonucu oluşan arazın bir komplikasyon olmadığı hatalı bir uygulama sonucu meydana geldiği bilimsel olarak bir çok doktrin tarafından da kabul edilmektedir.

Danıştay son yıllarda komplikasyon görüşü ile bağlı kalarak reddedilen davalarda Onama kararı vermektedir. 2016 yılında çıkan kararlar oy

7 Danıştay 15. Daire 2013/11061 E, 2014/2456 K. Sayılı İlam.

birliği ile değil de oy çokluğu ile çıkmaktadır. Danıştay'ın Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurullarının ve Genel Kurulun "Komplikasyon" dur yönündeki rapor ve tespitlerini eleştiren ve eksik bulan kararları da mevcuttur. Danıştay'ın Adli Tıp Kurumu'nun görüş değiştirmeden önce verdiği ve Adli Tıp Genel Kurulu' nun görüşünün değil de daha önce kusur yönünde rapor vermiş 3. İhtisas Kurulu'nun raporunun üstünlüğü ve geçerliliğine ilişkin kararlarını ve diğer bozma ilamlarını yazımız içeriğine alıyoruz.

"Hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kalıcı uzuv kaybına (ayak düşüklüğü) sebebiyet verilmek suretiyle ortaya çıkan davalı idarenin hizmet kusuru nedeniyle uğranıldığı iddia edilen 35.000,00-TL maddi, 15.000,00-TL manevi zararın yasal faiziyle birlikte davalı idarece tazminine karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda; Konya 2. İdare Mahkemesi'nce, davacıya uygulanan enjeksiyonun hatalı olduğuna ilişkin somut ve kesin delil bulunmaması, enjeksiyonun doğru uygulanmasında dahi nöropati gelişmesinin ihtimal dahilinde ve enjeksiyon sonucunda öngörülebilir bir komplikasyon olması hususunun Adli Tıp Kurulunca belirlenmesi karşısında, tazminat isteminin yasal dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararın, hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir. Temyiz isteminin reddine, kararının ONANMASINA, oy çokluğuyla karar verildi.

Azlıkoyu;

Dava; 1990 doğumlu olay anında 15 yaşında çocuk olan Ramazan Uzunoglu'nun, 12/11/2005 tarihinde kol ağrısı şikayetiyle başvurduğu Konya Meram Devlet Hastanesi'nde kırık kol teşhisiyle tedavi altına alınarak, yapılan intramüsküler (kas içi) ağrı kesici ampul (Diclomec) enjeksiyon işlemi sonrasında, sağ ayağında meydana gelen şikayetler neticesinde bundan sonraki hayatında enjeksiyona bağlı düşük ayak tanısı konularak ağır aksan kaybına uğradığından bahisle hizmet kusuru işlendiği ileri sürülerek, toplamda 35.000,00-TL maddi ve 15.000,00-TL manevi tazminatın, olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi talebiyle açılmıştır. Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesi'ne göre; herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. " Yine Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında ise, "idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu» hükme bağlanmaktadır.

Ayrıca, "Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarından. Yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devletlere pozitif mükellefiyet, yükleyen haklardan olduğu", Yüksek Mahkeme kara-

rında yer almıştır. (Anayasa Mahkemesi'nin 30/12/2010 tarih E:2007/78, K:2010/120, kararı)" Devlet " ve devletin mustakil organları ile " fertler " arası ihtilaf mukayeselerinde; "idare " güç ve otoritenin sembolü ancak hukuki kaidelerle mukayyet kamu tüzel kişiliği olarak varlığını devam ettirdiği halde, karşısında yer alan " fertler " ise idareye göre çok daha güçsüz ve zayıf ancak idare tarafından hayatı istikametlendirilen ve yönetilen muhataplar olarak var olurlar. Hal böyle olunca; 15 yaşında bir çocuğa sunulan sağlık hizmeti neticesinde, kendisini ömür boyu takip edecek bir arazla (felaketle) karşı karşıya bırakılmasında çocuk ve ailesine ait bir kusur olmadığı hususunda herkes hemfikirdir... Dosya şümulünde böyle bir iddia da bulunmamaktadır. Bu bakımından sağlıklı sunulmayan bir kamu hizmeti neticesinde ortaya çıkan böyle bir problemle; bu çocuğun başta arkadaşlarıyla birlikte oyun ve okul hayatını, ergenlik dönemini, nişanlılık ve evlilik periyotlarını ve iş hayatını bir kül olarak ele aldığımızda, hayatın her safahatında tecezzi kabul etmez bir gerçek olarak bu araz, varlığını devam ettirecektir. Uluslararası sözleşmeler, hak, hukuk ve adalet mefhumları muvacehesinde; ortaya çıkan bu zararı ve neticelerini idareye göre çok daha güçsüz durumda bulunan ve tam teşekküllü hastaneye müracaattan başka hiçbir kusur izafe edilemeyen, mağdur çocuk ve ailesine tahmil etmek (yüklemek), hiçbir hakkaniyet kaidesiyle bağdaşmadığından, tazminatın külliyen reddine yönelik, alman çoğunluk kararına iştirak etmiyorum."⁸

" Adli Tıp 3.İhtisas kurulu tarafından düzenlenen 04.10.2004 tarihli raporunda, kişide meydana gelen arazın ameliyat sonrası yapılan enjeksiyona bağlı olduğu, enjeksiyon yapan hemşirenin 4/8 oranında kusurlu olduğu, mevcut arazın diclomec ampülün yan etkisinden ziyade enjeksiyonun yanlış yere yapılmış olmasından kaynaklandığı saptamasında bulunulmuş olmasına karşın yukarıda anılan sonraki tarihli kurum raporlarında aynı olayla ilgili olarak, davacıda gelişen arazın komplikasyon olduğu belirtilmiştir. Ancak kurumun sonraki tarihli raporlarında,04.10.2004 tarihli raporda tespit edilen hususları çürüten ve aksini doğrulayan hiçbir bilimsel bulguya yer verilmediği, sadece enjeksiyon kaynaklı sakatlanmaların komplikasyon olarak kabul edildiği yönünde görüş beyan edildiği görülmüştür.

Bu durumda, Adli Tıp İhtisas Kurulunca açıkça hastada oluşan lezyonunun hemşire tarafından yapılan enjeksiyona bağlı olarak geliştiği ve enjeksiyonu yapan hemşirenin 4/8 oranında kusurlu olduğunun ortaya konulması karşısında idarenin ağır hizmet kusurunun olduğu ve kusuru

oranında tazminata hüküm edilmesi gerekirken, Adli Tıp kurumunun bir başka hasta dosyası ile ilgili olarak düzenlediği rapordan bahis olunarak hazırlanan rapor esas alınmak suretiyle davalı idareye yüklenebilecek bir kusur olmadığından bahisle tazminat isteminin reddine ilişkin mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”⁹

“Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 23.10.1998 tarihinde Apendist ameliyatı olmak için Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi’ne başvurarak aynı tarihte ameliyat olduğu, tedavi sırasında yapılan enjeksiyondan sonra sakat kaldığından bahisle İzmir 16. Asliye Ceza Mahkemesinin E:1999/610 sayısında açılan Ceza davasındaki Adli Tıp 3. İhtisas kurulunun 14.02.2001 gün ve 784 sayılı raporunda, yanlış yere iğne yapılması neticesinde sakatlığın ortaya çıktığı, sol siyatik sinir lezyonunun yapılan enjeksiyon ile illiyet bağının olduğu belirtilerek iğne yapan hemşirenin 2/8 oranında kusurlu bulunduğu, İzmir 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin E:2004/319 sayısındaki Adli Tıp Kurumu’nun 11.11.2005 tarihli raporunda yapılan iğne sonucunda sakatlığın olduğu, bu nedenle iğneyi yapan hemşire Feriştah Türe’nin 4/8 oranında kusurlu olduğu ifadesine yer verildiği, bu iki rapordaki kusur oranının çelişmesi üzerine İzmir 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 07.09.2004 gün ve E:2004/319 sayılı kararı ile Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınması istenildiği, Adli Tıp Genel Kurulu’nun 05.01.2006 tarih ve 4. Sayılı raporunda ise, yapılan iğneden kısa bir süre sonra doktor kontrolü sonucunda iğnenin doğru yere yapıldığı, bu nedenle meydana gelen sakatlığın, enjeksiyona bağlı bir komplikasyon olarak kabulü gerektiği gerekçesi ile iğneyi yapana ve davalı idareye atfı kabil kusurun olmadığı yönünde görüş bildirdiği, bu rapora dayanarak mahkemece davanın reddine karar verildiği, daha sonra Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bozma kararı uyarınca İzmir 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 28.02.2008 tar.E: 2008/31 K:2008/53 Sayılı kararı ile davanın idari yargıda görüldüğü gerekçesi ile mahkemelerinin görevsizliğine ve dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verildiği, idare mahkemesince ayrı bir rapor düzenlenilmeyip Adli Tıp Genel Kurulu’nun 05.01.2006 Tar. Ve 4 sayılı rapor hükme esas alınarak davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, Adli Tıp 3. İhtisas kurulunun 14.02.2001 gün ve 784 sayılı raporunda, yanlış yere iğne yapılması neticesinde sakatlığın ortaya çıktığı sol siyatik sinir lezyonunun yapılan enjeksiyon ile illiyet bağının olduğu belirtilerek iğne yapan hemşirenin 2/8 oranında kusurlu olduğu belirtildiği yine Adli Tıp Kurumunun 11.11.2005 tarihli raporunda yapı-

9 Damıstay 15.Daire 2013/4017 E,2014/2694 K.10.04.2014

lan iğne sonucunda sakatlığın oluştuğu, bu nedenle iğneyi yapan hemşire Feriştah Türe'nin 4/8 oranında kusurlu olduğu ifadesine yer verildiği her iki raporda da var olduğu belirtilen hizmet kusurunun oranı konusunda tereddüte düşülmesi üzerine İzmir 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 07.09.2004 gün ve 2004/319 E sayılı kararı ile Adli Tıp Genel Kurulundan kusur oranına ilişkin rapor alınmasının istenildiği anlaşılmış olup, önceki her iki raporda da kusurun varlığının sabit olduğu görüldüğünden, idare mahkemesince buna göre bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle; dava konusu olayda idarenin hizmet kusuru bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddi yolunda karar veren idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”¹⁰

“Dava dosyasının incelenmesinden, davacıların çocuğu ‘nın 18/08/2008 tarihinde Akciğer Kist Hidadiki ön tanısı ile Van Eğitim ve Araştırma Hastanesine yatışının yapıldığı 22.08.2008 tarihinde tedavisi amacıyla ameliyat edildikten sonra ateşinin yükselmesi üzerine yapılan iğne neticesinde ‘nın sağ bacağına hissetmediğinden bahisle işgücü kaybı nedeniyle 100.000 TL maddi ve 50.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle 19/01/2009 tarihinde yapılan başvurunun 06/03/2009 tarih ve 9195 sayılı işlemi ile reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. İdare Mahkemesince, adli tıp raporu uyarınca, davacıya uygulandığı belirtilen enjeksiyon sonucu gelişen bulguların “enjeksiyon nöropatisi” ile uyumlu olduğu, nöropatinin enjeksiyon uygulamalarının beklenebilir komplikasyonu olarak değerlendirildiği, davalı idareye kusur atfedilmeyeceği gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de; olay tarihi itibarıyla sekiz yaşında olan davacıya uygulanan Novalgine 1/2 Ampul adlı ilacın (erişim tarihi 13.10.2015) www.ilacprospektusu.com adlı internet sitesinde yer alan kullanma talimatında çocuklarda kullanımının önerilmediğinin belirtilmesi ile birlikte davacının, öncelikle bir gün önce genel cerrahi müdahalesi ile açık Akciğer Kist Hidadiki ameliyatı sonrasında uygulanan tedavisinde verilmek zorunda olan ilaçların (Novalgine Ampul, Sefazol, Novafom, Cafemazin... vs) kas içine enjeksiyonunun bu tür bir hastaya bu şekilde uygulanmasının mutlak tıbbi bir uygulama olup olmadığı ile, alternatif olarak önce damar yolu açılmak suretiyle uygulama yapılmasının tıbbi açıdan değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve davacının siyatik sinirinin anatomik olarak normal yerden geçip geçmediği hususlar araştırılarak enjeksiyonun doğru yere yapılıp yapılmadığı, davacıda meydana gelen rahatsızlığın çocuklarda kullanımı önerilmeyen Novalgine 1/2 Ampul adlı ilacın bir komplikasyonu olup olmadığı açıklığa kavuşturulmadığından, anılan adli tıp raporu bu yönleriyle yeterince açıklık getirici

10 Danıştay 15. Daire 2013/3857 E,2014/1428 K. Sayılı 05/03/2014 tarihli karar

nitelikte bulunmamaktadır. Bu durumda, idarenin tazmin sorumluluğu açısından, hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun saptanması için dosyanın 2659 sayılı Kanun'un yukarıda anılan 15. maddesi uyarınca Adli Tıp Genel Kuruluna gönderilerek, Adli Tıp Genel Kurulunca yukarıda belirtilen hususlar göz önünde bulundurularak yapılacak irdeleme sonucu hazırlanacak açıklayıcı ve kanaat bildiren rapor incelendikten sonra bir karar verilmesi gerekmektedir.”¹¹

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa mahkemesi, bireysel başvuru yolu ile incelediği bir dosya da hastanın bilgilendirilmemesi, aydınlatılmaması ve rızasının tam alınmaması nedeni ile hukuka aykırı hareket edildiğini ve bu şekilde verilen kararların insan hakkı ihlali olduğuna karar vermiştir.

“Hastalara uygulanacak her bir işlem ve tedavi yönünden hastanın aydınlatıldığını ve rızasının bulunduğunu ispatlama yükümlülüğünün hekim ya da hastanede olduğuna kuşku bulunmayıp başvuruçunun, mikro TESE operasyonunun tıbbi sonuçları, sağlığı için taşıdığı riskler ve doğuracağı olası istenmeyen durumlar hakkında aydınlatıldığına dair rızasını içeren bir belgenin adı geçen mahkeme dosyasına sunulmadığı anlaşılmıştır. Bunun yanı sıra Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 27/04/2010 tarihli ve E.2007/344, 2010/120 sayılı kararı incelendiğinde başvuruçunun anılan operasyon hakkında bilgilendirilmediği iddiası hakkında hiçbir değerlendirme ve gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Anılan kararı onayan Yargıtay ilamında da bahsedilen iddiaya yönelik bir değerlendirme yer almamaktadır. Dolayısıyla başvuruçunun operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinden söz edilmez. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun, geçirdiği Mikro TESE ameliyatının tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmediği anlaşıldığından Anayasa'nın 17. Maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığının koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”¹²

Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru yolu sonucu verilen kararların bağlayıcılığı ile ilgili olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin emsal kararını yazımız içeriğine alıyoruz. Benzer davalar nedeni ile Anayasa mahkemesi kararlarının neden göz önünde bulunması gerektiği hukuki gerekçeler ile açıklanmıştır. Düşük ayak davalarında, bilgilendirme ve ay-

11 Danıştay 15. Daire Başkanlığı 2015/3568 E., 2015/6141 K.

12 Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru-Ahmet Acartürk Başvurusu Başvuru No: 2013/2084) Karar tarihi 15/10 /2015

dınlatmanın yapılmamasının hak ihlali olduğu artık tartışmasız hukuki bir durumdur.

“Anayasa Mahkemesi 2013/1789 numaralı bireysel başvuruda, 11.11.2015 tarihli kararıyla; “bebeklik dönemi aşularının uygulanmasına muvafakat etmeyen ebeveynler hakkında bebeklik dönemi aşularının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulamasının” kanunilik şartını taşımadığı böylelikle Anayasa’nın 17’nci maddesinde güvence altına alınan “kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine” karar vermiş, aynı kararında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararları, soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak, sadece başvuruda bulunan kişi ve başvuruya konu idari işlem ya da karar açısından geçerli ve bağlayıcıdır. Anayasa Mahkemesinin saptadığı hak ihlalinin, mahkeme kararından kaynaklandığını belirleyen ve Kuruluş Kanununun 50. maddesinin (2.) fıkrasında dayanarak aldığı “ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmasına” ilişkin kararı karşısında, derece mahkemelerinin başvuru konusu somut olay ve kişi bakımından artık başka türlü karar vermesine olanak yoktur. Bu durumda, yukarıda açıklanan 5395 sayılı Yasanın 5. maddesinin (1.) fıkrasının (d) bendine dayanan benzer uygulamalarda, bireysel başvuru konusu yapılması halinde Yüksek Mahkemece, bundan sonra da hak ihlalinin tespit edileceği ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yolunun açılacağı da muhakkak gözükmemektedir. Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye’nin “taraf olduğu eki protokollerin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulması asıldır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ikincil nitelikte bir yoldur. Bu husus, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin birçok kararında ifade edilmiştir. O halde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılaması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararı karşısında, hak ihlaline yol açmamak için hükmün bozulması gerekmiştir.”¹³

SONUÇ

- Enjeksiyon sonucu meydana gelen yaralamanın/sakatlığın, meslekte acemilik, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu olma ihtimali çok yüksektir.
- Adli Tıp Kurumu, 2005 yılına kadar enjeksiyon sonucu meydana gelen

13 T.C. Yargıtay 2.Hukuk Dairesi. 2015/24695k.2016/361 T.12.1.2016

yaralama/sakatlığın, kusur, dikkatsizlik ve ihmali nedeni ile meydana geldiğini raporlarken, 2005 yılından sonra meydana gelen olumsuz sonucun komplikasyon olduğunu raporlamıştır. Görüş değişikliği konusunda herhangi bilimsel bir açıklama ve kaynak yoktur.

- Sağlık Yüksek Şurası tarafından verilen komplikasyondur şeklindeki raporlar çoğunluk oyu ile verilmektedir. Yüksek Sağlık Şurası raporlarında, enjeksiyon sonucu yaralama/sakatlık durumunun kusur ve ihmali olduğu azlık oyu ile raporlanmaktadır.
- Yargıtay, müdahale ve risk konusunda yeterli aydınlatma ve bilgilendirme yapılmadığı takdirde komplikasyon nedeni ile davanın reddedilemeyeceğini, mağdurun tam olarak aydınlatılıp bilgilendirmesinin şart olduğunu ve uygulayıcının bunu ispat etmesi gerektiği hususlarını ilke haline getirmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında, Adli Tıp Kurumu İhtisas Daireleri ve Adli Tıp Genel Kurul raporlarını açık ve aydınlatmaya elverişli bulmamıştır. Mevcut raporlar ile düşük ayak davalarının çözülmesinin hukuken mümkün olmadığını bildirmiştir.
- Danıştay kararları çelişkilidir. Danıştay'ın ilke kararları ve lehe verdiği kararlar incelendiğinde, "Komplikasyon" olarak değerlendiren raporlara itibar edilmemesi gerektiği yönünde görüş hakimdir. Danıştay'ın komplikasyona ilişkin kararı ile Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun rapor ve görüşünün gerekçesiz ve yetersiz olduğuna ilişkin kararları yukarıda yazılıdır. Bu kararlar ışığında Danıştay kararlarının, enjeksiyon sonrasında sakatlanma ve yaralanmaya bağlı olarak tazminat ödenmesi gerektiği yönünde olması gerektiği kanaatindeyiz.
- Tıp camiasında, doktrinde ve bilimsel araştırmalarda ağırlıklı görüş uygulayıcının daha eğitimli ve donanımlı olması gerektiği, tam bir dikkat ve özen halinde sakatlama/yaralama sonucunun çok ciddi bir sayıda azalacağı yönündedir. Olumsuz sonucun ağırlıklı olarak uygulama hatası, dikkatsizlik ve acemilik nedeni ile olduğu ifade edilmektedir.
- Anayasa mahkemesi, kişinin vücut dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ve korunması yönünde devletin pozitif yükümlülüğü olduğunu bildirmektedir. Anayasa Mahkemesi, hasta hakları ile ilgili Uluslararası sözleşmeler ve Yönetmelikler kapsamında, tam bilgilendirme sonucu alınan rıza olmadan meydana gelen olumsuzluklar nedeni ile mağdurun korunması gerektiğini karara bağlamıştır.
- Tarafımıza başvuran mağdurların birçoğunda uygulayıcı tarafından hastaya ve yapılan işleme yeterli zaman ayrılmamıştır. Hastaya kullanılan ilacın etkileri, yan etkileri konusunda bilgilendirilme yapılmadan

uygulama yapılmıştır. Uygulama sonucunda hastalara herhangi bir tıbbi belge ve evrak verilmemiştir. Mağdurlar/Hastalar uygulayıcının kimliği hakkında bilgi sahibi değildirler. Bunun yanı sıra uygulayıcıların bir kısmının stajyer ve eğitim gören kişiler olduğu tespit edilmiştir. İğnenin acele bir şekilde yapıldığı ve enjekte edilen şeyin daha çok ağrı kesici ilaç olduğu gözlenmiştir. Olumsuz sonucun meydana gelmesinden sonra, acil bir tıbbi yardım alınmadığı ve ilgili hekimin acil ve yoğun bir ilgi göstermediği gözlenmiştir. Olumsuz sonuç nedeni ile hastane ve ilgili sağlık biriminde sağlık personeli ve hekimlerin çekingен davrandığı ve olumsuz sonucu hasta ile hemen paylaşmadığı tespit edilmiştir. Adli Tıp Kurumu ile diğer kurum raporları yeterli bir açıklama ve bilimsel görüş taşımamaktadır. Ülkemizde hali hazırda enjeksiyon sonucu meydana gelen sakatlık ve yaralanma nedenini, bilimsel standartlara uygun bir uygulamanın yapılmamasına bağlıyoruz. Eğitim faaliyetin yaygınlaştırılması ve bir takım hukuki yaptırımların belirgin hale gelmesi ile birlikte yaralanma/sakatlık sayısının azalacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

1. ÜNAL, Volkan, ÜNAL ÖZGÜN, Esra, EMİR, Abdurrahman, ÖZER, Yusuf, ÇAĞDIR, Sadi, Adli Tıp Bülteni 2015 Enjeksiyon Nöropatisi Olgularına Adli Tıp Yaklaşımı.
2. SÖZEN, Şevki, IM Enjeksiyon Uygulamada Dikkate Edilecek Hususlar.
3. KAYA, Nurten, TURAN, Nuray, ÖZTÜRK PALLOŞ, Aylin, Dorsogluteal bölge İntramusküler Enjeksiyon Uygulamak amacıyla kullanılmamalı mı? İ.Ü.F.N.Hem.Derg.
4. <http://www.yargitay.gov.tr>
5. <http://www.danistay.gov.tr>
6. <http://www.anayasa.gov.tr>

ANILARDA HUKUK, TEKNOLOJİ VE İNSAN

Prof. Dr. Selahattin ANIK

Tüketici davalarına ait iki örnek

Her iki olay bir tüketici mahkemesindeki davalarla ilgilidir.

a.- Motoruna böcek giren buz dolabı

Bir tüketici bir alışveriş merkezindeki beyaz eşya satıcısından bilinen bir markanın buz dolabını almış. Buz dolabı gelip eve monte edildikten kısa bir devre sonu, buz dolabı çalışmadığı için servis aranmış ve servisten gelen yetkili motorun kartının yandığını söyleyerek bu karın değiştirilmesinin gerektiğini tüketiciye bildirir ve bu arada, kart yanmasını da bir imalat ayıbı değil kullanıcı hatasından ileri geldiğini belirtir. Daha sonra da bu değişimin için bir kereye mahsus olmak üzere ücret almayacağını söyler ve kartı değiştirir. Kartın yanma sebebinin de motora böcek girmesinden ileri geldiğini belirterek, tüketiciye ayrıca böcek ilacı da satar. Kartı değişen buz dolabı bu yeni kartla bir müddet daha çalışır ve aradan uzun zaman geçmeden kart bir kere daha yanar. Gelen servis yine kartın, motora böcek girdiği için yandığını, fakat bu defa kartın bedelini alacaklarını açık bir şekilde belirtir. Tüketici de bunu kabul etmediği için buz dolabı o şekilde çalışmaz halde kalır. Keşif sırasında da buz dolabının çalışmadığı bizzat tespit edilmiştir.

Burada olay incelendiğinde, motora böcek girmekte ise, bunun bir imalat hatası olduğu ve motor dizaynının böceğin girmeyeceği şekilde yapılmadığı ortaya çıkar. Bunun sorumlusu da tamamen o buzdolabını imal eden müessesedir. Motora böceğin girmesi, hiçbir vakit kullanıcı hatası olamaz.

b.- Kapak contası delinen çamaşır makinesi

Yine bir alışveriş merkezinde satın alınan ve tüketicisine 4+3 yıl garanti süresi verilen bir çamaşır makinasıdır. Bu makina yaklaşık üç yıl kullandıktan sonra, makinanın kapak contasının alt kısmının delindiği ve buradan su akıttığı tespit edilerek servis aranır. Gelen servis elemanları bunun bir kullanma hatası olduğunu söyler. Bunun üzerine tüketici Hakem Kuruluna gider ve Hakem Kurulu da kısa bir inceleme sonucu kapak

contasındaki delinmenin bir imalat hatası olduğuna karar vererek çamaşır makinasının yenisi ile değiştirilmesini karara bağlar. Bu karar üzerine çamaşır makinası imalatçısı da, hakem kurulunun kararının kaldırılması için Tüketici Mahkemesine dava açar. Dava dosyasının ve davaya konu olan çamaşır kaminasının incelenmesi sonucu: Kapak contasının delinmesinden kısa bir süre önce makinanın kapı kolunun çıkması sonucu kapağın kapanmaması üzerine servisin kısa süre ara ile iki defa gelerek kapı kolunu yerine taktığı, servis tutanaklarında görülür. Bu servis işlemi yani kapı kolunun zorlanarak yerinden çıkması olayı, makineyi kullanan tüketicinin makineyi hor kullandığı anlaşılır. Diğer taraftan kapı conta-sı makinanın üç yıl kullanılması sonucu ortaya çıkan bir olaydır. Eğer contada imalattan ötürü bir ayıp olsaydı bu üç sene içerisinde çok daha önce ortaya çıkardı. Fakat contanın delinmesi, makinanın hoyrat kullanımından sonra ortaya çıktığına göre bu contanın alt kısmının nasıl delindiği araştırıldığı zaman, makinanın aşırı doldurtulduğu bazı çamaşırkların bazı sıkımlarının conta ile kapı arasına sıkışarak arada kalıp, o sırada çamaşırda bulunan metalik düğme kopçesi ve buna benzer aksesuarların çamaşırı yıkama sırasında lastiği deldiği tespit edilmiştir. Bu da bir imalat hatası değil, tamamen kullanma hatasıdır. Burada Hakem Kurulunun olayı iyice incelemeyen makinanın değiştirilmesine karar verdiği anlaşıl-mıştır.

Metal yorgunluğu olayı

Birçok olayda metalik parçalarda meydana gelen kırılmalar, birçok bilirkişi tarafından hemen metal yorgunluğuna bağlanıp bir nevi imalat veya malzeme hatası olarak kabul edilmekte ve bilirkişi raporları da bu tarzda hazırlanmaktadır. Sebebi tam olarak tespit edilmeden kırılmanın hemen metal yorgunluğu şeklinde belirtilmesi, işin kolay bir şekilde halledilmesini sağlamasına rağmen, gerçeği tam olarak ifade etmemektedir. Böyle bir olaya ait aşağıdaki tanımı vermek yerinde olacaktır.

Olay bir Asliye Hukuk Mahkemesinde geçmektedir. Dosyaya verilen birçok bilirkişi raporundan sonra, tarafların bu raporlara yaptıkları itirazları üzerine, dosya en sonunda bilirkişi olarak bana verildi.

Davaya konu olan araç 2003 model730 D marka ve tipinde olan 03.01.2003 tarihinde trafiğe tescil edilmiştir. Hasar 13.03.2008 tarihinde ve araç 95.100 km de iken meydana gelmiştir. Araç trafiğe tescilinden hasarın meydana geldiği yaklaşık beş yıldan daha uzun bulunan bu süre zarfında herhangi bir kaza geçirmemiştir. Diğer bir deyişle gizli ayıpla ilgili herhangi bir olay söz konusu olmamıştır. Dosyada bilirkişilerce daha önce yapılan inceleme ve tespitlerde: Motorun 4. silindirine ait keleşliği

yataklanma milinin kırılması sonucu, kopan parçaların subaplar, silindir ve pistonda deformasyonlara neden olduğu, olayın kelebeğin kurumlandır dolaylı kırıldığı kanaatinin oluştuğu, kırılma nedeninin de parça söküldükten sonra laboratuvar ortamında yapılacak tetkiklerle belirlenebileceği, kırılmanın kullanım hatası ve kullanılan yakıtla ilgisi bulunmadığı, hasarın üretim hasası ile ortaya çıkan metal yorulması nedeni ile kelebek milinin kopmasından ileri geldiği ve motorda hasara neden olan olayın, valfin hareketini sağlayan milin kırılması olduğu, milin kırılmasında da, ön görülen ömrünün bitmesinden çok önce erken dönem bir arıza, yani bunun da üretim kaynaklı olduğu ve bunun da bir malzeme hatası niteliğinde bulunduğu belirtilmiştir. Bu tespitlerin hepsi, bu kırılmanın imalatla ilgili ve özellikle de malzemeye bağlı bir yorulma kırılması olduğu yönündedir. Yani bütün bilirkişiler bu olayı bir metal yorgunluğuna bağlamaya çalışmıştır. Fakat bu bilirkişilerin hiçbiri bir malzeme veya metalurji mühendisi olmayıp, makine mühendisidir. Yorulma kırılmasının ne şekilde olacağı, bu hususta deneyimi bulunmayan bir makina mühendisi tarafından, orada ilk görüşte hemen tespit edilemez. Bir kırılmanın metal yorulmasından ileri geldiğini anlama için bu kırılan parçanın bir malzeme laboratuvarında incelenerek değerlendirilmesi gerekir. Bilirkişiler bu kırılmanın ilk bakışta bir metal yorulmasını belirtmelerine rağmen kırılan parçanın, bir üniversitenin malzeme laboratuvarına gönderilerek esas kırılmanın tespitini talep etmemiştir. (Bu sairlerin yazarı bir makina yüksek mühendisi olmasına rağmen, 50 yılını Makina Fakültesi Makina Malzemesi ve İmalat Teknelejis Anabilim Dalının emekli başkanı olarak geçirmiştir.) Ancak böyle bir tespitten sonra kırılmanın bir yorulma kırılması olduğunu rahatlıkla söylemek mümkündür.

Diğer taraftan araç 3003 model olup, olay 2008 yılında meydana gelmiştir. Bu süre zarfında eğer kelebeğin malzemesinde yorulma kırılmasına sebebiyet verecek bir ayıp veya hata olsaydı, kırılma bu süre içerisinde rahatlıkla ortaya çıkardı. Araçtaki 6 silindirli bir motorun her silindiri üzerinde bulunan ve kelebek olarak tabir edilen bu parçalardan sadece 4. silindir üzerindeki kelebeğin deforme olması, sac levhasının hareketini sağlayan pimlerden birinin düşerek subap yatağını komple bozması ve hasara sebebiyet vermesi, aracın daha önce bakım için servise girişlerinde aracın bütün aksamalarının iyice kontrol edilmediğini, gevşeyen veya kısmen oynayan parça ve aksamalarının iyice kontrol edilmediğini göstermektedir. Bu kırılmanın esas nedeni, aracın bakımı sırasında servis hitmetinin yeterli ve gereği gibi yapılmadığının bir sonucudur. Buna kısa yoldan metal yorgunluğu denilemez. Nitekim bilirkişilerden bazıları ilk tespitite kelebeğin kurumlandırmasından da bahsetmektedir. Buna rağmen sonuçta metal yorgunluğundan vazgeçilmiştir.

Bu teknik olayı, biz insanların günlük yaşamında sık sık ratlanan tıpla ilgili bir olay ile karşılaştıralım. İnsanlar herhangi bir rahatsızlığının tespiti ve tedavisi için doktora gittiğinde, doktor sizi bir genel muayeneden geçirdikten sonra, hemen laburatuvara havale ederek kan ve idrar analizi ile muayenesi gereken uzvun çok defa da çeşitli MR larını ister ve bu bilgiler geldikten sonra da kesin teşhisini koyarak tedavi yollarını söyler. Daha önceden kein teşhisini koyma yoluna gitmez. Eğer bu analizler gelmeden hastalığı teşhis etme yoluna gitmek istediğinde de, buna kolayca metal yorgunluğu demesi gerekirdi.

Ülkemizde Hukuk Öğreniminin durumu ne?

Bu yazı 2013 yılının Ağustos ayının sonlarında yazılmıştır. Değerlendirmenin bu tarihteki duruma göre yapılması gerekir. Bu tarihte Türkiye’de 103’ü devlet ve 62’side vakıf olmak üzere toplam 165 üniversite mevcuttu. 103 devlet üniversitesinde 31 ve 62 vakıf üniversitesinde de 44 olmak üzere, Türkiye’deki 165. üniversitede toplam 75 adet Hukuk Fakültesi bulunuyordu. Bu fakültelerde toplam 40.000 öğrenci okuyordu. Bu öğrencileri yetiştiren öğretim kadrosu da 354 profesör, 164 doçent ve 537 de yardımcı doçent den ibaretti. Mevcut profesörlerin 23’ü anayasa hukuku ve 32’side ceza hukuku profesörü idi. 20 Ağustos 2013’de çıkan günlük bir gazetenin İstanbul nüshasında da: Bazı üniversitelerin hukuk fakültelerindeki kontenjan açığı da aşağıdaki şekilde verilmiştir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 26, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 26, Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 22.

Türkiye’deki toplam 165 üniversitedeki 75 hukuk fakültesine rağmen, bu tarihte bir çok vakıf üniversitesinin YÖK’e müracaat ederek yeni hukuk fakülteleri açmak istediklerini de belirtmek de fayda vardır. Üniversite öğretim üyesinin de kolay yetişmediği ve bir öğretim üyesi için de on senelik bir zamana ihtiyaç olduğunu da düşünmek gerekir.

Demir kapı yine çocuk öldürdü

İstanbul’da yayınlanan günlük gazeteler birinde “demir kapı yine çocuk öldürdü” başlıklı yazı dikkatimi çekti bu yazı “Konya’nın Meram ilçesinde yaşayan, dün öğle saatlerinde motosikletini demir bahçe kapısını eçip içeri koymak istedi. Bu sırada demir bahçe kapısı üç yaşındaki oğlunın üzerine devrildi. Kapının altında kalan ve ağır yaralanan..... Meram Eğitim Uygulama ve Araştırma Hastahanesine kaldırıldı. Tedaviye alınan yapılan bütün müdahalelere rağmen yaşamını yitirdi” şeklinde bitiyordu. Buna benzer yazılara günlük gazetelerde sık sık rastla-

maktayız. Hatta bu yazıların bir kısmı okulların giriş kapılarında neydena gelmektedir. Memleketimizde bunun yapımı ve kontrolü ile ilgili kesin bir uygulama metodu bulunmamakta ve bu kapılar mukavemet, statik ve mekanik bilgileri tam olmayan demirci uslataları tarafından yapılmaktadır. Bunların çoğu yetkili bir makina mühendisinin kontrol ve onayından geçmemektedir. Burada sorumlu kim? Mahkemelerde suçlu çok kere o kapıyı yapan usta olarak kalıyor. Halbuki yaklaşık 500 ile 800 kg ağırlığında olan bu kapıların dizaynı, montajı ve imalatı yetkili bir makina mühendisinin kontrolü ve onayı altında yapılmalıdır. Onu yapan normal bir demirci ve kaynakçı ustasının bilgisi çok kere yetersiz kalmaktadır. İnsan hayatı bu kadar ucuz olmamalı.

Anı yazmak niçin önemlidir?

Daha önce yazdığım anıların birinde, bir üniversite hocasının nasıl olması gerektiğini belirtmiş ve bu hocanın: İyi ders vermesi, araştırma yapması, kitap yazması ve neşriyat yapması, insan yetiştirmesi ve bizim mühendislik mesleğin de ise iyi endüstriyel deneyiminin bulunmasının gerektiğini ileri sürmüştüm. Bununla ilgili olarak da bir elin beş parmağını göstermiş ve her parmağın da bu özelliklerden birini temsil ettiğine değinmiştim. Eğer o hoca da bu özelliklerin biri yoksa o hocanın bir elinin bir parmağı olmadığı için özürlü olacağını açıklamıştım. Bu beş özellik o hocanın üniversitede fiili görev yaptığı dönemde çok önemlidir.

Bütün insanlar gibi, üniversite hocaları da 67 yaşına geldiği zaman emekli olmakta ve artık ders verme ve araştırma yapma gibi görevlerden uzak kalmaktadır. Bu emeklilik döneminde de, o hocanın yaklaşık 40-45 yıldan fazla görev yaptığı sürede kazandığı deneyimlerini, kendine sonra gelecek nesle intikal ettirmesi büyük bir önem taşır. Zira kazandığı deneyimler, zaman zaman hayatında acı ve tatlı anılar bırakacak şekilde gerçekleşmiş olaylardır. Onlar her kitapta yoktur. Ancak yaşandıkça kazanılır. Kendinden sonra gelenlere yol gösterir ve ışık tutar. Onun için bile üniversitede hocasının emekliye ayrıldıktan sonra deneyimlerini anı olarak bir eserde toplamaları gerekir. Bu husus sadece üniversite hocaları için geçerli değildir. Bir mahkeme hakimi, bir avukat, bir işletmeci ve iş adamı için de önem taşır.

Bir düdüklü tencere olayı

Tüketici mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra ve özellikle de bu mahkemelerde dava açmak için bir ücret ödenmediğinden, bilhassa beyaz eşya konusunda mu mahkemelerde açılan davaların sayısı hızla artmıştır. Buz dolabı, çamaşır makinası, bulaşık makinası, halı yıkama

makinası, ve düdüklü tencere gibi davalara sık sık ratstlanmaktadır. Aşağıda vereceğim örnek de bir düdüklü tencereye aittir.

Gazete sütunlarında da çok kere patlayan düdüklü tencere olaylarına rastlamaktayız. Düdüklü tencere mühendis dili ile konuşursak bir basınçlı kaptır. İçerisindeki buhar basıncı yükseldiğinde bu yükseklik de emniyet ventilleri ile giderilmediği haller de patlama olaylarına sık sık ratslanır. Onun için düdüklü tencereleri kullananların, bunların kullanma talimatlarını iyice okumaları ve bunlara riayet etmeleri, kazaların meydana gelmesinde büyük rol oynar.

Bir tüketici mahkemesinde düdüklü bir tencere için açılan maddi ve manevi tazminat davasında: Davacı vekili dava dilekçesinde tarihinde bir düdüklü tencere aldığını, bunu uzun süre kullandıktan sonra bir gün nohut pişirmek için kullandığında, tencerenin arıza yapması nedeni ile çıkardığı sıcak buhardan müvekkilesinin ciddi bir şekilde yandığını, daha sonra konunun aydınlanması için aynı marka ve aynı tip yeni bir düdüklü tencere alarak bu tencereler üzerinde Sulh Hukuk Mahkemesinde tencereler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırdığını, bilirkişi olarak tespitin bir krimanalist tarafından yapıldığını, verilen bilirkişi raporunda da; tencerelerin genel üretim ve gövde dizaynı yapıları, açma kapama sistemlerinin aynı olduğu, davaya konu olan tencerenin açmak için orta kısmında bulunan düğmesine basıldığında düğmenin iyi çalışmadığı, fakat mandallı buhar tahliye kısmının çalıştığı, tutukluluk yapan tencere kapağındaki açma kayama mekanizmasının daha sonra kullanılarak çalışır duruma geldiği, tencerenin ne şekilde kullanıldığına dair dosyada başka bilginin bulunmadığı, ürünün geçici olarak açma kapama mekanizmasındaki tutukluluk nedeni ile sağlıklı çalışmadığı kanaatinin belirtildiğini açıklayarak yüksek miktarda manevi ve 1.000 TL tutarında da maddi tazminat isteği ile bu davayı açtıklarını belirtmiştir.

Bu davada bilirkişi olarak Mahkemeye getirilen iki düdüklü tencere üzerinde yaptığım incelemede: Tencerede bir üretim ayıbının bulunmadığı, yani gizli bir ayıbın söz konusu olmadığı, sulh hukuk mahkemesinde yapılan tespitite verilen raporun, krimanalist gözü ile yapılan bir inceleme sonucu olduğu, durumun bir makina mühendisi gözü ile incelendiği ve rapora göre de tencerenin imalat hatalı bir tencere olarak görüldüğü belirtilmiştir. Halbuki raporda tutukluluk yapan mekanizmanın da sonradan çalıştığı belirtilmiştir. Halbuki olayın bir kullanma hatası sonucu ortaya çıktığı anlaşılmıştır. Her iki tencerede de herhangi bir imalat hatası görülmemiştir. Tencere kullanırken ya aşırı doldurulmuş ya da kapağı tam olarak uygun şekilde kapatılmadığından, dışarıya kızgın buhar fişkir-

mıştır. Tencerede kapanırken ve açılırken meydana gelen tutukluluk da bir gizli ayıp değil, tamamen bir açık ayıptır. Bunu kullanan da kolayca anlayabilir.

Yukarıda da açıkça belirttiğim gibi, bu tip tencerelerin kullanılmasında, çok dikkatli ve ihtiyatlı olması ve özellikle de “tanıtma, kullanım ve bakım kılavuzu”nda belirtilen hususlara çok dikkat ve riayet etmek gerekir. Örneğin tencerenin kapatılması sırasında iyice kanağın kapanmadığı, içerisine konulan mesinlerin miktarı ve seviyeleri, basınç vetillerinin temizliği gibi.

İnsanlar hangi arkadaşlarını seçemez?

Biz insanlar bazı arkadaşlarımızı zamanında seçemediğimiz için onlarla birlikte yaşamaya alışmamız gerekir. Ne kadar uğraşsanız da bu arkadaşları seçememezlik yapamazsınız. İnsanlar, özellikle elli yaşlarından sonra istemeden bazı arkadaşlarla birlikte olur. Bunlardan kaçınmak mümkün değildir. Ayrıca bu arkadaşlarla her zaman iyi geçinmek gerekir. Kimlerdir bu arkadaşlar: Tansiyon, şeker, kollesterol, erkeklerde protota, katarakt gibi. Bazılarımızın bu arkadaş sayısı fazla, bazılarında da biraz eksiktir. Onun için zamanla bu arkadaşlarla birlikte yaşamaya alışın ve onları dışlamayın.

Çok kere emsal normal arkadaşlarınızla toplanıp anılarınızı andığımız, sınıf arkadaşları toplantılarda, birlikte yaşamaya alıştığımız bu müşterek arkadaşlarımızdan sık sık bahsederek ve konuşarak anılarınıza bu yeni arkadaşınızın marifetlerinden bahsedersiniz. Artık bunlar kaçınılmaz bir hale gelmiştir. Müşterek arkadaşımızdır.

Haydi oradan, sen bir balık profesörüsün, burada ne arıyorsun?

Üniversitede kürsümüzde arkadaşım olan ve benden yaklaşık 15 yaş kadar büyük olan bir ermeni asıllı arkadaşımızın yaşadığı bir olaydır. Bu arkadaş ile asistanlık ve doçent dönemlerimizde aynı odayı yıllarca birlikte paylaştık.

Bu akradışımız kışın Kurtuluş taraflarında ve yazları da boğazda Tarabya da yaşardı. Yazları Tarabya’da iken ömrünün büyük bir kısmını boğazda balık avlamakla geçirirdi. Bu balık avlama dönemlerinde kendisi gibi balık tutan gençlerde bulunurdu. Dolayısıyla bu gençlerle de, arkadaşımız arasında kuvvetli bir dostluk kurulmuştu. Gel zaman git zaman, bu gençlerden biri İstanbul Teknik Üniversitesi Makina Fakültesine öğrenci olarak girer. Bu genç bir gün üniversitede koridorunda, yazları Tarabya’da balık tutan ve buradan dostu olan, bu balıkçı profesör arkadaşla karşılaşır. Durup arkadaşı uzun bir süre süzdükten sonra, hemen ken-

disine hayretle, “Sen burada ne arıyorsun “sorusunu sorar? Arkadaşımız da, “Ben burada profesörüm” cevabını verir. Bu cevap üzerine genç kahkale ile gülerken “Git buradan, sen burada değil, Tarabya da sahilde balık profesörüsün” cevabını alınca, ikisi birden kahkayı basar.

Gerçek ikinci el piyasa değerinin tespiti?

Davacı vekili, davalı şirkete kasko sigortalı aracın iki ayrı trafik kazasında hasar gördüğünü, davalının birinci hasar nedeni ile eksik ödediğini, ikinci kazadaki hasarı da hiç ödemediğini ileri sürerek toplam TL tutarındaki tazminatın ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmektedir.

Mahkemece toplanan delillere göre davanın kısmen kabulü ile ve birinci hasar nedeni ile de TL, ikinci hasar nedeni ile de TL olmak üzere toplam TL tazminatın temerrüt tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar vermiştir.

Dava, daha sonra davalı sigorta şirketi tarafından Yargıtaya taşınmıştır. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi de 2012/13727 sayılı ilamında: “Davanın kasko sigortası sözleşmesinden kaynaklanan bir tazminat istemi olduğundan, davalı sigorta şirketinin kasko sigortalı araçta oluşan gerçek zarardan sorumlu olduğunu, buna göre sigortalı aracın 16.01.2011 tarihinde ikinci kazaya uğradığını ve bu ikinci kaza nedeni ile de tamirinin ekonomik olmadığının tarihli bilirkişi raporu ile tespit edilmesine karşın, bilirkişi raporunda aracın ikinci el piyasa rayiç değeri belirlenirken, 11.12.2010 tarihli birinci kazada hasarlanarak onarıldığına göre, bu halinin piyasa rayiç değerinde bir azalma yaratıp yaratmadığı yönünden bir değerlendirmenin yapılmadığı, belirtilerek eksik inceleme ile hüküm kurulduğundan karar bozulmuştur.

Yargıtay bu durumda Mahkemece öe özellikle de İTÜ’den seçilecek uzman bir bilişkişi heyeti ile hasar gören sigortalı aracın markası, modeli ve yaşı nazarı itibara alınarak, ikinci kaza sonucu araç pert olduğundan, aracın ikinci el piyasa satış değeri ve sovtaş miktarının ayrıntılı bir şekilde tespit edilmesini istemiştir.

Bu olayda, Y.Makina Mühendisi iki arkadaşla birlikte bilirkişi olarak seçildiğinizden, Yargıtayın bozma gerekçesinin yerinde olduğunu, aracın birinci kaza nedeni ile ikinci kadan sonra 2. el piyasa rayiç bedelinin hesaplanmasında arada %10 nispetinde bir fark olduğu ortaya çıkmıştır. Yani araç, birinci kaza dolayısıyla ikinci el satışından %10 daha az bedel ile satılabilecektir.

Traktör kazalarında kusurlu kim?

Yapılan istatistiklere göre, Türkiye genelinde 2012 yılında yaklaşık 3000 traktör ve tarım aracı kazası yaşanmıştır ve bu kazalarda da 291 kişi hayatını kaybetmiştir. Traktör kazalarında traktör sürücüsünün ve yolcularının ölüm riski, otomobil kazalarına göre dört kat daha fazladır. Memleketimiz de özellikle de Anadolu da traktör köylünün her şeyidir ve her işinde onu kolayca kullanır.

Günümüzde teknoloji baş döndürücü bir hızla gelişmektedir. Fakat teknolojinin bu gelişimine rağmen, insan faktörünün önemi halen kendi yerini korumaktadır. Teknolojinin bu gelişimine karşın, özellikle ihmaller nedeni ile yaşanan kazalar, can ve mal kaybına sebebiyet vermekte devam ediyor. Bu kazaların önemli nedeni de, kullanılan traktörlerin çok büyük bir kısmının bakımsız, daha doğrusu kullanımı için yerine getirmesi gereken şartlara haiz olmamalarıdır. Şu anda memleketimizde köyde, tarlada, yolda ve iş gücünde kullanılan traktörlerin %80'ninin yasal muayenesi yapılmamış durumdadır. Lastik tekerlekli traktörlerin sebebiyet verdiği trafik kazalarının 2009-2010-2011 yıllarına ait verileri incelendiğinde, teknik nedenler sebebi ile kazalara karışma oranının, diğer tüm araçların teknik nedenlerle kazaya karışma oranının beş katı olduğu görülmüştür.

Emniyet Genel Müdürlüğü istatistiklerine göre, traktör kazalarındaki en büyük sürücü kusurlarının: Dönüş kurallarına uymamak, kavşak ve geçitlerde geçiş önceliğine riayet etmemek ve aracın hızını hava ve trafik durumuna göre ayarlamamak olduğudur. Araçlardaki kusurlardan kaynaklanan kazaların yüzde 66'sının nedeni ise, traktörlerdeki far ve ışık donanımlarındaki eksiklik ve hareketli aksamlardaki kusurların ise, fren ve lastik sorunları olduğu tespit edilmiştir. Bu tespitlerden sonra, traktör kazalarındaki kusur: Araçtaki eksiklerden dolayı meydana gelmiş ise, hem traktör sahibinde hem de sürücüsündedir. Traktörün bakım ve onarımdan traktör sahibi sorumludur.

Her insana kendine yakışanı yapar. Çünkü kalite tesadüf değildir.

Yukarıdaki ifade, İstanbul'da yayımlanan günlük gazetelerden birinde gözüme ilişti. Bunu okuyunca, her zaman tekrarladığım ve sık sık da dostlarıma sırası geldiğinde söylediğim "Bir mamülün kalitesi, onu meydana getiren ham maddesinin kalitesine bağlıdır" ifade aklıma geldi. Buna örnek olarak da terzinin diktiği bir elbiseyi örnek olarak verirdim. Terziniz ne kadar iyi olursa olsun, kullandığınız kumaş ve diğer malzemeler kaliteli olmadıkça, o iyi terzinin diktiği elbisenin kalitesi iyi değildir. Elbise dökülür. Bunu günümüzde her şeye uygulayabilirsiniz. Onun

için her şeyden önce yapacağınız mamulde kullanacağınız ham maddeyi kaliteli seçmeli veya o ham maddenin kalitesini yükseltmelisiniz. Hatta madencilikte bir tenör yükseltme işlemi vardır. Bu tamamen kullanılacak ham maddenin kalitesini yükseltmek işlemidir. Tabiiattan alınan ve ondan herhangi bir madenin çıkarılacağı bu maddenin, terkiğinde çıkarılacak olan madenin miktarı az olursa, önce o ham madde bir zenginleştirme işlemine tabi tutularak ham maddedeki o madenin miktarı (yani tenörü) yükseltilir ve ondan sonra o ham madde işlenir. Yani kullanılan ham maddenin kalitesi yükseltilmiş olur.

Yukarıdaki “Her insan kendine yakışanı yapar. Çünkü kalite tesadüf değildir” ifadesi de kalite mefhumunun insanlar için de geçerli olduğunu göstermektedir. Yani o insanın ham maddesinin de kaliteli olması gerekir. Bu hususla biz insanlar normal yaşantımızda sık sık karşılaşmaktayız.

Biraz da mizah

Karadeniz Teknik Üniversitesi kurulduğunda, buranın sorumluluğu da üniversitemize (yani İTÜ’ye’ verilmişti. Biz İTÜ’lüler onbeşte bir gün olmak üzere Cuma günleri sabahdan erken uçakla Trabzon’a gider orada-Cuma ve cumartesi (o tarihlerde cumartesi günleri de çalışma günü idi) günleri olmak üzere iki haftalık dersi verir ve cumartesi günler akşama doğru uçakla yine İstanbul’a giderdik. Mesela bu şekilde ben 10 yıl Trabzon’a gidip geldim. Trabzon’a indiğimizde, gelen hocaları, havaalanından alıp üniversiteye götürmesi için üniversitenin bir minibüsü vardı. Hocaların çoğu bu minibüsle üniversiteye giderdi. Beni ise, İTÜ Makina Fakültesi’nden 1958 yılında mezun olup doktorasını da Almanya’da yapan ve orada da o sırada asistan olan eski bir öğrenci kendi vasıtası ile alırdı.İşte böyle bir gün, Trabzon hava alanına indikten ve asistanımın aracına bindikten sonra, dışarıda acı bir hanım feryadı ile karşılaştım. Dışarı baktığımda bu hanımından İstanbul’dan uçakta olduğunu ve uçakla birlikte Trabzon’a geldiğini gördüm. Bunun üzerine hanımın yanına giderek ne olduğunu sordumda, üniversiteye giden minibüsü kaçırdığını ve ne yapacağını şaşırıldığını söyledi. Bende gel, beni götüren asistanımın aracı ile üniversiteye çıkarız teklifini yapınca memnun oldu ve araca geldi. Fakat bu arada benim bagajda valizim va onu almak gerek deyince, aynı araba ile gelen bir diğer asistanımızda orada olduğundan, kendisinden hanımefendinin valizini almasını rica ettim.

Valizin gelmesini ben, hanımefendi ve Almanya da doktorasını yapan asistanım ile birlikte araçta oturarak beklerken sohbet ettik. Hanımefendinin botanik profesörü olduğu ve Trabzona Orman Fakültesi’ne derse geldiğini öğrendik. Bu sırada Hanımefendi bana siz hangi ders için geldi-

niz diye sorunca, bende Makina Mühendisliği bölümüne kaynatmak için geldik ve kaynağı da iyi yapıp yapmadığımızı anlamak için arkasından röntgencilik yaptığımızı belirttim. (Orada verdiğim ders Kaynak Tekniği ve Tahribatsız Muayene Usulleri idi). Hanımefendi bu cevabım üzerine yüzüme biraz tuhaf bakarak nasıl olur diye sordu. Bu arada Almanya'da doktorasını yapan asistanım araya girerek, onunla müşterek yaşadığımız bir anıyı anlattı. Bunun üzerine hanımefendi kahkayı basınca, ben de dayanamadım. Hanımefendi siz dersi dinlenmeden kaynatmaya başladınız. Cevabımı verdim. Ve daha sonra üniversiteye birlikte geldik. Ondan sonraki seyahatlerde da iyi bir arkadaşlığımız gelişti.

Arızalı bir itfaiye aracı ile yangın yerine gitmede kusur kimde?

Öğrenci taşıyan bir minibüste, öğrencilerle okula giderken, yolda minibüste bir yangın meydana gelir. Sürücü hemen yolun kenarına çekilerek minibüsteki çocukları aşağı indirerek, minibüsün bulunduğu yerden uzaklaştırır ve onları emniyet altına alır. Arkasından da zaman kaybetmeden itfaiyeyi arar.

İtfaiye de kısa zamanda olay yerine gelir ve söndürme işlemine başlar. Fakat itfaiye aracı bozuk olduğundan yanan minibüsü söndürmek mümkün değildir ve yangın da git gide büyümektedir. İtfaiye geldiğinde hemen söndürülme işlemi gerçekleşseydi, minibüsteki yangının doğuracağı zarar çok çok daha az olacaktı. Fakat itfaiye aracı arızalı olduğundan, söndürülme yapılamamakta ve yangında büyümektedir. Bunun üzerine itfaiyeye yapılan ikinci bir telefon üzerine, yeni bir itfaiye aracı gelir ve yangını söndürmeye başlar. Kısa bir süre sonrada yangın söndürülmüş olur. Fakat söndürülme sonunda minibüs pert total mertemesinde tamamen yanmış haldedir. Bu durumu gören araç sürücüsü ve sahibi itfaiyeyi suçlar ve nicin bozuk ve arızalı araçla yangın söndürmeye geldiniz diye ilk gelen itfaiye yetkililerine çıkışır. Aracın tamamen yanmasından da kendilerinin sorumlu olduğunu söyler ve bunlar hakkında tazminat davası açar.

Burada kusurlunun kim olduğunu tespit için bilirkişi incelemesi yapılır. Bu durumu birlikte inceleyelim. İtfaiyenin kuruluş gayesi ve asıl görevi: Yangın ihbarı aldıktan sonra, en kısa zamanda yangın yerine intikal ederek yangını söndürmesidir. Bütün itfaiye yangın raporlarında da ihbar saati ve dakikası ile yangın yerine intikalin saat ve dakikası açık bir şekilde yazılır. Bu da itfaiyenin yangın yerine en kısa zamanda intikal ederek hemen söndürme işlemine başlamasının ne kadar önemli olduğunu açıkça göstermektedir. Genelde itfaiyede bulunan arızalı ve bozuk araçların daima zamanında onarılması ve söndürülmeye hazır durumda bekletilmesi gerekmektedir. Bunun da ana sorumlusu bu teşkilat grubu-

nun başında bulunan ve onlardan sorumlu olan kimsedir. İkinci sorumlu da böyle arızalı bir vasıtayı alarak yangın yerine götürendir. Aldığı vasıtanın görevini yapıp yapmadığını onunla yangın yerine gitmesi de icabeder. Bu olay da yangın yerine gelen itfaiyeci getirdiği aracın arızalı ve bozuk olduğunu bilmediğini ifade etmek ile kendi kusurunu açıkça kabul etmiş duruma düşmektedir.

Bir doktor muayenesi ile ilgili anı

1960'lı yıllarda saman nezlesi illeti ile çok mücadele ettim. Saman nezlesini zamanında geçiremediğim hallerde, bu astıma dönüşmekte ve insanı çok daha fena rahatsız etmektedir. Bunun için İstanbul'da çeşitli doktorlara giderek tedavi olmaya çalıştım. Fakat bir sonuç alamadım. Aynı apartmanda oturduğumuz ve üniversitemizin başka bir fakültesinde profesör olan bir arkadaşımızın hanımı da kendi rahatsızlıkları için bir çok doktor dolıştığundan, bir gün karşılaştığımızda, bana Selahattin Bey, bizim bulunduğumuz sokağın başında Amerika'da uzun müddet çalışan ve şimdide İstanbul'a dönen bir doktor gelmiş. Bunu çok tavsiye ediyorlar, bir de buna görünseniz iyi olur dedi. Bunun üzerine, eşimle birlikte randevu alarak ona gittik. Rahatsızlığım hakkında bana ve eşime de bir çok gerekli ve gereksiz sorular sorduktan sonra, muayeneyi müteakip bir reçete yazdı. Reçete de iki ilaç bulunuyordu, bunun birisi sabahları diğerini de akşamları yatmadan bir saat önce almamı belirtiyordu. Reçeteyi bana verdikten sonra, reçeteye baktığımda ben, bu ilaçları tanıdığımı ve daha öncede kullandığımı gördüm.

Burada önce reçeteye yazılan ilaçlar hakkında biraz bilgi vermek yerinde olur. Yazılan ilaçların biri uyku, diğeri de uykusuzluk verici maddeleri içeriyordu. Ben bunları kullanırken bu özellikleri dolayısıyla eczacı dostlarımla birlikte iyice inceledimğimden, ilaçları iyi tanıyordum. İlacın terkinde bulunan maddelerin özelliklerini tanıdığımdan Sayın doktor bu ilaçlardan uyku verenini sabahları kahvaltıdan sonra ve insanı uyanık tutanı da akşamları yatmadan önce almamı reçete belirtmişti. Yani beni gündüzleri uyutacak ve geceleri de uyanık tutacaktı. Bunun üzerine doktora dönerek, siz bu ilaçların alınış vaktini bilerek bi böyle yazdınız. Yoksa zuhulen mi? diye sordum. Doktor nedenini sorunca durumu açıkladım. Fakat Sayın doktor kendinden beklenen meslek sabrını göstermeden, hemen siz bu işleri çok iyi biliyorsunuz, size doktorluk yapamam, cevabını verdi. Kendisi bu tutumunu Amerika da gösteribilir miydi? Tabii ki hayır. Nitekim muayeneden önce bana ve hanıma sorduğu sualler de çok enteresan olup, hastalıkla pek ilgili değildir.

Bilirkişi, hem hakim yerine koyarak rapor yazıyor

Bu yukarıdaki ifadeye, avukatlar tarafından bilirkişi raporlarına yapılan itirazlarda sık sık rastlamaktayız. Bu itiraz, tarafımdan verilen bilirkişi raporlarına da yapılmıştır. Bunda avukatlar ne kadar haklı ve haksız? Bunu bazı örneklerle açıklamada fayda bulunmaktadır.

1.- Bundan yıllarca önce bir ticaret mahkemesinde açılan bir davada, bir firma, devletin açtığı bir ihaleyi kazanarak ona malzemeyi vermiş. O Devlet Dairesi de satın aldığı malzemeyi laboratuvarda muayene ederek, taraflar arasında imzalanan satış mukavelesindeki malzeme ile aynı olup olmadığını kontrol etmiş. Alınan malzemenin çekme direnci, şartnamedeki değerin üstünde olduğu için, malzemeyi ret etmiştir. Malzemesi ret edilen o firmada benim malın kalitesi istenenden daha iyidir diye o Devlet Dairesi aleyhine dava açmıştır. Bu davada o ticaret mahkemesinde bilirkişi olarak bulundum.

Davacı firma, devlete verdiği o malzemenin bir kaç numunesini de, dava açarken Mahkemeye sunuştur. Bilirkişi olarak Mahkemeye geldiğimde, o numuneleri de altım ve Üniversitede laboratuvarda çekme deneyine tabi tutarak davaya konu olan çekme mukavemeti 35 ila 40 kg/mm² olarak verilmektedir. Halbuki verilen malzemenin çekme mukavemeti üst limitinde üzerinde olup, 45 ile 48 kg/mm² mertebesinde. Malzeme şartnamede verilenden daha iyidir.

Şimdi mahkemenin bilirkişi incelemesi yapılması için verilen ara kararına gelelim. Ara kararı da: “Mahkemeye sunulan numunelerin taraflar arasında imzalanan kalite şartnamesine uyup uymadığının.....” tespitidir. Bu durumda malzemenin mukavemeti şartnamede belirtilen değerin üzerinde olduğu için, ara kararına göre “şartnameye uymamaktadır” demek gerekiyor. Bu malzeme her ne kadar şartnameye uymamakta ise de, şartnamedeki malzemedan daha iyidir dediğiniz zaman, davalının vekili tarafından “burada bilirkişi kendini hakim yerine koyarak rapor hazırlıyor ve Mahkemenin ara kararına riayet etmiyor, itirazı ile karşılıyorsunuz. Bunun için ben raporu yazmadan önce o ara kararını veren naip hakim ile görüşerek durumu kendisine bildirdim. Buna rağmen, “Sayın Hakim siz bunun şartnamedekinden daha iyi olduğunu yazın” demesi üzerine, bende kendimin Hakim yerine konulmasını istemediğimden “lütfen siz benden ek rapor isteyerek bu hususu ara kararınızda belirtin, bende onun üstüne raporda durumu açıklayayım”c diyerek anlaştık ve daha sonra ek raporda durumu izah ettim.

2.- Ben de bir ceza dosyası ile ilgili bir hususu belirtelim. Dava Doğu Anadolu vilayetlerinden birinde geçmiştir. İki otomobil karşılıklı olarak

alın alına çarpışmış ve kaza sonunda otomobillerde bulunan altı kişi ölmüştür. Fakat sürücüler yaralı olarak kurtarılmıştır. Kazadan sonra davaya bakan savcı iki trafik polisini bilirkişi olarak seçmek sureti ile inceleme yaptırmış ve kusur raporu almıştır. Bu raporda sürücülerden biri kusurlu ve diğeri de kusurdur. Daha sonra dava Ağır Ceza Mahkemesinde açılmıştır. Mahkemede bu sefer bilirkişi incelemesi için bir trafik polisini bilirkişi olarak seçmiştir. Bu trafik polisi de, daha önce hazırlık incelemesi sırasında rapor veren itiraz trafik polisinin raporunu aynen kabul ederek aynı kanaati belirtmiştir. Daha sonra dosya Adli Tıp Kurumu Trafik Dairesi'ne gitmiş ve buradan gelen raporda ilk iki polis raporunun verdiği raporun aynı olmuştur. Buna yapılan itiraz üzerine dosya bu sefer İTÜ'den üç öğretim üyesi tarafından imzalanarak rapor tanzim edilmiştir. Bu raporda dosyaya verilen ilk raporun aynıdır. Yani burada dosyada bulunan dört bilirkişi raporunda birbirinin aynı olup, ilk raporun tekrarı şeklindedir. Bu son raporu müteakip de mahkeme kararı vermiş ve dosya Yargıtaya gitmiştir. Bu dönemde bir avukat beni arayarak bana bir dosya getireceğini ve bu husustada benden bir kanaat beklediğini söyledi. Ben de getirin önce dosyayı göreyim dedim. Dosya fotokopilerini getirdi ve kendisinin kimi (hangi tarafı) temsil ettiğini de bana bildirmedi. Bende özellikle sormadım. Sadece dosyayı incelememi ve kimin kusurlu olduğunu belirtmemi istedi. Herhalde bu raporu Yargıtaydaki savunmasında kullanmak istemiştir.

Şimdi dosyadaki olayla ilgili raporlar ve çizilen krokiler hakkında biraz bilgi verelim. Dosyada savcılık devresinde bilirkişi incelemesi yapan iki trafik polisi, olayın oluş yeklini ve durumu gayet iyi bir şekilde kroki çizerek belirtmiş ve durumu açıklamıştır. Bu çarpışma sırasında araçlardan birinin motoru yerinden çıkarak yola düşmüştür. Araçların fren mesafeleri ve kazadan sonraki durumları da ayrı ayrı gösterilmiştir. Bu krokiyi gayet güzel çizen trafik polisleri maalesef kusur değerlendirmesi yaparken, bu kadar dikkatli davranmamışlardır. Motoru yola düşen aracın durumu ve motoru düşürecek kadar bir kuvvetin doğması için, bu aracın süratının ne olacağı hiç göz önüne alınmamıştır. Bunlar incelenmeden basit bir şekilde kusur durumu ele alınmıştır. Dolayısıyla da bu ilk ikilinin verdiği rapordaki kusur tamamen ters olup, kusurlu gösterdikleri araç sürücüsü kusursuz ve diğerk araç sürücüsü ise kusurludur. Fakat dosyanın mahkemeye gelmesi üzerine, mahkemece seçilen bilirkişilerin de aynı hataya düşmeleri nedeni ile adaletin ters yönde tecelli etmesine neden olmuştur. İşte burada bilirkişiler kendilerini hakim gibi görmüştür. Burada hakimlerin de yapacağı bir şey yoktur.

3.- Bir asliye hukuk mahkemesindeki trafik kazasından doğan tazminat için açılan davada, daha önce verilen bilirkişi raporuna yapılan itiraz

üzerine, yeniden rapor hazırlamak için bilirkişi olarak seçilmiştim. Mahkemeye inceleme için geldiğimde, daha önceki bilirkişi raporuna itiraz eden avukat da orada idi. Bana Hocam, daha önce rapor veren bilirkişinin dosyadaki belgeleri nazarı itibara almadan, keni kafasından yarattığı düşünceye dayanarak rapor verdiğini bunun da gerçeği tam yansıtmadığını ve bilirkişinin kendini hakim yerine koyarak karar verdiğini söyledi. Benim de özellikle dosyaya iyi incelememi istedi.

Avukatın da bu hatırlatması üzerine dosyaya ve verilen raporu iyice inceledim. Maalesef olayda avukatın haklı olduğunu gördüm. Bilirkişi trafik kazasını kendi kafasındaki şekilde yaptığı tasarlama ile taraflara kusur vermiş ve daha sonra da bu kusur nispetine göre talep edilen tazminatı hesaplamış. Halbuki dosyada kazanın nasıl olduğu çizilen kroki ile açık bir şekilde belirtilmiş ve araçlarda meydana gelen hasar da bu kazanın oluş şekli ile uyum göstermiştir. Bu durumun başka şekilde tasviri mümkün değildir. Dolayısıyla da avukatın yaptığı itiraz yerindedir. Maalesef bazı bilirkişi arkadaşlar bir nevi orijinallik olsun diye bu yolu kullanmaktadır. O zaman da haklı olarak avukatların, "Bilirkişi kendini hakim yerine koyarak rapor yazdı" tenkidi ile karşılaşılıyorlar.

Çok kere, aynı dosyaya verilen bilirkişi raporuna yapılan itiraz üzerine, ikinci bilirkişi olarak seçildiğimde bu duruma sık sık rastladım.

4.- Bir ticaret mahkemesindeki dosyaya Mahkeme Heyeti tarafından bilirkişi olarak bir mali müşavir ile bir de hukukçu öğretim üyesi seçilir. Bu bilirkişiler dosyaya sunulan belgelerle birlikte tarafların ticari defterleri üzerinde yaptıkları incelemeden sonra raporlarını Mahkemeye sunar. Daha sonra Mahkeme Heyeti olayda teknik hususundaki önemli olduğunu görerek bu heyete bir de makina mühendisi bilirkişi seçerek, heyetten rapor alınmasına karar verir. Bu son seçilen makina mühendisi bilirkişi de benim.

Burada dosya hakkında biraz bilgi vermek yerinde olacaktır. Bir firma diğer bir firmadan bazı özel iş makinaları satın almıştır. Taraflar arasında da ayrıca bir de bakım şartnamesi imzalanmıştır. Tarafların imzaladıkları bu teknik bakım şartnamesinin hazırlanış şekline karşı herhangi bir itirazları yoktur. Şartname bu şekilde uzun süre kullanılmıştır. Dava, sadece bu şartnamenin uygulanmasında bir tarafın mevcut şartnameye tam olarak uymaması dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Yani bir taraf şartnameye uygun olarak hareket etmemektedir. Bu teknik şartnamede: Satın alınan araçlarda herhangi bir arıza meydana geldiğinde, bu arızanın giderilmesinin, araç hareket edebilecek durumda ise, satıcının servisinde ve araç hareket edemeyecek şekilde ise, aracın kullanıldığı işyerinde ya-

pılması ve ayrıca da aracın onarılması için verilen her standart sürenin dışındaki süreler için de, her saat başına belirli bir ceza bedelinin satıcı tarafından alıcıya ödenmesi sözleşmede açık bir şekilde belirtilmiştir. Burada davacının satın aldığı araç ondan fazladır. Araçlarda meydana gelen arızaların tamamen teknik bir husus olması nedeni ile de, lik hayette bir teknik bilirkişinin bulunmaması verilen raporun yeterli olmadığını göstermiştir. Benim heyete seçilmemden sonra, yapılan bu üçlü inceleme tamamen teknik açıdan ele alınarak her araç için ayrı ayrı onarım tarzı ve bu onarımın nerede yapılacağı ve süreleri de belirlenerek gecikme cezaları hesaplanmıştır. Sonuçta da davacının davalıdan talep edebileceği toplam gecikmecezası miktarı ortaya çıkmıştır. Rapor tarafımdan hazırlandıktan sonra, ilk raporu imzalayan mali müşavir, bu ikinci raporu tereddüt etmeden ve yapılan teknik incelemeyi göz önüne alarak imzalamıştır. İlk raporu inceleyen hukukçu bilirkişi rapora imza atmamış ve ayrı rapor tanzim etmiştir.

Mahkeme aynı dosyayı bir defa daha heyetimize vererek, ayrı görüşün gerekçesinin tam olarak açıklanmasını istemiştir. Raporumuza aykırı görüş bildiren hukukçu bilirkişi, yine bizden ayrı olarak, taraflar arasındaki şartnamenin yanlış olduğunu dolayısıyla da bu davanın doğru açılmadığını belirtmiştir. Halbuki taraflar arasında şartnamenin uygun olup olmadığı hususunda bir ihtilaf olmadığı gibi, Mahkeme Heyeti de, Heyetimizden böyle bir talepte bulunmamıştır. Heyetimizden istenen mevcut şartnameye göre davacının alacağını belirlenmesidir. Burada hukukçu bilirkişi arkadaşımız, kendini bir nevi hakim yerine koyarak davanın şeklini değiştirmeye kalkmıştır. Mahkeme daha sonra dosyayı bizlerin dışında başka bir heyete tevdi etmiştir.

5. Bu davada yine bir ticaret mahkemesinde açılmıştır. Bir binek otomobili bir sigorta şirketi tarafından kasko sigortası yapılmıştır. Aracın seyri sırasında karteri voltadaki bir tümseğe çarparak kırılır. Araç sürücüsü bu durumda aracını hemen bir tarafa çekip duracağı yerde, karter kırığını nazarı itibara almayarak seyrine devam eder. Bir müddet sonra aracın yağı aktığı gibi, araçta yangın çıkar ve ondan sonrada sürücü durarak aracı terk eder. Burada araç tamamen yandığı için araç sahibi, aracın bedelini sigortadan talep eder. Sigorta şirketi ise, aracın bedelini değil, karter kırılması bedeli ve işçiliğini verir. Bunun üzerine araç sahibi de sigorta aleyhine dava açarak araç bedelini talep eder. Dosyaya birisi sigorta hukukçusu ve diğeri de makina mühendisi olmak üzere iki kişilik bir bilirkişi heyeti seçer. Mühendis bilirkişi raporunda, eğer araç sürücüsü karter kırıldıktan sonra aracını yolun kenarına çekerek dursaydı, araç yanmayacaktı ve sigorta hukukçusu da araç tamamen yandığı için aracın

tüm bedelinin ödenmesinde ısrar eder ve bu fikrini kabul ettirmeye çalışır. Mahkeme sonunta teknik bilirkişinin raporunu kabul ederek karar verir ve Yargıtay da bu kararı onar. Burada da bilirkişilerden birisi kendini hakim yerine koyarak kararın kabul edilmesini istemektedir.

Bu gibi olaylara ait daha çok yaşanmış örnek vermek mümkündür. Onun için bilirkişilerin bu hususlarda çok dikkatli olmaları gerekir. Verilen bir bilirkişi raporu hiç bir zaman iki tarafında lehine değildir. Çok kere raporun aleyhine olduğu taraf, bu rapora itiraz eder. Yapılan itirazlarda da bilirkişi hasım yerine konularak ağır şekilde eleştirilir. Belki eleştiri yerindedir veya değildir. Rapora itiraz da taraf vekilinin yasal hakkıdır. Bu tip itirazlarda çok kere raporun esasına girilmemekte, yapılan hata açıkça belirtilmemekte ve yeterince de belge ve kanıt sunulmamaktadır. O zaman yapılan itiraz yeterli olmamaktadır. Yeterli bir itiraz, çok kere davanın yönünün değişmesine bile neden olur. Bilirkişiler tarafından raporun bu tarzda hazırlanmasına, çok kerede bilirkişi incelemesi yapan hakimlerin, inceleme için verdikleri ara kararları da yeterli ve açık olmamaktadır. Olaya açıklık kazandırmak için bazı hakimlerin bu yolda verdikleri ara kararlarının yarım sahife tuttuğu bile olmuştur. Bu tip kararlar bilirkişi raporlarının hazırlanmasına çok faydalı olmaktadır.

Hakimlerin bilirkişi incelemesi ile ilgili ara kararlarının yarım sahife tutması, incelemenin yeteri kadar yapıldığını kanıtıyor mu? Bu hususta bazı hakimler ile yaptığımız hasbihal sırasında: Sayın Hakim bana hocam, bu da yeterli gelmiyor. Yarım sahifelik inceleme ara kararına rağmen raporlar, sanki ara kararı okunmamış gibi geliyor. Bu durum karşısında bende daha sonra yarım sahifelik ara kararı yazmadan vazgeçtim ve inceleme ara kararlarımı gayet kısa tuttum. Buna rağmen kısa bu ara kararlarına rağmen, raporun çok iyi geldiğini gösdüm. Bu da bana, ara kararından ziyade seçilen bilirkişinin bu hususdaki deneyiminin ve dikkatinin önemli rol oymadığını gördüm. Onun için bazı konularda, bu hususta deneyimli bilirkişi seçmenin bir nevi şart gibi olduğu ortaya çıktı. Bütün bunlar nazarı itibara alındığında, bazı mahkemelerde hakimlerin daima aynı bilirkişiyi neden seçtikleri kolayca ortaya çıkmış bulunuyor.

Burada bir de özellikle de teknik konulardaki bilirkişi incelemelerinde, bilirkişilerin İstanbul Teknik Üniversitesinden seçilmesi halen usul haline geldiğine temas etmede fayda bulunmaktadır. Eskiden teknik konularda üniversite olarak yalnız İTÜ vardı. İTÜ, teknik konulardaki bilirkişi incelemelerinin bir nevi yargıtayı gibiydi. Dosyaya alınan bir çok bilirkişi raporundan sonra, dosyanın bir defada İTÜ'ye gönderilerek buradan rapor alınması, mahkemelerin kaçınılmaz bir kuralı gibiydi. Bu yazının

yazıldığı tarihlerde Türkiye’de 103’ü devlet ve 62’si de vakıf olmak üzere toplam 165 üniversite bulunmaktadır. Hemen hemen her vilayetimizde en az bir üniversite mevcuttur. Bu üniversitelerin çoğunda da mühendislik fakülteleri mevcuttur. Dolayısıyla da dosyaların artık son çare olarak İTÜ’ye gönderilmesi gerekmektedir. Fakat mevcut eski alışkanlık nedeni ile de bundan bir türlü vazgeçilmemektedir. Dosya bir defada İTÜ’den seçilen bilirkişiler tarafından incelenen kararı verilmektedir.

Enteresan bir ticaret sevdası

Olay bir ticaret mahkemesindeki davada geçmektedir. Davacı firma vekili dava dilekçesinde: Müvekkili firmanın 20.11.2011 tarihinde davalı uhtesinde bulunan 2000 madel JCR marka bir iş makinasını 46.500 TL’na satın aldığını ve bedelide ödediğini, davalının da iş makinasını müvekkil firmaya teslim ettiğini, halende makinanın, müvekkiline ait makina parkında bulunduğu, davalı tarafa 13.03.2013 günü noter kanalı ile keşide ettiği ihtarnamede, iş makinasının devir temlik ve tescilini üç gün içerisinde müvekkili firma adına verilmesini, aksi taktirde sözleşmeyi feshedeceğini bildirdiğini, fakat devir ve temlikinin yapılmaması nedeni ile de makinanın bedeli olan 46.500 TL gecikme faizi ile birlikte ödemesi için işbu davayı açtığını belirtmiştir.

Davalı firma vekili de cevabı dilekçesinde: Müvekkilinin davaya konu olan makinayı davacıya teslim ettiğini, 30.11.2011 tarihinde teslim alınan ve kullanılan bu makinanın iki sene sonra tescil işleminin yapılmaması bebebi ile sözleşmenin feshinin talep edilmesinin hukuka ve iyi niyet kurallarına aykırı olduğunu, davacının bu makinayı iki yıl süre ile kullandığını, diğer taraftan Odalar ve Borsalar Birliği tarafından yayınlanan İş Makinaları Tescili ile ilgili esasların 8. maddesine göre, iş makinalarının tescilinin araç sahiplerinin veya kanuni vekillerinin gerekli belgelerle odaya müracaatı ile yapılacağını belirtildiğini, fakat davacının noter satışı ile ilgili işlemleri yapmadığı için tescilinin yapılamadığını, makinayı iki yıl süre ile kullanarak eskittikten ve makina üzerinden gelir temin ettikten sonra ödediği parayı faizi ile birlikte talep etmenin haksız ve kötü niyetle açılan bir dava olduğundan reddedilmesini talep etmiştir.

Dosyaya sunulan satış belgesinde: Makinanın dava harici bir kişi tarafından davalıya satıldığı ve davacının bu satış belgesinde adı geçmediği görülmüştür. Yine dosyaya sunulan tescil belgesi de, davalı firmanın üzerine değil de makinayı davalıya satan dava dışı şahsın üzerine olduğu tespit edilmiştir. Yani davacı bu iş makinasını dava dışı olan üçüncü şahsa ait tescil belgesi ile kullanmış bulunmaktadır. Bu süre de 16 aydır. Dava tarihine kadar olan sürede 27 aydır. Bu sürelere tekabül eden

makina kiralama ücretleri de operatörsüz olarak 80.000 TL ile 135.000 TL'dir. Burada davalı firma, dava dışı üçüncü şahıstan aldığı makinayı, yeni bir satış senedi yapmadan, aynı satış sözleşmesi ile davacıya devretmiş durumdadır. Burada davacının gerçek muhatabı, dava dışı bulunan bu üçüncü şahıstır.

Burada taraflar iddia ve savunmalarında, bir tarafın makinayı satın aldığını ve diğer tarafın da makinayı sattığını ve bedelinin ödendiğini kabul etmektedir. Halbuki dosyaya sunulan el yazılı satış belgesinde ise makinayı satış başkası ve satın alan da davalı firmadır. Bir noter satışı yapılmadığı için makinanın tescil belgesi de alınamamaktadır. Dosyadaki mevcut teslim belgesine göre de makinanın sahibi dava dışı olan şahıstır. Şimdi bu dosyayı nasıl karara bağlayabilirsiniz. Dava karara bağlanırken aşağıdaki hususların göz önünde bulundurulması büyük bir önem taşır:

a- Satış yasal olarak eksik yapılmıştır.

b- Makinayı satın alan gerekli belgeleri istememiştir.

c- Makinayı satan da yeterli ve gerekli belgeleri vermemiştir.

d- Makinayı satın alan üç yıla yakın bir süre makinayı bu eksik belgeler kullanmış ve işini bitirmiştir. Daha sonra da iş makinasına ihtiyacı kalmamıştır. Makinayı elden çıkarma yollarını aramıştır.

e- Makinayı alan ve bu olayda davalı olan firma bir nevi aracı firma olarak çalışmıştır. Zira sözleşmesindeki davacı firmanın adı bulunmamaktadır. Bunun için de davalı firma iş makinasını kendi üzerine tescil ettirmemiştir.

f- Davacının iş makinası davalıdan satın aldığına dair dosyada ve elde bir yazılı belge yok. Yine iş makinasını dava harici üçüncü şahsın davacıya sattığına dair de bir yazılı belge bulunmamaktadır. Yani davacının bu iş makinasının kendisine ait olduğunu teşvik edecek bir yazılı belge bulunmamaktadır. Bu durumda tescil belgesi dava harici üçüncü şahıs üzerinde olan zat, yarım polise müracaat ederek iş makinasının çalıştığını ve davacının makina parkında olduğunu bildirdiğinde, davacı bu makinanın kendine ait olduğunu ispat için oldukça zorluk çekecektir.

g- Bütün bu şartlar altında bu dava reddedilebilir mi?

h- Yine bütün bu şartlar altında davacı ile davalı arasında sözlü bir akit kurulmuştur. Fakat bu akit de bazı usul eksiklikleri vardır.

Hukuk davalarını bir matematik denklemi gibi düşünüp çözebilir miyiz?

Örnek olarak burada tüketici mahkemelerindeki davaları verebiliriz. Bakırköy’de kurulduğundan beri sürekli olarak bilirkişiliğini yaptığım bir tüketici Mahkemesinin Sayın Hakimi, üzerinde bilirkişi incelemesi yapılacak dosyalarının bilirkişi incelemesi kararını şu şekilde vermektedir.

Dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ve tayin edilen bilirkişiden:

a.- Ayıbın imalat hatası olup olmadığı;

b.- Ayıp dolayısıyla (yani aynı arızadan ötürü), cihazdan faydalanmanın mümkün olup olmadığı;

c.- Ayıbın tamiri mümkünse ve varsa piyasa rayıcı onarım giderinin ne olduğu;

d.- Ayıbın süreklilik arz edip etmediği;

e.- Bu ayıp nedeni ile cihazın değişiminin şart olup olmadığı;

konularda keşfen inceleme yapılmasına şeklindedir.

Bu ara karar yapılacak bilirkişi incelemesi için bir matematiksel denklemler kurmaya yeterlidir. Zira bu ara kararı bu hususta uygulanan 4054 sayılı “Tüketicuyu Korumaya Dair Kanun”un maddelerine uygundur. Bu denklemde bilinmeyenleri yerlerine koyduğunuzda sonuç, Sayın Mahkeme Hakimi tarafından uygulanacak karardır.

Bu düşünce, avukatlar tarafından dava açılmadan önce de uygulanabilir. Davayı açacak avukat, bilinmeyenleri içeren denklemi kurup, bilinmeyenlerin cevabını da daha önceden hazırlayarak denklemde yerine koyduğunda, davayı kazanıp kazanamayacağı husus hakkında da daha önceden bir fikre sahip olabilir. O halde yukarıda verdiğim “Hukuk davalarını bir matematik denklemi gibi düşünüp çözebilir miyiz?” sorusuna burada rahatlıkla evet diyebiliriz. Fakat uygulamada, tüketici davalarının açılması bir hara tabi olmadığından, davayı davacı bizzat kendisi geliş güzel bir şekilde açtığından, bu hususlar pek düşünülmemektedir.

Bu tüketici davaları gibi, teknik konudaki bir çok davayı çözerken bir matematiksel denklem kurmak mümkündür. Bu denklemde sonuca daha çabuk varmayı sağlar.

Şofben Zehirlenmeleri ve kullanılan LPG tüpleri dolayısıyla kusurlu kim?

Bu konuya günlük gazetelerde sık sık rastladığımız gibi, mahkemelerde de aynı sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Karbonmonoksitle zehirlenme sonucu meydana gelen ölümler, birçok ailenin telafi edilmez üzüntülerle karşı karşıya kalmasına sebebiyet vermektedir. Acaba burada sorumlu kim? Kim neye dikkat etmemektedir? İşte bu hususlara biraz değinmek faydalı olacaktır.

LPG tüplerinin kullanıldığı şofbenlerde, sistem: Bir şofben, bir LPG tüpü ve bunun hortumları ile detantörü ve şofbenin takıldığı banyodaki baca mevcuttur. Zehirlenmede şofben yanarken çıkan karbonmonoksiz gazından olmaktadır. Şofben de kullanılan LPG tüpündeki gaz karbonmonoksit değildir. Tüpteki gaz bütan-propan karışımıdır. Bu karışım gaz, karbonmonoksit gibi hemen zehirleyerek ölümü meydana getirmemesine rağmen, şofbende kullanıldığında karbonmonoksit haline geçmektedir. Yani yanma meydana gelmeden tüpte bir gaz kaçırmaya olsa, ortalama karbonmonoksit değil propan-bütan karışımı yayılır ve bu karışım havadan ağır olduğu için de zeminde toplanır. Zeminde toplanan ve hava ile bir karışım meydana getiren bu gaz, bir kıvılcımla temas ettiği zaman da aniden patlar ve yangın meydana gelir.

Banyonun yapıldığı yerdeki baca, şofben, tüp gaz ve üzerindeki armatürü bir bütündür. Bunları birbirinden ayırmak mümkün değildir. Tüp gaz olmasa şofbeni kullanamazsınız. Burada şofbenin iş görmesi için tüpteki gaza ihtiyacı vardır. Fakat şofbenin banyoya takılması, tüp gazın şofbene bağlanması özel yetkili servisler tarafından standartlara ve yönetmeliklere uygun yapıldığı takdirde, bu tip zehirlenmeler pek meydana gelmez. Bazen de tüp, aksesuarı ve şofben sağlam olmasına rağmen, bunların kullanıldığı banyodaki baca yeterli değildir. Eğer baca yeterli değilse, şofbenin yetkili servis tarafından oraya monte edilmesi ve tüpün de bağlanmaması gerekir. Şofbenlerde yani banyolarda meydana gelen ölüm, banyodaki LPG tüpünün gaz kaçırmamasından, yangın çıkarmasından veya patlamasından meydana gelmemiştir. LPG tüpünden alınan gazın şofbende natamam bir şekile yanması sonucu ortaya çıkan karbondioksikten ileri gelmiştir. Onun için burada direkt suçlu olarak hemen tüpü göstermek yerinde değildir. Tüpteki gaz şofben vasıtası ile karbonmonoksite dönüşmektedir. Bu durumda tüp gazsız şofben de (elektrikli şofbenler hariç) düşünmek söz konusu olmamaktadır.

Mahkemelerde genellikle, olay banyoda meydana geldiğinden kusurun tüpte mi, yoksa kullanılan şofben de mi yahutta baca veya kullananda mı

olduğu hususunun tespiti istenmektedir. LPG tüplerinin dağıtımını yapan şirketlerin, LPG tüplerinin şofben gibi cihazlara takılması ve kullanılması işini, tüketicilere bırakmaması, tüpün kullanım ortamını bizzat kontrol ederek kullanım cihazlarına takmaları gerekir. Bu konuda tüketiciye inisiyatif bırakılmamalıdır. Hatta şofbenin takılı olduğu baca yetersiz ise, tüpü şofbene takmaması gerekir.

Diğer taraftan bir de Tüp Gaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası mevcuttur. Bu sigortanın genel şartlarının 1. maddesinin son paragrafında belirtilen cihazlar: Isınmata katalik ve palmiye soba; Aydınlatmada tüplü lüks; Mutfak ve banyoda sıcak su temininde şofbenler; Otogaz tankı araçlarda otogaz tankı; Gazlı döner ocaklarında gazlı döner ocak ve mutfakta masa üstü ocak ve LPG tüpüne bağlı cihazlar; olarak gösterilmiştir. Burada zarar meydana geldiğinde, sigorta ettirenin kusurlu olup olmadığına bakılmadan zarara uğrayan üçüncü şahısların tazminatı ödenmektedir. Zararın LPG tüpünün takılması sırasında servis hatasından, kullanıcının kullanma hatasından, tüpün imalat hatasından, dolum hatasından, hortum, kelepçe, detantör, cihaz ve musluk hatalarından meydana gelmesi sonucu değiştirmez. Bu husus banyolarda meydana gelen karbonmonoksit zehirlenmeleri için de geçerlidir. Tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortacısı şirket, LP tüp firmasını bu sigorta poliçesi ile sigortalamıştır. Bu sigorta şofben firması için yapılmamıştır. Bu poliçe genel şartlarının 3. maddesinde de teminat dışı kalan haller belirtilmiştir. Bunlarda: Olaya kasten neden olan kişilerin zarar ve ziyan talepleri; Manevi tazminatla ilgili talepler; Sigorta ettirenin kendisinin uğrayacağı zarar ve ziyanlar; Savaş, ihtilal, isyan, ayaklanma ve iç kargaşadan doğan zarar ve ziyanlar ile herhangi bir nükleer yakıt ve artıklarının verdiği zararlaradır.

Şofbenlerin montaj ve kullanma kuralları, TS 12096/Kasım 1996 numaralı Türk Standardında açıkça belirtilmiştir. Bu standart da şofbenlerin montajlarının yapılabileceği yerler ile yapılmayacağı yerler açık bir şekilde nedenleri ile belirtildiği gibi, montaj sorumluluğu da açıklanmıştır. Şofben ve tüpün arızasız olmasına rağmen, şofbenin monte edileceği yer ve baca durumu yetersiz ise yine zehirlenmenin olacağı daima göz önünde bulundurulmalıdır. Yanlış bir montaj veya yetersiz bir baca, zehirlenme için yeterlidir.

Tüp aksamının örneğin detantörlerin ve hortumun bakımlarının yapılması gerekir. Detantörün bakım olayı, boş LPG tüpünün dolu LPG tüpü ile değişimi sırasında yapılması ve hatalı olup olmadığının tespiti ile hatalı olanın değiştirilmesi icapedir. Bu nedenle mülkiyeti kendisinde olan tüp ve aksamının düzgün çalışıp çalışmadığı konusunda gerekli ihtimamı

göstermeyen tüp dolmuş ve imalat şirketi B.K.'nin 41. ve 58. maddeleri gereğince de sorumludur.

Şimdi olayı özetleyecek olursak: LPG gazı ile çalışan şofbenlerde banyo yaparken meydana gelen zehirlenme karbonmonoksit zehirlenmesidir. Bu gazda LPG'nin şofbende yanması sırasında oluşur. LPG gaz tüpünde direkt olarak karbonmonoksit yoktur. Propan/Bütan karışımı vardır. Bu gazların hava ile yanması sırasında karbonmonoksit meydana gelir ve bacadan iyi bir şekilde dışarıya atılmaz ise, banyoya birikerek yakanın zehirler. O halde zehirlenmenin esas nedeni şofben arızasından, baca yetersizliğinden ve kısmende banyoda iyi bir hava akımının oluşmamasından ileri gelir. Genel olarak bu tip banyoların kapılarının alt tarafında yaklaşık dört parmak kadar bir aralık olması ve buradan banyoya taze havanın girmesi önem taşır. Diğer taraftan da banyonun içerisinde dış ortama açılan küçük bir pencerenin bulunması da gereklidir. Böylece kapı altından giren taze hava, içeride biriken kısmende karbonmonoksitli havanın dışarıya atılmasına yardımcı olur. Burada illiyet rabitasını göz önüne aldığımızda, yine esas kusurlu tüp gazdır. Yani bu gazın kullanımı sırasında zehirlenme meydana gelmiştir.

Bu tüp gazların meydana getirdiği bir diğer tehlikede infalak ve hemen akabinde çıkan yangındır. Bu durumda ortada karbonmonoksit zehirlenmesi yoktur. Tüpten, detantörden, hortumlar ve bağlantılarından sızan LPG'nin hava ile patlayıcı gaz karışımı oluşturması ve bu karışımın bir kıvılcım veya açık ateşle temasıdır. LPG tüpleri TS 55 numaralı Türk Standardına göre imal edilmektedir. Günümüzde kaçak tüpler hariç, diğer tüpler belirli ve bilinen firmalar tarafından standarda uygun imal edildiğinden, normal olarak bu tüplerde bir sızdırma olmaz. Eğer tüpte sızdırma olursa, tüp doldurulduğu yerden kullanıcıya gelinceye kadar geçen sürede bunu belli eder. Sızdırma daha çok tüp bağlantılarının iyi yapılmaması veya kullanıcıların ihmal ve dikkatsizlikleri sonucu meydana gelmektedir.

Bu her iki halde de Tüp Gaz Zorunlu Sorumluluk sigortası geçerlidir.

YARGITAY KARARLARI



YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

KAT MÜLKİYETİ • ECRİ MİSİL

GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Kat mülkiyeti kurulu binanın ortak alanına yapılan müdahale ve işgalden doğan ecrimisil talebine ilişkin dava Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılmalıdır.

Y. HGK. E. 2013/1849, K. 2015/1164, T. 08.04.2015

Mahkeme kararı H.. A.. vekiline 13.03.2012 günü tebliğ edilmiş olup, temyiz dilekçesi 22.03.2012 tarihinde temyiz defterine kaydedilmiştir. Bu durumda HUMK'un 437. maddesi hükmünde öngörülen 8 günlük temyiz süresi geçmiş bulunduğundan 01.06.1990 gün ve 1989/3 Esas 1990/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca temyiz isteminin REDDİNE,

2- Diğer davalıların temyizi yönünden;Temyiz istemlerinin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü: Dava, kat mülkiyeti kurulu binanın ortak alanına davalıların yaptığı müdahalenin men'i, eski hale getirilmesi ve ecrimisil istemine ilişkindir. Mahkemece, davalıların yaptığı haksız müdahalesinin men'ine, eski hale getirme isteminin reddine ve 16.877,16 TL ecrimisil tazminatına karar verilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre ortak yere haksız el atmanın önlenmesi ve eski hale getirilmesi istemine ilişkin dava yönünden temyiz itirazlarının reddi ile bu konudaki yasaya ve yönetime uygun olan hükmün ONANMASINA, Ecrimisil istemine ilişkin dava ile ilgili temyiz itirazlarına gelince; 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın Ek 1. maddesi görev konusunu özel olarak düzenlemiş, bu yasanın uygulanmasından doğan her türlü anlaşmazlığın sulh hukuk mahkemelerinde çözümleneceğini kurala bağlamıştır. Ecrimisil davasının Kat Mülkiyeti Yasasının uygulanmasından kaynaklanmadığı anılan yasa maddesi hükmünün bu istem yönünden uygulama

olanağı bulunmadığı, uyuşmazlığın değerine bakılarak genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiği, davada istenilen ecrimisil tutarı itibarıyla görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu göz önünde bulundurularak ecrimisil istemine ilişkin davanın ortak yere müdahalenin önlenmesi davasından tefrik edilip Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmak üzere mahkemenin görevsizliğine karar verilmesi gerekirken bu istem yönünden de işin esasına girilip hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDENLER: 1-Davalılar H.. A.. ve A.. D.. vekili

2-Davalı Bo. Oto. Tur.ve İnş. A.Ş. vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Dava, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi taşınmazın ortak alanına el atmanın önlenmesi, eski hale getirme ve ecrimisil istemlerine ilişkindir.

Yerel mahkemece, “davalı Nedret yönünden davanın reddine, diğer davalılar yönünden davalıların ön bahçeye yapmış oldukları müdahalenin men'ine, bahçe duvarının eski hale getirilmesi talebinin reddine, 16.877,16 TL ecrimisil bedelinin davalılardan tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine” dair verilen hüküm, davalı H.. A.. vekili, davalı B. Oto Turz. İnş. A.Ş. vekili ve dahili davalı A.. D..'ın temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçe ile ecrimisil istemi yönünden bozulmuştur. Yerel Mahkemece, dava konusu ecrimisil talebinin genel hükümlere göre çözülmesi gereken bir husus olmadığı, dava konusu yerin ortak alan olduğu gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir.

Direnme hükmünü, davalı H.. A.. ve A.. D.. vekili ile davalı B. Oto. Tur. ve İnş. A.Ş. vekili temyiz etmiştir. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi taşınmazın ortak alanına yapılan haksız işgal nedeniyle tazminat istemiyle açılan davada sulh hukuk mahkemesinin mi, asliye hukuk mahkemesinin mi görevli olduğu noktasında toplanmaktadır.

1-Davalı H. A.'un temyiz istemi yönünden; Mahkemece verilen ilk hükme yönelik temyiz itirazları Özel Dairece süresinde yapılmadığından reddedilmiştir. Mahkemece temyiz istemi reddedilen H. A. yönünden kararın kesinleşmiş olduğu gözetilmeden yeniden hüküm kurulması doğru olmamış hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

2-Davalı A. D., vekili ve davalı B Oto. Tur.ve İnş. A.Ş. vekilinin temyiz istemi yönünden: Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle haksız işgal tazminatı (ecrimisil) kavramı üzerinde durulmasında yarar vardır. Hemen belirtmek gerekir ki, zilyetliğinin haksız olduğunu bilen veya duruma göre bilmesi gereken kimse kötü niyetlidir. Bu tanıma göre bir eşyayı çalan hırsız kötü niyetli zilyet olduğu gibi, onu hırsızdan satın alan, fakat gerekli özen ve dikkati gösterseydi çalınmış eşya olduğunu anlayabilecek durumda olan kimse de kötü niyetli zilyettir. Ayrıca başlangıçta iyi niyetli zilyet olan bir kimse, gerçek durumu öğrendikten sonra artık kötü niyetli zilyet haline gelir. Kötü niyetli zilyedin gerek iade, gerek tazmin yükümlülüğü bakımından durumu iyi niyetli zilyedinkine nispetle daha ağır takdir edilmiştir. Aynı şekilde, masrafları talep bakımından da kötü niyetli haksız zilyet, iyi niyetli haksız zilyede göre daha elverişsiz bir konumda bulunmaktadır.

Fiili hakimiyeti altında bulunan şeyi kiraya vermeyerek bizzat kullanan kötüniyetli haksız zilyet, ondan semere almayı ihmal etmiş sayılır. Böylece ihmal edilen semere, o eşyanın emsaline göre getireceği kira bedeline denktir. İşte, gayrimenkul eşyanın haksız işgali (fuzuli işgal) sebebiyle alınan bu bedele eski hukukumuzdan gelen bir alışkanlıkla "ecrimisil" denmektedir.

Mecellenin 526.maddesinde sahibinin izni olmadan kullanılan eşya için bu kullanma karşılığında bir ecrimisil öngörülmüş idi. Ecrimisil eşyanın kiraya verilmesi halinde getireceği kira bedeline denk olan getirisi demektir ve hesabı da buna göre yapılır. Bununla birlikte, Mecelle, haksız zilyetlikte ecrimisil ödenmesini istisnai hallerde kabul etmişti. Bundan dolayı kiraya verilmesi adet olmayan eşya, sahibinin izni olmadan kullanılsa bile, ecrimisil talebine hak vermezdi. Bunun için malikin eşyasını kiralama iradesine sahip olması gerekiyordu.

Öte yandan, ecrimisil kavramı halen yürürlükte bulunan bazı kanunlarda da kullanılmaktadır. Nitekim gerek 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (MK), gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) malike zarar vermeyen kullanmalardan doğabilecek alacak haklarına yer vermiş bulunmaktadır. Mesela, MK. m. 765, TBK. m. 260/İ'e göre satılan malın iadesini isteyen satıcı, kullanma karşılığında alıcıdan bir bedel isteyebilir.

Bunun gibi, TBK. m. 465 'e göre de saklatan, malı izinsiz kullanan saklayandan kullanma karşılığında bir tazminat talep edebilir. Aynı şekilde, **cezaî şart** (TBK. m. 180/I), para borçlarında temerrüt faizi (TBK. m. 120) ve caiz olmayan vekaletsiz iş görme (TBK. m. 530) halleri de zarar gerçekleşmeden tazminat istenebilen hallerdendir. İşte anılan bu haller de göz önünde bulundurularak MK. m. 995'in de, hak sahibine, başkasının eşyasını kötüniyetle kullanan zilyede karşı böyle bir alacak hakkı tanıdığını kabul etmek yerinde olur (Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: Eşya Hukuku, Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, 4.Baskı, Ankara 2008 s.262 vd). Eski hukukumuzda olduğu gibi bugün de, gerek doktrinde, gerek uygulamada kötüniyetli haksız zilyedin eşyayı bizzat kullanma karşılığı ödeyeceği tazminata ecrimisil adı verilmektedir (HGK'nın 30.03.1974 gün ve 1974/1-56 E., 1974/312 K.; HGK'nın 13.01.1982 gün ve 1982/2-66 E., 1982/1 K. sayılı ilamları).

Nitekim 08.03.1950 tarih 22/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararında "...fuzuli işgalin kiraya benzetilemeyeceği;haksız bir eylem sayılması gerektiği...bir zarar meydana gelirse bunun tazmin ettirileceği,...Medeni Kanunun (eski) 908'inci maddesi anlamında zilyedin faydalanmasından doğan bir istem olduğu..." vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır.

Hak sahibi, kötü niyetli zilyetten haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklindeki (olumlu) zararını, kullanmadan doğan (olumlu) zararını ve yoksun kaldığı faydayı (olumsuz zarar) isteyebilir. Haksız işgal, haksız eylem niteliğinde olup, bu durumda ecrimisilin tahsili için genel mahkemelerde genel hükümlere göre dava açılabileceğinde kuşku bulunmamaktadır (HGK'nın 06.10.2004 gün ve 2004/1-433 E., 2004/483 K. sayılı ilamı).

Eldeki davada 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi taşınmazın ortak alanına yapılan haksız işgal nedeniyle tazminat isteminde bulunulması nedeniyle, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Ek madde 1.'in irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Anılan madde, "Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık sulh mahkemelerinde çözümlenir" hükmünü içermekte olup, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlığın sulh mahkemesinde çözümlenmesini öngörmektedir. Diğer bir anlamıyla, taraflar arasındaki uyuşmazlığa Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanacaksa görevli mahkeme sulh mahkemesi olacaktır. Bu hüküm emredici nitelikte bulunduğundan kamu düzeniyle ilgili olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden dikkate alınacaktır.

Ek madde 1'de, görev hükümleri uygulanacak Kanuna göre belirlenmiştir. Uyuşmazlıkta Kat Mülkiyeti Kanunu uygulanacaksa, görevli mahkeme sulh mahkemesi olacaktır. Yalnız kat malikleri kurulu kararına razı olmayan veya başka bir kat malikinin ve kiracının eyleminden zarar gören kat maliki değil, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre herkes uyuşmazlığını sulh mahkemesine götürecektir. Örneğin, bir yapı veya bağımsız bölümde devre mülk hakkının çiğnendiğini ileri süren devre mülk hakkı sahibi ile yöneticinin (kat maliki olsun olmasın) yasaya aykırı gördüğü tutum ve davranışlarının düzeltilmesini isteyen kat maliki ve kiraladığı bağımsız bölümden yararlanması haksız yere kısıtlanan kiracı da bu nedenle uyuşmazlığı sulh hukuk mahkemesine götürecektir. Bu açıklamalar ışığında, somut olaya bakıldığında; davacı vekili, davalı şirketin diğer davalılardan kiraladığı iki bağımsız bölümü birleştirerek araç satış yeri olarak kullandığını, davalı şirketin apartmanın ön bahçesindeki duvarı yıkarak apartmanın ortak alanını işgal ettiğini ve burada araçlarını sergilediğini, kat maliklerinin uyarılarına rağmen işgal etmeye devam ettiğini belirterek, 30.000.00 TL haksız işgal tazminatının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Az yukarıda belirtildiği üzere haksız işgal tazminatı(ecrimisil) haksız eylem niteliğinde olup genel hükümler uyarınca genel mahkemelerde görülmesi gereken bir dava türüdür. Kat Mülkiyeti Kanunu'nda haksız işgal tazminatına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığından uyuşmazlığa Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanacağı dolayısıyla da sulh hukuk mahkemelerince bakılacağından söz etmek mümkün değildir. Bu durumda uyuşmazlığa uygulanması gereken mülga 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1, 2 ve 8.maddeleri uyarınca dava değeri dikkate alındığında haksız işgal tazminatı ilişkin eldeki davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; davada el atmanın önlenmesi, eski hale getirme ve ecrimisil istemlerinin birlikte talep edildiği, ecrimisil talebinin elatmanın sonucu olduğu, istemlerin ayrılarak görevsizlik kararı verilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda belirtilen gerekçelerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir. Hal böyle olunca Özel Dairenin haksız işgal tazminatına ilişkin davada asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu yönündeki bozma ilamına mahkemece direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulması gerekmiştir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

1- Davalı H.. A.. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**,

2- Davalı A.. D.. vekili ve davalı B. Oto. Tur.ve İnş. A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatıranlara geri verilmesine, 08.04.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

KAMU GÖREVLİSİ • HAKSIZ EYLEM

TAZMİNAT İSTEMİ

ÖZET: Kamu görevlisinin kazadan doğan tazminat istemi kişiye değil sorumlu idareye yöneltilmelidir.

Y. HGK. E. 2013/1939, K. 2015/1325, T. 13.05.2015

Dava, ölümlü trafik kazasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılardan S.. Ö.. tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar; polis memuru olan davalılardan S.. Ö..' in sebep olduğu kaza neticesinde davacılarından N.ve O.. P..'ın çocuğu, diğer davacıların kardeşi olan Ç..vefat ettiğini belirterek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

Davalılardan S.. Ö..; kazanın görevi sırasında ekip otosunu kullanırken meydana geldiğini, idari yargının görevli olduğunu belirterek yargı yolu açısından dava dilekçesinin reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece; davalı tarafından kamu hukukundan kaynaklanan yetkinin kullanılması söz konusu olmadığından Anayasamızın 129/5. maddesinin uygulanamayacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Hüküm, davalılardan S.. Ö.. tarafından temyiz edilmiştir.

Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu

oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 Sy.K.13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan sorumluluk hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır.

Somut olayda, trafik polisi olan ve kamu görevlisi sıfatını taşıyan davalılardan S. R...görevi nedeniyle kullandığı ekip otosunun davacıların desteği Ç... çarptığı ve Ç... hayatını kaybettiği anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen olay, davalı polis memurunun görevini yerine getirirken ve hizmet aracını kullandığı esnasında meydana gelmiştir. Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında davanın öncelikle idareye karşı açılması gerekir. Davalı polis memuruna husumet yöneltilemeyeceğinden onun hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeniyle reddi gerekirken, işin esasının incelenmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...)

gerekçesiyle oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalılardan S.. Ö.. vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, ölümlü trafik kazasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemi-ne ilişkindir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalılardan S.. Ö.. vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davalılardan S.. Ö.. vekili temyize getirmiştir. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kamu görevlisi olan davalı polis memurunun gerçekleştirdiği trafik kazasının hizmet kusurundan mı, yoksa kişisel kurusundan mı kaynaklandığı, varılacak sonuca göre adli yargı yerinde açılan maddi ve manevi tazminat davasında husumetin kamu görevlisine yöneltilip yöneltilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle, kamu görevlilerinin eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan devletin sorumluluğuna ilişkin yasal düzenleme, kavram ve kurumlar irdelenmelidir:

Kamu görevlisi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 6.maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.

Kamusal faaliyette anılan madde gerekçesinde; “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir” şeklinde tanımlanmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4.maddesinin 1.fıkrasında, “Kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür” hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin (D) bendinde ise; “işçiler: (A), (B) ve (C) fıkralarında belirtilenler dışında kalan ve ilgili mevzuatı gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçilerdir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere baktığımızda ise; 2709 sayılı T.C. Anayasasının; “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40.maddesinde: “Anayasa ile temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” düzenlemesi yer almaktadır.

İdareye karşı yargı yolunu düzenleyen “Yargı Yolu” başlıklı 125.maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde: “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”; maddenin son fıkrası uyarınca “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” Kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 129.maddesinin; birinci fıkrasında: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve

kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.” beşinci fıkrasında: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” hükümleri yer almaktadır.

Anayasanın anılan maddeleri ile memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan Devleti muhatap almak suretiyle kamu düzenini korumak amaçlanmaktadır.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.09.1983 gün 1980/4-1714 E., 1983/803 K. sayılı kararında da Anayasa'nın 129/5.maddesinin konuluş amacı tartışılmış; “T.C. Anayasası'nın zararın doğumuna neden olan eylem ve davranışlarla, buna bağlı hukuki sorumluluğu hiçbir zaman ortadan kaldırmadığı; aksine, zarar görenler açısından daha güvenli sayılması gereken Devletin sorumluluğu ilkesini getirdiği...” ifade edilerek aynı sonuca varılmıştır.

Bu anayasal hükümlere paralel düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.05.1982 tarih ve 2670 sayılı Kanun'un 6.maddesi ile değişik, 13.maddesinde yer almaktadır.

657 sayılı Kanunun “Kişilerin Uğradıkları Zararlar” başlıklı 13.maddesinin, 06.06.1990 tarih ve 3657 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişik, birinci fıkrasında:

“Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, **cezai** takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”

Hükmü öngörülmüştür. Anayasa'nın 129/5.maddesinin uygulama yasası olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13.maddesinin gerekçesinde; “Bu madde, kamu hukukuna tabi görevler bakımından idare edilenlere verilecek zararlar konusundaki sorumluluğu düzenlemektedir. Maddedeki teminat iki açıdan incelenmelidir;

Her şeyden önce, idare edilenler lehine bir teminat mevcuttur. İdare edilenler, kamu hukukuna tabi görevler dolayısıyla kendilerine verilmiş olan zararlarda, doğrudan doğruya görev sahibi kurum aleyhine dava açabilecekler ve böylece asıl ödeme kabiliyeti olan bir davalı bulmuş olacaklardır. Aksi takdirde, özellikle büyük zararlar bakımından, davayı kazansalar bile, ödeme kabiliyeti olmayan bir memurla karşı karşıya kalmaları mümkündür. Hâlbuki maddedeki şekliyle, her zaman için karşılarında ödeme kabiliyetine sahip bir kurum bulabileceklerdir. İkinci teminat; memur, daha doğrusu 'Kamu hukukuna tabi hizmetlerle görevli personel' bakımındandır. Bu gibi personel, görevlerini yerine getirirken, daimi bir tazminat tehdidi altında kalmayacaklar ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çok ağır görülmesi gibi bir sakıncayla karşılaşılacaktır. Ancak, daimi olarak ve ilk elden dava tehdidi altında bulunmamak, memurların tamamıyla sorumsuz hareket edebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır. Bu madde ile memur, mütemadiyen mahkemelerde kendi aleyhine açılmış davalarla uğraşmaktan korunmuştur ama, görevleri dolayısıyla idareye vermiş olduğu zararlardan ötürü idareye karşı olan sorumluluğu devam etmektedir...." ifadeleri yer almaktadır.

Görülmektedir ki, Anayasa'nın 40/3, 125/son, 129/5.maddeleri ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiş; "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak rücu edilmek şartı ile idare aleyhine açılacağı" açıkça ifade edilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümünde Anayasa'nın 129/5.maddesinde yer alan "yetkilerini kullanırken işledikleri kusur" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır ki, bu noktada "kusur" ile ilgili açıklama yapılmasında yarar vardır: Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretide kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır.

Yine, öğretisi ve uygulamadaki hakim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir.

İdare hukuku ilkeleri çerçevesinde olaya bakıldığında ise, bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların ancak idare aleyhine açılabileceği bilinen ilkelerindendir (Danıştay 10. Daire T. 20.04.1989 gün ve 1988/1042 E., 1989/857 K. sayılı ilamı). Yeri gelmişken “yetkilerini kullanırken” ve “bu görevleri yerine getiren personel” kavramlarıyla amaçlananın ne olduğu üzerinde durulmalıdır:

Devletin sorumluluğunun diğer bir **şartı** da, zararın, memur ve diğer bir kamu görevlisi tarafından “görevini yerine getirirken” ve “görevle ilgili yetkilerini kullanırken” gerçekleştirilmiş olmasıdır.

Şu halde “görevin ifası” “yetkinin kullanılması” ile gerçekleşen zarar arasında işlevsel (görevsel) bir bağ bulunmalı; zarar, kamu görevi (kamu yetkisi) yerine getirilirken, bu görev ve yetki nedeni ile doğmuş olmalıdır.

Memur ve diğer resmi görevlilerinin kamu görevlisi sıfat ve kapasiteleri dışında özel bir kişi olarak, özel hukuk hükümlerine göre, özel işlerini yaparken üçüncü kişilere verdikleri zarardan doğrudan doğruya kendileri sorumludur (Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 590 vd.). Diğer bir deyişle, bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında, Devlet memurunun veya ajanının hizmet kusuru sayılabilecek bir tasarruf veya eylemi nedeniyle üçüncü kişiler zarar görürlerse, olay adli kazanın görev alanı dışında kalır; idare aleyhine idari yargı merciinde tam yargı davası açılmalıdır (Tekinay

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 504- 505). Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, kişilerin uğradığı zararlar, zarara sebebiyet veren kamu personelinin yürüttüğü görev arasında herhangi bir ilişki kurulabiliyorsa, ortada görevle ilgili bir durum var demektir ve bu tür davranışlar kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın, kamu personelinin hizmetten ayrılmayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmakta ve bu husus, 657 sayılı Kanununun 13. maddesindeki “kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlar” ibaresinde ifadesini bulmaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 129/5.maddesinde “kusur” **şartı**ndan bahsedildiğine göre yetkisini kullanan memurun veya kamu görevlisinin işlediği eylemin kasten mi yoksa ihmalen mi gerçekleştirildiğine bakılmaksızın bu eylemlerinden doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerektiğinin kabulü zorunludur.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2015 gün ve 2013/4-1235 E., 2015/849 K. sayılı sayılı ilamında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; olay günü davalı S.. Ö..'in görevinden dolayı sevk ve idaresindeki araç ile seyir halindeyken olay mahalline geldiğinde aracın sağ ön kısmı ile yaya Ç...çarparak ölümüne sebebiyet verdiği iddiasıyla polis memuru olan davalı araç şoförü hasım gösterilerek eldeki tazminat davasının açıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda yaya Ç... % 75, araç sürücüsü davalı S.. Ö..'in % 25 oranında kusurlu olduğu bildirilmiştir.

Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı İçişleri Bakanlığında polis memuru olarak çalışan, görevi sırasında ve görevini ifa ederken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmeline dayanmaktadır.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmamasına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet, kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, davalı araç şoförünün olayda kişisel ve hizmetten ayrılabilen kusuruna dayanıldığı ileri sürülerek direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiş ise de yukarıda açıklanan nedenlerle bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

O halde 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 S.. Ö.. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 13.05.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Taraflar arasında iş sözleşmesi ilişkisi bulunmakta olup, bu sözleşme ilişkisi sebebiyle cezai şart alacağına sözleşme ilişkisinden doğan zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

Y. HGK. E. 2013/2310, K. 2015/1729, T. 19.06.2015

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı kurumda ziraat mühendisi olarak çalıştığını, iş sözleşmesi belirsiz süreli olmasına rağmen işçi aleyhine ağır cezai şart öngörüldüğünü, davacının söz konusu cezai şartı iki taksit halinde ödediğini, cezai şartın haksız olduğunun bu konuda açılan davalar neticesinde öğrenildiğini iddia ederek cezai şart sebebiyle davacının borçlu olmadığını tespiti ile davacının ödediği cezai şart tutarının kanuni faiziyle birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili davacının cezai şartı 28.05.2010 ve 28.06.2010 tarihlerinde ödediğini ve davacının talebinin zamanaşımına uğradığını, menfi tespit davası için kanunda öngörülen bir yıllık dava açma süresinin geçtiğini, davacının iş sözleşmesini haksız ve geçersiz olarak feshettiğini, kazandığı tecrübeyi ise yeni çalıştığı yerde kullandığını, davacının iş sözleşmesinin asgari süreli olup bu tür sözleşmelerde cezai şart kararlaştırılmasının hukuken mümkün ve geçerli olduğunu, ayrıca cezai şartın her iki taraf içinde kararlaştırıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere dayanılarak, sebepsiz zenginleşmede iade için öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının talebinin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı noktasında toplanmaktadır.

Davalı tarafından ödeme anından itibaren bir yıllık sürenin geçtiği ve davacının talebinin zamanaşımına uğradığı defî olarak ileri sürülürken davacı tarafından geri alma hakkının benzer davalarda mahkemece verilen hükümler neticesinde öğrenildiğinin ve davacının talebinin zamanaşımına uğramadığının ifade edildiği görülmektedir.

Mahkemece davacının ödeme anında yani karşı tarafın zenginleştiği anda yaptığı ödemenin haksız olduğunu bildiği ve bir yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde, "Haksız surette mal iktisabından dolayı ikame olunacak dava, mutazarrır olan tarafın verdiği istirdada hakkı olduğuna ittilai tarihinden itibaren bir sene müruriyle ve her halde bu hakkın doğduğu tarihten itibaren on senenin müruriyle sakıt olur. Eğer mal iktisabı mutazarrır olan taraf aleyhinde bir borç teşkilinden ibaret ise, mutazarrırın hakkı müruru zaman ile sakıt olmuş olsa bile, bu borcu ifa etmez." denilmiştir.

Hükümden de anlaşıldığı üzere, sebepsiz zenginleşme bakımından biri kısa diğeri uzun olmak üzere iki tip zaman aşımı öngörülmüştür. Kısa olan zamanaşımı süresi bir yıl iken uzun olan zamanaşımı süresi on yıldır. Bu zamanaşımı sürelerini birbirinden ayıran nokta ise işlemeye başladığı anlarının farklı olmasıdır. Kısa zamanaşımı süresi, geri alma hakkının öğrenildiği anda işlemeye başlarken uzun zamanaşımı süresi geri alma hakkının doğduğu anda işlemeye başlar.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde zamanaşımı definde bulunan davalının, davacının geri alma hakkını cezai şartın ödenmesi anında öğrendiğini ve dolayısıyla davacının sebepsiz zenginleşme kaynaklı iade talebinin zamanaşımına uğradığını ispatlaması gerekmektedir. Bu husus davalı tarafından ispatlanamadığından davacının geri alma hakkını öğrendiğini iddia ettiği tarihin kısa zamanaşımının başlangıç tarihi olarak kabul edilerek davacının iade talebinin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı değerlendirilmelidir. Şayet zamanaşımı savunmasının yerinde olmadığı sonucuna ulaşırsa davanın esasına girilerek karar verilmelidir. Mahkemece bu esaslara aykırı olarak hatalı değerlendirme ve eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir. Bozma sebe-

bine göre sair temyizlerin bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir...”)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle,yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. 7

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, iş sözleşmesi ile kararlaştırılan hizmet süresine ilişkin cezai şart nedeniyle borçlu olmadığıın tespiti ile yapılan yersiz ödemenin tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davacı ile davalı işveren arasında 22.4.2009 tarihli belirli süreli iş sözleşmesi imzalandığını, sözleşmenin bir yıl süreli olduğunu, sözleşmenin 10. maddesinde hizmet süresine ilişkin ağır cezai şart öngörüldüğünü, sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartın geçersiz olması nedeniyle davacının borcu bulunmadığının tespiti ile ödenen 14.243,00 TL nin istirdadına, bu talebin kabul edilmediği takdirde kararlaştırılan cezai şart tutarından BK 161. maddesi uyarınca hakkaniyet indirimi yapılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davacının 22.04.2009 tarihinde işe başladığı, 08.04.2010 tarihinde başka bir kuruma geçecek olması nedeniyle istifa ederek işten ayrıldığını davacının davayı menfi tespit davası olarak nitelendirdiğini, menfi tespit ve istirdat davaları için öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğini belirterek davanın bu nedenle reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, BK'nın 66. maddesinde yazılı bir yıllık zamanaşımı süresi en geç son ödeme tarihinden itibaren başlayacağı dava tarihi itibarıyla bir yıllık süre geçtiği, davacının rızası ile ödemeyip, davalı taraf bunu, itiraz edilmeksizin kesinleşmiş bir icra takibi sonucu davacıdan zorla tahsil etmiş olsaydı, İİK'nın 72. maddesinde yazılı bir yıllık hak düşürücü süre dahi geçmiş olacağını davacının rızaen ödemesini, cebri icra tehdidi altında yapılan ödemeden daha ağır bir koşul altında yapılmış ödeme saymaya hukuken imkanı olmadığı gerekçesi ile davalı tarafın zamanaşımı defi yerinde bulunarak davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, metni yukarıya aynen alınan ilamla bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilerek davanın reddine karar verilmiştir. Hükmü davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; zamanaşımı süresinin sözleşmeye mi yoksa sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mi belirleneceği varılacak sonuca göre zamanaşımı süresinin başlangıç tarihinin ispat yükünün kime ait olduğu noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle sebepsiz zenginleşme kavramı ve sözleşmeden hukuki işlemlerden doğan borçlardan farkının açıklanması gerekmektedir:

Sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için; bir taraf zenginleşirken diğerinin fakirleşmesi, zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir.

Dava tarihinde yürürlükte olan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin 61 ve devamı maddelerindeki düzenlemelere göre, sebepsiz zenginleşme; geçerli olmayan veya tahakkuk etmemiş yahut varlığı sona ermiş bir nedene ya da borçlu olunmayan şeyin hataen verilmesine dayalı olarak gerçekleşebilir.

Sebepsiz zenginleşme bunlardan hangisi yoluyla gerçekleşmiş olursa olsun, sebepsiz zenginleşen, aleyhine zenginleştiği tarafa karşı geri verme borcu altındadır.

Öte yandan, hukuki işlemin borç doğurmasının nedeni irade açıklamasıdır. Sebepsiz zenginleşmenin borç doğurmasının nedeni ise, tam aksine, kişinin iradesi dışında malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesidir.

Bunun sonucu olarak, taraflar arasında malvarlıkları arasındaki değişim bir sözleşmeye, yani tarafların açıkladıkları iradeye dayanırsa, sebepsizlikten ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşmeden söz edilemez.

Hukuki işlemlerden ve bunun en yaygın türü olan sözleşmeden doğan borçlarda, borçlunun borcunu anlaşılmaya uygun olarak yerine getirmesi gerekir. Borçlu anlaşılmaya uygun hareket etmezse, alacaklı borca aykırılık hükümlerini işletir ve mümkün ise borcun aynen ifasını, değilse doğan zararının giderilmesini talep eder. Sebepsiz zenginleşmede ise sadece mal varlığındaki eksilmenin giderilmesini talep edilmesi söz konusudur.

Bütün bu açıklamalara göre, sebepsiz zenginleşme alacaklıya, ikinci derecede (tali nitelikte) bir dava hakkı temin eder. Malvarlığındaki azalmanın başka asli nitelikteki davalarla önlenmesi mümkün ise sebepsiz zenginleşme davası gündeme gelemez.

Aynı ilkenin bir sonucu olarak sözleşmeden doğan bir hukuki ilişkinin bulunduğu hallerde tarafların sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunması olanaklı değildir.

Hukuk Genel Kurulunun 17.02.2010 gün ve 2010/13-93 E., 2010/88 K. sayılı kararında feshedilen bir kredi kartı sözleşmesinden doğan istirdat talepli uyuşmazlıkta, sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Yine, Hukuk Genel Kurulunun 13.6.2007 gün ve 2007/18-330 E., 207/350 K. sayılı kararında da benimsenmiş olup, sözleşme niteliğindeki yüklenme senedinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, fazla ödenen paranın geri alınmasının sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Bunun yanında, Hukuk Genel Kurulunun 6.1.1968 gün ve E:1966/T-1728, K:6 sayılı kararında da, feshedildiği ileri sürülen bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi ve zamanaşımının da buna göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı ile davalı aralarından imzaladıkları iş sözleşmesinde asgari süreden önce bazı nedenler olmaksızın ayrılma halinde ceza koşuluna yer vermişlerdir. Davacı işçi asgari süreli sözleşme süresinden önce ayrılması nedeni ile davalı sözleşmedeki ceza koşulunu talep etmiş, davacı da ödemiştir. Bu ödeme iş sözleşmesindeki ceza koşuluna dayanmaktadır. Taraflar arasında iş ilişkisi bulunmaktadır. Davacı bu dava ile sözleşmedeki ceza koşulunun geçersiz olduğunu ileri sürerek, ödediği tazminatı geri istemektedir. Bu itibarla, taraflar arasında imzalanan sözleşmeden sonra sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın; sebepsiz zenginleşme kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Bu nedenle, eldeki davada 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125.maddesinde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler, uyuşmazlıkta sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona erdiği, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması konusunda yere mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık bulunmadığı ileri sürmüşler ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca kabul görmemiştir.

Açıklanan bu değişik gerekçe ile usul ve yasaya aykırı olan direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, 19.06.2015 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

İŞÇİNİN DAVRANIŞLARI

HAKLI FESİH

ÖZET: İşçinin defalarca uyarılmasına rağmen işverenin ekonomik güvenliğini ve ticari itibarını tehlikeye düşüren davranışlarını sürdürmesi işveren yönünden haklı fesih sebebidir.*

Y. HGK. E. 2015/7-832, K. 2017/142, T. 25.1.2017

Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Uşak 1. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 20.02.2013 gün ve 2012/221 E., 2013/212 K. sayılı kararın temyizen incelenmesinin davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 12.12.2013 gün ve 2013/14439 E. , 2013/21939 K. sayılı kararı ile;

“...Davacı, davalıya ait işyerinde çalışmakta iken paketleme bölümünde hazırlanan poşetlenen peynirleri kolileme işi yaptığını, davalının kendisine hazır ve poşetlenmiş olarak kolilenmek üzere gelen 1 adet poşetin içinde kıl görünmesi sebebiyle iş akdine işverence son verildiğini, yapılan feshin haksız olduğunu, poşet içindeki kılın davacıdan kaynaklanmasının mümkün olmadığını, çünkü davalının sürekli olarak bone ve maske kullandığını, ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı, davalının davalı işyerinde peynir paketleme bölümünde çalıştığını, davalının çalıştığı bölümde üretimi tamamlanmış vakumlanarak paketlenmiş ürünlerin vakumlarının düzgün olup olmadığını, vakumlanan paket üzerinde ürünün üzerinde bulunması gereken üretim bilgilerinin, fiyat ve yasal her türlü bilgiyi içeren imalat ve son kullanım tarihlerinin basılıp basılmadığını ve diğer tüm son kontrollerin yapılarak eksiksiz olan ürünün koliye yerleştirildiğini, gelen ürünlerde bir eksiklik var ise onların paketleme yapılmayarak ayrıldığı, davalının tek görevinin bu olduğunu, davalının iş akdinin feshinden önce dalgın ve işinin önem ve ehemmiyetini unutacak kadar hatalar yaptığını, uyarılara rağmen son 2 hafta içinde en az dört kez paketleme hatası yaptığını, 04/02/2009 tarihinde işyeri kuralları ve gıda hijyeni açısından üzerinde iğne buldurulmaması gerekirken iğne bulundurduğu için

* Gönderenler Av. Coşkun Mavioğlu - Av. Orkun Mavioğlu, Uşak Barosu

hakkında tutanak tutulduğunu, yine aynı şekilde 13/02/2009 tarihinde iğne bulundurduğu için tutanak tutulduğunu, yine aynı şekilde kurallarına uygun davranmadığı için ihtar edildiğini, 06/07/2009 tarihinde ihracata gidecek 500 gr. kaşar içerisindeki kılı görmeyerek kolilediği için hakkında tutanak tutulduğunu yine 13/07/2009 tarihinde 250 gr. otlu peynirlerde vakum hatası tespit edildiğini ve yine hakkında tutanak düzenlendiğini, son olarak 18/07/2009 tarihinde ihracat için hazırlanan 250 gr. Van Otlı Peynirleri içerisinde bir adet kıl bulunduğunu ve 2 tanesinde de vakum hatası tespit edildiği için savunmasının alındığını ve aynı gün iş akdinin İş Yasasının 25/2-h ve ı fıkrası gereği haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, “Toplanan tüm deliller, davacıya ait şahsi sicil dosyası, bir kısım işyeri kayıtları, tanık anlatımları ve bilirkişi raporu doğrultusunda; davacının davalıya ait işyerinde 07/03/2006-18/07/2009 tarihleri arasında kolileme bölümünde asgari ücretle çalıştığı, davacının paketleme bölümünde kolileme ve kolilerin etiketlenmesi işinde çalıştığı, davacının 250 gr. Van Otlı Peynirleri arasında bir adet kıl olan ve 2 adet vakum hatası olan ürünleri kolilemesinin tespiti üzerine iş akdine işverence 18/07/2009 tarihinde son verildiği, ancak tanık anlatımlarından anlaşıldığı gibi davacıya yetiştiremeyeceği miktarda iş verilmesi sebebiyle kolilediği ürünlerde yeterli denetimi yapamadığı, ayrıca 250 gramlık 3 adet ürün hatasının ve verilen zararın iş akdini feshedecek nitelikte olmadığı, bu nedenlerle işverence yapılan feshin haklı olmadığı böylece davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı” gerekçesi ile isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

İş sözleşmesinin, işçinin kendi isteği ile veya işini savsaması sonucu işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi nedeniyle ve haklı olarak işverence feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin (II) numaralı bendinin (ı) alt bendinde, işçinin isteği ile ya da işini ihmal etmesi sonucu işyerindeki işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi hali işverenin haklı fesih nedenleri arasında gösterilmiştir.

İş güvenliği hükümleri, işçi sağlığı ve güvenliğini korumaya yönelik titizlikle uyulması gereken kurallardır. Bu konuda işverenin alması gereken tedbirlerin yanında işçinin de yükümlülükleri vardır. İşçinin kasıtlı bir davranışı ya da görevini savsaması sonucu işin güvenliği yönünden bir tehlike meydana gelmesi durumunda, işveren açısından derhal “haklı nedenle fesih hakkı” ortaya çıkar.

İşçinin bu konuda uyarılması veya hatırlatmada bulunulmasına gerek olmadığı gibi, belli bir zararın oluşması da gerekmez. Aynı bentte belirtilen işçinin otuz günlük ücretinin tutarıyla karşılanamayacak bir zarar vermesi, işin güvenliğini tehlikeye düşürmekten bağımsız bir feshin nedenidir.

Güvenlik hizmeti veren bekçinin uyuması veya görev yerini terk etmesi, yanıcı ve patlayıcı maddelerin bulunduğu yerde yasaklanmış olmasına rağmen sigara içilmesi basınçla veya yüksek ısıyla çalışabilir bir cihazın kontrolü ile görevlendirilen işçinin görevini savsaması gibi durumlar, işin güvenliğini tehlikeye düşüren davranışlara örnek olarak verilebilir.

Somut olayda, davalı işverenin iştiğal alanı gıda sektöründe peynir imalatı olup, ürettiği ürünleri marketler aracılığı ile tüketiciye ulaştırmaktadır.

Davacının görevinin ise imalat aşamasından sonra paketlenen peynirleri kolilere yerleştirip, bozuk ve sakıncalı ürünleri tespit etmek olduğu anlaşılmaktadır.

Son olarak 18.07.2009 tarihinde paketlediği 250 gr otlu peynirde “kül” olmasına rağmen yeterli inceleme yapmadan kolilediği tespit edilmiştir.

Davalının yaptığı ticari işin mahiyeti, müşteri kitlesi dikkate alındığında içinde “kül” bulunan peynirin müşteriye ulaşması durumunda uyandıracığı tikslenme duygusu düşünüldüğünde, davalının ekonomik güvenliği ile ticari itibarının tehlikeye düşeceği açıktır.

Bu durumda davalı işveren tarafından yapılan feshin haklı olması nedeni ile kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddi yerine kabulüne 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 kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, davacının iş sözleşmesinin haklı sebep olmaksızın feshedildiği iddiasıyla kıdem ve ihbar tazminatının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız olarak

feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini, davacının kıdem ve ihbar tazminatı hakkı bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, işverence yapılan feshin haklı olmadığı böylece davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki karardaki gerekçelerle ve aynı olay nedeniyle ve aynı tarihte iş sözleşmesi feshedilen dava dışı işçi ...'nin açmış olduğu davada verilen davanın kabulüne dair kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesince onandığı, aynı fesih sebebine ilişkin olarak aynı Mahkemece aynı şekilde verilen kararların da istikrarlı olması gerektiği gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davalı işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı, varılacak sonuca göre davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

İşçinin özen borcu, iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan bir yükümlülüktür. 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlıklı 25. maddesinin (II) numaralı bendinin (1) alt bendinde, işçinin isteği ile ya da işini ihmal etmesi sonucu işyerindeki işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi hali işverenin haklı fesih nedenleri arasında gösterilmiştir.

Özen derecesinin belirlenmesinde, herşeyden önce iş sözleşmesi esas alınır. İş sözleşmesinde bu konuda açık veya örtülü herhangi bir hüküm yer almıyorsa, bu takdirde işçinin dahil olduğu meslek dalında veya faaliyet alanında bir işin görülmesi için geçerli olan kurallara uygun olarak iş görme borcunu yerine getirmesi gerekecektir. Diğer deyimle işçi, her somut olayın özelliğine göre yaptığı işin niteliğine uygun bir özen göstermelidir. Ayrıca özenin derecesinin saptanmasında söz konusu işle ilgili mesleki gelenekler veya işyerindeki uygulamalar da dikkate alınır (Süzek S.: İş Hukuku, 2. b., Ankara 2005, s.271).

Somut uyuşmazlığın incelenmesinde, davacının davalıya ait işyerinde peynir kolileme bölümünde çalıştığı; görevinin, üretimi tamamlanarak vakumlanıp paketlenmiş ürünlerin vakumlarının düzgün olup olmadığını, paket üzerinde bulunması gereken fiyat, imalat ve son kullanım tarihleri gibi bilgilerin basılıp basılmadığını ve diğer tüm son kontrollerini yaparak eksiksiz olan ürünü koliye yerleştirmek olduğu, gelen ürünlerde bir eksiklik varsa paketleme yapılmadan ayrılması gerektiği, davacının çalıştığı dönemde işyerinde yapılan hijyen kontrolleri sırasında üzerinde iğne bulundurması nedeniyle 04.02.2009 ve 13.02.2009 tarihlerinde hakkında iki tutanak tutulduğu, bu nedenle 13.02.2009 tarihinde işyeri kurallarına uygunsuz davranması halinde iş sözleşmesinin feshedileceğine dair ihtar bildiriminin tebliğ edildiği, yine 06.07.2009 tarihinde paketlenmiş 500 gr. kaşar peyniri içerisinde kıl bulunmasına rağmen kolilemesi nedeniyle, 13.07.2009 tarihinde 3 adet 250 gr. otlu peynir paketinde vakum hatası olmasına rağmen kolilemesi nedeniyle ve son olarak 18.07.2009 tarihinde ihracat için hazırlanan 250 gr. Van otlu peynirlerinden bir tanesinde kıl bulunmasına ve 2 tanesinde de vakum hatası tespit edilmesine rağmen kolilemesi nedeniyle hakkında tutanaklar tutulduğu, savunmalarının alındığı ve 18.07.2009 tarihinde iş sözleşmesinin İş Kanununun 25/2-h ve 1 fıkrası gereğince feshedildiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar direnme kararının gerekçesinde davacı ile aynı tarihte ve aynı sebeple iş sözleşmesi feshedilen işçi ...'nin açmış olduğu davada verilen davanın kabulüne dair kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesince onandığından söz edilmiş ise de; özel dairesinin 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun geçici ikinci maddesi uyarınca yapmış olduğu inceleme sırasında geri çevirme kararı ile yerel mahkemeden istenerek dosya arasına alınan söz konusu 2009/933 Esas - 2010/827 karar sayılı dava dosyasının incelenmesinde; davacısının ..., davalısının ... Paz. San. Tic. Ltd. Şti. olup, iş akdinin 18.07.2009 tarihinde ihracat için hazırlanan 250 gr. Van otlu peynirlerinden bir tanesinde kıl bulunması ve 2 tanesinde de vakum hatası tespit edilmesi nedeniyle işverence haksız olarak feshedildiği iddiasıyla kıdem ve ihbar tazminatı istemiyle açılan davada yapılan yargılama sonucunda, feshin haksız olduğu gerekçesiyle 22/09/2010 tarihinde davanın kabulüne karar verildiği, kararın davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.02.2013 gün ve 2010/46775 Esas - 2013/5888 Karar sayılı ilamıyla onanmasına karar verilerek kesinleştiği, iş sözleşmesi feshedilen ... isimli işçinin, 18.07.2009 tarihi öncesinde aynı veya benzer hatalar yaptığına dair dosya içerisinde başkaca bilgi veya belge bulunmadığı, davacının ise fesihden önce aynı ve benzer bir çok hatasından dolayı hakkında tutanaklar tutulup, uyarıldığı ve ihtar edildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, davacının iş sözleşmesinin işyeri kurallarına uymayan ve davalının ekonomik güvenliği ile ticari itibarını tehlikeye düşüren davranışları sebebiyle davalı işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayandığından, ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin reddi gerekirken, yanılığlı değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

Belirtilen bu maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, 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 ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 25.01.2017 gününde, oybirliği ile karar verildi.

İŞ SÖZLEŞMESİ • HAKLI FESİH • CEZAI ŞART • TAKDİRİ İNDİRİM

ÖZET: İş sözleşmesinin haklı sebeple feshine dayanan cezai şart koşulu geçerlidir.

Hüküm altına alınan cezai şarttan belli bir miktarda indirim yapılmalıdır. İşverenin tacir olması da bu kuralı etkilemez.

Y. HGK. E. 2015/330, K. 2017/132, T. 25.01.2017

Taraflar arasındaki “itirazın iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 9. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 13.06.2012 gün ve 2010/929 E., 2012/388 K. sayılı kararın davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 07.03.2013 gün ve 2012/15159 E., 2013/4687 K sayılı kararı ile bozulması ve İstanbul 9. İş Mahkemesinin davanın kısmen kabulüne dair verilen önceki kararda direnilmesine ilişkin 19.09.2013 gün ve 2013/268 E., 2013/517K. sayılı kararının davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine bu kez Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 27.02.2014 gün ve 2014/3382 E.,

2014/4162 K. sayılı kararı ile maddi yanılı sonucu oluşturulan önceki bozma kararının ortadan kaldırılmasına karar verildikten sonra karar;

“...Taraflar arasında iş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın talep şartlarının olduğu yönündeki mahkeme değerlendirmesi dosya içeriğine uygundur.

Dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 161. maddesine göre, taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Aynı Kanun'un 161/son maddesinde ise, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına sebep olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken süreler göre oran kurularak indirimle gidilmelidir. Mahkemece 818 sayılı Kanun'un 161/son maddesi gereği bir indirimin gerekliliği hususu tartışılıp değerlendirilmesi...”

gerekçesiyle oyçokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, işçilik alacakları ile ceza koşulunun tahsili için girişilen icra tabibine yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkilinin iş sözleşmesini, işçilik alacaklarının ödenmemiş olması sebebiyle haklı olarak feshettiğini, alacaklarının tahsili için başlattığı ilamsız takibe davalı tarafından haksız şekilde itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına ve icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili davacının iş sözleşmesini haklı sebep olmaksızın sona erdirdiğini, iddia edilen alacakların da mevcut bulunmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece maaş dışında ödenen primlerin bordrolarda gösterilmemesi nedeni ile SSK priminin kuruma eksik yatırıldığı, 2009 yılına

ait prim alacağı olduğu, SSK primlerinin eksik bildirilmesi nedeni ile davacının iş akdini haklı sebep ile feshetmesi nedeni ile kıdem tazminatına hak kazandığı, kullandırıldığı veya karşılığının ödendiği ispat edilemediğinden 33 gün yıllık izin alacağı olduğu, 2009 yılına ait 1.486,00-TL prim alacağı olduğu, taraflar arasındaki sözleşmenin 13/2 maddesine göre iş akdini haklı nedenle feshetmesi sebebi ile 4.000 Euro tazminat talep edebileceği gerekçesiyle icra takibine yapılan itirazın 12.289,00-TL kıdem tazminatı , 8.289,20-TL tazminat, 2.136,49-TL izin alacağı, 1.486,00-TL prim alacağı olmak üzere toplam 24.200,69-TL üzerinden iptali ile takibin devamına karar verilmiştir

Hükmün davalı vekili tarafından temyizi üzerine; Özel Daire tarafından davacının yaptığı işin niteliğine göre belirli süreli sözleşme yapılmasını gerektiren objektif koşulların bulunmadığı, bu durumda iş sözleşmesinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli olduğunun kabulü gerektiği, iş sözleşmesi süre yönünden geçerli olmadığına göre belirli süreye uyulması amacıyla öngörülen ceza koşulunun da geçerli olmayacağı gerekçesi ile ceza koşuluna ilişkin kısım yönünden bozulmuştur.

Yerel mahkemece, davacının talebinin iş sözleşmesinin süresinden önce feshi nedeniyle ceza koşuluna ilişkin olmayıp, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 13/2 maddesi uyarınca sözleşmenin davacı işçi tarafından haklı nedenle feshinden kaynaklanan ceza koşulu istemine ilişkin olduğu belirtilmek suretiyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme hükmünün 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun geçici 2. maddesi uyarınca incelenmek üzere Özel Daireye gönderilmesi üzerine, Yargıtay 22. Hukuk Dairesince önceki bozma kararının maddi yanılığı sonucunu oluşturulduğu belirtilerek bozma kararı ortadan kaldırılmış ve direnme hükmü yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçe ile oyçokluğu ile bozulmuştur.

Yerel Mahkemece taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olması nedeniyle bakiye süre ile ilgili ceza koşulunu talebe hakkı olup olmadığına dair mahkemece değerlendirme yapılması gerekmediği kanaatiyle önceki kararda direnilmiş, direnme hükmü davalı vekiline temyize getirilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının talebinin iş akdinin süresinden önce feshinden kaynaklanan ceza koşulu alacağı mı yoksa taraflar arasındaki iş sözleşmesinin 13/2 maddesi uyarınca haklı nedenle feshe dayalı ceza koşulu alacağı mı olduğu, burada

varılacak sonuca göre ceza koşulu alacağından indirim yapıp yapılamayacağı noktalarında toplanmaktadır.

Sözleşme ve dava tarihi itibarıyla uyumsuzluğa uygulanması gereken kanun, 818 sayılı Borçlar Kanunudur. Anılan Kanunda cezai şart (ceza koşulu) düzenlenmiş (m. 158-161) ancak tanımlanmamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.02.1971 gün ve E:1505, K:85 sayılı kararında ceza koşulu için “geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup, bir hukuk işlemi ile belli edilen götürü bir edimdir” denilmiştir.

Öğretide ise ceza koşulu, bir borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmesi gerekli, parasal değer taşıyan ve hukuki işlemle kararlaştırılmış bir edim olduğu belirtilmektedir. (Tunçomağ, K. :Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt:I, İstanbul 1976, s.853 vd.).

Ceza koşulu, asıl borcun fer'i olup ona bağlı fakat ayrı bir edim niteliği taşır (Hukuk Genel Kurulunun 20.03.1974 gün ve 1970/T-1053, K:1974/222 sayılı kararı).

Ceza koşulu sözleşmeyle ve tarafların serbest iradelerine ve sözleşme serbestisine bağlı olarak tespit edilir. Taraflar bu çerçevede ceza miktarını serbestçe kararlaştırabilirler.(818 s. BK. m. 161/I) Ahde vefa ilkesinin sonucu olarak taraflar serbest iradeleriyle meydana getirdikleri sözleşmelere aynen uymakla yükümlüdürler. Ancak gerek sözleşmenin yapıldığı sırada gerekse sonradan ortaya çıkan bir takım şartların sözleşmeler üzerindeki etkisi nedeni ile söz konusu ilkeye bir takım sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmıştır. Özellikle modern hukuk sistemlerinde hakime sözleşmeye müdahale etme yetkisi tanınarak taraflar arasında başlangıçta mevcut bulunan menfaat dengesinin korunması amaçlanmıştır. Kanunen hakime tanınmış olan bu yetki, onun normal görevleri dışında olup, istisnai niteliktedir. Böyle istisnai durumlarda hakim sözleşmeye müdahale ederek onu ya değiştirir ya da tamamen ortadan kaldırır.

Sözleşmede kararlaştırılan ceza koşulunun alacaklının uğradığı zarara oranla bir miktar yüksek olması onun geçersiz olması sonucunu doğurmayacağı gibi salt bu durum bir indirim nedeni değildir. Kaldı ki alacaklının hiçbir zararı olmasa bile ceza koşulu yine de ödenmesi gereklidir. Ceza koşulunun miktarı bazen ahlak sınırlarını aşacak nitelikte olmakla beraber tarafların menfaat durumlarıyla karşılaştırıldığında abartılı ve bundan dolayı adalet duygularını incitecek derecede aşırı olabilir. Hatta kararlaştırılan ceza koşulunun miktarı, borçlunun borca uygun ola-

rak ifade bulunması amacına hizmet etmekten çıkıp ekonomik bir yıkım aracı haline gelebilir. Bu nedenle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da hakime ekonomik yönden zayıf olanın sömürülmesini engellemek ve taraf menfaatleri arasında adil bir denge sağlamak amacı ile aşırı gördüğü ceza koşulunu indirme mükellefiyeti yüklenmiştir ve bunun için 818 s. BK'nun 161/3 (TBK 182/3) maddesiyle "Hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir" hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere taraflar talep etmese bile hakim ceza koşulundan indirim yapılıp yapılmayacağını re'sen değerlendirmekle yükümlüdür. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesi "Tacir sıfatını haiz bir borçlu, Borçlar Kanununun 104 üncü maddesinin 2 nci fıkrasıyla 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında ve 409 uncu maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez." hükmünü taşımaktadır. Her iki kanun hükmünün emredici, dolayısıyla da re'sen gözetilmesi gereken hükümler olduğu açıktır.

Somut olayda, davalı işverenin tacir olması nedeniyle Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinin açık düzenlemesine rağmen 818 s. BK'nun 161/3 maddesinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği üzerinde de durulması gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki işveren ile işçi arasındaki ilişki Türk Ticaret Kanununun 3. maddesinde tanımlanan ticari iş niteliğinde olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunundan kaynaklanan ve İş Kanunu hükümlerine bağlı ve bu çerçevede kendine özgü bir hizmet sözleşmesidir. İşçi işveren ilişkisinin kamu düzeni ile ilgili olmasının yanında iş hukukunun temel ilkelerinden biri olan "tarafların dengeli tutulması" ilkesi de bu kabulü doğrulamaktadır. O halde sözleşmede hüküm altına alınan cezai şartın Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin öngördüğü anlamda bir ticari ilişkiden kaynaklanmadığı çok açıktır. Hal böyle olunca da davalı işverenin tacir olması taraflar arasında anlatılan hukuki ilişkinin kendine ve özellikle iş kanununa özgü niteliği karşısında Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinin uygulanmayacağı kabul edilmelidir.

Nitekim Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.1997 gün ve 1997/9-486,822 sayılı kararında da aynı ilkelere vurgu yapılmak suretiyle, tacir statüsünde olmasının, iş akdindeki cezai şart bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 24. maddesindeki kuralın işveren hakkında uygulanmasını gerektirmeyeceği kabul edilmiştir.

Tüm bu açıklamalar kapsamında somut olaya bakıldığında; taraflar arasında davacının davalı şirkette marka patent danışmanı olarak çalışması konusunda 24.01.2005 günlü ve iki yıl süreli sözleşme düzenlenmiş ve sözleşmenin 13. maddesinin 2. fıkrasında “ İşçi, iş akdini haklı nedenlerle derhal feshederse, işveren kendisine dört bin (4.000) Euro tazminat ödemekle yükümlüdür” hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmenin 14. maddesi 2. fıkrasında ise “hizmet sözleşmesinin süresinden önce haklı neden olmaksızın işçi veya işveren tarafından fesih olunursa, diğer tarafa dört bin (4.000) Euro cezai şart ödemek zorundadır.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Davacı 02.03.2010 tarihili ihtarname ile sözleşmeyi feshettiğini, ödenmeyen işçilik alacakları ile sözleşmenin 13/2. maddesinde hüküm altına alınan 4.000 Euro tazminatın ödenmesini talep ettiğini davalı işverene bildirmiş, yargılamanın devamı sırasında mahkemeye vermiş olduğu 08.06.2012 günlü dilekçesinde de cezai şart taleplerinin dayanağının sözleşmenin 13/2. maddesi olduğunu açıkça belirtmiştir.

Bu tespitlere ve tüm dosya içeriğine göre, davada talep edilen ceza koşununun sözleşmenin 13/2. fıkrasında düzenlenen iş akdinin haklı nedenle feshine bağlanan ceza koşulu olduğu, ceza koşulu borçlusu işveren tacir olsa bile iş sözleşmesinde düzenlenen ceza koşulu bakımından Türk Ticaret Kanununun 24. maddesinin işveren hakkında uygulanmayacağı ve Borçlar Kanununun 161/3. maddesindeki emredici düzenleme nedeniyle hakimin fahiş gördüğü takdirde ceza koşulundan re’sen indirim yapmasının zorunlu olduğu Kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir.

O halde, mahkemece Borçlar Kanununun 161/3. maddesindeki emredici hüküm nedeniyle ceza koşulundan indirim yapıp yapılmayacağı hususu değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle direnme kararı verilmesi isabetsizdir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, Türk Ticaret Kanununun 3. maddesindeki “Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir” şeklindeki düzenleme karşısında, kanun koyucunun ticari iş sayılma noktasında iş ilişkileri bakımından herhangi bir istisna getirmediği, dolayısıyla tacir işverenin ticari işletmesinde istihdam edeceği işçisi ile yaptığı iş sözleşmesinin ticari işletmesiyle ilgili bir işlem olduğu, böyle olunca da ticari iş sayılması gerektiği, bu doğrultuda tacir işverenin Türk Ticaret Kanununun 24. maddesi gereğince bu iş sözleşmesinde öngörülen aşırı ceza koşulunun indirilmesini talep edemeyeceği görüşü dile getirilmiş ise de çoğunluk tarafından bu görüş benimsenmemiştir.

Diğer taraftan Özel Daire bozma kararının 2. bendinde yer alan “Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür... İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına sebep olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirimle gidilmelidir.” ifadelerinin maddi hata sonucu bozma kararında yer aldığı anlaşılmakla söz konusu cümlelerin de bozma karardan çıkartılması gerekmektedir.

Hal böyle olunca direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ile bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ile **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 25.01.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI

BİR YILLIK SÜRE

ÖZET: İtirazın iptali davası bir yıl içinde açılmalıdır.

Buradaki bir yıllık süre, borçlunun itirazının alacaklıya tebliğinden itibaren başlayacaktır.

Böyle bir tebliğ olmamış ise, bir yıllık süre işlemeye başlamayacaktır.

Y. HGK. E. 2015/1048, K. 2017/380, T. 01.03.2017

(...*Davacı İsteminin Özeti:*

Davacı, davalı borçlunun haksız ve dayanaksız itirazının iptali ile takibin devamına ve davalı borçlunun %20'den aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatı ödememesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı borçlu vekili tarafından borca itiraz edilmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, İcra müdürlüğünün 21.06.2010 tarihinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 62/66 maddeleri uyarınca takibin durdurulmasına karar verildiği, bu kararın davacı alacaklı vekiline tebliğ edilmemekle birlikte davacı alacaklı vekili tarafından İcra takibinin kesinleşmesinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde İcra takip dosyasında işlem yapılma zorunluluğu olduğu dolayısıyla bu bir yıllık süre içerisinde takip dosyasında işlem yapılmaması halinde borçlu davalı vekili tarafından yapılan itiraz dilekçesi ile takibin durdurulmasına ilişkin İcra Müdürlüğü kararından haberdar olmadığına ilişkin itirazın hukuki bir dayanağının olmaması ve itirazın iptali davasının takibin durdurulduğu tarihten itibaren bir yıllık süre içerisinde açılmamış olması sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

Sonuç:

Dava, ilamsız takibe yapılan itirazın iptali davasıdır. Mahkemece davanın 2004 sayılı Kanun'un 67. maddesine göre bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir. Oysa 2004 sayılı Kanun'un 67/1. maddesinde açıkça dava açma süresinin ödeme emrine vaki itirazın alacaklıya tebliği tarihinden itibaren belirtilmiş olup, bunun dışında bir yol öngörülmemiştir. Dosya ekinde gönderilen Konya 5. İcra Müdürlüğünün 2010/5714 sayılı icra dosyasında ödeme emrine vaki itirazın alacaklıya tebliğ edilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, mahkemece açılan davanın süresinde olduğu gözetilerek, işin esasına girilip hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir....)

gerekçesiyle karar 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:

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı işveren vekili, davalı borçlunun sözleşmenin süresi sona ermeden istifa etmesi nedeniyle sözleşmenin 7. maddesi uyarınca ödemesi gereken tazminatın tahsili için takip başlatıldığını, takibin borca itiraz nedeniyle durduğunu, borca itirazın haksız ve kötüniyetli olarak yapıldığını ve itirazın kendilerine tebliğ edilmediğini, borçlunun itirazını yeni öğrendiklerini, süresi içinde dava açtıklarını ileri sürerek itirazın iptali ve takibin devamı ile davalı borçludan %20 den aşağı olmamak üzere icra inkâr tazminatının davalı borçludan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işçi vekili davanın hak düşürücü bir yıllık süre geçtikten sonra açıldığını, cezai şart koşullarının oluşmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, taraflar arasında 10.01.2010 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinin 8. maddesine aykırılık sebebiyle ödenmesi gereken tazminatın tahsili için davacı tarafından davalı aleyhine 20.05.2010 tarihinde ilamsız icra takibi başlatıldığı, davalı borçluya örnek 7 ödeme emrinin 28.05.2010 tarihinde usulüne uygun olarak tebliğ edildiği, davalı borçlu vekili tarafından 03.06.2010 tarihinde borca ve ferilerine itiraz edildiği, İcra Dairesince 21.06.2010 tarihinde İİK'nın 62-66. maddeleri uyarınca takibin durdurulmasına karar verildiği, bu kararın davacı alacaklı vekiline tebliğ edilmemekle birlikte davacı alacaklı vekilinin icra takibinin kesinleşmesinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde icra takip dosyasında işlem yapma zorunluluğu olduğu, bir yıllık süre içerisinde takip dosyasında işlem yapılmaması halinde borçlu davalı vekili tarafından yapılan itiraz dilekçesi ile takibin durdurulmasına ilişkin İcra Dairesi kararından haberdar olmadığına ilişkin itirazın hukuki dayanağının olmadığı ve itirazın iptali davasının takibin durdurulduğu tarihten itibaren 1 yıllık süre içerisinde açılmamış olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

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

Yerel Mahkemece davalı borçluya ödeme emrinin 28/05/2010 tebliği üzerine davalı borçlu tarafından süresinde borca itiraz edildiği, İcra Dairesince 21/06/2010 tarihinde icra takibinin durdurulduğu tarihten sonra davacı alacaklı ve vekili tarafından dava tarihi olan 17/10/2012 tarihine kadar icra dosyasında hiçbir takip işlemi yapılmadığı, İİK'nın 78. maddesi hükmüne göre davacı alacaklının ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıllık süre içerisinde icra dosyasında işlem yapmaması halinde icra dosyasının İİK'nın 78/4. maddesi hükmüne göre muameleden kaldırılaca-

ğı, ilamsız icra takibine itiraz tarihi olan 03/06/2010 tarihinden itibaren bir yıl süre ile 03/06/2011 tarihine kadar alacaklı vekilinin icra dosyasına işlem için müracaat etmesi halinde İcra Müdürlüğünce verilen 21/06/2010 tarihli icra takibinin durdurulmasına ilişkin işlemi ittila kesp edeceği, alacaklı vekilinin bu süre içerisinde işlem yapmaması nedeniyle itiraz dilekçesi tebliğ olunmamakla birlikte icra takibine yapılan itiraz sonucu verilen İcra Müdürlüğünün takibin durdurulmasına ilişkin işlemi de ittila kesp etmediği, ödeme emrinin tebliğ tarihi olan 28/05/2010 tarihinden bir yıllık icra dosyasında haciz isteme için işlem yapmak üzere müracaat tarihinin sona erdiği 28/05/2011 tarihine kadar işlem yapılmak üzere icra dosyasına talep açılmadığı ve bu tarihten itibaren İİK'nın 67. maddesi uyarınca bir yıllık itirazın iptali davası açma süresinin 28/05/2012 tarihinde sona erdiği, davanın ise 17/10/2012 tarihinde açıldığı, şu halde davanın süre yönünden reddi gerektiği belirtilerek ve önceki karardaki gerekçeler de eklenmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davacı işveren vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda, taraflar arasında görülmekte olan itirazın iptali davasının kanuni süresinde açılıp açılmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, işin esasının incelenmesinden önce mahkemece bozma öncesi verilen kararda İcra İflas Kanununun 62-66. maddeleri uyarınca itirazın iptali davasının takibin durdurulduğu tarihten itibaren bir yıllık süre içerisinde açılmamış olduğu gerekçesine dayanıldığı, bozma sonrası verilen ve direnme olarak adlandırılan kararda ise ilk kararda bahsedilmeyen İİK'nın 78/2-4. maddeleri açıklanarak gerekçe oluşturulduğu, bu yönü ile kurulan ikinci hükümün yeni hüküm niteliğinde olup olmadığı, dolayısıyla temyiz incelemesinin Özel Daire tarafından mı yoksa Hukuk Genel Kurulu tarafından mı yapılması gerektiği hususu ön sorun olarak tartışılmış, Kurul çoğunluğu tarafından, mahkemenin gerekçesini güçlendirmek amacıyla İİK'nın 78-2/4. maddelerini açıkladığı ve dolayısıyla ön sorun bulunmadığı oyçokluğu ile kabul edilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İtirazın iptali davası, müddeabihi takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan, normal bir alacak (eda) davasıdır. Takip alacaklısı tarafından (süresi içinde) ödeme emrine itiraz etmiş olan borçluya karşı açılır; yani davacı alacaklı, davalı ise takip borçlusudur. Davacı alacaklı bu davada, borçlunun itiraz etmiş olduğu alacağın mevcut olduğunu bildirerek, borçlunun itirazının iptaline karar verilmesini (ve istiyorsa, borçlunun icra inkar tazminatına mahkûm edilmesini) talep eder

(Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2013, s. 251).

İİK'nın 67/1. maddesi uyarınca itirazın iptali davası bir süreye tâbi olup alacaklı, bu davayı, itirazın kendisine (varsa, vekiline) tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde açabilir.

Bir yıllık süre içinde açılan dava, teknik anlamda bir itirazın iptali davasıdır ve ancak bir yıl içinde açılan davanın kazanılması halinde borçlunun itirazı iptal edilmiş olur. Bunun üzerine, alacaklı, itiraz ile durmuş olan icra takibine devam edilmesini (yani haciz) isteyebilir. İcra inkâr tazminatına da, yalnız bir yıl içinde açılmış olan itirazın iptali davasında hükmedilebilir.

Alacaklı bir yıl içinde itirazın iptali davası açmazsa, yaptığı ilamsız takip düşer. Fakat bir yıllık süreyi geçiren alacaklının, genel hükümlere göre alacağını dava etmek hakkı saklıdır. Yani alacaklı, alacağı zamanaşımına uğramadığı sürece, genel mahkemelerde bir alacak (tahsil) davası açabilir. Ancak, alacaklı böyle bir dava sonucunda alacağı ilam ile eski (düşmüş olan) ilamsız icra takibine devam edilmesini isteyemez; yalnız ilamlı icra takibi yapabilir.

Bir yıl içinde itirazın iptali davası açılması ile derdest olan ve itiraz ile durmuş bulunan icra takibi iptal edilmiş olmaz; bilâkis, takip durmakta devam eder. Davayı kazanan alacaklı, mahkemeden alacağı ilâm ile itiraz üzerine durmuş olan ilamsız takibe devam edilmesini (haciz) isteyebilir. Dava devam ettiği sürece, bir yıllık haciz isteme süresi işlemez (Kuru, B.: a.g.e., s. 255).

Açıklanan bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, alacaklı tarafından itirazın iptali davasının, borçlunun icra dosyasına yaptığı itirazın tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde açılması zorunludur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.11.2013 gün ve 2013/11-360 E. 2013/1605 K. sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.

İİK'nın 67. maddesinde gösterilmiş olan süre hak düşürücü süredir. Hak düşürücü süre hak sahibinin hakkın korunması için kanun veya sözleşme ile belirlenen süre içerisinde belirlenen eylem veya işlemleri yapmaması nedeniyle hakkın sona ermesi sonucunu doğuran süredir.

Hak düşürücü sürelerin kanunla düzenlenmesi asıldır. Tarafların sözleşme ile hak düşürücü süreleri belirlemeleri, bu süreleri değiştirmeleri veya ortadan kaldırmaları mümkün değildir. Hak düşürücü süreler hakkı tamamen sona erdiren, yok eden, düşüren sürelerdir. Hak sahibi alacaklı kanunla veya sözleşme ile belirlenen süre içerisinde öngörülen eylem

veya işlemleri yapmadığı takdirde o hak tamamen ortadan kalkmakta, silinmekte düşmektedir. Artık o hakkın istenmesi, dava ve takip edilmesi mümkün değildir.

Hak düşürücü sürenin sonunda hakkın sona ermesi için karşı tarafın borçlunun bir eylem veya işlem yapmasına gerek yoktur. Hak düşürücü süre geçmekle kendiliğinden son bulur (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, C. 2, İstanbul, 1985-1988, s. 1385 vd., REİSOĞLU, S.: Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2002, s. 348).

Hak düşürücü süreler itiraz niteliği taşırlar. Taraflar hak düşürücü süreyi davanın her aşamasında hatta kararın bozulmasından sonra da ileri sürülebilirler. Ayrıca hak düşürücü sürelerin incelenmesi tarafların iradelerine bırakılmamıştır. Hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması, araştırma ve inceleme konusu yapılması gerekmektedir (FEYZİOĞLU, N. Feyzi: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1-2, İstanbul 1976, s. 521).

Yapılan bu açıklamalar ışığında, somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde;

Davacı alacaklı vekili tarafından, iş sözleşmesinin haklı neden olmaksızın işçi tarafından feshedildiği gerekçesiyle ödenmesi gerektiği iddia edilen cezai şart alacağının tahsili için davalı aleyhine genel haciz yoluyla icra takibi başlatılmış, ödeme emrinin 28.05.2010 tarihinde takip borçlusuna tebliği üzerine davalı tarafından kanuni süresinde olmak üzere 03.06.2010 tarihinde borca itiraz edilmiş, 21.06.2010 tarihinde de icra müdürlüğü tarafından takibin durdurulmasına karar verilmiştir.

Bununla birlikte, ödeme emrine itiraz dilekçesi takip alacaklısına tebliğ edilmemiş, davacı tarafından da 17.10.2012 tarihinde itirazın iptali davası açılmıştır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, itirazın iptali davası, bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gereken bir dava olup, açık kanuni düzenlemeye göre dava açma süresi itirazın tebliği ile başlayacaktır. Ödeme emrine itiraz, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak takip alacaklısına tebliğ edilmez ise dava açma süresi başlamayacaktır.

Buna göre, Mahkemece açık kanuni düzenlemeye aykırı olacak şekilde, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 78. maddesinde yer alan haciz isteme sürelerine dayanılarak, ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir yıllık sürenin ve bu sürenin sonundan itibaren de bir yıllık itirazın iptali

davası açma süresinin geçtiği gerekçesiyle direnme kararı verilmesi doğru değildir. Kaldı ki, 2004 sayılı Kanunun 78. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “İtiraz veya dava halinde bunların vukuundan hükmün katileşmesine kadar ... geçen zaman hesaba katılmaz” düzenlemesi karşısında, somut uyuşmazlıkta bir yıllık haciz isteme süresi de dolmadığından, direnme kararı bu yönüyle de hatalıdır.

O halde, 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 nedenlerle **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 01.03.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ

• CEZAI ŞART

ÖZET: İşverenin iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesine dayanan cezai şart koşulu geçerlidir.

Y. HGK. E. 2015/989, K. 2017/386, T. 01.03.2017

“...Davacı vekili, davacının 07.08.2007-06.04.2009 tarihleri arası davalı işyerinde çalıştığını, hizmet sözleşmesinin kıdem ve ihbar tazminatı ödenerek fesh edildiğini, karşılıklı imza edilen sözleşmenin 10.maddesinde sözleşmenin 10.09.2009 tarihinden önce haksız feshi durumunda 5.000,00 Euro tutarında cezai şart ödenmesi gerektiğini, sözleşmenin süresinden önce feshi nedeniyle anılan cezai şartın tahsili için İstanbul 7.İcra Müdürlüğü'nün 2009/17457 E. Sayılı dosyası ile yapılan icra takibine davalının haksız itiraz ettiğini iddia ederek itirazın iptali ile %40 dan aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacının hizmet sözleşmesinin ekonomik kriz ve bankanın iş hacminin düşmesi nedeniyle haklı fesih edildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesinin 10. Maddesinde “ bankanın sözleşmenin yapıldığı tarihten 10/09/2009 tarihine kadar geçen süre içerisinde, iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi halinde, feshi takip eden gün içerisinde 5.000 EURO Cezai şart ödemeyi, kabul beyan ve taahhüt eder” hükmünü içerdiği, sözleşmenin 1. fıkrasında, personel yönünden haksız fesih durumunun düzenlendiği, davacının hizmet akdinin ise, 4857 sayılı yasanın 17. Maddesine göre geçerli nedenle feshedildiği, feshin 25. Maddesindeki haklı nedene dayandırılmadığı, dolayısı ile sözleşmedeki cezai şart hükmünün geçerli nedenle fesih durumunda söz konusu olamayacağı, cezai şartın haksız fesih bulunması şartına bağlı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şartın koşullarının oluşup oluşmadığı ve indirim hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Cezai şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır (Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963).

Cezai şart Borçlar Kanununun 158 – 161 inci maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmiştir. İş hukuku açısından Borçlar Kanununun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte, Dairemizce bazı yönlerden İş hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş hukukunda “İşçi Yararına Yorum İlkesi”nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Hizmet sözleşmeleri açısından cezai şartla ilgili olarak 818 sayılı Yasada açık bir hüküm bulunmaz iken, Dairemizin uygulamasına paralel olarak; 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe

giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 420 nci maddesi “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.” hükmünü getirmiştir. Bu itibarla hizmet sözleşmelerine işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartlar ise geçerli kabul edilmelidir.

Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.

İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezai şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir.

Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür.

4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesinde, kesinleşen işe iade kararı üzerine işçinin başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatılmaması durumunda, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeneceği öngörülmüştür. Aynı maddenin son fıkrasında ise, sözü edilen düzenlemenin mutlak emredici olduğu ve sözleşmelerle hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla iş güvencesine tabi işçiler yönünden toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi sağlayan hükümlerinin, Yasanın bu düzenlemesi karşılığında bir değeri kalmamıştır.

Borçlar Kanununun 161 inci maddesine göre, taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezai şart hükmü, Borçlar Kanununun 325 inci maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır.

Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. İşçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanununun 325 inci maddesine göre talep edilip edilemeyeceği sorununa değinmek gerekir ki, koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 158/II maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir.

Borçlar Kanununun 161/son maddesinde ise, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek, işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelerle göre oran kurularak indirimle gidilmelidir.

Somut olayda, taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesinin 10. Maddesinde “bankanın sözleşmenin yapıldığı tarihten 10/09/2009 tarihine kadar geçen süre içerisinde, iş sözleşmesini haksız olarak feshetmesi halinde, feshi takip eden gün içerisinde 5.000 EURO cezai şart ödemeyi, kabul beyan ve taahhüt eder” şeklinde düzenleme mevcut olup, sözleşme ile işverenin fesih yetkisi işçi lehine sınırlandırılmıştır. İşverence gerçekleştirilen fesih haklı nitelikte olmadığına göre asgari sürenin bitiminden önce iş sözleşmesinin feshinin haksız bir fesih olduğunun kabulü ile öngörülen cezai şart tazminatı talebinin değerlendirilmeye tabi tutulmasının gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır...”

gerekçesiyle karar 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 kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak ge-

rekirken, 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, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 01.03.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞ KAZASI • KUSUR TESPİTİ

ÖZET: Ceza yargılamasında tespit edilen maddi vakıaları dikkate almayan ve kazada hayatını kaybeden işçinin %100 kusurlu olduğunu tespit eden rapora dayanılarak hüküm kurulamaz.

Y. HGK. E. 2014/2104, K. 2017/454, T. 15.03.2017

"...Dava 21.01.2008 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece ölümle sonuçlanan kazanın % 100 oranında davacılar murisinden kaynaklandığına ilişkin kusur bilirkişi raporuna değer verilerek davanın reddine karar verilmiş ve bu karar süresinde davacılar vekilince temyiz edilmiştir

Zararlandırıcı olaya maruz kalan işçinin, davalıya ait çiftlikte bekçi olarak çalıştığı, 21.01.2008 günü çiftliğe enerji veren direktteki arızayı gidermeye çalışırken gerilime maruz kalarak, direktten düşerek, elektrik çarpması ve yüksekte düşmeye bağlı olarak öldüğü dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu olay tarihinde yürürlükte bulunan İş Kanununun 77. maddesinin açık buyruğudur.

Hükme esas alınan 02.10.2012 tarihli bilirkişi raporunda, ölüm olayının kazalının % 100 oranındaki kusurlu hareketi sonucu meydana geldiği bildirilmiştir.

Olayla ilgili olarak ceza yargılamasında, Sanık ... az kusurlu kazalının ise çok kusurlu bulunduğu kusur bilirkişi raporu hükme esas alınmak suretiyle sanığın mahkumiyetine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş ve bu karara yapılan itirazın reddolunması ile dava sonuçlanmıştır.

BK'nun 53.maddesine ve yerleşik Yargıtay uygulanmasına göre, hukuk hakimi: kusur ve derecesinin belirlenmesi bakımından ceza mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile ilke olarak bağlı değilse de ceza mahkemesinden verilen sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayalı beraat kararı ile ve o eylemin hukuka aykırılığını ve failini belirleyen mahkumiyet kararına bu yönleri ile bağlı olduğu açıktır. 6098 sayılı TBK'nun 74. Maddesindeki düzenleme de aynı doğrultudadır. Her ne kadar ceza davasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedeniyle kesinleşmiş bir mahkumiyet kararından söz etmek mümkün değilse de, ceza yargılamasında maddi vakia olarak eylemin hukuka aykırılığının ve failinin belirlenmiş bulunması karşısında kusur oranlarının belirlenirken bu durumun da göz önüne alınması gerektiği açıktır.

Kaldı ki gerek iş müfettişi ve gerekse 20.10.2011 tarihli kusur bilirkişi raporu ve 02.10.2012 tarihli rapordaki azınlık görüşünde davalıya da kusur verilmiş olup, hükme esas alınan kusur bilirkişi raporları ortaya çıkan çelişkiyi giderici mahiyette değildir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde ve özellikle ceza yargılamasında tespit edilen maddi vakiaları dikkate almayan kusur bilirkişi raporunun hükme esas alınması suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...”

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 kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, iş kazası sonucu vefat eden sigortalının murislerinin maddi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Davacılar vekili müvekkillerinin murisi'ın ...'a ait çiftlikte bekçi olarak çalışmakta iken 21.01.2008 tarihinde iş kazası sonucu vefat ettiğini, müteveffanın hiçbir kusuru bulunmadığını ileri sürerek, manevi tazminata dair talep ve dava hakkı ile fazlaya dair talep hakkı saklı kalmak kaydıyla 2,00 TL maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili davacıların murisi'ın müvekkilinin villasında bekçi olarak 12.06.2007 tarihinde çalışmaya başladığını, 21.01.2008 tarihinde elektrik çarpması sonucu vefat ettiğini, murisin bekçilik dışında hiçbir görevinin olmadığını, çiftliğin elektrik ihtiyacının çiftlik sınırına 400-500 metre mesafede bulunan elektrik direğinden temin edildiğini ve arızalarla ilgili Engin Metin isimli kişinin görevlendirildiği, müteveffanın kendi görevi dışına çıkarak ve elektrik direğine çıkmak suretiyle kazaya sebep olduğunu, olayın iş kazası olmadığını ve bütün kusurun müteveffada olduğunu beyan ederek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacılar murisinin kendi görev alanı dışındaki bir yerde kendisine her hangi bir talimat verilmeden tamamen kendi iradesi ile arızayı gidermeye çalıştığı, 05.02.2013 ve 02.10.2012 tarihli bilirkişi raporlarında çoğunluk görüşünün belirttiği şekilde davalının kusuru bulunmadığı, Silivri 2. Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan yargılamada tespit edilen ve davalıya izafe edilen kusurun hukuk hâkimini bağlamayacağı, ceza yargılamasında sadece tespit edilen maddi olguların bağlayıcı niteliği olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacılar vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece önceki karardaki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme hükmünü davacılar vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olay bakımından iş kazası sonucu vefat eden sigortalının murislerinin maddi zararlarının giderilmesi istemine ilişkin olarak açtığı davada düzenlenen kusur raporlarının oluşa uygun olup olmadığı buradan varılacak sonuca göre raporların hükme esas alınacak nitelikte olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşme sırasında, işin esasının incelenmesinden önce talep edilen maddi tazminat miktarının 2,00 TL olması nedeniyle direnme kararının verildiği tarihe göre temyizinin mümkün olup olmadığı hususu önsorun olarak tartışılıp değerlendirilmiş ve davacıların dava dilekçesinde fazlaya dair haklarını saklı tutmalarından dolayı değerler temyiz sınırının üzerinde olduğu, bu itibarla direnme kararının miktar yönünden temyizinin mümkün bulunduğu hususu oyçokluğu ile kabul edilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir..

İşin esasının incelenmesinde;

Bilindiği üzere Anayasa'nın 17. maddesinde "yaşama hakkı" güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde, iş ve sosyal güvenlik mevzuatında da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu birtakım hükümler getirilmiştir.

Kamu düzeni düşüncesi ile oluşturulan işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuat hükümleri; işyerleri ve eklerinde bulunması gereken sağlık şartları, kullanılacak alet, makineler ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek hastalıklara engel olarak alınacak tedbirleri, aynı şekilde işyerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğunu belirtmektedir. Burada amaçlanan işvereni işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin tamamını almaya zorlayarak, yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin vücut tamlığı ve yaşama hakkının önündeki tüm engellerin giderilmesidir.

Bu amaçla yapılan düzenlemeleri içeren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca, işverenin, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak, bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Uygulamada önemli olan, işverenin iş kazasına neden olacak şekilde, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi bulunup bulunmadığının tespitidir.

Bu konuda yapılacak ilk yargı işlemi, mevcut hükümlere göre alınacak tedbirlerin neler olduğunun tespit edilmesidir. İş güvenliği ilkeleri gereğince mevzuat hükümlerince öngörülmemiş fakat alınması gerekli başka bir tedbir varsa bunların dahi tespitinin zorunluluğu bulunmaktadır. İşverenin koruma tedbiri alma yükümü kapsamında bunların işverence tam olarak alınıp alınmadığı, alınmamışsa zararın bundan doğup doğmadığı ile işçinin tedbirlere uyma yükümlülüğü kapsamında duruma işçinin tedbirlere uymamasının etkili bulunup bulunmadığı ve bu doğrultuda tarafların kusur oranı saptanmalıdır.

Sorumluluğun saptanmasında diğer bir kural ise sorumluluğu gerektiren ve yasada belirlenmiş bulunan durumun kendi özelliğini gözönünde bulundurmak ve araştırmayı bu özelliğe göre yürütmektir.

İş güvenliği kapsamında yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi sadece bir kısım mevzuatı hükümlerini içerir belgelerin kendisine verilmesi değil, eylemli olarak bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir.

Öte yandan, işyerinde çalışanlar bina veya bina kısmında, inşaatta, makinede, tesisatta, alette ve edevatta göreceği noksan veya tehlikeli durumu amirine veya bakım onarım işleriyle görevli olanlara hemen bildirilecek ve işveren de bu kusurları en kısa zamanda ve uygun şekilde giderecektir.

Mahkemece hükme dayanak kılınan bilirkişi raporlarında; müteveffanın % 100 oranında kusurlu olduğu, davalı işverenin ise kusursuz olduğu belirtilmişse de; 20.04.2009 tarihli ceza dosyasındaki maddi olgular, 02.10.2012 tarihli bilirkişi raporundaki azınlık görüşü ve 20.10.2011 tarihli kusur raporundaki görüşler hiç değerlendirilmemiştir. Şu durumda, mahkemenin hükme esas aldığı kusur raporlarının, 4857 sayılı Kanun'un 77. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiğinden ve hükme dayanak alınacak nitelikte olduğundan söz edilemez.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, somut olay itibarıyla davalı işveren hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile kurulan hükmün belli bir süre sanık hakkında hüküm ifade etmediği ve herhangi bir sonuç doğurmadığı, bu nedenle Özel Dairenin bozma kararında Borçlar Kanununun 53. maddesinin açıklandığı kısmın çıkarılması ve bu değişik gerekçeyle hükmün bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

O halde, yukarıda açıklanan nedenlerle ve bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 15.03.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

MAHKEME İLAMI • DİRENME KARARI

ÖZET: Mahkemece mevzuata uygun hüküm fıkrası oluşturulmamış sadece “önceki kararda direnilmesine denilerek önceki karara atıf yapılmakla” yetinilmiş, dosya kapsamı dikkate alınarak taraflara yüklenen borç ve tanınan hakkın sıra numarası altında belirtildiği açık, infazda şüphe ve tereddüt uyandırmayacak biçimde, usulün aradığı niteliklere haiz kısa karar kurulmamıştır.

Y. HGK. E. 2016/20-947, K. 2016/612, T. 11.05.2016

Hukuk Genel Kurulu'nca dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonrasında gereği görüldü:

Dava tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, ... vekili Avukat ..., ... vekili Avukat....vekili Avukat ... ve diğerleri tarafından temyiz edilmiş mahkeme kararının Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde belirtilen karar ile bozulmuştur.

Mahkemece önceki hükümde direnilmiş, direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce ön sorun olarak usulüne uygun kısa karar kurulup kurulmadığı tartışılmıştır.

Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait her hangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların sıra numarası altında açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir.

6100 sayılı HMK'nın 294. maddesinin 3 fıkrasında ise “Hükümün tefhimi herhalde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur” hükmüne yer verilmiştir.

Ayrıca, bozma kararı ile ilk hüküm hayatiyetini yitirdiğinden ona atıf suretiyle hüküm tesisinin yukarıda açıklanan kurallara uygun düşmeyeceği de aşıkardır.

Nitekim Yargıtay'ın yerleşmiş görüşü de bu yöndedir (Hukuk Genel Kurulu'nun 19.6.1991 gün 323-391 sayılı; 10.09.1991 gün 281-415 sayılı; 25.9.1991 gün 355-440 sayılı; 05.12.2007 gün 981-936 sayılı; 23.01.2008 gün 29-4 sayılı; 05.10.2011 gün 607-604 kararları).

Somut olaya gelince; mahkemece aslolan kısa kararda yukarıda açıklanan mevzuata uygun hüküm fıkrası oluşturulmamış sadece "önceki kararda direnilmesine denilerek önceki karara atıf yapılmakla" denilmekle yetinilmiş, dosya kapsamı dikkate alınarak taraflara yüklenen borç ve tanınan hakkın sıra numarası altında belirtildiği açık, infazda şüphe ve tereddüt uyandırmayacak biçimde, usulün aradığı niteliklere haiz kısa karar kurulmamıştır. .

Bu durumda, yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde usulün öngördüğü anlamda oluşturulmuş bir hüküm bulunmadığı gibi, direnme kararlarını denetleyen Hukuk Genel Kurulu tarafından incelenebilecek nitelikte teknik anlamda bir direnme hükmü de bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır.

Şu durumda mahkemece yapılacak iş; dosya kapsamı dikkate alınarak taraflara yüklenen borç ve tanınan hakkın sıra numarası altında belirtildiği açık, infazda şüphe ve tereddüt uyandırmayacak biçimde, usulün aradığı niteliklere haiz kısa karar ve buna uygun gerekçeli karar oluşturulmasıdır.

Mahkemenin, yukarıda ayrıntılarıyla açıklanan biçimde usulün öngördüğü niteliklere haiz bulunmayan kısa kararı ve gerekçeli kararın hüküm kısmı usul ve yasaya uygun değildir.

Direnme kararının bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Direnme kararının yukarıda gösterilen nedenden dolayı **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, 11.05.2016 gününde, oybirliği ile karar verildi.

TAPU İŞLEMİ • ADİ YAZILI SENET

ÖZET: Tapuda resmi memur önünde yapılan işlem taşınmazın mülkiyetinin nakledilmesi hususunda BK'nın 213. TMK'nın 634 ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca geçerlilik kazanır. Alıcının bedelden doğan borcunu tümüyle yerine getirmemiş olması resmi sözleşme ile doğan hukuki sonucu değiştiremez. Adı yazılı senetteki gerçek bedelden bir kısmının ödenmesi satıcıya, bedelin ödenmeyen bölümünün tahsilini isteme hakkı verir.

Y. HGK. E. 2011/13-716, K. 2012/106, T. 29.02.2012

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 15.04.2009 gün ve 2008/227 E. - 2009/130 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 02.02.2010 gün ve 2009/7505 E. - 2010/1107 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacılar, Çankaya Kızılay mevki (1) no'lu parselde bulunan binadaki 6 adet dükkanı, 28.2.2008 tarihli protokol ile davalıya sattıklarını, 12.3.2008 tarihinde taşınmazların tapu devirlerinin de yapıldığını, protokol gereğince satış bedeli 250.000 YTL olup bu bedelin 30.000 YTLsinin kaparo olarak ödendiğini, kalan bedelin ise tapu devrinden sonra ödeneceğinin kararlaştırıldığını, tapu devri yapıldıktan sonra kalan bedelin 170.000 YTL'lik kısmının çek verilmek suretiyle ödendiğini, kalan 50.000 YTL'lik kısmının ise ödenmediğini ileri sürerek, 50.000 YTL'nin ihtar tarihi olan 31.3.2008 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte ödetilmesine karar verilmesini istemişlerdir.

Davalı, kurucusu olduğu “A. T. Ç. Sağlık Vakfı”na gelir sağlamak için 6 adet dükkanı davacılarından satın aldığı, taşınmazların tahliye edilmemesi nedeniyle men'i müdahale davası açması üzerine davacıların da eldeki davayı açtıklarını, tarafların edimlerini 12.3.2008 tarihinde tapuda ifa ettiklerini, satış bedeli alınmadan tapu devrinin yapılmasının mümkün olmadığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, taşınmazın gerçek satış bedelinin 250.000 YTL olduğu, peşin ödenen 30.000 YTL ile çekle ödenen 170.000 YTL dışında geriye

kalan 50.000 YTL'lik satış bedelinin ödenmediği benimsenerek davanın kabulüne, 50.000 YTL'nin 31.3.2008 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, davacılar tarafından davalıya satılan taşınmazların bakiye satış bedelinin ödetilmesi istemine ilişkin olup, 28.2.2008 tarihinde haricen düzenlenen protokol sonrasında, 12.3.2008 tarihinde tapuda resmi satışın yapıldığı, aynı gün davalı AT tarafından keşide edilen 170.000 YTL bedelli çekin de, davalıya ait banka hesabından davacı şirket müdürü olan NP tarafından tahsil edildiği sabit olup, uyumsuzluk konusu değildir. Davacı, taşınmazların gerçek satış bedelinin haricen düzenlenen sözleşmede olduğu gibi 250.000 YTL olduğunu, peşin ödenen 30.000 YTL ile tapu devrinden sonra ödenen 170.000 YTL dışında kalan bakiye 50.000 YTL'lik satış bedelinin ise ödenmediğini belirterek tahsilini talep etmiş, davalı ise, tapu devri ile birlikte tüm ödemelerin yapıldığını, davacılar borçlu bulunmadığını savunmuştur. Satıcı olarak gösterilen davacı şirket müdürü NP ile davalı arasında haricen düzenlenen 28.2.2008 tarihli protokolde, "Sahibi bulunduğum Kızılay 9 no'lu binada bulunandükkanlarımı 250.000 YTL karşılığında AT'ye sattım. Satış kaparosu olarak 30.000 YTL aldım. Kalan kısmı, tapular verildikten sonra nakten alınacaktır." Açıklaması bulunmakta olup, taşınmazın tapu devri 12.3.2008 tarihinde yapıldığına ve tapuda yapılan resmi senette, satıcılar tarafından satış bedelinin nakten ve tamamen alındığının belirtilmiş olmasına göre, taşınmazların daha önce harici sözleşme ile peşin olarak ödenen 30.000 YTL dışında kalan tüm satış bedelinin, nakten ve çekle yapılan 170.000 YTL'lik ödeme ile birlikte tapu devri ile beraber ödendiğinin kabulü gerekir. O halde tapu devrine rağmen, taşınmazların tüm satış bedelinin ödenmediği konusundaki ispat yükü davacılar aittir olup, davacılar ise alacaklı olduklarını yasal delillerle ispat edememişlerdir. Ne var ki dava dilekçelerinde, "her türlü delil" demek suretiyle "yemin" deliline de dayanmış olduklarından, bu konuda davalıya yemin yöneltmeye hakları bulunduğu hatırlatılarak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, ispat yükü ters çevrilmek, yazılı şekilde ve eksik inceleme ile hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, alacak istemine ilişkin olup, mahkemece istem kabul edilmiş; davalı vekilinin temyizi üzerine yukarıda başlık bölümünde gösterilen gerekçe ile mahkeme kararı bozulmuştur.

Mahkemece önceki kararda direnilmiş; kararı davalı vekili temyize getirmiştir.

Uyuşmazlık; taraflar arasında yapılan protokol ve buna ilişkin ödeme belgeleri, tapuda düzenlenen resmi satış senedi dikkate alındığında satış bedelinin tamamının ödenip ödenmediğine ilişkin ispat külfetinin taraflardan hangisine düştüğü noktasında toplanmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK)'nun 706. maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlıdır. Taşınmaz mülkiyetini devir borcunu doğuran sözleşmenin esaslı noktalarının resmi şekilde düzenlenmiş olması ve taşınmaz mülkiyetini devir borcunun ve buna karşılık diğer tarafın borçlandığı bütün edimlerin resmi şekilde düzenlenen senette yer alması gereklidir.(Oğuzman K., Seliçi Ö., Özdemir S.O., Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 297 vd.)

Özellikle taşınmaz satış bedeli resmi sözleşmede doğru olarak gösterilmelidir. Bir satış sözleşmesindeki gerçek satış bedelinin resmi senette daha düşük veya daha yüksek gösterilmiş olması; böylece satış bedelinin doğru gösterilmemesi halinde hangi bedelin dikkate alınacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada gerçek bedel senede yansıtılmamış olmakla, bu özelliği itibarıyla, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de muvazaa hükümlerinden faydalanılması gereklidir.

Bilindiği üzere, bir sözleşmenin taraflarının, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, gerçek durumu gizleyerek, gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarına muvazaa; bu şekilde yapılan işlemlere de, muvazaalı işlemler adı verilir.(HGK'nın, 09.02.2005 gün 2005/1-19 E., 2005/42 K., HGK'nın 16.6.2010 gün, 2010/1-281 E., 2010/323 K.)

Muvazaada, daima görünüşte var olan, ancak taraflarca gerçekte asla istenmeyen, salt üçüncü kişilere yanlış kanaat verip onları aldatmak amacıyla yapılmış bir hukuki işlem ile, bu işlemin aralarında geçerli olmadığı-

na ilişkin bir muvazaa anlaşması mevcuttur. Bazı durumlarda, bu ikisine ek olarak, tarafların gerçek iradelerine uygun olan (tarafların gerçekte istedikleri), ancak, çeşitli nedenlerle görünen işlemin arkasına sakladıkları bir gizli işlem daha bulunur. Taraflar arasında bir gizli işlemin bulunup bulunmadığına göre bakılarak, muvazaanın iki türünden söz edilir:

Tarafların, kendi aralarında geçerli herhangi bir hukuki işlem yapmak istemedikleri halde, salt üçüncü kişilere, aralarında bir hukuki işlem varmış gibi görünmek için işlem yapmaları halinde mutlak (basit) muvazaa söz konusu olur.

Buna karşılık; nispi (mevsuf) muvazaada, taraflar arasında gerçek iradelerine uygun bir hukuki işlem bulunmakla birlikte, bu işlem, kendi iradelerine uymayan, dışa karşı yapılmış bir başka hukuki işlemle gizlenir.

Bu muvazaa türü; bir sözleşmenin; niteliğinde, taraflarının şahsında, konusunda ve koşullarında söz konusu olabilir.

Bir sözleşmenin konusunda ve koşullarında muvazaa halinde, görünüşteki hukuki işlem tarafların gerçek iradelerine uygundur. Ancak, görünüşteki işlemin bazı şartları ve konusunun belli bir bölümü, aralarındaki gizli işlemde farklı düzenlenmiştir. Bu muvazaa da taraflar görünüşteki sözleşmenin bazı koşullarını değiştirirken sözleşmenin tamamı, yani, niteliği değil, bazı koşulları gizli sözleşmeye uymaz. Örneğin daha az miktarda vergi ödemek için, taşınmazın tapudaki satış değerinin düşük gösterilmesi, şufa hakkının kullanılmasını önlemek kullandığı takdirde fazla kazanç elde etmek amacıyla görünüşteki (resmi) sözleşmede satış bedelinin fazla gösterilmesinde bu tür bir muvazaa vardır.

Açıklandığı üzere taraflar görünüşteki sözleşmeyi yapmayı ciddi olarak istemekte ve niteliğinde (vasfında) da anlaşmaktadırlar. Ancak burada bedel, gerçek bedelden az veya fazla gösterilmektedir. Yani görünüşteki sözleşmenin sadece bedeli değiştirilmektedir. Muvazaa, sözleşmesinin tamamında değil bir bölümünde (bir unsurunda)dır(Özkaya E., İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, Ankara, 2011, s.173).

Muvazaa sözleşmesinde şekil koşulu aranmaz. Yazılı veya sözlü yapılabilir. Görünüşteki sözleşme şekle bağlı olsa dahi muvazaa sözleşmesinin yazılı veya resmi şekilde yapılması gerekmez. Görünüşteki sözleşmenin şekle bağlı olması halinde muvazaanın yazılı delil ile ispat edilmesi kuralı muvazaa sözleşmesinin yazılı olmasının geçerliliği için değil ispat edilebilmesi için aranan bir kuraldır(YİBK 5.2.1947 gün, 1945/20 E.,1947/6 K.).

Görünüşteki yazılı bir sözleşmenin aksini iddia eden tarafın HMUK 289 ve BK 13 maddeleri uyarınca iddiasını yazılı delil ile ispat etmesi

zorunludur. Muvazaa sözleşmesi görünüşteki sözleşmeyi değiştirdiğine veya hükümsüz kıldığına göre ispat gücü kazanabilmesi için yazılı olması değinilen kanunların açık hükümleri gereğidir. Örneğin, tapulu taşınmazların devri şekle bağlıdır. Görünüşteki şekle bağlı devir sözleşmesi için düzenlenecek muvazaa sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değilse de ispatı ancak yazılı delil ile mümkündür(YİBK 5.2.1947 gün, 1945/20 E.-1947/6 K.).

Somut olaya gelince:

Davacılar vekili, mülkiyeti müvekkillerine ait olan işyerlerinin 250.000,00 TL bedel ile satışı konusunda taraflar arasında 28.02.2008 tarihli protokol imzalandığını ve dükkanların davalıya 12.03.2008 tarihinde tapuda devir ve teslim edildiğini, 30.000,00 TL kaparo olarak ödendiğini, kalan bedelin ise tapuların devrinden sonra ödeneceğinin kararlaştırıldığını, tapular alıcıya devredilince kalan bedelin 170.000,00 TL'sinin çek vermek suretiyle ödendiğini, geriye kalan 50.000,00 TL'nin ise dava tarihine kadar ödenmediğini, noter ile ihtarname gönderilmesine rağmen davalının borcunu ödemediğini iddia ederek 50.000,00 TL'nin ihtar tarihi olan 31.03.2008 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Taraflar arasında haricen düzenlenen ve satış bedeli 250.000 TL olarak gösterilen 28.02.2008 tarihli protokol bulunduğ; bu protokole istinaden davacıların satış kaparosu olarak 30.000 YTL (TL) aldıkları, tapuda devir günü ise 170.000 TL'nin davacılarından Nazmi Kaplan tarafından çek ile tahsil edildiği ve 12.03.2008 tarihli resmi satış senedinde ise satış bedelinin 93.000 TL olarak gösterildiği çekişmesizdir.

Ayrıca davalının da böyle bir protokolün yapılmadığına yönelik herhangi bir itirazı yoktur.

Anlaşmazlık, 50.000 TL nin ödenip ödenmediği noktasındadır.

Tarafların protokolde bedeli 250.000 TL, tapu satış senedinde ise 93.000 TL olarak göstermeleri bilindiği üzere az vergi ödemek amacıyla yapılan bir işlem olup taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmasına neden olmayacaktır. Taraflar görünüşteki sözleşmeyi yapmayı ciddi olarak istemekte ve niteliğinde de anlaşmaktadırlar. Sadece sözleşmenin bedeli değiştirilmektedir. Burada muvazaa sözleşmenin tamamında değil bir bölümünde gerçekleşmiştir.

Yukarıda izah edildiği üzere tapulu taşınmazların devri şekle bağlı ise de görünüşteki şekle bağlı devir sözleşmesi için düzenlenecek muvazaa sözleşmesinin geçerliliği şekle bağlı değildir; ancak, ispatı yazılı delil ile mümkün olacaktır. Buna göre davacılar taşınmazın adi yazılı delil

ile 250.000 TL bedelle satıldığını, kaparo olarak 30.000 TL aldıklarını, tapuda devir günü ise çek ile 170.000 TL bedeli tahsil ettiklerini ispat etmişlerdir. Bedeldeki muvazaayı davacılar ispat ettiğine ve bu yolla satış bedelinin 250.000 TL olduğu ispat edildiğine göre, adi yazılı sözleşmedeki bedelin tamamının ödendiğini, yani bakiye kalan 50.000 TL nin ödendiğini ispat külfeti artık davalının üzerindedir.

Kaldı ki, taraflar arasında yapılan protokolde bedelin 250.000 TL olarak kararlaştırıldığı, bir kısım ödemelerin yapılacağı ve geri kalan bedelin de tapular verildikten sonra ödeneceği kabul edildiğine göre tapudaki satış bedeli olan 93.000 TL nin gerçek bedel olmadığı, davalının da kabulünde olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Hemen belirtilmesi gerekir ki, davacılar tarafından sadece tapudaki satış senedinde yazılı bedelin alındığının kabulüne de olanak yoktur. Tapudaki bedel olan 93.000 TL nin davacılar tarafından alındığının kabul edilmesi halinde, ödenen kaparo, çek ile ödenen bedel ve tapudaki satış senedi üzerinde yazılı bedel dikkate alındığında toplam bedel adi yazılı satış senedindeki bedeli dahi geçecektir. Bu nedenle tapu satış senedinde gösterilen bedelin davacılar tarafından alındığının kabul edilmemesi, satış bedelinin 93.000 TL olarak gösterilmesinin sadece verginin düşük gösterilmesi amacını taşıyan bir işlem olarak varsayılması, bu durumda da yani düşük vergi gösterilmiş olması hususunun da resen hareket edilerek ilgili vergi dairesine ihbar edilmesi gereklidir.

O halde, yapılan işlem taşınmazın mülkiyetinin nakledilmesi hususunda BK'nın 213, TMK'nın 634 ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 26. maddeleri uyarınca geçerlilik kazanmış bulunmaktadır. Alıcının bedelden doğan borcunu tümüyle yerine getirmemiş olması resmi sözleşme ile doğan hukuki sonucu değiştiremez. Adi yazılı senetteki gerçek bedelden bir kısmının ödenmemesi satıcıya, bedelin ödenmeyen bölümünün tahsilini isteme hakkı verecektir.

Bu nedenle, aynı hususlara değinen direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, Yüksek Özel Dairece tahsili gereken bedele yönelik temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle ispat yükünün davalıda olduğuna ilişkin direnme uygun olup; davalı vekilinin tahsiline karar verilen bedele yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **13. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 29.02.2012 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

USUL HUKUKU • TALEP DEĞİŞTİRME

ÖZET: Davalı kadın önceki aşamalarda yoksulluk nafakası talep etmemiş; ancak tahkikat aşamasında nafaka istemiştir. Davacı erkek talep sonucunun genişletilmesine açık muvafakat bildirmediği gibi, davalı tarafından bu konuda yapılmış bir ıslah işlemi de bulunmadığından, yoksulluk nafakası talebi hakkında “karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

Y. HGK. E. 2016/22195, K. 2017/1205, T. 08.02.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı erkek tarafından, nafakalar yönünden, davalı kadın tarafından ise, tamamına yönelik olarak temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Dosyadaki yazılara ve mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına göre davalı kadının tüm, davacı erkeğin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 06.02.2013 tarihinde açılmış, davalı kadın usulüne uygun şekilde dava dilekçesi tebliğine rağmen cevap dilekçesi vermemiş, davet edildiği ön inceleme duruşmasına katılmamıştır. Davalı kadın, Dairemizin bozma ilamından sonra 17.03.2015 havale tarihli dilekçesiyle tazminat ve nafaka talebinde bulunmuştur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesinde “Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez; iddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi ko-

nusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.” hükmü bulunmaktadır.

Davalı kadın önceki aşamalarda yoksulluk nafakası talep etmemiş; ancak tahkikat aşamasında 500 TL nafaka talep etmiştir. Davacı erkek talep sonucunun genişletilmesine açık muvafakat bildirmediği gibi, davalı tarafından bu konuda yapılmış bir ıslah işlemi de bulunmamaktadır. (HMK m. 141). Bu sebeple yoksulluk nafakası talebi hakkında ”karar verilmesine yer olmadığına” kararı verilecek yerde yazılı şekilde yoksulluk nafakasına hükmedilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA**, aşağıda yazılı harcın davalıya yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna 143.50 TL temyiz başvuru harcı peşin yatırıldığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatıran davacıya geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 08.02.2017

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

ADİ ORTAKLIK

TASFİYE İŞLEMLERİ • KAZANILMIŞ HAK

ÖZET: Ortaklar tasfiye işlerinin yapılması için tasfiye görevlisi atayabilirler. Bu konuda anlaşmaları halinde ortaklardan her biri tasfiye görevlisinin hakim tarafından atanmasını isteyebilir.

Tasfiye işlemleri Borçlar Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilir. Tasfiye gerçekleştirilmeden önce ortaklığın geliri üzerinde tüm ortakların iştirak halinde mülkiyeti vardır.

Bir ortağın kendi nam ve hesabına yaptığı işlemler diğer ortaklar yararına yapılmış vekaletsiz tasarruf niteliğinde işlemlerdir.

İlk mahkeme kararı temyiz etmeyen davacı, lehine Yargıtay bozmasından sonra, ilk mahkeme kararında hüküm altına alınan miktardan daha fazla alacağı hükmedilemez.

Y.3 HD E. 2014/13639, K. 2015/1168, T. 20.01.2015

YARGITAY KARARI

Davacılar vekili dilekçesinde; müvekkillerinin murisinin davalı B.. B.. ve dava dışı arsa sahipleri ile, kat karşılığı inşaat ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi imzaladığını, bu sözleşmeye göre 2, 9 ve 16 nolu dairelerin arsa sahibi sıfatı ile davacıya ait olacağını belirlediğini, sonradan davalı B.'in mali sıkıntı çekmesi üzerine, davacıların murisinin de inşaat sermaye koyduğunu, bunun neticesinde, murisin % 50, davalı B. ile dahili davalı C.'in de % 50 hisseye sahip oldukları, hissenin 4 adet daireye karşılık geldiğini, inşaatın 1993 yılı sonunda bitirildiğini, murisin bu inşaat toplam 300.955 mark harcama yaptığını, davacı tarafa 7 daire düşmesine rağmen, davalı tarafından bu dairelerden elde edilen kira gelirlerini alamadıklarını, akabinde davalı B'in 2 adet inşaat daha yaptığını, bu inşaat-

lara da davacıların murisi ortak olup, büyük oranda sermaye koyduğunu, ancak, davalının davacılara sahip olmaları gereken daireleri vermediği gibi, dairelerin kiralanması neticesinde elde ettiği kira gelirlerinden de davacı tarafa pay vermediğini beyan ederek, davalı B. adına 9 parselde kayıtlı 4 adet bağımsız bölümün davacılar adına tapuya kayıt ve tesciline, olmadığı takdirde davacıların murisinin ortak inşaatlara koyduğu sermaye ve tahsil edemediği kira bedellerinin karşılığı olarak 470.188 Mark ve 3600 Dolar alacağın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Beşir vekili savunmasında; taraflar arasındaki anlaşma gereği, davacıların murisinin ilk yapılan inşaatlardan 2, 9 ve 16 nolu daireleri alacağının kararlaştırıldığını, ayrıca arsa sahibi olarak da müteahhit payı olan dairelerin satışından elde edilecek gelirden masraflara katılma oranında kâr payı alacağını, davalının da bu inşaat için yapacağı emek ve mesaisine karşılık olarak pay alacağını, bu 3 adet dairenin davacı tarafa verildiğini, davacıların murisinin talimatı ile, önceki inşaatlardan elde edilen gelirlerinin, sonra yapılan 2 inşaatla aktarıldığını beyan ederek, davalının reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı B.. B.., davacılar aleyhine açtığı karşılık dava ile de; 279 parseldeki bir kısım taşınmazların, tapuda bedellerinin ödendiği belirtilmişse de, hiç bir bedel almadan davacı tarafın tapuları devraldığını, ortaklıktan pay alamadığını belirterek görülmekte olan davayı açtığını, diğer yandan murisin ortaklıktan 215.000 Mark çektiğini beyan ederek, davacıların murisi adına kayıtlı taşınmazların tapularının iptali ile davalı adına tesciline, olmadığı takdirde, murisin ortaklıktan nakit çektiği paranın iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, verilen bu kararın temyizi üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20.11.2007 tarih, 2007/13569 E. 2007/13869 K. sayılı kararı ve "Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için, ortaklığın fesih ve tasfiyesine ilişkin dava açılırken, davanın tüm ortaklara karşı yöneltilmesi gerekir. Bu nedenle, dava dışı ortaklar A. ve C.'in de davaya katılımı sağlanarak, esas hakkında bir karar verilmesi, sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığından" gerekçesi ile karar bozularak, mahalline iade edilmiştir.

Yerel mahkeme tarafından, verilen bu bozma kararına uyulması neticesinde, taraf teşkili sağlanmış ve yargılamaya devam olunmuştur.

Mahkemece yapılan inceleme neticesinde; asıl dava yönünden, davanın kısmen kabulüne, 1- 406.444 Markın dava günü olan 8.10.2001 tarihi

itibariyle bunun % 5 faizinin veya ödeme günündeki TL karşılığının inşaat işleri nedeni ile davalı ve dahili davalılardan tahsiline, 2- 9796 markın dava günü olan 8.10.2001 tarihi itibariyle bunun % 5 faizinin veya ödeme günündeki TL karşılığının inşaat işleri nedeni ile davalı ve dahili davalılardan tahsiline; karşılık davanın ise reddine karar verilmiş, verilen bu karar davalı Beşir ve dahili davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebepler ve özellikle delillerin taktirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalı B.. B..'ün birleşen dava yönünden tüm, asıl dava yönünden ise davalı B.. B.. ve diğer dahili davalıların sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Dosya içeriğinden, tarafların inşaat yapmak üzere biraraya gelip adi ortaklık kurduğu, 279 parsel sayılı taşınmazdaki inşaatın Y. Ş., C.. B.. ve davalı B.. B.., 280 parsel sayılı taşınmazda yapılan inşaatın Y.. Ş.. davalı B.. B.., yine 9 parsel sayılı taşınmazda yapılan inşaatın ise Y.. Ş.., A.. Ş.. ve davalı B.. B..'ün ortaklıkları ile inşaa edilerek bitirildiği, idareci ortağın da davalı B.. B.. olduğu uyuşmazlık konusu değildir.

Taraflar arasındaki ortaklığa konu üç inşaatda bitirilmiş olmakla, davalının talebinin ortaklığın fesih ve tasfiyesini de kapsadığının kabulü gerekir.

Tasfiye, ortaklığın bütün mal varlığının belirlenip, ortakların birbiri ile alacak verecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sonlandırılması, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır. Diğer bir anlatımla, tasfiye memuru tarafından yapılacak bir arıtma işlemi olup; hesap ve işlemlerin incelenip, bir bilanço düzenlenerek ortaklığın aktifi ve pasifi arasındaki farkı ortaya koymaktır.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1.maddesine göre; Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun ve hükümleri uygulanır.

Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlerine ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabiidir.

Tasfiye usulünü düzenleyen TBK'nın 644.maddesine göre "Ortaklığın sona ermesi halinde tasfiye, yönetici olmayan ortaklarda dahil olmak üzere, bütün ortakların elbirliğiyle yapılır.

Ancak, ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan biri tarafından kendi adına ve ortaklık hesabına belirli başlı işlemlerin yapılması öngörülmüşse, bu ortak, ortaklığın sona ermesinden sonra da o işlemleri tek başına yapmak ve diğerlerine hesap vermekle yükümlüdür.

Ortaklar, tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi atayabilirler. Bu konuda anlaşamamaları halinde, ortaklardan herbiri, tasfiye görevlisinin hakim tarafından atanması isteminde bulunabilir. Tasfiye görevlisine ödenecek ücret, sözleşmede buna ilişkin bir hüküm veya ortaklarca oybirliği ile verilmiş bir karar yoksa, tasfiyenin gerektirdiği emek ile ortaklık malvarlığının geliri gözönünde tutularak hakim tarafından belirlenir ve ortaklık malvarlığından, buna imkan bulunamazsa, ortaklardan müteselsilen karşılanır”

Tasfiye işlemleri; hakim tarafından öngörülecek 3'er aylık (uyuşmazlığın mahiyetine göre süreler uzatılıp kısaltılabilir.) dönemlerde tasfiye memuru tarafından üç aşamada gerçekleştirilmelidir.

Bu bilgiler ışığında; somut olaya geçildiğinde, ortaklığa konu 279 ve 280 parsel numaralı taşınmazlarda yapılan inşaattaki ortaklığın tasfiye edilebilmesi için öncelikle mal varlığının tesbiti zorunludur. 279 ve 280 parsel numaralı taşınmazda ortaklığa ne kadar daire kaldığı ve bunlardan ne kadarının satıldığı ve satılacağı tesbit edilmelidir. Bu nedenle öncelikle idareci olarak B.. B..'ten hesap istenmeli, hesap listesinin verilmesi halinde yönetici ortağın hesap vermekten kaçındığı kabul edilmeli, hesap listesinin üzerinde uyuşmazlık çıkması halinde taraflardan delilleri sorularak toplanmalı, 279 ve 280 parsel numaralı taşınmazlardaki ortaklığa dair tüm gelir gider hesabı çıkarıldıktan sonra konusunda uzman bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığıyla verilen hesap listesinin sunulan belgeler ile inşaatta yapılan imalatlarla uyumlu olup olmadığı belirlenerek denetimi sağlanmalı, tarafların yapılan masraflar ve satılan bağımsız bölümlerin satışı konusunda uyuşamadıklarının tesbiti halinde ise, inşaat maliyetinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın birim fiyatlarına göre değil, yapıldığı tarihteki olağan rayice göre tesbit edilerek, 279 parselde Y..Ş.. ve C.. B..'ün arsa sahibi olarak kendi paylarına düşen daireler dışında, 3.kişilere ve yine 279 parselde Y.. Ş..'e satılan dairelerin satış tarihindeki rayiç değerleri ile satılmayan dairelerinde karar tarihine en yakın tarihteki değerleri belirlenerek 279 ve 280 parsel numaralı taşınmazlardaki inşaata ilişkin ayrı ayrı ortaklığın aktif ve pasifi belirlenerek, ortaklarından her birinin ortaklığa verdiği avanslarla, ortaklık için yapmış oldukları masraflar ve vermiş oldukları sermaye iade edildikten sonra 279 parseldeki inşaat ortaklığı için Y.. Ş.., C.. B.. ve B.. B.., 280 parseldeki inşaat

ortaklığı yönünden ise, Y... Ş.. ve B.. B..'e paylaştırılması gereken miktar belirlenmeli ve yukarıda açıklanan tasfiye hükümleri de değerlendirilerek tasfiye gerçekleştirilmelidir.

9 parsel numaralı taşınmazdaki inşaat ortaklığının tasfiyesine gelince; Bu taşınmazdaki inşaatın ise, davalı B.'in müteahhit sıfatıyla arsa sahibi M..T.... arasında düzenlenen Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine dayanarak müteahhit sıfatıyla yaptığı inşaatı davacı Yaşar ile dahili davalı A.. Ş..'in ortak olduğu uyuşmazlık konusu değildir. A.. Ş.. Kartal 2.Asliye Hukuk Mahkemesinde, müteahhit idareci ortak B.. B.. aleyhine ortaklık payının tahsili ve ortaklığın feshi için açtığı davada mahkemece yapılan yargılama sonucunda ortaklığın feshine, 94.547.025.950 TL'nın 21.09.2000 tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş ve hüküm Yargıtay'ca onanarak kesinleşmiştir.

Öte yandan, 9 parsel nolu taşınmaz maliki, Kartal 2.Asliye Hukuk Mahkemesinde davalı müteahhit B.. B.. aleyhine Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin feshi ile tapu iptal ve tescil davası açmış, yapılan yargılama sonunda davalının sözleşmeden doğan edimini tam yerine getirmediği, yerine getirme olanağı da olmadığı belirtilerek, mahkemece Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin feshi ile 9 parsel sayılı taşınmazda davalı B.. B.. adına olan 2, 3, 7 ve 10 nolu meskenlerin tapu kaydının iptali ile arsa sahibi adına tesciline, 6 nolu meskene yönelik tapu iptal ve tescil isteğinin reddine karar verilmiş ve hüküm Yargıtayca onanarak kesinleşmiştir. BK 528 (TBK 628) mad. hükmüne göre, "Her ortak ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür. Her ortak diğerlerine karşı kendi kusuruyla verdiği zararları, başka işlerde ortaklığa sağladığı menfaatlerle mahsup ettirme hakkı olmaksızın gidermekle yükümlüdür. Ortaklık işlerini ücret karşılığı yürüten ortak, vekalet hükümlerine göre, sorumlu olur." Bu madde hükmüne göre, davalının kusuru nedeniyle arsa sahibinin açtığı dava sonunda kat karşılığı inşaat sözleşmesi feshedilmiş olmakla davalı ortaklığa kusuru nedeniyle verdiği zarardan sorumludur.

Bu nedenle yine 9 parsel sayılı taşınmaza ilişkin idareci ortak olan davalı Beşir'den hesap istenmeli, hesap listesinin verilmemesi halinde yönetici ortağın hesap vermektен kaçındığı kabul edilmeli, hesap listesinin üzerinde uyuşmazlık çıkması halinde taraflardan delilleri sorularak toplanmalı, bu taşınmazdaki ortaklığa ait tüm gelir-gider hesabı çıkarıldıktan sonra konusunda uzman bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığıyla verilen hesap listesinin sunulan belgeler ile inşaatı yapılan imalatlarla uyumlu olup olmadığı belirlenerek denetimi sağlanmalı, tarafların yapılan

masraflar ve davalının sattığı 6 no'lu dairenin satış bedeli konusunda uyuşmadıklarının tesbiti halinde ise inşaat maliyetinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın birim fiyatlarına göre değil, yapıldığı tarihteki olağan rayice göre tespit edilerek, 6 no'lu dairenin satış tarihindeki, davalının kusuru ile arsa sahibi adına tesciline karar verilen 2, 3, 7 ve 10 no'lu dairelerinde arsa sahibi adına tesciline ilişkin kararın kesinleştiği tarihteki rayiç değeri belirlenerek, bu taşınmazdaki ortaklığın aktif ve pasifi belirlenmeli, ortaklar Yaşar, davalı Beşir ve Asım'ın her birinin ortaklığa verdiği avanslarla, ortaklık için yapmış oldukları masraflar ve vermiş oldukları sermaye iade edildikten sonra paylaşılması gereken miktar belirlenmeli ve A. Ş.'in Kartal 2.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/699 E.-2002/885 K.sayılı kararı ile lehine hükmedilen tasfiye alacağı da bu tasfiye hesabında dikkate alınarak tasfiye gerçekleştirilmelidir.

Kira alacağına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; BK.530 (TBK. 630) maddesinde; "ortaklığı idare eden ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkinin vekalet hükümlerine tabi olduğu, ortaklardan biri yönetim hakkına sahip olmadığı halde ortaklık hesabına hareket eder, yahut ortaklığı yöneten ortak yetkisini aşarsa vekaleti olmadan başkası namına tasarruf edenler " hakkındaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Ortaklık geliri henüz taksim edilmeden onun üzerinde bütün ortakların iştirak halinde mülkiyet hakları vardır. Bir ortak ortaklık gelirini paylaştırmadan kendi namına ve hesabına ortaklığa ait taşınmazları kiraya vererek paralarını toplamış olması BK.530 (TBK. 630) maddesi uyarınca, vekaleti olmadan diğer ortaklar namına tasarrufta bulunmuş sayılır ve BK. 414 (TBK. 530) maddesince diğer ortaklar yapılan işten hasıl olan yararları temellük hakkına sahip olurlar.

Hal böyle olunca; somut olayda yönetici ortak davalı B.. B..'ün ortaklığa dahil bağımsız bölümleri kiraya vererek paralarını aldığı dosya kapsamı ile anlaşılmış olduğundan, 279, 280 ve 9 parsel sayılı taşınmazlardan davalının topladığı kira paralarının da her bir taşınmazın tasfiye aşamasında ayrı ayrı ortaklığın aktifine dahil edilmesi gerekirken, yazılı şekilde davacının 1/3 hissesine düşen kira alacağı 9796 DM'ın dava tarihi itibarıyla bunun %5 faizinin veya ödeme günündeki TL karşılığının davalı ve dahili davalılardan tahsiline karar verilmesi de usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Mahkemece bozmadan önce, 334.188 DM'nın 08.10.2001 tarihinden itibaren %5 faizinin veya bunların toplamalarının ödeme günündeki Türk Lirası karşılığının inşaat işleri nedeniyle davalıdan tahsiline karar veril-

miş ve kararın davalı B.. B.. tarafından temyiz edilmesi üzerine karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesince 2007/13569 E-13689 sayılı kararı ile bozulmuş, bozma ilamına uyularak mahkemece yapılan yargılama sonucunda 406.444 DM'nın dava tarihi itibarıyla bunun %5 faizinin veya ödeme günündeki TL karşılığının inşaat işleri nedeniyle davalı ve dahili davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Ne var ki, bozmadan önceki karar davacı tarafından temyiz edilmemiştir. Mahkemece bozma kararına uyulması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usuli müstesep hak doğar. Bozmadan önce verilen karar, davacı tarafından temyiz edilmemiş, yalnız davalı tarafından temyiz edilmiş olması nedeniyle bu miktar (334.188 DM) için davalı taraf lehine bir müstesep hak doğduğu halde, mahkemece bu husus nazara alınmadan 406.444 DM'nın tahsiline karar verilmesi de kabul şekli bakımından doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davalı taraf için duruşma tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre takdir edilen 1.100 TL vekalet ücretinin davacıdan alınıp davalı tarafa verilmesine ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 20.01.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ADİ ORTAKLIK • ORTAKLIĞIN KAZANIMLARI • TASFİYE

ÖZET: Adi ortaklığın malları ve geliri üzerinde tüm ortakların iştirak halinde mülkiyet hakları vardır.

Bir ortak, ortaklık parasıyla kendi nam ve hesabına taşınmaz satın almış olsa bile vekaleti olmadan diğer ortaklar namına tasarrufta bulunmuş sayılır.

Ortaklık son bulduğuna göre mahkeme tarafından tasfiye gerçekleştirilmelidir.

Y. 3 HD. E. 2014/10535, K. 2014/15088, T. 18.11.2014

Davacı vekili dilekçesinde; tarafların kardeş olduklarını 1995 yılından beri müşterek hareketle tekstil artıklarını toplayarak bunların satışını yapmak üzere birlikte ticaret yaptıklarını, tam bir adi ortaklık başladığını, bu ortaklığın dışarıya karşı ve resmi makamlar nezdinde temsilinin davalı tarafından yürütüldüğünü, ortaklık geliri ile birçok taşınmaz edindiğini, 2008 yılında davalının ortaklık geliri ile Bağcılar'daki bir dubleks daire satın aldığı müvekkili tarafından öğrenilmesinden sonra çıkan anlaşmazlık sonucu ortaklığın bozulduğu, aile meclisi huzurunda kararlaştırılarak tasfiye konusunda mutabık kalmalarına rağmen, davalının temlikten imtina ettiğini ve müvekkilini çıkartma gayretinde olduğu (davalı adına kayıtlı bulunan ancak davacının halen ikamet ettiği) Kartal-Samandıra 7548/6 parseldeki taşınmazın ½ hissesinin iptaline ve bu hissenin davacı adına tescilini, bu mümkün olmadığı taktirde ½ hissesi değerince tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevabında; hiçbir zaman taraflar arasında adi ortaklık tesis edilmediğini davacının, davalının yanında sigortalı işçi olarak çalıştığını, 2008 yılında iş aktinin feshedilmediğini; adi ortaklık kabul edilse dahi gizli ortağın aynı talepte bulunamayacağını, sadece kar payı talep edebileceğini, davacının koyduğu sermayeyi kanıtlayamadığını, ayrıca bu talebin zamanaşımına uğradığını belirterek, davanın reddini dilemiştir.

Birleşen davasında ise; 6 parselde sözlü kira akti ile oturan birleşen davalının hakkında açtıkları tahliye davasının reddedildiğini belirterek, 23.03.2010-23.05.2011 tarihleri için 8.400 TL ecrimisilin tahsili ile fuzuli şağil olan davalının taşınmazdan tahliyesini talep etmiştir.

Mahkemece; taraflar arasında gizli bir adi ortaklık ilişkisi bulunduğu, 6 parselde satın alınan taşınmazın ortaklık gelirini paylaştırmadan davalı tarafından kendi nam ve hesabına satın alındığı, davacının yaşı itibariyle binanın alımına katkısı bulunmadığı, ancak arsanın alımına katkısı olabileceği gerekçe gösterilerek; asıl davadaki tapu iptali-tescil talebi reddedilmiş, açıklanan gerekçe ile arsanın dava tarihindeki değerinin 1/2'si olan 151.068 TL'nin davalıdan tahsiline hükmedilmiştir.

Birleşen dava yönünden ise; birleşen davalının, davacının tapu ile maliki bulunduğu taşınmaza haklı neden olmadan tasarrufta bulunduğu, arsanın alımında birleşen davalının katkısı ve adi ortaklık nedeniyle 151.068 TL alacağın kendisine ödenmesi kaydı ile müdahalenin önlenmesine karar verilmesi ve ecrimisil talebinde haklı olduğu gerekçe gösterilerek; 151.068 TL alacağın ödenmesi kaydıyla davalının 6 parseldeki taşınmaza müdahalesinin önlenmesine, 7.818,14 TL ecrimisilin davalıdan tahsiline hükmedilmiştir.

Hükmü, taraf vekilleri temyiz etmektedir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine, ayrıca tarafların temyiz taleplerinin kapsamına göre, sair temyiz itirazları yerinde değildir.

Somut olayda; kardeş olan tarafların arasındaki adi ortaklık ilişkisi bulunduğu, 2008 yılında bu ilişkinin sonlandığı, davalının dışa karşı resmiete ortaklığın temsilcisi olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı ortaklık gelirleri ile alındığı halde davalı adına tescil edilen 6 parseldeki taşınmazdaki ½ payını talep etmekte, davalı ise birleşen davasında aynı taşınmaza davalının müdahalesinin önlenmesi ve ecrimisil talebinde bulunmuştur.

Ortaklık geliri henüz taksim edilmeden onun üzerinde bütün ortakların iştirak halinde mülkiyet hakları vardır. Bir ortak, ortaklık gelirini paylaştırmadan kendi nam ve hesabına, yani kendi yararına bir taşınmaz satın almış olsa bile, BK.530 (TBK.630) md.gereğince vekaleti olmadan diğer ortaklar namına tasarrufta bulunmuş sayılır ve BK.414 (TBK.530) md.gereğince diğer ortaklar yapılan işten hasıl olan faydaları temellük hakkına sahiptirler. Resmi şekil şartı ancak, tapulu bir taşınmazın mülkiyetinin sermaye olarak ortaklığa konulması için aranır. (HGK.1991/13-76 E.- 1991/199 K.)

Taraflar arasında bir adi ortaklık bulunmasına göre, dava ve birleşen davadaki taleplerin ortaklığın tasfiyesi aşamasında değerlendirilmesi ve adi ortaklığın son bulduğunun kabulü gerekir. Ortaklık son bulduğuna

göre tasfiyenin de mahkemece bizzat yapılması gerekir. Bu nedenle, birleşen davaya konu 6 parselle ilişkin ecrimisil ve müdahalenin önlenmesi talebini ise; davaya konu parselin adi ortaklığa tabi olması nedeniyle gerçekleştirilecek tasfiye işlemi sonucunda hasıl olacak duruma göre değerlendirilerek karar verilmesi gerekmektedir.

Tasfiye, ortaklığın bütün malvarlığının belirlenip, ortakların birbirleri ile alacak verecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sonlandırılması, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır.

Diğer bir anlatımla, tasfiye memuru tarafından yapılacak bir arıtma işlemi olup, hesap ve işlemlerin incelenip, bir bilanço düzenlenerek ortaklığın aktif ve pasifi arasındaki farkı ortaya koymaktır.

Bu durumda mahkemece, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 642.madde ve devamı hükümlerince tasfiye işlemi gerçekleştirilmelidir.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 1.maddesine göre; Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır.

Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.

Tasfiye usulünü düzenleyen TBK'nın 644.maddesine göre; "Ortaklığın sona ermesi halinde tasfiye, yönetici olmayan ortaklarda dahil olmak üzere, bütün ortakların elbirliğiyle yapılır. Ancak, ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan biri tarafından kendi adına ve ortaklık hesabına belirli bazı işlemlerin yapılması öngörülmüşse, bu ortak, ortaklığın sona ermesinden sonra da o işlemleri tek başına yapmak ve diğerlerine hesap vermekle yükümlüdür.

Ortaklar, tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi atayabilirler. Bu konuda anlaşamamaları halinde, ortaklardan herbiri, tasfiye görevlisinin hakim tarafından atanması isteminde bulunabilir.

Tasfiye görevlisine ödenecek ücret, sözleşmede buna ilişkin bir hüküm veya ortaklarca oybirliği ile verilmiş bir karar yoksa, tasfiyenin gerektirdiği emek ile ortaklık malvarlığının geliri gözönünde tutularak hakim tarafından belirlenir ve ortaklık malvarlığından, buna imkân bulunamazsa, ortaklardan müteselsilen karşılanır."

Tasfiye işlemleri; hakim tarafından öngörülecek üçer aylık (uyuşmazlığın mahiyetine göre süreler uzatılıp kısaltılabilir) dönemlerde tasfiye memuru tarafından 3 aşamada gerçekleştirilmelidir.

Birinci aşamada; ortaklığın sona erdiği tarih itibariyle ortaklığın tüm malvarlığı (aktif ve pasifi ile birlikte) belirlenmeli, yönetici ve idareci ortaktan ortaklık hesabını gösterir hesap istenmeli, verilen hesapta uyuşmazlık çıktığı takdirde, taraflardan delilleri sorularak toplanmalı, tasfiye memurunun belirlediği malvarlığı bilançosu taraflara tebliğ edilmeli, bu husustaki itirazları da karşılanıp, toplanacak delillere göre değerlendirilmelidir.

İkinci aşamada; ortaklığın malvarlığına ilişkin satış ve nakte çevirme işlemi (TMK'nın 634. vd. maddelerinde düzenlenen resmi tasfiye işlemi kıyasen uygulanmak suretiyle) gerçekleştirilmeli, şayet bu mallar mevcut değilse, değerleri bilirkişi marifetiyle saptanmalıdır.

Üçüncü ve son aşamada ise; yukarıdaki işlemler sonucu oluşan değerden, öncelikle ortaklığın borçları ödenmeli ve ortaklardan herbirinin, ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklık için yaptığı giderler ve katılım payı geri verilmeli, bundan sonra bir şey artarsa, bu kazanç veya (ortaklığın, borçlar, giderler ve avanslar ödendikten sonra kalan varlığı, ortakların koydukları katılım paylarının geri verilmesine yetmezse) zarar da belirleterek ortaklara paylaştırılmak üzere son bilanço düzenlenmelidir.

Bu aşamalardan sonra ise; tasfiye memurunun yaptığı tasfiye işleminin sonuç bilançosuna göre hakim, (HMK'nın 297.maddesi uyarınca) tarafların hak ve yükümlülüklerini saptayıp, tasfiye işlemini sonlandırmalı ve bu doğrultuda hüküm oluşturmalıdır.

Mahkemece; eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davacı taraf için duruşma tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre takdir edilen 1.100 TL vekalet ücretinin yekdiğerinden alınıp yekdiğerine verilmesine ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 18.11.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ADI ORTAKLIK • TASFİYE YÖNTEMİ

ÖZET: Adi ortaklıkta ortaklar tasfiye işlerinin yürütülmesi için tasfiye görevlisi atayabilirler.

Bu konuda herhangi bir anlaşma olmaz ise, ortaklardan herhangi biri tasfiye görevlisinin hakim tarafından atanmasını isteyebilir.

Y. 3 HD. E. 2015/17816, K. 2017/3695, T. 23.03.2017

Davacı vekili dilekeçesinde; Müvekkili ...' in ...KAFFE adlı iş yerinin olduğunu, sözkonusu işyerini 01/01/2011 tarihinde ...-... isimli şahıslardan beş yıllığına kiraladığını ve beş yıllık kira bedelini peşin olarak ödediğini, söz konusu dükkanın kafeterya olarak işletileceğinin bu kira sözleşmesinde belirtildiğini, davalı borçlu ...in müvekkili ... ile ortak olmak istediğini ve müvekkili ...'in kiraladığı mecuru mal sahibi ile ek kira sözleşmesi imzalayarak 21.11.2011 tarihinde ... KAFFE isimli İşyerinin ortak işletilmesi noktasında anlaşmalarını, 05/12/2011 tarihinde davalı borçlu ... ile Müvekkili ... arasında yapılan protokol ile müvekkilinin ... KAFFE deki hissesinin yarısını davalı borçluya sattığını, davalı borçlunun söz konusu satış bedelini müvekkiline ödemediğini, bunun üzerine müvekkilinin 29/08/2012 tarihinde ... Noterliği'nin 3922 yevmiye nolu ihtarnamesini davalı borçluya gönderildiğini, ihtarnamede 20.000,00-TL lik devir hakkının, 1 yıllık işletme gelirinin 10.000,00-TL'si ve işletme de bulunan dipfriz, buzdolabı, ... marka TV, masa sandalye, çay ocağı kazanları, puflar, çatal, kaşık, bardak gibi malzemelerin fatura bedellerinin ödenmesinin istendiğini, davalı borçlunun ihtarnameye herhangi bir yanıt vermediğini ve ödemede yapmadığını, davalı hakkında ... İcra Müdürlüğü'nün 2013/526 Esas sayılı takip dosyası ile icra takibine geçildiğini, söz konusu ödeme emrinin davalı borçluya tebliğ edildiğini, borçlunun bu takibe 12/04/2013 tarihinde itiraz ettiğini, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla davalı tarafından haksız ve kötüniyetli olarak yapılan itirazın iptaline, takibin devamına ve 31.470,00-TL alacağın tahsiline karar verilmesini, takip tarihinden itibaren geçerli olmak üzere alacakları için % 9 oranında yasal faiz uygulanmasına, davalı itirazında haksız ve kötü niyetli olduğundan ve alacakda likit olduğundan aleyhine %20 oranından az olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine,

Davalılar vekili; Müvekkilinden alacaklı olduğunu iddia eden davacı ...'e müvekkili davalının herhangi bir borcu olmadığını, tarafların ... KAFFE

isimli işyerini ortak işletmek üzere 05.12.2011 tarihinde bir protokol ve anlaşma yaptıklarını ancak davacı ...'in kendi üzerine düşen hiçbir yükümlülüğü yerine getirmeyip, işyerinin bütün masraflarının müvekkili tarafından karşılandığını, masraflar için davacıdan para istendiğinde davacı ... un “bende para yok sen yap, dükkanın karından hallederiz” diye cevaplar verdiğini, ayrıca alacaklıymış gibi müvekkiline Marmaraereğlisi Noterliğinden ihtarname gönderip daha sonra kendisini Marmaraereğlisi İcra Müdürlüğü'nün 2013/526 E. sayılı dosyası ile icraya verdiğini, oysa müvekkilinin bizzat kendisi bir fiil işyerinde çalışmış ve eşi Fikret' in de cafede müzik yaparak işyerinde çalıştığını, hatta cafede çalışan müvekkili Elifin Bağ Kur primi de ortak ödenecek ve cafeden kendisine bir maaş bağlanacağını , ancak davacı ... un bunların hiçbirini yerine getirmediğini, müvekkilinin işyerine kendi cebinden toplam 14.176,75.TL masraf yaptığını, 31.470,00 TL'lik alacağı kabul etmenin mümkün olmadığını, asıl kendilerinin alacaklı olduklarını, davacı tarafın müvekkil aleyhinde açtığı haksız ve mesnetsiz itirazın kaldırılması ve alacağın % 20'sinden aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesini beyanla, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece; hisse devir bedeli olan 20.000,00TL nin davacıya ödenmiş olması, işyerinin kar ettiğinin davacı tarafından ispatlanamaması, davacı tarafından ortaklığa konulan malzemelerin olduğu şekliyle değil ancak tasfiye sonucunda tarafların yaptıkları tüm masrafların karşılanmasından sonra kalan miktarın taraflar arasında paylaşılacağı, tanık beyanları ile dosya kapsamından taraflar arasında sözleşme imzalanmasından sonra davalının ortaklığa emek ve eşya olarak daha fazla katkıda bulunduğu ve bu bedellerin davacı tarafından ödenmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava; adi ortaklıktan doğan alacağa vaki takibe yönelik tazminat istemine ilişkindir.

1-Davacı ile davalı arasında imzalanan 05.12.2011 tarihli sözleşme ile adi ortaklığın kurulduğu, bu doğrultuda ortaklığa konu ... Cafenin işletme açıldığı, sonrasında ise tarafların aralarında anlaşmazlığa düştükleri davacının bu doğrultuda çektiği ihtarname ve açtığı takip dosyasıyla işletme devir bedeli, kâr payı ve işletmeye aldığı eşyaların bedelinden doğan alacağa yönelik icra takibi başlattığı bu suretle bir anlamda fesih ve tasfiyeyi istediği anlaşılmıştır.

O halde mahkemece; 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620 ve devamı maddelerinde düzenlenen

adi ortaklık hükümleri dikkate alınmalı ve 642. vd. maddelerindeki tasfiye hükümlerinin somut olaya uygulanması gerekmektedir. Zira, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre; Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleşecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.

Tasfiye usulünü düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 644. maddesine göre; "Ortaklığın sona ermesi hâlinde tasfiye, yönetici olmayan ortaklar da dâhil olmak üzere, bütün ortakların elbirliğiyle yapılır. Ancak, ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan biri tarafından kendi adına ve ortaklık hesabına belirli bazı işlemlerin yapılması öngörülmüşse, bu ortak, ortaklığın sona ermesinden sonra da o işlemleri tek başına yapmak ve diğerlerine hesap vermekle yükümlüdür.

Ortaklar, tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi atayabilirler. Bu konuda anlaşamamaları hâlinde, ortaklardan her biri, tasfiye görevlisinin hâkim tarafından atanması isteminde bulunabilir.

Tasfiye görevlisine ödenecek ücret, sözleşmede buna ilişkin bir hüküm veya ortaklarca oybirliğiyle verilmiş bir karar yoksa tasfiyenin gerektirdiği emek ile ortaklık malvarlığının geliri göz önünde tutularak hâkim tarafından belirlenir ve ortaklık malvarlığından, buna imkân bulunamazsa, ortaklardan müteselsilen karşılanır.

Tasfiye usulüne veya tasfiye sonucunda her bir ortağa dağıtılacak paya ilişkin olarak doğabilecek uyuşmazlıklar, ilgililerin istemi üzerine hâkim tarafından çözüme bağlanır."

Mahkemece yapılacak iş; yukarıda açıklanan yasa hükmüne göre, öncelikle gerek ortaklık sözleşmesinde, gerekse 05.12.2011 tarihli protokolde tasfiyenin nasıl yapılacağına dair hüküm bulunmaması nedeniyle, ortakların anlaşarak tasfiye memuru belirlemelerini istemek; bu konuda anlaşamamaları halinde ise, tasfiye işlemini gerçekleştirecek (ortaklığın faaliyet alanına göre konusunda uzman bir veya üç kişiyi) tasfiye memuru olarak resen atamak olmalıdır.

Bundan sonra ise, tasfiye işlemleri; hakim tarafından öngörülecek üçer aylık (uyuşmazlığın mahiyetine göre süreler uzatılıp kısaltılabilir) dönemlerde tasfiye memuru tarafından 3 aşamada gerçekleştirilmelidir.

Birinci aşamada; ortaklığın sona erdiği tarih itibariyle ortaklığın tüm malvarlığı (aktif ve pasifi ile birlikte) belirlenmeli, yönetici ve idareci ortaklardan ortaklık hesabını gösterir hesap istenmeli, verilen hesapta uyumsuzluk çıktığı takdirde, taraflardan delilleri sorularak toplanmalı, tasfiye memurunun belirlediği malvarlığı bilançosu taraflara tebliğ edilmeli, bu husustaki itirazları da karşılanıp, toplanacak delillere göre değerlendirilmelidir.

İkinci aşamada; ortaklığın malvarlığına ilişkin satış ve nakte çevirme işlemi (TMK'nın 634. vd. maddelerinde düzenlenen resmi tasfiye işlemi kıyasen uygulanmak suretiyle) gerçekleştirilmeli, şayet bu mallar mevcut değilse, değerleri bilirkişi marifetiyle saptanmalıdır.

Üçüncü ve son aşamada ise; yukarıdaki işlemler sonucu oluşan değerden, öncelikle ortaklığın borçları ödenmeli ve ortaklardan herbirinin, ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklık için yaptığı giderler ve katılım payı geri verilmeli, bundan sonra bir şey artarsa, bu kazanç veya (ortaklığın, borçlar, giderler ve avanslar ödendikten sonra kalan varlığı, ortakların koydukları katılım paylarının geri verilmesine yetmezse) zarar da belirleterek ortaklara paylaştırılmak üzere son bilanço düzenlenmelidir.

Bu aşamalardan sonra ise; tasfiye memurunun yaptığı tasfiye işleminin sonuç bilançosuna göre hakim, (HMK'nın 297.maddesi uyarınca) tarafların hak ve yükümlülüklerini saptayıp, tasfiye işlemini sonlandırmalı ve bu doğrultuda hüküm oluşturmalıdır.

Bütün bu açıklamalar ışığında; uyumsuzluğun, yukarıda açıklanan ve maddeler halinde belirtilen sıra ve yöntem izlenerek çözümlenmesi gerekirken, mahkemece, değinilen bu yönler dikkate alınmadan, eksik inceleme ve yanlılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

2-) Bozma nedenlerine göre, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bendde açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA**, ikinci bendde açıklanan nedenle davacı tarafın diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nın geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'un 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23.03.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ADİ ORTAKLIK • DAVA AÇILMASI

ÖZET: Tüzel kişiliği olmayan adi ortaklığa ait davanın bütün ortaklar tarafından açılması gerekir. Bir ortağın açtığı davaya diğer ortağın veya ortakların katılımıyla davanın yürütülmesi mümkündür.

Y. 3 HD. E. 2016/3979, K. 2017/4538, T. 04.04.2017

Davacı vekili; müvekkili şirket ile dava dışı İnşaat Mimarlık Müh. Tur.San.Tic.Ltd.Şti tarafından oluşturulan iş ortaklığının, davalı şirket ile 11.08.2012 tarihinden itibaren ticari münasebete başladığını ve yapılan alışverişler nedeniyle iş ortaklığı olarak davalı şirkete karşı 271.437,95 TL borçlanıldığını, borçlanılan bu miktara mahsuben iş ortaklığının ciro ettiği iki adet müşteri çekinin davalı şirkete verildiğini ancak bu çeklerin karşılıksız çıkması üzerine davalıya Mart 2013 başında yalnız iş ortaklığının unvanları ve imzaları bulunan boş bononun teminat olarak verildiğini, davalı şirketin alacağı olan 271.437,95 TL yerine bonoyu 650.000 TL, boş olan tanzim tarihini ticari münasebetin başladığı 11.08.2012 tarihinden daha önceki bir tanzim 05.05.2012 ve vade tarihini de 05.06.2012 tarihi olarak doldurmak suretiyle takibe koyduğunu ileri sürerek; müvekkili şirketin, davalı şirketçe takibe konulan bono nedeniyle 271.437,95 TL borçlu olduğunun tespiti ile takip konusu senedin bakiye kalan kısmının ve işlemiş faizin iptalini, kötüniyet tazminatının davalı şirketten tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili; takip dayanağı olan bononun sebepten mücerret olduğunu savunarak, davanın reddini ve icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece; dava konusu bonoyu düzenleyen davacı şirket ile dava dışı İnş. Mim. Müh. Turz. San. Tic. Ltd. Şti arasında adi ortaklık bulunduğu, adi ortaklığı ilgilendiren konularla ilgili olarak adi şirketi oluşturan şahıs veya şirketlerden sadece birinin dava ehliyetinin bulunmadığı, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından ortaklığın taraf olduğu sözleşmeden kaynaklanan davaların adi ortaklığı oluşturan tüm ortaklar tarafından açılmasının zorunlu olduğu, somut olayda adi ortaklardan birisi tarafından dava konusu edilen bonoyla ilgili dava açıldığı, yargılama sırasında diğer ortağın davaya katılımının sağlanması veya muvafakatının alınması hususunda davacı tarafa uygun sürenin verilmesine rağmen bu

süre zarfında diğer adi ortağın davaya muvafakatinin veya katılımının sağlanamadığı, bu itibarla taraf teşkili ve dava şartının tamamlanamadığı gerekçesiyle, davanın aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre; davacı tarafın sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davanın, aktif husumet yokluğundan dolayı reddine karar verilmiş olması nedeniyle, karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 7/2 maddesi uyarınca davalı yararına 1.500 TL maktu vekalet ücreti hükmedilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile 28.113,72 TL nispi vekalet ücretine hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hükmün düzeltilerek onanması HUMK'un 438/7 maddesi hükmü gereğidir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı tarafın sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının 3. bendinde yer alan "... reddedilen miktar üzerinden, yürürlükteki uyarınca hesaplanan 28.113,72 TL nispi ..." ifadesinin çıkartılarak yerine "yürürlükteki AAÜT uyarınca hesaplanan 1.500 TL maktu" ifadesinin yazılmasına, hükmün düzeltilmiş bu şekliyle **ONANMASINA**, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davacı için takdir edilen 1.480 TL vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz eden tarafa iadesine, 6100 sayılı HMK'nın Geçici Madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 04.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KATILMA ALACAĞI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Usul kuralları (görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hata) kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı olup tarftar yararına usuli kazanılmış hak oluşturmamaktadır. Bu nedenle görev hususunun mahkemenin her aşamasında hakim tarafından kendiliğinden (re'sen) nazara alınması gerekir.

Davacının söz konusu taleplerinden, ziynet eşyası ve kişisel mala ilişkin taleplerinin açık bir biçimde Aile Mahkemesi'nin görevine girdiğinin anlaşılması karşısında, mahkemece bu husus değerlendirilmeden, davacının tüm talepleri hakkında yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiştir.

Y. 3 HD. E. 2015/7270, K. 2015/11781, T. 24.06.2015

Davacı vekili dilekçesinde; tarafların 10 yıl evli kaldığını ve tüm harcamaları müvekkilinin karşıladığını, müvekkilinin, tarafların evlilikleri başından sona erdiği 15.04.2004 tarihine kadar aile bütçesine iştirak ve edinilmiş mallara katılma alacağı olduğunu, davacıya yenisi alındığı için kişisel mallarının bedelinin ödenmesi gerektiğini, müvekkiline ait ancak davalı tarafından babası evine götürülen ve daha sonra çalındığı beyan edilen Vizör marka tabancanın iadesi ya da bedelinin verilmesini, tamamı davalıda kalan ziynet eşyalarının yarısının davacıya verilmesini, boşanma tarihinden sonra davacının ek kredi kartını kullanarak yaptığı harcamaları iade etmesi gerektiğini, davalının kullanımında olan davacıya ait ev ve cep telefonlarından oluşan davacı zararının tazmin edilmesini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, 100.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece; davanın genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlanması gerektiği gerekçesiyle, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyize konu dava, 25.12.2008 tarihinde Bakırköy 2. Aile Mahkemesi'nin 2008/805 E. sayılı dosyasında açılmış, mahkemenin 05.03.2009

tarihli kararı ile davalı tarafından daha önce Bakırköy 6. Aile Mahkemesi'nin 2007/395 esasında kayıtlı katkı payı alacağı davası ile birleştirilmesine karar verilmiş, Bakırköy 6. Aile Mahkemesi'nin 07.06.2011 tarih ve 2007/395 E. 2011/488 K. sayılı ilamı ile asıl ve birleşen davaların reddine dair kurulan hüküm, Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 29.11.2011 tarih ve 2011/5644-6409 E.K. sayılı ilamı ile bozulması üzerine, bozmaya uyularak yapılan yargılamada mahkemece 20.03.2014 tarih ve 2012/123 E. 2014/218 K. sayılı karar ile temyize konu talepler hakkındaki davanın tefrikine karar verilmiştir.

Aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerine dair kanunun 4.maddesi uyarınca 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 2.kitabı ile (3 kısım hariç) 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğü ve uygulanış şekli hakkında kanun kapsamındaki aile hukukundan doğan dava ve işler aile mahkemesinde görülür.

Usul kuralları (görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hata) kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı olup, taraflar yararına usuli kazanılmış hak oluşturmamaktadır. Bu nedenle, görev hususunun mahkemenin her aşamasında hakim tarafından kendiliğinden (re'sen) nazara alınması gerekir. (HGK'nın 29.3.1995 gün ve 1994/14 – 855 E, 1995/242 K. sayılı ilamı; Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001 Baskı, Cilt 5, sayfa 4786-4791 vd.)

Somut olayda, davacı taleplerinden bir kısmının genel mahkemelerde görüleceği, Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin yukarıda anılan bozma ilamında da açık bir şekilde belirtilmiştir. Söz konusu bozma ilamına uyan mahkemece yapılan yargılamada, iş bu dava davacısının katkı ve katılma talepleri incelenerek reddedilmiş, ancak eldeki davadaki taleplerin tefrikine karar verildikten sonra, temyize konu dava dosyasında mahkemece, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Eldeki davada birden fazla talep bulunmakta olup, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde, davacının söz konusu taleplerinden, ziynet eşyası ve kişisel mala ilişkin taleplerininin açık bir biçimde Aile Mahkemesinin görevine girdiğinin anlaşılması karşısında, mahkemece bu husus değerlendirilmeden, davacının tüm talepleri hakkında yazılı şekilde görevsizlik karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Buna göre, mahkemece, eksik inceleme, araştırma ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 24.06.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

İCRA İNKAR TAZMİNATI • LİKİT ALACAK

ÖZET: Borçlunun icra inkar tazminatıyla sorumlu tutulabilmesi için alacağın likit olması zorunludur.

Toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre belirlenen alacak için icra inkar tazminatından söz edilemez.

Y 4. HD E.2015/10762, K. 2016/11555 T.24.11.2016

Dava, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesine dayandırılan itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; karar davacı vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, pazar esnafı olduğunu, ... şehir pazarında Pazartesi ve Perşembe günleri tezgah açtığını, davalı ... tarafından yasaya aykırı olarak yer tahsis parası, aylık gider, ortak giderler adı altında paralar tahsil edildiğini, bu konuya ilişkin olarak davalı ... tarafından haksız tahsilata dayanak yapılan belediye meclisinin aldığı kararların Edirne İdare ve Vergi Mahkemeleri tarafından iptal edildiğini, Danıştay tarafından bu kararların onandığını, ayrıca belediyelerin pazar yerlerinden alabilecekleri işgal harç ve ücretlerin yasayla belirlendiğini, bunlar dışında alınan ücretlerin yasal dayanaklarının bulunmadığını, yapılan tahsilatlar için davalıya geri ödeme yapması için başvurduğunu, davalının talebi reddetmesi üzerinde icra takibi başlattığını, davalının yapılan takibe itiraz ettiğini belirterek davalının itirazının iptaline ve icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, bilirkişi raporu benimsenerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; ayrıca asıl alacak miktarı üzerinden davacı lehine % 20 oranında icra inkar tazminatına hükmedilmiştir.

İcra İflas Kanunu'nun 67/2. maddesi gereğince itirazın iptali davalarında borçlunun icra inkâr tazminatı ile sorumlu tutulabilmesi için itirazında haksız ve alacağın likit olması zorunludur. 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 öngörülebilir olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez.

Somut olayda; dava konusu alacağın varlığı ve miktarı yargılama sonucu toplanan deliller ve bilirkişi raporu alınarak yapılan hesaplamalar sonucu saptanmış olduğundan dava konusu alacak likit değildir.

Dolayısıyla itirazın iptali halinde alacaklının icra inkar tazminatı isteyebilmesi için gerek uygulamada, gerekse öğretide öngörülen alacaktır "likit" yani muayyenlik ve belirlenebilirlik koşulu somut olayda gerçekleşmemiştir.

Hal böyle olunca mahkemece, takip konusu alacak miktarının tespiti yargılamayı gerektirdiğinden, mahkemece yasal koşulları bulunmadığı halde, icra inkar tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerle davalı yararına **BOZULMASINA**, davacının tüm, davalının diğer temyiz itirazlarının (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle reddine ve davalıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 24/11/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA İNKAR TAZMİNATININ KOŞULLARI

ÖZET: İcra inkar tazminatından söz edilebilmesi için borçlunun itirazında haksız olması ve alacağın likit olması gerekir.

Jandarma tarafından düzenlenen ve tanık beyanlarına göre belirlenen alacağın likit olduğundan söz edilemez.

Y. 4 HD. E. 2016/15450, K. 2017/810, T. 9.2.2017

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davalıBakanlığı yönünden dava dilekçesinin reddine; diğer davalı İnşaat San ve Tic. Ltd. Şti. yönünden ise davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı ... davalı İnşaat San ve Tic. Ltd. Şti. tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı; davalı İnşaat San ve Tic. Ltd. Şti. şoförü tarafından şirketlerine ait fiber-optik kablosuna hasar verildiğini, dava konusu hasar bedelinin davalılar tarafından ödenmemesi üzerine icra takibi başlatıldığını, davalıların yapılan takibe itiraz ettiğini belirterek davalıların itirazının iptaline ve icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, davalı Bakanlığı yönünden dava dilekçesinin reddine; diğer davalı İnşaat San ve Tic. Ltd. Şti. yönünden ise davanın kabulüne karar verilmiş; ayrıca davacı lehine % 20 oranında icra inkar tazminatına hükmedilmiştir.

İcra İflas Kanunu'nun 67/2. maddesi gereğince itirazın iptali davalarında borçlunun icra inkâr tazminatı ile sorumlu tutulabilmesi için itirazında haksız ve alacağın likit olması zorunludur. Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin öngörülebilir olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifade ile borçlunun ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez.

Somut olayda; dava konusu alacağın varlığı ve miktarı jandarma tarafından düzenlenen tutanak, tanıkların ve ihbar olunanın anlatımları ile saptanmış olduğundan dava konusu alacak likit değildir. Dolayısıyla itirazın iptali halinde alacaklının icra inkar tazminatı isteyebilmesi için gerek uygulamada, gerekse öğretilde öngörülen alacaktaki "likit" yani muayyenlik ve belirlenebilirlik koşulu gerçekleşmemiştir.

Takip konusu alacak miktarının tespiti yargılamayı gerektirdiğinden, mahkemece yasal koşulları bulunmadığı halde, icra inkar tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerle davalı yararına **BOZULMASINA**, davacının tüm, davalının diğer temyiz itirazlarının (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle reddine ve temyiz eden davalı şirketten peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 09/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KİŞİLİK HAKLARI

ÖZET: Haber yazmak amacıyla kişinin evine izinsiz girilmesi hak ihlalidir.

Y. 4 HD. E. 2001/3843, K. 2011/8493, T. 25.09.2000

Davacı L.O. tarafından, davalılar A.Ç. ile C.K. S. aleyhine 28/3/1996 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem sonucu kişilik haklarına saldırıdan dolayı tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda; Mahkemece istemin reddine dair verilen 29/11/2000 günlü kararın Yargıtayda duruşmalı olarak incelenmesi davacı ile vekili tarafından süresi içinde istenilmekle, daha önceden belirlenen 25/9/2001 duruşma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden daeacı asıl L.O. geldi, karşı taraftan davalılar adlarına kimse gelmedi. Açık duruşmaya başlandı. Süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten ve hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra tarafa duruşmanın bittiği bildirildi. Dosyanın görüşülmesine geçildi. Tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, haksız eylem sonucu uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Daeacı, davalılardan K.Ç.'in "üç adet muayenehanesi" bulunduğu şeklindeki asılsız ihbarı (yayını) nedeniyle soruşturma geçirdiğini, aynı soruşturma sonucu nedeniyle yargılanıp beraat ettiğini; ayrıca yakın dostları ile yaptığı bir toplantıya davalıların davetli olmadıkları halde zorla katıldıklarını, bu yüzden zarar gördüğünü belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davalılar, dava dilekçesinde açıklanan biçimde bir haber yapmadıklarını, proügramda tarafların görüşüne yer vererek toplumu bilgilendirdiklerini, program nedeniyle davacı hakkında soruşturma sonucunda davacıya disiplin cezası verildiğini, evde yapılan toplantının ise gazetecilerin çağrılı olduğu bir basın toplantısı olup basına açık olması nedeniyle katıldıklarını ileri sürerek istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Yerel mahkemece istem reddedilmiştir. Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davalılardan K.Ç. tarafından hazırlanan programda davacının birden fazla muayenehane açtığı biçiminde yapılan yayın üzerine davacı hakkında soruşturma açıldığı, davacının gazeteci, avukat gibi tanıdıklarından oluşan bir grupla konuyu görüşmek üzere evinde düzenlediği toplantıya davalıların davetli olmadıkları halde zorla katılmak istediği, davacının izin vermediği ve polis çağırdığı, bunun üzerine davalıların, davacının evini terk ettiği anlaşılmaktadır. Olayın gelişen bu du-

rumu gözetildiğinde, davalıların, davacının izni olmadan dokunulmazlığı bulunan konutuna (işyerine) girip yayın yapmak suretiyle kişilik haklarına saldırıda buldukları anlaşılmaktadır.

Bu durumda, istemi gözetilerek davacının uğradığı zararın kapsamı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 25.9.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

ARAZİNİN NET GELİRİNİN TESPİTİ • DAVA TARİHİ

ÖZET: Arazi niteliğindeki taşınmazın net geliri dava tarihi itibariyle tespit edilmelidir.

Y. 5 HD E. 2015/23083, K. 2016/11889, T. 14.06.2016

Dava, 4650 sayılı Kanunla değişik 2492 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tespiti ve kamulaştırılan taşınmazların davacı idare adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Arazi niteliğindeki taşınmaza net geliri esas alınarak değer biçilmesi yöntem olarak doğrudur. Ancak:

4650 sayılı Kanunla değişik 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi gereğince açılan tespit ve tescil davalarında değerlendirmenin: aynı Kanununun 15/11 maddesi uyarınca dava tarihi itibariyle yapılması gerekir.

Değer biçmede esas alınan münavebe ürünlerinin 2014 yılı dekar başına ortalama verim miktarları ile hasat dönemindeki ortalama kilogram satış fiyatları ve üretim masrafları Gıda, Tarım ve Hayvancılık İl Müdürlüğünden getirtilerek, bilirkişi kurulundan ek rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, 2013 yılı verilerini esas alıp 2014 yılına endeksleme yapan rapora göre bedel tespit edilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Taraf verilerinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 14/06/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

ÖZET: İstanbul Büyükşehir Belediye Bakanlığı ve Karayolları Genel Müdürlüğü arasında imzalanan Protokolde dava konusu yolun Karayolları Genel Müdürlüğü'nün sorumluluğunda olan yollardan olduğu anlaşıldığından; oluşan bu yeni durum karşısında Karayolları Genel Müdürlüğü davaya dahil edilip işin esasına girilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçelerle davanın husumetten reddine karar verilmesi, doğru görülmemiştir.

Y. 5 HD. E. 2013/9223, K. 2013/17588, T. 10.10.2012

Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın husumetten reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyada bulunan kanıt ve belgelere göre; bir kısım davacılar tarafından dava konusu 789 ada 5 parsel sayılı taşınmazla ilgili olarak ... Genel Müdürlüğü aleyhine ... 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/116 Esas - 2008/30 Karar sayılı dosyası ile dava açılmış ve mahkemece ... Genel Müdürlüğü aleyhine açılan davanın husumetten reddine karar verilmiş ise de;

... sınırları içinde kalan ve ... Genel Müdürlüğü sorumluluğunda bulunan bazı yolların ... Büyükşehir Belediye Başkanlığına devrine ilişkin hususları düzenlemek amacıyla ... Büyükşehir Belediye Bakanlığı ve ... Genel Müdürlüğü arasında imzalanan 20.08.2002 ve 08.11.2004 tarihli protokollerde düzenlenen taslak çerçevesinde değişiklik yapılması için 01.06.2010 tarihinde ek protokol imzalanmıştır. Söz konusu protokollerin yürürlük tarihinden önceki kamulaştırma ve kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin protokol ve ilgili karar 07.03.2011 tarih 2011/1516 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe girmiştir.

Bu protokolün 6. maddesi gereğince dava konusu yolun ... Genel Müdürlüğünün sorumluluğunda olan yollardan olduğu anlaşıldığından; oluşan bu yeni durum karşısında ... Genel Müdürlüğü davaya dahil edilip

işin esasına girilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçelerle davanın husumetten reddine karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harcının Hazineye irad kaydedilmesine, 10.10.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

İCRA İNKAR TAZMİNATI • KİRA BORCU

ÖZET: Takip konusu kira alacağı kira sözleşmesinde açıkça yazılı olup, davalı borçlu ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumdadır. O halde icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

Y. 6 HD. E. 2015/11315, K. 2016/7530, T. 14.12.2016

Dava, kiralayan tarafından kiracı aleyhine ödenmeyen kira paralarının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali ve icra tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, Bakırköy 6. İcra Müdürlüğü'nün 2012/17826 Esas sayılı dosyasındaki takibin 24.174 TL asıl alacak, 5.167,31 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 29.336,31 TL üzerinden devamına, yasal koşulları oluşmadığından icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına ve takdirde de bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı vekilinin icra tazminatı isteminin reddine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarına gelince:

İcra ve İflas Kanunu'nun 67.maddesinin 2. fıkrası gereğince, icra tazminatına hükmedilebilmesi için, borçlunun takip sırasında ödeme emrine itiraz etmesi ve alacaklının alacağını mahkemede dava ederek haklı çıkması yasal koşullardandır. Borçlunun itirazının kötüniyetli olması ise yasal koşul değildir. icra tazminatı, aleyhindeki icra takibine itiraz eden ve işin çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı konulmuş bir yaptırımdır. Bunlardan başka, alacağın likit ve belli olması da gerekir. Alacağın gerçek miktarı belli, sabit veya borçlu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurlar bilinmekte ya da bilinmesi gerekmekte, böylece borçlu tarafından borcun tutarının tahkik ve tayini mümkün ise; başka bir ifadeyle borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda ise, alacağın likit ve muayyen olduğunun kabulü zorunludur.

Somut olayda: Davacı vekili, 05.05.1999 başlangıç tarihli kira sözleşmesine dayanarak Bakırköy 6. İcra Müdürlüğü'nün 2012/17826 esas sayılı dosyasına kira alacağı ve işlemiş faiz toplamı 54.522,91 TL alacağın tahsili isteminde bulunmuştur. Takip konusu kira alacağı kira sözleşmesinde açıkça yazılı olup davalı borçlu ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumdadır. Bu durumda alacağın likit ve muayyen olduğunun kabulü ile kabul edilen asıl alacak miktarı üzerinden davacı yararına icra tazminatı verilmesi gerekirken yazılı şekilde davacı tarafın icra tazminatı isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428. maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 14.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİ • HAKLI FESİH

PEŞİN ÖDENEN KİRANIN İADESİ • İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: İcra inkar tazminatına hükmedilmesi için; borçlunun borca itiraz etmesi, alacaklının itirazın iptali davasında haklı çıkması, alacağın likit ve muayyen olması gerekir.

Kira sözleşmesinin haklı nedenle feshinden dolayı iadesi istenen peşin ödenmiş kiraya ilişkin dava yargılamayı gerektirdiğinden icra inkar tazminatı söz konusu olamaz.

Y6 HD. E. 2016/6298, K. 2016/7679, T. 20.12.2016

Dava, kira sözleşmesinin feshi nedeniyle peşin ödenen kira bedelinin kiraya verenden tahsili için başlatılan icra takibine yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, taraflar arasında düzenlenen 03/03/2014 tarihli kira sözleşmesi ile 450 m² büyüklüğündeki taşınmazın davalıdan kiralandığını, sözleşme gereğince müvekkili tarafından davaya 3 aylık kiraya mahsuben 28.000 TL ödendiğini, müvekkilinin işyeri açma ve çalışma ruhsatı almak amacıyla belediyeye başvurusu üzerine kiralananın 218 m² olduğu, diğer kısımlarının davalı tarafından ruhsatsız ve kaçak olarak yapıldığı, bu kısımlar için yıkım kararı verildiğini öğrendiğini, bunun üzerine 21/03/2014 tarihli ihtarname ile kira sözleşmesinin feshedildiğini, kiralanın hakkında yıkım kararının bulunmasının müvekkili açısından sözleşmeye devam etmesini imkansız kıldığını, 3 aylık kiraya mahsuben verilen 28.000 TL'nin tahsili için takip başlattıklarını, kira sözleşmesi 03/03/2014 tarihinde düzenlenmiş ise de kiralanın fiili olarak 01/04/2014 tarihinde kullanmaya başlayacak olan müvekkilinin objektif imkansızlık nedeniyle haklı olarak fiili kullanım tarihinden önce sözleşmeyi feshettiği nazara alınarak itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına ve takdirde de bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı vekilinin icra inkar tazminatına yönelik temyiz itirazlarına gelince;

İcra ve İflas Kanunu'nun 67/2.maddesi uyarınca icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun takip sırasında ödeme emrine itiraz etmesi, alacaklının itirazın iptali davasında haklı çıkması, alacağın likit ve muayyen olması gerekir. Eğer alacaklı itirazın iptali davasında haklı çıkar ve borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse, istek halinde alacaklı yararına, eğer borçlu haklı çıkar ve dava reddedilirse bu kez alacaklının takibinde haksız ve kötüniyetli olması koşulu ile yine istek halinde borçlu yararına tazminata hükmedilir. Yasa ile güdülen amaç borçlu olduğu miktarı bilebilecek durumda olan borçlunun ödeme emri üzerine icra borcunu inkar etmesini önlemek, gerçekte alacaklı olmayan alacaklının da borçluya zarar vermesini engellemektir.

Somut olayda, davacı, kira sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini belirterek peşin ödenen kira bedelinin tahsili için yapılan itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Kira sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı yani takibe konu edilen alacağın tayini yargılamayı gerektirmekte olup bu nedenle Mahkemece yargılama sonucunda belirlenen alacak yönünden davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesi doğru değildir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün icra inkar tazminatına hasren **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşması için kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına takdir olunan 1.350.-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 20/12/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA İNKAR TAZMİNATI**•
DAVADAN SONRA YAPILAN ÖDEMELER**

ÖZET: İcra inkar tazminatına hükmedilirken davadan sonra yapılan ödemeler dikkate alınmamalıdır.

Y. 6 HD. E. 2015/11704, K. 2016/7699, T. 20.12.2016

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı itirazın iptali davasına dair kararın temyiz incelemesi duruşmalı olarak davalı tarafından süresi içinde istenilmekle gün tayin edilerek taraflara gönderilen davetiyelerin tebliğ edilmesi üzerine belli günde temyiz eden davalı vekili Av. ... geldi.Karşı taraftan gelen olmadı.Hazır bulunanın sözlü açıklaması dinlendikten sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, kira sözleşmesinin feshi nedeniyle peşin ödenen kira bedelinin kiraya verenden tahsili için başlatılan icra takibine yönelik itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde, taraflar arasında düzenlenen 03/03/2014 tarihli kira sözleşmesi ile 450 m² büyüklüğündeki taşınmazın davalıdan kiralandığını, sözleşme gereğince müvekkili tarafından davalıya 3 aylık kiraya mahsuben 28.000 TL ödendiğini, müvekkilinin işyeri açma ve çalışma ruhsatı almak amacıyla belediyeye başvurusu üzerine kiralananın 218 m² olduğu, diğer kısımlarının davalı tarafından ruhsatsız ve kaçak olarak yapıldığı, bu kısımlar için yıkım kararı verildiğini öğrendiğini, bunun üzerine 21/03/2014 tarihli ihtarname ile kira sözleşmesinin

feshedildiğini, kiralanan hakkında yıkım kararının bulunmasının müvekkili açısından sözleşmeye devam etmesini imkansız kıldığını, 3 aylık kiraya mahsuben verilen 28.000 TL'nin tahsili için takip başlattıklarını, kira sözleşmesi 03/03/2014 tarihinde düzenlenmiş ise de kiralananı fiili olarak 01/04/2014 tarihinde kullanmaya başlayacak olan müvekkilinin objektif imkansızlık nedeniyle haklı olarak fiili kullanım tarihinden önce sözleşmeyi feshettiği nazara alınarak itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına ve takdirde de bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı vekilinin icra inkar tazminatına yönelik temyiz itirazlarına gelince;

İcra ve İflas Kanunu'nun 67/2.maddesi uyarınca icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun takip sırasında ödeme emrine itiraz etmesi, alacaklının itirazın iptali davasında haklı çıkması, alacağın likit ve muayyen olması gerekir. Eğer alacaklı itirazın iptali davasında haklı çıkar ve borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse, istek halinde alacaklı yararına, eğer borçlu haklı çıkar ve dava reddedilirse bu kez alacaklının takibinde haksız ve kötüniyetli olması koşulu ile yine istek halinde borçlu yararına tazminata hükmedilir. Yasa ile güdülen amaç borçlu olduğu miktarı bilebilecek durumda olan borçlunun ödeme emri üzerine icra borcunu inkar etmesini önlemek, gerçekte alacaklı olmayan alacaklının da borçluya zarar vermesini engellemektir.

Somut olayda, davacı, kira sözleşmenin haklı nedenle feshedildiğini belirterek peşin ödenen kira bedelinin tahsili için yapılan itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Kira sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayanıp dayanmadığı yani takibe konu edilen alacağın tayini yargılamayı gerektirmekte olup bu nedenle Mahkemece yargılama sonucunda belirlenen alacak yönünden davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesi doğru değildir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün icra inkar tazminatına hasren **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşması için kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına takdir olunan 1.350.-TL vekalet ücreti

tinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 20/12/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA İNKAR TAZMİNATI • BORÇLUNUN ÖDEMELERİ

ÖZET: Davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilirken; takipten sonra ve davadan önce yapılmış ödemeler dikkate alınmalıdır.

Y. 6 HD. E. 2016/20, K. 2016/7740, T. 21.12.2016

Davacı alacaklı tarafından, davalı borçlu aleyhine kira alacağının tahsili için başlatılan icra takibine davalı borçlunun itiraz etmesi üzerine, davacı alacaklı vekili icra mahkemesinden itirazın kaldırılması, %20 oranında icra inkar tazminatı ve tahliye isteminde bulunmuş, mahkemece itirazın kaldırılmasına, takibin devamına, asıl alacağın :20'si oranında icra inkar tazminatına ve tahliyeye karar verilmiş, karar davalı borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre davalı borçlu vekilin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı alacaklı 20.06.2008 başlangıç tarihli ve iki yıl süreli aylık 3.500.00.- TL bedelli kira sözleşmesine dayanarak 14.01.2015 tarihinde Bakırköy 7. İcra Müdürlüğünün 2015/284 E. sayılı dosyası ile başlattığı icra takibinde Ekim (23014 ayı kira bedelinin süresinde ödenmemesi sebebi ile sözleşmenin 8. maddesi gereğince muaccel hale gelen Ocak, Şubat, Mart, Nisan, Mayıs/2015 aylarına ait aylık 5.500.- TL olmak üzere 27.500.- TL kira alacağının tahsilini istemiştir. Dosya içerisinde yer alan ve davacı alacaklı vekilince de 21.12.2015 tarihinde Bakırköy 7. İcra Müdürlüğünün 2015/284 E. sayılı dosyasına beyan edilen, dava tarihi olan 08.04.2015'den önce ödenen Ocak, Şubat, Mart/2015 aylarına ait toplam 16.500.00.- TL ödemelerin bulunduğu anlaşılmıştır. Davacı 08.04.2015 tarihinde açtığı dava ile itirazın kaldırılmasını talep ettiğine göre mahkemece takipten sonra ve dava tarihinden önce yapılan ödemeler dikkate alınarak davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmetmek gerekirken bu husus gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olmuştur.

Karar bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda 1 no'lu bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının reddi tahliye kararının ONANMASINA, 2 no'lu bentte açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428 ve İİK'nın 366. maddesi uyarınca kararın **BOZULMASINA**, onanan mısım için aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz eden davalıdan alınmasına 21.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA BORCU • BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

ÖZET: Kira sözleşmesinde borcun ödeneceği gün belirtilmiş olup, bu nedenle borçlu kiracının temerrüde düşürülmesi için ayrıca temerrüt ihtiarına gerek yoktur.

Y. 6 HD. E. 2015/11082, K. 2016/7873, T. 27.12.2016

Dava, kira alacağının tahsili için yapılan icra takibine yönelik itirazın iptali ve tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece, itirazın iptali ve tahliye isteminin kabulüne, icra tazminatı ve faize ilişkin talebin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davaya ve takibe dayanak yapılan 20/12/2008 başlangıç tarihli, bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Davacı, 29/07/2013 tarihinde başlattığı icra takibinde, 2013 yılı Mayıs, Haziran ve Temmuz ayları kira bedelinin tahsilini talep etmiştir.

İİK'nın 67. maddesine göre borçlunun itirazının haksızlığına karar verilmesinin kabulü halinde borçlu, diğer tarafın talebi üzerine takip tarihi itibarıyla % 20 dan aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilmesi gerekir. Kira sözleşmesinde ilk yıl kira bedelinin açıkça belirtilmiş olması, devam eden yıllara ilişkin artırım şartının da belirtilmiş bulunması ve takip konusu edilen kira bedelleri konusunda uyumsuzluk olmadığına göre borçlu yönünden borcun hesabedilebilirliği açık olup, alacağın likit olmadığından sözedilemez. Mahkemece borçlunun itirazında haksız olduğu kabul edildiğine ve kira parasının likit olmasına göre kira alacağı bakımından davacı yararına icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken bu yöndeki istemin reddine karar verilmesi doğru değildir.

Öte yandan, kiracının takipten önce temerrüde düşürülmediği gerekçesiyle faiz isteminin reddine karar verilmiş ise de TBK 117 maddesine göre “borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlenmiş ise bu günün geçmesi ile borçlu temerrüde düşmüş olur” hükmüne yer verilmiştir. Kira sözleşmesinde, kira bedelinin ödeneceği tarih belirtilmiş olup ayrıca temerrüde düşürülme için ihtarname aranmaz. Bu nedenle takibe konu aylar kira bedelinin ödeme tarihlerinden itibaren işlemiş faizi de hesaplanarak hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçeyle faiz isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 27/12/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

KATKI PAYI ALACAĞI

ÖZET: Taraflar 24.09.1994 tarihinde evlenmiş, 15.04.2004 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesi sonucunda 06.03.2008 tarihinde boşanmışlardır. Eşler arasında mal rejimi seçilmediğinden evlenme tarihinden 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (TKM'nın 170. m.), bu tarihten mal rejimin sona erdiği boşanma davasının açıldığı tarihe kadar (TMK'nın 225/2. m) yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir.

Y.8 HD., E. 2011/5644, K. 2011/6409, T. 29.11.2011

Davacı-karşı davalı M.N.E. vekili, vekil edeninin evlilik içinde çalışarak evlilik birliğine maddi katkıda bulunurken davalının, İmar Bankası Bakırköy şubesinde açtırdığı iki adet hesapta hazine bonusu adı altında yatırımlar yaptığını, bu yatırımlarda edinilmiş mallara katılma rejimi gereği vekil edenin yarı payı olduğunu açıklayarak 200.000 TL. katılma alacağına davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, birleşen dosyada davaya cevabında ise; iddiaların gerçek dışı olduğunu, evlilik içinde eşin yükümlülükleri sebebiyle alacak istenemeyeceğini açıklayarak birleşen davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Davalı-karşı davacı İ.vekili, vekil edenin 1995 yılında kooperatif evini sattığını, 1997 yılında emekli ikramiyesini eklediğini, evlenirken de belli birikimi olduğunu, bunları yüksek faizlerle değerlendirerek 2003 yılında hazine bonusu aldığını, edinilmiş malların 1.1.2002 de başladığını, bu dönemde malvarlığında artma olmadığını, İmar Bankası'na el konduğu için vekil edenine paranın ödenmediğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. Birleşen dosyada ise; evlilik içinde vekil edenin aile bütçe esine iştiraki, 1.1.2002 sonrası edinilmiş mallara katılma rejimi gereği katılma alacağı, yeni alınan kişisel mallarının bedelleri, davalının babasına ait evde iken kaybedildiği iddia edilen tabancanın bedelini davacıda kalan ziynet eşyalarının iadesi, davalının boşanma davası tarihi sonrası ek kredi kartı ile yaptığı harcamalar, ev ve cep telefon giderleri

sebebiyle zararının giderilerek fazlaya ve faize ilişkin hakları saklı kalmak üzere 100.000 TL alacağın davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, 3.3.2011 tarihli ara karar üzerine 4.4.2011 tarihli dilekçede, talep edilen bedelin 25.000 TL.sinin aile bütçesine iştirak edinilmiş mallara katılma alacağı, kaybolan silah bedeli, 75.0000 TL. bedelin ise tedbir konulmuş olması sebebiyle uğradıkları zararın tazmini olduğu açıklamıştır.

Mahkemece, asıl dosyada talepte bulunan İmar Bankası'ndaki paranın artırılıp tasarruf edilen bir para olmadığı ve henüz tasarruf edilmemiş, davalının tasarrufuna geçmemiş para için alacak istenemeyeceği, birleşen dosyada ise, taleplerin usul ve yasaya uygun olarak ispat edilemediği gerekçeleri ile asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı-karşı davalı M. vekili ile davalı-karşı davacı İ. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar 24.09.1994 tarihinde evlenmiş, 15.04.2004 tarihinde açılan boşanma davasının kabuhüne ilişkin kararın kesinleşmesi sonucunda 06.03.2008 tarihinde boşanmışlardır. Eşler arasında mal rejimi seçilmediğinden evlenme tarihinden 01.01.2012 tarihine kadar mal ayrılığı (TKM'nın 170. m.), bu tarihten mal rejimin sona erdiği boşanma davasının açıldığı tarihe kadar (TMK'nın 225/2. m) yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir.

Müflis İmar Bankası İflas Dairesinin cevabi yazılarındaki bilgiler ve ekindeki ekstrelelere göre asıl dosyada dava konusu edilen İmar Bankası'nda bulunan 15017042 ve 15022822 numaralı banka hesaplarından 15017042 numaralı hesabın, öncesinde 24.12.2001 tarihinde 132.004,04 TL iken Euroya çevrilen ve İ. ile M. N. adlarına açılan hesaptan itibaren açılıp kapanan değişik hesaplardaki miktarlara işlenen faizler neticesinde en son 6.3.2003 tarihinde yazılı hesap numarasında 96.648,75 TL miktarlı hazine bonusu hesabı açıldığı, 15022822 numaralı hesabın ise, öncesinde İ. adına 21.1.1997 tarihinde 52.000 Mark ile açılan hesapla başladığı, daha sonra İ. ile İ., S. ve A. adlarına bazen iki, bazen üç, bazen dört kişi adına açılıp kapatılan hesaplar silsilesi sonunda en son İ. ve A.Ö. adlarına 28.3.2003 tarihinde 319.642,29 TL miktarlı hazine bonusu hesabı açılmış olduğu, bu hesaplara mahkeme tarafından yazılan yazı üzerine İmar Bankası İflas İdaresinin 6.7.2007 tarihli cevabi yazısında tedbir şerhinin işlendiğinin bildirildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece, asıl dosyada dava konusu yapılan hesaplarda bulunan miktarların henüz davalının tasarrufunda bulunmadığı gerekçesi ile dava reddedilmiş ise de; bu hesaplardaki miktarlar bakımından yapılan araştırma ve inceleme, alınan bilirkişi raporları hüküm vermeye yeterli değil-

dir. Eksik inceleme ile karar verilemez. Hesapların bulunduğu İmar Bankası'nın Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 3.7.2003 tarih ve 1085 sayılı kararı ile 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesinin 3. fıkrası gereğince mevduat kabul etme ve bankacılık işlemleri yapma izni 4.7.2003 tarih 25218 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak kaldırılmış, 16/1. maddesine göre bankanın yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmiştir. Alınan cevapta İ.Ö. adına 15017042 numaralı mevduat hesabında 6.3.2003 işlem tarihli 28.1.2004 vade sonlu 96.468,75 TL nominal olarak 148.265,20 TL ve 150228222 numaralı İ.Ö. ve A.Ö. adlarına mevduat hesabında ise 28.3.2003 işlem tarihli 28.1.2004 vade sonlu 319.652,23 TL, nominal olarak 493.839,20 TL görüldüğü bildirilmiştir.

İmar Bankası'nda toplanan tutarların ilgililerine ödenmesi amacı ile 30.5.2007 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzmi Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi'nce Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanunun 1. maddesinde bu kanun uyarınca yapılacak ödemelerde hak sahipliğinin tespitinde banka kayıtlarının esas alınacağı ödemelerin şekli, süresi, faizler gibi hususların Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceği, kanun kapsamında yapılacak ödemelerde ise bankaya yatırılan tutarları ifade eden işlem tutarlarının esas alınacağı yazılıdır. Yine 5667 sayılı Kanunun 1. maddesine göre alınan 13.7.2007 tarihli 12398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında da ödemelerin esas ve usulleri belirlenmiş, banka tarafından toplanan işlem tutarlarının, kararın 4. maddesinin 6. fıkrası ile ödeme yapılacağı, karar kapsamındaki ödemelerde anapara olarak işlem tutarının esas alınacağı, bu tutara 19.1.2004 tarihinden itibaren kararda yazılı esaslara göre faiz tahakkuk ettirileceği yazılıdır.

Açıklanan kanun ve Bakanlar Kurulu kararı karşısında mahkemece yapılması gereken iş; dava konusu banka hesapları ile ilgili ödemeye ilişkin herhangi bir başvuru yapılıp yapılmadığı, başvuru var ise ödeme yapıp yapılmadığı, yapılmış ise hangi tarihte ne kadar ödemenin ne şekilde kime yapıldığı, başvuru yapılmamasının belirlenmesi durumunda hak sahibinin başvurusu durumunda ödeme yapıp yapılmayacağı, yapılamayacaksa sebebi, yapılabileceğinin belirlenmesi halinde kime, hangi tarihte, ne kadar miktar ödemenin yapılabileceği, mahkeme talebi ile hesaplar üzerine konan tedbirin bu ödemelerin yapılmasına engel olup olmadığı hususların ayrıntılı şekilde Tasarruf Mevduatı Sigorta fonundan sorularak, alınacak cevaba ilgili bilgi ve belgelerin eklenmesinin istenmesi, dava konusu hesapların durumunun açıklığa kavuşturulması olmalıdır. He-

sapların niteliği açıklığa kavuşturulduktan sonra karşılıklı iddia ve savunma, dosya arasına getirilen tüm belgeler göz önünde bulundurularak dosyanın önceki bilirkişiler dışında konusunda uzman hukukçu, bankacı ve mali müşavirden oluşan üç kişilir bilirkişiye verilerek davacının hesaplarda bulunan miktarlar üzerinde hangi oran ve ne miktarda alacak hakkının bulunduğu hususunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınmalıdır. Taraf vekillerinin temyiz itirazları bu yönlerden yerinde olup açıklanan hususlar gözetilmeden, hesapların niteliği tam belirlenmeden yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Kabule göre de; davacı M. vekili dava dilekçesinde harcı yatırılan 200.000 TL miktar üzerinden talepte bulunulduğuna, dava reddedildiğine ve davalı İ. yargılama oturumlarında vekille tesil edildiğine göre karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Acet Tarifesi hükümleri gereğince nisbi avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde maktu avukatlık ücreti takdir edilmesi de doğru olmamıştır. Davalı-birleşen dosyanın davacısı İ. vekilinin avukatlık ücretine yönelen temyiz itirazı da yerindedir.

Birleşen dosyada davacı İ. vekili dava dilekçesi ile 4.3.2011 tarihli dilekçesinde, yazılı bir takım talepleri ile ilgili asgari 100.000 TL alacağını bulunduğunu, fazlaya ve faize ilişkin isteklerinin saklı tutulmasını istemiştir. Bakırköy 2. Aile Mahkemesine 25.12.2008 tarihinde 2008/805 Esasında açılan bu dosyada, davacı İ. vekilinin 5.3.2009 tarihli dava konularının aynı olduğuna ilişkin birleştirme isteği ve usul ekonomisi sebebiyle 5.3.2009 tarih 2009/97 sayılı kararı ile Bakırköy 6. Aile Mahkemesinin 2007/395 Esas sayılı dosyası ile birleştirilmesine karar verilmiştir. Birleştirme sonrası tarafların birleşen dosyadaki taleplerle ilgili delillerinin sunulması istenmiş ancak, mahkemece gerek talep gerek sunulan delillerle ilgili bir araştırma inceleme yapılmamıştır. Bu sebeple mahkemenin taleplerin usul ve yasaya uygun olarak ispat edilememiş olduğuna ilişkin gerekçesi yerinde bulunmamaktadır. Birleşen davada birden fazla istek bulunmaktadır. Mahkemece bunların hukuki dayanakların da ayrı oldukları ve davacı vekilinin açıklamaya ilişkin dilekçesinde aile bütçesine iştirak ve edinilmiş mallara katılma alacağından sözedilmiş ise de talebe konu malların neler olduğunun belirtilmediği gözden kaçırılmıştır. Bu nedenle mahkemece, birleşen davadaki istekleri ile ilgili HUMK. 75/2. 213 ve 230. maddeleri de (HMK'nın 31, 147, 169 ve 173. maddeleri) gönenünde tutularak; hakim tarafından davacı İ. veya vekiline yukarıda açıklanan şekilde açıklama yapmaları için süre ve imkan verilmeli, dava ve istek somutlaştırıldıktan sonra taleplerden bir kısmının genel mahkemelerde görülmesi gereken talepleri içerdiği göz önünde bulundurularak görevsiz-

lik kararı verilmesi gerektiği, diğer taleplerle ilgili olarak taraf delillerinin toplanarak yapılacak araştırma ve inceleme sonunda sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken birleşen dosyadaki taleplerle ilgili herhangi bir inceleme yapılmaksıtın hüküm kurulmuş olması da doğru değildir.

Taraf vekillerinin temyiz itirazları açıklanan nedenlerle yerinde goruluğunden kabulü ile usul ve kanuna aykırı bulunan hükmün 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollaması ile 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA** ve 18,40 TL peşin harcın istek halinde temyiz edenlere ayrı ayrı iadesine 29.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

ŞUA İZİNİ • ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI

ÖZET: Şua izni alacağıında zamanaşımı başlangıcı fesih tarihinden itibaren değil, şua iznine hak kazanma tarihinden itibaren başlatılmalıdır.

Y. 9 HD. E. 2009/36989, K. 2012/5590, T. 23.2.2012

Davacı, şua izni alacağıının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi F.U.K. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Yargıtay Kararı:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, üroloji uzmanı olarak çalıştığını, kullandırılmaşan şua izni bulunduğunu ileri sürerek, şua izni alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

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

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının şua izin alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının üroloji uzmanı olarak çalıştığı, davalı kurum tarafından, 2005 yılından sonra şua izinlerinin kullandırıldığı, önceki çalışmalar için şua izni kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. 3153 sayılı nizamnamenin 21 ve 22. maddesinde röntgen ve radyom ile çalışanların günlük azami çalışma süresi günlük 5 saat olarak belirlen-

miştir. İşçinin çalışmasının yasaklandığı dönemde çalışma karşılığı olmaksızın ücret hakkı bulunmaktadır. Aynı dönemde işçinin çalıştırılması halinde, işverence işçinin zararının da karşılanması gerekir. Sözü edilen çalıştırma yasağı, yıllık izin olarak değerlendirilmeyeceğinden iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine son ücretin izin ücreti olarak talep mümkün olmasa da, işçinin çalıştırılmasının yasaklandığı dönemde çalışması halinde işçinin zararının tazmin edilmesi gerekir.

Mahkemece davacının son ücreti üzerinden yapılan hesaba göre alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Ancak şua izni fazla çalışma benzeri alacak olduğundan ve İş Kanununda açıkça düzenlenmediğinden, işçinin sözü edilen zaman dilimi içinde çalıştırılması halinde çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretle hesaplanan çalışılan süre ücreti kadar tazminatın ödenmesi gerekir. Mahkemece çalışılan dönem ücretine göre yeniden hesaplama yapılarak sonuca gidilmelidir.

2- Şua izin alacağı yukarıda da belirtildiği üzere fazla çalışma benzeri çalışma karşılığı olduğundan zamaacşımı da fesihden itibaren değil, şua iznine hak kazanma tarihinden itibaren dikkate alınmalıdır. Davalının zamaaşımı itirazı değerlendirilemediğinden karar bu yönden de hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 23.02.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

GEMİ ADAMI • İŞ SÖZLEŞMESİ • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ

ÖZET: Gemi adamının iş sözleşmesinde aylık maktu ücrete fazla çalışmalarının da dahil olduğunun belirlenmesi halinde haftalık 72 saati ya da günlük 14 saati aşan çalışmaların aylık maktu ücrete dahil olmadığı kabul edilmelidir.

Y. 9 HD. E. 2014/14599, K. 2015/28293, T. 13.10.2015

DAVA: Davacı, ücret, fazla çalışma ücreti alacağı ile icra takibine yapılan itirazın iptali, takibin devamı ile % 40 icra inkar tazminatına hükmedilmesine ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı işveren bünyesinde Deniz İş Kanununa tabi şekilde 2. kaptan olarak aylık 4.750 USD ücretle 26.01.2010-01.04.2010 tarihleri arasında çalıştığını, iş sözleşmesinin sona erdiğini, ödenmeyen ücret alacağı ile fazla çalışma alacağı için yaptığı icra takibine işverence haksız olarak itiraz edildiğini ileri sürerek , itirazın iptalini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar, davacının ücret alacaklarının banka hesabı ile icra dosyasına yatırıldığını, fazla çalışma alacağı bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının ücret alacaklarının banka hesabı ile icra dosyasına ödendiği, iş sözleşmesinde fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu açıkça belirtildiğinden fazla çalışma alacağı talep edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

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 yapıp yapmadığı ve fazla çalışma ücretleri alacakları olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Öncelikle fazla çalışma ücreti sözleşmede kararlaştırılan 4.750 USD net ücretin içinde kararlaştırılmıştır. Dosya içindeki 2010/Şubat ve Mart aylarına ait gemide çalışma saatleri kayıt defterine göre davacının haftalık çalışma saatleri gösterilmiştir. Buna göre günlük 14 saat aşan bir çalışması söz konusu değildir. Buna karşın haftalık çalışma saatleri 52 saat ile 88 saat arasında değişmektedir.

854 sayılı Kanun'a göre fazla çalışma, günde 8 saati ya da haftalık 48 saati aşan çalışmalardır. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi fazla çalışma için yıllık bir üst sınır öngörülmemiştir. Bu nok-

tada kanun boşluğu mevcut olup, bu boşluğun gemi adamının günlük ve haftalık en fazla çalışabileceği süreye kadar fazla çalışma yapılabileceği kabul edilerek doldurulması gereklidir. Söz konusu boşluğun doldurulmasında da 180 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi ile 99/63 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ışık tutacak niteliktedir. Söz konusu uluslararası hukuki metinlere göre de gemi adamlarının yaptığı fazla çalışmanın haftalık yetmişiki saatin üzerinin ya da günlük on dört saatin üstünün iş sözleşmesiyle kararlaştırılan ücretin içinde olmadığı, bu sınırları aşmayan fazla çalışmanın ise içinde olduğu kabul edilmelidir.

Mahkemece gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davacının 2010/Şubat ve Mart aylarında haftalık 72 saati aşan süreler yönünden fazla çalışma alacağı hesaplatılarak hüküm altına alınmalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 13.10.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GARANTİ SÜRELİ SÖZLEŞME

•

BAKIYE SÖZLEŞME ÜCRETİ

ÖZET: Belirsiz süreli sözleşmede beş yıl çalışma şartı konulmuş olup, somut olayda garantili süreli çalışma ve çalıştırma şartı söz konusudur.

Bu durumda bakiye sözleşme süresi ücreti talep edilebilecektir.

Y. 9 HD. E. 2014/22190, K. 2015/35145, T. 11.12.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı Şirket ile aralarında 09.04.2010 tarihli beş yıllık belirli süreli sözleşme imzalanmasına rağmen bu sözleşmenin süresi sona ermeden şifahi olarak sona erdirildiğini iddia ederek kıdem tazminatı ve bakiye süre ücret alacağını tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Uyuşmazlık taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği ve buna bağlı olarak davacı işçinin bakiye süre ücret alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı davalı işyerinde doktor olarak çalıştığı sabittir.

Taraflar arasındaki hizmet akdi başından beri belirsizdir. Ancak sözleşmede 5 yıl çalışmak ve çalıştırma şartı konulduğundan garantili süreli hizmet akdi söz konusudur. Bu nedenle bakiye süre ücretine ilişkin bilirkişi raporu bir değerlendirmeye tabi tutulup fesih tarihinde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 325. maddesi dikkate alınarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 1.100.00 TL.duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 11/12/2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

BELİRSİZ SÜRELİ SÖZLEŞME • EN AZ SÜREYLE ÇALIŞMA KOŞULU

ÖZET: Belirsiz süreli sözleşmeye yazılan en az iki yıl çalışma koşulu geçerlidir.

Buna göre sözleşmeye karşılıklı olarak yazılan cezai şart koşulu da geçerlidir.

Y. 9 HD. E. 2015/23616, K. 2015/26107, T. 17.9.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı; davalının şirkette acil tıp teknisyeni olarak 03/12/2011 başlangıç tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesi ile işe başladığını ve 07/05/2013 tarihli istifa dilekçesi ile şirkete ait hastanedeki görevinden istifa ettiğini, taraflar arasında düzenlenen belirsiz süreli sözleşmenin 3.2 bendinde iki yıldan önce sözleşmeyi fesheden tarafın diğer tarafa 20.000,00 TL tazminat ödemekle yükümlü olduğunu, davalının iki yıllık süreye uymaksızın iş sözleşmesini feshettiğini iddia ederek, 2.000 TL cezai şartın davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı; aralarındaki düzenledikleri sözleşmeyi tamamen okumadan imzaladığını, işe girmek için başka çaresi bulunmadığını, davacının istediği cezai şart miktarının fahiş olduğunu, Türk Borçlar Kanunu' nun 27. Maddesinin emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin veya sözleşmenin kanuna muhalif kısmının kesin hükümsüz olduğunun açıkça belirtildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Davacı, davalının şirkette 03/12/2011 tarihinde işe başladığını, acil tıp teknisyeni olarak çalışırken haklı bir sebep olmadan iş akdini feshettiğini, aralarında imzalanan sözleşmeye göre 2 yıl dolmadığından cezai şart

ödemesi gerektiği halde ödemediğini iddia etmiş, davalı da sözleşmeyi okumadan imzaladığını, çalışmak için başka çaresi olmadığını ve sözleşmede düzenlenen cezai şartın hukuka aykırı olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Davacı işveren, iş akdini 07/05/2013 tarihinde istifa ile sonlandıran davalı işçiden sözleşmeden kaynaklanan cezai şart alacağını talep etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davalının davacı işyerinden 07/05/2013 tarihli dilekçe ile haklı bir neden olmadan istifa ederek ayrıldığı anlaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşme 2 yıl çalışma/ çalıştırma taahhüdü içeren belirsiz süreli hizmet aktidir.

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 3.2 numaralı maddesinde tarafların iş akdini geçerli ve haklı bir neden olmadan 2 yıl dolmadan feshi halinde ödeyecekleri cezai şart düzenlenmiş olup, belirli bir çalışma/ çalıştırma taahhüdünü içeren ve her iki tarafada aynı yükümlülüğü yükleyen bu cezai şart geçerlidir.

Davalı işçinin iş akdini 2 yıllık çalışma taahhüdü dolmadan, haklı bir neden olmadan feshettiği anlaşıldığından cezai şarta hükmedilmesi gerekirken, bu talebin reddi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 17.09.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DAVAYA VERİLEN CEVAP • TANIK LİSTESİ

ÖZET: Davaya süresinde verilen cevapta “tanık” delili bildirilmiştir.

Bu duruma göre tanıkların isim ve adreslerinin bildirilmesi için davalı tarafa süre verilmelidir.

Y. 9 HD, E. 2014/27399, K. 2016/668, T. 13.01.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, sözleşmenin haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile maaş, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarının ödenmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

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

D) Temyiz:

Karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Mahkemece tensip zaptında “Davalı tarafa dava dilekçesi ve ekleri ile ön inceleme ve tahkikat gününün, dava ile ilgili tanıkları dahil tüm delillerini, delillerin ispat edileceği hususları ve tanıkların dinleneceği konuları 2 hafta içinde sunmaları, tanıkları için 30,00 TL ücret, 7,00 TL tebligat gideri, cevap dilekçesinin tebliği için 7,00 TL olmak üzere avansı mahkeme veznesine depo etmeleri için kesin süre verilmesine, verilen kesin süre içinde delil ve tanık bildirmedikleri, gider avansını depo ettirmedikleri takdirde delil bildirmekten ve tanık dinletmekten sarfınazar etmiş sayılacaklarının meşruhatlı davetiye ile tebliğine,” şeklinde ara karar kurmuştur.

Davalı cevap dilekçesine ekli delil listesinde tüm delillerini açıklamalı olarak sunmasına rağmen tanık delili ile ilgili olarak “8) Tanık: Dava konusu olayın aydınlanması amacıyla tanık dinletilecektir. Tanıklarımızın isim ve adreslerini gösterir tanık listemiz bilahare arz edilecektir. Tanık-

larımız savunmalarımızda geçen tüm hususlar bakımından dinlenecektir, 9) Mukabil delil sunma hakkımız saklı kalmak kaydıyla ve bilhassa cevap dilekçemizde geçen savunmazların teyidi bakımından her türlü yasal deliller.” şeklinde bir açıklama yapmıştır.

Mahkemece ön inceleme duruşma zaptında “Davalı vekili tanık bildirmek için süre talep etmiş ise de; basit yargılama usulünde tarafların en geç ön inceleme aşamasına kadar tanıkları dahil tüm delillerini bildirmeleri gerekip bildirmediği gibi mahkememizce tensiben verilen 2b bendi uyarınca verilen kesin süre içinde de tanıkların bildirilmediği anlaşıldığından kesin süre mahkemeyi ve tarafları bağlayıcı olduğundan talebin reddine,” şeklinde karar verilmiştir.

HMK'nın 137. maddesinde ön incelemenin kapsamı şu şekilde düzenlenmiştir;

“(1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyumsuzluk konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

(2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.”

Davalı taraf süresinde verdiği cevap dilekçesinde tanık deliline dayandığını bildirmiştir. HMK'nın 137.maddesi uyarınca davalıya tanıklarının isim ve adreslerini bildirmesi için süre verilerek, tanıkların celbi ile dinlenmeleri gerekirken yazılı şekilde hukukî dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde tanık dinleme talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA** bozma sebebine göre sair hususların bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 13.01.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SENDİKA ÜYELİĞİ

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA

ÖZET: İşçinin sadece sendika üyesi olması toplu iş sözleşmesinden yararlanması için yeterli değildir. Üyeliğin işverene bildirilmesi gerekir.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanma üyeliğinin işverene bildirildiği tarihten itibaren başlar.

Y. 9 HD, E. 2016/22578, K. 2016/17734, T. 11.10.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalılardan ye gemi işyerinde gemi adamı olarak çalıştığını, her ne kadar diğer davalı alt işveren işçisi gibi gözüksede iki davalı arasındaki asıl-alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğunu ve baştan beri işçisi kabul edilmesi gerektiğini ve bu davalının işçileri ile aralarındaki farkın giderilmesi gerektiğini ileri sürerek, ücret, fazla mesai, ulusal bayram-genel tatil, hafta tatili, ikramiye, giyim, temizlik malzemeleri, iâşe, ulaşım, öğrenim yardımı, sosyal harcama tutarı, ramazan yardımı, evlenme yardımı, doğum, ölüm, doğal afet askerlik yardımı alacaklarının tahsilini, istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ... vekili, davacının işvereni olmadıklarını, işveren olan diğer davalı ile aralarındaki ilişkinin de muvazaalı olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı vekili ise, davacı vekilince dava dilekçesinde muvazaaa nedeniyle asıl işverenin diğer davalı ... olduğu kabul ve beyan edildiğinden müvekkili şirkete husumet yöneltilemeyeceğini, esas bakımdan ise müvekkili şirketin faaliyet konuları içerisinde yer alan hizmet ihalesine iştirak ederek işi almış olması karşısında davacının muvazaaa iddiasının dinlenemeyeceğini, müvekkili şirketin hizmet alım ihalesinde idari ve teknik şartnamelerde ve yasada gösterilen hükümlere aynen uyduğunu, işçi haklarının kısıtlanmasının söz konusu olmadığını, işçilerin hak ettiği yerde ödenmeyen herhangi bir alacaklarının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece "davacının davalılardan Ye ait işyerinde diğer davalı ile akdettiği 19.03.2005 - 18.06.2005 ve 01.01.2006 - 31.12.2006 yürürlük tarihli belirli süreli iş sözleşmeleri ile usta gemici olarak çalıştığı, aynı

işyerinde aynı işi yapan iki işçi arasında farklı uygulamanın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği, davacının taleplerinin TİS'e dayalı olmadığı, bu anlamda eşitlik ilkesine aykırı şekilde aynı işi yapan iki işçi arasında farklı uygulama yapılması kabul edilemeyeceğinden dosya hesap yapması için bilirkişiye verilmiş, bilirkişi tarafından verilen gerekçeli ve usul ve yasa uygun 12/12/2014 tarihli bilirkişi raporu nazara alınarak davalıların ıslaha karşı zamanaşımı defileri de dikkate alınarak raporda belirtilen miktarlar üzerinden zamanaşımına uğramayan ilk dava ile talep edilen kısımlar göz önüne alınarak ücret fark alacağı, fazla çalışma fark alacağı, genel tatil fark alacağı, ikramiye alacağı ve sosyal yardım fark alacağının kabulüne, hafta tatil alacağı ve fazlaya ilişkin taleplerin reddine karar vermek gerekmiş" gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı ve davalılardan vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının tüm, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının işe giriş tarihi ile dava tarihi arasındaki süre ve davacının talebi doğrultusunda davacıya emsal olan işçinin ödemeleri dikkate alınarak alacaklar hesaplanmıştır. Emsal gösterilen işçinin işyerinde uygulanmakta olan Toplu İş Sözleşmesinden yararlandığı anlaşılmaktadır.

Davacı 31/3/2006 tarihinde davalı işyerinde örgütlü olup, Toplu İş Sözleşmesi bağtlayan ... Sendikasına üye olmuş ise de davacının sendikaya üyeliğinin işverene bildirildiği tarih araştırılmamıştır. Davacı, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin imzalanmasından sonra sendikaya üye olduğundan ancak sendikaya üyeliğinin işverene bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir.

Mahkemece davacının sendikaya üye olduğunun işverene bildirilip bildirilmediği araştırılmalı, sendikaya üyeliği işverene bildirilmiş ise bu tarihten dava tarihine kadar olan dönem için işçilik alacakları hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Eksik araştırma ile karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 11/10/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GEMİ ADAMI • FAZLA ÇALIŞMALAR
GENEL TATİL ÜCRETİ • İŞ SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Gemi adamının belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışması mümkündür. Sefer kaydı süreli sözleşme için yeterli sebeptir. Ancak seferin açık şekilde belirtilmesi gerekir.

Gemi adamının gemiden ayrılmak istediğine ilişkin matbu belgedeki beyanı iş akdinin gemi adamı tarafından feshedildiğinin kanıtı olarak kabul edilemez.

Gemi adamının gemide bulunduğu sürelerin tamamı çalışma süresi olarak kabul edilemez.

Gemi adamının fiilen çalıştığı veya fiilen çalışmasa da işverenin emir ve talimatlarına hazır olarak beklediği süreler çalışma süresidir.

Haftada 48 saati aşan ya da günde 8 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır.

Gemi adamının aylık maktu ücretine “fazla çalışmaların” dahil olduğunun belirlenmesi halinde haftada 72 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılacaktır.

İş sözleşmesinde aylık maktu ücrete “genel tatil ücretlerinin dahil olduğunun yazılması halinde gemi adamı ayrıca genel tatil ücreti talep edemez.

Y. 9 HD. E. 2014/22725, K. 2016/5978, T. 14.3.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının davalı şirketin M/V Nemtaş 3 Türk adlı gemisinde 16.6.1998-15.9.2009 tarihleri arasında mutfak bölümünde 1. aşçı olarak çalıştığını, işveren tarafından sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini, fazla çalışma yaptığını, genel tatillerde de çalıştığını ve yıllık izin ücretinin ödenmediğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, genel tatil çalışma ücreti ile yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının davalı şirkete ait gemilerde çalışmasının kesintili olduğunu 05.09.2009 tarihinde sözleşmesinin sona ermesi sebebi ile gemiden ayrılmak istediğini bu sebeple hak edip de kullanmadığı 15 günlük yıllık izin ücreti maaşıyla birlikte banka hesabına yatırılmasını talep ettiğini davacının işten böylece kendi isteği ile ayrıldığını, daha sonra davacının aldığı davete rağmen işe gelmediğini, bu bağlamda davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağını, davacıya yapılan ücret ödemesi içinde fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin de yer aldığını, bu durumun hem davacı tarafından imzalanan iş sözleşmelerinde hem de imzalı ücret bordrolarından açıkça belli olduğunu, davacının ücret bordrolarını hiçbir ihtirazı kayıt koymadan imzaladığını ve kendisine yapılan ödemeleri kabul ettiğini, bu nedenle davacının ödenmemiş alacağı bulunmadığını ayrıca davacının ücret alacaklarının 5 yıllık zamanaşımına uğradığını bu nedenlerle davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabul kısmen reddi ile davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin reddine, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti ve genel tatil ücreti alacaklarının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı her iki taraf vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 7. Maddesine göre "Hizmet akti belirli bir süre veya sefer için yahut süresiz olarak yapılabilir. Belirli bir süre için yapılmış hizmet akti bu sürenin bitiminde sona erer". Deniz iş ilişkilerinde belirli süreli iş sözleşmesinde genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin dikkate alınması gerekir. Deniz İş Kanunu'nun da ilk kez belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında objektif veya esaslı neden aranmamaktadır. Ancak yenilenmede objektif ve esaslı bir neden gerekir. Sefer kaydı içeren sözleşmeler ise geçerli ve belirli sürelidir. Sefer kaydı objektif ve esaslı nedendir. Seferin açıkça yazılması gerekir. Sefer açıkça yer almaz ise iş sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir.

Diğer taraftan iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından feshedildiği iddia edildiğinde, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini veya işçinin kendisinin ayrıldığını işveren ispat etmek sorundadır.

Dosya içeriğine, sunulan ve yenilenen sözleşmelere göre davacı gemiadamı ile 16.06.1998-15.09.2009 tarihleri arasında olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleri yapılmıştır. Sözleşmelerin birden fazla yenilenmesi ve sefere bağlı olarak yapılması nedeni ile davacının belirsiz süreli deniz iş sözleşmesi ile çalıştığının kabulü gerekir.

Bu durumda davalı işveren, davacının kendisinin ayrıldığını veya iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini kanıtlayamadığından, dosya içeriğinde bulunan davacının gemiden ayrılmak istediğine dair matbu nitelikteki belge de, davacının iş akdini kendisinin feshettiğine dair delil olarak kabul edilemeyeceğinden, davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığının kabulü gerekirken mahkemece yazılı gerekçe ile kıdem ve ihbar tazminatının reddine karar verilmesi hatalıdır.

3- Gemide çalışanların yaptıkları işin niteliği ve özelliği gereği çalışma süreleri de diğer çalışanlara göre farklı düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu kapsamına giren ve uzak yol seferi yapan gemilerde hem iş süresi hem de bu sürelerin dışında gemide kalma zorunluluğu nedeniyle geçen diğer süreler büyük önem taşımaktadır. Yakın yol seferi veya iç sularda günlük sefer yapan gemilerde ise gemiadamlarının gemide kalma zorunlulukları bulunmadığından iş süreleri de fazla bir özellik göstermez. Deniz İş Kanunu'nun 26/1 maddesine göre "Genel bakımdan iş süresi, günde sekiz ve haftada kırksekiz saattir. Bu süre haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmek suretiyle uygulanır". Deniz İş Kanununda 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak hem haftalık, hem de günlük çalışma süresi belirlenmiştir.

Deniz İş Kanunu'nun 26/2 maddesine göre "iş süresi, gemiadamının işbaşında çalıştığı ve vardiya tuttuğu süredir. Gemiadamının gemide bulunduğu sürelerin tamamı çalışma süresi olarak kabul edilemez. Gemiadamının fiilen çalıştığı veya fiilen çalışmamakla birlikte gücünü işverenin emrinde bulundurduğu, iş verilmesi veya çıkması için beklediği süreler çalışma süresinden sayılmalıdır.

Deniz İş Kanunu'nun 28/1 maddesine göre "Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma sayılır". İş Kanunu kapsamında çalışan işçinin fazla çalışma yapması için onayının alınması gerekirken (Md. 41/7) Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemiadamı için bir onay veya rıza aranmamaktadır. Gemiadamının işvereni, herhangi bir nedene dayanmak zorunda olmaksızın gemiadamına fazla saatlerle çalışma yaptırabilir.

Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan gemiadamının iş başında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süreler, günlük 8 veya haftalık 48 saati aştığı takdirde gemiadamının fazla çalışma yaptığı ortaya çıkar. Gemiadamının ister seyir halinde olsun, ister limanda gemi içinde iken çalışmadan veya vardiya tutmadan geçirdiği süre fazla çalışma olarak değerlendirilemez. Gemiadamının haftalık esasa göre fazla çalışmasının tespit edilmesi için gemiadamının haftanın 7 günü çalışması gerekmektedir. Aksi halde günlük çalışma esasına göre fazla mesai belirlenmelidir. Deniz İş Kanunu'nun 41. maddesi dikkate alındığında, liman ve şehir hattı gemilerde çalışanların bunun dışındadır. Sadece bu gemiler dışında, örneğin uzak sefer yapan gemilerde çalışan gemiadamlarının işin gereği olarak altıncı günden fazla yedi gün çalışması sözkonusu olabilir.

Deniz İş Hukukunda, sözleşmenin taraflarının fazla mesai ücretinin, asıl ücrete dahil olduğu şeklinde sözleşmeye hüküm koymaları mümkündür. Bu sözleşme hükmü geçerlidir. Ancak bunun da bir sınırının bulunması gerekir. Deniz İş Kanunu'nda fazla çalışmalar için günlük veya yıllık bir sınır da öngörülmemiştir. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler için fazla çalışmanın sınırı yılda 270 saat olarak belirlenmiştir (Md.41/8). Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki 270 saat sınırlamasının Deniz İş Kanunu kapsamında çalışanlar için uygulanması, ikisi de özel kanun olduğundan mümkün değildir.

Bu konuda sınır olarak Türkiye tarafından onaylanan uluslararası kaynak olan 180 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesi ile 1999/63/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi dikkate alınabilir. Anılan sözleşme ve direktifin 5. maddelerinde işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması amacıyla çalışma sürelerinde sınırlamaya gidilmiş ve asgari dinlenme süreleri belirlenmiştir. Buna göre "azami çalışma süresi 24 saatlik sürede 14 saati, 7 günlük sürede 72 saati geçemez. Dinlenme süresi ise 24 saatte 10 saatten, 7 günlük sürede 77 saatten az olamaz. Dinlenme saatlerinin 6 saatten az olmamak koşuluyla ikiye bölünerek uygulanması mümkün olup iki dinlenme süresi arasında geçecek zamanın da 14 saatten fazla olmaması gerekir". Buna paralel düzenleme Gemiadamları Yönetmeliğinin 84. maddesinde yer almaktadır. Dinlenme sürelerini belirleyen bu kuraldan da aynı sonuç çıkarılabilir. Fakat yönetmelik dinlenme süresini günlük 10 saat olarak belirlerken, haftalık ise 70 saatten az olamayacağını belirtmiştir. Bu sözleşme ve direktifteki düzenlemeye göre daha az bir süredir. Bu nedenle sınırlamada sözleşme ve direktifin dikkate alınması daha isabetli olacaktır.

Burada temel sınır olarak Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesinin öngördüğü, azami çalışma süresi günde 14, haftada 72 saati geçemez esası kabul edilmeli, 7 günü dahil 72 saate kadar olan çalışmada 48 saat fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dahil olduğu kabul edilmelidir. Davacı gemiadamının sözleşme dönemindeki çalışmasında haftalık 72 saati geçen kısmı var ise fazla mesai ücreti ayrıca hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının çalışma dönemi içerisinde zamanaşımına uğrayan dönem dışlandığında geri kalan altı dönem için dosyaya taraflar arasındaki sözleşmeler sunulmuştur. Bu sözleşmelerde davacının fazla mesai çalışma esasları hususunda 3 farklı durumun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre bilirkişi raporunda 26.05.2005- 29.09.2005 arası dönem için davacının fazla çalışması tanık beyanına göre haftalık 29 saat esası üzerinden, kesintili olarak 4 farklı tarih aralığı için olmak üzere 26.01.2006-07.02.2009 arası dönem için tanık beyanına göre hesaplanan 29 saatten sözleşmelerde aylık ücrete dahil olduğu kararlaştırılan aylık 22,5 saatin mahsubu ile kalan 6,5 saat üzerinden hesap edilmiş, 05.03.2009-15.09.2009 arası dönem için ise, fazla çalışmaların tamamının aylık ücrete dahil olduğu yönünde hesap yapılarak, davacının ayrıca fazla çalışma ücreti alacağı bulunmadığı kabul edilmiştir.

Deniz İş Kanunu'nun 28/son fıkrasına göre "Fazla saatlerle çalışmaları belgelemek üzere işveren veya işveren vekili noterden tasdikli ayrı bir defter tutmak zorundadır. Kanunun 26/3 maddesinde de "3. fıkrada ise "İşveren veya işveren vekilinin, gemiadamının vardiyalarını yemek ve dinlenme zamanlarını bir çizelge ile belirtmek ve bu çizelgeyi gemiadamlarının görebilecekleri bir yere asmak zorunda" olduğu belirtilmiştir.

Davacı gemiadamının fazla çalışma yaptığı, tanık beyanları esas alınarak belirlenmiştir. Sadece tanık beyanı ile fazla çalışma yaptığının kabulü doğru değildir. Yukarıda açıklandığı gibi işverenden Deniz İş Kanunu'nun 26 ve 28. Maddeleri uyarınca gemiadamları listesi, vardiya çizelgesi ve fazla saatlerle çalışmayı belgeleyen tasdikli defter istenmeli, bu belgeler diğer delillerle birlikte değerlendirilerek, yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda, davacının fazla çalışma saatleri belirlenmelidir. Belirlenen bu fazla çalışma saatlerinden taraflar arasındaki sözleşmelere göre aylık ücrete dahil olduğu kabul edilen (aylık 22,5 saat ya da günlük 3 saat fazla çalışmaların aylık ücrete dahil olduğu yönündeki hükümler uyarınca) fazla çalışma saatleri ayrı ayrı mahsup edilmeli, sonucuna göre davacının fazla çalışma ücreti alacağı olup olmadığı hususunda karar verilmeli, davacının fazla çalışmasının bulunduğu sonucuna varılırsa, gerçek ücret

üzerinden fazla çalışma ücreti hesap edilmelidir. Eksik inceleme ile fazla çalışma ücretinin kabulü hatalıdır.

4- 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda, ulusal bayram ve genel tatillerde gemiadamının çalıştırılması durumunda 43. madde düzenlemesi ile "bir iş karşılığı olmaksızın bir günlük ücreti tutarında tatil ücretinin, ücret ödeme şekline bakılmaksızın ayrıca ödeneceği" belirtilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında imzalanan sözleşmelerin genel tatil çalışmasını içeren hükümleri incelenmeli, sözleşmede, genel tatil çalışmaları karşılığı ücretin, asıl ücretin içinde olduğu kabul ediliyorsa, ait olunan dönem için genel tatil ücreti alacağı istemi reddedilmeli, sözleşmede bu yönde hüküm yoksa bu dönemler için tatil çalışmaları karşılığı ücret hesaplanmalıdır. Bu yönde eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 14.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASI • TEKRAR İŞE BAŞLATILMA

KESİNLEŞMİŞ KARAR

ÖZET: İşe iade davası sonucunda işçi, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde kerrar işe başlamak için işverene başvurmalıdır.

Bu nedenle kesinleşme şerhi verilmiş olan mahkeme kararının işçiye tebliğ edilmesi gerekir.

Sadece Yargıtay onama kararının tebliğ edilmesi geçerli değildir.

Y. 9 HD. E. 2014/35917, K. 2016/6976, T. 23.3.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, Davacının davalı şirketin Ümraniye şubesinde çalışmakta iken iş akdinin feshedildiğini ve İstanbul Anadolu 12.İş Mahkemesinin

2012/101 esas 2013/57 karar sayılı dosyaları ile işe iade davası açtığını, mahkeme kararının davacı yönünden 20.09.2013 tarihinde kesinleştiğini, 10 günlük süre dolmadan Kadıköy 4. Noterliğinden gönderilen yazı ile işe iade müracaatında bulunduğunu, işe kabul edilmemesi üzerine İstanbul Anadolu 18.İcra Müdürlüğünün 2013/17556 esas sayılı dosyası ile 8 aylık maaş tutarındaki tazminatın tahsili yönünde icra takibine geçtiğini, davalının itirazı üzerine takibin durduğunu, bu sebeplerle davalının itirazının iptaline, %20 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının İstanbul Anadolu 12. İş Mahkemesinin 2012/101 esas 2013/87 karar sayılı dava sonunda davanın kabulü ile davacının işe iadesi karar verildiğini, bu kararın temyiz edilmesi sonucunda Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2013/15083 esas 2013/16422 karar sayılı onama ilamları ile kesinleştiğini, 30.09.2013 tarihinde işe iade talebinde bulunulduğunu, kesinleşen mahkeme kararının tebliğ tarihi itibarıyla 10 gün içinde başvuruda bulunması gerektiğini, ancak davacının 10 günlük süre içinde başvuruda bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının davalı işverene ait iş yerinde çalışmakta iken iş akdinin feshedilmesi nedeniyle İstanbul Anadolu 12. İş Mahkemesinin 2012/101 esas sayılı dosyası ile işe iade davası açtığı, mahkeme tarafından davacının işe iadesine, 10 iş günü içinde işe başlamak üzere işverene başvurması sonucunda işverence işe başlatılmaması halinde 4 aylık brüt ücreti tutarında tazminatın ve 4 aylık ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiğinin tespitine karar verildiği, kararın temyiz edilmesi sonucu Yargıtay 22.Hukuk Dairesinin 04.07.2013 tarih, 2013/15083 esas, 2013/16422 karar sayılı ilamları ile onanarak kesinleştiği, onama ilamının davacı vekiline 14.08.2013 tarihinde tebliğ edildiği, davacının işe iade başvurusu için süresinin 24.08.2013 tarihinde dolduğu, ancak davacı vekili tarafından Kadıköy 4.Noterliği aracılığıyla 30.09.2013 tarihinde işe başlatma iradesinin davalı işverene bildirdiği, işe iadesinin kabul edilmediği iddiasıyla iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücretlerinin tahsili yönünde İstanbul Anadolu 18.İcra Dairesinin 2013/17556 esas sayılı icra dosyaları ile icra takibine geçtiği, davalının itirazı üzerine takibin durduğu, davacı onama ilamını 14.08.2013 tarihinde tebliğ almasına rağmen 10 iş günü geçtikten uzun bir süre sonra 30.09.2013 tarihinde davalı işverene işe iade başvurusunda bulunduğu, süresinde yapılmayan işe iade başvuru-

sunun geçerli olmadığı, davacının iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ait ücrete hak kazanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

Taraflar arasında işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren 10 gün içinde işverene başvurulup başvurulmadığı konusunda uyuşmazlık mevcuttur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21/5. maddesi gereğince işçi kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. Aynı madde gereğince kesinleşme şerhi verilen mahkeme kararının işçiye tebliği zorunludur. Sadece onama ilamının tebliği kesinleşme şerhli karar tebliğ edilmediğinden geçerli değildir. Dosya içeriğine göre, kesinleşme şerhi 19/09/2014 tarihinde verilmiştir. Davacı vekilinin bu tarihte kararı tebliğ aldığına dair bir delil yoktur. Somut maddi vakiyaya göre davacının süresinde başvurduğunun kabulü ile gerekirken yerinde değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA VE TATİL ÜCRETLERİ

SEMBOOLİK TAHAKKUKLAR

ÖZET: Bordrolar imzalı da olsa; bordroda fazla mesai ve tatil çalışması ücretleri sembolik olarak gösterilmiş ise, bu durumda fark ücretler hesaplanmalıdır.

Y. 9 HD. E. 2014/37956, K. 2016/8727, T. 7.4.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 18/01/2005-03/07/2012 tarihleri arasında asıl işveren ile alt işveren ... bünyesine beton transmixer operatörü olarak

çalıştığını, karşılığında aylık net 1.400,00 TL ücret aldığını, maaşların bir kısmının (sigortaya bildirilen kısım) bankaya yatırıldığını, diğer kısmının elden ödendiğini, emekliliği hak etmesi nedeniyle ihbar öneline uyarak iş akdini feshettiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti, genel tatil ücreti ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalılardan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, husumet itirazında bulunarak davacının hiç bir zaman müvekkili şirkette çalışmadığını, diğer davalı şirket ile müvekkili şirket arasında imzalanan sözleşmeler uyarınca işin ve işçilerin sevk ve idaresinin diğer davalı şirkete ait olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı ... vekili, davacının 01/07/2006-03/07/2012 tarihleri arasında formen olarak çalıştığını, iş akdinin kendisinin ve müvekkili şirketin karşılıklı anlaşmaları neticesinde ikale sözleşmesi ile son bulduğunu, sözleşmede yazılı olan 15.497,14 TL bedelin kendisine ödenmesi üzerine 12/07/2012 tarihinde kendi el yazısı ile ibraname imzaladığını, davacının tüm işçilik haklarını alarak müvekkili şirketi ibra ettiğini ve dava haklarından da feragat ettiğini, daha sonra emekli olmak üzere iş yerinden ayrıldığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemeyece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının emeklilik nedeni ile iş akdini sonlandırdığından kıdem tazminatına hak kazandığı, ücret bordrolarında fazla mesai ücret tahakkukun bulunduğu ve bordrolar imzalı olduğundan davacının fazla mesai ücreti ve resmi tatil alacağı talep edemeyeceği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Uyuşmazlık davalıya ait işyerinde fazla mesai ve genel tatillerde çalıştığı anlaşılan davacının bu ücretinin ödenip ödenmediği, imzalı bordrolar nedeni ile davacının fark talep edemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını, genel tatillerde çalıştığını 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 ve tatillerde çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, 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 veya tatil ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yapıldığı ileri sürülebilir. Ancak, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlanması gerekir. İşçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir.

Bordro imzalı olsa da bordroda fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret göstermelik ve sembolik olarak gösterilmiş ise bu durumda da işçi tanıkla daha fazla mesai ve tatillerde çalıştığını kanıtlarsa, bu durumda fark ücretleri hesaplanmalıdır.

Yukarıda ispat ile ilgili olarak bahsedilen ilkeler; ulusal bayram genel tatil alacakları için de geçerlidir.

Dosya içeriğine göre, davacı taraf fazla mesai ve genel tatil alacaklarının ödenmediğini iddia etmiştir. Davalı ise ödendiğini savunmuştur. Mahkemece davacının ücret bordrolarında tahakkuk bulunduğu, bordrolarında imzalı oluşu ve ihtirazi kayıt içermeyişi gerekçe gösterilerek bu taleplerin reddine karar verilmiştir.

Ancak dosyada mevcut bordroların incelenmesinden; davacı işçiye her ay 4 saat ile 16 saat arasında değişen sürelerle fazla mesai karşılığı ücret tahakkuk ettirildiği, ayrıca genel tatil tahakkuklarının zamlı olmadığı ve çalışılmadan ödenecek genel tatil karşılığı ücret tahakkuk ettirildiği görülmektedir. Dairemiz incelemesinden geçen emsal dava dosyaları ile davacı tanıklarının birbiri ile tutarlı beyanları dikkate alındığında işyerinde yapılan fazla mesainin tahakkuk ettirilenden çok daha fazla olduğu, sembolik gösterildiği ve davacının genel tatillerde çalıştığı anlaşılmaktadır. Gerçek

durumu yansıtmadığı açık olan ücret bordrolarındaki kısmi tahakkuklara itibar edilerek tüm fazla mesai ve genel tatil alacaklarının işçiye ödendiği düşünülemez. Mahkemece tanık beyanlarının birlikte değerlendirmeye tabi tutulması, davacının fazla mesai süresi ve çalıştığı genel tatillerin tespit edilmesi, imzalı olan ve ihtirazi kayıt içermeyen bordrolarda tahakkuk ettirildiği anlaşılan süreler ve ödemeler hesaptan mahsup edilmesi, oluşacak sonuca göre davacının alacaklarının hüküm altına alınması gerekir. Yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 07.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAKSİ ŞOFÖRÜ • HASILAT KİRASI

ÖZET: Ekonomik risk taksi plakalı araç sahibi üzerinde ise iş ilişkisi gündeme gelir.

Y. 9 HD. E. 2016/14014, K. 2016/13596, T. 07.06.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde, davacının davalıların murisi ...'a ait araçta şoför olarak 1999-20.07.2012 tarihleri arasında çalıştığını, iş sözleşmesinin davalılar tarafından haksız ve sebepsiz olarak feshedildiğini iddia ederek davacının kıdem-ihbar tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

B) Davalılar Cevabının Özeti:

Davalılar vekili cevap dilekçesinde, zamanaşımı itirazlarının olduğu, davacının ödenmemiş işçilik alacağı bulunmadığını bu nedenle davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin “hizmet akdi” olmayıp “hasilat kirası” olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Somut uyuşmazlıkta ticari taksi sahibi ile aracı kullanan şoför arasında iş ilişkisi mi yoksa hasılat kirası ilişkisi mi olduğu tartışma konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu 8. Maddesinde iş sözleşmesini tanımlarken bu sözleşmenin asli unsurlarını da belirtmiştir: “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”. İş sözleşmesinin asli unsurları iş görme, ücret, bağımlılıktır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşıl-makta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder.

Hasılat kirasından söz edilebilmesi için hasılat getiren bir taşınır ya da taşınmaz mal, ticari işletme ya da hakkın kira ilişkisinin konusunu oluşturması ve kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile birlikte kiraya verilmesi gerekir.

Taksi şoförü ile taksi sahibi arasındaki ilişki bir iş sözleşmesi olabileceği gibi, somut olayın koşulları dikkate alındığında taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği pekala hasılat kirası olarak da nitelendirilebilir.

Ticari taksi işletilmesinde aracı kullanan şoför üzerinde eğer taksi sahibinin gözetim ve denetimi varsa bu takdirde taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir.

Ancak, araç sahibi aracı taksi şoförüne günlük belirli bir bedel karşılığında kullandırmakta, hasılat ne olursa olsun kendisi sabit bir ücret talep etmekte ve araç sahibi günlük bu bedel dışında taksinin işletimiyle ilgili herhangi bir şeye karışmıyorsa bu takdirde de araç sahibi ile taksi şoförü arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi güçtür. Taksi sahibi taksi şoförüne günün belirli bir saat diliminde tahsis ediyor ve bu tahsis dönemi içinde işçinin işgörme edimini ne şekilde ifa ettiğine, hatta taksiiyi kullanıp kullanmadığına dahi karışmıyorsa, taksi şoförü taksi sahibinden işin yürütümüne ilişkin hiçbir emir ve talimat almıyorsa, çalışma zamanını serbestçe organize edebiliyorsa kişisel bağımlılığın bulunmadığı kabul edilmelidir.

Ayrıca, iş sözleşmesinin çok önemli özelliklerinden biri ekonomik riskin, bir başka deyişle kâr ve zararın işverene ait olmasıdır. İş sözleşmesini bağımsız çalışanlardan ayıran en önemli farklılıklardan birisi de budur (A. Güzel, “Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve

Yeni Bir Ölçüt Arayışı...” İş ve ... Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, İstanbul 1997, s. 21-22). İşçi, işyeri veya işletmede ekonomik riski taşımaz. Bir hukuki ilişkide hukuki ve kişisel bağımlılık yoksa işçinin kar veya zarar riskini taşıması, bu hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olmadığı yolunda tek başına yeterli bir kriter olmasa da çok önemli bir kriterdir.

Genel olarak taksi şoförünün araç sahibine her gün düzenli olarak yaptığı ödemedenden geride kalanın kazanç olduğu bir ilişkide ekonomik riski taşıyanın şoför olacağı açıktır. İş sözleşmesi kazanç-ekonomik bağımlılık temeline değil, otorite-bağımlılık ilişkisine dayanır. İş sözleşmesinde işverenin yönetim hakkı, emir ve talimat verme yetkisi, işçinin de bu emir ve talimatlar doğrultusunda iş görme borcunu ifa yükümlülüğü vardır.

Dosya içeriğine göre... plakalı ticari taksinin sahibinin davahaların murisi olduğu, takside biri gündüzcü biri akşamcı olmak üzere 2 şoförün çalıştığı, davacının bu ticari takside akşamcı olarak çalıştığı ve günlük belirli bir hasılatı araç sahibine ödediği anlaşılmaktadır.

Buna göre taraflar arasındaki ilişkide, ekonomik risk davalı üzerinde olup, davacının davalının talimatı ile hareket ettiği, hukuki ve kişisel bağımlılık bulunduğu sabittir.

Açıklanan bu maddi olgulara göre taraflar arasındaki ilişki iş ilişkisi-dir. Davalı kendisi bedeni çalışmasını ticari takside koymadığından esnaf olarak da nitelendirilemeyeceğinden, İş Kanunu kapsamında kalan davacının istemleri hakkında esasa girilerek karar verilmesi gerekirken davanın yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 07.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ESNAF FAALİYETİ • ÜÇ KİŞİDEN FAZLA ÇALIŞAN OLMASI

ÖZET: 5362 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkar faaliyeti kapsamında kalan işyerinde üç kişinin çalışması halinde, 4857 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin (I) bendi uyarınca, bu işyeri İş Kanununun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede üç işçi yerine "üç kişi"den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri 4857 sayılı Yasa'ya tabi olacaktır.

Y. 9 HD. E. 2016/10911, K. 2016/12877, T. 31.05.2016

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin davalıya ait ... plakalı ticari takside 01/04/2010 yılında işe başladığını, 15/07/2015 tarihine kadar çalıştığını, bu tür çalışmalarda teamül gereği şoförün araç sahibine tüm masraflar kendinde kalmak şartıyla günlük kazancının araç sahibinin belirlediği bir rakamı ödediğini, o gün iş yapamamış veya rakama ulaşmamış olsa da ödeme koşuluna dayandığını, davacının 2015 yılı itibarıyla günlük kazancının 150 TL sini davacıya verdiğini, kendisine günlük 80-100 TL kaldığını, aylık ortalama kazancının 3.000 TL olduğunu, işçilik haklarının ödenmemesi ve ağır çalışma şartları nedeni ile kendisinin işten ayrıldığını ve çalıştığı sürelerle ilişkin işçilik alacaklarının kendisine ödenmediğini iddia ederek davacının işçilik alacakları toplamı olan 12.000,00 TL yasal faizleri ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesinde, araçta çalışanların müvekkili dahil 3 kişiye ulaşmadığını, müvekkilinin ... kaydının bulunduğunu, mahkemenin görevsiz olduğunu, davacının taleplerinin reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davacının ... plakalı araçta şoför olarak çalıştığı ve bu aracın plaka sahibinin de davalı olduğu, kayıtlarına göre 01/04/2010 -

15/07/2015 tarihleri arasında davacının ... kaydının bulunduğu, buna göre davacı ile davalı arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi kabul edilemeyeceği, hasılat kirası olarak kabul edilmesi gerektiği, dava konusu olayda görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Uyuşmazlık, taraflar arasındaki ilişkinin İş Kanunu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve bu bağlamda iş mahkemesinin görevi noktasında toplanmaktadır.

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.

İş Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde iş davalarına bakmak üzere bir asliye hukuk mahkemesi görevlendirilir. İş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesine açılan dava “iş mahkemesi sıfatıyla” açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı veremez. Bu durumda asliye hukuk mahkemesi tarafından, verilecek bir ara kararı ile davaya “iş mahkemesi sıfatıyla” bakmaya devam olunur.

Davanın, İş Kanunu kapsamı dışında kalması halinde, Mahkemenin görevsizliğine ve dosyanın görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Davanın esastan reddi usule aykırıdır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1 inci maddesi uyarınca, İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında, iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yeri iş mahkemeleridir.

4857 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) bendi uyarınca, 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde bu kanun hükümleri uygulanmaz.

507 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde “İster gezici olsun ister bir dükân veya bir sokağın belli yerinde sabit bulunsunlar, ticarî sermayesi ile birlikte vücut çalışmalarına dayanan ve geliri o yer ve gelenek ve teamülüne nazaran tacir niteliğini kazanmasını icap ettirmeyecek miktarda sınırlı

olan ve bu bakımdan ticaret sicili ve dolayısıyla ticaret ve sanayi odasına kayıtları gerekmeyen, aynı niteliğe (sermaye unsuru olsun olmasın) sahip olmakla beraber, ayrıca çalıştığı sanat, meslek ve hizmet kolunda bilgi, görgü ve ihtisasını değerlendiren hizmet, meslek ve küçük sanat sahipleriyle bunların yanında çalışanlar ve geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin 1 inci maddede belirtilen amaçlarla kuracakları dernekler bu kanun hükümlerine tabidir” denilmektedir.

507 sayılı Kanun, 21.06.2005 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5362 sayılı .. Kuruluşları Kanununun 76 ncı maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci cümlesi ile diğer yasaların 507 sayılı Yasaya yaptıkları atıfların 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılacağı açıklanmıştır. Bu durumda 4857 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinde 507 sayılı Yasaya yapılan atıf, 5362 sayılı Yasaya yapılmış sayılmalıdır. Bahsi geçen yeni yasal düzenlemede esnaf ve sanatkâr tanımı değiştirilmiştir. Yeni yasanın 3 üncü maddesine göre esnaf ve sanatkâr, ister gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler olarak belirtilmiştir. 507 sayılı Yasada yazılı olan “geçimini sınırlı olarak kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlükle temin eden kimselerin” sözcüklerine yeni yasada yer verilmemiştir. Yeni yasanın değinilen hükmü karşısında, 21.06.2005 tarihinden sonraki dönem açısından İş Kanununun kapsamı belirlenirken, “geçimini münhasıran bu işten sağlama” ölçütü dikkate alınmamalıdır.

5362 sayılı Yasadaki düzenleme ile esnaf ve tacir ayırımında başka ölçütlere yer verilmiş olup, kamyonculuk, otomobilcilik ve şoförlük yapanların da ekonomik sermayesi, kazancının tacir sanayici niteliğini aşmaması ve vergilendirme gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekecektir. 507 sayılı Yasa döneminde esnaf sayılan kamyoncu, taksici, dolmuşçu gibi kişilerin de bu yeni ölçütler çerçevesinde esnaf sayılmama ihtimali ortaya çıkmaktadır. Ekonomik faaliyetini daha çok bedeni çalışmasına dayandıran düşük gelirli taksi ve minibüs işletmesi sahiplerinin esnaf olarak değerlendirilmesinin daha doğru olacağını belirtmek gerekir. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 28.4.2008 gün 2008/ 3568 E, 2008/ 10904 K.).

5362 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde belirtilen esnaf ve sanatkâr faaliyeti kapsamında kalan işyerinde üç kişinin çalışması halinde, 4857 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin (1) bendi uyarınca, bu işyeri İş Kanununun kapsamının dışında kalmaktadır. Maddede üç işçi yerine “üç kişi”den söz edilmiştir. Bu ifade, işyerinde bedeni gücünü ortaya koyan meslek ve sanat erbabını da kapsamaktadır. İşinde bedeni gücü ile çalışmakta olan esnaf dahil olmak üzere toplam çalışan sayısının üçü aşması durumunda işyeri 4857 sayılı Yasaya tabi olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta, mahkemece, davalı işverenin esnaf statüsünde olup olmadığı yukarıdaki yasal düzenlemeler ve açıklamalar doğrultusunda incelenerek, özellikle davalının iddia edilen çalışma döneminde hangi usulde vergilendirildiği, ayrıca aracın trafik sigortası ve cezalarının kim tarafından ödendiği, aracın kaza yapması durumunda zararın kim tarafından karşılandığı hususlarının araştırılarak yukarıdaki ilkeler de gözeltmek suretiyle, bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 31.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI • KURUMUN RÜCU HAKKI • TAZMİNAT HESABI

ÖZET: Sosyal Sigortalar Kurumunun iş kazalarından doğan rücu davalarında:

a) Bakiye ömrün tespitinde TRH 2010 tablosu esas alınacaktır.

b) Tazminata esas olan gelirin artış ve iskonto oranları %5 olmalıdır.

c) Meslekte kazanma gücünün %60'ın altında kaldığı durumlarda sigortalının çalışıp yaşlılık aylığına hak kazanacağı dikkate alınarak pasif devre hesabı yapılmamalıdır.

Y. 10 HD E. 2014/2611, K. 2014/27437, T. 19.12.2014

1) Hükme esas kusur raporunda, davalı İnşaat Limited şirketinin % 75, taşeron Emin'in % 5 , sigortalının ise % 20 oranında kusurlu bulunduğu, 3. kişinin teselsülüne dayalı olarak talepte bulunulduğundan % 80 kusur oranına göre hüküm kurulduğu anlaşılmıştır.

Olay tarihinde yürürlükte olan 5510 sayılı Kanununun 12. maddesi hükmüne göre alt işveren , bir işte veya bir işin bölüm veya eklentisinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişidir. Asıl işverenin işçisinden dolayı taşeronun 3. kişi kapsamında kusuru saptanamaz ise sorumlu tutulması mümkün bulunmamaktadır. Sigortalının işe giriş bildirgesi ve taşeronluk sözleşmesi celbedilerek, ceza dosyası ve tazminat dosyası da incelendikten sonra, sigortalının kimin işçisi olduğu saptandıktan sonra, asıl işverenlik taşeronluk ilişkisi yöntemince araştırılıp gerekirse yeniden kusur raporu alınmaksızın , bu kusur dağılımının Kurum'un rücu alacağını etkileyeceği yönü dikkate alınmaksızın eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma sebebidir.

2) Davanın yasal dayanağını oluşturan ve işverenin iş kazası veya meslek hastalığından sorumluluğunu düzenleyen 5510 sayılı Kanununun 21/1'inci maddesinde; sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan ya da ileri-

de yapılması gereken harcama ve ödemeler yönünden herhangi bir sınır öngörülmemişken; bağlanan gelirler yönünden, gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamına, sigortalı veya hak sahibinin işveren- den isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği ön- görülmüştür. Bunun bir gerçek zarar hesabını gerektireceği açıktır. Ger- çek zarar hesabı, tazminat hukukuna ilişkin genel ilkeler doğrultusunda yapılmalıdır. Sigortalı sürekli iş göremezlik durumuna girmişse bedensel zarar hesabı, ölüm halinde ise destekten yoksun kalma tazminatı (818 sayılı Borçlar Kanununun 45 ve 46, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54 ve 55'inci maddeleri) hesabı dikkate alınmalıdır.

a- Uygulamada, sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürleri 1931 tarihli "PMF (Population Masculine et Feminine)" Fransız yaşam tablo- sundan yararlanılmakta ise de; Başkanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacet- tepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danış- manlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmış olup, Sos- yal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin ser- maye değerlerinin hesabında anılan tabloların uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olup, ger- çeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, Ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosu bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınmalıdır.

b- Tazminatların peşin olarak hesaplanması, oysa gelirlerin taksit tak- sit elde edilmesi, bu nedenle peşin belirlenen tazminattan her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ek- leneneği nazara alınarak, tazminata esas gelire iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre; önce- ki uygulamalardaki gibi %10 iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları da nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel ola- rak %5 oranının uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır.

c- Meslekte kazanma güç kaybı oranının % 60'ın altında kaldığı durum- larda, sigortalının işgöremezlik oranına bağlı olarak emsallerine göre faz- la efor harcamak suretiyle de olsa, çalışmasını sürdürüp yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün bulunduğundan, 60 yaş sonrası pasif dönem için zarar hesabı yapılmasına olanak bulunmadığı gözerilmelidir.

Somut olayda; gerçek zararın yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve yanılığılı değerlendirme ile yetersiz hesap raporunda belirlenen gerçek zarar esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Mahkemece; yukarıda açıklanan maddi ve hukuki ilkeler uyarınca gerçek zarar tavan hesabı yapılmaksızın, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, taraf vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istem halinde davalıya iadesine, 19.12.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • RÜCU DAVASI

•

KUSURUN VE TAZMİNATIN TESPİTİ

ÖZET: Sosyal Sigortalar Kurumu'nun iş kazasından dolayı açtığı rücu davasında, sigortalının veya hak sahiplerinin açtığı davada belirlenen kusur oranı ile tazminat miktarı rücu davası bakımından bağlayıcıdır.

Bu nedenle asıl hak sahibinin açtığı dava rücu davası için bekletici mesele olmalıdır.

Tazminat hesabında; TRH 2010 tablosu uygulanmalı, iskonto oranı %5 olmalı ve maluliyetin %60'ın altında kaldığı durumlarda pasif devre hesabı yapılmamalıdır.

Y. 10 HD. E. 2015/5962, K. 2016/9135, T. 02.06.2016

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, taraflar vekillerince temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-)Dava, 16.04.2011 tarihli iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan gelirler ile ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ve yapılan tedavi giderlerinden oluşan sosyal sigorta yardımlarının davalı işverenden rücu tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Yasanın 21/1 ve 76/4. maddeleridir.

5510 sayılı Kanununun 21. maddesine dayanan rücu davalarında kusurun belirlenmesinde, mahkemece, öncelikle iş kazasının ne şekilde olduğu, dosya içeriğindeki tüm deliller takdir olunarak, varsa çelişki giderilerek belirlenmeli ve kabul edilen maddi olgular doğrultusunda, kusur oran ve aidiyeti konusunda bilirkişi incelemesine gidilmelidir.

Davaya konu somut olayın, davalıya ait pamuk telefi imali işyerinde tarak ustası olarak çalışan sigortalının olay günü çalıştığı tarak makinesinin besleme zincirinin kopması üzerine başka bir makinden çıkardığı besleme zinciri ile değiştirdiği esnada sol el 3,4 ve 5. parmaklarının besleme zinciri ile dişli arasına sıkışması sonucu yaralanması şeklinde gerçekleştiği belirtilmektedir.

İş kazası hakkında, Kurum denetmenince düzenlenen raporda davalı işverenin %80 oranında, kazalı sigortalının %20 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği, hükme esas alınan kusur raporunda ise, davalı işverene %25, kazalı sigortalıya %75 kusur izafe edildiği, bu şekliyle olay hakkındaki kusur oran ve aidiyeti hususundaki tereddüt giderilmeksizin karar verildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, anılan raporlar arasındaki çelişkiyi giderecek şekilde, işveren, ya da, işverenlerin sorumluluğunun belirlenmesi için İşçi sağlığı ve İş Güvenliği mevzuatı ile iş kazasının vuku bulduğu iş kolunda uzman bilirkişi veya bilirkişilerden, iş güvenliği mevzuatına göre işveren veya işverenlerce hangi önlemlerin alınması gerekeceği, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığı ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığı irdelenecek şekilde, oluşa uygun kusur raporu alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

2-) 5510 sayılı Kanununun İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin sorumluluğunu düzenleyen 21'inci madde hükmü, sigortalıya ya da ölümü halinde hak sahiplerine bağlanan gelirler ile yapılan harcama ve ödemelerin işverenden rücu tahsili koşulları düzenlenmiş olup; işverenin sorumluluğu için, zarara uğrayanın sigortalı olması, zararı meydana getiren olayın iş kazası veya meslek hastalığı niteliğinde bulunması, zararın meydana gelmesinde işverenin kastının veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketinin

ve bu hareket ile meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Buradan, işverenin, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuatın kendisine yüklediği, objektif olarak mümkün olan tüm tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu nedenle iş kazası veya meslek hastalığı şeklinde sosyal sigorta riskinin gerçekleşmesi halinde, kusur esasına göre meydana gelen zararlardan Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı rücuca sorumlu olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

Sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken harcama ve ödemeler yönünden maddede herhangi bir sınır öngörülmemişken; bağlanan gelirler yönünden, gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamına, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği öngörülmüştür. Ancak, sigortalıya genel sağlık sigortası kapsamında yapılan sağlık hizmeti giderlerinin işverenden rücuca tahsili 5510 sayılı Kanununun 76'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiş olduğundan, aynı Kanununun 21'inci maddesi kapsamı dışında olduğu kuşkusuzdur.

Maddedeki "gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin" rücuca konusunu oluşturacağına ilişkin açık düzenleme karşısında; bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin hesabında nazara alınan gelir miktarındaki başlama tarihinden sonraki kanun ve katsayı değişiklikleri nedeniyle meydana gelecek artışlar Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından istenemez. Kurumun işverenden rücu hakkının hukuksal temeline gelince:

Hukuk Genel Kurulu'nun 03.02.2010 tarih, Esas, Karar sayılı kararında açıklandığı üzere; başkasına ait bir borç nedeniyle alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını kanunda belirtilen durumda ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesine halefiyet denir. Rücu hakkı ise başkasına ait borcu yerine getiren kişinin mal varlığında meydana gelen kaybı gidermeyi amaçlayan tazminat niteliğinde bir istem hakkıdır.

Gerçekte de; halefiyet ve rücu, aynı amaca, zarar görenin (alacaklının) tatmin edilmesine yönelik birbiri ile çok yakından ilgili iki hukuksal kurum olarak görülmektedir. Nitekim; her ikisinde de, başkalarına ait borcu yerine getiren kişinin, asıl borçluya karşı bir alacak elde etmesi ve bu hakka dayanarak borçludan bir istemde bulunması bu sonucu doğrulamaktadır.

Bir borcu yerine getiren kimsenin alacaklının haklarına halef olabilmesi için halefiyetin kanunda açıkça öngörülmüş bulunması gerekir. Ka-

nunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Halefiyet kanununda belirtilmiş belirli durumlarda doğar. Diğer bir anlatımla halefiyet halleri sınırlı sayıda olma (numerus clausus) kuralına bağlıdır. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir.

5510 sayılı Kanunun “İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu” başlıklı 21’inci maddesinin birinci fıkrasında; “iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.” hükmüne yer verilmiştir.

Kastı ya da sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi ile iş kazası veya meslek hastalığına neden olan işveren, sigortalı veya hak sahibine karşı tazminat ödeme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Madde metninden anlaşılacağı üzere, bu durumda sigortalı ya da hak sahiplerine sosyal sigorta yardımlarında bulunan Kurumun yaptığı yardımları, işverenden rücu isteme hakkı vardır. İşverenin borcunun sözleşmeden aykırılık kaynaklı olup, geçerli bir borç olduğu ve alacaklı konumundaki sigortalı veya hak sahibinin bu yardımlarla kısmen ya da tamamen tatmin edildiği açıktır. Burada sigortalı veya hak sahibine Kurumca bağlanan gelirler yönünden tazminat miktarı başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri olarak öngörülmüştür. Ancak açıkça söz konusu tutarın, sigortalı veya hak sahibinin işverenden isteyebileceği tutarı aşamayacağı, bir başka deyişle kurumun rücu hakkının anılan tutara bağlı ve sınırlı olduğu düzenlenmiştir. İşverenden istenebilecek tutarın belirlenmesi ise, bir gerçek zarar hesabını zorunlu kılmaktadır.

Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 55’inci maddesiyle, kurum tarafından rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinin destekten yoksun kalma ve bedensel zararlardan veya tazminattan indirileceği öngörülmüştür. Bu durumda borçlu işveren, kurumun yaptığı anılan tazminata ilişkin ödemeler kadar borç yönünden, asıl alacaklı hak sahibi ya da sigortalıya karşı sorumluluktan kurtulmaktadır. Oysa işverenin, aynı tutar için kuruma karşı sorumluluğu, 5510 sayılı Yasanın 21’inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında devam etmektedir.

Yukarıda açıklanan hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde, sigortalı ya da hak sahibini tatmin eden kurumun 5510 sayılı Yasanın 21'inci maddesinin birinci fıkrasındaki rücu hakkının halefiyet hukuksal temelini dayandığının kabulü gerekir.

Halefiyet ilkesi gereği işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun kapsamı maddede açıklanmış olup; madde metninde sigortalı veya hak sahibinin "alabileceği" değil, "isteyebileceği" miktardan bahsedilmektedir. Sigortalı ya da hak sahibinin "isteyebileceği" tutar, işverenin yaptığı hariçi ödemeleri de içeren, dolayısıyla bu ödemelerin mahsup edilmesinden önceki toplam tutarı; "alabileceği" tutar ise tüm ifa amacını taşıyan ödemeler dışlandıktan sonra kalan tutarı ifade etmektedir. Bir başka deyişle; sigortalı veya hak sahibinin isteyebileceği miktar, açıkları ve kesinleşen tazminat davasında belirlenecek gerçek zarardan ibarettir. Bu nedenle, sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazminat davası açılması halinde, kesinleşen tazminat davasında alınan ve 5510 sayılı Kanununun 21'inci maddesine uygun şekilde saptanan kusur ile belirlenen gerçek zarar miktarının eldeki rücu tazminat davasında da Kurum yönünden bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, sigortalı ya da hak sahipleri tarafından herhangi bir tazminat davası açılmamış ise; Mahkemece gerçek zarar tutarının usulünce belirlenmesi gerekeceği açıktır.

Öte yandan gerçek zarar hesabı, tazminat hukukuna ilişkin genel ilkeler doğrultusunda yapılmalıdır. Sigortalı sürekli iş göremezlik durumuna girmişse bedensel zarar hesabı, ölüm halinde ise destekten yoksun kalma tazminatı (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 45 ve 46, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54 ve 55'inci maddeleri) hesabı dikkate alınmalıdır.

Bu kapsamda;

a) Sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda Fransa'dan alınan 1931 tarihli "PMF" cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmıştır. Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olduğundan, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır.

Bu durumda, ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosunun tazminat hesabına esas bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınmalıdır.

b)Tazminatların peşin olarak hesaplanması, oysa gelirlerin taksit taksit elde edilmesi, bu nedenle peşin belirlenen tazminattan her taksitte

ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre; önceki uygulamalardaki gibi %10 iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları da nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak %5 oranı uygulanmalıdır.

c) Meslekte kazanma güç kaybı oranının % 60'ın altında kaldığı durumlarda, sigortalının iş göremezlik oranına bağlı olarak emsallerine göre daha fazla efor harcamak suretiyle de olsa, çalışmasını sürdürüp yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün bulunduğundan, 60 yaş sonrası pasif dönem için zarar hesabı yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Somut olayda; gerçek zararın yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve yanılığın değerlendirme ile, yetersiz ve ayrıca davalı işverenin % 25 oranında kusurlu olduğunu kabul etmesine karşın sorumluluğunu % 75 kusur karşılığı olarak hesaplayan maddi hataya dayalı hesap raporunda belirlenen gerçek zarar esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması, usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, taraflar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 02.06.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ • KESİNTİSİZ ÇALIŞMA

ÖZET: Sadece banka kayıtlarıyla hizmet tespiti kararı verilemez.

Y. 10 HD. E. 2014/531, K. 2014/7242, T. 31.03.2014

Dava, hizmet tespiti istemine ilişkindir.

Mahkeme, ilâmda belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davacı, davalı Kurum ve işveren avukatları tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okundu. Davalı işveren vekili tarafından , duruşma talebinde bulunulmuş ise de, temyiz konusu hükme ilişkin dava, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici 3. maddesi delaletiyle 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesinde sayılı ve sınırlı olarak gösterilen hâllerden hiçbirine uymadığından, temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin isteğin reddine karar verildikten sonra, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Uyuşmazlık; davacının davalı işyerinde talep konusu dönemde kesintisiz olarak fiilen çalışıp çalışmadığı noktasındadır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Geçici 7. maddesi uyarınca davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesidir. Anılan Kanunun 6. maddesinde ifade edildiği üzere, “sigortalı olmak hak ve yükümlünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez.” Anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkin olduğundan, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur. Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde re’sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; davacı, 01.06.2004- 01.05.2011 tarihler arasında davalı işverenin hasta ola kızına baktığını ve bu dönem-

de geçen çalışmaların tespitini talep etmiştir. Davacının, talep konusu dönemde, 25.10.2004-01.03.2005 tarihler arasında dava dışı işyerinden bildirimlerin yapıldığı ancak davalı işveren tarafından bildirimlerinin bulunmadığı belirgindir. Mahkemece, banka kayıtları esas alınmak suretiyle 06.06.2006-02.05.2011 tarihler arası çalışmaların tespiti şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Mahkemenin kabulü, eksik araştırma ve incelemeye dayalıdır. Davalı işveren ile eşinin boşanmış olduğu anlaşılan eldeki davada, gerek davalı, gerekse dinlenen tanıklar, davalının kızının dönem dönem de annesinde kaldığını beyan etmeleri karşısında, Mahkemece, davalının eski eşinin beyanının alınarak, müşterek kızlarının hangi dönemde annede, hangi dönemde babada olduğu hususunun sorulması, velayetin bu dönemlerde kimde olduğu araştırılarak, dosya içinde mevcut bulunan davalının vesayet talebine ilişkin dosyanın nasıl sonuçlandığı irdelenmeli, banka kayıtlarına bakıldığı zaman bu ödemelerin düzenli olmadığı gibi 2006-2007-2008 yıllarında sadece 1 adet ödemenin mevcut bulunduğu, ödemelerin süreklilik arz etmemesinin nedeni araştırılarak buna göre davacıya ödemelerin nasıl yapıldığı, yazılı belge bulunup bulunmadığı sorulmalı, resen araştırma ilkesi gereğince annenin ikamet ettiği çevrede de bir araştırma yapılarak, müşterek kızın anne ile hangi dönemde kaldığını bilebilecek olan tanıkların tespiti ile bunların dinlenmesi, hasıl olması halinde çelişkilerin giderilmesi, böylece bu konuda gerekli tüm soruşturma yapılarak uyumsuzluk konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep birlikte değerlendirilip takdir edilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.

Mahkemenin, yukarıda açıklanan esaslar doğrultusunda araştırma yaparak elde edilecek sonuca göre karar vermesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı, davalı Kurum, davalı işveren avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacı ve davalı Ö. T.'a iadesine, 31.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

RÜCU DAVASI • TARAF TEŞKİLİ

ÖZET: Eğer, tasfiye işlemleri gerçek olarak tamamlanmamış ve tasfiyede gereken hususlar eksik bırakılmışsa tüzel kişilik ticaret sicilinden terkin edilse bile şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiğinden söz edilemez. Dava açılmadan önce sicilden terkin olduğu anlaşılan şirket hakkında ihya yapılması için yasal prosedür işletilmek suretiyle ihyasına dair karar alındıktan ve mevcut tereddüt giderildikten sonra, sonucuna göre, HMK 124. maddesi uyarınca usulüne uygun husumet yönetilmesi ile taraf teşkilinin sağlanması ve hasil olacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi gerekir.

Y. 10 HD. E. 2015/7370, K. 2015/7205, T. 14.04.2015

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde dava koşulu yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir.

Dava ehliyeti, kişinin bizzat veya vekili aracılığıyla bir davayı davacı veya davalı olarak takip etme ve usuli işlemleri yapabilme ehliyetidir. Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildedir; dolayısıyla, medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyetine) sahip gerçek ve tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirle.

Davanın tarafları, taraf ehliyetine sahip olmalıdır. Yani, bir davada taraf olabilmek için ya, hakiki şahıs; ya da hükmi şahıs olmak gerekir. Zira, taraf ehliyeti, medeni hukukun haklardan istifade ehliyetine tekabül eder (Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 288).

Tüzel kişilik, ticaret sicilindeki kaydın terkinini ile sona erer. Tüzel kişiliğin sona erdiğinin hukuk açısından kabul edilebilmesi için, tasfiye işleminin eksiksiz tamamlanmış olması gerekir. Eğer, tasfiye işlemleri gerçek olarak tamamlanmamış ve tasfiyede gereken hususlar eksik bırakılmışsa tüzel kişilik ticaret sicilinden terkin edilse bile şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiğinden söz edilemez.

Mahkemece; davalı şirketin 20.11.2012 tarihinde ticaret sicilinden terkinin yapılması nedeniyle taraf ehliyeti olmadığından dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

“Tarafta iradi değişiklik” başlıklı 6100 sayılı HMK’nın 124. maddesinde;” (1) Bir davada taraf değişikliği, ancak karşı tarafın açık rızası ile mümkündür. (2) Bu konuda kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır. (3) Ancak, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hakim tarafından kabul edilir. (4) Dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılma dayanırsa, hakim karşı tarafın rızasını aranmaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir. Bu durumda hakim, davanın tarafı olmaktan çıkarılan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen kişi lehine yargılama giderlerine hükmeder.” düzenlemesi öngörülmüş olup, anılan düzenleme çerçevesinde; dava açılmadan önce sicilden terkin olduğu anlaşılan şirket hakkında ihya yapılması için yasal prosedür işletilmek suretiyle ihyasına dair karar alındıktan ve mevcut tereddüt giderildikten sonra, sonucuna göre, HMK 124. maddesi uyarınca usulüne uygun husumet yönetilmesi ile taraf teşkilinin sağlanması ve hasil olacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi gerekir.

Mahkemenin, yukarıda açıklanan esaslar doğrultusunda araştırma yaparak elde edilecek sonuca göre karar vermesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm sair yönler incelenmeksizin bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozmanın niteliğine göre sair hususların incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 14.04.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK • İŞ KAZASI • KUSUR DURUMU

ÖZET: Öncelikle davanın yasal dayanaklarının 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ile 87. maddesi ve olduğu dikkate alınarak ceza davasındaki maddi olguları irdeleyen ve meydana gelen iş kazasında davalıların sorumluluklarının belirlenmesi için olayın meydana geldiği iş kolunda iş güvenliği hususunda uzman bilirkişilerden çelişkiyi giderecek şekilde kusur raporu almak, sonrasında ise teselsüle dayalı olarak açılan bu davada davacı kurum alacağının belirlenmesi ile maddi ve hukuki olgular çerçevesindeki bir karar vermektir.

Y. 10 HD. E. 2017/666, K. 2017/2871, T. 04.04.2017

Asıl ve birleşen davalar 01.09.2005 tarihinde meydana gelen trafik-iş kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerden oluşan kurum zararının davalılardan müteselsilen tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Kurum ile davalılardan ... Genel Müdürlüğü ile ...İnşaat Elektrik San. Tic. Ltd. Şti. avukatları tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Kazanın meydana geldiği tarih itibari ile yürürlükte bulunan 506 sayılı Yasa kapsamında davanın yasal dayanağı olan 506 sayılı Yasanın 26. maddesindeki, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı (Anayasa Mahkemesinin 23.11.2006 tarihli ve E:2003/10 K:2006/106 sayılı Kararı ile bu fıkroda geçen "sigortalı veya haksahibi kimselerin iş-

verenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere” bölümü iptal edilmiştir.) Kurumca işverene ödettirilir... İş kazası veya meslek hastalığı, 3. birkişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3. kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir.” düzenlemesine göre; davaya konu iş kazasında kusurlu olanlar davacı Kurumun rücu alacağından kusurları karşılığı sorumludur.

Kusur raporlarının, 506 sayılı Yasa'nın 26., 4857 sayılı Yasa'nın 77. ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2 vd maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir. 4857 sayılı Yasanın 77. maddesi; “İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar...” düzenlemesini içermektedir. Anılan düzenleme, işçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereğinden hareketle; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır. İş kazasının oluşumuna etken kusur oranlarının saptanmasına yönelik incelemede; ihlal edilen mevzuat hükümleri, zararlı sonuçların önlenmesi için koşulların taraflara yüklediği özen ve dikkat yükümüne aykırı davranışın doğurduğu sonuçlar, ayrıntılı olarak irdelenip, kusur aidiyet ve oranları gerekçeleriyle ortaya konulmalıdır.

Buna göre; işverenin ve üçüncü kişilerin iş kazasındaki kasıt veya kusurunun tespiti amacıyla; iş kazasının oluşumuna ilişkin maddi olguların eksiksiz biçimde saptanması, sorumluluğu gerektiren her koşulun, kendi özelliği çerçevesinde araştırılıp irdelenmesi, işveren ve diğer ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi gerekir.

Bu kapsamda; 6331 sayılı Kanunun 37'nci maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılan ancak zararlandırıcı sigorta olayının meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77'nci maddesi uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güven-

liği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumluluktan konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek zorundadırlar. Anılan madde ile, işverenlere, işçi sağlığı ve iş güvenliği kavramından kapsamlı olarak, her türlü önlemi almak yanında, bir anlamda objektif özen yükümlülüğü de öngörülmektedir. Bu itibarla işverenin, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan sarfınazar etmesi kabul edilemez.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) ortak Komisyonunda işçi sağlığının esasları: Bütün işkollarında işçinin fiziksel, ruhsal ve sosyo-ekonomik bakımdan sağlığını en üst düzeye çıkarmak ve bunun devamını sağlamak; çalışma şartları ve kullanılan zararlı maddeler nedeni ile işçi sağlığının bozulmasını engellemek; her işçiyi kendi fiziksel ve ruhsal yapısına uygun işte çalıştırmak; özet olarak işin işçiyi ve işçinin işe uyumunu sağlamak olarak tanımlanmaktadır. Belirlenen amaçlara ulaşmak, dolayısıyla iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek temel sorumluluktur. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.11.2006 gün ve E: 2006/10-696, K: 2006/704 sayılı kararı).

Eldeki davada ise 31.01.2012 tarihli ve 06.04.2012 tarihli raporlarda davalı işveren şirketin kusursuz, davalılardan ...'ın %30, davalı ...'nın %50 ve Kazalının ise %20 kusurlu olduğu kabul edilmiş iken, Mahkemece hükme esas alınan 16.04.2013 tarihli kusur raporunda davalı işveren şirketin %30, davalılardan ...'nın %20, davalı ...'nın %30 ve kazalının ise %20 kusurlu olduğu hususu kabul edilmiş olmakla, kusur oranları ve aidiyeti hususunda meydana gelen açık çelişkiyi giderecek şekilde bir kusur raporu aldırılmak gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

2-Davaya konu olayda, davalılardan ... Genel Müdürlüğü ile ...İnşaat Elektrik San. Tic. Ltd. Şti. arasında karayollarının bakım ve onarımını konu edinen sözleşmeye dayalı olarak yapılan bir iş sırasında kazanın meydana geldiği anlaşılmakta ise de, bu davalılar arasındaki ilişkinin net olarak belirlendiğinden bahsedilmesi olanaksızdır.

506 sayılı Kanununun 87. maddesi hükmüne göre aracı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentisinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişidir.

Asıl işveren taşeron ilişkisinin varlığı için öncelikle, işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına

devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir.

İşin belirli bir bölümünde değil de, tamamının bir bütün halinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir.

Aracı sıfatının kazanılmasında diğer koşullar ise; asıl işverenden istenilen işin, asıl iş ya da işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklenmelerinde alınmış olması ve bu işte işi alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır.

Eldeki davada, davalılardan davalılardan ... Genel Müdürlüğü ile ...İnşaat Elektrik San. Tic. Ltd. Şti. arasında yapılan tüm sözleşmeler celbedilerek, aralarındaki hukuki ilişki irdelenmeli, bu kapsamda yapılan sözleşmenin nispi niteliği ve davacı kurum bakımından bağlayıcılığının bulunmadığı dikkate alınarak bu davalılar arasında asıl işveren- alt işveren ilişkisi veya sözleşmeye konu olan işin, asıl işin bir parçası niteliğinde bulunup bulunmadığı veyahut da anahtar teslimi suretiyle bir işten el çekmek suretiyle işçi çalıştırmaksızın yapılan işlerden olup olmadığı hususu da irdelendikten sonra bir, asıl işveren-taşeron ilişkisi olmasa da 506 sayılı Yasa'nın 26'ncı maddesinin ikinci fıkrası kapsamında üçüncü kişi olarak sorumluluğunun irdelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, aldırılan kusur raporlarında bu yönde net bir değerlendirme bulunmadığı dikkate alındığında, yetersiz kusur raporuna dayalı olarak yazılı şekilde eksik araştırmaya dayalı hüküm kurulması isabetsizdir.

O halde mahkemece yapılacak iş, öncelikle davanın yasal dayanaklarının 506 sayılı Yasanın 26. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ile 87. maddesi ve olduğu dikkate alınarak ceza davasındaki maddi olguları irdeleyen ve meydana gelen iş kazasında davalıların sorumluluklarının belirlenmesi için öncelikle olayın meydana geldiği iş kolunda iş güvenliği hususunda uzman bilirkişilerden çelişkiyi giderecek şekilde kusur raporu almak, sonrasında ise teselsüle dayalı olarak açılan bu davada davacı kurum alacağının beirlenmesi ile yukarıda yapılan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde bir karar vermektir ibarettir.

Açıklanan nedenlerle, davacı Kurum ile davalılardan ... Genel Müdürlüğü ile ...İnşaat Elektrik San. Tic. Ltd. Şti. avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve mahkemece verilen kararı temyiz etmeyen diğer davalı ... bakımından davacı kurum lehine usuli ka-

zanılmış hakkın gerçekleştiği dikkate alınarak, bir karar verilmek üzere hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davalılara iadesine, 04.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

UYAP İŞLEMİ • GİDER AVANSI

ÖZET: Uyaptan avukata gönderilen kesin süreli gider avansında; davacı vekilinin elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını istediğine dair bir bilgi ve belge dosya kapsamında bulunmduğundan, Mahkemece, bu hususlar araştırılıp, yöntemince tebliğ hususu bu çerçevede belirlenmeli, aksi takdirde, HMK'nın 115/2 maddesi kapsamında usulünce süre verilip sonucuna göre hüküm kurulması gerekmektedir.

Y. 10 HD, E. 2017/202, K. 2017/493, T. 24.1.2017

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtilen gerekçelerle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava dosyası incelendiğinde, 22.10.2013 tarihinde muhabere yoluyla açılan işbu davada, 359,00 TL lik gider avansının yatırılmasına dair kesin süreli ihtarı içeren muhtıranın 25.11.2013 tarihinde uypap üzerinden davacı vekiline gönderildiği, iki haftalık sürenin dolmasına müteakip yargılama şartlarından olan gider avansının tamamlanmamış olduğundan bahisle HMK 114/1-g ve 115 maddeleri gereğince davanın usulden reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

6100 sayılı HMK'nın uygulama alanını, adli yargı ilk derece hukuk

mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinde tutulacak kayıtlar ile yazı işleri hizmetlerinin yürütülmesi ve bu işlemlerde UYAP'ın kullanılmasına dair usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkartılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliğinin 52. maddesi gereğince tebligat işlemleri 7201 sayılı Tebligat Kanunu ile Tebligat Kanunu uyarınca çıkarılan yönetmeliklere göre fiziki ya da elektronik ortamda yapılacaktır. Elektronik tebligat usulünün düzenlendiği Tebligat Kanunu'nun 7/A maddesindeki düzenleme "Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir." hükmüne amir olup, davacı vekilinin elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını istediğine dair bir bilgi ve belge dosya kapsamında bulunmadığından, Mahkemece, bu hususlar araştırılıp, yönteminde tebliğ hususu bu çerçevede belirlenmeli, aksi takdirde, HMK'nın 115/2 maddesi kapsamında usulünce süre verilip sonucuna göre hüküm kurulması gerekmektedir.

Mahkemenin, bu maddi ve hukuki olguları gözetmeksizin eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar vermiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 24.01.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

CEZAI ŞART

ÖZET: Davalının, protokolün 3/e maddesinde belirtilen çeki davacıya vermediği ve çek bedelini de ödemediği taraflar arasında uyuşmazlık konusu değildir. Ancak protokolün 3/e maddesinde kararlaştırılan cezai şartın ifa ile istenebilip istenmeyeceği hususunda mahkemece hiçbir değerlendirme yapılmamıştır. Bu durumda mahkemece davacıların murisi ve davalı arasında düzenlenen protokolde düzenlenen cezai şartın, yerine getirilmeyen edimle birlikte istenebilip istenemeyeceği hususunda, 818 sayılı BK'nın 158'inci maddesi de gözetilerek bir değerlendirme yapılarak oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekir.

Y. 11, HD, E. 2014/12124, K. 2014/19374, T. 10.12.2014

Taraflar arasında görülen davada Bakırköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 18/03/2014 tarih ve 2011/572-2014/132 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, taraflar arasında, çıkan anlaşmazlıkların çözümü için, 15/02/2008 tarihli protokol imzaladıklarını, işbu protokolün 3/e maddesine göre davalının davacıya 400.000,00 TL bedelli çeki 18/02/2008 tarihinde teslim etmeyi ve borcunu ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğini, davalının bu yükümlülüğünü ihtarlarına rağmen yerine getirmediğini, protokol hükümlerini ihlal eden davalının protokolün 3/g maddesi gereğince de 500.000,00 TL cezai ödemesi gerektiği, toplam 900.000,00 TL alacağın tahsili için davalı aleyhine başlattıkları icra takibine davalının haksız ve kötü niyetli olarak itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptalini ve icra inkar

tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davalının iradesinin doğru olarak protokole yansıtılmadığını, davacıya borcu olmadığını, aksine davalının, yapılan hisse devirleri uyarınca, davacıdan alacaklı olduğunu, protokol hükümlerini yerine getirdiğini savunarak davanın reddini ve %40 kötüniyet tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; taraflar arasında düzenlenen 15/02/2008 tarihli protokolün 3/e maddesindeki çekin davalı tarafça düzenlenip davacıya teslim edilmediği sabit olup davalı tarafın bu yükümlülüğü yerine getirmeme gerekçesi olarak böyle bir borcu olmadığını savunduğu, oysa dava konusu protokolün 3/e maddesinin müstakilen hiçbir şarta bağlı olmaksızın davalıya bu yükümlülüğü getirdiği, protokolün 3/g maddesine göre bu yükümlülüğün davalı tarafından yerine getirilmeyişi nedeniyle davacının cezai şart alacağına da doğduğu, alacağın likit olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile itirazın iptaline ve asıl alacağın %20'si oranında hesaplanacak icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasa aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bentler dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, sözleşmede kararlaştırılan çek bedelinin ve cezai şartın tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkin olup, mahkemece yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Zaman itibarıyla uygulanması gereken 818 sayılı BK'nın 158'inci maddesine göre akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilafına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir, akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir.

Davacıların murisi ve davalı arasında düzenlenen protokolün 3/e maddesinde davalı R... G..'in davacıların murisi M.. G..'e 400.000,00 TL tutarlı çeki, 18/02/2008 tarihinde vereceği, 3/g maddesinde de taraflardan herhangi birinin protokolle üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmede, protokolü ihlal eden tarafın, 500.000,00 TL cezai şart öde-

yeceği kararlaştırılmıştır. Davalının, protokolün 3/e maddesinde belirtilen çeki davacıya vermediği ve çek bedelini de ödemediği taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Ancak protokolün 3/e maddesinde kararlaştırılan cezai şartın ifa ile istenebilip istenmeyeceği hususunda mahkemece hiçbir değerlendirme yapılmamıştır. Bu durumda mahkemece davacıların murisi ve davalı arasında düzenlenen protokolde düzenlenen cezai şartın, yerine getirilmeyen edimle birlikte istenebilip istenemeyeceği hususunda, 818 sayılı BK'nın 158'inci maddesi de gözetilerek, bir değerlendirme yapılarak oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar vermek gerekirken, bu hususta bir değerlendirme yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

3-Kabule göre de; davalı cevap lahiyasında cezai şart miktarının çok yüksek olduğunu, bu nedenle mahfına neden olacağını savunmasına rağmen mahkemece cezai şartın, 818 sayılı BK'nın 161'inci maddesi gereğince tenkisi gerekip gerekmediği yönünde herhangi bir değerlendirme yapılmamış olması da doğru olmamış, kararın bu nedenle de davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE , (2) ve (3) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 10/12/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

OFF SHORE • TÜKETİCİ İŞLEMİ

ÖZET: OFF shore hesabındaki paranın tahsilinde; davanın açıldığı 01.12.2014 tarihi itibariyle 6502 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu, davacıların ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi sebebiyle tüketici, davaya konu bankacılık işleminin de tüketici işlemi sayıldığı, yukarıda belirtilen yasa hükümleri uyarınca davaya bakma hususunda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu hususu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasısın incelenip yazıldığı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

Y. 11 HD, E. 2016/2073, K. 2017/983, T. 21.2.2017

Taraflar arasında görülen davada ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 05/11/2015 tarih ve 2014/848-2015/631 sayılı kararın duruşmalı olarak incelenmesi davalı Banka vekili ve fer'i müdahiller vekilleri tarafından istenmiş olup, duruşma için belirlenen 21.02.2017 günü başkaca gelen olmadığı yoklama ile anlaşılıp hazır bulunan davacılar vekili Av. davalı vekili Av. ... ile fer'i müdahil TMSF vekili Av. ... dinlenildikten sonra duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakıldı. Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkillerin Yurtbank A.Ş.'nin Eskişehir Şubesi'nde ortak hesap açtırdıklarını, banka çalışanları tarafından müvekkillere paralarını off-shore hesabına yatırmaları hususunda yoğun telkinlerde bulduklarını, ancak off-shore hesabındaki paranın devlet güvencesi altında olmadığı hususunda müvekkillere ikazda bulunulmadığını, bankanın TMSF'ye devredildiğini, off-shore hesaplarındaki paraların ödenmediğini ileri sürerek, müvekkillerin Yurtbank A.Ş.'ye 31/08/1999 tarihinde yatırdığı 58.165,56 TL'nin 05/01/2000 tarihinden itibaren ticari temerrüt faiziyle birlikte davalı bankadan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili bankaya husumet yöneltilemeyeceğini, davanın zamanaşımına uğradığını savunarak, davanın usulden ve esastan reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, ceza mahkemesince banka yöneticilerini, aralarında bankaya hesap açmak için gelen davacının da bulunduğu müşterileri, Off-Shore Limited'e yöneltmek suretiyle dolandırdıkları belirtilerek hakkında mahkumiyet hükmü kurulduğunu, Borçlar Yasası'nın 53. maddesi gereğince; ceza mahkemesinin "maddi olgunun belirlenmesine" ilişkin mahkumiyet kararının hukuk mahkemesi yönünden

bağlayıcı olduğu, davacıların 31/08/1999 tarihinde yatırdıkları 187.537,56 ... Markının 05/01/2000 tarihi itibarıyla bakiyesinin 205.097,18 Alman Markına ulaştığı, Türk lirası karşılığının ise 58.165,56 TL olduğunu, davacıların bankanın Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu'na devri sonucunda paralarını geri alamadıklarını, bankaya havale için tevdi edilen paranın, hesap üzerinde önce yurt dışında kurulu bankaya aktarıldığı, ardından da bu dış bankadan tekrar içerideki aracı bankaya kredi olarak aktarıldığı, böylece gerçekte fiili bir yurt dışı havale ve ithal kredisinin olmamasına karşılık kağıt üzerinde böyle bir havale ve kredi varmış gibi gösterildiği gerekçesiyle, davanın kabulüne, 58.165,56 TL'nin 05/01/2000 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı banka vekili ile fer'i müdahiller vekilleri temyiz etmiştir.

1-Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen kararı temyiz eden fer'i müdahil OYAK'ın dilekçesi temyiz defterine kaydedilmediği gibi, temyiz harcının yatırıldığına dair makbuza da dosya içinde rastlanmamıştır. Temyiz dilekçesinin verilme usulü HUMK'un 434'ncü maddesinde açıklanmış olup, buna göre temyiz dilekçesinin temyiz defterine kayıt ettirilip, temyiz harcının yatırılmış olması gerekmektedir.

Bu itibarla, fer'i müdahil OYAK vekilinin temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerekmiştir.

2- Dava, off shore hesabına aktarılan paranın tahsili istemine ilişkindir. 28.05.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6502 sayılı Yasa'nın 3/k bendinde "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" tüketici, 3/1 bendinde ise "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma simsarlık, sigorta, vekâlet bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem" tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır. Aynı Yasa'nın 73/1. Maddesinde tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygula-

malardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiş, 83/2. Maddesinde ise taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve 6502 sayılı Yasa'nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasının engelleyemeyeceğine değinilmiştir. HMK'nın 1. Maddesinde ise görev hususunun kamu düzenine ilişkin olduğu, mahkemece yargılamanın her aşamasında resen gözetileceği düzenlenmiştir.

Somut olayda; davanın açıldığı 01.12.2014 tarihi itibariyle 6502 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu, davacıların ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi nedeniyle tüketici, dava konusu bankacılık işleminin de tüketici işlemi sayıldığı, yukarıda belirtilen yasa hükümleri uyarınca davaya bakma hususunda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu hususu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasının incelenip yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

3- Bozma sebep ve şekline göre, davalı banka vekili ve fer'i müdahil TMSF vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle fer'i müdahil OYAK vekilinin temyiz isteminin **REDDİNE**, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle kararın res'en **BOZULMASINA**, (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı banka ve fer'i müdahil TMSF vekillerinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, takdir olunan 1.480,00 TL duruşma ve kalet ücretinin davacılardan alınıp davalı Banka'ya verilmesine, ödediği peşin temyiz harcın isteği halinde temyiz eden davalı Banka'ya iadesine, 21/02/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

MESKENİYET İTİRAZI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Meskeniyet nedeniyle haczin kaldırılması istemini İcra Mahkemesi inceleyecektir.

Y. 12 HD., E. 2015/33485, K. 2016/11878, T. 21.4.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki şikayetçi tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetçi tarafından, sulh hukuk mahkemesine yapılan başvuruda, diğer taleplerinin yanında, haczedilen 388 ada 19 parsel sayılı taşınmazdaki 5 numaralı bağımsız bölümün haline uygun meskeni olduğunu ileri sürerek, İİK'nın 82. maddesinin birinci fıkrasının 12. bendine dayalı olarak haczin kaldırılmasını istediği, mahkemece, davalı ... Ö. aleyhine açılan meskeniyet şikayetinin reddine karar verildiği, şikayetçinin bu yöne ilişkin hükmü temyiz ettiği anlaşılmıştır.

Meskeniyet nedeniyle haczin kaldırılması istemi İİK'nın 16. maddesine dayalı şikayet olup, anılan madde uyarınca inceleyecek mercii icra mahkemesidir. Yine, İİK'nın 4. maddesi uyarınca icra ve iflas dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikayetleri inceleme görevi şikayete konu işlemi yapan icra dairesinin bağlı olduğu yer icra mahkemesine aittir. Haciz de bir icra memurluğu işlemi olduğuna göre haczin kaldırılmasına ilişkin şikayeti inceleme görevi, şikayete konu haczi koyan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine aittir. Anılan maddede düzenlenen yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin olup kesin yetki niteliğindedir.

O halde, mahkemece, şikayetçinin meskeniyet nedeniyle haczin kaldırılmasına ilişkin şikayetinin tefrik edilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, esasının incelenerek yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca

(BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.04.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BONO • LEHTAR CİRANTA

ÖZET: Alacaklı hamil, TTK hükümleri koşullarında protesto keşide etmeksizin, lehtar ve cirantayı takip edemez.

Y. 12 HD, E. 2016/18214, K. 2016/20497, K. 4.10.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının bozulmasını mutazammın 01.10.2015 tarih, 2015/21494-22875 sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emrinin tebliği üzerine borçlunun yasal sürede icra mahkemesine yaptığı başvuruda; senedin teminat amacıyla verildiğini, kambyo vasfının bulunmadığını, borcun olmadığını, tahrifat yapıldığını ileri sürerek takibin iptalini istediği, mahkemece, senedin kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediği, alacağın varlığının tespitinin genel mahkemedede yargılama yapılmasını zorunlu kıldığı gerekçesi ile davanın kabulü ile takibin iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

TTK'nın 778. maddesinin (eski TTK'nın 690/1) göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 714 ve 730. maddeleri (eski TTK 626 ve 642/2) uyarınca, muayyen bir günde veya keşide gününden veya görüldükten muayyen bir müddet sonra ödenmesi şartını havi bir bonoya dayanarak hamilin lehtara müracaat edebilmesi, ödeme gününü takip eden iki iş günü içinde senet keşidecisinin protesto edilmesine bağlıdır.

Alacaklı hamil, anılan madde koşullarında protesto keşide etmeksizin, lehtar ve cirantayı takip edemez. Bir başka ifade ile senedi düzenleyen protesto edilmediği için hamil, lehtar ve cirantaya karşı müracaat hakkını

kaybeder. İİK'nın 170/a-2. maddesi gereğince, icra mahkemesince alacaklının, kambiyo hukuku mucibince takip hakkının bulunup bulunmadığı re'sen araştırılmak zorundadır.

Somut olayda, takibe konu bonoda itiraz eden borçlu ...'ın lehtar ciranta olduğu görülmektedir. Bu durumda, yetkili hamil olan alacaklının, borçlu hakkında takip yapabilmesi için, bonoyu düzenleyene ödememe protestosu göndermesi zorunludur. Ancak takip dosyası içeriğinden keşideciye ödememe protestosu gönderilmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece, protesto koşulunun usulünce yerine getirilmemesi nedeniyle borçlu (lehtar ciranta) hakkındaki takibin İİK'nın 170/a maddesi uyarınca iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile takibin iptali isabetsiz ise de, sonuçta takibin iptaline hükmedildiğinden sonucu itibariyle doğru olan mahkeme kararının Dairemizce onanması gerekirken, maddi hataya dayalı olarak bozulduğu anlaşılmakla, borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 01.10.2015 tarih ve 2015/21494 Esas, 2015/22875 Karar sayılı bozma ilamının kaldırılmasına, sonucu itibariyle doğru olan ... 6. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 05.11.2014 tarih ve 2014/1016 E.-2014/1412 K. sayılı mahkeme kararının İİK. 366. ve HUMK. 438. maddeleri uyarınca (**ONANMASINA**), 04/10/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVAL ŞERHİ

ÖZET: TTK'nın 818/1-g maddesi göndermesi ile çekler hakkında uygulanması gereken aynı kanunun 701. ve 702. maddeleri gereğince, keşideci imzası dışında çekin ön yüzüne konulan her imza aval şerhi sayılır. Aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumlu olur. Çekin arka yüzünde ise avalin geçerli olabilmesi için kimin için olduğunun belirtilmesi gerekir. Kimin için olduğu belirtilmeksizin çek arkasına aval olduğu belirtilerek imza atılması halinde geçerli bir avalden sözedilemez.

Y. 12 HD. E. 2016/1885, K. 2016/14824, T. 25.05.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

1-Borçlu'nin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Tarafların iddia ve savunmalarına, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre borçlu'nin temyiz itirazlarının REDDİNE;

2-Borçlu ...'in temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, örnek 10 numaralı ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu ...'in yasal sürede icra mahkemesine yaptığı başvuruda imzaya ve borca itiraz ettiği ve ayrıca aval yazısının çekin arka yüzüne yazılması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürerek takibin iptalini istediği, mahkemece istemin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

TTK'nın 818/1-g maddesi göndermesi ile çekler hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 701. ve 702. maddeleri gereğince, keşideci imzası dışında çekin ön yüzüne konulan her imza aval şerhi sayılır. Aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi sorumlu olur. Çekin arka yüzünde ise avalin geçerli olabilmesi için kimin için olduğunun belirtilmesi gerekir. Kimin için olduğu belirtilmeksizin çek arkasına aval olduğu belirtilerek imza atılması halinde geçerli bir avalden sözedilemez.

Takip dayanağı çeklerin incelenmesinde alacaklının lehdar olduğu, ...'in ise çeklerin arkasında ve alacaklı lehdarın cirosundan önce "avalıdır" açıklaması ile cirosunun bulunduğu görülmüştür. Bu hali ile yukarıda belirtilen yasa hükümlerine uygun ve geçerli bir aval bulunmadığı gibi, lehdarın cirosundan önce yapılan ciroda yok hükmünde sayılacağından, alacaklının kambiyo senetlerine mahsus yol ile ...'i takip hakkı yoktur.

O halde mahkemece, borçlu ...'in şikayetinin kabulü ile İİK'nın 170/a maddesi uyarınca hakkındaki takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlu ...'in temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25/05/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA MAHKEMELERİ • KESİNLEŞME DURUMU

ÖZET: İcra mahkemesi kararlarının infazı için kesinleşmeleri zorunlu değildir.

Y. 12 HD. E. 2015/29333, K. 2016/6111, T. 02.03.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı vekilince, ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 08.04.2015 tarih ve 2015/182 E. sayılı ihtiyati haciz kararının takip dosyasına ibrazı ile borçlunun araç ve taşınmazları üzerine haciz konulmasından sonra, ... İcra Hukuk Mahkemesi'nin 05.10.2015 tarih ve 2015/902 E., 2015/939 K. sayılı kararı ile İİK'nın 264/4. maddesi gereğince ihtiyati haczin hükümsüzlüğüne karar verildiği, bu kararın borçlu vekili tarafından icra dosyasına ibrazı ile borçluya ait araç ve gayrimenkuller üzerindeki ihtiyati haczin kaldırılmasının talep edildiği, talebin icra müdürlüğüne reddi üzerine, bu işlemin iptali istemiyle icra mahkemesine başvurulduğu, mahkemece, anılan kararın kesinleşmemiş olması gerekçe gösterilerek istemin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 261. maddesinde; "Alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye mecburdur. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar" hükmü, aynı Yasa'nın 264/1. maddesinde ise; "Dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan evvel ihtiyati haciz yaptırmış olan alacaklı; haczin tatbikinden, haciz gıyabında yapılmışsa haciz zabıt varakasının kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde ya takip talebinde (haciz veya iflas) bulunmaya veya dava açmaya mecburdur" hükmü yer almaktadır.

Somut olayda; ... İcra Hukuk Mahkemesi'nin 05.10.2015 tarih ve 2015/902 E, 2015/939 K. sayılı kararı ile ihtiyati haczin hükümsüz kaldığına karar verildiği görülmüştür. İİK'nın 363 ve sonraki maddelerinde; icra mahkemesince verilecek kararlardan temyizi kâbil olanlar belirlenmiş, bunların infaz edilebilmesi için kesinleşmesi gerektiğine dair bir hükme yer verilmemiştir. Bir başka deyişle, icra mahkemesi kararlarının infazı için kesinleşmeleri zorunlu değildir. Kaldı ki; ihtiyati haciz üzerine süresinde takibe geçilmezse ihtiyati haciz kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu konuda bir mahkeme kararına da ihtiyaç yoktur.

O halde, mahkemece, belirtilen gerekçe ile şikayetin kabulüne ve müdürlük işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İHTİYATİ HACİZ

ÖZET: Takibe geçildikten sonra alınan ihtiyati haciz kararının takip dosyasından infaza konulması sırasında tevziye tabi olduğu gerekçesiyle reddedilmesi takip hukuku kuralları ile bağdaşmaz.

Y. 12 HD. E. 2015/31172, K. 2016/8064, T. 17.03.2016

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakim tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı tarafından İcra Müdürlüğü'nün 2015/23304 Esas sayılı dosyası ile 12/08/2015 tarihinde kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibe başlanmasından sonra, alacaklının aynı takip dosyasına ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2015/1287 Değişik iş, 2015/1324 Karar sayılı 25/08/2015 tarihli ihtiyati haciz kararını sunarak infazını istediği, icra müdürlüğünce, ihtiyati haczin tevziye tabi olacağına ilişkin ... 2013/5667 Karar nolu kararı gereğince tevziye tabi tutulması gerekip aynı dosyadan infazının istenemeyeceği gerekçesiyle talebin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İİK'nın 261. maddesi uyarınca alacaklı ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye mecburdur. İhtiyati haciz kararı takip başladıktan sonra ise, ihtiyati haciz kararının takip dosyasından infazının istenmesi gerektiği gibi asıl takip dosyası yerine başka bir takip dosyasından infaz edilmesi takip hukuku kuralları ile bağdaşmaz.

İcra müdürlüğü İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre işlem yapması gerekir. İdari nitelikteki ... kararı gerekçe gösterilerek yasaya aykırı olmayan talebin yerine getirilmemesi söz konusu olamaz. Hal böyle olunca, mahkemece, şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirmeyle, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 17/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEK • ÖDEME YASAĞI

ÖZET: Çeke dair ödeme yasağı koyma yetkisi ancak mahkemeye ait olup, alacaklının talebi üzerine icra müdürünün bu yönde bir karar vermesi mümkün değildir.

Y. 12 HD. E. 2016/9569, K. 2017/1238, T. 06.02.2017

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki şikayetçi tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetçi üçüncü kişi ... davalı alacaklı ... Ltd. Şti. tarafından davadışı borçlular hakkında yapılan çeke dayalı kambiyo takibi sebebiyle kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen 3. kişi ...Ltd. Şti.'nin, takip borçlusu ...Ltd. Şti.'nin alacağına ilişkin ileri tarihli iki çek verildiğine dair cevabı üzerine takip alacaklısının iş bu çeklerin takip borçlusu tarafından şikayetçi muhatap bankaya ibrazı halinde çek bedellerinin çek alacaklısı borçluya ödenmemesi ve çek bedellerine bloke konularak takip dosyasına gönderilmesine ilişkin memur işleminin iptalinin talep edildiği anlaşılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 645. maddesine göre, kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunlarda mündemiç olan hak senetten ayrı olarak dermeyan edilemediği gibi, başkalarına da devredilemez.

Kambiyo senetlerinin haczi İcra ve İflas Kanununun "mahcuz menkulere ilişkin muhafaza tedbirleri" başlıklı 88. maddesinde düzenlenmiş olup, takip borçlusunun alacaklı durumda bulunduğu kambiyo senetlerinin İİK. 88. madde gereğince haczi mümkün bulunmaktadır. Ancak ilgili maddede ciro su kabil senetler bakımından fiili haciz zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Senetlerin muhafaza altına alınması haczin geçerlilik koşuludur. Bu sebeple borçlunun elinde bulunan kambiyo senetlerinin haczi ancak senedin fiilen ele geçirilmesi ile mümkün olup, senet borçlusuna haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle senede bağlanan alacağın haczi mümkün değildir. Buna karşılık, senedi elinde bulunduran 3. kişi açısından başkasına devir imkanı bulunmayan kambiyo senetlerinin ise İİK. 89. maddesinde belirtilen prosedürle haczi mümkündür, zira böyle bir durumda kambiyo senedi "borçlunun üçüncü bir şahıs nezdindeki menkul malı" niteliği taşımaktadır.

Öte yandan, icra dairelerinin yetki ve yükümlülükleri İİK. 8-11. maddeleri ile İİK Yönetmeliğinde belirtilmiştir. İcra müdürlüğünün şikayete konu kararında bloke konularak takip borçlusuna ödenmemesi istenen çeklere ilişkin mahkemece verilmiş bir ödeme yasağı kararının bulunmadığı görülmekle birlikte, şikayetçi bankaya 14.10.2015 tarihinde tebliğ edilen müzekkerenin içeriği itibarıyla ödeme yasağı olduğu anlaşılmıştır.

Çeke ilişkin ödeme yasağı koyma yetkisi ancak mahkemeye ait olup, alacaklının talebi üzerine icra müdürünün bu yönde bir karar vermesi mümkün değildir.

O halde, yukarıda açıklanan nedenlerle takip borçlusu ...Ltd. Şti.'nin 3. kişi ..Ltd. Şti.'den alacağına ilişkin olarak borçlu adına düzenlenen ve tedavülü mümkün olan çek bedellerinin haczi mümkün olmadığından şikayetin kabulü ile memur işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken, şikayetçinin takip dosyasında taraf olmadığı ve işlemde hukuki yararının bulunmadığı gerekçeleri ile şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabet-sizdir

SONUÇ

Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 06.02.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

HİZMET ALIMI SÖZLEŞMESİ • İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: Asıl işveren ile yüklenici (alt işveren) arasında imzalanan hizmet alımı sözleşmesindeki hüküm gereğince alt işverenin çalıştırdığı işçiye ödenen “kıdem tazminatı, fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinden” yüklenici (alt işveren) sorumlu olacaktır.

Y. 13 HD. E. 2016/7951, K. 2016/19290, T. 24.10.2016

Davacı ..., davalı şirketten ihale ile özel güvenlik hizmeti satın aldığı, davalı şirketin çalıştırmış olduğu işçilerden ... iş akdinin feshedilmesi üzerine iş mahkemesinde açmış olduğu davada, dava konusu işçilik alacaklarının üst işveren sıfatıyla Belediyeden, alt işveren sıfatıyla da davalı şirketten müteselsilen tahsiline karar verildiğini, başlatılan takip üzerine ödeme yapmak zorunda kaldıklarını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, dava dışı işçiye yapılan ödemenin, ödeme tarihinden itibaren işleyecek gecikme faiziyle birlikte davalıdan rücuen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, “davanın kabulüne” ilişkin verilen hüküm, davalının temizi üzerine Dairemizce, “ taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi ve eki olan şartnamelerde, dava konusu işçilik alacakları nedeniyle yüklenicinin sorumlu olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, dava dışı işçiye yapılan ödeme nedeniyle davacı ... ve davalının yarı oranda sorumlu olduklarının kabulü gerektiği” belirtilerek bozulmuş olup, bu kez davacı karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleş-

mesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” hükmü bulunmaktadır.

Dava konusu olayda taraflar arasında asıl işveren- alt işveren ilişkisi mevcut olup dava, asıl işveren davacı Belediyenin, davalı şirket tarafından çalıştırılan işçinin, iş akdinin feshedilmesi nedeniyle açmış olduğu dava sonrasında ödemek zorunda kaldığı tazminatın rücu tahsili istemine ilişkindir. Somut olayda Hizmet Alım Sözleşmesinin 22. Maddesinin atf yaptığı Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 6.Bölüm 38/. maddesinde ise “...Yüklenicinin iş verdiği alt yüklenicilerin gündelikçi, haftalıkçı veya aylıkçı olarak işyerinde çalıştırdığı işçi, personel ve teknik elemanların tamamı da yüklenicinin elemanları hükmünde olup, bunların ücretlerinin ödenmesinden de doğrudan doğruya yüklenici sorumludur...” hükmü mevcuttur. Kamu İhale Genel Tebliğinin 78/30. maddesinde ise “Personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalelerinde isteklilerin teklif bedelleri varsa yüklenici karı ile aşağıdaki bileşenlerden oluşur: a) Asgari İşçilik Maliyeti: İhale tarihinde yürürlükte bulunan brüt asgari ücret veya idari şartnamede brüt asgari ücretin yüzde (%) fazlası olarak belirlenen ücret (ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma saatlerine ilişkin ücretler dahil), nakdi yemek ve yol bedeli gibi prime esas kazancın hesabında esas alınan işçiliğe bağlı diğer ödemeler ve işveren sigorta primlerinin toplam tutarı asgari işçilik maliyetini oluşturur...” yazılıdır. İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde yüklenicinin sorumlu olduğu “ücretler”in içerisinde ulusal bayram ve genel tatil günleri ile fazla çalışma saatlerine ilişkin ücretleri ile kıdem tazminatı olduğu anlaşılmaktadır. O halde asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşme ve şartnamelerde, iş akdinin feshedilmesi nedeniyle doğan söz konusu tazminat alacaklarından tümüyle yüklenici alt işverenin sorumlu olacağına ilişkin düzenleme bulunduğundan, dava dışı işçiye yapılan dava konusu ödemeler nedeniyle davacı ... davalıya rücu edebilecektir. Mahkeme kararı da bu yönde olup, hükmün onanmasına karar verilmesi gerekirken, Dairemizce zuhulen bozulduğu yeniden yapılan inceleme sonucu anlaşıldığından davacının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemize ait 15.12.2015 tarih ve 2015/34171 Esas ve 2015/36789 Karar sayılı “bozma” ilamının kaldırılmasına, mahkeme kararının açıklanan nedenlerle onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemize ait 15.12.2015 tarih ve 2015/34171 Esas ve 2015/36789 Karar sayılı “bozma” ilamının kaldırılmasına, temyiz itirazlarının reddiyle mahkeme kararının **ONANMASINA**, aşağıda dökümü yazılı 29,20 TL kalan harcı karar düzeltme isteyene yükletilmesine, 24/10/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET ALIMI • RÜCU KOŞULLARI

ÖZET: Alacaklıya karşı müteselsilen borçlu olan kişiler, kendi aralarındaki iç ilişkide bu konuda nihai sorumluluğun kime ait olduğu konusunda anlaşma yapabilirler.

Böyle bir durumda her alt işveren kendi işverenlik dönemiyle sınırlı olarak işçiye ödenen borçlardan sorumludur.

Davalının son işveren olması bu durumu değiştirmez.

Son işveren sadece feshe bağlı işçilik alacağı olan ihbar tazminatından sorumludur.*

Y. 13 HD. E. 2014/42308, K. 2016/761, T. 19.01.2016

Davacı, dava dışı ... tarafından açılan ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/79 esasına kayıtlı dava dosyasında kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ve bayram tatili alacağı ödenmesinin talep edildiğini, yapılan yargılama sonunda yargılama giderleri dahil 16.758,26 TL'yi asıl işveren olarak ödediğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla ödeme yaptığı bu bedelin davalı taraftan rücuen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, asıl işveren davacının, davalı şirket tarafından çalıştırılan işçinin açmış olduğu dava sonrasında ödemek zorunda kaldığı miktarın rücuen tahsili istemine ilişkindir. 4857 sayılı İş Kanununun 2/6 ncı maddesinde, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereğiyle teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumludur." hükmü bulunmaktadır.

* Gönderen: Av. Alp Ahmet ERORAL

Dava konusu olayda da davacı ile davalı arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcut olup, davacı asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak İş Kanunu'ndan kaynaklanan yükümlülükler nedeniyle, alt işverenle birlikte müteselsilen sorumludur. Burada Kanundan kaynaklanan bir teselsül hali söz konusu olup, asıl ve alt işverenler, dış ilişki itibariyle (dava dışı işçiye karşı) müseselsilen sorumludurlar. Bu düzenleme, işçi alacağı'nın güvence altına alınması amacıyla yapılmış olup, sadece işçilere karşı bir sorumluluktur. Asıl ve alt işveren arasındaki ilişkide ise iş hukuku değil, Borçlar Kanunu ve sözleşme hukuku esas alınacağından, uyuşmazlığın taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gereklidir.

Alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olan borçlular, kendi aralarındaki iç ilişkide, bu husustaki nihai sorumluluğun hangi tarafa ait olduğunu konusunda bir anlaşma yapabilirler. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 167. (Mülga Borçlar Kanunu'nun 146.) maddesinde düzenlenen, "Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır." şeklindeki hükümde de, müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya yapılan ifadan birbirlerine karşı genel olarak eşit paylarla sorumlu oldukları, ancak bunun aksinin kararlaştırılabileceği de açıkça belirtilmiştir.

İşte müteselsilen sorumlu olan borçlular arasındaki iç ilişkide, bu konudaki sorumluluğun tamamen borçlulardan birine ait olacağı yönünde bir sözleşme yapılmış ise, tarafların serbest iradeleriyle düzenlemiş oldukları sözleşme hükümleri kendilerini bağlayacağından, dış ilişkide kanundan doğan teselsül gereğince borcu ödemiş olan müteselsil borçlunun, ödediği miktarın iç ilişkide borcun nihai yükümlüsü olan borçludan rücuen tahsilini talep edebileceği kabul edilmelidir.

Bu açıklamalardan sonra somut olayda davacıdan tahsil edilen işçilik alacakları, dava dışı işçinin sadece davalı şirket nezdindeki çalışmasını değil, dava dışı diğer alt işverenler nezdindeki çalışmalarını da kapsamaktadır. İşçinin çalışmış olduğu her bir alt işveren dönemine isabet eden işçilik alacaklarından, ilgili olan alt işveren sorumlu olacağından, davalı alt işverenin sorumluluğu da sadece kendi dönemiyle sınırlı olmalıdır. Davalının "son işveren" olması da bu sonucu değiştirmez. Bununla birlikte feshe bağlı bir hak olan ihbar tazminatından ise, diğer işverenler sorumlu olmayıp, sadece son işveren sorumludur. Başka bir ifadeyle da-

vacı üst işveren, dava dışı işçiye ödemiş olduğu ihbar tazminatını ancak son işverenden rücuen tahsilini talep edebilir. Bunun dışındaki tüm işçilik alacaklarından ise, işçinin çalışmış olduğu dava dışı ve davalı alt işverenler, davacı üst işverene karşı, kendi dönemleriyle sınırlı olmak üzere sorumludurlar. Davalının kendisi dışında başka alt işveren bünyesinde dava dışı işçinin çalışıp çalışmadığı araştırılıp, kendi dönemiyle sınırlı sorumlu tutulması gerekmektedir. O halde mahkemece, son işveren olan davalının, ihbar tazminatının tamamından, kıdem tazminatı da dahil olmak üzere diğer işçilik alacaklarından ise, kendi dönemine isabet eden miktarlar üzerinden sorumlu olduğu, dava dışı işçinin davalı alt işveren dışında başka alt işveren bünyesinde çalışıp çalışmadığı, her işverenin kendi süresiyle sınırlı sorumlu olduğu hususunda araştırma yapıp konusunda uzman bilirkişiden bu doğrultuda, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, açıklanan hususlar göz ardı edilerek, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına **BOZULMASINA** peşin alınan 286,20 TL harcın istek halinde iadesine, 19/01/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SPORCU ALACAĞI • DAVALI BELEDİYE • ORGANİK BAĞ

ÖZET: Davalı belediye ile dava dışı kulüp arasında organik bağ olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre davacının alacaklarından davalı belediyenin sorumlu olup olmadığı belirlenmelidir.

Y. 13 HD. E. 2015/37342, K. 2017/2523, T. 27.2.2017

Davacı, ... Gençlik spor kulübünün sözleşmeli sporcusu olduğunu, alacağının ödenmemesi nedeniyle anılan kulüp ve davalı Belediye aleyhine takip başlattığını, davalı Belediye'nin, sözleşmenin tarafı olmadığından bahisle borca itiraz ettiğini, oysaki davalı belediye ile sözleşmenin tarafı olan kulüp arasında organik bağ bulunduğunu, bu nedenle de sözleşmeden kaynaklı alacaktan sorumlu olması gerektiğini ileri sürerek, itirazın iptaline ve takibin devamına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, husumet itirazında bulunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, sporcu sözleşmesinden kaynaklı ödenmeyen ücret alacağının tahsili isteğine ilişkin olup, mahkemece, dava dışı kulübün ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğu, davalı Belediye'nin sözleşmenin tarafı olmadığı ve kulübe yapılan desteğin, belediye çalışanlarının spor kulübü yönetiminde yer almasının sporun desteklenmesi kapsamında yapıldığı gerekçesi ile davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir. Sözleşmenin tarafı olan ... Belediye Gençlik Spor Kulübü'nün tüzel kişilik sahibi olduğu ve dava konusu sözleşmenin davacı dışındaki diğer tarafı olduğu dosya kapsamından anlaşılmakta olup, bu hususta bir ihtilaf bulunmamaktadır. Davacı, sözleşmenin dava dışı kulüple yapıldığını belirtmekle birlikte; aynı zamanda, kulüp başkanı ve diğer yönetim kurulu üyelerinin, davalı Belediyenin meclis üyesi ve çalışanları olduğunu, logolarının aynı olduğunu, belediye gelirlerinin bir kısmının kulübe aktarıldığını, kulübenin yol masrafları, otel giderlerinin Belediye'nin oluru ile Belediye tarafından karşılandığını, bir kısım belediye çalışanlarının doğrudan kulüpte hizmet verdiğini, spor mevzuatı gereği spor kulüplerinin yarışmalara katılabilmek için dernek veya şirket şeklinde örgütlendiklerini, bu tür kulüplerin aslında tamamen ilgili belediyenin bir organı olduğunu da bildirmiştir. Mahkemece yapılacak iş, davalı Belediye ile davadışı Kulüp arasında organik bir bağ bulunup bulunmadığının tespitinden ibaret olup, bunun içinde, dava dışı kulübün yönetim kurulunda yer alan kişilerin aynı zamanda Belediye meclis üyesi veya çalışanı olup olmadığının denetlenmesi, bu kişilerin kulübün karar alma süreçlerindeki etkisi, Belediye tarafından davalı kulübe bir kaynak aktarımı yapıp yapılmadığı, aktarılıyorsa, bunun davalı kulübün gelirlerinde ne kadar bir yekün teşkil ettiği, amblemlerinin aynı olup olmadığı gibi hususlar araştırılması sonucu çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, 1480,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren ... gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET ALIMI • RÜCU DAVASI

YARI YARIYA SORUMLULUK

ÖZET: Asıl işveren - alt işveren ilişkisi içinde çalıştırılan işçiye ödenen işçilik alacaklarının tümünden yüklenici alt işverenin sorumlu olacağına dair bir sözleşme hükmü olmadığına göre: Söz konusu borçtan asıl işveren ve alt işveren yarı yarıya sorumludurlar.

Y. 13 HD. E. 2015/37589, K. 2017/2683, T. 01.03.2017

Davacı ..., asıl ve birleşen davalarda, davalı şirketlerden ihale ile Kent İçi Temizlik, Çöp Toplama ve Çöp Nakli hizmeti satın aldığını, davalı şirketlerin çalıştırmış oldukları dava dışı işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi üzerine iş mahkemesinde açılan davalar sonucunda işçilere ödeme yapmak zorunda kaldıklarını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, dava dışı işçilere yapılan ödemenin, davalılardan rücu tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, ...LTD.ŞTİ davanın reddini dilemiş; diğer davalı ... Turizm... LTD.ŞTİ usulüne uygun tebliğe rağmen cevap vermemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne; 170.985,23 TL rücu alacağının 80.115,60 TL'sinin davalı ... Turizm İnş. Ltd. Şti'den, 90.869,63 TL'nin davalı ... Turizm Ltd. Şti'den 21.06.2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalılardan ...LTD.ŞTİ tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide 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." hükmü bulunmaktadır.

Somut olayda da taraflar arasında asıl işveren- alt işveren ilişkisi mevcut olup asıl ve birleşen davalar, asıl işveren davacı Belediyenin, davalı şirketler tarafından çalıştırılan işçilerin, iş akitlerinin feshedilmesi nedeniyle açmış oldukları davalar sonrasında ödemek zorunda kaldığı tazminatların rücuen tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi ve eki olan şartnamelerde, tarafların asıl ve alt işvereni oldukları işçilerin, fiili işçilik dışındaki diğer tazminat hak ve alacaklarından hangi tarafın sorumlu olacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Asıl ve birleşen davaların konusu olan rücuen tazminat istemi, dava dışı işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi nedeniyle İş Kanunu'ndan kaynaklanan tazminat haklarına ilişkin olup, işçilere karşı olan bu yükümlülük nedeniyle asıl ve alt işverenler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6.maddesi gereğince müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır. Burada Kanun'dan doğan bir teselsül hali söz konusudur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 167. (Mülga Borçlar Kanunu'nun 146.) maddesinde, müteselsil sorumlu olan borçlular arasındaki iç ilişki düzenlenmiş olup, "Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifade bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır." şeklindeki bu hükümde, müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya yapılan ifadan birbirlerine karşı genel olarak eşit paylarla sorumlu oldukları, ancak bunun aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir.

Somut olayda ise, dava dışı işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi nedeniyle doğan tazminat alacaklarından, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6.maddesi gereğince işçilere karşı müteselsilen sorumlu olan tarafların, aralarındaki iç ilişkide (taraflar arasındaki mevcut sözleşme ve şartnamelerde) bu sorumluluğun nihai olarak hangi tarafa ait olacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. DavalılardanLTD.ŞTİ ile yapılan Hizmet alım sözleşmesinin 23. maddesinin atf yaptığı Hizmet İşleri Genel Şartnamesinin 6.Bölüm 38. maddesinde ise "Yüklenici, çalıştırdığı işçilerin, işin yapılmakta olduğu bir iş kolu veya meslekte aynı tipteki bu iş için mevzuatta kabul edilenlerden daha az elverişli olmayan şartlarda çalışmalarını ve ücret almalarını sağlayacaktır. Ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarının toplu sözleşme veya mevzuatla tespit edilmemiş olması halinde yüklenici, en yakın ve en uygun bir bölgedeki iş kolu veya meslekteki aynı tip bir iş için mevzuatla tespit edilenlerden daha az elverişli olmayan ücret, yan ödeme ve çalışma şartlarını sağlayacaktır." hükmü mevcut olup, bu hüküm madde başlığında da açıkça belirtildiği üzere çalışanların

fiili işçilik ücretleri ile ilgili özlük haklarına ilişkindir. O halde asıl işveren ve alt işveren olan taraflar arasındaki sözleşme ve şartnamelerde, fiili işçilik alacakları dışındaki iş akitlerinin feshedilmesi nedeniyle doğan dava konusu tazminat alacaklarından tümüyle yüklenici alt işverenin sorumlu olacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, dava dışı işçilere yapılan söz konusu ödemeler nedeniyle davacı ... ve davalının yarı oranda sorumlu olduklarının kabulü gerekir. Mahkemece açıklanan husus göz ardı edilerek, asıl ve birleşen davaların yazılı şekilde tümüyle kabulüne karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarda açıklanan nedenlerle temyiz edilen asıl ve birleşen davaların davalılardanLTD.ŞTİ yararına **BOZULMASINA**, 1480,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalı ... Tic. AŞ'ne ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 01/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AYLIK AVUKATLIK ÜCRETİ

•

TAPU İNTİKAL VE TESCİL DAVASI

ÖZET: Tapu iptal ve tescil davalarında avukatlık ücreti, aksine sözleşme yoksa harca esas değer üzerinden, tek bir vekalet ücreti olarak sorumluların payları oranında belirlenir

Y. 13 HD. E. 2014/9096, K. 2015/931, T. 22.01.2015

Davacı, davalıların vekili olarak ...Asliye Hukuk Mahkemesi' nin 2002/1175 E., 2003/25 E., 2003/213 E. sayılı tapu iptal ve tescil davalarını açtığını, davaların mahkemenin 2002/1175 E. sayılı dava dosyasında birleştirildiğini, davanın kabulüne karar verildiğini, kararın 18.02.2010 tarihinde kesinleştiğini, davayı tam bir başarı ile sonuçlandırdığını, avukatlık ücretine ve hükümlerle karşı tarafa tahmil edilen vekalet ücretine hak kazandığını ancak vekalet ücretinin ödenmediğini, davaların açıldığı tarihte akdi ilişkinin kurulduğunu, bu tarihte yürürlükte bulunan 4667 sayılı Kanununun 164/4 maddesi hükmüne göre avukatlık ücretinin hesaplanması gerektiğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere

şimdilik 30.000-TL akdi, 16.762,74-TL karşı yan vekalet ücreti alacağı olmak üzere toplam 46.762,74-TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davacı ile sadece karşı yan vekalet ücreti karşılığında anlaşma yapıldığını, bu ücretin ise henüz karşı taraftan tahsil edilemediğini, avukatın çaba göstermemesi nedeniyle hükmün uzun süre kesinleştirilemediğini, avukatın kendilerini Yanılarak aslında dosyanın davalısına ait olan karar ve ilam harcını ödemelerine neden olduğunu, sonradan istifa etmesinin de haksız olduğunu, her bir davalının payları oranında sorumlu bulunduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporu esas alınarak davanın kısmen kabulüne,41.501,81-TL vekalet ücreti alacağının 02.08.2010 dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Davacı avukatın, davalıların vekili olarak Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/1175 E., 2003/25 E., 2003/213 E. sayılı tapu iptal ve tescil davalarını açtığı, davaların mahkemenin 2002/1175 E. sayılı dosyasında birleştirildiği, mahkemenin 24.03.2005 tarih ve 2005/74 Karar sayılı ilamı ile davanın kabulüne, sözleşmenin iptali ile miras hisselerinin yeniden davacılar adına tapuya tesciline karar verildiği, kararın temyiz edilmeksizin 23.02.2010 tarihinde kesinleştiği, bu tarih itibarıyla azil yada istifanın söz konusu olmadığı, Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre davacı avukatın sonuçlandırmış olduğu bu iş için hem akdi hem de karşı yana yüklenen vekalet ücretine hak kazandığı açık olup, esasen mahkemenin de kabulü davacı avukatın vekalet ücretini hak ettiği yönündedir. Mahkemece, 27.06.2013 tarihli bilirkişi raporu esas alınarak davanın kabulüne karar verilmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/1175 E. sayılı dosyasında aldırılan bilirkişi raporu ile iptal edilerek davalılar adına tescil edilen payların değeri 296.568,39-TL olarak tespit edilmiş, bu meblağ üzerinden eksik harc tamamlanarak davanın kabulüne karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Bu durumda müddeabihin değerinin 296.568,39-TL olduğu kesinleşmiştir. Bu aşamadan sonra müddeabihin değerinin az yada çok olduğu ileri sürülemez. Mahkemece, bu müddeabih üzerinden akdi vekalet ücretinin hesaplanması gerekirken bu yön gözetilmeden bilirkişice yeniden ve daha düşük olarak hesaplanan müddeabih üzerinden vekalet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2-Davacının talebi Asliye Hukuk Mahkemesi' nin 2002/1175 E. sayılı

dosyasında hükmedilen hasma yükletilen vekalet ücreti ile bu dosya nedeniyle akdi vekalet ücretine ilişkin olup, mahkemece talep aşılarak dava konusu yapılmayan İcra Müdürlüğü'nün 2010/4038 sayılı dosyası için hesaplanan akdi vekalet ücretini de hesaplayan bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

3-Taraflar arasında yazılı vekalet ücreti sözleşmesi bulunmamaktadır. Bu durumda taraflar arasında hukuki ilişkinin kurulduğu 2002 yılında yürürlükte olan Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesine göre akdi vekalet ücreti hesaplanacaktır. Anılan madde uyarınca davacı avukata sarf ettiği emek ve mesaisine karşılık müddeabihin %5 ile %15'i arasında takdir edilecek bir oranda vekalet ücretinin verilmesi gerekir. Mahkemece, davacı avukatın üç ayrı dava hazırladığı, birleşen davaları takip ettiği, ücretini peşin alamadığı, uzunca bir süre beklemek zorunda kaldığı ve ücretinin ödenmemesi sebebiyle istifa ettiği gerekçesiyle vekalet ücretin hesaplanmasında üst sınırının biraz altında kalan %12 oranı esas alınmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki avukatın üst sınırdan vekalet ücretine hak kazanabilmesi için normalin ötesinde bir çaba, ve emek harcaması gerekir. Somut olayda, birleşen iki davanın da ana dosyada yer almayan diğer mirasçılar yönünden ana dosya ile birleştirme talepli açıldığı ve ilk celsede birleştirme kararları verildiği, vekalet ücretinin ancak dosyanın kesinleşmesi ile muaccel olduğu, bu haliyle dosyanın kesinleştiği tarihe kadar avukatın hakettiği bir vekalet ücreti bulunmadığından avukatın vekalet ücretini peşin alamadığı ve uzunca süre beklemesi gerektiğinden söz edilemeyeceği, kaldı ki karar ve ilam harcının tapu iptal tescil davasının davalısı tarafından ödenmemesi nedeniyle dosyanın geç kesinleştirilmesinde davacının bir kusuru bulunmadığı gibi davalılara da bu konuda bir sorumluluk yüklenemeyeceği, hal böyle olunca mahkemece taktir edilen %12 oranının somut olayın şartlarına göre yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, belirtilen hususlar gözetilerek hakkaniyete daha uygun bir oran üzerinden vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

4-Yargılama sırasında davalıların tapu iptal tescile konu olan taşınmaz üzerindeki paylarının tespit edildiği, mülkiyetin paylı mülkiyete dönüştüğü anlaşılmaktadır. Her bir davalının payının belli olması nedeniyle davalıların payları oranında vekalet ücretinden sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca yukarıdaki ilkeler gözetilerek hesaplanacak tek bir vekalet ücretinin davalıların payları oranında davalılardan tahsiline karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile müştereken ve müteşelsilen davalılardan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

5-Bozma nedenine göre, tarafların diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1.bentte açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına, 2.,3. ve 4. bentlerde açıklanan nedenlerle davalılar yararına **BOZULMASINA**, 5. bent gereğince tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 1100,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalılara ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 22.01.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATLIK ÜCERETİ • HARCA ESAS DEĞER

ÖZET: Dayanak dava dosyasındaki değer esas alınıp, sözleşme hükümlerine göre avukatlık ücreti belirlenmelidir. Mahkemece değer tespiti yapılırken, dayanak Alanya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/284 E. sayılı dava dosyasında iptal ve tescilli istenen taşınmazların değeri dikkate alınmıştır. Oysa ki, bu dava dosyasında dava değeri 5.035 TL gterilmiş, azil tarihine kadar da ıslah ile talep miktarı artırılmamıştır. O halde, mahkemece, dayanak dava dosyasının değeri 5.035 TL kabul edilip, bu değere göre avukatlık ücret sözleşmesinde belirlenen orana göre, avukatlık kanunu ve tarife hükümleri de dikkate alınarak ücret takdiri gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Y. 13 HD., E. 2015/15037, K. 2017/2053, T. 22.02.2017

Davacı, avukat olduğunu, davalı ile aralarında %20 üzerinden avukatlık ücret sözleşmesi yapıp, davalı müvekkili temsilenAsliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/284 E. sayılı dava dosyasında vekilliğini yaptığını, davalının sebepsiz yere kendisini 04.07.2006 tarihinde vekillikten azlettiğini, azlin haksız olup, Avukatlık Kanunu 164. maddesi kapsamında

avukatlık ücretine hak kazandığını ileri sürerek, 11.000 TL avukatlık ücretinin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, azlin haklı nedene dayandığını, zira, davacı vekilin dayanak dosyada duruşmalara katılmadığını, mahkemece verilen sürelerle uyulmaması nedeniyle yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verildiğini bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, 07.08.2012 ve 13.12.2012 tarihli bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi için dosya yeniden bir başka bilirkişiye verilmiş, 21.07.2014 tarihli bu bilirkişi raporu hükme esas alınarak, azlin haksız olduğu gerekçesiyle ve taraflar arasındaki mevcut 13.05.2001 tarihli avukatlık sözleşmesi de geçerli kabul edilerek, davanın kabulüne, 11.000 TL avukatlık ücretinin davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, taraflar arasında mevcut avukatlık ücret sözleşmesine göre hakedilen ve ödenmeyen avukatlık ücretinin ödettirilmesine ilişkindir. Hemen belirtilmelidir ki, dosyada bir örneği mevcut 13.05.2001 tarihli avukatlık ücret sözleşmesi yasal geçerlilik koşullarına haiz olup, tarafları bağlar. Diğer yandan azlin haksız olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Nitekim, mahkemenin kabulü de bu yöndedir. O halde, yapılacak iş, dayanak dava dosyasındaki değer esas alınıp, sözleşme hükümlerine göre avukatlık ücretinin tayininden ibarettir. Mahkemece değer tespiti yapılırken, dayanak Alanya 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/284 E. sayılı dava dosyasında iptal ve tescili istenen taşınmazların değeri dikkate alınmıştır. Oysa ki, bu dava dosyasında dava değeri 5.035 TL gösterilmiş, azil tarihine kadar da ıslah ile talep miktarı artırılmamıştır. O halde, mahkemece, dayanak dava dosyasının değeri 5.035 TL kabul edilip, bu değere göre avukatlık ücret sözleşmesinde belirlenen orana göre, avukatlık kanunu ve tarife hükümleri de dikkate alınarak ücret takdiri gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda birince bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz isteklerinin **REDDİNE**, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/III-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 20/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

İNTİFA HAKKI • İNTİFA HAKKININ SONLANMASI

ÖZET: Türk Medeni Kanununun 794 ve devamı maddelerinde düzenlenen intifa hakkı, başkasına ait bir eşya hak veya malvarlığı üzerinde belli bir kişiye tam yararlanma hakkı tanıyan bir irtifak türüdür.

Taşınmaz mallar üzerinde intifa hakkı, resmi senedin düzenlenerek tapuya tescili ile, taşınırlar üzerinde ise taşınır eşya zilyetliğinin intifa hakkı sahibine geçirilmesiyle kurulur. Alacaklar üzerinde intifa hakkı ise; hakkın temliki, kıymetli evrakın teslimi suretiyle kurulabilir. (TMK. m. 795) Bunlardan ayrı olarak intifa hakkının aslen kazanma olarak tanımlanan, kanuni intifa hakkı, zamanaşımıyla iktisap ve hükmen tesisi de mümkündür. İntifa hakkı; bir süreyle sınırlı olarak kurulmuşsa sürenin dolması veya bu süreden önce intifa hakkı sahibinin hakkından vazgeçmesi, intifa hakkı sahibinin ölümü veya tüzelkişi ise tüzel kişiliğin sona ermesi, konusu olan şeyin bütünüyle, harap olması sebebiyle artık ondan yararlanma olanağının kalmaması durumlarında sona erer. (TMK. m. 796)

Y 14 HD E.2009/8602 K.2009/9768 T.17.09.2009

Davacı, 7402, ada 4 parsel sayılı taşınmazı paydaşlığın giderilmesi davası sonucu yapılan ihale ile satın aldığı, satıştan önce taşınmazda paydaş TA hissesinde davalı MA yararına intifa hakkı tesis edildiğini, taşınmazın mevcut hali ile intifadan elde edilebilecek bir yararın bulunmadığını, aksine intifa hakkının taşınmaza yüklediği külfetin fazla olduğunu ileri sürerek bedeli karşılığı bu hakkın terkini istediğinde bulunmuştur.

Davalı, davanın reddini savunmuş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hükmü davalı temyiz etmiştir.

Dava, intifa hakkının terkinini istemine ilişkindir.

Türk Medeni Kanununun 794 ve devamı maddelerinde düzenlenen intifa hakkı, bakasına ait bir eşya hak veya malvarlığı üzerinde belli bir kişiye tam yararlanma hakkı tanıyan bir irtifak türüdür.

Taşınmaz mallar üzerinde intifa hakkı, resmi senedin düzenlenerek tapuya tescili ile, taşınırlar üzerinde ise taşınır eşya zilyetliğinin intifa hakkı sahibine geçirilmesiyle kurulur. Alacaklar üzerinde intifa hakkı ise; hakkın temlik, kıymetli evrakın teslimi suretiyle kurulabilir. (TMK. m. 795) Bunlardan ayrı olarak intifa hakkının aslen kazanma olarak tanımlanan, kanuni intifa hakkı, zamanaşımıyla iktisap ve hükmen tesisi de mümkündür.

İntifa hakkı; bir süreyle sınırlı olarak kurulmuşsa sürenin dolması veya bu süreden önce intifa hakkı sahibinin hakkından vazgeçmesi, intifa hakkı sahibinin ölümü veya tüzelkişi ise tüzel kişiliğin sona ermesi, konusu olan şeyin bütünüyle, harap olması sebebiyle artık ondan yararlanma olanağının kalmaması durumlarında sona erer. (TMK. m. 796)

Kanuni intifa hakları hariç (TMK. m.495 vd.) intifa hakkının tesisi daima bir sözleşmeye dayanır. Taraflarına hak ve borçlar yükleyen bu sözleşmeyle intifa hakkı sahibi ise malik hakkın konusu olan şeydeki yararlanmanın nasıl sürdürüleceği kararlaştırılabilir. Şayet intifa hakkının tesisine neden olan sözleşmedeki edimler yerine getirilmemiş, intifa hakkının devamı malike yüklediği külfete göre çok az yarar sağlar hale gelmişse malik bozulan yararlar dengesini ileri sürerek hakimden sözleşmeye müdahale edilmesini, intifa hakkının sona erdirilmesini isteyebilir. Kaldı ki, bu gibi durumlarda intifa hakkı sahibinin hakkın sürdürülmesini istemesi hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Her ne kadar intifa hakkının sona ermesi sebepleri sayan Türk Medeni Kanununun 796 vd. maddelerinde eşyaya bağlı irtifak haklarında olduğu gibi şahsi bir irtifak hakkı olan intifa hakkının sona erdirilmesini malikin tayep edebileceğine ilişkin bir hüküm yoksa da burada Türk Medeni Kanununun 785. maddesinin kıyasen uygulanması gerekir. Doktrinadaki hakim görüş de bu doğrultudadır. (Bkz. Prof. Dr. Şeref Ertaş, Eşya Hukuku Ankara 2004, shf. 463.)

Hemen belirtmek gerekir ki, kanununi intifa hakkının kazanılması için, apuya kayıt gerekmediği gibi, hak sahibinin ölümü ile sona ermesi

halinde terkinde de ihtiyaç yoktur. Kuşkusuz, kanuni intifa hakkı sahibinin rızası ile bu haktan vazgeçmesi de mümkündür. Bu durumda tapuda kayıtlı hakkın terkinini isteyebilir. Yukarıda da değinildiği gibi kanununi intifa hakkı bir sözleşmeye dayanmadığı için, yarar dengesinin bozulduğu iddiasıyla hükmen terkin istenemeyeceği gibi, taşınmaz malikinin Türk Medeni Kanununun 785. maddesine dayanarak terkin isteme olanağı da yoktur.

Bütün bu açıklamalardan sonra somut olayın yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda değerlendirmesi gerekmektedir.

Dava konusu taşınmaz 1360 m2 miktarında arsa niteliği ile tapuda kayıtlı olup davalının 109/2720 pay üzerinde intifa hakkı vardır. Davacı bu taşınmazı paydaşlığın giderilmesi davası sonucu ihale satışından almıştır. Satış memurluğunun ihale sırasında hazırladığı satış belgelerinden davalının taşınmaz üzerinde kanuni intifa hakkının bulunduğu ve taşınmazın bu hakla yükümlü olarak satıldığı anlaşılmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi kanuni intifa hakkı, aslen iktisap edilen intifa haklarından olup, sona ermesi de hak sahibinin ölümü ya da bu haktan vazgeçmesine bağlıdır. İntifa hakkının taşınmaza sağladığı yararı oranla daha ağır bir külfet yüklediği gerekçesiyle kanuni intifa hakkının terkinini olanağı bulunmamaktadır. Mahkemece, bu yönler gözetilmeden bedeli karşılığı intifa hakkının terkinine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunduğundan kararın bozulması gerekmektedir.

Kabule göre de; dava dilekçesinde dava değeri 8000.00 TL olarak gösterilmiş, mahkemece 1417.00 TL için davanın kabulüne karar verilmiş olmasına rağmen reddedilen miktar üzerinden davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmemiş olması ayrıca doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan temyiz harcının istek halinde yatırıma iadesine, 17.09.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İNTİFA HAKKI • İNTİFA TERKİNİ

ÖZET: Davacı satışına karar verilen taşınmazda malik olup, aldığı yetkiye dayanarak intifa hakkı sahibinin mirasçılarını hasım göstermek suretiyle intifa hakkının kaldırılmasını isteyebilir.

Y. 14 HD, E. 2009/595, K. 2009/2172, T. 19.02.2009

Davacı, 3 parsel sayılı taşınmazın paydaşlığın giderilmesi davası sonucu N.G. lehine konulan intifa hakkıyla yükümlü olarak satışına karar verildiğini, intifa hakkı sahibinin 17.02.2006'da ölümü üzerine İzmir 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2007/2 satış dosyasında intifa hakkının kaldırılması için kendilerine yetki verildiğini ileri sürerek intifa hakkının kayıttan terkinini isteğinde bulunmuştur.

Mahkemece, intifa hakkı sahibinin ölümü nedeniyle mirasçıların tapuya başvurmaları halinde tapu sicil müdürlüğünce terkin edileceği, işin idari mahiyette bulunduğu belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacı temyiz etmiştir.

Dava, intifa hakkının terkinini isteğine ilişkindir.

Türk Medeni Kanunu'nun 796. maddesi uyarınca intifa hakkı konusunun tamamen yok olması ve taşınmazlarda tescilin terkinini; yasal intifa hakkının ortadan kalkması ile sona erer.

Sürenin dolması veya hak sahibinin vazgeçmesi ya da ölümü gibi diğer sona erme sebepleri, taşınmazlarda malike terkinini isteme yetkisi verir. Görüldüğü gibi, intifa hakkı sahibinin ölümü ile intifa hakkı sona ereceğinden malik terkin isteyebilir. Ayrıca, Tapu Sicil Tüzüğü'nün 78. maddesi uyarınca da malikin terkin isteme hakkı vardır.

Somut olayda da; paydaşlığın giderilmesi davası sonucu intifa hakkı ile yükümlü olarak taşınmazın satışına karar verilmiş ise de, intifa hakkı sahibinin ölümü üzerine bu hak sona ermiştir. Davacı da İzmir 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2007/2 sayılı dosyada verilen yetkiye dayanarak eldeki davayı açmıştır. Davacı satışına karar verilen taşınmazda malik olup, aldığı yetkiye dayanarak intifa hakkı sahibinin mirasçılarını hasım göstermek suretiyle intifa hakkının kaldırılmasını isteyebilir. Mahkemece, ölümle sona eren intifa hakkının kayıttan terkinine karar vermek gerekirken yazılı nedenlerle davanın reddi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 19.02.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

TEBLİGAT YÖNTEMİ

ÖZET: Tebligat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2. maddeleri farklı şekilde yorumlanarak, başka adresi bilinmediği gerekçesiyle muhatabın adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresine doğrudan doğruya 21/2. maddesine göre tebligat çıkartılması muhatabın savunma hakkını kısıtlayacağından, Anayasanın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesine ve Tebligat Kanununun yukarıda bahsi geçen hükümlerine aykırı olacaktır.

Y. 14 HD. E. 2015/7312, K. 2017/399, 19.01.2017

I- 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun;

1- "Bilinen Adreste Tebligat" kenar başlıklı 10. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, "Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır.

Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığı anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır.",

2- "Tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina" kenar başlıklı 21. maddesinde, "Kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir ve memurlarına imza mukabilinde teslim eder ve teslim edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve teslim eden adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

Muhtar, ihtiyar heyeti azaları, zabıta amir ve memurları yukarıdaki fıkralar uyarınca kendilerine teslim edilen evrakı kabule mecburdurlar.”.

3- “Yaş ve ehliyet şartı” kenar başlıklı 22. maddesinde, “Muhatap yerine kendisine tebliğ yapılacak kimsenin görünüşüne nazaran onsekiz yaşından aşağı olmaması ve bariz bir surette ehliyetsiz bulunmaması lazımdır.”.

II- Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin;

“Muhatabın geçici olarak başka yere gitmesi” kenar başlıklı 29. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında, “(1) 21, 22, 23, 25, 26 ve 27 nci maddelerde yazılı kişiler, tebliğ yapılacak olanın geçici olarak başka yere gittiğini belirtirlerse, tebliğ memuru, muhatabın hangi sebeple adresten geçici olarak ayrıldığını, beyanda bulunanın adı ve soyadı ile sıfatını tebliğ tutanağına yazar. Tebliğ tutanağını beyanda bulunana imzalatır ve tebliğ edilecek evrakı beyanda bulunana verir. Bu kişiler, tebliğ evrakını kabule mecburdurlar.

(2) Bu kişilerin beyanlarını imzadan kaçınmaları ve tebliğ evrakını kabul etmemeleri durumunda, tebliğ memuru bu hususu tutanağına yazar, imzalar ve tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti üyesinden birine ya da kolluk amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve teslim ettiği kişinin adresini içeren ihbarnameyi gösterilen adresin kapısına yapıştırır.”.

Hükümlerine yer verilmiştir.

Tebligat Kanunu, 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6099 sayılı Kanunla değiştirildikten sonra, gerçek kişilere yapılacak tebligatla ilgili olarak iki aşamalı bir yol benimsenmiştir. Bu değişikliğe göre, muhatabın adres kayıt sistemindeki adresine, Kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca doğrudan tebligat yapılması mümkün değildir. Muhataba çıkarılan ilk tebligat, bilinen veya gösterilen adresine yapılacaktır. Buna göre, ilk defa bildirilen adresin muhatabın (davalının) adres kayıt sistemindeki adresi veya başka bir adres olması arasında fark yoktur. Her iki adres de

Tebliğat Kanunu'nun 10/1. maddesi kapsamında bilinen adrestir. Bildirilen adrese çıkarılan tebligatın bila tebliğ iade edilmesi halinde, Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 16/2. maddesi de nazara alınarak muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre tebligat çıkarılacaktır.

Tebliğat Kanunu'nun 10/2 ve 21/2. maddeleri farklı şekilde yorumlanarak, başka adresi bilinmediği gerekçesiyle muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine doğrudan doğruya 21/2. maddesine göre tebligat çıkartılması muhatabın savunma hakkını kısıtlayacağından, Anayasanın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesine ve Tebligat Kanununun yukarıda bahsi geçen hükümlerine aykırı olacaktır.

Somut olaya gelince; gerekçeli kararın, davalı ...'ın adresinde muhatapla birlikte oturan eşine tebliğ edildiği ancak, tebligat parçasına Tebligat Kanununun 22. maddesi uyarınca tebliği almaya ehil olduğuna ilişkin şerh yazılmamış olduğundan yapılan tebligatın usulüne uygun olmadığı; davalılar ..., ..., ..., ...'nın ise bilinen en son adreslerine tebligat çıkarılıp bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilip tebligatın buraya yapılacağı hükmü gözardı edilerek ilk seferde bu davalıların adres kayıt sistemindeki adreslerine Tebligat Kanunu'nun 21/2 maddesine göre yapılan tebligatların usulüne uygun olmadığı anlaşılmalı, adı geçen davalıların adreslerine 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde gerekçeli kararın tebliği sağlanarak ve yasal temyiz süresi beklenildikten sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere Dairemize gönderilmesi için dosyanın **MAHALLİNE İADESİNE**, 19.01.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

KOOPERATİF • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Birleştirilen davaya yönelik temyiz itirazlarına gelince; mahkemece tapuda taşınmazın devir tarihi olan 29.07.1986 itibariyle 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de yukarıdaki bentte değinildiği gibi taraflar arasında bir taşınmaz satım sözleşmesi değil arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedilmiştir. Ne var ki yüklenici kooperatif sözleşme ile yüklendiği edimlerini henüz yerine getirmiş değildir. Sözleşme ayakta olup yürürlüğü hala devam etmektedir. Bu itibarla zamanaşımının başlangıcını düzenleyen BK'nın 128. maddesinde öngörüldüğü şekilde muacceliyet olgusu henüz gerçekleşmemiştir. O halde yüklenici kooperatif vekilinin zamanaşımı def'inin reddi ile işin esasına girilerek tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürecekleri kanıtlar toplanarak bir hükme varılması yerine yazılı şekilde karar verilmesi de yerinde görülmemiştir.

Y. 15 HD. E. 2010/1589, K. 2010/4261, T. 22.07.2010

Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmış olup, yüklenici kooperatif tarafından arsa sahipleri aleyhine açılan asıl davada; müdahalenin önlenmesi ve ecrimisil ödetilmesi, arsa sahipleri tarafından yüklenici kooperatif aleyhine açılan birleşen davada ise; fesih, tapu iptali ve tescil ile tazminat ödetilmesi istemlerinde bulunulmuş, mahkemece asıl davanın kabulüne, birleşen davanın zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle reddine dair verilen karar, asıl davada davalı, birleşen davada davacı olan arsa sahipleri vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı-birleşen davada davacılar vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmemiştir.

2- Taraflar arasında düzenlenen “Satış Senedi ve Mabuz” başlıklı, 25.06.1986 tarihli adi yazılı sözleşme ile özetle; arsa sahipleri İbrahim ve B.C.’e ait Kartal, Tuzla K. mevkiinde buhunan ...pafta, parselin üzerine yapılacak inşaattan altı adet daire ve ayrıca 50,00 TL verilmesi karşılığında yüklenici kooperatife devredilmesi, altı adet daire tapusunun inşaatın bitiminde arsa sahipleri adına ferağı, keza arsa sahiplerinin halen taşınmaz üzerinde bulunan yerlerinin de inşaat nedeniyle yıkılması gerektiği takdirde inşaatın bitimine kadar kendilerine bir daire kiralanarak kira bedelinin yüklenici kooperatif tarafından ödenmesi kararlaştırılmıştır.

Her ne kadar sözleşmede üzerine inşaat yapılacak taşınmaz aynen “33 pafta 2079 adadaki 1.0444 m2(lik gayrimenkul” şeklinde tanımlanmış ve dava sırasında arsa sahipleri 2079 parsel alanının esasen 11.040 m2 olup bu miktarın 1000 m2(sinin yüklenici kooperatife devrini amaçlamadıklarını ileri sürmüşlerse de, dosya kapsamında mevcut bulunan 29.07.21986 tarihli akit tablosundan arsa sahiplerinin tapuda “bizzat” 11.040 m2 miktarlı 2079 parseli kooperatife devretmeleri, yine sözleşmede taşınmazın kısmen devrinin kararlaştırıldığına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması, hatta taşınmaz üzerinde bulunan arsa sahiplerine ait müştemilatın gerektiğinde yıkılarak kendilerine inşaatın bitimine kadar bir dairenin kiralanacağına belirtilmesi karşısında anılan savunmanın yerinde olmadığı anlaşılmıştır.

Yanlar arasında düzenlenen ve uyuşmazlığın kaynağını oluşturan 25.06.1986 tarihli sözleşmede arsa devri karşılığında bağımsız bölüm teslimi taahhüt edilmiş olmakla hukuki niteliğince BK’nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Bahsi geçen sözleşmelerin tapu devri taahhüdü içermeleri nedeniyle BK’nın 213. MK’nın 706, Tapu Kanununun’unun 26 ve Noterlik Kanunu’nun 60. madde hükümleri gereğince bizzat tapu memuru huzurunda veya noter aracılığı ile düzenleme şeklinde yapılmaları geçerlik koşuludur. 25.06.1986 günlü sözleşme bu geçerlik koşuluna uygun olmayıp adi yazılı şekilde düzenlendiği için ilke olarak geçersiz ise de arsa sahiplerince devri taahhüt edilen taşınmaz 29.07.1986 tarihinde kooperatif adına tescil edilmiş olduğundan artık şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceği için (MK. 2. m.) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 30.09.1988 T., 1987/2 E., 1988/2., K. sayılı içtihadı birleştirme kararı gereği anılan sözleşmenin geçerli hale geldiğinin kabulü zorunludur.

Dosya kapsamındaki kanıtlara göre, arsa sahiplerine ait ve diğer tüm inşaatın durumu incelenmemiş olmakla beraber tapuları henüz arsa sahiplerine teslim edilmediğinden geçerliliği yukarıda saptanan sözleşmenin henüz ifa ile sonuçlanmadığı ve halen ayakta olduğu açıktır. Bu durumda gerek asıl, gerekse de birleşen davanın sözleşme hükümlerine göre değerlendirilip bir çözüme kavuşturulması gerekmektedir.=

Uyuşmazlığa sözleşme kapsamında ve öncelikle asıl dava konusu men'i müdahale ve ecrimisil istekleri yönünden bakıldığında; gerçekten de taraflar arasındaki akdi ilişki ifa ile sonuçlanmamış, altı adet dairenin tapuları arsa sahiplerine verilmemiştir. Arsa sahiplerinin sözleşme öncesinden beri 2079 parsel üzerinde bulunup daha sonra bu parselin ifrazı sonucu 5940 parsel üzerinde kalan yerleri için sözleşmede özel bir düzenleme öngörülmüş ve üçüncü paragrafta bu yerin inşaat nedeniyle yıkılması gerekirse inşaatın bitimine kadar mal sahiplerine yüklenici kooperatif tarafından bir daire kiralanacağı ifade olunmuştur. Belirtilen paragrafın yazılışından anlaşılacağı üzere bu yer, inşaat nedeniyle yıkılırsa arsa sahiplerine kiralık bir daire tahsis edilecek, yıkılması gerekmezse inşaatın bitimine kadar oturmaya devam edeceklerdir. Oysa somut olayda inşaatın bitirilmesi ve tapularının arsa sahiplerine verilmesi koşulları henüz yerine getirilmiş değildir. Bu durumda mahkemecey asıl davanın reddi yerine, davalı konumunda bulunan arsa sahiplerinin 5940 parselde kalan yerleri açısından 25.06.1986 günlü sözleşmenin satış sözleşmesi olarak nitelendirilip, satışın gerçekleştiği ve inşaatın bitimine kadar kendilerine geçici aturma izni verildiği, inşaatlarında bitmesi nedeniyle artık bu yerden çıkmamalarının haksız olduğunun kabulü ile men'i müdahale ve ecrimisil istemlerinin kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

3- Birleştirilen davaya yönelik temyiz itirazlarına gelince; mahkemece tapuda taşınmazın devir tarihi olan 29.07.1986 itibarıyla 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de yukarıdaki bentte değinildiği gibi taraflar arasında bir taşınmaz satım sözleşmesi değil arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedilmiştir. Ne var ki yüklenici kooperatif sözleşme ile yüklenildiği edimlerini henüz yerine getirmiş değildir. Sözleşme ayakta olup yürürlüğü hala devam etmektedir. Bu itibarla zamanaşımının başlangıcını düzenleyen BK'nın 128. maddesinde öngörüldüğü şekilde muacceliyet olgusu henüz gerçekleşmemiştir. O halde yüklenici kooperatif vekilinin zamanaşımı definin reddi ile işin esasına girilerek tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürecekleri kanıtlar toplanarak bir hükme varılması yerine yazılı şekilde karar verilmesi de yerinde görülmemiştir.

Açıklanan sebeplerle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davalı-birleşen dava davacıları arsa sahiplerinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2. ve 3. bentler uyarınca hükmün davalı-birleşen dava davacıları arsa sahipleri yararına **BOZULMASINA** 625,00 TL duruşma vekillik ücretinin davacı ve birleşen davanın davalısı yüklenici kooperatiften alınarak Yargıtay duruşmasında kendilerini vekille temsil ettiren davacı ve birleşen dava davacıları arsa sahiplerine verilmesine, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı - k. davacılar geri verilmesine, 22.07.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

KAZADA YARALANMA • MADDİ TAZMİNAT

PMF TABLOSU

ÖZET: Yaralanmadan doğan tazminat davasında TRH 2010 yaşam tablosu değil PMF tablosu esas alınmalı ve bilinmeyen dönem hesabında %10 artırım, %10 iskonto yöntemi uygulanmalıdır.

Maddi zarar hesabında kaza tarihindeki kazanç miktarı esas alınmalıdır.

Kaza sebebiyle davacıya rücuya tabi maaş bağlanmış ise, bu maaşın peşin sermaye değeri hesaplanan maddi tazminattan düşülmelidir.

Y. 17 HD. E. 2014/17585, K. 2017/1198, T. 09.02.2017

Davacı vekili, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, 9.000,00 TL kazanç kaybı, belgelenemeyen 1.000,00 TL tedavi gideri ve 150.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş; yargılama sırasında maluliyet tazminat talebini 93.190,25 TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı ... şirketi vekili, maddi tazminattan, poliçe limit dahilinde ve davalının kusuru oranında sorumlu olduklarını, 6111 sayılı Yasa gereğince tedavi giderinden sorumlu olmadıklarını, davadan önce temerrüde düşürülmediklerini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı S. Beton San ve Tic AŞ vekili, kusuru kabul etmediklerini, taleplerin fahiş olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... vekili, asıl kusurun karşı tarafta olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan delillere göre; Davanın kısmen kabulü ile 93.190,25 TL maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, ispatlanamayan tedavi gideri talebinin reddine; manevi tazmi-

nat talebinin kısmen kabulü ile 25.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte sigorta şirketi dışındaki davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş;hüküm, davacı vekili, davalı E. Sigorta AŞ vekili ile davalı S. Beton San ve Tic AŞ 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 davacı vekilinin tüm, davalı S. Beton San ve Tic AŞ vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan geçici/kalıcı iş göremezlik tazminatı, tedavi gideri ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

İş göremezlik zararının hesabında davacının gelirinin belirlenmesi tazminatın doğru tespitinde önemli bir yer tutmaktadır. Çalışma hayatının aktif çalışma dönemi ve emeklilik dönemi olan pasif devre olarak ayrılması ve tazminatın hesabında aktif dönemde davacının kaza tarihindeki kazancı esas alınarak hesaplama yapılması; pasif devrede ise zararın oluşacağı ve bu zararın asgari geçim indirimsiz asgari ücret düzeyinde bir zarar olacağına kabulünün gerektiği Dairemizin yerleşmiş içtihatlarındanır.Öte yandan Dairemizin yerleşik kriterlerine göre, iş göremezlik tazminatı hesabı yapılırken davacının bakiye ömrünün Population Masculine Et – Feminine (PMF 1931) Tablosu esas alınarak tespit edilmesi gerekmektedir.

Somut olayda hükme esas alınan 17.06.2013 tarihli aktüer raporunda, davacının bakiye ömür süresi beirlenirken PMF 1931 tablosu değil de TRH 2010 yaşam tablosu kullanılması hatalı olduğu gibi; davacının bakiye ömrü aktif dönem ve pasif dönem olarak ayrılmadan, aktif dönemdeki belirlenen gelirin, pasif dönem sonuna kadar %10 artırım ve %10 indirim yapılmak suretiyle pasif dönemin sonuna kadar devam ettirilmesi de doğru görülmemiştir. Öte yandan davacının aktif ve bilinen dönemdeki geliri belirlenirken kaza tarihindeki geliri değil de rapor tarihindeki geliri esas alınarak hesaplama yapılması da hatalı olmuştur.Hal böyle olunca mahkemece, aktüer hesaplama yöntemine aykırı, yeterli ve denetime elverişli olmayan bu rapora göre karar verilmesi bozma nedeni yapılmıştır.

3-Dosya içeriğinden davacıya yaralanması nedeniyle ... tarafından aylık bağlanıp bağlanmadığı araştırılmaksızın karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece,davacıya ... tarafından aylık bağlanıp bağlanmadığı, bağlandı ise bağlanan aylıkların rücuya tabi olup olmadığı araştırılarak rücuya

tabi olduğunun belirlenmesi halinde peşin sermaye değerinin belirlenen tazminattan mahsubu ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

4-Dosya kapsamına göre davacı tarafça davadan önce davalı . (Eski ünvanı... başvurulmamıştır. Bu halde davalı ... şirketinin kazadan dava tarihinde haberdar olduğu ve temerrüde düştüğünün kabul edilmesi gerekirken, davalı .(Eski ünvanı: .. aleyhine kaza tarihinden itibaren faize hükmedilmesi doğru olmayıp bozma nedeni yapılmıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilin tüm, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine; (2 ve 3) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davalı ...vekili ile davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**; (4) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**; aşağıda dökümü yazılı 6.20 TL kalan onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı S. Beton San.ve Tic..... E. Sigorta A.Ş'ne geri verilmesine 09.02.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KIZ ÇOCUĞUNUN ÖLÜMÜ • HESAP YÖNTEMİ • PMF TABLOSU

ÖZET: Destekten yoksun kalmadan doğan tazminat davalarında muhtemel yaşam süreleri PM tablosuna göre belirlenir.

Bilinmeyen dönemin geliri %10 artırılıp, %10 ek-siltme yöntemiyle belirlenir.

Ölen kız evladiın 18 yaşından itibaren annesine destek sağlayacağı kabul edilmelidir.

Bakım gideri hem anne hem de baba için hesaplanmalıdır.

Y. 17 HD. E. 2014/24748, K. 2017/1841, T. 23.02.2017

Davacı vekili; davalı ... şirketine ZMMS poliçesi ile sigortalı sürücü ...'in sevk ve idaresindeki ... plakalı aracın 25/09/2012 tarihinde tek taraflı olarak kaza yapması sonucu araçta yolcu olarak bulunan müvekkilinin kızı ...'in vefat ettiğini, kaza sonrasında müvekkilinin davalı ... şirketine başvurduğunu ve ... nolu hasar dosyasının açıldığını, davalı ... şirketi tarafından 06/11/2013 tarihinde 13.470,00 TL ödeme yapıldığını, müvekkilinin mağduriyetinin sigorta şirketi tarafından ödenen miktarın çok üzerinde olduğunu, müvekkilinin kızının henüz 1 yaşında olduğunu, murisin kazada ölmeseydi annesinin geçimine katkıda bulunacağını, müvekkilinin geçimini sağlamak zorlandığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile davacı ... için 4.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının olay tarihinden işleyecek avans faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, yargılama sırasında maddi tazminat talebini 5.518,34 TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı vekili; davanın zamanaşımına uğradığını, olayda var ise hatır taşıması ve müterafik kusurun da değerlendirilmesini istediklerini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın ıslah gibi kabulü ile 65.518,54 TL'nin 24/10/2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı taraftan tahsili ile davacı tarafa ödenmesine karar verilmiş; hüküm, davalı ... şirketi vekiline temyiz edilmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı ... şirketi vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davalarda, aktüerya alanında uzman bilirkişiden alınacak raporda, davacıların her biri için destekten yoksun kalacakları sürenin, çocuklar için, yüksek öğrenim yapıyorlar ise, öğrenimlerinin sona erdiği tarih, henüz yapmıyorlar ise yaşları, okuldaki eğitim durumları, içinde yaşadıkları sosyal ve ekonomik koşullar değerlendirilerek ayrı ayrı belirlenmesi, raporun düzenlendiği en yakın tarih, bilinen dönem kabul edilerek ölenin bilinen gelirin göre davacıların gerçekleşen zararının ve sonraki bilinmeyen dönem için gelirin her yıl % 10 oranında artıp, % 10 oranında iskonto uygulanmak suretiyle hesaplanarak bilinmeyen dönem zararının hesaplanması ve davacıların ve desteğin muhtemel bakiye yaşam süreleri konusunda PMF-1931 tablosunun kullanılması ve davacıların somut koşulları dikkate alınarak denetime elverişli şekilde belirlenmesi gerekir.

Somut Olayda; davacı anne ... kazada 1 yaşındaki kızı ...'i kaybetmiştir. Hükme esas alınan 26.06.2014 tarihli aktüer bilirkişi raporunda muris küçük ... yarasaydı annesi davacı ...'nın ve dava dışı baba'in ona 12 yaşına kadar asgari brüt ücretin 1/5 oranında (eşit oranda, yarı yarıya) yetiştirme gideri yapacağı kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Oysa Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre kazada müşterek çocuklarını kaybeden anne ve babanın yarasaydı ölen kızları için 18 yaş ikmaline kadar eşit oranda yetiştirme gideri yapacakları kabul edilerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde 12 yaş ikmaline kadar yetiştirme gideri yapacağı, kabul edilerek yapılan hesaplama göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Öte yandan ölen muris ..., kaza tarihinde 1 yaşındadır. Aktüer hesabında muris küçüğün 18 yaş ikmalinden itibaren davacı annesine destek olacağı kabul edilerek hesaplama yapılması gerekirken 12 yaş ikmalinden itibaren davacı annesine destek olacağı kabul edilerek hazırlanan aktüer hesabına göre yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir.

Bu nedenlerle mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, başka bilirkişiden aktüer hesaplama yöntemine uygun rapor alınarak, denetime elverişli ve tarafların itirazlarını karşılayacak şekilde tazminatın

belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hatalı aktüer raporuna göre hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ... şirketi vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ... şirketi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, duruşmada vekille temsil olunmayan davalı yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 23.2.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MALULİYET • ÇELİŞKİLİ RAPORLAR • PMF TABLOSU

ÖZET: Maluliyete ilişkin raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için Adli Tıp'dan Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşleri Yönetmeliğine göre rapor alınmalıdır.

Maddi zarar hesabında PMF Yaşam tablosu esas alınmalıdır.

Y. 17 HD. E. 2016/7855, K. 2017/2291, T. 6.3.2017

Davacı vekili; 05.02.2009 tarihinde davacının sürücüsü olduğu araç ile plakası tespit edilmeyen aracın kusuru neticesinde gerçekleşen kazada davacının malul kalacak şekilde yaralandığını, kaza sonucu yaralanması nedeniyle davalı tarafından bir miktar ödeme yapıldığını ancak bunun zararını tamamen karşılamadığını belirterek şimdilik000,00 TL işgörememezlik tazminatının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili; 08/.../2015 tarihli dilekçe ile dava değerini 124.736,41 TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı vekili; plakası tespit edilemeyen aracın neden olduğunu zarar nedeniyle davacıya05.2010 tarihinde145 TL ve 06.....2014 tarihinde453 TL olmak üzere toplam598 TL ödeme yapıldığını, yapılan ilk ödeme ile ... 111.maddesi gereği hak düşürücü sürenin dolduğunu ve sorumluluklarının kalmadığını, kabul anlamına gelmemek kaydıyla kusur ve poliçe limiti ile sorumlu olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile 124.736,41 TL iş görememezlik tazminatının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan alınarak davacıya verilmesine, ... şirketinin sorumluluğunun poliçe limiti ile mahdut tutulmasına karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

...-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, kararın gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

...-Dava, trafik kazasından kaynaklanan yaralanma nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece esas alınan Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığı tarafından düzenlenen08.2015 tarihli raporda davacının Resmi Gazetede yayınlanan "Çalışma gücü ve meslekte kazanma gücü kaybın oranı tesbit işlemleri yönetmeliği "hükümlerine göre %64.0 oranında kalıcı olarak genel beden gücünü kaybetmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Davalı tarafça, davacı tarafından dava açılmadan önce kendisine yapılan başvuruda ... Üniversitesi Şahinbey Araştırma ve Uygulama Hastanesi'nin04.2014 tarihli raporunda belirtilen %... maluliyet oranına göre davacıya ödeme yapıldığı belirtilmekle, ayrıca ... Bakanlığı ... Av.... ... Devlet Hastanesi'nin 03.03.2010 tarihli %... maluliyet tespitini içeren raporun varlığından bahsedilmektedir.

Mahkemece hükme esas alınan sonraki tarihli raporda çelişki giderilmemiştir. Bu halde mahkemece yukarıda bahsedilen ve dosya arasında yer almayan raporlar ilgili yerlerden getirtilerek, davacının kaza tarihinde yürürlükte bulunan Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşleri Yönetmeliği'ne uygun şekilde maluliyet oranının kesin ve net bir şekilde tespiti için dosyanın Adli Tıp Kurumu'na gönderilip kurumdan rapor alınarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, davacının maluliyeti net olarak belirlenmeden eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

...-Mahkemece davacının maluliyeti nedeniyle uğradığı zararının belirlenmesi için bilirkişi raporu alınmış, raporda TRH 2010 Kadın-Erkek yaşam tablosu esas alınarak hesaplama yapılmış olup bu rapor hükme esas alınmıştır.

... yerleşik uygulamalarına göre muhtemel yaşam süreleri belirlenir-

ken Population Masculine Et – Feminine (PMF) yaşam tablosu esas alınmalıdır. Ayrıca, rapor tanzim tarihine kadar gerçekleşen zararın bilinen veriler nazara alınarak ve iskontoya tabi tutulmadan somut olarak, rapor

tanzim tarihinden sonraki zarar da bilinen son gelir nazara alınıp .../Kn katsayısına göre her yıl %... oranında artırılmak ve iskonto edilmek suretiyle hesaplanmalıdır (YHGK.,06.1995 tarih, 1994/...-628 Esas, 1995/694 Karar).

Bu bakımdan dosya kapsamında aldırılan09.2015 tarihli rapor açıklanan ilkelere uygun bulunmadığından PMF yaşam tablosu esas alınmak suretiyle davacının zararının hesaplanması gerekirken TRH 2010 yaşam tablosunun esas alındığı bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması da isabetli bulunmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda (...) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (...) ve (...) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri 06/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Manevi tazminat zenginleşme aracı olmakla beraber, bu yöndeki talep hakkında hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemnin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarfların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de göz önünde tutularak, hak ve nefaset kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, M.K.nun 4. maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür. Hatır taşımalarında indirim oranı %20'dir.

Y. 17 HD E. 2014/10652, K. 2016/11067, T. 1.12.2016

Asıl dosyada, davacılar vekili, davalılardan ... adına kayıtlı ... plakalı araçla davalılardan ...in babaları Kemalettin'in yaptığı kaza neticesinde davacılarından'nin eşi ve kızı, diğer davacıların anne ve kardeşleri olan... ve'in vefat ettiğini, kazanın müteveffa ...'ın kusuru nedeniyle meydana geldiğini, davacıların olay nedeniyle büyük bir elem ve üzüntü yaşadıklarını ve manevi desteklerini yitirdiklerini, 40.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan'dan tahsiline, fazlaya dair hakları saklı kalmak üzere 1 TL maddi tazminatın diğer davalı ... hesabından tahsilini talep etmiş, ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini yükseltmiştir.

Birleştirilen dosyalarda davacı olan....Hesabı vekili, anılan kaza nedeni ile hak sahiplerine yaptığı destekten yoksun kalma tazminatının icra takibi ile tahsilini istediğini, birleşen dosyaların davalıları'ın haksız olarak borca itiraz ettiklerini ve itirazlarının iptalini talep etmiştir.

Asıl dosyada davalı ... vekili, davacılara için 29/04/2010 tarihinde 47.373,00 TL, için 16/03/2010 tarihinde 10.868,00 TL olmak üzere toplam 58.261,00 TL ödeme yapıldığını, ödemeler nedeniyle kurumun sorumluluğu kalmadığını, ibranameler imzalanırken davacılar tarafından fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulmadığını, fazlaya ilişkin kısım için dava açılmayacağını, davacıların murislerinin sürücünün aşırı alkollü olduğunu bildikleri halde araca bindiklerini, olayın hatır taşımacılığı olduğunu, bu nedenle kazanın meydana gelişinde bileşik kusurlu olduklarını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Asıl dosyada davalı ... vekili, müvekkilinin aracını haricen sattığını iş-
leten sıfatının bulunmadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Davalılar ... ve ... duruşmadaki beyanlarında; açılan davayı kabul et-
mediklerini beyan etmişlerdir.

Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, asıl davada; davanın kısmen kabulü ile, 6.641,56 TL maddi tazminatın davalılardan Hesabından alınarak davacılar tarafından ...'e verilmesine, faz-
laya ilişkin maddi tazminat talebinin reddine, diğer davacıların maddi tazminat taleplerinin reddine, davacılar tarafından ... için 5.000,00 TL diğer da-
vacıların her biri için 3.000,00 TL olmak üzere toplam 14.000,00 TL ma-
nevi tazminatın kaza tarihi olan 10/04/2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte Hesabı dışındaki davalılardan tahsili ile davacı-
lara verilmesine, fazlaya ilişkin manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiş; asıl davada verilen hüküm, asıl dosya davalısı Hesabı vekili, asıl dosya davalısı Hasan vekili ve asıl dosya davacıları vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-)Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, asıl dosya davalısı Hesabı vekili, asıl dosya davalısı vekili ve asıl dosya davacıları vekilinin aşağı-
daki bentlerin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-)Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma taz-
minatı ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davalı ..., davacı ...'e kızı vefatı nedeni ile 16.03.2010 tarihinde 10.868 TL, eşi vefatı nedeni ile 29.04.2010 tarihinde 47.373 TL öde-
me yaptıklarını, davacı ...'in ölen kızı Sevda için aldığı ödeme nedeni ile 09.03.2010 tarihinde, davacı ...'in ölen eşi için aldığı ödeme nedeni ile 14.04.2010 tarihinde kurumlarını ibra ettiğini savunmaktadır. KTK'nun 111. maddesi uyarınca tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıl içinde iptal edilebilirler. Yasa'nın bu hükmünden yararlanmak için ibra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp, dava sırasında bu husus ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklaması da yeterlidir. Bu düzenlemeye göre açılan dava süresinde olup, davalı ... Hesabının ödediği paranın yeterli olduğu iddiası olduğuna göre mahkemece yapılacak iş, ilk önce ödeme tarihi itibarıyla yapılan

ödemenin yetersiz olup olmadığının belirlenmesidir. Bunun için ödeme tarihi verileri dikkate alınarak yapılacak hesaplama sonucu bulunacak tutar ile ödeme miktarının karşılaştırılarak, ödemenin yeterli bulunup bulunmadığıdır. KTK 111. madde gereğince verilen ibranamelerin geçerli olup olmadığı incelenmek suretiyle karar verilmesi gerekirken alınan ibranemeler değerlendirilmeksizin yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-)Ayrıca, Dairemizin yerleşmiş kararları uyarınca kaideten; hatır taşımalarında %20, sürücünün alkollü olduğunu bilerek araca yolcu olarak binilmesi halinde de %20 indirim yapılmaktadır. Bu durumda, mahkemece hangi nedenle hangi oranda indirim yapıldığı belirtilmeksizin toplam %30 yanlış oranda indirim yapılması isabetli görülmemiştir.

4-) Dava konusu kazada davacılarından ...'nin eşi ve kızı, diğer davacıların annesi ve kardeşi vefat etmiştir; mahkemece, her bir ölüm olayı nedeni ile davacılara ne miktarda tazminat istediği açıklattırılıp ayrı ayrı manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken bu yapılmaksızın yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru değildir. Bunun yanı sıra, manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkında hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemnin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de göz önünde tutularak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, MK'nın 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakim hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, davacılar vekilinin temyiz itirazının kabulüyle davacılar için takdir olunan manevi tazminatların düşük olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmek üzere asıl dosyada verilen kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle asıl dosya davalısı ... Hesabı vekili, asıl dosya davalısı Hasan vekili ve asıl dosya davacıları vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle asıl dosya davalısı ... Hesabı vekilinin itirazının kabulü ile bu davalı yararına, (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle asıl dosya davalısı Hasan vekilinin itirazının kabulü ile bu davalı yararına, (4) numaralı bentte açıklanan nedenlerle asıl dosya davacıları vekilinin itirazının kabulü ile asıl dosya davacıları yararına, asıl dosyada verilen hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden asıl dosya

davalısı Hesabı, asıl dosya davalısı ... ve asıl dosya davacılarına geri verilmesine 01/12/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK SİGORTASI • TEMERRÜT

ÖZET: 2918 sayılı KTK'nın 99/1. maddesi ve Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.2.b. maddesi uyarınca, rizikonun bilgi ve belgeleri ile birlikte sigortacıya ihbar edildiği tarihten itibaren 8 iş günü içinde sigortanın tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmakta, bu sürenin sonunda ödememe halinde temerrüt gerçekleşmektedir. Sigortaya başvurulmadan dava açılması veya icra takibi başlatılması halinde ise bu tarihlerde temerrüt gerçekleşir.

Y. 17 HD. E. 2014/14908, K. 2016/11820, T. 22.12.2016

Davacı vekili, 25/09/2009 tarihinde davalıya trafik sigortalı ...plaka sayılı aracın karıştığı trafik kazası sonucu yolcu konumunda bulunan kursuz müvekkilinin vücut bütünlüğünü yitirecek şekilde yaralandığını, davalıya yapılan başvuruya rağmen ödeme yapılmayarak temerrüde düşüldüğünü belirterek sigortalı araç kamyonet olduğundan 5.000,00 TL tazminatın temerrüt tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle tahsilini talep etmiş, ıslah dilekçesi ile istemlerini 149.207,00 TL'ye yükseltmişlerdir.

Davalı vekili, tüm belgeler ile birlikte kaza ve zarar ihbarında bulunmadığından temerrüde düşülmediğini belirterek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan delillere göre; davanın kabulü ile, 149.207,00 TL'nin 11/12/2012 olan dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeni ile maddi tazminat istemine ilişkindir.

2918 sayılı KTK'nın 99/1. maddesi ve Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.2.b. maddesi uyarınca, rizikonun bilgi ve belgeleri ile birlikte sigortacıya ihbar edildiği tarihten itibaren 8 iş günü içinde

sigortanın tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmakta, bu sürenin sonunda ödememe halinde temerrüt gerçekleşmektedir. Sigortaya başvurulmadan dava açılması veya icra takibi başlatılması halinde ise bu tarihlerde temerrüt gerçekleşir.

Somut olayda, davacıyı temsilen aracı firma, davalı ... şirketine davadan önce başvuruda bulunmuş, sigorta şirketi ile 26.07.2012 tarihine kadar yazışmalar sürdürülmüş-

tür. Sigorta şirketi, 27.03.2012 tarihli aracı firmaya hitaben yazdığı cevabında başvurunun değerlendirmeye alınabilmesi için kas gruplarına göre kas kuvvet kaybını gösterir ayrıntılı nöroloji raporu istenmiş, aracı firma tarafından davacıya ait nöroloji rapor aslı 28.02.2012 tarihinde sigorta şirketine ibraz edilmiştir. Davalı ... şirketine davadan önce eksik evakın da temini ile ihbarda bulunma tarihinin 28.02.2012 olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda, davacı adına aracı firmanın davalı ... şirketine eksik evrak temini ile başvuru yaptığı 28.02.2012 tarihinden sonraki 8. işgününün sonu olan 09.03.2012 tarihinde davalının temerrüde düştüğü gözetilerek faiz başlangıç tarihinin 09.03.2012 belirlenmesi gerekirken dava tarihinden temerrüde düştüğünün kabulü ile dava tarihinden itibaren faizle sorumlu tutulması doğru değil bozma sebebi ise de; bu yanılının giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden, hükmün 6100 sayılı HMK'nın geçici 3/II. maddesi delaletiyle 1086 sayılı HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, hüküm fıkrasının (1) nolu bendinde yer alan "11/12/2012 olan dava tarihinden " ibaresinin hükümden çıkarılarak, yerine "davalının temerrüt tarihi olan 09.03.2012 tarihinden itibaren" ibaresinin eklenmesine ve hükmün bu şekilde **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 22/12/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İBRANAME • GEÇERSİZLİK TESPİTİ

ÖZET: Trafik kazasından hemen sonra tedavi görmekte iken kazaya uğrayan kişiye imzalatılan ibraname; doğmamış haktan peşinen vazgeçilemeyeceği yolundaki evrensel hukuk ilkesine aykırıdır.

Y. 17 HD. E. 2015/4758, K. 2015/6907, T. 07.05.2015

Davacı vekili; davalının tam kusurlu hareketi ile gerçekleşen kazada müvekkilinin yaralandığını ve 27 ay süreli tedavi gördüğünü, 3 kez sol koldan, 4 kez sol ayağından ameliyat geçirdiğini, sağlığına kavuşmadığını ve bu olay nedeniyle büyük acı yaşadığını açıklayıp fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydı ile 4.000,00-TL kazanç kaybı, 1.000,00-TL ulaşım gideri ile 25.000,00-TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, kusurunun bulunmadığını, daha önce davacı ile ibralaştığını, bu nedenle davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere göre taraflar arasında noterde düzenlenen belgeye göre kaza nedeni ile aracın sürücüsü ... tüm hastane masrafları ve diğer maddi ve manevi zarar ve ziyanların karşılığı olarak kendisine 1.500,00-TL'yi aldığını, bu olay nedeniyle başka alacağı kalmadığını bildiren karşılıklı ibraname ve feragatname düzenlendiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi-manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, meydana gelen kaza nedeni ile müvekkilinin kazanç kaybı ve tedavi süresince ulaşım gideri bulunduğunu, müvekkilinin tedavisinin 27 ay boyunca devam ettiğini ve bir çok kez ameliyat olduğunu, tedavi sonucunda da sağlığına kavuşmadığını ileri sürerek maddi - manevi tazminat talebinde bulunmuş, davalı vekili ise müvekkili ile davacının ibralaştığını açıklayıp davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece, taraflar arasında düzenlenen ibranameye istinaden davacının bu ibraname karşılığında alınan 1.500,00 TL'den başka alacağı kalmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 111. maddesinin ikinci fıkrasında tazminat miktarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar ve uzlaşmaların, yapıldığı tarihten itibaren

iki sene içinde iptal edilir hükmü yer almaktadır. Yine aynı madde de, sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalarında geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır. Ne var ki, yapılan ödemenin de göz ardı edilmesi düşünülmemelidir. Yapılan ödemenin gerçek olması durumunda verilen ibraname ancak “makbuz” hükmünde kabul edilmeli ve ödenen miktar, hüküm altına alınacak tazminattan indirilmelidir.

Dosya kapsamında bulunan taraflar arasında düzenlenen ibranamenin kaza tarihi olan 20.10.2007 tarihinden iki gün sonrası olan 22.10.2007 tarihinde hastanede düzenlendiği, tüm hastane masrafları ve diğer zarar ve ziyanlara karşılık olmak üzere 1.500,00 TL alındığı ve karşılıklı ibralaşıldığı anlaşılmaktadır. Dosyada bulunan tedavi belgeleri ve sağlık kurul raporlarının incelenmesinde davacının bu ibranameden sonra bir kaç kez ameliyat olduğu, kaza tarihinden 01.08.2012 tarihine kadar tedavisinin devam ettiği ve 01.08.2012 tarihinde çalışmasının uygun olduğu belirtilmiştir. Bu tedavilerin sonunda davacıda maluliyet oluşup oluşmadığı dosya kapsamından anlaşılammaktadır. Davacının davaya konu ettiği tüm tedavi giderleri, kazanç kaybı ve ulaşım giderleri bu ibraname tarihinden sonra gerçekleşmiştir. İbraname, imzalanan tarihe kadar ki tedavi gideri gibi maddi zararlara karşılık gelmekte olup 22.10.2007 tarihinden sonraki henüz oluşmayan ve oluşması davacı tarafından bilinmeyen zararları kapsamamaktadır. Hukukumuzun genel prensibi gereğince doğmamış haktan feragat edilmeyeceğinden davacı tarafından imzalanan bu ibranamenin geleceğe değil, imzalandığı tarihten önceki zararları kapsadığının, kazadan kısa bir süre sonra ve hastanede imzalatılan bu ibranamenin geçersizliğinin kabulü gerekir.

Şu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının haksız fiilden dolayı uğradığı zarar miktarını belirleyerek dava tarihinden önce yapılan ödemenin gencellenerek tazminat miktarından düşüldükten sonra, kalan miktara hükmetmektir. Doğmamış haktan peşinen vazgeçilemeyeceği yolundaki evrensel hukuk ilkesi gözden kaçırılarak, davacının davalıdan başka alacağı kalmadığı, ibra ettiği, tüm dava ve alacak haklarından peşinen feragat ettiğine dair beyanına dayanılmak suretiyle başka alacağı kalmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 07/05/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

CARİ HESAP • İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: Cari hesap ilişkisinde tarafların defterlerine göre tespit edilen alacağa icra inkar tazminatı hükmedilmelidir.

Y. 19 HD. E. 2016/5856, K. 2017/1687, T. 2.3.2017

Davacı vekili, müvekkilinin fatura alacağının tahsili için İcra Müdürlüğü'nün 2014/8740 sayılı dosyası ile ilamsız icra takibi başlattığını, itiraz üzerine takibin durduğunu ileri sürerek, itirazın iptali ile lehlerine %20 den aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, ticari ilişki gereğince bir cari hesabın oluştuğunu, bu cari hesap neticesinde müvekkili şirket nezdinde borç bakiyesi olarak görünen bedelin tamamının davacı şirketin hesabına gönderildiğini savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporlarına göre, hem davacının hem de davalının incelenen ticari defter ve kayıtlarında, davacı şirketin davalıdan dava tarihi itibari ile 2.784,25-TL alacaklı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, hüküm altına alınan alacak miktarı üzerinden %20 oranında icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 02/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA İNKAR TAZMİNATI • FATURAYA DAYANAN ALACAK

ÖZET: Faturaya dayanan ve davalının ödemediği alacağa icra inkar tazminatı hükmedilmelidir.

Y. 19 HD. E. 2016/11605, K. 2017/1411, T. 23.02.2017

Davacı vekili, müvekkili şirketten hazır beton satın ve teslim alan davalının sözleşme gereği ödemesi gereken cari hesap bakiyesini ödemediğini, aleyhine girilen icra takibine de haksız olarak itiraz ettiğini iddia ederek, itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmolunmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın zamanaşımına uğradığını, daha önce de tarafları ve konusu aynı olan takibin yapıldığını, aynı konuda ikinci bir takibin açılmasının yasal olarak mümkün olmayıp, derdestlik itirazları olduğunu, davacının sözleşme ile yüklendiği yükümlülüğe aykırı davranarak sözleşmeyi ihlal ettiği gibi işi bitirmeden şantiyeyi terk ederek de sözleşmeyi haksız olarak tek taraflı feshettiğini, bu nedenle 500.000 TL tazminat ödemekle yükümlü olduğunu, davacının sözleşmeye aykırı olarak 3. kişilere beton satması nedeniyle müvekkilinin uğradığı zararları tazmin etmesi gerekirken, keşide edilen ihtarnameye rağmen bu zararın ödendiğini, ayrıca davacının kullandığı elektrik ve su bedelinin müvekkili tarafından ödendiğini, sözleşme gereği davacıya ait giderlerin davalı tarafından ödendiğini, dava konusu alacağın likit bulunmadığını savunarak, davanın reddi ile lehlerine tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre taraflar arasında akdedilen 01/03/2012 tarihli hazır beton satış sözleşmesi ile davacının, davalının Van ili Erciş ilçesinde yapmakta olduğu konut, derslik, altyapı ve çevre düzenleme inşaatı işinin beton ihtiyacının karşılanmasının kararlaştırıldığı, davalının takip tarihi itibarıyla toplam 306.409,19 TL davacının hak ettiği alacağı ödemediği, davalının söz konusu borcu ödemediğine dair bir savunmada bulunmadığı, itirazın yerinde olmadığı, faturaya dayalı alacaktan dolayı davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, vekili Yargıtay duruşmasında ha-

zır bulunan davacı yararına takdir edilen 1.480,00 TL. duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 23/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONO

İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: Zamanaşımına uğramış bonoya istinat edilerek genel hükümlere göre talep edilen alacak için icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

Y. 19 HD. E. 2016/7355, K. 2017/1408, T. 23.2.2017

Davacı vekili, zamanaşımına uğramış bonoya dayalı alacaklarını tahsil için giriştikleri icra takibine haksız itiraz edildiğini iddia ederek, itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına hükmolunmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı, senet bedelinin ödendiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının ödeme iddiasını yazılı delille ispat edemediği, icra inkar tazminatının şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizin 19.02.2016 günlü kararıyla onanmış olup, bu karara karşı davalı vekilinin karar düzeltme isteminde bulunması üzerine yeniden yapılan inceleme sonucunda,

1-Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair karar düzeltme istemlerinin reddi gerekmiştir.

2-Hükmedilen alacak likit olup, davacı yararına İİK'nın 67/2 maddesi uyarınca icra inkar tazminatına karar verilmesi gerekirken bu yöndeki talebin reddi isabetsiz olup, hükmün bu nedenle bozulması gerekirken ilamda yazılı nedenlerle onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulü ile hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair karar düzeltme istemlerinin reddine, (2) nolu bentte belirtilen sebeplerle

davacının karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 19.02.2016 gün, 2015/10485 E. - 2016/2621 K. sayılı onama ilamının kaldırılarak hükmün anılan gerekçelerle BOZULMASINA, evvelce alınan onama harcı ile peşin harcın istek halinde iadesine, 23/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DEFTER KAYITLARI • İSPAT YÖNTEMİ

ÖZET: Davacı defterlerindeki kayıtlar belge ile doğrulanmadığı sürece tek başına davacı lehine delil olamazlar.

Y. 19 HD. E. 2016/6989, K. 2017/1475, K. 27.2.2017

Davacı vekili, davalının müvekkili şirketten aldığı malların bedellerini ödemediğini, alacağın tahsiline yönelik İcra Müdürlüğü'nün 2013/14757 esas sayılı dosyasından başlatılan icra takibine, davalı - borçlunun haksız olarak itiraz ederek takibi durdurduğunu belirterek, itirazın iptaline ve davalının %... icra inkar tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı davaya, cevap vermemiştir.

Mahkemece, yapılan yargılama ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davacı ile davalı arasında mal satışından doğan ticari ilişki bulunduğu, davacının davalıdan icra takip tarihi itibarıyla320,83.TL alacaklı olduğu, gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine, davalı tarafın yargılama aşamasında emek ve mesai kaybı yapmadığı anlaşılmakla lehine reddedilen kısım ile ilgili vekalet ücreti hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı satıcı, öncelikle mal teslimini ve cari hesap alacağını kanıtlamak zorundadır. Davacı defterlerindeki kayıtlar belge ile doğrulanmadığı sürece tek başına davacı yararına delil teşkil etmez.

Mahkemece, davacının teslimine ilişkin yazılı delilleri varsa toplam, ispat yükünün davacıda olduğu kabul edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 27/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ • İFA YERİ
•
YETKİLİ MAHKEME**

ÖZET: Sözleşmeden doğan borç “aranılacak borç” niteliğinde borç olup, bu duruma göre yetkili icra dairesi borçlunun ikametgahında bulunan icra dairesidir.

Y. 19 HD. E. 2016/7293, K. 2017/1560, T. 28.2.2017

Davacı vekili, müvekkili banka ile davalı arasında kredi kartı sözleşmesi imzalandığını, borcun ödenmemesi nedeniyle davalı aleyhine icra takibine geçildiğini, itiraz üzerine takibin durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline, takibin devamına, icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, taraflar arasındaki icra takibinin sözleşmeden kaynaklandığı ve aranılan borç niteliğinde olduğu, HMK.’nin 9. maddesi hükmüne göre yetkili icra dairesinin borçlunun ikametgahı olan icra dairesi olduğu, icra takibinin yetkili yerde yapılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 28/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KEFALET SÖZLEŞMESİ • İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: Kefalet sözleşmesine dayanan borç için icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

Kefilin tek taraflı beyanıyla kefillikten vazgeçilemez.

Y. 19 HD. E. 2016/6624, K. 2017/1810, T. 7.3.2017

Davacı vekili, müvekkili banka ile dava dışı kredi müşterisi...’ün çeşitli sözleşmeler imzaladığını, bu sözleşmeler karşılığında bir takım krediler kullandırıldığını, davalının 07/04/2011 tarihli ve 300.000,00 TL limitli genel kredi sözleşmesini kefil olarak imzaladığını, kredi müşterisi...’ün bankaya karşı edimlerini yerine getirmediği için hesaplarının kat edilerek kendisine ve davalıya 05/03/2013 tarihli hesap kat ihtarnamesi ve hesap özetiyle tebliğ edildiğini, davalının da tebliğ üzerine bankaya kefillikten vazgeçtiğine dair bir ihtarname gönderdiğini, ancak davalının tek taraflı olarak kefillikten vazgeçmesinin mümkün olmayacağını, davalının müşterek müteselsil kefaleti dolayısıyla sorumlu olduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline ve %20 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı,... tarafından üç kamyonu ilişkin kullanılan krediye kefil olduğunu, genel kredi sözleşmesine kefil olmadığını ve davayı kabul etmediğini, imzalanan kefalet sözleşmesinde eşinin imzası bulunmadığı için kefilliğinin geçersiz olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre, Yeminli Mali Müşavir bilirkişi tarafından verilen 26/05/2015 havale tarihli rapor benimsenerek davacının davasının kısmen kabulü ile... İcra Müdürlüğü’nün 2013/132 esas sayılı takip dosyasında 140.293.75TL asıl alacağa yönelik itirazın iptaline,ferilerine yönelik itiraz yönünden ise işlemiş temerrüt faizinin 5.292.72TL, BSMV 264.43TL, noter masrafının da 237.07 TL olmak üzere takibin toplam 146.088.17 TL üzerinden devamına,İİK 67/2 maddesi gereğince davalı/borçlunun itirazında haksızlığına karar verilen ve asıl alacak üzerinden %20 oranında hesaplanan 28.058.75 TL icra -inkar tazminatının davalı borçludan alınarak davacı alacaklıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 07/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI PARAYLA TAKİP • İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: Yabancı parayla yapılan icra takibinde, yabancı paranın icra takibi tarihi itibarıyla geçerli olan Türk Lirası değeri esas alınarak icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

Y. 19 HD. E. 2016/8757, K. 2017/2653, T. 03.04.2017

Davacı vekili, müvekkili şirket ile davalı şirketin, 17 plaka saç malzemesinin satışı konusunda sözleşme imzaladığını, sözleşme gereği müvekkili şirketin malzeme bedelinin tamamını davalı şirket hesabına ödediğini, sözleşme tarihinden itibaren 3 hafta içinde ürünler teslim edilmez ise sözleşmenin tek taraflı fesh edileceğinin kararlaştırıldığını, sözleşme konusu ürünler teslim edilmeyince müvekkili şirket tarafından sözleşme fesh edilerek, çekilen ihtarla ödenen bedelin iadesinin istendiğini, ödeme yapılmayınca alacağın tahsili için esas sayılı icra dosyasından ilamsız icra takibi başlatıldığını, davalı borçlunun takibe haksız olarak itiraz etmek suretiyle takibi durdurduğunu, itirazın iptalini ve lehlerine % 20 icra inkar tazminatı ödenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, yetki itirazında bulunduktan sonra müvekkili şirketin tüm edimlerini eksiksiz olarak yerine getirdiğini, borcu kabul etmemekle birlikte TTK'nın 87, 88, 95 vd maddeleri uyarınca taraflar arasında akdedilmiş herhangi bir cari hesap mukavelesinin bulunmadığını, bu nedenle de likit bir alacaktan söz edilemeyeceğini belirterek davanın reddini, lehlerine %20 tazminat ödenmesini istemiştir.

Mahkemece, davacının dayandığı 29/05/2014 tarihli sözleşmedeki imzanın davalı tarafça inkar edilmediği, dosya içerisine alınan belgelerden sözleşme gereğince davacının üzerine düşen edimini yerine getirdiği, ödemesini yaptığı, davalının satıma konu malzemeyi teslim ettiğini ispatlaması gerektiği, davalının bu yönde bir savunması olmadığı gibi teslim ilişkisi belge de sunmadığı, sözleşme hükmü gereğince davalının 3 hafta içinde teslim etmesi gereken satıma konu 17 plaka saç teslim etmediği, davacının sözleşmeyi tek taraflı feshinde haklı olduğu ve ödediği parayı ve sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı isteyebileceğinden davanın kısmen kabulüne, alacak likit olduğundan asıl alacak üzerinden %20 oranında hesaplanan inkar tazminatının davalıdan alınmasına karar verilmiş, verilen hüküm süresi içinde taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülme-yen tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacının temyiz itirazları yönünden incelemede, dava yabancı para cinsinden olan alacağın tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. İİK. 67. madde uyarınca hükmedilecek icra inkar tazminatının, yabancı paranın icra takip tarihi itibarıyla geçerli olan TL karşılığı tespit edilip bu miktar üzerinden tazminata karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 03/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEK HAMİLİ • HAKSIZ TAKİP • KÖTÜ NİYET TAZMİNATI

ÖZET: Cirantadan aldığı çeke dayanarak icra takibi yapan çek hamilinin çekteki imzanın keşideciye ait olup olmadığını bilebilecek durumda olmaması sesebiyle haksız takipden dolayı kötü-niyet tazminatına hükmedilmemelidir.

Y. 19 HD. E. 2016/8482, K. 2017/2838, T. 6.4.2017

Davacı vekili, davalının müvekkili aleyhine takip başlattığını, takibe dayanak çekteki ciranta imzasının müvekkiline ait olmadığını ileri sürerek, müvekkilinin çek nedeniyle davalıya borçlu olmadığını tespitini, kötü-niyet tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin kendisinden önceki cirantalara yönelik bilgi edinme ve araştırma yükümlülüğü bulunmadığını savunarak, davanın reddini ve inkar tazminatının davacıdan tahsilini istemiştir.

Mahkemece, alınan rapora göre takibe dayanak çekteki ciranta imzasının davacının eli ürünü olmadığı, davacının çek bedeli ile sorumlu tutulmayacağı, her ne kadar davalı ve davacı arasında başka cirantalar bulunsa da basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü olan davalı bankanın

kendisinden önceki cirantalara yönelik bilgilere ulaşarak hukuki yollara başvurulması gerektiği, bu külfeti yerine getirmeyen davalı bankanın haksız ve kötü niyetli olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne, davacının davalıya borçlu olmadığına tespitine, kötüniyet tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davalı banka icra takibinde haksız ise de davacı ile arasında başka ciranta olduğundan imzanın davacıya ait olup olmadığını bilebilecek durumda olmaması nedeniyle kötü niyetli sayılmayacağı gözetilmeksizin, davalı aleyhine kötüniyet tazminatına hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 06/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HACİZ İHBARNANESİ

ÖZET: İİK'nın 88/3. maddesi uyarınca 3. haciz ihbarnamesine karşı açılacak menfi tespit davasının 3. haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 15 günlük hak düşürücü süre içinde açılması zorunludur.

Y. 19 HD. E. 2016/3948, K. 2016/12760, T. 29.9.2016

Davacı vekili, dava dışı... isimli şahsın müvekkil iş yerinde belli bir süre çalışıp ayrıldığını, ayrıldıktan sonra, davalı bankanın müvekkili şirkete... İcra Müdürlüğü'nün 2012/1054-1052 esas nolu dosya alacaklarının tahsil için başlatılan takipte 1.2.3. haciz ihbarnamelerinin gönderildiğini, süresinde müvekkil şirket yetkililerince itiraz edilmediğini, asıl borçlu...'un ihbarname tebliğ tarihlerinde davacı şirketin yanında işçi olarak çalışmadığını, doğmuş, doğacak hak ve alacağının bulunmadığını ileri sürerek, müvekkili şirketin davalı bankaya borçlu olmadıklarının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili bankanın borçlusu ...kartı ve kredi borcunun ödenmemesi sebebiyle icra takipleri başlatıldığını, borçlunun ... kayıtlarında mevcut işyeri olan davacı şirkete haciz ihbarnameleri gönderildiğini, davacı tarafından itirazda bulunulmadığını ve davanın süresinde açılmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece toplanan delillere göre, borçlu ...'un iddia edildiği gibi takip işlemleri sırasında şirkette çalışmadığı ve şirketten de bir alacağının olduğunun tespit edilemediği, davacının takip borçlusuna borçlu olmadığını ispatladığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

.... İcra Müdürlüğü'nün 2012/1054 sayılı ve 2012/1052 sayılı icra dosyasında 3. haciz ihbarnamelerinin davacı şirkete 12.11.2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. İ.İ.K.nun 89/3. maddesi uyarınca 3. haciz ihbarnamesine karşı açılacak menfi tespit davasının 3. haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren 15 günlük hak düşürücü süre içinde açılması zorunludur.

Hal böyle olunca davanın 27.05.2013 tarihinde açıldığı ve hak düşürücü süre yönünden reddi gerekirken hukuki tavsifte hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 29/09/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MENFİ TESPİT DAVASI

ÖZET: Lehtar cirantaya, kambiyo yolu ile takip yapabilmesi için 6762 Sayılı TTK'nın 690. maddesinin yollaması ile 642. maddesi uyarınca protesto çekilmesi zorunludur.

Y. 19 HD. E. 2016/1697, K. 2017/873, T. 7.2.2017

Davacı vekili, müvekkili ve aile bireyleri hakkında icra takibine konu edilen 600.000,00 TL bedelli bononun tehdit ve baskı altında alındığını, borcun kanuna aykırılık nedeniyle batıl olduğunu, müvekkilinin davalıya böyle bir borcunun bulunmadığını takip konusu senedin bedelsiz olduğunu ileri sürerek müvekkilinin davalıya borçlu olmadığını tespiti ile %40 kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, 818 sayılı BK'nın 31. Maddesinde ve TBK'nın 39. maddesinde öngörülen bir yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra dava açıldığı, davacının dilekçesinde belirttiği hususların gerçek olmadığı gibi müvekkili ile bir ilgisinin bulunmadığını, senedin nakden kaydı ile ihdas edildiğini, senedin ihdas nedenine aykırı iddialar ileri süren davacının iddialarını

nı ispat etmesi gerektiğini, tanık dinletilmesine muvafakat etmediklerini savunarak davanın reddi ile %40 tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, yapılan yargılama, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davaya konu takibe dayanak senette davacının lehtar ciranta olduğu, davalının kambiyo yolu ile takip yapabilmesi için 6762 sayılı TTK'nın 690. maddesinin yollaması ile 642. maddesi uyarınca senet lehtarı olan davacıya protesto çekmesi zorunlu olduğu, aksi takdirde müracaat hakkının kaybolacağı, davalının takip yapmadan önce ödememe protestosu çektiğine dair dosyada belge bulunmadığı, davalının ödememe protestosu çekmediğinden lehtar ciranta davacıya karşı müracaat hakkının düştüğü, davalının kambiyo senedinden kaynaklanan takip hakkı düşmüş olduğundan davacının dava konusu senet nedeniyle davacıya borçlu olmadığına tespitine, davalının kötünietli olduğu sabit olduğundan kötüniet tazminatı isteğinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 07/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇEKTE TEMSİL • ŞAHSİ SORUMLULUK

ÖZET: İleri tarihli çeklerde, şirketi temsil yetkisi sona erdiği halde şirket adına çek düzenleyen kişi çekten şahsen sorumludur.

Y. 19 HD. E. 2016/5519, K. 2017/1256, T. 20.02.2017

Davacı vekili, davalının İstanbul 2. İcra Müdürlüğü'nün 2013/18669 Esas sayılı dosyası ile müvekkili hakkında çeke dayalı olarak takip başlattığını, müvekkilinin bu çeki temsilcisi olduğu ... Mağazacılık A.Ş adına 2010 yılında ileri tarihli olarak imzaladığını, kefil ya da avalist olma iradesinin olmadığını, davalının müvekkili şahsen sorumlu tutarak takip başlatmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline ve davalı hakkında % 20 kötüniet tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının adını ve soyadını yazarak aval veren sıfatıyla çeki imzaladığını, şirket temsilcisi olarak imzalamış olsa adını ve soyadını

yazma gereği duymayacağını, ayrıca, 2 yıl ileri vadeli olarak çek düzenlenmesi ticari teammüllere aykırı olup davacının bu iddiasını yazılı delillerle ispatlamakla yükümlü olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, dava dışı... Mağazacılık A.Ş'nin ticaret sicil kayıtlarına göre davacının şirketi temsil yetkisininin 30/12/2010 tarihinde sona erdiği, çekin keşide tarihi olan 30/06/2012 tarihi itibarıyla davacı temsilci olmadığından şirket adına çek keşide etmesinin mümkün olmadığı, öte yandan, davacının çekin ileri vadeli olarak düzenlendiği iddiasını ispat edecek mahiyette delil sunmadığı, dosyaya sunulan excel formatında yazılmış belge ise tek taraflı olarak düzenlenmiş olup delil olarak kabul edilemeyeceği, davacının çekten şahsen sorumlu olduğu gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, taraf vekillerinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harçlarının temyiz edenlerden alınmasına, 20/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

YERSİZ ÖDEME • MUVAZAALI BOŞANMA

ÖZET: Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından düzenlenen tutanak içeriğinin de aksi ispat edilemediğinden kurum işlemi geçerlidir.

Y. 21 HD. E. 2015/12622, K. 2015/19993, T. 12.11.2015

Dava, davacının boşandığı eski eşiyle birlikte yaşamaya devam etmesi ve muvazaalı boşanmış olması sebebiyle babasından almakta olduğu yetim aylığının durdurulması ve yersiz ödeme gerekçesiyle adına borç çıkarılmasına dair kurum işleminin iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar vermiştir.

Hakkında verilen boşanma kararı kesinleşen davacıya ölü olan sigortalı babası üzerinden hak sahibi kız çocuğu sıfatıyla bağlanan ölüm aylığının boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığının belirlendiği gerekçesiyle davalı Kurumca gerçekleştirilen işlemle 26/10/2008 tarihi itibarıyla kesilerek yersiz ödendiği ileri sürülen aylıklar yönünden borç tahakkuk işleminin tesis edildiği anlaşılmakta olup, mahkemece yapılan yargılama sonunda istem aynen hüküm altına alınmıştır.

Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 56. maddesidir.

Somut olayda, davacı ve eşi tarihinde boşanmışlardır. Davacıya babası nedeniyle yetim aylığı bağlanmıştır. 18/09/2012 tarihli kontrol memuru raporunda yer alan, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşayarak Kurumdan haksız menfaat temin ettiği yönündeki tespit üzerine yetim aylığı 26/10/2008 tarihi itibarıyla kesilerek, Kurumca, yapılan ödemeler borç kaydedilmiştir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 59/2. maddesinde “Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında tespit ettikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler, yemin hariç her türlü delile dayandırılabilir. Bunlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir.” hükmü yer almaktadır.

18/09/2012 tarihli Kontrol Raporunda; davacının ikamet adresi olan adresinde 2 nolu dairede oturan komşusu ın eşi ile yapılan görüşmede davacının eşi ile birlikte yaşadıklarını ifade ettiği ancak tutanağı imzadan imtina ettiği, davacının karşı daire komşusu olan .'m ifadesinde birlikte ikamet ettiklerini söylediği, davacının ise ifadesinde boşandığı eşinin her gün 23.00-24.00'e kadar çocuğunu görmek için eve geldiğini ancak kendisinin onunla bir ilgisinin olmadığını beyan ettiği belirtilmiştir.

Somut olayda, davacının karşı daire komşusu olan ın kontrol memuruna verdiği ifadesinde davacının boşandığı eşiyle beraber yaşadığını belirtmesine rağmen duruşmada verdiği ifadesinde bu beyanından vazgeçmesinin haklı ve izah edilebilir bir sebebinin bulunmadığı ve davacının da boşandığı eşinin her gün 23.00-24.00'e kadar çocuğunu görmek için eve geldiğini ancak kendisinin onunla bir ilgisinin olmadığını beyan etmesine rağmen davacı ile boşandığı eşinin müşterek çocukları olan yaşı göz önüne alındığında bu durumun da hayatın olağan akışına uygun olmadığı anlaşıldığından davacı ve eski eşinin, boşanma sonrasında da 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, davanın reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

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

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 12/11/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİTİ • KENDİ HESABINA ÇALIŞMA

ÖZET: Yapılacak iş davacı adına kayıtlı işyerinin vergi kayıtları, muhtasar beyannameleri getirilmek, ödeme kaydedici cihazının bulunup bulunmadığı araştırılmak, ödeme kaydedici cihazı varsa Z raporlarını getirtmek, davacının kendi nam ve hesabına çalışmasının fiilen sona erdiği tarihi giderek vergi dairesine verilen 11.10.2005 tarihli terk formundaki terk tarihinin fiili durumla uyumlu olup olmadığını belirlemek ve sonucuna göre karar verilmekten ibarettir.

Y. 21 HD. E. 2009/9467, K. 2010/6562, T. 08.06.2010

Dava 01.08.2005 ile 08.10.2005 tarihleri arasında davalıya ait inşaat işyerinde, hizmet akdine dayalı olarak geçen ve Kuruma bildirilmeyen çalışmaların tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacının 08.11.2006 tarihine kadar elektrik tesisyenleri oda kaydının bulunduğu, 20.02.2005 tarihinde başlayan vergi kaydının 11.10.2005 tarihli vekilinin başvurusu üzerine 30.09.2005 tarihi itibarıyla sona erdiğinden bahisle davacının kendi nam ve hesabına çalıştığı davalı işyerinde hizmet akdine dayalı bir çalışmasının bulunmadığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmiş ve bu karar süresinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının davalıya ait inşaatta 08.10.2005 tarihinde bir kaza geçirerek yaralandığı, davalı Kurum tarafından bu kazanın iş kazası kabul edilerek yardıma muhtaç %100 sürekli iş görememezlik oranı üzerinden davacıya gelir bağlandığı, davacının kendine ait elektrik tesisat işyerinin bulunduğu uyumsuzluk konusu değildir. Uyumsuzluk, davacının davalıya ait işyerinde 01.08.2005 ile 08.10.2005 tarihleri arasında geçen çalışmalarının hizmet akdine dayalı olup olmadığı, giderek davacının 506 sayılı yasa kapsamında sigortalı olarak kabulünün mümkün bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Mahkemece davacının kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmasının bulunduğundan bahisle istemin reddine karar verilmişse de bu sonuca eksik araştırmaya dayalı olarak varıldığı görülmektedir.

Gerçekten her ne kadar davacının elektrik tesisatçılığı işinden dolayı vergi mükellefiyetinin kaza tarihinden sonra verilen beyanname ile geriye

yönelik olarak 30.09.2005 tarihi itibarıyla sona erdirildiği anlaşılmakta ise de, dinlenen tanıklar davacının inşaat işyerinde elektrik tesisatçılığı dışında her türlü işi yaptığını, 2005 yılı Ağustos ayında dükkanını kapatarak davalıya ait şantiye de çalışmaya başladığını söylemişlerdir. Gerek tanık anlatımları gerekse, davacıyı işyerinde çalışırken gösteren resim, işyerine gelen hazır betonun teslimine dair irsaliye örnekleri dikkate alındığında davacının hizmet akdi ile çalışmadığının kabulü isabetli değildir. Önceden başlayan ve devam eden kendi nam ve hesabına çalışmanın varlığına gelince, davalı şirketin davacıya yaptığı işlere karşılık fatura mukabil ödeme yaptığına dair belge sunulmadığı gibi iş yerinden 2005 yılının Temmuz, Ağustos aylarında KDV tahakkukunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Eylül ayındaki KDV tahakkuku ile ilgili olarak bildirilen KDV tahakkukunun iş yerinin kapatılması nedeniyle mevcut malzemelerin, çıkışının yapılmasından kaynaklandığına, giderek Ağustos 2005'ten sonra kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmasının bulunmadığına yönelik davacı savunması da araştırılmamıştır.

Yapılacak iş davacı adına kayıtlı işyerinin vergi kayıtları, muhtasar beyannameleri getirtilmek, ödeme kaydedici cihazının bulunup bulunmadığı araştırılmak, ödeme kadedici cihazı varsa Z raporlarını getirtmek, davacının kendi nam ve hesabına çalışmasının fiilen sona erdiği tarihi giderek vergi dairesine verilen 11.10.2005 tarihli terk formundaki terk tarihinin fiili durumla uyumlu olup olmadığını belirlemek ve sonucuna göre karar verilmekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 08.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ASIL - ALT İŞVEREN

ÖZET: İş kazası ve meslek hastalığında asıl işveren alt işverenle birlikte müteselsil sorumludur.

Y. 21 HD. E. 2015/17413, E. 2016/12921, T. 24.10.2016

1- Davalı ... ve Tic. Ltd. Şti vekilinin temyiz istemi yönünden yapılan incelemede; Mahkemece verilen 17.09.2014 tarihli kararın, iş bu davalılarca 19.09.2014 tarihinde temyiz edildiği, harç noksanının ikmal edilmesi için çıkartılan muhturanın 14.04.2015 tarihinde tebliğ edilmesine karşın, harcın süresi içerisinde ikmal edilmediği anlaşılmakla Davalı ... ve San Tic. Ltd. Şti'nin temyiz dilekçesinin, süresinde harç eksikliğinin giderilmemesi nedeniyle REDDİNE,

2- Davacı vekili ile Davalı ... Başkanlığı vekilinin temyiz istemleri yönünden yapılan incelemede ise; Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere ve kanuni gerektirici sebeplere göre davalı Belediye Başkanlığının tüm temyiz itirazları ile Davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine,

Dava, 27.10.2005 tarihinde sigortalının geçirdiği iş kazası sonucu vefatı nedeniyle eş ve çocuklarının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, Davalı ... Belediye Başkanlığı (Devredilen İl Özel İdare-si) hakkındaki davanın reddine, Davacı Eş için 80.429,61 TL maddi ve 35.000,00 TL manevi, Davacı çocuk için 9.841,38 TL maddi ve 12.500,00 TL manevi, Davacı çocuk için 3.901,67 TL maddi ve 12.500,00 TL manevi, Davacı çocuk için 2.978,54 TL maddi ve 12.500,00 TL manevi, Davacı çocuk için 12.500,00 TL manevi tazminatın Kaza tarihi olan 27/10/2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılar , ... ve ...'dan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacılara verilmesine, Davacı çocuk için talep edilen maddi tazminat isteminin ise reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından; Büyükşehir Belediyesine devrolan İl Özel İdare-sinin 'de yapılacak kanalizasyon işinin davalı şirketine verildiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle asıl işveren-alt işveren kavramlarının açıklanması gerekir.

4857 sayılı Kanun'un 2.maddesine göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut

tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir.

İş Kanunu'nun 2.maddesinin 7.fıkrasına göre bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide 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.

5510 sayılı Kanun'un 12/6.maddesi ile de asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur.

4857 sayılı Kanun'un 2/7.maddesi ile işçilerin İş Kanunu'ndan, sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları, 5510 sayılı Kanun'un 12/6.maddesi ile de Kurumun alacakları ve işçinin sosyal güvenlik hakkı daha geniş koruma-güvence altına alınmak istenmiştir. Aksi halde, 4857 veya 5510 sayılı Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçmak isteyen işverenlerin işin bölüm veya eklentilerini muvazaalı bir biçimde başka kişilere vermek suretiyle yükümlülüklerinden kaçması mümkün olurdu.

Asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu "müteselsil sorumluluktur". Asıl işveren, doğrudan bir hizmet sözleşmesi bulunmamakla birlikte İş Kanunu'nun 2.maddesinin 6.fıkrası gereğince alt işverenin işçilerinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uğrayacakları maddi ve manevi zarardan alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu nedenle meslek hastalığına veya iş kazasına uğrayan alt işverenin işçisi veya ölümü halinde mirasçılarını tazminat davasını müteselsil sorumlu olan asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açabilecekleri gibi yalnızca asıl işverene veya alt işverene karşı da açabilirler.

Alt işverenden söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından sorumlu tutabilmek için bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır.

a) İşyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren bulunmalıdır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.

b) Bir başka işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde iş almalı ve sigortalı çalıştırmalıdır.

c) İşverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi bulunmamaktadır.

d) İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte olmamalıdır, aksi halde iş alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde bulunacaktır.

e) İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, iş anahtar teslimi verildiğinde veya işveren kendi işstıgal konusu olmayan bir işi kendisi sigortalı çalıştırmaksızın bölerek ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır.

f) Alt işverenin aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi yada yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İş yerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, alt işverenden söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.05.1995 gün ve 1995/9-273-548 sayılı kararı da aynı yöndedir.)

Bu açıklamalardan yola çıkılarak somut olayda, davalı Belediye Başkanlığına devrolan İl Özel İdaresinin kendi asıl işlerinden olan kanalizasyon inşaatı işini ihale ile bir şirkete vermesi onu asıl işverenlik sıfatından ve bunun doğal neticesi olarak da sorumluluktan kurtarmaz. Bu durumda kendine ait işi bir başkasına yaptıran kişi ya da kurum alt işverenin (taşeronun) ve bu alt işverenin istihdamlarının kusurlarından onun ile birlikte müteselsilen sorumlu olur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara dikkat edilmeden Belediye Başkanlığı yönünden davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılması gereken iş, davalı Belediye Başkanlığına devrolan İl Özel İdaresinin asıl işveren olarak tazminat istemlerinden sorumlu tutulmasına karar vermekten ibarettir.

O halde davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlerden davacılaraya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz eden davalılardan ...'ne yükletilmesine, 24.10.2016 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

AVUKATLIK ÜCRETİ

ÖZET: Bu itibarla, üyelerini temsilen sendika tarafından açılan davaların “sendika tüzel kişiliği dışındaki işler” kavramı kapsamında değerlendirilmesi olanaksızdır. Avukatlık ücret sözleşmesinde yer alan “sendika tüzel kişiliği dışındaki işler” ifadesinin, sendika üyesi işçiler tarafından doğrudan avukata vekalet verilen davaları kapsadığı tartışmasızdır. Bu itibarla, mahkemece anılan hususlar gözetilerek sonuca gidilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.

Y. 22 HD. E. 2016/5927, K. 2016/16433, T. 6.6.2016

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkili ...'ın 16.11.2007-09.10.2009 tarihleri arasında davalı sendikanın hukuk müşavirliğini yaptığını, vekaletten haksız olarak azledildiği 09.11.2009 tarihine kadar da görevine devam ettiğini, diğer davacı ...'ın ise 01.09.2004-09.10.2009 tarihleri arasında davalı sendikada avukat olarak çalıştığını, bu müvekkilin de 09.11.2009 tarihinde haksız olarak azledildiğini, müvekkillerden ... ile davalı sendika arasında yapılan 15.11.2007 tarihli iş sözleşmesinin 3. maddesinde “Avukat'ın takip ettiği dava ve takiplerde takdir edilen ücret Avukat'a aittir. Sendika tüzelkişiliği dışındaki ve konusu para ile ölçülebilen işlerde A T ilk dilimi uyarınca vekalet ücreti ayrıca Avukat'a ait olacaktır. Avukat'ın kusuru olmaksızın sözleşmenin feshi veya vekaletten azli halinde, iş sonunda hüküm altına alınacak vekalet ücreti alacağı da muaccel hale gelecektir. Ancak, iş sözleşmesi sona erdirilse bile, Sendikaca, Avukatın takibinde bulunan dava ve işlerin tamamen sonuçlanmasına kadar ve bu davalara münhasır olarak, vekalet akdi ilişkisi bu sözleşme hükümleri uyarınca devam ettirilebilecektir. İşin, Sendika'daki başka Avukatla birlikte takibi durumunda, bu vekalet ücreti, Avukatlar arasında eşit olarak taksim olunacaktır.” hükmü bulunduğunu, sözleşmenin anılan maddesinin geçerli

bulunduğu süre içerisinde davalı sendikanın vekilliğinin sadece müvekkil davacılar tarafından yapıldığını, ancak sözleşme hükmü uyarınca, müvekkil sıfatıyla davalı sendikaca ödenmesi gereken, sendika tüzel kişiliği dışındaki ve konusu para ile ölçülebilen işlerde, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile düzenlenen hükümlerden az olmamak ve alacağın tamamı için Tarifenin ilk dilimi (%12) üzerinden hesaplanacak vekâlet ücretinin hiç ödenmediğini, takip edilen dava ve takiplerde, mahkeme ve icra dairelerince takdir edilen vekâlet ücretlerinin bir kısmının da müvekkillere ödenmediğini, vekâletten azil tarihinde derdest olmakla birlikte, haksız azil nedeni ile işi takip imkânı bırakılmayan dava ve takipler nedeni ile karşı taraftan tahsil edilecek vekâlet ücretlerinin de müvekkillerce tahsil edilemediğini ileri sürerek şimdilik müvekkillerden ... için 10.000,00 TL, ... için 10.000,00 TL vekalet ücreti alacağının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, her iki davacının da vekillik görevlerinden istifa ettiğini, her iki davacının da sendika vekilliğini SGK'lı olarak çalışarak yaptıklarını, her iki davacı açısından da davanın haksız, yersiz ve hukuka aykırı olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı ile davacı ... temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Avukatlık hizmeti bir kamu hizmeti olmakla birlikte, serbest meslek icra eden avukatlar ve kamu avukatları eliyle yürütülür. Ücret karşılığında müvekkili için hukuksal yardımda bulunan serbest meslek erbabı avukat ile bu yardımı sunduğu müvekkili arasındaki hukuki ilişki maddi hukuka tabi olup, özel hukuk alanındaki bir sözleşme ilişkisidir (GÜNER, Semih : Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s.51).

Avukat üzerine aldığı işi kanun ve anlaşma hükümlerine göre takip etmek zorundadır (1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.171).

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 2. maddesinde ise “kesin hüküm elde edilinceye kadar” avukatın işine devam edeceği açıklanmıştır. Buna göre, avukatın sözleşmesi, ilk yargılama aşamasını kapsadığı gibi, karar, temyiz, temyiz duruşması ve temyiz sonrası aşamayı da kapsar. Bunun

aksine sözleşme yapılması da mümkündür. Avukatlık sözleşmesi, avukat ile iş sahibi arasında özel bir güven ilişkisi gerektiren nitelikte olduğundan taraflar diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptirler (KARATEKE, Songül: Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2006, s.128 vd).

Avukatın hangi hallerde ne şekilde ücret alacağı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda hükme bağlanmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine göre "Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder. Yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir. İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz. Avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir.(Değişik üçüncü ve dördüncü cümle:13/1/2004 – 5043/5 md.) 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 itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır. Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez."

Hukuk sistemimizde iki tür vekalet ücreti söz konusudur. Birincisi, müvekkil ile vekil arasında yapılacak bir sözleşme ile (yazılı sözleşme yoksa Avukatlık Kanunu'nun 164/4 maddesine göre) belirlenen vekalet ücreti (AK.m.164/1,2,3,4); ikincisi ise Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesine göre, vekille takip edilen davalarda mahkemece yargılama gideri olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre re'sen takdir edilen vekalet ücretidir.

Davada haklı çıktığı için lehine yargılama gideri hükmedilen taraf, davayı bir avukat aracılığı ile takip etmiş ise, mahkemece takdir edilen vekalet ücreti, diğer yargılama giderlerine dahil edilerek, davada haksız tarafa yükletilir. Başka bir ifade ile davayı kazanan lehine takdir edilen vekalet

ücreti yargılama giderlerine dahildir. Nitekim 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde, vekalet ücreti yargılama giderleri arasında sayılmıştır.

Bu genel açıklamalar ışığında olmak üzere tarafların temyiz itirazları değerlendirildiğinde;

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Dosya içeriğinden, davacılarından ...'ın 01.09.2004 ilâ 07.10.2009 tarihleri arasında iş sözleşmesi ile davalı sendikanın avukatı olarak görev yaptığı, davacılarından ...'ın ise 15.11.2007 ilâ 09.10.2009 tarihleri arasında vekalet sözleşmesi ile davalı sendikanın avukatı olarak görev yaptığı, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin, her iki avukatın da 02.10.2009 tarihli dilekçe ile sözleşmelerin sona erdirilmesini talep etmeleri üzerine son bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davacılarından ... ile sendika arasındaki sözleşmenin üçüncü maddesinde "Avukat'ın takip ettiği dava ve takiplerde takdir edilen ücret Avukat'a aittir. Sendika tüzel kişiliği dışındaki ve konusu para ile ölçülebilen işlerde AAÜT ilk dilimi uyarınca vekalet ücreti ayrıca Avukat'a ait olacaktır. Avukat'ın kusuru olmaksızın sözleşmenin feshi veya vekaletten azli halinde, iş sonunda hüküm altına alınacak vekalet ücreti alacağı da muaccel hale gelecektir. Ancak, iş sözleşmesi sona erdirilse bile, Sendikaca, Avukatın takibinde bulunan dava ve işlerin tamamen sonuçlanmasına kadar ve bu davalara münhasır olarak, vekalet akdi ilişkisi bu sözleşme hükümleri uyarınca devam ettirilebilecektir. İşin, Sendika'daki başka Avukatla birlikte takibi durumunda, bu vekalet ücreti, Avukatlar arasında eşit olarak taksim olunacaktır" düzenlemesi yer almaktadır.

Davacıların talepleri, ilk olarak, sendika tüzel kişiliği dışındaki ve konusu para ile ölçülebilen işlerde akdi vekalet ücretinin ödenmediği, ikinci olarak, takip edilen dava ve takiplerde, mahkeme ve icra dairelerince takdir edilen vekâlet ücretlerinin ödenmediği, üçüncü ve son olarak da, vekâletten azil tarihinde derdest olmakla birlikte, haksız azil nedeni ile işi takip imkânı bırakılmayan dava ve takipler nedeni ile karşı taraftan tahsil edilecek vekâlet ücretlerinin de tahsil edilemediği iddialarına dayalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona erdirilmesine dair talep davacılarından sadır olmakla, mahkemece, somut olayda haksız azil bulunmadığı gerekçesiyle, davacıların derdest dava ve takipler yönünden vekalet ücreti taleplerinin reddi isabetlidir. Bu-

nunla birlikte, “sendika tüzel kişiliği dışındaki ve konusu para ile ölçülebilen işler” yönünden ise, sendikaların üyelerini temsilen açtıkları davalar esas alınarak sonuca gidilmesi doğru olmamıştır.

Bu noktada sözleşmede yer alan “sendika tüzel kişiliği dışındaki işler” ifadesinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İlk olarak, sendikaların işleyişini ve faaliyet alanlarını ilgilendiren, doğrudan taraf olarak yer aldıkları, genel kurul iptali, işkolu tespit kararının iptali, yetki tespitinin iptali gibi davaların, anılan düzenlemenin kapsamı dışında kaldığı açıktır. İkinci olarak, sendikaların, üyeleri tarafından verilen yetki belgesi ile açmış oldukları davalar izaha muhtaçtır.

Mülga 1086 sayılı Kanun’da açıkça düzenlenmemiş olan “Dava takip yetkisi” kurumu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun’un 53. maddesinde hükme bağlanmıştır. Maddeye göre “Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir. Bu yetki, kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir.”

Kural olarak, dava ehliyetine sahip olan kişi, taraf bulunduğu bir davayı (davacı veya davalı olarak) kendisi takip edebilir. Fakat, bazı hallerde dava, dava ehliyetine sahip olan kişiden başkası tarafından takip edilebilir (KURU, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 1152). Bu gibi durumlarda davayı takip yetkisi kurumu gündeme gelmektedir. Hükûmet gerekçesine göre de, davayı takip yetkisi, tamamen şekli taraf kavramının bir sonucudur. Bu anlamda olmak üzere, söz konusu durumlarda, davayı takip yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişi, yargılamada taraf haline gelmekte, yargılama ile ilgili her tür hukuki işlemi yapabilmektedir. Mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nun 32. maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 26. maddesi gereğince, üyelerini temsilen dava açan sendikaların da, davayı takip yetkisi kapsamında söz konusu davalarda şekli taraf oldukları tartışmasızdır. Bu itibarla, üyelerini temsilen sendika tarafından açılan davaların “sendika tüzel kişiliği dışındaki işler” kavramı kapsamında değerlendirilmesi olanaksızdır.

Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, sözleşmede yer alan “sendika tüzel kişiliği dışındaki işler” ifadesinin, sendika üyesi işçiler tarafından doğrudan avukata vekalet verilen davaları kapsadığı tartışmasızdır. Bu itibarla, mahkemece anılan hususlar gözetilerek sonuca gidilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.

3-Mahkemece, takip edilen dava ve takiplerde takdir edilen karşı yan vekâlet ücretleri yönünden de yazılı şekilde karar verilmiş ise de, yapılan araştırma eksik ve hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır.

Davalı vekili, takdir edilen karşı yan vekalet ücretlerinin davacılar tarafından tahsil edildiğini savunmuş, bu husus nazara alınmamıştır. Yapılacak iş, takip edilen işlerde takdir edilen vekalet ücretlerinin davacılar tarafından tahsil edilip edilmediği hususunda Ankara İcra Müdürlükleri ve ilgili kurumlar nezdinde gerekli araştırma yapılarak oluşacak sonuca göre karar vermekten ibaret iken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.06.2016 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

YAPI DENETİM BEDELİ SORUMLUSU

ÖZET: Yapı denetim hizmet bedelinden arsa sahibi sorumlu olup, yapı denetim bedeli arsa sahibinden tahsil edilmelidir.

Y. 23 HD. E. 2015/148, K. 2016/887, T. 18.2.2016

Davacı vekili, davalı arsa sahibi S.Y. ile yüklenici H.İ.T. arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını, yükleniciye verilen vekaletnameye dayanılarak davacı ile yapı denetim sözleşmesi düzenlendiğini, davalının, yapı denetim görevini eksiksiz yerine getirdiğini, davalıların yapı denetim ücretini ilk hak ediş dışında ödemediklerini ileri sürerek, yapı denetim hizmet bedelinin tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, yapı denetim hizmet bedelinden arsa maliki ile asıl ve alt yüklenicilerin müşterek ve müteselsilen sorumlu oldukları gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı S.Pet.İnş.Şehir Planlama San.ve Tic.Ltd.Şti. ve H.İ. T. ile S.Y. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplerle, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı S.Y. vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Dava, yapı denetim hizmet bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, yargılama sırasında bilirkişi kuruluna hesaplatılan ve miktarında çekişme bulunmayan yapı denetim hizmet bedelinin tüm davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir. Ne var ki, 4708 sayılı Yapı Denetimi Kanununun 2. maddesinde belirtildiği üzere, yapı denetim hizmetinin yasal muhatabı yapı sahibidir. Yapı denetim sözleşmesinin varlığı halinde dahi, yapı sahibi bu sözleşmenin düzenlenebilmesi için yapı yüklenicisini vekili tayin edemez. Bu itibarla, yapı denetim hizmet bedelinden arsa sahibi sorumludur. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bu hususun aksine düzenleme yapılması kendi aralarındaki iç ilişkide uygulanabilecek bir hüküm olup, bu hususun davacıyı bağlar bir yönü bulunmamaktadır. Bu

itibarla, hüküm altına alınan bedelin davalılardan satdece arsa sahibinden tahsili gerekirken, davalı S.P.İnş.Şehir Planlama San. ve Tic.Ltd.Şti. ve H.İ.T.'dan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı S.Y. vekilinin temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı S.P.İnş.Şehir Planlama San. ve Tic.Ltd.Şti. ve H.İ.T. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, anılan davalılar yararına BOZULMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden davalı S.Y.'tan alınmasına, diğer temyiz eden davalılardan peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 18.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARARDA GEREKÇE

ÖZET: Hakim gerekçe sayesinde verdiği hükmün doğru olup olmadığını, yani kendini denetler. Üst mahkeme de, bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir. Taraflar da ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hüküm, ne kadar haklı olursa olsun, gereksiz ise tarafları doyurmaz.

Y. 23 HD. E. 2015/4221, K. 2015/7828, T. 01.02.2015

Asıl davada davacı vekili, müvekkili kooperatif ile davalılar arasında yapılan 29.07.1986 tarihli arsa payı karşılığı sözleşmesi uyarınca 6 daire ve 50.000.000,00 TL(yeni 50.000,00 TL) nakit karşılığında davalılara ait 2079 parsel sayılı taşınmazın satın alındığını, taşınmazın sonrasında ifraz neticesi 5938, 5939 ve 5940 numaralı 3 parsel ayrıldığını, müvekkili kooperatifin 5938 ve 5939 numaralı parseller üzerine binaları inşaa edip, davalı arsa sahiplerine düşen 6 adet daireyi teslim ettiğini, davalıların 5940 parsel numaralı taşınmazdaki 1.000 m²'lik kısma müdahalelerinin haksız olduğunu ileri sürerek, vaki müdahalenin men'ine ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 5 yıllık ecrimisil bedeli olarak 10.000,00 TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Asıl davada davalılar vekili, daha sonra ifraz neticesi 5940 parsel numarasını alan dava konusu taşınmaz içerisinde kalan ve evlerinin bulunduğu 1.000 m²'lik kısmın sözleşme dışında olduğunu, bu taşınmaza haksız müdahalelerinin söz konusu olmadığını savunarak, asıl davanın reddini istemiştir.

Birleşen davada davacılar vekili, harca esas değeri 6.600,00 TL göstermek suretiyle, taraflar arasındaki 29.07.1986 tarihli sözleşme uyarınca davalı yükleniciye devredilen 2079 parsel sayılı taşınmaz içerisindeki daha sonra ifrazen 5940 parsel numarasını alan kısım içindeki evlerinin bulunduğu 1.000 m²'lik kısmın aslında sözleşme dışı olduğunu, bu nedenle bu kısmın müvekkillerine iadesi gerektiğini, sözleşme uyarınca yapılan inşaatın imara ve projesine aykırı inşaa edildiğini ileri sürerek, taraflar arasındaki anılan sözleşmenin feshi ile davalı kooperatif adına kayıtlı eski 2079 numaralı taşınmazdan ifrazen oluşan 5938, 5939 ve 5940 parsel numaralı taşınmazların tapusunun iptali ile müvekkilleri adına tapuya kayıt ve tesciline, bunun mümkün olmaması durumunda, içinde evlerinin bulunduğu 1000 m²'lik kısmın tapusunun iptali ile müvekkilleri adına tesciline, ayrıca fazladan yapılan dairelere rağmen inşaatın imara uygun hale getirilmesi mümkün ise fazla yapılan dairelere 6/80 oranının uygulanması ile belirlenecek miktarda tapunun iptali ile müvekkilleri adına tapuya kayıt ve tesciline, tescil mümkün değil ise, bedellerinin tahsiline, zararlarının ve munzam zararlarının belirlenerek ödenmesine, imara uygun hale getirilme imkânı yoksa yıkılmasına karar verilmesini talep ve dava etmiş, 17.03.2008 havale tarihli ıslah dilekçesinde, harca esas değeri 502.000,00 TL olarak belirtmek suretiyle, taraflar arasındaki anılan sözleşmenin ileriye etkili feshini, yüklenicinin eksik ve kusurlu edimi ve sözleşmenin feshi nedeniyle müvekkillerinin uğradıkları zararlarına karşılık belirlenecek miktar ile orantılı payın davalı adına kayıtlı 5940 parsel sayılı taşınmazdan iptali ile müvekkilleri adına tescilini, bunun mümkün olmaması halinde yolsuz tescil nedeniyle 5940 parsel sayılı taşınmaz içerisindeki 1000 m²'lik kısmın tapusunun iptali ile müvekkilleri adına tescilini ve her türlü zarar kapsamında(maddi zarar, kaçak katlar bedeli, munzam zarar, arsanın işletilmesi, gecikme tazminatı, kaçak kat ile kaçak olmayan kat farkı, dairelerin kat mülkiyeti tapusu alınamaması, 6/80 oranı ile müvekkillerine düşecek için) şimdilik 100.000,00 TL'nin avans faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Birleşen davada davalı vekili, birleşen davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, asıl davanın kabulü ve birleşen davanın zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle reddine dair verilen karar, asıl davada davalı-

lar-birleşen davada davacılar arsa sahipleri vekilinin temyiz istemi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 22.07.2010 tarih ve 1859 E., 4261 K. sayılı ilamıyla, diğer temyiz itirazlarının reddi ile, taraflar arasında düzenlenen "Satış Senedi ve Makbuz" başlıklı, 25.06.1986 tarihli adi yazılı sözleşme ile özetle; arsa sahipleri İbrahim ve ...'e ait mevkiinde bulunan 33 pafta 2079 parselin üzerine yapılacak inşaatın altı adet daire ve ayrıca 50,00 TL verilmesi karşılığında yüklenici kooperatife devredilmesi, altı adet daire tapusunun inşaatın bitiminde arsa sahipleri adına ferağı, keza arsa sahiplerinin halen taşınmaz üzerinde bulunan yerlerinin de inşaat nedeniyle yıkılması gerektiği takdirde inşaatın bitimine kadar kendilerine bir daire kiralanarak kira bedelinin yüklenici kooperatif tarafından ödenmesinin kararlaştırıldığı, her ne kadar sözleşmede üzerine inşaat yapılacak taşınmaz aynen "33 pafta 2079 adadaki 10.0404 m²'lik gayrimenkul" şeklinde tanımlanmış ve dava sırasında arsa sahipleri 2079 parsel alanının esasen 11.040 m² olup bu miktarın 1000 m²'sinin yüklenici kooperatife devrini amaçlamadıklarını ileri sürmüşlerse de, dosya kapsamında mevcut bulunan 29.07.1986 tarihli akit tablosundan arsa sahiplerinin tapuda "bizzat" 11.040 m² miktarlı 2079 parseli kooperatife devretmeleri, yine sözleşmede taşınmazın kısmen devrinin kararlaştırıldığına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması, hatta taşınmaz üzerinde bulunan arsa sahiplerine ait müştemilatın gerektiğinde yıkılarak kendilerine inşaatın bitimine kadar bir dairenin kiralanacağı belirtilmesi karşısında anılan savunmanın yerinde olmadığı anlaşıldığı, yanlar arasında düzenlenen ve uyuşmazlığın kaynağını oluşturan 25.06.1986 tarihli sözleşmede arsa devri karşılığında bağımsız bölüm teslimi taahhüt edilmiş olmakla hukuki niteliğince BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğu, bahsi geçen sözleşmelerin tapu devri taahhüdü içermeleri nedeniyle BK'nın 213, MK'nın 706, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. madde hükümleri gereğince bizzat tapu memuru huzurunda veya noter aracılığı ile düzenleme şeklinde yapılmalarının geçerlik koşulu olduğu, 25.06.1986 günlü sözleşme bu geçerlik koşuluna uygun olmayıp adi yazılı şekilde düzenlendiği için ilke olarak geçersiz ise de arsa sahiplerince devri taahhüt edilen taşınmaz 29.07.1986 tarihinde kooperatif adına tescil edilmiş olduğundan artık şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edeceği için (MK.2.m.) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 30.09.1988 tarih ve 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı içtihadı birleştirme kararı gereği anılan sözleşmenin geçerli hale geldiğinin kabulünün gerektiği, dosya kapsamındaki kanıtlara göre, arsa sahiplerine ait ve diğer tüm inşaatın durumu incelen-

memiş olmakla beraber tapuları henüz arsa sahiplerine teslim edilmediğinden geçerliliği yukarıda saptanan sözleşmenin henüz ifa ile sonuçlanmadığı ve halen ayakta olduğunun açık olduğu, bu durumda gerek asıl, gerekse de birleşen davanın sözleşme hükümlerine göre değerlendirilip bir çözüme kavuşturulması gerektiği, uyuşmazlığa sözleşme kapsamında ve öncelikle asıl dava konusu men'i müdahale ve ecrimisil istekleri yönünden bakıldığında; gerçekten de taraflar arasındaki akdi ilişkinin ifa ile sonuçlanmadığı, altı adet dairenin tapularının arsa sahiplerine verilmemiş olduğu, arsa sahiplerinin sözleşme öncesinden beri 2079 parsel üzerinde bulunup daha sonra bu parselin ifrazı sonucu 5940 parsel üzerinde kalan yerleri için sözleşmede özel bir düzenleme öngörülmüş ve üçüncü paragrafta bu yerin inşaat nedeniyle yıkılması gerekirse inşaatın bitimine kadar mal sahiplerine yüklenici kooperatif tarafından bir daire kiralanacağına ifade olunduğu, belirtilen paragrafın yazılışından anlaşılacağı üzere bu yer, inşaat nedeniyle yıkılırsa arsa sahiplerine kiralık bir daire tahsis edileceği, yıkılması gerekmezse inşaatın bitimine kadar oturmaya devam edecekleri, oysa somut olayda inşaatın bitirilmesi ve tapularının arsa sahiplerine verilmesi koşullarının henüz yerine getirilmediği, bu durumda mahkemece, asıl davanın reddi yerine, davalı konumunda bulunan arsa sahiplerinin 5940 parselde kalan yerleri açısından 25.06.1986 günlü sözleşmenin satış sözleşmesi olarak nitelendirilip, satışın gerçekleştiği ve inşaatın bitimine kadar kendilerine geçici oturma izni verildiği, inşaatların da bitmesi nedeniyle artık bu yerden çıkmamalarının haksız olduğunun kabulü ile men'i müdahale ve ecrimisil istemlerinin kabulüne karar verilmesinin doğru olmadığı, birleştirilen davaya yönelik temyiz itirazlarına gelince; mahkemece tapuda taşınmazın devir tarihi olan 29.07.1986 itibarıyla 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de, yukarıdaki bentte değinildiği gibi taraflar arasında bir taşınmaz satım sözleşmesi değil arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedilmiş olduğu, ne var ki yüklenici kooperatifin sözleşme ile yüklendiği edimlerini henüz yerine getirmediği, sözleşme ayakta olup yürürlüğünün hala devam ettiği, bu itibarla zamanaşımının başlangıcını düzenleyen BK'nın 128. maddesinde öngörüldüğü şekilde muacceliyet olgusunun henüz gerçekleşmediği, o halde yüklenici kooperatif vekilinin zamanaşımı definin reddi ile işin esasına girilerek tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürecekleri kanıtlar toplanarak bir hükme varılması yerine yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle asıl davada davalılar-birleşen dava davacılar arsa sahipleri yararına bozulmuştur.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; taraflar arasındaki

sözleşme resmi yapılamadığından geçersiz ise de kooperatif adına tes-cil edilmiş olduğundan şekil eksikliğinin ileri sürülemeyeceği, yüklenici kooperatifin edimini yerine getiremediği, davalı arsa sahiplerinin haksız bir müdahalesinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle asıl davanın reddi-ne; birleşen dava yönünden ise, sözleşmenin taşınmazın tamamına ilişkin olduğu ve bu doğrultuda 29.07.1986 tarihinde arsa sahiplerince sözleş-meye konu 2079 no'lu parselin tümünün tapuda yüklenici kooperatife devredildiği, sözleşmede taşınmazın kısmen devrinin kararlaştırıldığına ilişkin bir ifadeye yer verilmediği, sözleşmede iskân şartı bulunmadığı, inşaatların ruhsata uygun olarak fiilen tamamlandığı ve kullanılabilir durum-da olduğu, bu nedenle sözleşmenin ileriye etkili olarak bozulmasının söz konusu olmadığı, taraflar arasında yapılan sözleşmede teslim için yapı kullanma izninin alınmasına ya da inşaatın anahtar teslimi yapılmasına ilişkin bir koşulun ön görülmediği, kullanılabilir olmasının yeterli olduğu, ayrıca sözleşmede inşaatın tamamlanacağı sürenin belirtilmediği, binala-rın mevcut yapı ruhsatları esas alındığında proje aşamasından başlamak üzere ilgili birim ve kurumlardaki iş ve işlemler ile mücbir sebepler dahi düzenli bir iş programı ile genel inşaat teamülleri itibari ile ortalama 36 ayda tamamlanmasının mümkün olduğu, buna göre sözleşme tarihinden (25.06.1986) dava tarihine(17.04.2006) kadar geçen süreçteki gecikme süresinin 16 yıl 10 ay olduğu, gecikme tazminatının 107.400,00 TL ol-duğu, arsa sahiplerine düşen 6 adet dairenin teslim edildiği, fiili olarak kullanıldığı, sözleşmeye göre 80 daire esasına göre paylaşımın yapıldığı, ancak kooperatifin 80 değil 112 bağımsız bölüm yaptığı, sözleşme dışında yapılan 32 bağımsız bölümden 2.4'ünün arsa sahiplerine verilmesi gerektiği, davacılara 2.4 dairenin verilememesi halinde bunların dava tarihi ile değerinin 156.000,00 TL olduğu, bu daireler için hesap edilen gecikme tazminatının 42.960,00 TL olduğu, kooperatif tarafından fazladan yapı-lan 32 dairenin de kaçak değil yasal olduğu, eksik ve bozuk imalatın tes-pit edilemediği, bu nedenle sözleşmenin ileriye veya geriye etkili olarak bozulmasını gerektirecek bir hususun olmadığı, 5940 parselin ifrazın-dan önce de, sonra da ilkokul alanında kalmakta olup, imar değişikliği olmadan konut inşaaasının yapılmasının mümkün olmadığı, bu nedenle yüklenicinin buraya inşaat yapamadığı, arsa sahiplerinin kooperatifle yapmış oldukları sözleşmede özel bir düzenlemenin ön görüldüğü, buna göre arsa sahiplerinin sözleşme öncesinden beri 2079 parsel üzerinde bulunup daha sorna bu parselin ifrazı sonucu 5940 parsel üzerinde kalan yerleri için, bu yerin inşaat nedeni ile yıkılması gerekirse inşaatın bitimi-ne kadar mal sahiplerine yüklenici kooperatif tarafından bir dairenin ki-ralanacağını belirtildiği, satışın gerçekleştiği ve inşaatın bitimine kadar

kendilerine geçici oturma izni verildiği, buna göre arsa sahiplerinin 5940 parselin tapu kaydını istemelerinin mümkün olmadığı, bir dosyada ancak bir defa ıslahın mümkün olduğu, 17.03.2008 tarihinde birleşen dosya yönünden ıslah yapıldığı, bu nedenle ikinci bir ıslah yapılamayacağından, arsa sahipleri vekilinin vermiş olduğu 25.12.2013 tarihli ikinci ıslah talebinin kabul edilmediği gerekçesiyle, birleşen davada davacı arsa sahiplerinin koşulları oluşmayan munzam zarar ve kiraya ilişkin talepleri ile sözleşmenin feshi ve tapu iptal taleplerinin reddine, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak suretiyle 100.000,00 TL'nin dava tarihinden itibaren kooperatiften tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, asıl davada davacı ile birleşen davada taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve bozmanın kapsamı dışında kesinleşmiş olan yönlerle ilişkin temyiz itirazları incelenemeyeceğine göre, asıl davada davacı yüklenici vekilinin tüm, birleşen davada davacı arsa sahipleri vekilinin sözleşmenin feshi ile tapu iptali ve tescil istemlerinin reddine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2-Birleşen davada taraf vekillerinin tazminat istemine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarına gelince;

a) 6100 sayılı HMK'nın "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi" başlıklı 31/1. maddesi "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." şeklinde düzenlenmiş ve bunun hakimin görevi olduğu açıkça vurgulanmıştır. Maddede, hakimin maddi anlamda davayı sevk yetkisi düzenlenmektedir. Bu yetkisiyle hakim, olayın ve hukuki uyuşmazlığın olgusal ve hukuki boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflara birlikte ele alabilecek, tarafların zamanında uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir.

HMK'nın 194. maddesinde de somutlaştırma yüküne yer verilmiştir. Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyuşmazlığı doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakıalara karşı kendini savunabilmesi için, iddia edilen vakıaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Genel geçer ifadelerle, somut bir şekilde ortaya koymadan iddia veya savunma amacıyla

vakıaların ileri sürülmesi durumunda, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün olmayacağı gibi, vakıaların anlaşılması için ayrıca bir araştırma yapılması ve zaman kaybedilmesi söz konusu olacaktır. Taraflar, haklarını dayandırdıkları hukuk kuralının aradığı koşul vakıalara uygun, somut vakıaları açıkça ortaya koymalıdır. Bu vakıaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgili taraf için bir yüküdür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır.

04.06.1958 gün ve 15/6 sayılı İBK'da da belirlendiği gibi, HUMK'un 72, 74, 75 ve 76. maddeleri gereğince hakim, tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve bunlara bağlı netice-i taleplerle bağlı ve fakat hukuki tavsiflerle bağlı olmayıp, kanunları re'sen uygulamakla ve neticeye vardırarakla yükümlüdür. HMK'nın 24/1, 25, 26, 33. madde hükümlerinde de aynı yönde düzenleme getirilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 297/1-c maddesinde hükmün gerekçe bölümünün, 2. fıkrada ise hükmün sonuç bölümünün kapsayacağı hususlar düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 141/3. maddesi uyarınca, bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılmalıdır.

Dava tarihinde yürürlükte olan HUMK'un 388/3. maddesi bu hususu daha ayrıntılı olarak, "Kararda, iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, anlaşıkları ve anlaşamadıkları hususlar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışması ret ve üstün tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep, bulunması gerekmektedir." şeklinde düzenlemiştir. Karar tarihinde yürürlükte olan HMK'nın 297/1-c maddesi uyarınca da, hükmün tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaşıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri içermesi gerekir. Kararlarda bulunması gereken gerekçeler sayesinde taraflar, hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi, karar aleyhine kanun yoluna başvurulduğunda da HUMK'un 428. maddesi uyarınca Yargıtay incelemesi sırasında ancak bu gerekçe sayesinde kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığı saptanabilecektir. Diğer bir anlatımla, Yargıtay denetimi ancak bir kararın gerekçe taşıması halinde mümkün olabilir. Açıklanmaya çalışıldığı üzere, mahkemece, tarafların tüm delilleri açıkça değerlendirilerek davanın hangi gerekçeyle reddedildiğinin karara yansıtılması gerekirken, yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesini, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. mad-

desinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkını ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlâl edecektir.

YHGK'nın 07.12.2011 tarih ve 15-708 E., 737 K. sayılı ilamında açıklandığı üzere; gerekçe, hakimin (mahkemenin) tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır. Hakim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini (hukuk sebepleri) kendiliğinden (re'sen) araştırıp bularak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar (Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış, 22 Baskı, Ankara 2011, s.472). Hakim, gerekçe sayesinde verdiği hükmün doğru olup olmadığını, yani kendini denetler. Üst mahkeme de, bir hükmün hukuka uygun olup olmadığını ancak gerekçe sayesinde denetleyebilir. Taraflar da ancak gerekçe sayesinde haklı olup olmadıklarını daha iyi anlayabilirler. Bir hüküm, ne kadar haklı olursa olsun, gerekçesiz ise tarafları doyurmaz (A.g.e., s. 472).

Öte yandan, HMK'nın 297/2. maddesinde, hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden herbiri hakkında verilen hükümlerle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür. Kararın hüküm fıkrası ile gerekçesi birbirine sıkı sıkıya bağlı olup, arasında çelişki bulunmaması gerekmektedir. Mahkeme kararının gerekçe bölümü ile hüküm sonucunun çelişkili olması, mahkeme kararlarının tereddüt doğurmayacak şekilde açık olması kuralına aykırılık oluşturur.

Somut olayda, birleşen davada davacı arsa sahipleri vekilince, 6.600,00 TL dava değeri gösterilerek, sözleşmenin feshi ile davalı yüklenici kooperatif adına kayıtlı eski 2079 numaralı taşınmazdan ifrazen oluşan 5938, 5939 ve 5940 parsel numaralı taşınmazların tapusunun iptali ile müvekkilleri adına tapuya kayıt ve tescili, bunun mümkün olmaması durumunda, içinde evlerinin bulunduğu 1000m²'lik kısmın tapusunun iptali ile müvekkilleri adına tescili, ayrıca fazladan yapılan dairelere rağmen inşaatın imara uygun hale getirilmesi mümkün ise fazla yapılan dairelere 6/80 oranının uygulanması ile belirlenecek miktarda tapunun iptali ile müvekkilleri adına tapuya kayıt ve tescili, tescil mümkün değil ise, bedellerinin tahsili, zararlarının ve munzam zararlarının belirlenerek ödenmesi, imara uygun hale getirilme imkânı yoksa yıkılması istenmiş, 17.03.2008 havalere tarihli ıslah dilekçesi ile de, harca esas değeri 502.000,00 TL olarak belirtmek suretiyle, taraflar arasındaki anılan sözleşmenin ileriye etkili

feshi, yüklenicinin eksik ve kusurlu edimi ve sözleşmenin feshi nedeniyle müvekkillerinin uğradıkları zararlarına karşılık belirlenecek miktar ile orantılı payın davalı adına kayıtlı 5940 parsel sayılı taşınmazdan iptali ile müvekkilleri adına tescili, bunun mümkün olmaması halinde yol-suz tescil nedeniyle 5940 parsel sayılı taşınmaz içerisindeki 1000 m²'lik kısmın tapusunun iptali ile müvekkilleri adına tescili ve her türlü zarar kapsamında(maddi zarar, kaçak katlar bedeli, munzam zarar, arsanın işletilmesi, gecikme tazminatı, kaçak kat ile kaçak olmayan kat farkı, dairelerin kat mülkiyeti tapusu alınmaması, 6/80 oranı ile müvekkillerine düşecek daireler) şimdilik 100.000,00 TL'nin avans faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ettiği açıklanmıştır. Birleşen davada davacılar vekilince 17.03.2008 tarihli ıslah dilekçesinde tazminat istemleri yönünden 100.000,00 TL istendiği belirtilmiş ise de, istemlerinin hukuki dayanakları, ayrı ayrı hangi zarara yönelik olduğu, maddi vakıaları ve talep miktarları açıklanmamış, mahkemece de bir kısım istemlerin reddine karar verildiği açıklanmasına rağmen 17.03.2008 tarihli dilekçede ıslah edilen miktarların tamamının kabulüne karar verilmiştir.

Bu durumda mahkemece, birleşen davada davacılar vekilinden yukarıda açıklandığı şekilde istemlerinin neler olduğu, maddi vakıalar, hukuki dayanakları ve talep miktarları hususunda açıklama alınıp, her bir istem yönünden yukarıda açıklanan ilkelerde belirtildiği şekilde denetime elverişli gerekçe oluşturulması ve hüküm kurulması gerekirken, hangi istem kalemlerinin kabul ya da reddedildiği hususunda açıklık içermeyen yeterli gerekçeye dayalı olarak hüküm kurulması doğru olmamıştır.

b) Bozma nedenine göre, birleşen davada taraf vekillerinin tazminat istemine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, asıl davada davacı yüklenici kooperatif vekilinin tüm, birleşen davada davacı arsa sahipleri vekilinin sözleşmenin feshi ile tapu iptali ve tescil istemine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarının reddine, (2-a) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, birleşen davada tazminat istemine ilişkin hükmün re'sen **BOZULMASINA**, (2-b) numaralı bentte açıklanan nedenlerle birleşen davada taraf vekillerinin tazminat istemine ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden birleşen davada davacılarından alınmasına, asıl davada davacı kooperatiftan fazla alınan peşin harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 01.12.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI

CİNSEL TACİZ

ÖZET: Sanığın eylemlerinin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu mu, yoksa zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu mu oluşturacağına belirlenmesine ilişkin olayda, sürekli telefon mesajları cinsel taciz olarak değerlendirilebilir.

Y. CGK, E. 2013/14-429, K. 2015/34, K. 10.03.2015

Cinsel taciz suçundan açılan kamu davasının yapılan yargılaması neticesinde sanığın eyleminin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu kabul edilerek 5237 sayılı TCK'nun 123/1, 53/1 ve 58/6. maddeleri uyarınca altı ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna ve hapis cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ilişkin, Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesince verilen 05.06.2009 gün ve 1084-478 sayılı hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 07.11.2012 gün ve 12493-10982 sayı ile;

“Yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Müştekinin iddiasına uygun olarak sarfedildiği kabul edilen ‘canım najsın, seni çok özledim, eve geliyorum’ şeklindeki sözlerin cinsel taciz suçunu oluşturduğu ve eyleminin aynı suç işleme kararı ile birden fazla işlendiği gözetilerek, sanığın zincirleme şekilde cinsel taciz suçundan mahkûmiyeti yerine kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan hüküm kurulması” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesi ise 05.03.2013 gün ve 13-169 sayı ile;

“Sanığın ısrarla telefon etme eyleminin sabit kabul edildiği, iddianame ve katılanın anlatımına göre iddia edilen sözleri söylediğini kabul etmediği, bu beyanları kullandığının katılanın soyut iddiası dışında sabit olmadığı, ancak ısrarla telefon ederek katılanı rahatsız ettiğinden kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan cezalandırılmasına karar verildiği, sanığın katılanı kendi hazırlık beyanında da belirttiği gibi birden fazla kez telefonla arayarak rahatsız ettiği” şeklindeki gerekçeyle direnerek sanığın

önceki hükümde olduğu gibi kişilerin huzur ve sükûnunu bozmak suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu hükmün de sanık tarafından temyizi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 30.05.2013 gün ve 173259 sayılı bozma istekli tebliğnamesiyle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın eylemlerinin kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunu mu, yoksa zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu mu oluşturacağıının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamında;

Katılanın ev telefonundan sürekli aranıp bir kısım sözler söylenmek suretiyle rahatsız edildiği, eşinin evlerini arayan numarayı tespit ettiği, olay tarihinde ankesörlü telefon hizmeti veren bir yerden aranması üzerine, eşinin sanığı telefon ederken yakaladığı, sanığın benzer şekilde işlemiş bulunduğu cinsel taciz ile kişilerin huzur ve sükûnunu bozmak suçlarından, tekerrüre esas teşkil edebilecek nitelikte çok sayıda sabıkasının bulunduğu, tesbit edilmiş olup,

Katılan; yaklaşık dört aydır ismini bilmediği bir şahsın telefonla kendisini günde iki üç kere arayıp cinsel tacizde bulunduğunu, olay günü eşinin evde olmadığı bir saatte arayarak; “evde misin canım, seni çok özledim eve geliyorum” şeklinde sözler söylediğini, durumu eşine bildirdiğini, bir saat sonra tekrar aradığını, numarayı tespit eden eşinin de sanığı telefon ederken yakaladığını, olay nedeniyle psikolojisinin bozulduğunu, eşi ile ayrılma aşamasına geldiğini beyan etmiş,

Tanık F.. K.; tanımadığı bir kişinin sürekli evini arayıp eşini rahatsız ettiğini, telefonunun arayan numaraları gösterdiğini, olay günü tekrar araması üzerine eşinden sanığı konuşturmasını istediğini, ankesörlü telefon hizmeti veren bir işyerinden aradığını belirleyip sanığı söz konusu yerde yakaladığını, sanığa neden eşini aradığını sorduğunda; “benim böyle bir hastalığım var, ararım” şeklinde karşılık verdiğini belirtmiş,

Sanık kollukta; olay günü ankesörlü telefonda tesadüfen belirlediği birkaç numarayı aradığını, bunlar arasında daha önce dört beş kez aradığı bir numaranın bulunduğunu, ismini bilmediği bayanın telefonu açıp; “evde kimse yok, konuşabiliriz” dediğini, konuştukları sırada iki kişinin içeri girdiğini, telefon numarasını nereden bulduğunu sorduklarını, şa-

hıslara numarayı tesadüfen aradığını söylediğini, ardından kendisini dövüklerini anlatmış,

Duruşmada ise; önceki ifadesini kabul etmediğini, katılanı tanımadığını, telefonunu tesadüfen aradığını, yarım saat konuştuklarını, şikâyetçinin kendisini tanıyormuş gibi konuşup evine davet ettiğini, şikâyetçiye; “orada olmaz çarşıda buluşalım, geçerken uğrarım” şeklinde sözler söylediğini, ancak “eve gelirim” demediğini, başka bir söz söylemediğini savunmuştur.

Türk Ceza Kanununun “cinsel taciz” başlıklı 105. maddesi;

“1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz” şeklinde düzenlenmiş iken, hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun 61. maddesiyle;

“1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

2) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle,

İşlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında

artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz” şeklinde değiştirilmiştir.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde taciz; “tedirgin etme, rahatsız etme veya sıkıntı verme” şeklinde tanımlanmıştır.

Maddenin gerekçesinde de; “mağdurun cinsel yönden ahlâk temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesi” biçiminde ifade edilen cinsel tacizin ne tür bir davranışla işlenebileceği hususunda kanunlarda açıklık bulunmamakla birlikte, öğreti ve yargısal kararlarda bu suçun; mağduru hedef almış, vücut dokunulmazlığı ihlal edilmeksizin ancak cinselliğine yönelik söz söyleme, mesaj ya da mektup gönderme, el hareketi yapma, öpücük atma, cinsel ilişki teklif etme, cinsel organını gösterme gibi eylemlerle gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir.

Cinsel taciz suçunun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak rahatsız etmektir. Suçun manevi unsuru ise kast olup, failin cinsel amaç gütmesi, başka bir ifadeyle cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir. Eylemin cinsel amaçla işlenip işlenmediği ya da hangi fiilin cinsel taciz suçunu oluşturacağı somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından takdir edilecektir. Nitekim yargısal kararlarda; pencereye tırmanarak “seni kaçıracağım, beni içeri al, içeri gireceğim” demek, mağdura karşı çiçek koklamak, telefonla kısa aralıklarla arayıp; “evinin önündeyim, dışarı çık, seni maddi ve manevi tatmin edeceğim,” “seni seviyorum, evlenmek istiyorum,” mağdurun yüzüne; “seni ve aileni tanıyorum, arabaya bin, gideceğin yere bırakayım, sana kötülük yapmam” şeklinde sözler söylemek, “konuşmak ister misin, numarayı çaldır, istemezsen kimsenin haberi olmaz” içerikli mesajlar göndermek cinsel taciz olarak kabul edilmiştir.

Cinsel taciz oluşturacak davranışlar, mağdurun vücuduna temas bulunmamak şartıyla ani olabileceği gibi, devamlı nitelikte de gerçekleşebilir. Suçun oluşabilmesi için, failin cinsel amaç gütmesi ve eylemin belirli kişi ya da kişilere karşı gerçekleştirilmiş olması gerekir. Aksi takdirde cinsel taciz değil, hakaret, tehdit ya da kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçları gündeme gelebilecektir.

Uyuşmazlık konusunda isabetli bir hukuki çözüme ulaşılabilmesi için, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu üzerinde de durulmalıdır.

Türk Ceza Kanununun “hürriyete karşı suçlar” başlıklı yedinci bölümünde yer alan 123. maddesinde kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu; “sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı

başka bir davranışta bulunulması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Madde gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, bu suçla kişilerin huzur ve sükûnunun bozulması hususunda gösterilen davranışlar cezalandırılmakta, bu şekilde psikolojik ve ruhsal sükûn içerisinde yaşama hakları korunmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için özel bir maksatla hareket edilmesi, dolayısıyla ısrarla telefon etmek ya da gürültü yapmak veya aynı amaçla hukuka aykırı başka bir fiilde bulunmak suretiyle kişilerin rahatsız edilmesi ve bu hareketlerin de mağdurun huzur ve sükûnunu bozma amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunun maddi unsuru; belirli bir kimseye ısrarla telefon edilmesi veya gürültü yapılması ya da hukuka aykırı bir başka davranışta bulunulması, korunan hukuki yarar; cinsel taciz suçundan farklı olarak ısrarlı davranışlarla kişilerin rahatsız edilmeden sükûn içerisinde, huzurlu ve sağlıklı bir şekilde yaşama haklarıdır. Suç oluşturacak eylemler bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun manevi unsuru ise özel kast olup, eylemin sırf başkalarının huzur ve sükûnunu bozmak amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir. Olası kastla ya da taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığı tanımayan, aralarında önceye dayalı herhangi bir husumet ya da kendi şeref ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atması için sebep bulunmayan katılanın aşamalarda birbiriyle uyum gösteren samimi, ısrarlı ve herhangi bir tereddüde mahal bırakmayan beyanı, bu beyanları doğrulayan tanık anlatımı, sanığın katılanın evini birkaç kere aradığı ve “çarşıda buluşalım, geçerken uğrarım” dediği yönündeki, tevilli ikrar olarak değerlendirilen savunması ve tüm dosya muhtevası göz önünde bulundurulduğunda, katılanın telefonunu değişik zamanlarda ısrarla arayarak söylediği; “evde misin canım seni çok özledim, eve geliyorum” şeklindeki sözlerin cinsel amaç taşıdığı ve eyleminin bir bütün halinde zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, yerel mahkeme hükmünün, sanığın eylemlerinin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 05.03.2013 gün ve 13-169 sayılı hükmünün, sanığın eylemlerinin zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden **BOZULMASINA**,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 10.03.2015 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

TİCARETİ TERK SUÇU

ÖZET: Ticareti terk suçunda; hükmün ticari şirket temsilcileri hakkında kurulması gerekir. Ayrıca, şirketin fiilen ticareti terk edip etmediği hususunda zabıta araştırması yapılmadan ve vergi mükelleflüğünün devam edip etmediği de belirlenmeden hüküm kurulması isabetli değildir.

Y. CGK, E. 2014/835, K. 2016/52, T. 09.02.2016

“1- Şikâyetçi vekilinin 07.06.2011 tarihli şikâyet dilekçesine eklediği belgelerden ... Tasarım ve Reklamcılık Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. temsilcisinin ...; ... Kırtasiye Büro Malz. Matbaa İnş. Tur. Gıda ve Hayvancılık İth İhr. San. ve Tic. Ltd. Şti. temsilcisinin de ... olduğunun belirli olmasına karşın, yargılamaya devamla bu sanıklar yönünden esastan bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde tüzel kişilik hakkında hüküm kurulması,

2- Ayrıntıları, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.02.2012 tarih ve 2011/505, 509 ve 513 Esas sayılı kararlarında da açıklandığı üzere, İİK'nın 337/a maddesinde düzenlenen 'ticareti usulüne aykırı terk etmek' suçunun ticaret şirketleri müdür ve yetkililerince de işlenmesinin mümkün olduğu cihetle; ticaret şirketi yetkilisi olan sanıklara isnat edilen suçun oluşabilmesi için tacirin fiili olarak ticareti terk etmesi, bu durumu onbeş günlük süre içerisinde kayıtlı olduğu ticaret siciline bildirmemesi, bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini içeren bir mal beyannamesi vermemesinin gerekmesi nedeniyle, borçlu şirketin ticareti terk edip etmediği yönünde zabıta araştırması yaptırılarak ve kayıtlı olduğu Vergi Dairesi Müdürlüğünden mükellefiyetlerinin devam edip etmediğinin tespitinden sonra hukuki durumunun takdir edilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi” isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

... İcra Ceza Mahkemesi ise ... gün ve ... sayı ile;

“...Ceza hukuku açısından fail, eylemi gerçekleştiren kimsedir. Bu kimsenin cezalandırılabilmesi onun eylemi gerçekleştirmesi koşuluna bağlıdır. Basit bu kabul, bizi konumuz açısından failin yargılanması gereken kişi veya başkası olup olmadığı şeklindeki arayışa sevk eder.

Bunu belirleyecek olan 44. madde içeriğidir. 44. madde 337/a'daki eylemin failinin belirlenmesi açısından merkezi bir rol üstlenir. Buraya değin anlatılan temeller referans alındığında, somut olayda mal beyanı ödevinden kaçınan ya da kabaca ticareti terk ettiği iddia edilen kimse tüzel kişidir.

Tüzel kişiliğin, mal beyanında bulunma ödevinden yoksun olması ya da 44. madde çerçevesinde kendisine atfedilecek bir sorumluluktan yoksun olması, onun temsilci, yönetici veya ortaklarının mal bildiriminde bulunmalarını önlemektedir. Dolayısıyla 44. madde kapsamı dışında kalan özü itibarıyla tasfiye ve infisah hükümlerine tabi bir kimsenin yönetici veya sorumlularının, 44. maddenin buyruklarını yerine getirmediğini dolayısıyla 337/a madde uygulamasında fail olarak addedilmelerine imkan bulunmamaktadır.

Dolayısıyla burada sanığın kanunen sorumlu olmadığından ötürü bir edimi yerine getirmediğinden bahisle 337/a maddesine istinaden cezalandırılması olanaksızdır.” gerekçesiyle direnerek önceki hükümde olduğu gibi sanığın beraatine karar vermiştir.

Bu hükmün de şikâyetçi vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ... gün ve ... sayılı “bozma” istekli tebliğnamesiyle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanıkların ticareti usulüne aykırı olarak terk etmek suçundan beraatlerine karar verilen olayda, Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Ticareti terk suçundan verilen dava dilekçesinde sanık olarak sadece şirketlerin gösterilmesi ve dilekçede yer almayan şirket müdürleri ve yetkili temsilcilerinin ise dilekçeye eklenen belgelere göre tespit edilebilmesi durumunda, müdürler ve şirket temsilcileri hakkında hüküm kurulmasının mümkün bulunup bulunmadığı,

2- Şikâyete konu şirketlerin fiilen ticareti terk edip etmediği hususunda zabıta araştırması yaptırılmadan ve vergi mükelleflığının devam edip etmediği de belirlenmeden hüküm kurulmasının isabetli olup olmadığı,

Noktalarında toplanmaktadır.

İncelenen dosya kapsamından;

Dosyada onaysız örneği bulunan icra dosyasına göre, 07.04.2008 tarihinde şikâyetçi ... Hizmetleri A.Ş. tarafından, dava dilekçesinde sanık olarak gösterilen şirketler hakkında 4.000 Lirası ödeme nedeniyle mahsup edilen 8.275 Lira bedelli bir çek dolayısıyla kambyo senetlerine dayalı haciz yoluyla icra takibine başlanıldığı,

Ödeme emirlerinin direnmeye konu şirketlerin ticaret sicilinde yer alan adreslerine 09.04.2008 ve 14.04.2008 tarihlerinde tebliğ edildiği,

Söz konusu şirketler ve yetkilileri tarafından herhangi bir şekilde mal beyanında bulunulmaması üzerine, şikâyetçi vekilinin talebiyle talimat gönderilen icra müdürlükleri tarafından 12.05.2011 ve 13.05.2011 tarihlerinde haciz işlemi için şirket adreslerine gidildiğinde şirketlerin taşındığının tespit edildiği,

Şikâyetçi vekilinin 07.06.2011 tarihli dava dilekçesinde sanık olarak sadece şirketlerin gösterildiği, bu şirketlerin müdür veya temsilcilerinin isim ve kimlik bilgilerine dilekçede yer verilmediği, ancak dilekçede sanıkların hapis cezası ile cezalandırılmalarının istenildiği, dilekçe ekinde ibraz edilen ticaret sicilleri ve belgelere göre, ...'nın ... Tasarım ve Reklamcılık Hizmetleri Ticaret Limited Şirketi'nin 245.000 Liralık toplam sermayesinin 235.200 Liralık, ...'nun ... Kırtasiye Büro Malzemeleri Matbaa İnşaat Turizm Gıda ve Hayvancılık İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin 50.000 Liralık, toplam sermayesinin 49.500 Liralık bölümlerine sahip ortakları olup, aynı zamanda "müdür" sıfatıyla da şirket temsil yetkili oldukları, dava dilekçesinde "sanıkların ticareti terk etmesine rağmen durumu Ticaret Siciline bildirmediği gibi mal beyanında da bulunmadığı" iddiası ile ticareti terk suçundan dava açıldığı,

Yerel mahkemece yapılan tensipte, "5237 sayılı TCK'nun 20 ve 60. maddeleri ile İcra İflas Kanununun 345. maddelerinin tüzel kişiliğin sorumluluğunu kaldırmakla tüzel kişiyi suç tarihinde temsile yetkili kişi ya da kişilerin tanınmasına yarayacak kimlik bilgilerinin tespiti ile dayanaklarıyla birlikte mahkememize sunulması, bu ödevde riayet edilmemesi halinde, yargılanacak öznenin belirsizliğinden ötürü TTK'nın 20. maddesi hükmü de gözetilerek mevcut bilgiler referans alınarak karar ittihazına"

şeklinde bir karar alındığı, bu karar uyarınca ticaret sicili memurluğuna yazılan yazı üzerine, memurluk tarafından 22.03.2004 ve 22.08.2005 tarihli ticaret sicili gazetesi örnekleri ile şirket müdürleri olan ... ve ...'nun nüfus ve ikamet bilgilerinin mahkemeye gönderildiği,

Söz konusu şirketin ticareti fiilen terk edip etmediği hususunda bir araştırma yaptırılmadığı ve ilgili vergi dairesinden de vergi mükelleflığının devam edip etmediğinin sorulmadığı,

Anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konularının sırasıyla ele alınmasında fayda bulunmaktadır:

1- Ticareti terk suçundan verilen dava dilekçesinde sanık olarak sadece şirketin gösterilmesi ve dilekçede gösterilmeyen şirket müdürü ve yetkili temsilcisinin ise dilekçeye eklenen belgelere göre tespit edilebilmesi durumunda, şirket müdürü ve yetkili temsilcisi hakkında hüküm kurulmasının mümkün olup olmadığı;

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, bu kanun kapsamında çıkan hukuksal sorunların en kısa ve basit bir şekilde çözümlenmesi yöntemini benimsemiş ve buna bağlı olarak da, kanunda düzenlenen suçlara ilişkin 346 ila 354. maddeleri arasında farklı bir yargılama usulü öngörmüştür.

Kanun koyucu 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 ve 06.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5582 sayılı Kanunlarla İİK'nın çeşitli maddelerinde değişiklik yapmasına karşın, bu özel yargılama usulünü bazı küçük değişiklikler dışında aynen korumuştur.

5237 sayılı TCK'da, cürüm-kabahat ayrımı ve buna bağlı olarak da yaptırım sisteminde yer alan ağır-hafif hapis ayırımına son verilmesi üzerine, kanunda kabahat olarak öngörülen bir kısım eylemler 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile idari yaptırımı gerektiren eylemler olarak düzenlenmiş, bir kısım eylemler ise suç haline getirilmiştir. Bu sistem ve yaptırım değişikliğinin zorunlu sonucu olarak, özel yasalardaki yaptırım sisteminin de 5237 sayılı Kanuna uyarlanması amacıyla 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe konulan 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 7. maddesi ile kanunlarda, yaptırımı hafif hapis ve hafif para cezası olarak öngörülen eylemler ve buna bağlı olarak, İcra ve İflas Kanununda, yaptırımı hafif hapis olarak öngörülen eylemler idari para cezası gerektiren kabahatlere dönüştürülmüştür.

Ancak, bu genel uyarılama hükmünün yetersiz olduğunu gören kanun koyucu, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'nun 16. bab kapsamındaki fiilleri ikili bir ayırma tabi tutarak, bir kısım eylemleri suç olarak, diğer bir kısım eylemleri ise, kabahat olarak düzenlemiştir. Bazı suçların re'sen takibi öngörülmüşken, bazı suçların ise takibi şikâyet şartına bağlanmış, bu husus da suç tanımının yer aldığı maddelerde, "bu suçlar alacaklının şikâyeti üzerine takip olunur", "alacaklının şikâyeti üzerine", "ilgilinin şikâyeti üzerine", "zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine" ibareleriyle açıkça belirtilmiştir.

İcra ve İflas Kanununun 337/a maddesinde; "44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez.

Borçlunun, iflası halinde, birinci fıkradaki durum ayrıca taksiratlı iflas hali sayılır" şeklinde düzenlenmiş bulunan "ticareti terk" suçu da kovuşturması şikâyete tâbi olup dava açma yöntemi, İİK'nın 349. maddesinde;

"Şikâyet dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılır. Dilekçeyi veya dava beyanını alan icra mahkemesi duruşma için hemen bir gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alır ve maznuna celpname gönderir. Şahit gösterilmişse o da celbolunur.

İki taraf tayin olunan gün ve saatte icra mahkemesinin huzuruna gelmeğe veya vekil göndermeğe mecburdurlar.

İcabında merci, tarafların bizzat hazır bulunmasını emredebilir.

Maznun başka yerde ikamet ediyorsa istinabe yoluyla sorguya çekilir.

Maznun, şikâyeti alan veya istinabe edilen icra mahkemesinin huzuruna gelmez veya müdafî göndermezse yahut bizzat bulunmasına lüzum görülürse zabıta marifetiyle getirilir. Bu suretle de bulundurulamazsa muhakeme gıyabında görülür.

Şikâyetçi muayyen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikâyet hakkı düşer.

Gelmeyen şahitlere yapılacak muamele ile borçlunun gıyabında verilen karara karşı eski hale getirme talebi hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı hükümler tatbik olunur" şeklinde açıkça gösterilmiştir.

Şikâyet, aynı kanunun 346 ve 347. maddeleri uyarınca yetkili kılınan icra ceza mahkemesine “fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl” içinde yapılmalıdır.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu bu suça ilişkin olarak, 5271 sayılı CMK sisteminden farklı bir yöntem benimsediğinden, CMK hükümleri değil, İİK hükümleri uygulanmalıdır. Nitekim bu husus Ceza Genel Kurulunun 13.02.2007 gün ve 16-28 ile 22.06.2010 gün ve 114-154 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Dava açan belge olması nedeniyle şikâyetçi tarafından icra ceza mahkemesine verilecek olan şikâyet dilekçesinin, şüpheli veya şüphelilerin isimleri ve şikâyet konusu olaya ilişkin bilgileri taşıması zorunlu olmakla birlikte, bu dava dilekçesinin 5271 sayılı CMK’nun 170. maddesinde belirtilen iddianamenin bütün şekil şartlarını içermesi zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 2004 sayılı İİK’nın 345. maddesinde; “Bu kanunda yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil veya vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur” düzenlemesi yer almaktadır.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Şikâyetçi vekili tarafından, yerel mahkemeye sunulan 07.06.2011 tarihli şikâyet dilekçesinde şüphelilerin ismi yerine şirket isimleri yazılmış, dilekçenin içeriğinde şüphelilerin hapis cezası ile cezalandırılması talep edilmiş, bununla da yetinilmeyerek sanıkların şirketlerin ortağı olduklarını, aynı zamanda “müdür” sıfatıyla şirketleri temsile yetkili olduklarını gösteren ticaret sicil gazetelerinin internet çıktısı dilekçeye eklenmiştir. Ayrıca yerel mahkemece verilen tensip kararı uyarınca, istenilmesi üzerine ticaret sicili memurluğu tarafından sanıkların münferiden şirketi temsile yetkili olduğunu gösteren 22.03.2004 ve 22.08.2005 tarihli ticaret sicili gazetesi örnekleri ile ... ve ...’nun nüfus ve ikamet bilgileri dosyaya gönderilmiştir.

Bu durum karşısında, şikâyet dilekçesi eklerinden sanıkların kimliği hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşıldığından, dilekçede sanıkların isminin bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Dilekçede sanıkların isminin yazılmaması bir eksiklik ise de, yukarıda açıklanan şekilde dilekçenin içeriği, dilekçe ekindeki belgeler ve tensip kararı ile bu eksiklik giderilmiştir.

Bu nedenle, hükmün anılan ticari şirket temsilcileri hakkında kurulması gerekirken, gerekçeli karar başlığında ticari şirket ismine yer verilerek hükmün ticari şirketler hakkında kurulmasında isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, sanık olarak ticari şirketler hakkında hüküm kurulmasına ilişkin yerel mahkeme direnme hükmünün bu yönden bozulmasına karar verilmelidir.

2- Şirketin fiilen ticareti terk edip etmediği hususunda zabıta araştırması yaptırılmadan ve vergi mükelleflığının devam edip etmediği de belirlenmeden hüküm kurulmasının isabetli olup olmadığı;

İİK'nın "Ticareti Terk Edenler" başlıklı 44. maddesi;

"Ticareti terk eden bir tacir onbeş gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır.

Bu ilan tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabilir.

Ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay müddetle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemez.

Üçüncü şahısların zilyetlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle elde ettiği haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve furu, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasındaki iktisaplarda iyi niyet iddiasında bulunulamaz.

Mal beyanını alan merci, keyfiyeti tapu veya gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsüne bildirir. Bu bildiri üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliğine de bildirilir.

Bozulmaya maruz veya muhafazası külfetli olan veya tayin edilen kanuni müddet içinde değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel bulunan mallar hakkında, tacirin talebi üzerine, mahkemece icra memuru marifetiyle ve bu kanun hükümleri dairesinde bu malların satılmasına ve bedelinin 9'uncu maddede yazılı bir bankaya depo edilmesine karar verilebilir" şeklinde olup, belirtilen yükümlülüklerle aykırı davranmak, aynı kanunun 337/a maddesinde "ticareti terk edenlerin cezası" başlığı altında;

“44’üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez.

Borçlunun iflası halinde, birinci fıkradaki durum ayrıca taksiratlı iflas hali sayılır” biçiminde yaptırma bağlanmıştır.

İİK’nın 44. maddesinde ticareti terk eden tacir açısından muhatapların kanuni haklarını korumaya yönelik bir takım yükümlülükler getirilmiş, yükümlülüklerle aykırı hareket etmenin yaptırımı da aynı kanunun 337/a maddesinde gösterilmiştir.

06.06.1965 tarihinde yürürlüğe giren 538 sayılı Kanunun 22. maddesiyle değiştirilen İİK’nın 44. maddesinin gerekçesinde de; “Ticareti terk etmek suretiyle alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kimselerle mücadele etmek, kaçınılması imkânsız bir zaruret halini almıştır. Bilhassa son senelerde ticareti terk eden kötü niyetli borçluların işyerlerini terk ettikleri ve ellerindeki malları başkalarına devrederek alacaklılarını zarara uğrattıkları sık sık görülen hakikatlerdendir. Ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kimselerle tesirli bir şekilde mücadeleyi temin için İcra ve İflas Kanunu sistemi içinde madde tadil edilmiş ve ayrıca bu maddeye muhalefet 337/a maddesiyle cezalandırılmıştır” denilmektedir.

Takibi şikâyete bağlı olan seçimlik hareketli bu suçun oluşabilmesi için;

- 1- İİK’nın 44. maddesine göre mal beyanında bulunulmaması,
- 2- Mal beyanında mevcudun eksik gösterilmiş olması,
- 3- Aktifte yer alan mal veya onun yerine kaim olan değer, haciz veya iflas sırasında gösterilmemesi,
- 4- Mal beyanından sonra, beyan edilen bu mallar üzerinde tasarruf edilmesi,

Gereklidir.

Kanun maddesinde gösterilen bu seçimlik hareketlerin herhangi birinin işlenmesiyle, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde ticareti terk suçu oluşacaktır.

44. maddeye uygun bir biçimde mal beyanında bulunulduğundan söz edebilmek için, borçlunun ticareti bıraktıktan sonra onbeş gün içinde durumu ticaret siciline bildirmesi, bütün aktif ve pasifleri ile alacaklıların isim ve adreslerini içerecek şekilde mal beyanında bulunması gerekir. Ayrıca suçun oluşabilmesi için borçlunun fiilinden dolayı alacaklının zarar görmesi de gerekmektedir. 337/a maddesinin ikinci fıkrasındaki; “birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez” hükmü uyarınca, alacaklının zarar görmediğini ispat etme zorunluluğu borçluya aittir.

Bunun yanında ticareti terk eden borçlunun ayrıca tacir sıfatı taşıması gerekmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 12. maddesinde gerçek kişi tacir; “bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa kendi adına işleten kişi” olarak tanımlandıktan sonra, aynı kanunun 16. maddesinde; “ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar” denilmiş, 124. maddesinde ticaret şirketleri; “kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketleri” olarak sayılmıştır.

Bu aşamada ticareti terk kavramı üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır. Öğreti ve uygulamada; “ticari işletmeyi kendi adına işletmekten vazgeçmek veya ticari işletmeyi kapatmak ya da dağıtmak” olarak tanımlanan ticareti terk fiilinin, mevzuatta belirlenen hukuki yonteme uygun olarak ticari faaliyetin sonlandırılması şeklinde ortaya çıkması mümkün olduğu gibi, ticari işletme hukuki olarak varlığını devam ettirmekle birlikte, fiili olarak sona erdirilmesi şeklinde gerçekleşmesi de imkân dâhilindedir.

Sanıkların temsile yetkili olduğu şirketlerin limited şirket olması nedeniyle, anılan ticari şirketlere ilişkin kanuni hükümlerin de incelenmesi gerekmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 573. maddesinde;

(1) Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur.

(2) Ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler.

(3) Limited şirket, kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir.” aynı kanunun 623. maddesinde ise;

“(1) Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir.

(2) Şirketin müdürlerinden biri bir tüzel kişi olduğu takdirde, bu kişi bu görevi tüzel kişi adına yerine getirecek bir gerçek kişiyi belirler.

(3) Müdürler, kanunla veya şirket sözleşmesi ile genel kurula bırakılmamış bulunan yönetime ilişkin tüm konularda karar almaya ve bu kararları yürütmeye yetkilidirler” düzenlemelerine yer verilmiştir.

Limited şirketlerin tüzel kişiliğinin sona ermesi ise TTK'nın 636 ve 637. maddelerinde açıklanarak aynı kanunun 643. maddesindeki yollama nedeniyle de anonim şirketin tasfiyesine ilişkin kuralların limited şirketler hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

İcra İflas Kanununda düzenlenen suçların tüzel kişilerin faaliyetleri sırasında işlenmesi halinde kimlerin sorumlu olacağı, “hükmi şahısların muamelelerinde kimlerin ceza göreceği” başlıklı 345. maddesinde; “bu kanunda yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, mümessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur” şeklinde hüküm altına alınmış olup, limited şirket müdürlerinin ve yetkili temsilcilerinin de bu kapsamda olduğu açıktır.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.02.2012 gün ve 513-29, 27.05.2014 gün ve 100-278, 23.09.2014 gün ve 99-398, 09.12.2014 gün ve 301-551, 24.02.2015 gün ve 502-10 sayılı kararları da bu doğrultudadır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Ticareti usulüne aykırı olarak terk etmek suçunun oluşabilmesi için, gerçek kişi tacir ya da ticaret şirketi müdür veya yetkili temsilcilerinin fiili olarak ticareti terk etmesi ve bu durumu onbeş gün içerisinde kayıtlı buldukları ticaret sicili memurluğuna bildirmemesinin gerekmesi karşısında; sanıkların ortağı ve yetkili temsilcisi oldukları limited şirketlerin ticareti gerçekten terk edip etmedikleri yönünde zabıta araştırması yapılarak, vergi mükellefliklerinin devam edip etmediği de belirlenerek, sonu-

cuna göre sanıkların hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik araştırmaya dayalı olarak beraat hükmü kurulması yerinde değildir.

Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünde bu uyuşmazlık yönünden de isabet bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, yerel mahkeme direnme hükmünün her iki uyuşmazlık yönünden de bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- ... İcra Ceza Mahkemesinin ... gün ve ... sayılı direnme hükmünün, dava dilekçesi içeriğinden ve ekindeki belgelerden hakkında dava açıldığı anlaşılan ticari şirket yetkilileri ... ve ... yerine tüzel kişi olan ticari şirketler hakkında hüküm kurulması ve ticari şirket temsilcisi olan sanıkların ticareti terk suçunun faili olabileceği gözetilmeden, eksik araştırmaya dayalı olarak beraat kararı verilmesi nedenleriyle BOZULMASINA,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 09.02.2016 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. CEZA DAİRESİ

RESMİ EVRAKTA SAHTECİLİK • ÖZEL EVRAK

ÖZET: Şirket karar defteri özel belge olduğundan resmi belgede sahtecilik suçu uygulanamaz.*

Y. 11 CD. E. 2015/7831, K. 2017/2988, T. 24.04.2017

1-Ayrıntısı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.03.1992 gün ve 80/98 sayılı kararında da belirtildiği üzere, belgede sahtecilik suçlarında önceden verilen rıza üzerine imza sahibi yerine onun imzasının atılmasında zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket edilmediğinden suç kastından söz edilemeyeceği, rızanın açık veya zımnî olabileceği cihetle; sanığın muhasebe işlemlerini yürüttüğü şirketin ortaklar kurulu karar defterine şirket ortakları yerine sahte imza atıp alınan kararları noterde onaylattığı iddiasıyla açılan kamu davasında, suç kastının ve gerçeğin kuşkuya yer ver-

* Gönderen: Av. Necati CEYHAN

meyecek şekilde tespiti bakımından; sanık müdafinin 06.03.2014 havale tarihli temyiz dilekçesinde belirtilen ve aynı zamanda şirket ortağı olan katılan aleyhine yürütülen soruşturma ile şirketin diğer ortakları ... ve ... hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan İstanbul Anadolu 18. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/37 esas sayılı dosyası üzerinden yapılan yargılamanın akıbetinin araştırılıp, mümkünse dosyaların birleştirilmesi, aksi halde anılan dosyalarda bulunan ve bu davayı ilgilendiren tüm bilgi ve belgelerin okunaklı ve onaylı örneklerinin dosyaya intikalinin sağlanması, suça konu karar defterinin temin edilip incelenmesi, suça konu belgelerin bir kısmında imzaları bulunan ... ve'ün tanık sıfatıyla dinlenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi,2- Kabul ve uygulamaya göre de;

a) Suça konu şirket karar defterinin resmi belge olmayıp “özel belge” olduğu noter onayının özel belgeyi resmi belgeye dönüştürmeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde “resmi belgede sahtecilik” suçundan hüküm kurulması,

b) 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde yer alan haklardan sanığın sadece kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri yönünden koşullu salıverilme tarihine kadar uygulanması gerektiğinin gözetilmemesinin Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 gün 2014/140 Esas, 2015/85 sayılı iptal kararı ile birlikte yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan, hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca uygulanması gereken CMUK'nın 321. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 24.04.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 18. CEZA DAİRESİ

CİNSEL TACİZ

ÖZET: Reddedilmeye karşın ısrarla yapılan evlenme teklifi cinsel tacizdir.

Y. 18 CD, E. 2015/16840, K. 2016/2996, 18.02.2016

Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun süresi ve kararın niteliği ile suç tarihine göre dosya görüşüldü:

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak;

1-Sanığın, ilgi duyduğu katılanın istemediğini ve kabul etmediğini belirtmesine rağmen, ısrarla evlenme teklif etmesi, aşık olduğunu ve sevdiğini söylemesi, bunu da elektronik posta yoluyla icra etmesi karşısında, eylemlerinin TCK'nın 105/1-2 ve 43. maddelerinde tanımlanan zincirleme cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,

2- Kabule göre de, sanığa verilen 3 ay hapis cezasının günlüğü 20 TL'den paraya çevrilirken 1800 TL yerine, 3600 TL olarak cezanın fazla hesaplanması,

Kanuna aykırı ve sanık ...'un temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden, tebliğnameye uygun olarak HÜKMÜN BOZULMASINA, yeniden hüküm kurulurken 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi gereğince yürürlükte olan 1412 sayılı CMUK'nın 326/son maddesi uyarınca kazanılmış hakkın saklı tutulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 18.02.2016 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Mahkeme sanığın üzerin atılı eylemin TCY 123/1, 52/2-4 maddelerine aykırılık oluşturduğunu kabul etmiş ve mahkumiyetine karar vermiş, bu karar süresi içinde sanık tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 18. Ceza Dairesi oy çokluğu ile eylemin TCY 105/1, 43/1 maddelerine aykırılık oluşturduğunu belirterek, kararın bozulmasına karar vermiştir.

Sanığın dış tedavisi için gittiği muayenehanede tanıştığı katılana duygusal yakınlık duy-

duğu, arkadaşlık teklif ettiği, evlenme teklifinde bulunduğu, bu amaçla mesajlar gönderdiği, cinsel amaçla hareket etmediği, evlenme ve arkadaşlık amacıyla ısrarla katılan rahatsız ettiği anlaşılmaktadır.

TCY 105/1. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu; kişiyi cinsel yönden rahatsız eden, vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen ve cinsel istismar boyutuna varmayan cinsel davranışlardan oluşmaktadır. Kişiyi cinsel yönden rahatsız eden her türlü davranışla ihlal yapılabilir.

Bu suçta korunan hukuki yarar, kişinin cinsel dokunulmazlığıdır. Suçun oluşumu, sanığın mağduru cinsel amaçlı rahatsız etmesine bağlıdır.

Mağdurun cinsel amaçlı tedirgin edilmesi, rahatsız edilmesi, sıkıntıya sokulması gerekir. Mağdurun cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesi gereklidir.

Öğreti ve yargısal kararlarda bu suç mağduru hedef almış, vücut dokunulmazlığını ihlal etmeksizin ancak cinselliğine yönelen söz söyleme, mesaj yada mektup gönderme, el hareketi yapma, öpücük atma, cinsel ilişki teklif etme, cinsel organını gösterme gibi eylemlerle işlenebileceği kabul edilmiştir.

Suçun maddi unsuru bir kimseyi cinsel amaçlı olarak rahatsız etmektir. Suçun manevi unsuru ise kast olup, sanığın cinsel amaç gütmesidir. Başka bir ifadeyle cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadıyla hareket etmesi gerekir. Eylemin cinsel amaçla işlenip işlenmediğini ya da hangi fiilin cinsel taciz suçunu oluşturacağı somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından takdir edilecektir.

Cinsel taciz oluşturacak davranışlar, mağdurun vücuduna temas bulunmamak şartıyla ani olabileceği gibi devamlı nitelikte de gerçekleşebilir. Suçun oluşması için failin cinsel amaç gütmesi ve eylemin belirli bir kişiye ya da kişilere karşı gerçekleştirmiş olması gerekir.

Cinsel taciz suçunun oluşması için, sanığın cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket etmesi gerekli değilse de kişiyi rahatsız eden ve sıkıntıya sokan cinsel amaçlı davranışların varlığı gereklidir. Başka bir ifadeyle bu suç cinsel amaçlı bir davranışla işlenebilir.

Cinsel tacizin oluşması için fiilin cinsel yönden mağduru rahatsız edici boyuta ulaşması gerekir. Dolayısıyla cinsel amaç gütmeyen, içerik itibarıyla cinsel mahiyet taşımayan, arkadaşlık ve evlilik teklifleri ısrarcı nitelik taşısa dahi cinsel taciz suçunu oluşturmaz. (bakınız. CGK. 10/03/2015 tarih ve 2015/34 sayılı kararı)

Cinsel içerikli olmayan söz ve fiillerin cinsel taciz suçunun unsurlarını oluşturduğunun kabulü, suç ve cezada kanunilik ve ceza hukukunda dar yorum ilkelerine aykırılık oluşturur.

TCY'nın 123. maddesi hürriyete karşı suçlar bölümünde yer almaktadır. Kişilerin huzur ve sükununun bozulması hususunda gösterilen davranışlarla bu suç işlenmektedir. Psikolojik ve ruhsal sükun içerisinde yaşam hakkı korunmaktadır. Kişilerin rahatsız edilmeden sükün içinde, huzurlu ve sağlıklı bir şekilde yaşama hakkıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, cinsel içerikli olmayan, cinsel amaç gütmeyen evlilik ve arkadaşlık teklifi içeren mesajları gönderen sanığın eylemlerinin TCY'nın 123/1. maddesine aykırılık oluşturduğu ve mahkeme kararının olaya, delillere dayandığı ve doğru nitelendirildiğinden, onanması gerektiği görüşüyle, sayın Dairenin bozma kararına muhalliftir.

UYGULAMADAN DOSYALAR



UYGULAMADAN DOSYALAR

İŞE İADE DAVASINDA İŞÇİNİN İŞE DAVET EDİLMESİ

ÖZET: İşe iade davası açıldıktan sonra dava devam ederken işçinin işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğinde olup, mevcut feshi ortadan kaldırmaz.

O halde, süresinde açılmış olan davanın kabulüne karar verilmelidir.

Y7 HD E.2013/11430 K.2013/7648 T.25.04.2013

DAVA

Davacı vekili 31/05/2012 haç havale tarihli dava dilekçesi ile müvekkilinin 01/12/2009 tarihinde davalı şirkette "makastar" olarak işe başladığını ve iş akinin fesih tarihine kadar aynı ünvanla çalıştığını, davacının 22/05/2012 tarihinde işyerine gittiğinde, iş akdinin feshedildiği, davalı işverenin muhasebe bölümüne uğrayarak istenilen evrakları ve ibranameyi imzaladıktan sonra haklarının ödeneceğini, bir daha işyerine gelmemesi gerektiğinin bildirildiğini, davacının ibranameyi imzalamadığını, 4857 sayılı İş Kanununun 19/1. maddesine göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık e kein bir şekilde belirtmek zorunda olmasına karşın işverenin bu zorunluluğu yerine getirmediğini, hiçbir gerekçe göstermeden iş akdini feshettiğini beyan ederek iş aktinin feshinin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

CEVAP:

Davalı vekili 28/06/2012 havale tarihli cevap dilekçesi ile davacının çalışmasına ihtiyaç olmasına rağmen işi kendisinin bıraktığını, işe gelmemesine rağmen devamsızlık tutulmadığını ve iş akdinin feshedilme-yip sigortasından da devam ettirildiğini, ihtilafın söz konusu olmadığını, davacının işine başlayabileceğini, işine son verilmeden açmış bulunduğu davanın reddini talep etmiştir.

GEREKÇE:

Dava, 4857, sayılı yasanın 21. maddesi kapsamında feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade istemine ilişkindir.

4857 sayılı İş Kanunu 18. ve devamı maddeleri uyarınca, iş güvencesinin kapsamına giren davacının iş sözleşmesini, süreli fesih bildirimiy-le fesheden işveren, geçerli bir nedene dayanmak, iş sözleşmesini yazılı bildirimle feshetmek ve fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin olarak belirtmek, davranışlarına dayanan geçerli nedenle fesihten önce ise savunma almak zorundadır.

Celb olunan belgeler, dinlenen tanık beyanları ve tüm dosya muhtvasına göre davacının iş sözleşmesi ile davalı işveren tarafından yazılı bir fesih bildirim yapılmadan feshedilmiştir. Davacı bir aylık süre içinde feshin geçersizliği isteminde bulunmuştur. Dava açıldığını görenen davalı işveren, davacıya işe davet yazısı göndedererek, davacının istediği zaman işe başlayabileceğini, devamsızlıktan dolayı iş akdinin de feshedilmediğini, yazının tebliğinden itibaren 3 gün içinde işe dönemediği takdirde, çıkış işlemini yapmak mecburiyetinde kalacaklarını belirtmiş olduğu görülmektedir.

Dosya kapsamı nazara alındığında, davalı tarafın cevap dilekçesinde işe eade talebinin kabul edilerek davacının işe davet edildiği anlaşılmaktadır.

Dava devam ederken, davacının işe davet edilmesi aksi ileri sürülmedikçe, davalı işverenin feshin geçerli bir sebebe dayanmadığını kabul ettiği şeklinde değerlendirilmelidir. Davacının işe davet edildiği davalının kabulündedir. İş akdinin feshi tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir eylem olup, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Davacı tarafından temyiz incelemesine konu işe iade davası açıldıktan sonra davalı işveren tarafından davacının işe davet edilmesi yeni bir hizmet akdi için icap niteliğinde bulunmaktadır. Bu davetin feshi ortadan kaldırmadığı anlaşılmış olmakla; süresinde açıldığı anlaşılan davanın kabulüne ve feshin geçersizliğinin tespitine, davacının işe iadesine, işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın hizmet süresi ve yaptığı iş gözetilerek 4 aylık bürüt ücreti tutarında belirlenmesine karar vermek gerektiği sonuç ve kanısına varılarak aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM:

Davanın kabulüne, iş verence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının İŞE İADESİNE, (karar verilmiştir) 21.03.2013

Yerel Mahkeme Kararı

Yargıtay ilamıyla **ONANMIŞTIR.** (İst. 12. İş. Mah. E:2012/571 K:2013/31)

İDARİ YARGI KARARLARI



**AVUKATIN ALEYHE KARARA KARŞI
KANUN YOLLARINA BAŞVURMASI**

MÜVEKKİLİN YAZILI TALİMATININ ARANMASI¹

ÖZET: Müvekkili aleyhinde verilen mahkumiyet kararına karşı kanun yollarına başvurmamada olduğu gibi, bir haktan vazgeçme sonucunu doğuran işlemlerde müvekkilin yazılı olurunun alınması gerekir. Aksi taktirde görev ihmal edilmiş olur. (ANKARA 3. İDARE MAH. 2012/1934 E. 2014/521 K.)

DAVACI : S.A.B

DAVALI : 1- Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı/Ankara

VEKİLİ : Av.

DAVALI : 2- İstanbul Barosu Başkanlığı/İstanbul

VEKİLİ : Av.

DAVANIN ÖZETİ : Davacı tarafından; Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 07.09.2012 tarih ve 2012/215 Esas ve 2012/456 Karar sayılı kınama cezası verilmesine ilişkin işlemin; müdafii tayin edildiği sanıklar için mahkemece verilen hükmün verilebilecek en alt sınırdan verilmesi nedeniyle kararın temyiz edilmediği, verilen her kararın avukat tarafından temyiz edilme zorunluluğu olmadığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmektedir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİğİ

SAVUNMASININ ÖZETİ : Dava konusu olayda davacı avukatın kararın temyiz edilmesinde hukuki yarar bulunmadığına ilişkin görüşünü müdafiliğini üstlendiği sanıklara bildirdiğine ve sanıkların olurunun aldığına ilişkin yazılı hiçbir belge bulunmadığından tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek davanın reddi gerekmektedir.

İSTANBUL BAROSU BAŞKANLIğI

SAVUNMASININ ÖZETİ: Davacının müdafisi olduğu sanıklardan A.P. hakkında 2 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, bu

¹ Gönderen: Av. Atilla ÖZEN

kararın yalın olarak ele alındığında dahi başkaca hiçbir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın sanık aleyhine olduğu ve sanığın hükümlülük statüsüne geçerek kararın infaz aşamasına eriştiği, sabıka kaydına işlendiği, Yargıtay incelemelerinin re'sen de yapıldığı hukuk sistemimizde usul ve esas yönünden kanun yolu incelemesi sağlanamadığı, temyiz edilebilirlik dahi tek başına bir hak olduğu, Ceza yargılamasında savunma hakkının ve buna bağlı adil yargılanma hakkının kullanımının önemli unsurlarından birisi de müdafinin etkili hukuki yardımından yararlandırılması olduğundan bahisle davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Ankara 3. İdare Mahkemesi'nce, dava dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

Dava; davacının kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 07.09.2012 tarih ve 2012/215 Esas ve 2012/456 Karar sayılı kararın iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde; "Avukatlar, yüklenikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." hükmü, 135. maddesinde; " Disiplin cezaları şunlardır: 1. Uyarma; avukatın mesleğinin icrasında daha dikkatli davranması gerektiğinin kendisine bildirilmesidir. 2. Kınama; mesleğinde ve davranışında kusurlu sayıldığı için avukata bildirilmesidir." hükmüne, 136. maddesinde ise; "Bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında, davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası ve 5 inci maddenin (a) bendinde yazılı bir suçtan kesin olarak hüküm giyme halinde meslekten çıkarma cezası uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 3.maddesinde; "Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.", 4. maddede ise "Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." ilkelerine yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; İstanbul Barosuna kayıtlı avukat S.A.B.'un Bakırköy 9.Asliye Ceza Mahkemesinin 2002/... esasına kayıtlı olarak hırsızlık suçundan yargılanan sanıklara müdafii tayin edildiği, yargılama sonunda mahkemece sanıkların mahkumiyetine dair karar veril-

diği, bu kararın Őikayetli avukata tefhim edilmesine rağmen aleyhte verilmiş kararı temyiz etmeyerek kesinleşmesine sebebiyet verdiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonunda Baro Disiplin Kurulunca eylemin disiplin suçuunu oluşturduğu gerekçesiyle kınama ile cezalandırılması üzerine bakılmakta olan davanın ağıldığı anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık konusu olaya ilişkin olarak yapılan soruşturma neticesinde; Kadıköy 2.Ağır Ceza Mahkemesinin dosyası içinde bulunan bilgi ve belgeler ile kovuŐturma konusu dosya içinde toplanan deliller birlikte değerlendirildiğinde, Őikayetli avukatın müdafı olduğu A.P. hakkında Bakırköy 9.Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 2 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, kararın Őikayetli avukatın yüzüne karşı 13.05.2008 tarihinde verildiği, kararın temyiz edilmemesi sebebiyle 21.05.2008 tarihinde kesinleştiği ve 04.07.2008 tarihinde infaza verildiği, Őikayetli avukatın savunmasında ise özetle; sanıklardan R.Ö. hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği için kararı temyiz etmediğini, diğer sanığın ise sabıka kaydının olması nedeniyle verilen cezadan vasıflı tekerrür hükümleri nedeniyle fazla indirim yapılmadığını, bu nedenle kararın temyizinin sonucu deđiŐtirmeyeceđine kanaat getirdiğinden kararı temyiz etmediğini ifade ettiği görülmektedir.

Bu durumda; yargı kararları ile de sabit olduğu üzere; bir haktan vazgeçme durumu sonucu doğuracak işlemlerde iş sahibinin yazılı muvafakatının alınması zorunlu olup avukatın bir kararın temyizinde yarar olup olmadığı konusunda hukuki görüşe sahip olması doğal olmakla birlikte temyize gerek olup olmadığı yolundaki kanaatin iş sahibine yazılı olarak bildirilmesi ve iş sahibinin de bu görüşe katılması halinde temyiz edilmemesine ilişkin yazılı görüşün alınması avukatlık mesleğinin ciddiyeti ve görevin özenle yerine getirilmesi ilkesinin gereği olduğundan, dava konusu olayda davacı avukatın kararın temyiz edilmesinde hukuki yarar bulunmadığına ilişkin görüşünü müdafiliğini üstlendiği sanıklara bildirdiğine ve sanıkların olurunu aldığına ilişkin yazılı hiçbir belge bulunmadığından mesleğinde kusurlu davrandığı sonucuna ulaşılan davacının fiiline uyan kınama cezası ile cezalandırılması yolunda olduğu tesis edilen dava konusu işlemden hukuka bulunmamaktadır.

Öte yandan, Őikayetli avukatın disiplin kovuŐturmasına konu eylemi ile ilgili olarak Bakırköy 6.Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/... esasına kayıtlı olarak "Görevi ihmal" suçundan dolayı açılan kamu davası sonunda Mahkemece 2009/... Karar sayılı ve 12.10.2009 tarihli kararı ile Őikayetli avukatın görevi ihmal ettiği kabul edilerek TCK' nın 257/2, 62.maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve CMK'nın 231.madde-

si uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve kararın kesinleştiği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, **davanın reddine**, aşağıda dökümü yapılan 84,30TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 750,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere verilmesine, kararın kesinleşmesinden sonra artan posta ücretinin davacıya iadesine, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içerisinde Bölge İdare Mahkemesi'ne itiraz yolu açık olmak üzere 16/04/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.²

2 Davacı tarafından bu karara yapılan itiraz, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Kurul'un 17.12.2015 gün ve 2015/3719 E. 2015/8340 K. no'lu kararı ile reddedilmiştir. Red kararının düzeltilmesi istemi, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Kurul'un 15.06.2016 gün ve 2016/9739 E. 2016/3750 K. no'lu kararı ile reddedilmiştir.

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARI
•
BİREYLERİN AVUKATINI SERBESTÇE BELİRLEME HAKKI
•
SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

ÖZET: Savunma hakkının kullanılabilmesi için avukatın yardımı şart değildir. Ancak birey, savunma hakkının kullanımında bir başkasının yardımını istiyorsa o kişinin baro levhasına kayıtlı ve işten yasaklanmamış bir avukat olması gerekir.

Sigortacının göstereceği avukata vekalet verme halinde sigortalının avukat giderinin ödeneceğine ilişkin Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Tebliğ ile sözleşme özgürlüğü kısıtlanmış, avukatı serbestçe belirleme hakkı ortadan kaldırılmıştır.¹

Danıştay İDD 26.12.2016 gün ve 2016/1261 YD İtiraz No.

İtiraz Eden (Davacı) : İstanbul Barosu Başkanlığı

Şahkulu Mah. Serdarı Ekrem Sok. No:7,
Beyoğlu - İSTANBUL

Vekili : Av. Atilla Özen - Aynı adreste

Karşı Taraf (Davalılar) : 1- Başbakanlık - ANKARA

2- Hazine Müsteşarlığı - ANKARA

Vekili : Hukuk Müşaviri

İstemin Özeti : Danıştay Onuncu Dairesince verilen, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 18/10/2016 günlü, E:2016/2775 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi :

Düşüncesi : İtirazın kabulü gerektiği düşünülmektedir.

¹ Gönderen: Av. Atilla ÖZEN

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından 16/04/2016 günlü, 29686 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)’de Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ”in 2. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır.” ibaresi ile aynı maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder.” ibaresinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, Danıştay Onuncu Dairesince verilen yürütmenin durdurulmasının reddine ilişkin 18/10/2016 günlü, E:2016/2775 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasını istemektedir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna (Ek: 21/01/2010-5947/8 md.) eklenen Ek 12. maddesinin birinci fıkrasında, “Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumların kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır...” hükmü, beşinci fıkrasında da, “Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.” hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlere dayanılarak, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası primine yapılacak kurum katkısına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla 21/07/2010 günlü, 27648 sayılı Resmi Gazete’de “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)” yayımlanmıştır. Anılan Tebliğde değişiklik yapılmasına ilişkin 16/04/2016 günlü, 29686 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Tebliğin 1. maddesi ile 2010/1 sayılı Tebliğin ekinde yer alan “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları”nın “A.1. Sigortanın Konusu” başlıklı bölüme ikinci paragraftan sonra gelmek üzere, “Bu sigorta, sigortalının savunmasını üstlenen avukata ilişkin harcamaları Genel Şartların Sigortalıya Yardım başlıklı B.3.4 maddesi kapsamında temin eder.” hükmü eklenmiş, 2. maddesi ile de, “Dava açılması halinde (idari davalar dahil), sigortalının ihbarı ile sigortacı takip ve idare etmek üzere davaya her aşamada dahil olur. Sigortalı, sigortacının göstereceği

avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır. Sigortacı dava sonucuna göre yargılama giderlerini ve avukatlık ücretlerini genel hükümler çerçevesinde ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde öder. Sigortalı aleyhine cezai kovuşturmaya geçilmesi halinde, sanığın izni ile sigortacı da savunmaya iştirak eder. Bu takdirde, sigortacı yalnız seçtiği avukatın giderlerini öder. Sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren onbeş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınmaz. Sigortacı, sulhe bağlı usulüne uygun yapılmış giderleri ödemekle yükümlüdür.” hükmüne yer verilmiştir.

Mevzuatımızdaki düzenlemelere göre, savunma hakkının kullanılabilmesi için avukatın yardımı şart değildir. Nitekim, Anayasa'nın 36. maddesinde, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” kuralına yer verilmiş, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde de, “Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir” denilmek suretiyle yukarıda değinilen hususa vurgu yapılmıştır.

Bununla birlikte, Avukatlık Kanunu'nun 35. ve 63. maddeleri uyarınca birey, savunma hakkının kullanımında bir başkasının yardımını istiyorsa o kişinin baro levhasına kayıtlı ve işten yasaklanmamış bir avukat olması gerekmektedir. Savunma hakkının olmazsa olmazı ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de belirtildiği üzere bireyin avukatını serbestçe belirleme hakkıdır.

Anayasanın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahip olduğu, “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun “Sözleşme özgürlüğü” başlıklı 26. maddesinde, tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun “Avukatlık sözleşmesinin kapsamı” başlıklı 163. maddesinin birinci fıkrasında ise, Avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenleneceği hükümlerine yer verilmiş olup, sözleşme özgürlüğü uyarınca

kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir.

Bu durumda, Anayasa uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesinin ancak kanunla mümkün olabilmesi karşısında, anılan Tebliğ düzenlemesi ile sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesinin Anayasada güvence altına alınan sözleşme hürriyetine aykırı olduğu gibi, Yasadan kaynaklı bir hak olan bireyin avukatını serbestçe belirlemesi hakkının Tebliğ ile ortadan kaldırılması sonucunu doğuran düzenlemede hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Öte yandan, sigorta şirketinin sorumluluğunun poliçe tutarı ile sınırlı olduğu, poliçe tutarını aşan kısım yönünden sigortalı ile sigortacının menfaatlerinin çatışabileceği, sigortalı ile sigorta şirketinin ileride hasım konumunda olmaları ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, sigortalının, sigortacının göstereceği avukata vekâlet vermek zorunda bırakılması ve sadece bu durumda sigortalının avukatına ilişkin giderlerin ödeneceği yolundaki düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, davacının itirazının KABULÜNE, Danıştay Onuncu Dairesinin 18/10/2016 günlü, E:2016/2775 sayılı kararının kaldırılmasına; olayda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6352 sayılı Kanunla değişik 27. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen ve yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için gerekli olan koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, dava konusu Tebliğin anılan hükümlerinin **YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA**, 26/12/2016 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

X- Yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen koşulların bakılan uyuşmazlıkta gerçekleşmediği anlaşıldığından, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin Daire kararına yapılan itirazın reddi gerektiği oyuyla, karara katılmıyorum. Üye

TRAFİK TEN MEN

ÖZET: İzinsiz yolcu taşıdığı gerekçesiyle trafikten men etme işleminin iptali istemiyle açılan davada, araç sürücüsünün gerçekleştirdiği taşımacılık faaliyetinin, araç sahibi olan davacının bilgisi ve izni dahilinde yapıp yapılmadığı; taşımacılık araç sahibinin bilgisi ve izni dahilinde gerçekleştirilmiş ise uyuşmazlık konusu taşımacılık faaliyetinin, 2918 sayılı Kanun'un Ek 2/3. maddesi kapsamında idari yaptırım uygulanabilmesi için gerekli unsurları taşıyıp taşımadığı hususlarının değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken; bu yönde bir inceleme yapılmaksızın aracın geçici trafikten men'ine ilişkin işlemin iptali yolunda verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

DANIŞTAY 15 D. E:2016/8313 K:2017/854 T: 21/02/2017

İstemnin Özeti

Danıştay Onbeşinci Dairesi'nin 24/05/2016 tarih ve E:2015/10348, K:2016/3746 sayılı kararının, hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesi uyarınca düzeltilmesi istenilmektedir

Savunmanın Özeti :Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hâkimi Düşüncesi: Karar düzeltme isteminin kabulü ile İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Hükmü veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce, davalı idarenin karar düzeltme istemli dilekçede ileri sürülen iddialar, Dairemizin 24/05/2016 tarih ve E:2015/10348, K:2016/3746 sayılı kararının kaldırılması gerektirecek nitelikte görüldüğünden, kararın düzeltilmesi isteminin kabulü ile Dairemizin anılan kararı kaldırılarak temyiz istemi yeniden incelenmek suretiyle işin gereği görüldü:

Dava; davacıya ait ...1627 plakalı aracın, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek-2/3. maddesi uyarınca 60 gün süre ile trafikten men edilmesine ilişkin 05.03.2015 tarih ve 28747 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İzmir 5. İdare Mahkemesi'nce; 09/04/2015 günlü ve 29231 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 11/09/2014 günlü ve E:2014/52, K:2014/139 sayılı kararıyla; 2918 sayılı Kanunun Ek 2. maddesine, 6321 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen üçüncü fıkranın; birinci cümlesinde yer alan ".araç sahibine." ibaresi ile ikinci cümlesinin ".araç sahibine" yönünden Anayasa'nın 38. maddesine aykırı görülerek iptal edildiği, araç sahibinin sürücü olmadığı durumda, sadece sürücü hakkında trafik idari para cezası uygulanacağı, diğer bir ifade ile tespit anında aracı kullananın aynı zamanda araç sahibi olması halinde anılan yasa hükmünde öngörülen para cezası ve trafikten men yaptırımlarının birlikte araç sahibi hakkında uygulanması yoluna gidilmesinin mümkün olacağı, olayda araç sürücüsünün aynı zamanda araç sahibi olmadığı görüldüğünden işlemin iptaline karar verilmiştir

Davalı idare tarafından, İdare Mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Araçların tescil edildikleri amacın dışında kullanılması" başlıklı Ek 2. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında; araçlarını motorlu araç tescil ve trafik belgesinde gösterilen maksadın dışında kullananlar ile sürülmesine izin veren araç sahiplerinin 14.400.000 lira para cezası ile cezalandırılacağı, ayrıca, aracın onbeş gün süre ile trafikten men edileceği; aynı maddenin 3. fıkrasında ise; ilgili belediyeden izin veya ruhsat almaksızın, belediye sınırları dahilinde ticari amaçlı yolcu taşıyan kişiye, araç sahibine, bağlı bulunduğu durak, işyeri ve işletmelerin sorumlularına birinci fıkrada gösterilen idari para cezasının üç kat olarak, fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde tekrerrü halinde ise beş kat olarak uygulanacağı, ayrıca, aracın her defasında altmış gün süre ile trafikten men edileceği hükmü yer almıştır.

2918 sayılı Kanunun Ek 2. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali isteğiyle yapılan başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesinin 11.09.2014 tarih ve E:2014/52, K:2014/139 sayılı kararıyla; Anayasa'nın 2. ve 10. maddesi yönünden yaptığı incelemede; itiraz konusu kuralın, korsan tabir edilen yasa dışı taşımacılıkla mücadele amacını taşıdığı; dolayısıyla gerekli izin ve ruhsatları almaksızın ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapılması eylemini yasaklamanın ve bu eylemin hangi tür ceza ile yaptırıma bağlanacağı hususunun kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kaldığı, kanun koyucunun da özellikle büyükşehirlerde sayıları çok büyük boyutlara ulaşan, önemli şekilde vergi kaybına yol açan, hizmet alanlar yönünden de sıkıntı oluşturan yasa dışı taşımacılığın yol açtığı mağduriyetin önüne geçmek için kamu yararı amacıyla, takdir yetkisine dayanarak anılan madde

hükmünü düzenlediği; eylemin cezasının açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlenmesi sebebiyle iptali istenilen kuralın, hukuk devleti ilkesine ve belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmadığı; itiraz konusu kuralda izin belgesiz yolcu taşımacılığı yapanların, aynı maddenin birinci fıkrasında belirtilen araçlarını tescil ve trafik belgesinde gösterilen amacın dışında kullananlar hakkında uygulanandan daha ağır yaptırıma tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmekte ise de, birinci ve ikinci fıkrada yasaklanan eylemler birlikte incelendiğinde, korunan hukuki yarar ve unsurları tümüyle farklı olup haklarında yaptırım uygulanan kimselerin aynı konumda oldukları kabul edilemeyeceğinden, aralarında eşitlik karşılaştırması yapılmasına olanak bulunmadığı belirtilmiş; Anayasa'nın 38. maddesi yönünden yaptığı incelemede ise, alınması gereken izin veya ruhsat olmaksızın ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapılması ve sürücünün araç sahibi olmaması hâlinde tescil plakası sahiplerine sadece ruhsat sahibi olmaları nedeniyle yaptırım uygulanmasının cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturduğu, Anayasa ve ceza hukukunun temel kuralları uyarınca, kişilere ceza verilebilmesi için aranan koşullardan birinin hukuka aykırı eylemin kanunda belirtilmiş olması, diğerinin ise bu eylemin o kişi tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun kanıtlanmasını gerektirdiği, itiraz konusu kuralda araç sahiplerinin hangi eylemlerinin suç sayıldığı için başkasının eyleminden sorumlu tutulduğu açık bir şekilde gösterilmediği gibi araç sahibi olma ile suç arasındaki illiyet bağının da ne suretle oluştuğunun belirtilmediği, kuralın bu yönleriyle açık ve belirgin olmadığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın birinci cümlesinde yer alan "araç sahibine" ibaresi ile ikinci cümlesindeki "araç sahibine" ibaresi yönünden cezaların şahsiliği ilkesine ve Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 2. maddesine, 31.05.2012 tarihli ve 6321 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen üçüncü fıkranın; birinci cümlesinde yer alan "araç sahibine" ibaresi ile ikinci cümlesinin "araç sahibine" yönünden Anayasa'ya aykırı olduklarına ve iptallerine karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, korsan tabir edilen yasa dışı taşımacılığın yapıldığının tespit edildiği durumlarda, araç sürücüsü aynı zamanda araç sahibi değilse, sürücünün belgesiz olarak ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapmasına izin veren ve yasa dışı taşımacılık yapılmasında kusuru bulunan araç sahibine de aynı miktarda ceza verilebileceğini kabul etmekte, ancak itiraz konusu kuralda araç sahibi açısından suç ile illiyet bağı aranmaksızın sadece ruhsat sahibi olmaları nedeniyle yaptırım uygulanmasını cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulduğu için iptal kararı vermektedir.

Şu halde, yasa dışı taşımacılık yaptığı ileri sürülen araç sürücüsünün taşımacılık faaliyetinden bilgisi olan ve buna izin veren araç sahibi yönünden, başka kanuni dayanağın bulunması ve sorumluluk esaslarının belirtilmesi halinde idari yaptırım kararı verilebileceği tabiidir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, "Kabahat" deyiminin, Kanun'un karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlamına geldiği belirtilmiş; aynı Kanun'un "Genel Kanun Niteliği" başlıklı değişik 3. maddesinde, bu Kanun'un, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması hâlinde; diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı düzenlenmiş; "Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk başlıklı" 8. maddesinin 1. fıkrasında ise; organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabileceği, 2. fıkrasında; temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabileceği, gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabileceği, 3. fıkrasında; Kanunun, organ veya temsilcide ya da temsil edilen kişide özel nitelikler aradığı hallerde de yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanacağı, 4. fıkrasında; birinci ve ikinci fıkra hükümlerinin, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin hukuken geçerli olmaması halinde de uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

5326 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükümlerinin değerlendirilmesinden, sahip olduğu aracın izinsiz yolcu taşımacılığında kullanılması hususunda bilgi sahibi olduğu saptanan araç sahibi ile ilgili 5326 sayılı Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasında yer alan temsil ilişkisinin sonucu olarak temsil edilene de yaptırım uygulanabileceği, 4. fıkrasında ise tespit edilen temsil ilişkisinin hukuken geçerli olmadığı durumlarda da bu yaptırımın uygulanabileceğinin düzenlenmesi karşısında, sahip olduğu aracın izinsiz yolcu taşımacılığında kullanılması hususunda bilgi sahibi olduğunun dosya kapsamından anlaşılması halinde araç sahibine de izinsiz ticari amaçlı taşımacılık fiili için kanunda öngörülen yaptırımın uygulanabilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır.

Dosyasının incelenmesinden; 05.03.2015 tarihinde emniyet yet-

kilileri tarafından yapılan denetimde ...1627 plakalı araç ile belediye sınırları içinde izinsiz yolcu taşımacılığı yapıldığından bahisle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca davacıya ait aracın geçici trafikten men edildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada, araç sürücüsünün gerçekleştirdiği taşımacılık faaliyetinin, araç sahibi olan davacının bilgisi ve izni dahilinde yapılıp yapılmadığı; taşımacılık araç sahibinin bilgisi ve izni dahilinde gerçekleştirilmiş ise uyuşmazlık konusu taşımacılık faaliyetinin, 2918 sayılı Kanun'un Ek 2/3. maddesi kapsamında idari yaptırım uygulanabilmesi için gerekli unsurları taşıyıp taşımadığı hususlarının değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken; bu yönde bir inceleme yapılmaksızın aracın geçici trafikten men'ine ilişkin işlemin iptali yolunda verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İzmir 5. İdare Mahkemesi'nin 10/09/2015 tarih ve E:2015/498; K:2015/1368 sayılı kararının **BOZULMASINA**, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemesine gönderilmesine, 21/02/2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

ARAÇ HURDASI • VERGİ

ÖZET: Kaza sonucunda ağır hasara uğradığı ve araç hurdasının sigorta şirketinin isteği ve kontrolü altında şirkete teslim edildiği, aracın sigorta bedelinin de yukarıda anılan Mahkeme kararı sonucunda tahsil edildiği hususları göz önüne alındığında; davacının zilyetliğinde bulunmayan ve tasarruf hakkı sigorta şirketine ait olan araç nedeniyle vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle muhatap olmasının hukuk devletinde vatandaşın korunmaması sonucunu doğur. Aracın davacı adına kayıtlı görünen trafik tescil kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi hukuk ve hakkaniyete uyarlı değildir.

DANIŞTAY 15. D E:2013/1211 K:2017/386 T: 19/01/2017

İstemin Özeti: İzmir 2. İdare Mahkemesi'nin 05/11/2010 tarih ve E:2010/1094; K:2010/1542 sayılı kararının hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi Düşüncesi : Temyize konu Mahkeme kararının; davacı adına kayıtlı 35 AB 4804 plakalı aracın kaza tarihi itibarıyla kasko sigortacısı olan Güven Sigorta Anonim Şirketi adına tescil edilmesi istemi yönünden verilen davanın incelenmeksizin reddine ilişkin kısmının onanmasına, aracın trafik tescil kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 13.05.2010 tarih ve 196552 sayılı işlem yönünden verilen davanın reddine ilişkin kısmının ise bozulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Onbeşinci Dairesi'nce gereği görüldü:

Dava; davacı adına kayıtlı ...4804 plakalı aracın 23.04.2006 tarihinde meydana gelen kaza sonucu pert olması nedeniyle geçmişe dönük olarak trafik tescil kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 13.05.2010 tarih ve 196552 sayılı işlemin iptali ile aracın kaza tarihi itibarıyla kasko sigortacısı olan Güven Sigorta

Anonim Şirketi adına tescil edilmesi istemiyle açılmıştır.

İzmir 2. İdare Mahkemesi'nce; aracın trafik tescil kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlem yönünden, Karayolları Trafik Yönetmeliği'ne göre araçların trafikten kaydının terkin edilebilmesi için, trafik tescil şubesine müracaat edilerek ilgili vergi dairesinden alınmış motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası, trafik idari para cezası ile 5539 sayılı Kanunun 21. maddesine göre verilen idari para cezaları ile geçiş ücreti borcu bulunmadığına dair ilişik kesme belgesinin ilgili şubeye ibrazının gerektiği, davacı tarafından anılan belgeler ibraz edilmeksizin yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine, aracın kaza tarihi itibarıyla kasko sigortacısı olan Güven Sigorta Anonim Şirketi adına tescil edilmesi istemi yönünden ise; davacı tarafından bu istemle davalı idareye başvurulup idarece herhangi bir işlem tesis edilmediğinden ve ayrıca idari yargı yerlerince idari işlem ve eylem niteliğinde karar verilemeyeceğinden bu istem yönünden davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından anılan Mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir.

Temyize konu İdare Mahkemesi kararının, davacı adına kayıtlı ...4804 plakalı aracın kaza tarihi itibarıyla kasko sigortacısı olan Güven Sigorta Anonim Şirketi adına tescil edilmesi istemi yönünden verilen davanın incelenmeksizin reddine ilişkin kısmında 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesinde belirtilen bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, davanın bu kısma yönelik temyiz istemi yerinde görülmemiştir.

Temyize konu İdare Mahkemesi kararının, davacı adına kayıtlı 35 AB 4804 plakalı aracın trafik tescil kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 13.05.2010 tarih ve 196552 sayılı işlem yönünden verilen davanın reddine ilişkin kısmına gelince;

2018 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 20. maddesinin (d) fıkrasında; tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılacağı, noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirlerin geçersiz olduğu, satış ve devir işleminin, siciline işlenmek üzere üç işgünü

içerisinde ilgili trafik tescil kuruluşu ile vergi dairesine bildirileceği, bu bildirimle birlikte alıcı adına trafik tescil işlemi gerçekleşmiş sayılacağı, satış ve devir tarihi itibarıyla, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu hükümleri uyarınca eski malikin vergi mükellefiyetinin sona ereceği, yeni malikin vergi mükellefiyetinin başlayacağı hükmü yer almaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacıya ait ...4804 plakalı aracın G. Sigorta Anonim Şirketi tarafından kasko poliçesi ile sigortalandığı, 23.04.2006 tarihinde meydana gelen tek taraflı kaza sonucunda aracın ağır hasara uğraması ve sigorta şirketi tarafından pert kaydı düşülmesi üzerine araç hurdasının sigorta şirketinin isteği üzerine 22.05.2006 tarihinde ...Nakil Araçları Turizm Ticaret Limited Şirketi temsilcisine bırakıldığı, davacı tarafından 10.05.2010 tarihli başvuru ile aracın sigorta şirketine teslim edilmesine rağmen trafik sicilinde üzerine kayıtlı görünmesi sebebiyle vergi borçlarının kendi adına düzenlendiğinden bahisle geçmişe dönük olarak trafik tescil kaydının silinmesinin talep edildiği, idarece anılan başvurunun aracın sicilden terkin edilebilmesi için mevzuatta sayılan belgelerle (ilişik kesme belgesinin ve hurdaya ayrılmasında sakınca bulunmadığına dair belge ...) başvuru yapılması gerektiği gerekçesiyle 13.05.2010 tarih ve 196552 sayılı işlemle reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda; aracın kasko sigortası bedelinin ödenmesi ile ilgili uyuşmazlık kapsamında Ödemiş 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan davada 03.12.2008 tarih ve E:2007/84; K:2008/310 sayılı karar ile; “ ... aracın pert hale gelecek şekilde kaza yaptığı, ... araç hurdasının 22.05.2006 tarihinde sigorta şirketinin isteği ve kontrolü altında teslim alındığı, dolayısıyla davacıda olmadığından davacının gerçek zararı olan 26.500,00 TL bedelin davalı sigorta şirketinden alınarak davacıya verilmesine ...” karar verildiği görülmektedir.

Bu durumda, aracın kaza sonucunda ağır hasara uğradığı ve araç hurdasının sigorta şirketinin isteği ve kontrolü altında 22.05.2006 tarihinde şirkete teslim edildiği, aracın sigorta bedelinin de yukarıda anılan Mahkeme kararı sonucunda tahsil edildiği hususları göz önüne alındığında; davacının 2006 yılından bu yana zilyetliğinde bulunmayan ve tasarruf hakkı sigorta şirketine ait olan araç nedeniyle vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle muhatap olmasının hukuk devletinde vatandaşın korunmaması sonucunu doğuracağından; aracın davacı adına kayıtlı görünen trafik tescil kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 13.05.2010 tarih ve 196552 sayılı işlemde hukuka ve hakkaniyete uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kısmen reddi ile İzmir 2. İdare Mahkemesi'nin 05/11/2010 tarih ve E:2010/1094; K:2010/1542 sayılı kararının davacı adına kayıtlı ...4804 plakalı aracın kaza tarihi itibarıyla kasko sigortacısı olan Güven Sigorta Anonim Şirketi adına tescil edilmesi istemi yönünden verilen davanın incelenmeksizin reddine ilişkin kısmının **ONANMASINA**, temyiz isteminin kısmen kabulü ile aracın trafik tescil kaydının silinmesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin 13.05.2010 tarih ve 196552 sayılı işlem yönünden verilen davanın reddine ilişkin kısmının **BOZULMASINA**, bozulan kısım hakkında yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine, 2577 sayılı Kanununun 18.06.2014 gün ve 6545 sayılı Kanunla eklenen Geçici 8. maddesinin 1. fıkrası ve 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19/01/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ
KARARLARI**



İDARİ PARA CEZASI
•
GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Süresinde kuruma itiraz edilmeyerek kesinleşen idari para cezalarına göre düzenlenen ödeme emri'nin iptali davalarında görevli mahkeme iş mahkemeleridir. HMK/1a-3 maddesi gereğince ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına

İST. BAM. 34 HD E. 2017/144, K. 2017/306, T. 16.03.2017

Davacı vekili dosyaya sunduğu dava dilekçesinde özetle; kurumca tahakkuk ettirilen idari para cezasının kesinleşmesi üzerine gönderilen ödeme emrinin iptalini talep ve dava etmiştir.

İlk Derece Mahkemesince istinaf yoluna başvurulmuş ilamda belirtildiği şekilde davanın yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle usulden reddine karar verildiği görülmüştür.

İlk Derece Mahkemesi kararına karşı davacı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması ve başvurusunun süresinde olduğunun anlaşılması üzerine, Üye H.Z.H. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan ve ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra, dosyadaki mevcut delil durumu ve yasal hükümlere göre istinaf başvurusunun, duruşma açılmaksızın dosya üzerinde inceleme yapılmak suretiyle karar verilmesi mümkün bulunan hallerden olduğu anlaşılacakla işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

Davacı vekili dosyaya sunduğu dava dilekçesinde özetle; kurumca tahakkuk ettirilen idari para cezasının kesinleşmesi üzerine gönderilen ödeme emrinin iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı kurum vekili tarafından dosyaya sunulan cevap dilekçesinde özetle; davanın usulden ve esastan davanın reddini talep ettiği görülmüştür.

İlk Derece Mahkemesince istinaf yoluna başvurulmuş ilamda belirtildiği şekilde davanın yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle usulden reddine karar verildiği görülmüştür.

İlk Derece Mahkemesi hükmüne karşı davacı vekili tarafından mah-

kemece verilen kararın usul ve esas yönünden itiraz sebepleri belirtilerek istinaf dalebinde bulunulduğu görülmüştür.

Dava konusu kurum tarafından tahakkuk ettirildiği anlaşılan idari para cezası ile ilgili ödeme emrinin iptali ve borçlu olmadığının tespiti davasıdır.

5510 Sayılı Kanun'un 102. maddesine göre "... İdari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir." hükmünü içermektedir.

HMK 353. Maddesinde, "(1) Ön inceleme sonunda dosyada eksiklik bulunmadığı anlaşılırsa;

a) Aşağıdaki durumlarda bölge adliye mahkemesi, esas incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir:

1) Davaya bakması yasak olan hakimin karar vermiş olması.

2) İleri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hakimin davaya bakmış olması.

3) Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması veyahut mahkemenin bölge adliye mahkemesinin yargı çevresi dışına kalması.

4) Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması.

5) Mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmamış sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, merci tayinine karar verilmiş olması.

6) Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması; halinde duruşma yapılmadan karar verilir." düzenlemesi yer almıştır.

Dosya tetkikinden, davaya konu idari para cezası ile ilgili tebliğ tarihin-

den itibaren 15 gün içinde ödenmesi gerektiğini belirtir 14/08/2015 tarihli kurum resmi yazısının 11/08/2016 tarihinde davacıya tebliğ edildiği dosya kapsamından anlaşıldığı üzere 15 gün içinde kuruma itiraz edilmediğinden idari para cezasının kesinleştiği, kesinleşen idari para cezalarına dair ödeme emirlerinin iptali davalarında ise görevli mahkemelerin iş mahkemeleri olduğu, artık idari safha itiraz edilmeyerek kesinleştiği için idare mahkemelerinin değil, iş mahkemelerinin görevli olduğu anlaşılmalı, HMK 353/1-a-3 maddesi gereğince İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına ve HMK 353/1-a3 maddesi gereğince dosyanın iş mahkemesi sıfatıyla görevli Silivri 1. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

Silivri 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 22/11/2016 tarihli 2016/500 Esas-2016/521 Karar sayılı kararının HMK 353/1-a-3 maddesi gereğince **KALDIRILMASINA,**

Dosyanın HMK'nın 353/1-a-3 maddesi gereğince görevli Silivri 1. Asliye Hukuk Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE,**

İstinaf kanun yoluna başvuran davacı tarafın istinaf başvurusu sırasında yatırdığı istinaf harçlarının talep halinde kendisine iade edilmesine,

İstinaf kanun yolu yargılama giderlerinin, İlk Derece Mahkemesi tarafından kurulacak esasa ilişkin hükümde gözetilmesine,

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda, 16/03/2017 gününde oy birliğiyle kesin olarak karar verildi.

YOKSULLUK NAFAKASI

ÖZET: Davalıya boşanma sonrasında emekli maaşı bağlandığı, esnaf olarak Beşiktaş-Ortaköy’de kafe işlettiği; bu nedenle düzenli ve sürekli gelirlinin bulunduğu, bu haliyle boşanma sonrasındaki yoksulluk durumunun ortadan kalktığı anlaşılmaktadır. Davacının yoksulluk nafakasının kaldırılması talebinin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru değildir. Bu nedenle davacının istinaf talebinin kabulü ile yerel mahkeme kararının kaldırılarak, davalı lehine verilen yoksulluk nafakasının kaldırılmasına, davalının istinaf taleplerinin ise açıklanan sebeplerle esastan reddine vermek gerekmiştir.*

İST BAM 11. HD. E, 2017/61 K. 2017/120 T. 21.02.2017

Mahalli mahkemesince verilen karara karşı, davalı 17/11/2016 tarihinde, davacının 08/12/2016 tarihinde istinaf kanun yoluna başvurmaları üzerine ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra incelemenin duruşma yapılmadan karar verilmesi mümkün bulunan hallerden olması sebebiyle duruşmasız olarak yapılan inceleme neticesinde;

Davacı, Bakırköy 8. Aile Mahkemesinin 2011/783 Esas - 2013/570 Karar sayılı kararı ile davalı lehine verilen aylık 750,00 TL yoksulluk nafakasının kaldırılmasına, mümkün olmaması halinde miktarının azaltılmasına karar verilmesini talep etmiş, mahkeme yoksulluk nafakasının kaldırılması talebinin reddine, azaltılması talebinin kısmen kabulü ile 750,00 TL aylık yoksulluk nafakasının dava tarihinden itibaren aylık 250,00 TL azaltılmasına, yoksulluk nafakasının 500,00 TL olarak devamına, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir.

Davacı, yoksulluk nafakasının kaldırılması talebinin reddini, davalı taraf ise nafakasının azaltılmasının hukak ve hakkaniyete aykırı olduğu belirtilerek istinaf kanun yoluna müracaat etmişlerdir.

Bakırköy 8. Aile Mahkemesinin 10/04/2014 tarihinde kesinleşen, 18/06/2013 tarih ve 2011/783 Esas - 2013/570 Karar sayılı kararı ile tarafların boşanmalarına, velayetin anneye verilmesine, müşterek çocuk

* Gönderen: Av. Mukadder ÖZKELEŞ

için 1.000,00 TL tedbir ve iştirak nafakasına, kadın için aylık 750,00 TL yoksulluk nafakasına karar verilmiştir.

Davaliya boşanma sonrasında emekli maaşı bağlandığı, esnaf olarak Beşiktaş-Ortaköy'de kafe işlettiği; bu nedenle düzenli ve sürekli gelirinin bulunduğu, bu haliyle boşanma sonrasındaki yoksulluk durumunun ortadan kalktığı anlaşılmaktadır. Davacının yoksulluk nafakasının kaldırılması talebinin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi doğru değildir. Bu nedenle davacının istinaf talebinin kabulü ile yerel mahkeme kararının kaldırılarak, davalı lehine verilen yoksulluk nafakasının kaldırılmasına, davalının istinaf taleplerinin ise açıklanan sebeplerle esastan reddine vermek gerekmiştir.

KARAR

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1) 1- Davacının istinaf başvurusunun **ESASTAN KABULÜ** ile, İstanbul 5. Aile Mahkemesinin 20/09/2016 tarih ve 2015/232 Esas - 2016/590 Karar sayılı kararının **KALDIRILMASINA**,

Davacının davasının **KABULÜNE**,

Bakırköy 8. Aile Mahkemesinin 18/06/2013 tarih ve 2011/783 Esas - 2013/570 Karar sayılı kararı ile davalıya bağlanan yoksulluk nafakasının tdava tarihi olan 06/04/2015 tarihinden itibaren **KALDIRILMASINA**,

2- Alınması gereken nispi karar ve ilam harcının 102,40 TL olduğu dikkate alınarak peşin alınan 27,70 TL harcın mahsubu ile bakiye 74,72 karar ve ilam harcının davalıdan alınarak hazineye gelir kaydına,

3- Davacı tarafından yapılan toplam 460,60 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

5- Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden karar tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan A.A.Ü.T. uyarınca 1.980,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

6- Davacı tarafça yatırılan istinaf peşin harcının talep halinde iadesine,

II) 1- Davalının istinaf başvurusunun **ESASTAN REDDİNE**,

2- Davalı tarafça yatırılan istinaf peşin harcının mahsubu ile yeniden harç alınmasına yer olmadığına,

Dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda HMK'nın 362/1-a maddesi gereğince kesin olarak oybirliğiyle karar verildi. 21/02/2017



KARAR DERLEMELERİ*

* Av. Talih UYAR



Borçlunun “menfi tespit davası” açmasından sonra, alacaklı “itirazın iptali davası” açabilir mi?, bu davayı açmakta ‘hukuki yararı’ var mıdır?- Menfi tespit davasında verilen hüküm, davacı alacaklının ilamsız takibine devamını sağlamaz. Bu nedenle davacı alacaklının itirazın iptali davası açmasında hukuki yarar vardır. Mahkemece davacının icra takip tarihi itibarıyla alacaklı olduğu miktar belirlenmelidir. Menfi tespit davası karara bağlanmıştır. Bu durumda menfi tespit davası alacak miktarı yönünden 6100 sayılı HMK.165. maddesine göre bekletici mesele yapılarak menfi tespit davasının kesinleşmesinden sonra varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm kurulmasının hükmün bozulmasına neden olacağı-

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

-KARAR-

Davacı vekili, davalının 2227280 nolu elektrik tesisatına ait tanzim edilmiş elektrik faturalarını ödemediği için alacağın tahsili amacıyla icra takibine giriştiklerini ileri sürerek, davalının itirazının iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, “müvekkilinin davacıya borcunun olmadığını, ödeme emrinde talep edilen 26.10.2000 tarihli 24,58 TL’lik faturayı davacının banka hesabına yatırdığını, diğer alacaklar yönünden müvekkilinin İstanbul 6. Tüketici Mahkemesinin 2007/691 Esas sayılı dosyasıyla açtıkları menfi tespit davasının 07.05.2009 tarihinde sonuçlandığını ama kararın kesinleşmediğini, her iki davanın aynı nitelikte bulunması nedeniyle davacının bu davayı açmakta hukuki yararı olmadığını” belirterek “davanın reddini” istemiştir.

Mahkemece, “bu dosya talebi ile İstanbul 6. Tüketici Mahkemesi’nin 2007/691 Esas sayılı dava dosyasına konu edilen borçla aynı olduğu, aynı borç dönemlerini kapsadığı ve aynı mahiyette olduğu” gerekçesiyle “davanın reddine” karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

İstanbul 6.Tüketici Mahkemesi’nin 2007/691 Esas sayılı davası, menfi tespit davası olup, menfi tespit davasında verilen hüküm, davacı alacaklının ilamsız icra takibine devamını sağlamaz. Bu nedenle davacı alacaklının itirazın iptali davası açmasında hukuki yararı vardır. Mahkemece davacının icra takip tarihi itibarıyla alacaklı olduğu miktar belirlenmelidir.

Ayrıca İstanbul 6.Tüketici Mahkemesinin 2007/691 Esas sayılı menfi tespit davasınının 07.05.2009 tarihinde karara bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda menfi tespit davası alacak miktarı yönünden 6100 sayılı HMK 165. maddesine göre bekletici mesele yapılarak menfi tespit davasının kesinleşmesinden sonra varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davacı yararına **BOZULMASINA...**

19. HD. 05.06.2012 T. E:5824, K:9451

NOT: Borçlunun açtığı “menfi tespit davası”ndan sonra, alacaklı tarafından “itirazın iptali davası” açılması durumunda, açılan “itirazın iptali davası”nda davacı-alacaklının *hukuki yararı* bulunduğu gerek uygulamada ve gerekse doktrinde tereddütsüz kabul edilmektedir. Gerçekten; aleyhine açılan menfi tespit davasının reddedilmesi, alacaklıya, borçlu hakkında başlattığı ve borçlunun itirazı ile durmuş olan ilamsız icra takibine devam etmesini sağlamaz. Bu nedenle, alacaklı ancak borçlu hakkında “itirazın iptali davası” açarak, alacağı ‘itirazın iptaline’ ilişkin ilamı icra dosyasına koyarak durmuş olan takibin devamını sağlayabilir. Bu bakımdan her iki dava ‘talep sonucu’ bakımından aynı olmadığı gibi aralarında ‘derdestlik’ de bulunmadığı gibi, itirazın iptali davasında davacı-alacaklının istediği hukuki korumaya ulaşması açısından bu davayı açmakta hukuki yararı bulunduğu kuşkusuzdur. Menfi tespit davasından sonra ‘karşılık dava’ veya ‘ayrı bir dava’ olarak “itirazın iptali davası” açılması ya da alacaklı tarafından bir ‘alacak davası’ açılması mümkündür.(**KURU,B.** İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, 2003, s.87 vd. , 119 – **ÖZKAN,Y.** İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, 2004, s.107 – **AKKAN,M.** İcra Hukukunda Menfi Tespit ve İtirazın İptali Davası Arasındaki Derdestlik ve Kesin Hüküm İlişkisi “Dokuz Eylül Üniv. Huk. Fak. Der. , S:2, 2010, s.21)

“Menfi tespit davası” sonucunda verilen hükmün “kesin hüküm” olarak ‘itirazın iptali davasını etkileyeceğinden, iki davanın birleştirilmesi (HMK.m.166), bu mümkün olmazsa, menfi tespit davasının, sonra açılan “itirazın iptali davası”nda ‘bekletici sorun’ yapılması (HMK.m.165) usul ekonomisine uygun düşer.(**KURU,B.** age. s.88) Çünkü, “menfi tespit davası”nda da, “itirazın iptali davası” nda da genel hükümlere göre aynı huku-

ki ilişkinin varlığı incelenir. Bu şekilde mahkemelerin iş yükü artmadan tek bir mahkemenin yaptığı inceleme ile yetinilir..... (AKKAN,M. agm. s.21) Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır. (Bknz.13.HD. 08.12.2005 T. 12228/18202; 19.HD. 27.11.1995 T. 7875/10257; 19.HD. 08.07.2008 T. 1107/7581; 13.HD. 19.10.2009 T. 5267/11668 “www.e-uyar.com”)

-18-

Alacaklının “itirazın iptali davası” açmasından sonra, borçlu “menfi tespit davası” açabilir mi?, Bu davayı açmakta “hukuki yararı” var mıdır?- Yapılan bir icra takibine itiraz üzerine, alacaklı tarafından “itirazın iptali” davası açılması durumunda, menfi tespit davasında ileri sürülebilecek iddialar, itirazın iptali davasında savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden, bu durumda borçlunun ayrı bir menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığı-

Davacı vekili tarafından verilen dava dilekçesinde özetle; müvekkili ile davalının arkadaş olduklarını, davacının Türkçe bilmediğinden davalının davacıya Türkçe konusunda yardım ettiğini, gerekli çevirileri yaptığını, bunun dışında hiçbir ticari faaliyeti olmadığını, iş ortaklığının da bulunmadığını, davalının davacının Türkçe bilmemesinden yararlanarak 25/07/2008 tarihinde Anlaşma başlıklı bir metin imzalattığını, davalının kötü niyetli davranarak kendisine haksız yere çıkar sağlamak için davacıya böyle bir metin imzalattığını, davalı, Anlaşma başlıklı metnin imzalatıldığı tarih üzerinden neredeyse 3 sene geçtikten sonra, Antalya 10.Noterliğinin 13.12.2011 tarihli 41185 yevmiye numaralı ihtarnameyi davacıya gönderdiğini, ancak davacının gönderilen ihtarnameden çok sonradan haberdar olduğunu, bu nedenle cevap bile veremediğini, davalının göndermiş olduğu ihtarnamede iş ortaklığından bahsetmekte ve 110.000 Euro alacaklı olduğundan, davalının annesi tarafından davacıya 50.000 Euro verildiğinden bahsedildiğini, sözü edilen hususların sadece bir iddiadan ibaret olup, gerçek dışı olduğunu, davacı ve davalı arasında hiçbir zaman iş ortaklığı olmadığını, davacıya imzalatılan Anlaşma başlıklı metnin noterde imzalanırsa idi Türkçeye çevirisinin yapılması gerekeceğini, bu sözleşmenin resmi bir sözleşme olarak kabul edilemeyeceğini, davalının davacı müvekkili aleyhine Antalya 5.İcra Müdürlüğünün 2012/4135 Esas sayılı icra takibini başlattığını, icra takibine borçlu olmadıklarından dolayı itiraz edildiğini, icra takibinin durdurulduğunu belirterek, davacının davalıya borçlu olmadığını tespitine, 5.İcra Müdürlüğünün 2012/4135 esas sayılı takip dosyasından davacının davalıya borçlu olmadığını tespitine, davalının kötü niyetli olmasından dolayı icra takip dosyasındaki

toplam alacak tutarının %40 oranından aşağı olmamak üzere kötü niyet tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili 28/08/2012 tarihli cevap dilekçesi ile, davacı ile davalının eski arkadaş olmakla birlikte 2008 yılında iş ortaklığına girdiklerini, bu iş ortaklığını kendi aralarında (3 ortak) sözleşmeye dökerek imza altına aldıklarını, davalı müvekkilinin söz konusu ortaklık bedeli olarak Antalya 10.Noterliğinin 13/12/2011 tarih ve 41185 yevmiye numaralı ihtarnamede belirtilen bedelleri ödediğini, iş ortaklığı olmadığı iddiasının gerçek dışı olduğunu, davacı adına kayıtlı olan 07 DU 094 plakalı aracın Antalya 13.Noterliğinin 16/09/2010 tarih ve 27323 yevmiye numaralı Araç satım sözleşmesi ile M.T.B. Spor Malz. Turz. Tic. Ltd. Şti. Ye satıldığını, söz konusu şirketin şirket ortaklarından Mehmet Ali Evcı davacı Thomas Frederik Margaretha Philippen'in şirket ortağı olduğu Kroon Tur. Gıda Paz. Ltd. Şti. Nin eski ortağı olup daha sonra şirket hisselerinin tamamını davacıya devrettiğini ve bu hususun 3 Ağustos 2012 tarihli 8126 sayılı Ticaret Sicil Gazetesinde yayınlandığını, davacının ülkemizde ticari işletmeler işletmekte, ticaret yapmakta olan basiretli bir tacir olduğunu, bilmediği bir ortaklık sözleşmesini imzalamasının ticari hayatın olağan akışına uygun olmadığını, kaldığı davacının sözleşmeye 3 yıl önce suçduyurusunda ve itirazda da bulunmadığını, dolayısıyla sözleşmenin gerçek olduğunu, davacının yükümlülüklerini yerine getirmekle mükellef olduğunu, sözleşmede miktar yazılmamasının sebebinin söz konusu sözleşmede bulunan malzemelerin miktarlı olmasından dolayı olduğunu bildirip, davanın reddine, 5.İcra Müdürlüğünün 2012/4135 sayılı dosyasından takibin devamına, davacının kötü niyetli olması sebebiyle %40 oranından aşağı olmamak üzere kötü niyet tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Mahkemece "... söz konusu icra dosyasındaki takip, usule uygun itirazla durmuş, davacı aleyhine yürüten herhangi bir icra takibi kalmamıştır. Eğer alacaklı olduğunu iddia eden davalı taraf alacaklı olduğunu düşünür ve takibe devam etmek isterse, ya mevcut icra dosyasında itirazın kaldırılması/iptali talebinde bulunacak, yada yeni bir icra takibine girecektir. Mevcut durumda davacı aleyhine yürüten, borçlu olduğu iddia olunan herhangi bir takip söz konusu olmadığından, davacının mevcut davayı açmakta mahkememizce hiçbir hukuki yararı görülmemiş, dolayısıyla davanın esasına girilmeksizin usulden red kararı vermek gerekmiştir...." gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir .

Somut olayda, davacı aleyhine 27/06/2012 tarihinde ilamsız icra takibi başlatıldığı, ödeme emrinin 07/07/2012 tarihinde tebliğ edildiği,

10/07/2012 tarihinde borca ve faize itiraz edildiği, menfi tespit davasının ise 18/07/2012 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK.'nun 114. maddesinde hukuki yarar dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Hakkı ihlal edilen bir kişi davacı olarak mahkemeye başvurup hukuki korunma talep edebilir.

Ancak, davacının hukuki korunma talep edebilmesi için korunmaya değer bir yararının bulunması gerekir.

Davacının dava hakkına sahip bulunması mahkemeden hukuki koruma isteyebilmesi için yeterli değildir. Dava açan kişinin ayrıca dava açmakta hukuki bir yararı bulunmalıdır.

Kural olarak inşai davalarda ve eda davalarında hukuki yararın bulunduğu varsayılır. Davacı bu tür davalarda hukuki yararının bulunduğunu bildirmek ve ispat etmekle yükümlü değildir. Ancak şüphe halinde hukuki yararın mevcut olup olmadığı inceleme konusu yapılır.

Tespit davalarında bu arada menfi tespit davasında davacının davanın açılmasında hukuki yararı bulunmalıdır. Davacı menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunduğunu bildirmeli, açıklamalı ve gerekirse ispat etmelidir. (Kuru Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, c.II.s.1368; Hanağası Emel; Davada Menfaat, Ankara, 2009,s.314)

Davacı menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğunu ispat edemezse dava dava şartı olan hukuki yararın bulunmadığı gerekçeyle reddedilmelidir.

Somut olayda davacının, henüz davalı alacaklı tarafından "itirazın iptali" davası açılmasını beklemeden menfi tespit istemiyle eldeki bu davayı açtığı anlaşılmaktadır. *Yapılan bir icra takibine itiraz üzerine, alacaklı tarafından "itirazın iptali" davası açılması durumunda, menfi tespit davasında ileri sürülebilecek iddialar, itirazın iptali davasında savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden, bu durumda borçlunun ayrı bir menfi tespit davası açmakta hukuki yararı yoksa da, henüz alacaklı tarafından itirazın iptali davasının açılmamış olduğu durumda ise böyle bir imkan söz konusu olmadığından borçlunun, itirazın iptali davasının açılmasını beklemeden menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunduğunun kabulü gerekir.* Nitekim söz konusu bu halde, yapılan itiraz üzerine takip durmuşsa da, "takibe itiraz" sadece takip hukuku ile ilgili bir sonuç olup, kesin hükmün sonuçlarını doğurmaz. Bu itibarla borçlu, "itirazın iptali" davası için alacaklıya tanınan bir yıl gibi uzun bir

süreyi beklemeden maddi hukuk anlamında, borcun bir an önce ve kesin olarak ortadan kaldırılmasını istemek hakkına sahip olup, böyle bir durumda dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Yapılmış bir icra takibi olmadan da borç tehdidi altında olan kişinin menfi tespit davası açabileceği, İcra iflas Kanununun 72/1. ve 2. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. O halde dava konusu olayda, hakkında başlatılan takibe itiraz eden borçlu davacının, kendisine karşı bir itirazın iptali davası açılmasını beklemeden bu menfi tespit davasını açmakta hukuki yararı bulunduğu kabulü ile işin esasının incelenmesi gerekirken, aksine düşüncelerle hukuki yarara ilişkin “dava şartı” yokluğundan bahisle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Nitekim aynı ilkeler HGK. 2010/19 E. - 123 E. - 154 K., 2011/13 -576 E. - 747 K., 2011/19-622 E. - 2012/9 K. sayılı kararlarında da benimsenilmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 09.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

3.HD. 09.09.2013 T. E:9628, K:11929

NOT: Alacaklının “itirazın iptali davası” açmasından sonra, borçlu tarafından “menfi tespit davası” açılmayacağı, çünkü bu davacı açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerek doktrinde ve gerekse uygulamada tereddütsüz kabul edilmektedir.

Doktrinde “itirazın iptali davasının” hukuki niteliği de dikkate alınarak, itirazın iptali davası devam ederken, menfi tespit davası açılmışsa, ‘derdestlik itirazı’ ile karşılaşılabilmesi çünkü itirazın iptali davasında alacağın varlığı veya yokluğuna ilişkin bir tespit de yer aldığı, ayrıca borçlunun itirazın iptali davasında genel hükümlere göre savunma sebeplerini ileri sürebileceği, savunma olarak ileri sürülebilecek olan hususların ayrı bir tespit davasına konu olamayacağı” belirtilmiştir. (**KURU,B.** İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, 2003, s.49 vd. - **ÖZKAN,Y.** İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, 2004, s.109 - **TANRIVER,S.** Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2007, s.88, Dipnot:148 - **PEKCANITEZ,H.** / **ATALAY,O.** / **SUNGURTEKİN,Ö.M.** / **ÖZEKES,M.** İcra ve İflas Hukuku, 2011, s.209 - **AKKAN,M.** İcra Huku-

kunda Menfi Tespit ve İtirazın İptali Davası Arasındaki Derdestlik ve Kesin Hüküm İlişkisi “Dokuz Eylül Üniv. Huk. Fak. Der. , S:2, 2010, s.12 vd.)

Uygulamada; Yargıtay’ın farklı daireleri çeşitli kararlarında “*hukuki yararın dava şartı olduğunu, itirazın iptali davası devam ederken borçlu tarafından açılmış olan menfi tespit davasının hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddi gerektiğini*” aşağıdaki şekilde belirtmişlerdir:

- “Yüklenici/alacaklı şirket, borçlu/iş sahibi hakkında İzmir ... İcra Müdürlüğü’nün 2012/... Esas sayılı icra dosyasıyla giriştiği icra takibinde 2.300,00 TL asıl alacağın tahsilini istemiş, takip borçlusu tarafından icra dosyasına sunulan 30.01.2012 tarihli dilekçeyle borcun tamamına itiraz edilmiş, takip durmuştur. Davacı yüklenici tarafından davalı borçlu iş sahibi aleyhine 29.08.2012 tarihinde itirazın iptali davası açılmıştır. Takip nedeniyle davalının davacıya borçlu olup olmadığı bu davada belirlenecek ve sonucuna göre takibin akıbetiyle ilgili karar verilecektir. İtirazın iptali davası devam ederken takip borçlusunun karşı dava açarak menfi tespit talebinde bulunmasında hukuki yararı bulunmamaktadır. 6100 sayılı HMK’nın 114/1-h maddesi uyarınca hukuki yarar dava şartı olduğundan itirazın iptali davasından sonra açılmış olan menfi tespit davasının hukuki yarar yokluğu nedeniyle usulden reddi gerekirken, esası incelenip kabulü yönünde karar verilmesi doğru olmamıştır. Kararın bu nedenle bozulması uygun bulunmuştur.” (15.HD. 03.12.2015 T. 4176/6156) “www.e-uyar.com”

- “Hukuki yarar, 6100 sy. HMK’nın 114/1-h maddesinde de düzenlendiği üzere dava şartı olup aynı Yasa’nın 115/1. maddesi gereği re’sen gözeltimelidir. *Menfi tespit davasının davacısı Sabiha açılacak itirazın iptali davasında, menfi tespit davasında iddia ettiği hususları savunma olarak ileri sürme imkanına sahiptir.*

Açıklanan bu nedenlerle asıl davanın açılmasında davacının hukuki yararı bulunmadığı, bu sebeple dava şartı olan *hukuki yarar yokluğundan reddi gerekirken.....*” “ Karşı Oy Yazısı” (19.HD. 16.04.2014 T. 4433/7554) “www.e-uyar.com”

-“İtirazın iptali davası açılıp görülmekte olduğu sırada aynı konu ile ilgili olarak menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Hukuki yarar bir dava şartı olmakla, temyiz incelemesinde resen görülmesi gereken bir husus olup, aleyhe bozma yasağı kapsamı dışındadır. Yerel mahkeme hükmünün birleşen dava yönünden de bu gerekçeyle bozulması gerekirken, sadece yukarıda yazılı ilamımızda yazılı gerekçe ile

bozulmuş olduğundan davalı- birleşen dosya davacısı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.” (19.HD. 24.02.2014 T. 1583/3552) “www.e-uyar.com”

-“İtirazın iptali davası açıldıktan sonra menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar yoksa da, itirazın iptali davası açılmadan önce borçlunun aleyhine girişilen icra takibi nedeniyle İKK'nın 72. maddesine dayanarak menfi tespit davası açmasında hukuki yarar bulunmaktadır.” (19. HD. 06.01.2014 T. 17311/621) “www.e-uyar.com”

-“İtirazın iptali davası açıldıktan sonra aynı hukuki sebebe dayanarak menfi tespit davası açılmasında hukuki yararı bulunmadığı gözetilerek mahkemece davanın, dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (19.HD. 16.12.2013 T. 14780/19903) “www.e-uyar.com”

-“Davacı şirketin davalı aleyhine başlattığı ilamsız icra takibine itiraz üzerine itirazın iptali davası açıldıktan sonra davalı yanca aynı ticari ilişkiye ve delillere dayanarak borçlu olmadığını ileri sürerek karşı dava yoluyla menfi tespit davası açmıştır. Hukuki yarar, dava şartı olup, mahkemece resen nazara alınması gerekir. *Menfi tespit davasında ileri sürülen iddialar itirazın iptali davasında savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığından mahkemece bu yön gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.*” (19. HD. 04.12.2013 T. 14644/19360) “www.e-uyar.com”

-“Bir davada hukuki yararın bulunması dava şartıdır. Somut olayda, daha önce açılıp görülen kesinleşmemiş olsa da itirazın iptali davasında davalı olarak borçlu olmadıklarını savunma imkanına sahip olan dosyadaki davacıların, itirazın iptali davasının açılması ve karara çıkmasından sonra işbu menfi tespit davasını açmakta hukuki yararları bulunmamaktadır. Mahkemece, açıklanan bu yön gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (19.HD. 04.11.2013 T. 12628/17117) “www.e-uyar.com”

-“Davalı A.Ş.nin davacı C... A.Ş. aleyhine başlattığı ilamsız icra takibine itiraz üzerine itirazın iptali davası açıldıktan sonra davacı C.... 'nın aynı ticari ilişkiye ve delillere dayanarak borçlu olmadığını ileri sürerek menfi tespit davası açmıştır. Hukuki yarar, dava şartı olup, mahkemece resen nazara alınması gerekir. Menfi tespit davasında ileri sürülen iddialar itirazın iptali davasında savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunma-

dığından mahkemece bu yön gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, somut olayda eda davası açılacak hallerde tespit davası açılmasında da hukuki yarar bulunmadığının gözetilmemesi de isabetsizdir.” (19. HD. 24.2.2011 T. 136897/2409) “www.e-uyar.com”

-“Davalı banka tarafından davacı aleyhine başlatılan ilamsız takibe itiraz üzerine itirazın iptali davası açılmıştır. Davacı daha sonra davalı bankaya kredi ilişkisinden dolayı borçlu olmadığını ileri sürerek menfi tespit davası açmıştır. *Menfi tespit davasında ileri sürülen iddialar, itirazın iptali davasında savunma sebebi olarak ileri sürülebileceğinden, borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmadığından*, mahkemece bu yön gözetilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” (19. HD. 26.6.2003 T. 10019/6865) “www.e-uyar.com”

-19-

İcra emrinin iptali talebiyle yapılan şikâyet başvurusunda icra hukuk mahkemesince şikâyet dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya üzerinden karar verilmesi halinde adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olacağı-

BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, icra emrinin iptali talebiyle yapılan şikâyet başvurusunda İcra Hukuk Mahkemesince şikâyet dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya üzerinden karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ilişkindir.

BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/6/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. 2013/4074 numaralı bireysel başvuru dosyasının konu yönünden hukuki irtibatı nedeniyle 2013/4073 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine, incelemenin bu dosya üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 17/2/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından 11/7/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 7/8/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, birinci başvurucuya 14/8/2014 tarihinde, ikinci başvurucuya 9/5/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını sırasıyla 18/8/2014 ve 21/5/2014 tarihlerinde ibraz etmişlerdir.

OLAY VE OLGULAR

Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucular tarafından davalı Isparta İl Özel İdaresi aleyhine Isparta İş Mahkemesinde açılan fazla çalışma ücreti alacağıın tahsili istemli davada Mahkemece 28/12/2011 tarihli ve E.2010/273, K.2011/518 sayılı karar ile başvurucu M lehine 400 TL vekâlet ücreti ile 49,05 TL yargılama giderine, 28/12/2011 tarihli ve E.2010/248, K.2011/507 sayılı karar ile başvurucu Tevfik lehine 400 TL vekâlet ücreti ile 47,05 TL yargılama giderine hükmedilmiştir.

9. Başvurucular, anılan kararlarda hükmedilen vekâlet alacağı ile yargılama giderinin tahsili için Ankara 14. İcra Müdürlüğünün E.2013/2380 sayılı ve E.2013/2396 sayılı dosyalarında ilamlı icra takipleri başlatmışlardır.

10. İcra Müdürlüğü, takip borçlusu Isparta İl Özel İdaresine icra emirleri göndermiş; borçlu idare vekili ise takip dayanağı Isparta İş Mahkemesinin E.2010/273 sayılı ve E.2010/248 sayılı dosyalarında, yargılamanın başından sonuna kadar davalı vekili olarak yer almasına ve vekille takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılmasının zorunlu olmasına rağmen vekil sıfatıyla kendisi yerine doğrudan borçlu idareye icra emri gönderilmesinin kanuna aykırı olduğunu belirterek Ankara 5. İcra Hukuk Mahkemesi nezdinde şikâyet başvurularında bulunmuş ve icra emirlerinin iptalini talep etmiştir.

11. Ankara 5. İcra Hukuk Mahkemesi, dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucunda 2/5/2013 tarihli ve E.2013/286, K.2013/604 sayılı ve 3/5/2013 tarihli ve E.2013/283, K.2013/613 sayılı kararlar ile şikâyetlerin kabulüne ve icra emirlerinin iptaline kesin olarak karar vermiştir. Mah-

keme, şikâyet dilekçelerini başvuruçulara tebliğ etmemiş ancak gerekçeli kararında başvuruçuları davalı olarak gösterip bu dosyalar nedeniyle vekâlet ücreti ile yargılama gideri ödemeye mahkûm etmiştir. Kararların gerekçelerinin ilgili ortak kısımları şöyledir:

“İİK.nun 18/3 ve HMK 320/1 maddelerine göre, şikâyet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olmadığı takdir edilerek evrak üzerinde inceleme yapılmıştır.

...

7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 11, Avukatlık Kanunu'nun 41,171 ve HMK.73.maddeleri gereğince vekil ile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunludur.

Somut olayda; takip dayanağı ilam kapsamında davacı/borçlu idarenin kendisini vekille temsil ettirdiği belirgindir. Takip dosyasında icra emrinin vekil yerine asile tebliğ olunması anılan yasa hükümlerine aykırı olduğundan şikâyetin kabulüne, borçlu idare adına gönderilen icra emrinin iptaline karar vermek gerekmiş, aşağıdaki hüküm kurulmuştur.”

12. Kesin nitelikli bu kararlar 15/5/2013 tarihinde başvuruçulara tebliğ edilmiş, başvuruçular 14/6/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

İlgili Hukuk

13. 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 16. maddesi şöyledir:

“Kanununun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır.

Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir.”

7. 2004 sayılı Kanun'un 17. maddesi şöyledir:

“Şikâyet icra mahkemesince, kabul edilirse şikâyet olunan muamele ya bozular, yahut düzeltilir.

Memurun sebepsiz yapmadığı veya geciktirdiği işlerin icrası emrolunur.”

8. 2004 sayılı Kanun'un 18. maddesi şöyledir:

“İcra mahkemesine arz edilen hususlar ivedi işlerden sayılır ve bu işlerde basit yargılama usulü uygulanır.

Şu kadar ki, talep ve cevaplar dilekçe ile olabileceği gibi icra mahkemesine ifade zaptettirmek suretiyle de olur.

Aksine hüküm bulunmayan hâllerde icra mahkemesi, şikâyet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını takdir eder; duruşma yapılmasını uygun gördüğü takdirde ilgilileri en kısa zamanda duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile gereken kararı verir. Duruşma yapılmayan işlerde icra mahkemesi, işin kendisine geldiği tarihten itibaren en geç on gün içinde kararını verir. Duruşmalar, ancak zorunluluk hâlinde ve otuz günü geçmemek üzere ertelenebilir.”

9. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesi şöyledir:

“(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

b) Açıklama ve ispat hakkını,

c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini,

içerir.”

10. 6100 sayılı Kanun'un 317. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur.”

İNCELEME VE GEREKÇE

11. Mahkemenin 21/1/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

12. Başvurucular, Isparta İş Mahkemesince lehlerine hükmedilen vekâlet ücreti ile yargılama giderinin tahsili için başlattıkları ilamlı icra takiplerine karşı borçlu tarafından yapılan şikâyet başvuruları üzerine İcra Hukuk Mahkemesince şikâyet dilekçeleri kendilerine tebliğ edilmeden ve

duruşma açılmaksızın dosya üzerinden inceleme yapılarak aleyhlerine karar verildiğini, söz konusu yargılamalardan gerekçeli kararların tebliğiyle birlikte haberdar olduklarından savunma haklarını kullanamadıklarını belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlalin tespiti ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

13. Başvuru dilekçesi ve ekleri incelendiğinde başvuru sahiplerinin temel iddialarının, tarafı oldukları yargılamada iddia (şikâyet) hakkında bilgi sahibi olma ve karşı tez ile delillerini sunma hakkından yoksun bırakılmalarına ilişkin olması nedeniyle başvuru; adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi yönünden incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

14. Başvuru sahiplerinin, adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasına dayanan şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden İnceleme

15. Başvuru sahipleri, Mahkeme tarafından lehlerine hükmedilen vekâlet ücreti ile yargılama giderinin tahsili için başlattıkları ilamlı icra takiplerine karşı borçlu tarafından yapılan şikâyet başvuruları üzerine İcra Hukuk Mahkemesince şikâyet dilekçeleri kendilerine tebliğ edilmeden ve dosya üzerinden yapılan incelemeyle aleyhlerine karar verildiğini belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

16. Bakanlığın görüş yazısında, adil yargılama hakkı kapsamında yer alan güvencelerden birinin silahların eşitliği ilkesi olduğu, bu ilke gereği davanın taraflarından birinin diğeri karşısında zayıf duruma düşürülmemesi gerektiği, adil yargılanma hakkının bir diğer ögesi olan çelişmeli yargılanma hakkı gereğince de davanın taraflarına, ileri sürülen deliller ve sunulan görüşlerle ilgili bilgi sahibi olma ve mahkemenin kararını etkilemek amacıyla bunlarla ilgili görüş bildirme imkânı verilmesi gerektiği ifade edilerek başvuru sahiplerinin şikâyetleri incelenirken bu hususların gözönünde bulundurulması gerektiği yönünde beyanda bulunulmuştur. Başvuru sahipleri, Bakanlık görüşüne katıldıklarını bildirmişlerdir.

17. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

18. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

19. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında ilgili hükmü, Sözleşme'nin 6. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi gibi ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (Güher Ergun ve diğerleri, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

20. "Hakkaniyete uygun yargılanma"nın temel unsuru, yargılamanın "çelişmeli" olması ve taraflar arasında "silahların eşitliği"nin sağlanmasıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Rowe ve Davis/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 28901/95, 16/2/2000, § 60). Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda mahkemece tarafların dinlenilmemesi, taraflara delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hâle gelmesine neden olabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ruiz-Mateos/İspanya*, B. No: 12952/87, 23/06/1993, § 63; *Feldbrugge/Hollanda*, B. No: 8562/79, 29/05/1986, § 44).

21. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32).

22. Silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olan çelişmeli yargılama ilkesi, kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı vermektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *J.J./Hollanda*, B. No: 9/1997/793/994, 27/3/1998, § 43; *Vermeulen/Belçika*, B. No: 19075/91, 20/2/1996, § 33).

23. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda delillere ilişkin dengecilik veya hakkaniyetsizlik iddiaları da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilecektir (Yüksel Hançer, B. No: 2013/2116, 23/1/2014, § 19).

24. AİHM, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken somut olayda şikâyet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır (Kremzov/Avusturya B. No: 12350/86, 21/9/1993, § 75).

25. Bu bakımdan daha önce ulaşılamayan bilgi ve belgelere üst yargılama aşamasında ulaşılmış ve bunlara karşı iddia ve itirazlar dile getirilmiş ise silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılmayabilir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki görevi, somut olayın usul kurallarına uygunluğunu denetlemek değil, adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin somut olayda ihlal edilip edilmediğini denetlemektir (Durmaz Oto. Petrol Ürünleri İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. (4), B. No:2013/251, 10/6/2015, § 22).

26. Somut olayda başvurucular tarafından başlatılan ilamlı icra takiplerine karşı takip borçlusunun icra emirlerinin iptali talebiyle yaptığı şikâyet başvuruları üzerine Mahkemenin, şikâyet dikçelerini başvuruculara tebliğ etmeden dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucunda şikâyetleri kabul ederek icra emirlerinin iptaline kesin olarak karar verdiği anlaşılmıştır.

27. Başvurucular, başlattıkları icra takipleri hakkında borçlu tarafından İcra Hukuk Mahkemesine yapılan başvurulara ilişkin şikâyet dilekçelerinin kendilerine tebliğ edilmediğini, bu sebeple tarafı oldukları yargılamalarda savunma yapma ve delil bildirme imkânından mahrum bırakıldıklarını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakları ile hukuki dinlenilme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

28. 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkı; davalının davadan haberdar edilme, davaya ilişkin açıklama yapma ve delil bildirme hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak bir anlamda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkı ile de ilgilidir. Buna göre mahkeme davalıya savunma hakkını kullanma imkânı vermeden davanın esasıyla ilgili değerlendirme yapamayacaktır. Bu hakkın kullanılabilmesinin usul hukuku açısından en önemli sonucu; dava veya şikâyet

dilekçesinin, içeriğindeki iddialara muhatap olan süjeye yani davalı veya karşı tarafa tebliğinin zorunlu olduğu olgusudur.

29. 2004 sayılı Kanun'un 16. Maddesinde icra ve iflâs dairelerinin, kanuna aykırı olan veya hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin iptali veya düzeltilmesi için icra mahkemesine şikâyette bulunulabileceği, aynı Kanun'un 18. maddesinde ise şikâyet davasında basit yargılama usulünün uygulanacağı; talep ve cevapların, dilekçe ile veya mahkemece tutanağa bağlanmak suretiyle sözlü olarak bildirilebileceği düzenlenmiştir.

30. Şikâyet müessesesi, icra dairesinin somut işlemine karşı bir denetim işlevi yerine getirir ve şikâyet olunan aslen icra dairesidir. Ancak inceleme sonunda şikâyet konusu işlemin iptali veya düzeltilmesi kararı verilmesi hâlinde bu işlem lehine olan kimsenin hukuksal durumu doğrudan etkileneneğinden bu kişilerin de zorunlu olarak davalı konumunda bulunması gerekmektedir. Nitekim yerleşik yargısal uygulamalarda olduğu gibi başvuru konusu davalarda da takip alacaklısı sıfatıyla başvurucular, Mahkeme kararlarında davalı olarak gösterilmiştir.

31. Başvuru konusu davalara ilişkin olarak icra emirlerinin iptali istemiyle Ankara 5. İcra Hukuk Mahkemesine yapılan şikâyet başvurularında Mahkeme, şikâyet dilekçelerini takip alacaklıları olan başvuruculara tebliğ etmeden dosya üzerinden değerlendirme yapmak suretiyle icra emirlerinin iptaline kesin olarak karar vermiştir. Başvurucular ancak gerekçeli kararların tebliği ile birlikte şikâyet başvurularından haberdar olduklarından, şikâyetler hakkında bilgi sahibi olamamış ve buna karşı savunma ve delillerini Mahkeme önünde dile getirme hakkından mahrum kalmışlardır. Öte yandan başvuru konusu kararlar miktar itibarıyla kesin nitelikte olduğundan başvurucular, savunma ve delillerini bir üst mahkemede ileri sürme imkânı da bulamamışlardır.

32. Mahkeme, icra dosyalarını inceleyerek şikâyet başvurularında bulunan tarafın talebi doğrultusunda karar vermiş; başvurucuların, dilekçe içerikleri ve toplanan deliller hakkında bilgi edinmelerine, bunlara karşı çıkmalarına ve delil sunmalarına imkân tanımayarak diğer tarafı yargılamalarda üstün bir konuma getirmiştir. Bu açıdan söz konusu eşitsizliğin yargılamaları adil olmaktan yoksun kıldığı ve başvurucular açısından silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

33. Başvuru dilekçelerinde, başvuru konusu yargılamalarda dosya üzerinden karar verilerek duruşmalı yargılanma hakkının da ihlal edildiği ileri sürülmüş ise de yargılama sırasında "*silahların eşitliği ve çelişmeli*

yargılama” ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığından adil yargılanma hakkı kapsamındaki anılan şikâyet yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

34. Açıklanan gerekçelerle başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

35. Başvuru sahipleri, anayasal haklarının ihlal edildiğinin tespiti ve yeniden icra takibi yapmalarından kaynaklanan masraf olan 540,88'er TL'yi tazminat olarak talep etmişlerdir.

36. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un “Kararlar” kenar başlıklı 50. maddesi şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuru sahibinin hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru sahibi lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

...”

37. Başvuru konusu olaylarda, ihlale neden olan kararlar sonrasında başvuru sahipleri yeni icra takipleri başlatmışlardır. Bu sebeple yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığından bilgi edinilmesi için kararın ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

38. Tespit edilen ihlal; yargılama sonucunda verilen kararların değil, yargılama süreçlerinin adil olmadığına yöneliktir. Başvuru sahiplerinin tazminat talepleri ise Mahkeme kararı nedeniyle başlattıkları yeni icra takipleri için yaptıkları masraflara ilişkin olduğundan ileri sürülen zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmaması nedeniyle başvuru sahiplerinin tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

39. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 396,70 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.196,70 TL yargılama giderinin başvuru- ruculara müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın **KABUL EDİ- LEBİLİR OLDUĞUNA,**

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

Başvurucuların tazminat taleplerinin **REDDİNE,**

396,70 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.196,70 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,**

Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru- rucuların Maliye Bakan- lığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal **FAİZ UYGULANMASINA,**

Kararın bir örneğinin Ankara 5. İcra Hukuk Mahkemesine **GÖNDE- RİLMESİNE,**

Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına **GÖNDERİLMESİNE**

21/1/2016 tarihinde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

Anayasa Mahkemesi, 21.06.2016 T. BAŞVURU NO: 2013/4073

NOT: Bilindiği gibi icra mahkemelerinde duruşma “İcra ve İflas Kanu- nunda açıkça öngörülen durumlarda” (İİK.m.18/III,c:1) ve “*icra mahke- mesi tarafından duruşma yapılmasına gerek görülen işlerde*” (İİK.m.18/ III,c:1) yapılır. (Ayrıntılı bilgi için Bknz: **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:1, 3.Baskı, 2014, s.334 vd.)

Bu durumların dışında yani “İcra ve İflas Kanununda açıkça duruş- ma yapılacağı öngörülmemiş olan durumlarda” ve “icra mahkemesi ta- rafından duruşma yapılmasına gerek görülmeyen durumlarda” inceleme icra mahkemesi tarafından –talep üzerine ya da re’sen- evrak üzerinde yapılır. İşte incelemenin “*evrak üzerinde*” yapıldığı durumlarda, şikayet dilekçesinin mutlaka karşı tarafa tebliğ edilerek, karşı tarafın vereceği ‘cevap dilekçesi’ de değerlendirildikten sonra icra mahkemesince ‘evrak üzerinde’ yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekir. İcra mahkemesince ‘evrak üzerinde’ inceleme yapılarak karar verilen durum-

larda, şikayet dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden (onun davaya karşı diyecekleri değerlendirilmeden) karar verilemez. İcra mahkemesinin bu gereği yerine getirmeden vereceği karar 'adil yargılama hakkının ihlali' anlamına gelir.

Anayasa Mahkemesi yukarıdaki kararında 'adil yargılama hakkı'na değinerek, 'evrak üzerinde' inceleme yapılarak karar verilen durumlarda mutlaka şikayet dilekçesinin karşı tarafa tebliğini bildirmiştir.....

-20-

1) İİK. mad. 94. maddesi uyarınca, alacaklının, borçlunun iktisap eyleyip de, henüz tapu siciline tescil ettirilmeyen mülkiyet veya diğer aynı hakları borçlu namına tescilini isteyebileceği-

Taraflar arasındaki tapu iptali ve tescil davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı asıl ve birleşen davaların kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde asıl ve birleşen davalarda davacılar ile davalı Salih vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Asıl ve birleşen davalarda davacılar vekili, müvekkillerinin çeşitli mahkeme kararlarına dayalı olarak davalı Sami hakkında ilamlı icra takipleri başlattıklarını, icra dosyalarında İİK'nın 94. maddesine dayalı olarak, adı geçen davalının, diğer davalılar ile imzaladığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, hak ettiği bağımsız bölümlerin adına tescili için dava açmak üzere yetki aldıklarını, bu kapsamda davalı arsa sahipleri adına kayıtlı bulunan 2, 3, 4, 5, 10, 11, 12, 15, 19, 20, 31 ve 34 no'lu bağımsız bölümlerin tapu kayıtlarının iptali ile davalı Sami adına tescilini talep ve dava etmiştir.

Asıl ve birleşen davalarda davalı arsa sahipleri, davanın açılmasına sebebiyet vermediklerini, yüklenicinin inşaatı tam olarak bitirmesi halinde tapuları devretmeye hazır olduklarını ancak, inşaatın henüz tamamlanmadığını savunarak, davaların reddini istemişlerdir.

Asıl ve birleşen davalarda davalı Sami vekili, 2, 3, 19, 31 ve 34 no'lu bağımsız bölümleri, davalı arsa sahiplerinden Salih'a ait bir kısım bağımsız bölümler ile takas ettiklerini, icra dosyalarında yapılan diğer hacizlerin alacağı karşılımaya yeterli olduğunu savunarak, davaların reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalı Sami'un diğer davalılar ile yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapımını üstlendiği binanın %95'ini ta-

mamladığı, eksik kalan işlerin giderilmesi için 2 no'lu bağımsız bölümün yeterli olacağı, bunun dışında yüklenici Sami'a verilmesi kararlaştırılan 11 adet bağımsız bölümün halen diğer davalı arsa sahipleri adına kayıtlı bulunduğu, bu bağımsız bölümlerin toplam değerinin 1.700.000,00 TL, davacıların icra dosyalarındaki toplam alacağının ise 414.726,52 TL olduğu, davacıların ancak alacaklarını karşılayacak sayıdaki bağımsız bölümün yüklenici adına tescilini isteyebilecekleri, bu kapsamda 5, 19 ve 34 no'lu bağımsız bölümlerin davacıların alacaklarını karşılamaya yeterli olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile 5, 19 ve 34 no'lu bağımsız bölümlerin tapu kayıtlarının iptali ile davalı yüklenici Sami adına tesciline karar verilmiştir.

Kararı, asıl ve birleşen davalarda davacılar ile davalı Salih vekilleri temyiz etmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, asıl ve birleşen davalarda davalı Salih vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2) Asıl ve birleşen davalarda davacılar vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Asıl ve birleşen davalar, İKK'nın 94. maddesine dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

İKK'nın 94. maddesi uyarınca, alacaklı, borçlunun iktisap eyleyip de, henüz tapu siciline tescil ettirilmeyen mülkiyet veya diğer aynı hakları borçlu namına tescilini isteyebilir. Eldeki davada, borçlunun yüklenici sıfatıyla arsa sahipleri ile yaptığı 09.04.2007 günlü sözleşme gereğince hakettiği, ancak, adına tescil ettirilmediği ileri sürülen 2, 3, 4, 5, 10, 11, 12, 15, 19, 20, 31 ve 34 no'lu bağımsız bölümlerin tescili talep edilmiş, mahkemece, davacının icra takip dosyalarındaki tüm alacaklarını karşılayacağı öngörülen 5, 19 ve 34 no'lu bağımsız bölümlere ilişkin davanın kabulüne, diğer bağımsız bölümler yönünden reddine karar verilmiştir.

Dava konusu 34 no'lu bağımsız bölümün tapu kaydında bir kısım haciz şerhleri bulunduğu anlaşılmış olup, anılan taşınmazın, bu haciz yükleri ile birlikte davacıların alacaklarını karşılayıp karşılamayacağı ya da ne kadarını karşılayacağı üzerinde durulmamıştır. Bu itibarla, bilirkişiden, açıklanan bu hususla ilgili olarak ek rapor alınarak, karara en yakın tarih itibariyle, icra dosyalarında davacıların alacaklarının ulaştığı miktarlar da göz önünde bulundurularak, mevcut hacizler nedeniyle 34 no'lu bağımsız bölümün muhtemel satış bedelinden davacıların alacaklarını

tahsil edip edemeyecekleri, duruma göre diğer bağımsız bölümlerin de yüklenici adına tescilinin gerekip gerekmediği ya da bu bağımsız bölüm dışında başka bağımsız bölümlerin tesciline karar verilip verilemeyeceği değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

Öte yandan, mahkemece, tescil talebi reddedilen bağımsız bölümlerin değerleri üzerinden davacılar aleyhine yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmiş ise de, asıl ve birleşen davalar, tapu iptal ve tescili talep edilen tüm bağımsız bölümlerin değeri üzerinden değil, davacıların icra takip dosyalarındaki alacaklarının dava tarihleri itibarıyla ulaştığı yaklaşık miktarlar üzerinden harçları yatırılarak açılmıştır. Gerçekten de İKK'nın 94. maddesine dayalı olarak açılan işbu davanın amacı, taşınmazların borçlu adına tescili yoluyla, davacıların alacaklarını tahsil etme imkanına kavuşmalarını sağlamak olup, tapu iptal ve tescil talebi reddedilen bağımsız bölümlerin değerleri üzerinden davacılar aleyhine yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmesi isabetsiz olmuştur. Bu itibarla, yukarıdaki açıklamalar uyarınca yapılacak araştırma sonucunda, davacıların icra dosyalarındaki alacaklarının ulaştığı miktarlar dikkate alınarak, gerekirse eksik harcın tamamlanması ve sonuç olarak dava konusu edilen miktar üzerinden yargılama giderleri ve vekalet ücretinin belirlenmesi gerekirken, bu hususun göz ardı edilmesi de bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, asıl ve birleşen davalarda davalı Salih vekilinin temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, asıl ve birleşen davalarda davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, asıl ve birleşen davalarda davacılar yararına BOZULMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden asıl ve birleşen davalarda davalı Salih'dan alınmasına, asıl ve birleşen davalarda davacılarından peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16.02.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

23. HD. 16.02.2017 T. E: 2016/717, K: 444

II) İKK'nın 94. maddesine dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescil istemine ilişkin davada, icra müdürlüğünce, davacıya İİK. mad. 94 uyarınca, borçlunun iktisap ettiği ve henüz tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer hakların borçlu namına tescili veya bu nedenle doğan ala-

cağın tahsili için dava açmak üzere yetki verilmesi, davacı tarafından da bu yetkiye dayanarak, davanın açılması gerektiği- Mahkemece, dava açmak üzere icra müdürlüğünden yetki alması için HMK. mad. 52, 53, 54 ve 77/1 hükümleri uyarınca, uygun bir kesin süre verilmesi, noksan olan bu usuli işlemler yerine getirildikten sonra esasa girilmesi; verilen süre içinde bahsi geçen yetkinin alınamaması durumunda ise, davanın HMK. mad. 54/son ve 77/1 uyarınca açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği-

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, müvekkilinin davalı P. Y.'dan alacağını tahsili amacıyla Elazığ 2. İcra Müdürlüğü'nün 2013/4278 Esas sayılı dosyası ile icra takibi başlattığını, davalı P.'nin bir çok kimseye borcu olması nedeniyle konulan hacizden dolayı müvekkilinin alacağını tahsil etmesinin mümkün olmadığını, davalı P. ile davalılar arasında Elazığ 2. Noterliği'nin 20.09.2011 tarih ve 21372 yevmiye nolu düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlendiğini, bu sözleşme ile davalı P.›ye yedi adet dairenin bırakıldığını ileri sürerek, davalılar arasında yapılan düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi durumunda davalı P. Y.›a isabet edecek olan inşaat imalat bedelinden şimdilik 125.000,00. TL›nin Elazığ 2. İcra Müdürlüğü'nün 2012/4278 sayılı dosyasındaki faizi ve ferileri ile birlikte müvekkiline ödenmesini, taraflar arasında sözleşme şartlarının yerine getirildiğinde davalı P. Y.›a düşecek olan dairelerin P. Y. adına tapuya tescilini talep ve dava etmiştir.

Davalı A. P., yüklenici P. Y.'in kendisini de mağdur ettiğini savunarak, davanın kabulünü istemiştir.

Davalı N. P., 20.09.2011 tarihli gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedildiğini, inşaatı başka bir yükleniciye verdiklerini ve halen devam ettiğini savunarak, takdirin mahkemeye ait olduğunu beyan etmiştir.

Diğer davalılar, davaya cevap vermemişlerdir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacının alacağının tahsili amacıyla davalı P. Y. aleyhine icra takibi başlattığı, icra takibine karşı davalı borçlu P. Y.'in itiraz etmemesi sebebiyle takibin kesinleştiği ve davalı P. Y. adına kayıtlı menkul ve gayrimenkuller üzerine

haciz konulduğu, alacağın tahsilinin icra yoluyla mümkün olduğu, davalar arasında yapılan sözleşmeden dolayı davalı borçlu P. Y.'ın alacaklarının icra takip dosyasına aktarılması işleminin icra yoluyla mümkün olduğu, ortada belirsiz bir alacağın bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, İKK'nın 94. maddesine dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

İKK'nın 94/2. maddesi, "Borçlunun reddetmediği miras veya başka bir sebeple iktisap eyleyip henüz tapuya veya gemi siciline tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer aynı hakların borçlu namına tescili alacaklı tarafından istenebilir. Bu talep üzerine icra dairesi alacaklının bu muameleyi takip edebileceğini tapu veya gemi sicili dairesine ve icabında mahkemeye bildirir." hükmünü içermektedir.

İcra Müdürlüğü'nce, davacıya İKK'nın 94. maddesi uyarınca borçlunun iktisap ettiği ve henüz tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer hakların borçlu namına tescili veya bu nedenle doğan alacağın tahsili için dava açmak üzere yetki verilmesi, davacı tarafından da bu yetkiye dayanarak, işbu davanın açması gerekmektedir.

Bu durumda mahkemece, davanın açılması ile davanın açılması işleminin tamamlanmış olduğu ve derhal uygulama ilkesinin söz konusu olmadığı ve YHGK'nın 18.03.2015 tarih ve 23-1619 E., 2015/1058 K. sayılı ilamında da açıklandığı üzere dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 341. madde hükmünün uygulanması gerektiği gözetilerek, davacıya İKK'nın 94. maddesi uyarınca borçlunun iktisap ettiği ve henüz tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer hakların borçlu namına tescili veya bu nedenle doğan alacağın tahsili için dava açmak üzere İcra Müdürlüğü'nden yetki alması için HMK'nın 52, 53, 54 ve 77/1. madde hükümleri uyarınca uygun bir kesin süre verilmesi, noksan olan bu usuli işlemler yerine getirildikten sonra esasa girilip, taraf delilleri toplanıp değerlendirilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi, verilen süre içinde bahsi geçen yetkinin alınamaması durumunda ise davanın HMK'nın 54/son ve 77/1. madde hükmü uyarınca açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken, bu usuli eksiklik üzerinde durulmadan, uyuşmazlığın esasının incelenmesine geçilmesi doğru olmamıştır.

2-Bozma nedenine göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, hükmün re'sen **BOZULMASINA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 20.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

23. HD. 20.04.2016 T. E: 2015/4167, K: 2535

III) Yüklenici kendi edimini yerine getirmediğçe, karşı taraftan edimini ifa etmesini talep edemeyeceğinden, İİK. mad. 94/2 uyarınca, alacaklının, borçlu adına tescil isteyebilmesi için, yüklenicinin dava konusu bağımsız bölümleri hak etmiş olması gerektiği- Mahkemece, dava konusu bağımsız bölümlerin davalı yüklenici tarafından sözleşmelere göre hakedilip edilmediğinin, bu hususta davalı arsa sahibince dosya kapsamına sunulan tüm delillerin incelenip, gerekirse konusunda uzman bilikşilerden rapor alınmak suretiyle, tespit edilerek sonucuna uygun bir hüküm kurulması gerektiği-

Taraflar arasındaki tapu iptali ve tescil davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı H. C. vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalılardan H. C. vekili avukat H. E. ile davacı vekili avukat S... gelmiş olup, başka gelen olmadığından onların yokluğunda duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünöldü.

Davacı vekili, davalı şirket hakkında icra takibi başlatıldığını, takibin kesinleştğini, davalılar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığını, davalı yüklenicinin inşaatı tamamladığı halde, hak ettiği bağımsız bölümleri devralmadığını ileri sürerek, İİK'nın 94/2. maddesi gereğince yükleniciye isabet eden üç adet bağımsız bölümün tapu kayıtlarının iptali ile davalı yüklenici şirket adına tescilini talep ve dava etmiştir.

Davalı H. C. vekilli, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, alınan bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu iki adet bağımsız bölümün sözleşme gereğince davalı yükleniciye isabet ettiği, diğer bölümün arsa sahibine ait olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, davalı H. C. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında imzalanan 01.03.2007 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ve 25.11.2008 günlü tadil sözleşmesinde, davalı yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin hangi aşamalarda ferağının verileceği düzenlenmiştir. Davalı arsa sahibi, dava konusu edilen bağımsız bölümlerin, yapı kullanma izninin alınıp, inşaatın eksiksiz olarak teslimi için teminat olarak tutulduğunu bildirerek, dosya kapsamına inşaat için yaptığı masraflara ilişkin muhtelif belgeler sunmuştur. Mahkemece alınan ek bilirkişi raporunda ise, davalının iddia ettiği alacaklarına ilişkin taleplerinin başka bir alacak verecek ilişkisi olabileceğinden bahisle inceleme konusu yapılmamıştır. Oysa, BK'nun 81. (TBK. md. 97) maddesi gereğince, yüklenici kendi edimini yerine getirmediği, karşı taraftan edimini ifa etmesini talep edemez. İİK'nın 94/2. maddesine göre de, borçlu adına tescil istenebilmesi için, yüklenicinin dava konusu bağımsız bölümleri haketmiş olması gereklidir.

Bu durumda, mahkemece, dava konusu bağımsız bölümlerin davalı yüklenici tarafından sözleşmelere göre hakedilip edilmediğinin, bu hususta davalı arsa sahibince dosya kapsamına sunulan tüm delillerin incelenip, gerekirse konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınmak suretiyle, tespit edilerek sonucuna uygun bir hüküm kurulması gerekirken, hatalı yorum ve eksik incelemeye dayalı bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. İzah edilen sebeplerle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı H. C. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının BOZULMASINA, 1.350,00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak, Yargıtay duruşmasında vekille temsil olunan davalı H. C.'e verilmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

23. HD. 23.02.2016 T. E: 2015/2289, K: 1032

NOT: Bilindiği gibi İcra ve İflas Kanununun 94.maddesinde üç durumda –a) “Borçluya ait aynı hakların tescilini isteme” konusunda (İİK.m.94/II), b) “Borçlunun ziyeyedi olduğu bir taşınmazın borçlu adına tescilini isteme” konusunda (İİK.m.94/III), c) “Borçluya emekli maaşı bağlanması için gerekli işlemleri yaptırmak” için (İİK.m.94/IV-V)- icra daire-since alacaklıya “yetki belgesi” verileceği öngörülmüştür (Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C.** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt:2,

3.Baskı, 2014, s.1818 vd.). Bu düzenleme yeterli değildir. Uygulamada, özellikle borçlu durumundaki müteahhitlerin 'arsa sahibi' konumundaki kişilerle yaptıkları 'kat karşılığı inşaat sözleşmeleri' nde, kendilerine ait olacağı öngörülmüş olan daireleri, inşaat bitmek üzereyken, adlarına tescil ettirmeden –yani; hala kendilerine ait olan katlar arsa sahibi üzerine kayıtlı iken- buldukları müşterilere bunların parasını tahsil edip, tapularını arsa sahipleri vasıtasıyla verdikleri bu suretle kendilerinden alacaklı olan kişilerden bunları kaçırdıkları görülmekte, bu durumda alacaklılarının müteahhit ve arsa sahibi aleyhine açtıkları tapu iptali ve tescil davaları yakın zamana kadar mahkemelerce “*bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığı*” gerekçesiyle reddedilmekte idi..... Bu maddeye ilişkin uyuşmazlıkları temyizen incelediği dönemde Yargıtay 12.Hukuk Dairesinin içtihatları da bu doğrultuda idi. Yargıtay Başkanlar Kurulunun Yargıtay 23.Hukuk Dairesinin kurulmasından sonra yaptığı görevlendirme ile, İİK.'nun 94.maddesiyle ilgili uyuşmazlıkları inceleme görevi Yargıtay 23.Hukuk Dairesine verilmiş, bu Daire İİK.'nun 94.maddesinin 'dar' değil, 'geniş' yorumlayarak; “borçlu müteahhitlerden alacaklı olan kişilerin, İİK.94.maddesi uyarınca icra dairesinden 'yetki belgesi' alarak, borçlu müteahhitler aleyhine 'tapu iptali ve tescil davası' açabilmelerine yukarıda sunduğumuz içtihatlar doğrultusunda imkan tanımıştır.

Yargıtay 23.Hukuk Dairesinin yukarıda sunulan içtihatlar doğrultusundaki diğer içtihatları –örneğin; 29.01.2016 T. 9828/518; 02.11.2015 T. 5368/7002; 12.12.2011 T. 1309/2459 vb.- için bknz: www.e-uyar.com.

-21-

I) Bononun miktara ilişkin yazı ile yazılan kısımda tahrifat yapıldığı bilirkişi tarafından tespit edilmiş ve takip dayanağı bonoda tahrifat yapıldığının saptanması halinde senedin tahrifattan önceki miktar için geçerli sayılması gerekli olsa da, bononun düzenlenme tarihindeki Türk lirasının değeri gözönüne alındığında, 275.00 TL için bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, bononun miktarının yazı ile bono metnine yazılırken “bin” kelimesinin maddi hataya dayalı olarak yazılmadığının kabulü gerektiği; mahkemece; “ikiyüzyetmişbeş” ibaresinin arkasına (bin) yazısının sonradan eklendiğini tespit edildiğinden, icra takibinin 274.725,00 TL'lik kısmının durdurulmasına karar verilmesinin kabulünün aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacağı-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor din-

lendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile başlatılan takipte, borçluların icra mahkemesine başvurusunda; takibe dayanak bononun miktara ilişkin yazı ile yazılan kısmında “iki-yüzyetmişbeş” ibaresinin arkasına (bin) yazısının sonradan eklendiğini, paraflanmadığını, borç miktarında yazı ile rakam kısmında ihtilaf olduğunu ileri sürerek takibin kısmen iptalini talep ettiği, mahkemece; bilirkişi raporu ile (bin) yazısının sonradan eklendiğinin tespit edildiği, senetteki eklentilerin borç altına giren tarafından ayrıca imzalanmadıkça borçluyu bağlamayacağı, senedin yazıyla belirtilen miktarında tahrifat (değişiklik) yapılmış olması halinde rakam ile gösterilen miktara itibar edilemeyeceği gerekçeleri ile icra takibinin 274.725,00 TL'lik kısmının durdurulmasına, karar verildiği görülmektedir.

Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu bilirkişi tarafından düzenlenen 30.12.2015 tarihli raporda, takip dayanağı senedin yazıyla gösterilen bedel kısmındaki “bin” ibaresinin sonradan farklı kalemle eklendiği, ancak borçlu N..'nin eli ürünü olup olmadığının tespit edilemediği, “275.000” ibaresine ilave yapıldığına dair bulgu elde edilemediği belirtilmiştir.

6102 Sayılı TTK'nın 778/2-c maddesi göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanununun 676/1. maddesi hükmüne göre, polişe bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilip de, iki bedel arasında fark bulunursa, yazı ile gösterilen bedel üstün tutulur. Ancak bu kural, senette tahrifat olmaması koşulu ile uygulanacaktır. Bu nedenle somut olayda anılan hükmün uygulama yeri yoktur.

Her ne kadar, bononun miktara ilişkin yazı ile yazılan kısmında tahrifat yapıldığı bilirkişi tarafından tespit edilmiş ve takip dayanağı bonoda tahrifat yapıldığının saptanması halinde senedin tahrifattan önceki miktar için geçerli sayılması gerekli olsa da (HGK'nun 14.05.2003 tarih ve 2003/12-347 E., 2003/345 K.) bononun düzenlenme tarihindeki Türk lirasının değeri gözönüne alındığında 275.00 TL için bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle bononun miktarının yazı ile bono metnine yazılırken “bin” kelimesinin maddi hataya dayalı olarak yazılmadığının kabulü gerekir. Aksi yöndeki kabul aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacaktır. O halde mahkemece, borçluların itirazının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15.02.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 15.02.2017 T. E: 2016/10513, K: 2002

II) Senet bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilir ve iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunacağı kabul edilmişse de, senedin düzenlenme tarihindeki Türk Lirasının değeri göz önüne alındığında hiçbir alım gücü olmayan 35 TL üzerinden bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına uygun düşmediği ve bu yöndeki kabulün, aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacağı; mahkemece rakam kısmında “35.000”, yazı kısmında ise “otuzbeş” olarak senet bedelinin, “otuzbeş TL” olarak kabulü ile istemin kısmen kabulüne karar verilmesi yerine borçlu itirazının reddine karar verilmesi gerektiği-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ummahan Yıldız tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı tarafından borçlular aleyhine kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine geçildiği, borçlulardan A..'ın, icra mahkemesine başvurusunda; borcunun olmadığını, senet üzerindeki borç miktarında yazı ve rakam arasında fark olduğunu, yazıyla belirtilen miktara itibar olunması gerektiğini ileri sürerek takibin iptalini talep ettiği, mahkemece, senedin yazı kısmında “otuzbeş TL” yazdığından bahisle istemin kısmen kabulüne karar verildiği görülmektedir.

6102 sayılı TTK'nın 778. maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 676/1. maddesine göre; senet bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilir ve iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur.

Dayanak bononun incelenmesinde; senet bedelinin, rakam kısmında “35.000”, yazı kısmında ise “otuzbeş” olarak belirtildiği görülmektedir. *Her ne kadar TTK'nın 676/1. maddesi uyarınca, yazı ile gösterilen*

miktarın dikkate alınacağı hükme bağlanmışsa da, senedin düzenlenme tarihindeki Türk Lirasının değeri gözönüne alındığında hiçbir alım gücü olmayan 35 TL üzerinden bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına uygun düşmediği gibi, bu yöndeki kabul, aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacaktır.

O halde, mahkemece borçlunun itirazının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin kısmen kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23/01/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 23.01.2017 T. E: 2016/27940, K: 826

NOT: 6102 Sayılı Yeni TTK'nın 778.maddesinin (2-c) göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 676/(1) maddesine göre “*senet bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilir ve iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedel üstün tutulur*” ise de ‘yazı ile gösterilen bedel maddi hata sonucu hiçbir alım gücü olmayan bir meblağ (miktar) olarak’ gösterilmişse, o zaman ‘yazı ile gösterilen miktara’ itibar edilmez. Bu durumda TTK'nın 676/(1) maddesini dar yorumlamak hayatın olağan akışına aykırı olur. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin vardığı sonuç isabetlidir.....

-22-

I) Bononun miktara ilişkin yazı ile yazılan kısmında tahrifat yapıldığı bilirkışı tarafından tespit edilmiş ve takip dayanağı bonoda tahrifat yapıldığının saptanması halinde senedin tahrifattan önceki miktar için geçerli sayılması gerekli olsa da, bononun düzenlenme tarihindeki Türk lirasının değeri gözönüne alındığında, 275.00 TL için bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, bononun miktarının yazı ile bono metnine yazılırken “bin” kelimesinin maddi hataya dayalı olarak yazılmadığının kabulü gerektiği; mahkemece; “ikiyüzyetmişbeş” ibaresinin arkasına (bin) yazısının sonradan eklendiğini tespit edildiğinden, icra takibinin 274.725,00 TL'lik kısmının durdurulmasına karar verilmesinin kabulünün aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacağı-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizden önceki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile başlatılan takipte, borçluların icra mahkemesine başvurusunda; takibe dayanak bononun miktara ilişkin yazı ile yazılan kısmında “iki-yüzyetmişbeş” ibaresinin arkasına (bin) yazısının sonradan eklendiğini, paraflanmadığını, borç miktarında yazı ile rakam kısmında ihtilaf olduğunu ileri sürerek takibin kısmen iptalini talep ettiği, mahkemece; bilirkişi raporu ile (bin) yazısının sonradan eklendiğinin tespit edildiği, senetteki eklentilerin borç altına giren tarafından ayrıca imzalanmadıkça borçluyu bağlamayacağı, senedin yazıyla belirtilen miktarında tahrifat (değişiklik) yapılmış olması halinde rakam ile gösterilen miktara itibar edilemeyeceği gerekçeleri ile icra takibinin 274.725,00 TL’lik kısmının durdurulmasına, karar verildiği görülmektedir.

Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu bilirkişi tarafından düzenlenen 30.12.2015 tarihli raporda, takip dayanağı senedin yazıyla gösterilen bedel kısmındaki “bin” ibaresinin sonradan farklı kalemle eklendiği, ancak borçlu N.’nin eli ürünü olup olmadığının tespit edilemediği, “275.000” ibaresine ilave yapıldığına dair bulgu elde edilemediği belirtilmiştir.

6102 Sayılı TTK’nın 778/2-c maddesi göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanununun 676/1. maddesi hükmüne göre, poliçe bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilip de, iki bedel arasında fark bulunursa, yazı ile gösterilen bedel üstün tutulur. Ancak bu kural, senette tahrifat olmaması koşulu ile uygulanacaktır. Bu nedenle somut olayda anılan hükmün uygulama yeri yoktur.

Her ne kadar, bononun miktara ilişkin yazı ile yazılan kısmında tahrifat yapıldığı bilirkişi tarafından tespit edilmiş ve takip dayanağı bonoda tahrifat yapıldığının saptanması halinde senedin tahrifattan önceki miktar için geçerli sayılması gerekli olsa da (HGK’nun 14.05.2003 tarih ve 2003/12-347 E., 2003/345 K.) bononun düzenlenme tarihindeki Türk lirasının değeri gözönüne alındığında 275.00 TL için bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle bononun miktarının yazı ile bono metnine yazılırken “bin” kelimesinin maddi hataya dayalı olarak yazılmadığının kabulü gerekir. Aksi yöndeki kabul aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacaktır. O halde mahkemece, borçluların itirazının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15.02.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 15.02.2017 T. E: 2016/10513, K: 2002

II) Senet bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilir ve iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunacağı kabul edilmişse de, senedin düzenlenme tarihindeki Türk Lirasının değeri göz önüne alındığında hiçbir alım gücü olmayan 35 TL üzerinden bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına uygun düşmediği ve bu yöndeki kabulün, aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacağı; mahkemece rakam kısmında “35.000”, yazı kısmında ise “otuzbeş” olarak senet bedelinin, “otuzbeş TL” olarak kabulü ile istemin kısmen kabulüne karar verilmesi yerine borçlu itirazının reddine karar verilmesi gerektiği-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Ummahan Yıldız tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı tarafından borçlular aleyhine kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine geçildiği, borçlulardan A.'ın, icra mahkemesine başvurusunda; borcunun olmadığını, senet üzerindeki borç miktarında yazı ve rakam arasında fark olduğunu, yazıyla belirtilen miktara itibar olunması gerektiğini ileri sürerek takibin iptalini talep ettiği, mahkemece, senedin yazı kısmında “otuzbeş TL” yazdığından bahisle istemin kısmen kabulüne karar verildiği görülmektedir.

6102 sayılı TTK'nın 778. maddesi göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 676/1. maddesine göre; senet bedeli hem yazı hem de rakamla gösterilir ve iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur.

Dayanak bononun incelenmesinde; senet bedelinin, rakam kısmında “35.000”, yazı kısmında ise “otuzbeş” olarak belirtildiği görülmektedir. Her ne kadar TTK'nın 676/1. maddesi uyarınca, yazı ile gösterilen

miktarda dikkate alınacağı hükme bağlanmışsa da, senedin düzenlenme tarihindeki Türk Lirasının değeri gözönüne alındığında hiçbir alım gücü olmayan 35 TL üzerinden bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına uygun düşmediği gibi, bu yöndeki kabul, aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacaktır.

O halde, mahkemece borçlunun itirazının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin kısmen kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23/01/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 23.01.2017 T. E: 2016/27940, K: 826

NOT: 6102 Sayılı Yeni TTK'nın 778.maddesinin (2-c) göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 676/(1) maddesine göre "senet bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilir ve iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedel üstün tutulur" ise de 'yazı ile gösterilen bedel maddi hata sonucu hiçbir alım gücü olmayan bir meblağ (miktar) olarak' gösterilmişse, o zaman 'yazı ile gösterilen miktara' itibar edilmez. Bu durumda TTK'nın 676/(1) maddesini dar yorumlamak hayatın olağan akışına aykırı olur. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin vardığı sonuç isabetlidir.....

YARARLI BİLGİLER



YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	11.11	5.33	5.22	9.59	5.50	4,96
Şubat	10.96	4.72	6.11	8.79	5.61	5,87
Mart	10.79	4.23	6.95	8.03	5.64	6,89
Nisan	10.72	3.74	7.89	7.36	5.47	8,01
Mayıs	10.57	3.27	8.66	6.98	5.19	9,02
Haziran	10.24	3.18	9.03	6.74	4.91	9,98
Temmuz	9.88	3.23	9.26	6.43	4.77	
Ağustos	9.33	3.39	9.55	6.14	4,51	
Eylül	8.60	3.58	9.84	5.92	4.07	
Ekim	7.80	3.93	10.11	5.58	3.83	
Kasım	6.98	4.10	10.32	5.33	3.93	
Aralık	6.09	4.48	10.25	5.28	4.30	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2013	2014	2015	2016	2017	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	0.18	3.32	0.33	0.55	3,98	1.65	1.98	1.10	1.82	2,46
Şubat	0.13	1.38	1.20	-0.20	1,26	0.30	0.43	0.71	-0.02	0,81
Mart	0.81	0.74	1.05	0.40	1,04	0.66	1.13	1.19	-0.04	1,02
Nisan	-0.51	0.09	1.43	0.52	0,76	0.42	1.34	1.63	0.78	1,31
Mayıs	1.00	-0.52	1.11	1.48	0,52	0.15	0.40	0.56	0.58	0,45
Haziran	1.46	0.06	0.25	0.41	0,07	0.76	0.31	-0.51	0.47	-0,27
Temmuz	0.99	0.73	-0.32	0.21		0.31	0.45	0.09	1.16	
Ağustos	0.04	0.42	0.98	0.08		-0.10	0.09	0.40	-0,29	
Eylül	0.88	0.85	1.53	0.29		0.77	0.14	0.89	0.18	
Ekim	0.69	0.92	-0.20	0.84		1.80	1.90	1.55	1.44	
Kasım	0.62	-0.97	-1.42	2.00		0.01	0.18	0.67	0.52	
Aralık	1.11	-0.76	-0.33	2.98		0.46	-0.44	0.21	1.64	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2013	2014	2015	2016	2017	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	1.88	3.32	0.33	0.55	3,98	1.65	1.98	1.10	1.82	2,46
Şubat	0.31	4.75	1.53	0.34	5,29	1.95	2.41	1.82	1.80	3,29
Mart	0.50	5.52	2.60	0.75	6,38	2.63	3.57	3.03	1.75	4,34
Nisan	-0.01	5.61	4.06	1.27	7,19	3.06	4.96	4.71	2.55	5,71
Mayıs	0.99	5.06	5.22	2.77	7,74	3.21	5.38	5.30	3.15	6,18
Haziran	2.46	5.12	5.49	3.19	7,82	4.00	5.70	4.76	3.63	5,89
Temmuz	3.48	5.89	5.15	3.41		4.32	6.18	4.85	4.84	
Ağustos	3.52	6.33	6.19	3.49		4.21	6.28	5.27	4,53	
Eylül	4.43	7.24	7.81	3.79		5.01	6.43	6.21	4.72	
Ekim	5.15	8.22	7.59	4.66		6.90	8.45	7.86	6.23	
Kasım	5.80	7.18	6.06	6.76		6.91	8.65	8.58	6.78	
Aralık	6.97	6.36	5.71	9.94		7.40	8.17	8.81	8.53	

**Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın
Aynı Ayına Göre Artış Hızı**

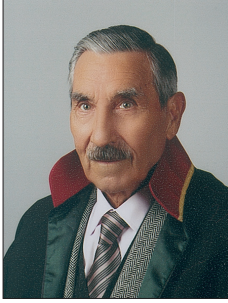
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2013	2014	2015	2016	2017	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	1.88	10.72	3.28	5.94	13,69	7.31	7.75	7.24	9.58	9,22
Şubat	1.84	12.40	3.10	4.47	15,36	7.63	7.89	7.55	8.78	10,13
Mart	2.30	12.31	3.41	3.80	16,09	7.29	8.39	7.61	7.46	11,29
Nisan	1.70	12.98	4.80	2.87	16,37	6.13	9.38	7.91	6.57	11,87
Mayıs	2.17	11.28	6.52	3.25	15,26	6.51	9.66	8.09	6.58	11,72
Haziran	5.23	9.75	6.73	3.41	14,87	8.30	9.16	7.20	7.64	10,90
Temmuz	6.61	9.46	5.62	3.96		8.88	9.32	6.81	8.79	
Ağustos	6.38	9.88	6.21	3,03		8.17	9.54	7.14	8,05	
Eylül	6.23	9.84	6.92	1.78		7.88	8.86	7.95	7.28	
Ekim	6.77	10.10	5.74	2.84		7.71	8.96	7.58	7.16	
Kasım	5.67	8.36	5.25	6.41		7.32	9.15	8.10	7.00	
Aralık	6.97	6.36	5.71	9.94		7.40	8.17	8.81	8.53	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2013	2014	2105	2016	2017	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	5.33	5.22	9.59	5.50	4,96	8.62	7.53	8.80	7.87	7,76
Şubat	4.72	6.11	8.79	5.61	5,87	8.33	7.60	8.77	7.97	7,88
Mart	4.23	6.95	8.03	5.64	6,89	8.08	7.70	8.70	7.96	8,21
Nisan	3.74	7.89	7.36	5.47	8,01	7.66	7.97	8.57	7.84	8,66
Mayıs	3.27	8.66	6.98	5.19	9,02	7.51	8.23	8.45	7.71	9,09
Haziran	3.18	9.03	6.74	4.91	9,98	7.47	8.31	8.28	7.74	9,36
Temmuz	3.23	9.26	6.43	4.77		7.47	8.35	8.07	7.91	
Ağustos	3.39	9.55	6.14	4,51		7.42	8.46	7.88	7,98	
Eylül	3.58	9.84	5.92	4.07		7.32	8.54	7.80	7.92	
Ekim	3.93	10.11	5.58	3.83		7.32	8.65	7.69	7.89	
Kasım	4.10	10.32	5.33	3.93		7.39	8.80	7.61	7.79	
Aralık	4.48	10.25	5.28	4.30		7.49	8.85	7.67	7.78	



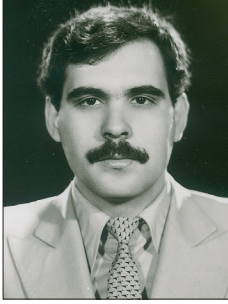
YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR





Baromuzun 15032 sicil sayısında kayıtlı
Av. ABDULLAH ŞAMİLOĞLU

18/05/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1939 yılında Kars'da doğmuş, 1962 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1973 yılına kadar hakimlik yaparak, 1973 yılında Sivas Barosu'na kaydolmuştur. 1988 yılında Sivas Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur. 1990 tarihinde isteği üzerine kaydı silinmiş olup, 2004 tarihinde Baromuz levhasına yeniden kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



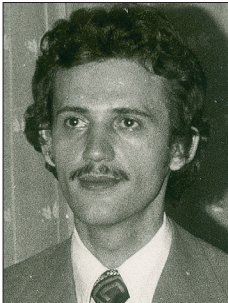
Baromuzun 12104 sicil sayısında kayıtlı
Av. HASAN MOLLAOĞLU

28/04/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1953 yılında Balıkesir'de doğmuş, 1980 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1981 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 2888 sicil sayısında kayıtlı
Av. İLYAZER MESHULAM

18/05/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1925 yılında Edirne'de doğmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 10639 sicil sayısında kayıtlı
Av. FAİK TÜMER ÖKTEM

16/06/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1952 yılında Amasya'da doğmuş, 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1977 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11485 sicil sayısında kayıtlı
Av. PERİHAN ERTEKİN AKAN

03/05/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1934 yılında Manisa'da doğmuş,
1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak,
1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11986 sicil sayısında kayıtlı
Av. MUSA YILMAZ

20/05/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1944 yılında Hassa'da doğmuş,
1968 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Hatay Barosu'nda yaparak 1973
yılında Hatay Barosu'nda mesleğini ifaya başlamıştır
hakimlikten emekliye ayrılıp 2004 yılında
Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



2008-2010 yılları arasında
İstanbul Barosu Başkan Yardımcılığı görevinde bulunan-
Baromuzun 27249 sicil sayısında kayıtlı
Prof. Dr. Dr. SELÇUK ŞAFAK DEMİRBULAK

05/05/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1949 yılında Sürmene'de doğmuş,
1975 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi'nden mezun olmuş,
stajını Baromuzda yaparak, 2002 yılında
Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 29848 sicil sayısında kayıtlı
Av. MEHMET DOĞAN HEPER

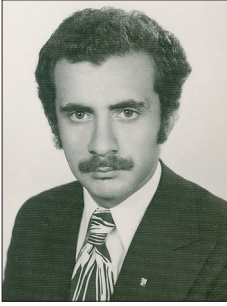
09/06/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1937 yılında İstanbul'da doğmuş,
1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak,
2004 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9624 sicil sayısında kayıtlı
Av. VEYSİ YILDIRIM

18/04/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1947 yılında Malatya'da doğmuş,
971 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Malatya Barosu'nda yaparak, 1973
yılında Malatya Barosu'na, kaydolmuştur. 1973 Malatya
Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydedilmiştir.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7759 sicil sayısında kayıtlı
Av. AZİZ NUHOĞLU

19/04/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1950 yılında Of'da doğmuş,
1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak,
1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

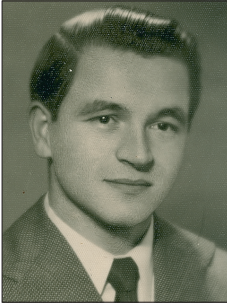
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7759 sicil sayısında kayıtlı
Av. FİKRET SALDIRAY

05/05/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1930 yılında Ruscuk'da doğmuş,
1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak,
1960 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

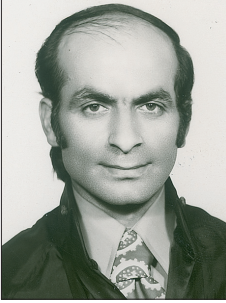
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 3047 sicil sayısında kayıtlı
Av. ŞÜKRÜ NALİ MEMİŞOĞLU

08/06/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1926 yılında Safranbolu'da doğmuş,
1951 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak,
1952 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9398 sicil sayısında kayıtlı
Av. VASFİ YURDABAK

17/05/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1943 yılında Konya'da doğmuş, 1969 yılında
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş,
stajını Bursa Barosu'nda yaparak,
1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4496 sicil sayısında kayıtlı
Av. AYHAN GÜVENÇ

11/06/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1927 yılında İstanbul'da doğmuş,
1958 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak,
1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 13642 sicil sayısında kayıtlı
Av. ŞEMSETTİN GÖKBABA

23/04/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1951 yılında Konya'da doğmuş,
1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak,
1985 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER					
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	34123	ÜMİT	NAMAZCI	20/04/2017	ANKARA BAROSU
2	29285	MUTLU	AKSOY	20/04/2017	BALIKESİR BAROSU
3	36252	GAMZE	KARA AKSOY	20/04/2017	BALIKESİR BAROSU
4	55729	BETÜL	HERSANLIOĞLU	20/04/2017	YALOVA BAROSU
5	31749	NECATİ	TORUN	20/04/2017	ANKARA BAROSU
6	54046	EREN	BUDAK	20/04/2017	MERSİN BAROSU
7	30432	F.MEHMED	TOK	20/04/2017	SAKARYA BAROSU
8	52623	PELİL	TEKKILIÇ	20/04/2017	MUĞLA BAROSU
9	37760	AYŞEGÜL	OKÇU	20/04/2017	MUĞLA BAROSU
10	50648	TAYLAN	KARADAĞ	20/04/2017	MALATYA BAROSU
11	50798	ASENA	YANAR	20/04/2017	TRABZON BAROSU
12	25122	İ.AYDIN	ŞALCIAV	27/04/2017	KASTAMONU BAROSU
13	50580	M. ŞAMİL	TOPALOĞLU	27/04/2017	ANKARA BAROSU
14	31943	ÖZEN	GÜVENTÜRK	27/04/2017	BURSA BAROSU
15	50224	BAHAR	BÖLÜMCÜ	27/04/2017	BATMAN BAROSU
16	51276	MEDİNE	ÜNAL	27/04/2017	BURSA BAROSU
17	54658	NAZLI	DEVECİ	27/04/2017	YALOVA BAROSU
18	46946	ESMA	BAK	27/04/2017	TRABZON BAROSU
19	54533	RUHAT	ALGÜNERHAN	27/04/2017	SİİRT BAROSU
20	54045	ERKAM	KARACA	27/04/2017	ADANA BAROSU
21	35963	MELİH	TOPALOĞLU	04/05/2017	MUĞLA BAROSU
22	43529	TUĞÇE	ÖZTÜRK ALMAÇ	04/05/2017	ANKARA BAROSU
23	43021	MUHAMMET	GÖÇEN	04/05/2017	MUĞLA BAROSU
24	51086	AYŞE ŞEYDA	ÜLGER	04/05/2017	HATAY BAROSU
25	49928	M. SERCAN	ERCAN	04/05/2017	ÇORUM BAROSU
26	31455	M.MİRZA	TAN	04/05/2017	KIRŞEHİR BAROSU
27	54156	OĞUZ	ŞEN	04/05/2017	KAYSERİ BAROSU
28	44209	FIRAT	EFE	04/05/2017	MUĞLA BAROSU
29	52360	KÜBRA	CEYLANER	11/05/2017	BALIKESİR BAROSU
30	52836	M.GAFUR	TANIŞ	11/05/2017	MARDİN BAROSU
31	33013	ERDİNÇ	YILDIRIM	11/05/2017	MUĞLA BAROSU
32	42715	HASAN	CECELOĞLU	11/05/2017	ORDU BAROSU
33	50536	SİNEMYİS	EVİRGEN	11/05/2017	SAKARYA BAROSU
34	40528	BANU	DEMİRSAN	11/05/2017	MUĞLA BAROSU
35	45316	ONURCAN	ENGİNSU	11/05/2017	BURSA BAROSU
36	38318	BURAK	ARSLAN	11/05/2017	BALIKESİR BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
37	46737	ESRA	CEYLANER	11/05/2017	BALIKESİR BAROSU
38	52891	MEHMET	KABASAKAL	11/05/2017	OSMANIYE BAROSU
39	52340	M.İREM	GENÇ	18/05/2017	BURDUR BAROSU
40	41711	BİRSEN	GÜRBÜZ	18/05/2017	ERZİNCAN BAROSU
41	38359	F.BİHTER	ERDİNÇ	18/05/2017	ANTALYA BAROSU
42	56710	DERYA	SANCAKTAR	18/05/2017	SAMSUN BAROSU
43	49418	CANAN	GÜNDÜZ	18/05/2017	ERZİNCAN BAROSU
44	55105	İŞİL	DEMİR	18/05/2017	DENİZLİ BAROSU
45	49159	DİLARA	DİKMEN	18/05/2017	SAMSUN BAROSU
46	47817	BURAK	BAYRAM	18/05/2017	ÇANAKKALE BAROSU
47	53704	MENEKŞE	UÇAR	18/05/2017	EDİRNE BAROSU
48	47157	RECİBE	ÖZYURT	18/05/2017	NİĞDE BAROSU
49	49988	HAFİZE	ÇETİN	18/05/2017	MANİSA BAROSU
50	44661	GONCA	GEÇME	18/05/2017	KONYA BAROSU
51	36609	ATA ORÇUN	ERYILMAZ	18/05/2017	İZMİR BAROSU
52	50819	BESTE	YÜCE	25/05/2017	ANKARA BAROSU
53	41171	SELEN	AKI	25/05/2017	İZMİR BAROSU
54	32233	RECEP	DEĞİRMENCİOĞLU	25/05/2017	ANTALYA BAROSU
55	39007	R. GÜLTAN	GÜNAY	25/05/2017	BURSA BAROSU
56	55716	HAYDAR	DOK	25/05/2017	YALOVA BAROSU
57	56602	SERVAN	AKARSU	25/05/2017	HAKKARİ BAROSU
58	53813	HİLAL	ŞİMŞEK	25/05/2017	İZMİR BAROSU
59	53629	S.OZAN	MİROĞLU	25/05/2017	ANTALYA BAROSU
60	53611	BARIŞ	BOZDAĞ	25/05/2017	AYDIN BAROSU
61	44843	İDİL SU	AYDIN	25/05/2017	İZMİR BAROSU
62	18652	NAZMİYE	KINALI	25/05/2017	MUĞLA BAROSU
63	43544	YUNUS	ERYILMAZ	01/06/2017	BURSA BAROSU
64	51222	HALİL	ÖRS	01/06/2017	KONYA BAROSU
65	50277	MERVE	ÇAĞLAR	01/06/2017	ANKARA BAROSU
66	49412	SUAT	DUMLU	01/06/2017	BURSA BAROSU
67	49065	HATİCE	TÜRKER	01/06/2017	BALIKESİR BAROSU
68	53709	NUSRET	GÜLBECAN	01/06/2017	BURSA BAROSU
69	50218	AHMET	BOZKURT	01/06/2017	ANKARA BAROSU
70	25577	TANER	GEZİCİ	01/06/2017	İZMİR BAROSU
71	52028	İHSAN	SOYDAN	08/06/2017	ANKARA BAROSU
72	41213	ONUR SİNAN	VATANSEVER	08/06/2017	İZMİR BAROSU

NAKİLLER					
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
73	57274	SERHAT	PAÇACI	08/06/2017	SAKARYA BAROSU
74	56720	İLKCAN	YILDIRIM	08/06/2017	İZMİR BAROSU
75	54738	TUGAY	AĞIRCA	08/06/2017	KIRKLARELİ BAROSU
76	53858	MURAT CAN	KILIÇ	08/06/2017	AMASYA BAROSU
77	31012	İLKER KEREM	UYANIK	08/06/2017	İZMİR BAROSU
78	51589	İLYAS	DÖNER	15/06/2017	ANKARA BAROSU
79	51553	DENİZ	PAYZA	15/06/2017	ANTALYA BAROSU
80	51383	H. KUTUB	ZEREN	15/06/2017	TEKİRDAĞ BAROSU
81	51214	ZEYNEP	BİRCAN	15/06/2017	ZONGULDAK BAROSU
82	50472	RAMAZAN	YETGİN	15/06/2017	ANTALYA BAROSU
83	39401	AHMET TALİP	KELEŞ	15/06/2017	YALOVA BAROSU
84	56248	FERHAT	ACAR	15/06/2017	VAN BAROSU
85	55352	FERDİ	MANDALI	15/06/2017	TEKİRDAĞ BAROSU
86	26570	M.ALİ	AYGÜN	15/06/2017	ANKARA BAROSU
87	54035	KÜBRA	YILDIRIM ASLAN	15/06/2017	KOCAELİ BAROSU
88	53546	HAVVA NUR	ZAMBAKCI	15/06/2017	ANKARA BAROSU
89	53369	HAMDULLAH	DEMİR	15/06/2017	ŞIRNAK BAROSU
90	14837	M.BERAT	TÜKEL	15/06/2017	EDİRNE BAROSU

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	40772	GÖKHAN	AYDOĞAN	20/04/2017
2	50243	ESRA	POLATOĞLU	20/04/2017
3	43003	ANIL	TÜRK	20/04/2017
4	37187	AYŞEGÜL	HATİPOĞLU	27/04/2017
5	45803	DİLEK	KAYA FETTAHOĞLU	04/05/2017
6	33649	NESİBE	KÖKER YARGICI	04/05/2017
7	42637	SAMET	BOZPINAR	11/05/2017
8	41513	VOLKAN	BAYRAKTAR	11/05/2017
9	40737	FEYZİ	ÖZMEN	11/05/2017
10	42467	BAHTİYAR OZAN	KAYA	11/05/2017
11	41460	SERKAN	KIVRAK	11/05/2017
12	46240	DUYGU	KARA	11/05/2017
13	43046	MEHMET EMRAH	TOPRAK	18/05/2017
14	50614	BURCU	AYDIN	18/05/2017
15	21925	ŞAHİN	KARABULUT	18/05/2017
16	40137	ÖMER	BOZKURT	18/05/2017
17	43422	SİNEM	YÖNELLİ	18/05/2017
18	54949	OĞUZCAN	KUTKAN	18/05/2017
19	43585	NURDAN	BABAYİĞİT	18/05/2017
20	24405	RAZİYE	YAVUZ	18/05/2017
21	39461	ŞEYDA	ÜNAL	18/05/2017
22	54131	SONGÜL	GÜNER	18/05/2017
23	37200	İREM	AYVAZ	18/05/2017
24	37240	SERKAN	DEMİRKAYA	18/05/2017
25	23692	SİNAN	UĞUR	18/05/2017
26	33544	ORHAN	GÖÇEN	25/05/2017
27	43829	İSMAİL	YILMAZ	25/05/2017
28	34653	ÖZAL	SAYAN	25/05/2017
29	42906	VEYSİ	VURAL	25/05/2017
30	30945	ÖZDEMİR	DEDE	25/05/2017
31	32137	ÖNDER	ŞEKER	25/05/2017
32	21718	MUSTAFA	KARA	25/05/2017
33	44303	CEBRAİL	BİLMEZ	25/05/2017
34	43083	NURDAN	SAKA	25/05/2017
35	44991	AYŞE GÜL	GÜRER AKKAN	25/05/2017
36	46386	AKKIZ ŞİRİN	KULDAŞ	25/05/2017
37	24023	HATİCE	BARUTÇU	25/05/2017
38	26071	ELVAN	AKÇA	25/05/2017
39	45989	OLGUN SEFA	KILIÇ	25/05/2017
40	38988	SALİM	YOĞURTCU	25/05/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
41	39940	NAZAN	KAYA DEMİRAL	25/05/2017
42	44341	DOĞAN	ULUÇAY	25/05/2017
43	35347	ABDULLAH	OK	25/05/2017
44	35255	KÜRŞAT	KARAHAN	25/05/2017
45	42163	OZAN	ORAN	25/05/2017
46	23013	TURGAY	ÜNAL	25/05/2017
47	44345	HAVVA	ARISOY	25/05/2017
48	35688	HARUN	TÜLÜ	25/05/2017
49	44334	KADİR	AKDAĞ	25/05/2017
50	53348	MURAT	ÇAYLAN	25/05/2017
51	28807	SEYFETTİN	ÇİL	25/05/2017
52	40744	SELÇUK	BAYSAL	25/05/2017
53	38244	TUĞBA	ERENDUR	25/05/2017
54	44700	BÜŞRA	TANTAN	25/05/2017
55	25954	SAHURE	TIĞLI	25/05/2017
56	36496	MUHAMMED FATİH	TAŞTAN	25/05/2017
57	39043	SERVET	OLCAR	25/05/2017
58	44037	SİNEM GÖZDE	IŞIK	25/05/2017
59	55341	ZEYNEP HATUN	SARIÇAM	25/05/2017
60	25511	GÜLAY	CAN DEMİRTAŞ	25/05/2017
61	21105	CEMİL	AYDINALP	25/05/2017
62	22458	A.FURKAN	BARUTÇU	25/05/2017
63	36690	YAŞİN	AKBAŞ	25/05/2017
64	40624	GÜLAY	ARDA	25/05/2017
65	43126	SELİM	HAZİR	25/05/2017
66	37608	FIRAT	GICIK	25/05/2017
67	22031	NURAY	ÖZTÜRK	25/05/2017
68	29094	YELİZ	AKARÇAY EKİZ	25/05/2017
69	38494	ÖMER	POLAT	25/05/2017
70	44593	GÜLER	ATA	25/05/2017
71	21213	SİNEM	BİLGİN HANİMELİ	25/05/2017
72	23125	CİHAN	KOÇAK	25/05/2017
73	24330	MURAT ÖZGÜR	ÇİFTÇİ	25/05/2017
74	43375	BERKİN OSMAN	ALTUNOK	25/05/2017
75	22492	ARİF	ONUR	25/05/2017
76	24818	METEHAN	BABİLLİOĞLU	25/05/2017
77	33042	DİLEK	ÖZTÜRK	25/05/2017
78	46076	ASLI DİLARA	BAYAT	25/05/2017
79	27904	SELÇUK	URAL	25/05/2017
80	44180	ÇAĞRI	İNCEKARA	25/05/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
81	27808	UĞUR	YAĞIZ	25/05/2017
82	36079	ERHAN	AKSEL	25/05/2017
83	36764	GÜLŞAH	ÖZ	25/05/2017
84	30619	FARUK	COŞKUN	25/05/2017
85	35851	AHMET RIDVAN	KARAHÖYÜKLÜ	25/05/2017
86	39452	İSA	ÖZDEMİR	25/05/2017
87	38907	ESRA	BOYBEYİ	25/05/2017
88	26128	HÜSAMETTİN	AKBULUT	25/05/2017
89	35965	ALİ BUĞRA	GÜN	25/05/2017
90	37298	MUHSİN	UYSAL	25/05/2017
91	23426	ABDURRAHİM	TAŞ	25/05/2017
92	44751	AYŞE GÖRKEM	ÖCALAN	25/05/2017
93	31423	SİBEL	DENİZOĞLU	25/05/2017
94	32669	CANAN	DAMAR KURUÇAY	25/05/2017
95	38315	SELİN	OKUMUŞ	25/05/2017
96	23514	MURAT	ŞAKRU	25/05/2017
97	23362	NURDAN	ÇANGIR	25/05/2017
98	44118	FİRDEVS	TANRISEVEN	25/05/2017
99	26148	MEHMET	KARSON	25/05/2017
100	23501	ÖZGÜR	TAŞTAN	25/05/2017
101	40139	BÜŞRA	UÇAR ÖNER	25/05/2017
102	34926	ERHAN	AKTAŞ	25/05/2017
103	36658	TUBA	OYMAK	25/05/2017
104	45893	VOLKAN	AYYILDIZ	25/05/2017
105	26052	BESTE FATMA	HAYTA	25/05/2017
106	28796	HAMİT	GÜRHAN	25/05/2017
107	29190	TURGUT	AYDIN	25/05/2017
108	33438	EGEMEN	BEŞİNCİ	25/05/2017
109	22271	CANDAN	İLHAN	25/05/2017
110	38327	ABDULLAH	KARASOY	25/05/2017
111	42707	EMİNE BURCU	NAS	25/05/2017
112	41109	SİNEM	ÖZÇOBAN İNAL	25/05/2017
113	40619	GÜZİN	FIRAT	25/05/2017
114	37582	EBRU	UÇAR	25/05/2017
115	38820	MURAT	ÇETİN	25/05/2017
116	41706	FATİH	GÜRBÜZ	25/05/2017
117	52651	DOĞUKAN	SEVER	25/05/2017
118	32672	GÜLDALI	KESER	25/05/2017
119	40902	ABDULKADİR	ÖNAL	25/05/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
120	41484	CEMİLE	ÖZKALE	25/05/2017
121	41398	HÜSEYİN	ÖZDEMİR	25/05/2017
122	41952	SULTAN	MAÇİN	25/05/2017
123	42371	VOLKAN	BOZKAYA	25/05/2017
124	23594	EMİNE ASLI	YILDIZ	25/05/2017
125	45690	ASIYE	KONYAR	25/05/2017
126	27208	FATİH	BAYKAR	25/05/2017
127	39485	MEHMET ŞAKİR	BOZDAĞLI	25/05/2017
128	24084	ENDER OLCAY	OKUMUŞ	25/05/2017
129	22626	FULYA	ÇELİKER	25/05/2017
130	36183	GÜRHAN	GÜRSOY	25/05/2017
131	51377	FARUK	AKBULUT	25/05/2017
132	27922	SONGÜL	ÖZDEMİR	25/05/2017
133	44112	ALPER EMRE	BAĞCI	25/05/2017
134	45983	ÇAĞLA	KARAN ÖZÇELİK	25/05/2017
135	45932	ARZU BUŞRA	BAYRAKDAR	25/05/2017
136	45096	TUBA	BATAL	25/05/2017
137	44780	MUSA	İNCEKAN	25/05/2017
138	45381	MUSTAFA	ÇAKMAK	25/05/2017
139	47788	OĞUZHAN	KILIÇASLAN	25/05/2017
140	38937	TARIK ZİYA	ARSLAN	25/05/2017
141	22249	BİLAL	AKSOY	25/05/2017
142	46236	OSMAN	YILDIZ	25/05/2017
143	43064	NURAY	KEÇİÇİ	25/05/2017
144	40745	AHMET SERHAT	ŞENEL	25/05/2017
145	45812	TAHSİN	ERDİNÇ	25/05/2017
146	42537	CANER	CANGİR	25/05/2017
147	35411	ŞAFAK	YILDIRIM	25/05/2017
148	34796	ESRA	DEMİRTAŞ KARABAĞ	25/05/2017
149	38614	ÇİĞDEM	ÇAKIR	25/05/2017
150	32518	MUHAMMET	GÜLER	01/06/2017
151	32502	BİLAL	CAN	01/06/2017
152	41349	CİHAT	KARAKAYA	01/06/2017
153	28870	ÜMİT	ÖZ	01/06/2017
154	43232	ERSİN	YALÇIN	01/06/2017
155	30427	İLHAN	AKÇAY	01/06/2017
156	28067	YASEMİN	TURHAN TONTUR	01/06/2017
157	42613	MEHMET NEZİR	BULUT	01/06/2017
158	28864	ORHAN	KURTOĞLU	01/06/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
159	41444	NURULLAH	ATLI	01/06/2017
160	23221	TAHSİN	KUTANOĞLU	01/06/2017
161	26750	MEHMET AKİF	KAYA	01/06/2017
162	45709	DOĞUKAN	ATEŞ	01/06/2017
163	33305	TUNCAY	KÜRK	01/06/2017
164	28640	DİLEK	AKYÜZ	01/06/2017
165	39910	DUYGU	ÇAKIR EGELİĞİ	01/06/2017
166	30797	MEHMET LATİF	ÖNER	01/06/2017
167	22937	ÇİĞDEM	KARAKAN	01/06/2017
168	56805	ZÜLAL	BÜKER	01/06/2017
169	30844	FATİH	BAŞOL	01/06/2017
170	30796	DİNÇER	GÜZEL	01/06/2017
171	31202	BÜLENT	YILDIZ	01/06/2017
172	36423	SEMRA	MALKAMAK	01/06/2017
173	45289	AHMET İZZEDDİN	KILIÇ	01/06/2017
174	21252	ÖNDER	GÜMÜŞ	01/06/2017
175	36621	ELİF	ÖZTÜRK ÜNAL	01/06/2017
176	29036	MEHMET	GÖRÜCÜ	01/06/2017
177	36170	SERKAN	SAĞLAM	01/06/2017
178	30494	YUNUS	İŞLER	01/06/2017
179	39993	MELİHA ESRA	ŞENYİĞİT	01/06/2017
180	30925	HÜSEYİN	KARATAŞ	01/06/2017
181	28684	YUSUF	YILDIZ	01/06/2017
182	31054	İBRAHİM HAKKI	KILINÇ	01/06/2017
183	30409	SANEM	AKSOY	01/06/2017
184	27382	MURAT	SAĞSÖZ	01/06/2017
185	28917	AHMET	ERBAY	01/06/2017
186	43259	MEHMET EMİN	AYDOĞAN	01/06/2017
187	23702	NECMETTİN	AYDIN	01/06/2017
188	21977	ÖMER	ADLİM	01/06/2017
189	41128	MUSTAFA	DOST	01/06/2017
190	30762	SEMA	ÇAKIR ERDEMİR	01/06/2017
191	28315	FATİH	ÖZTÜRK	01/06/2017
192	30937	UĞUR	DÖKMETAŞ	01/06/2017
193	21376	HASAN	GÜR	01/06/2017
194	21390	MEHMET	ODABAŞI	01/06/2017
195	33618	ZEYNEL ABİDİN	KAPLAN	01/06/2017
196	23363	İSMAİL	SAMUR	01/06/2017
197	23730	SELİM	BABAVATAN	01/06/2017

AYRILMALAR				
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
198	28225	HÜSAMETTİN	DURAN	01/06/2017
199	26674	MURAT	ŞEN	01/06/2017
200	35090	ENGİN	SARI	01/06/2017
201	28578	MELİK	ŞENGÜL	01/06/2017
202	23811	SEVGİ	KAMIŞ ŞİMŞEK	01/06/2017
203	22016	HASAN	ÖZER	01/06/2017
204	35840	KEMAL BURAK	ÖZGÜR	01/06/2017
205	25798	AHMET AKİF	DEMİR	01/06/2017
206	23429	MAHMUT	GÜMÜŞEL	01/06/2017
207	36350	GÜLŞEN	MENGENE	01/06/2017
208	39130	EZGİ	BESEN	01/06/2017
209	36001	MURAT	ODABAŞIOĞLU	01/06/2017
210	42271	MİYASE	ALTAKHAN	01/06/2017
211	43532	HALİL	ORUÇ	01/06/2017
212	41665	FAHRİ	AYÇİÇEK	01/06/2017
213	33465	MUHAMMET ZAFER	DEMİR	01/06/2017
214	42598	ERKAN	PİR	01/06/2017
215	36913	İPEK	ÖZENLİ KESKİN	01/06/2017
216	43156	HÜSEYİN	AKYOL	01/06/2017
217	37192	ELİF ÖZGE	KÜÇÜKÖZ	01/06/2017
218	42199	AHMET	AYDIN	01/06/2017
219	29133	DAVUT	AKKUŞ	01/06/2017
220	43612	NURULLAH	AKGÜN	01/06/2017
221	44090	ALİ	ARTUNÇ	01/06/2017
222	46107	NİHAL	TEMİZSOY BAYRAM	01/06/2017
223	38748	SEDA	K.ERGÜL	01/06/2017
224	44502	ÜLKÜ	ÖZER	01/06/2017
225	43820	ALİ ONUR	ATAR	01/06/2017
226	39309	HANİFE	ÇARKACI	01/06/2017
227	22886	BURHAN	UZUNÇARŞI	01/06/2017
228	23318	SEVİLAY	CANDAN AKSAÇ	01/06/2017
229	23032	BÜLENT	GÖK	01/06/2017
230	43455	CEYHUN	AYVAZOĞLU	01/06/2017
231	44644	AYBÜKE RANA	ER	01/06/2017
232	45889	MUSTAFA ONUR	İRİDEMİR	01/06/2017
233	39221	MURAT	ŞENYİĞİT	01/06/2017
234	22754	MÜCAHİT	TANLIR	01/06/2017
235	29832	İLHAMİ	ÇEVİKER	01/06/2017
236	39755	LİNA	İSLAM	01/06/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
237	36168	KAMİL	ŞENYER	01/06/2017
238	32287	DİLEK	ÇOBAN DEMİR	01/06/2017
239	29120	SELDA	AKGÜL	01/06/2017
240	26173	AHMET	BAYRAM	01/06/2017
241	24908	YUNUS	ÖZDEMİR	01/06/2017
242	33759	CELAL MURAT	GÖRAL	01/06/2017
243	23182	BİLAL	KOLDAŞ	01/06/2017
244	41269	ANIL	BADEM	01/06/2017
245	43368	MUHAMMED SALİH	ŞIKTAŞ	01/06/2017
246	33293	LOKMAN	ARAS	01/06/2017
247	25860	ALİŞEN	KAYNAR	01/06/2017
248	42778	BUŞRA	ÖZEN	01/06/2017
249	44766	MERVE	ÖZEFE	01/06/2017
250	32517	İBRAHİM HALİL	ÇATLI	01/06/2017
251	40512	MUHAMMED BİLAL	DUVAR	01/06/2017
252	39162	SELÇUK	DADAK	01/06/2017
253	41151	CEMRE ÇİSEM	YILDIZ	01/06/2017
254	22563	MEHMET	KALKANDELEN	01/06/2017
255	28559	ABDULLAH ALP	ARSLANKURT	01/06/2017
256	43000	MERVE BURCU	KARAMAN	01/06/2017
257	26584	HASAN	ŞİŞMAN	01/06/2017
258	37492	KADRİYE	ODABAŞIOĞLU	01/06/2017
259	46397	ONUR	DOĞAN	01/06/2017
260	24127	AYTEKİN	ARSLAN	01/06/2017
261	30902	ALİ RIZA	SADIK	01/06/2017
262	27994	BAYRAM	KÖSEOĞLU	01/06/2017
263	30394	KAHRAMAN MEVLÜT	DEĞİRMENCİ	01/06/2017
264	44030	ESRA	KARASU	01/06/2017
265	47612	TUBA	GÜNTEKİN	01/06/2017
266	39432	BEYSUN	HİRİK GÜVEN	01/06/2017
267	46097	ÇAĞLA	OLKAN	01/06/2017
268	35728	MERVE	YALÇINKAYA	01/06/2017
269	28789	SEÇKİN	GÜL	01/06/2017
270	36966	YELDA	ÇORUK YEŞİLBAŞ	01/06/2017
271	37303	ENGİN	DEMİRCİ	01/06/2017
272	25727	NURETTİN	ÇARKACI	01/06/2017
273	21393	GÜNEY	DİGİLİ	01/06/2017
274	42213	MÜCTEBA	AKKAYA	01/06/2017
275	36036	BANU	EYÜBOĞLU	01/06/2017
276	21032	YUSUF	ŞENEL	01/06/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
277	21746	YUSUF	BAYRİ	01/06/2017
278	38551	NAZLI	ÇİMEN	01/06/2017
279	28342	DİNÇER	DURSUN	01/06/2017
280	27193	YASİN	BALCI	01/06/2017
281	44004	ZUHAL	ZEREN YILDIRIM	01/06/2017
282	44873	KEMAL	YAZICI	01/06/2017
283	27659	FATİH HALİT	USLU	01/06/2017
284	28566	FİKRET	ÖZGÜL	01/06/2017
285	23472	BARIŞ	KOÇUM	01/06/2017
286	26949	İBRAHİM	AKTAŞ	01/06/2017
287	31643	RECEP	GÜR	01/06/2017
288	30743	EMRE	ERDEMİR	01/06/2017
289	40876	SÜREYYA	KAYAALP	01/06/2017
290	41632	ÖMER	GÜNAY	01/06/2017
291	44838	TUĞÇE	CANDAN	01/06/2017
292	40572	HASAN	ARSLAN	01/06/2017
293	41480	ALİ	İNCEKARA	01/06/2017
294	57089	NİZAMETTİN	EKİCİ	08/06/2017
295	29908	ESİN	UZUNER ÇİĞRIK	08/06/2017
296	49130	DİLARA	BÖLÜK	08/06/2017
297	56682	FATİH	ERKARACA	08/06/2017
298	56117	ŞEYMANUR	KOÇ	08/06/2017
299	31248	HACI EYÜP	GÜLTEK	08/06/2017
300	25097	YUNUS	BASAT	08/06/2017
301	33678	YUSUF	SALMAN	08/06/2017
302	47568	AYDAN	BIYIKLI	08/06/2017
303	46587	VOLKAN	ERDUR	08/06/2017
304	44675	MUHAMMET FATİH	KARACA	08/06/2017
305	28847	VİLDAN	BAKIRCI	08/06/2017
306	48387	CANSU	YAĞ	08/06/2017
307	19454	NERİMAN	KARTAL	08/06/2017
308	32002	GÜLLÜ	CAMLI	08/06/2017
309	41313	YUSUF FUAT	CAN	08/06/2017
310	54427	PELİN	VARLI	15/06/2017
311	47865	ŞÜKRAN	GENÇ	15/06/2017
312	56868	MURAT	KIZILKAYA	15/06/2017
313	32457	LEYLA	ADIGÜZEL	15/06/2017
314	55530	ATACAN	ÖZATA	15/06/2017
315	29738	ŞENAY	AYDIN	15/06/2017
316	37455	ŞENOL	CİNKÖSE	15/06/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
317	48091	DİLARA	ZORLUER	15/06/2017
318	52215	YASEMİN	YILDIZ	15/06/2017
319	48444	CEREN	ÖZKAN	15/06/2017
320	46680	MURAT	TUSUN	15/06/2017
321	29152	GÜRSEL	AKIN	15/06/2017
322	47890	CÜNEYT	DEMİRCİ	15/06/2017
323	48067	BETÜL	KİRAZ	15/06/2017
324	52380	KEREM	AKPINAR	15/06/2017
325	40764	AYŞE ÇİĞDEM	TEZELLER	15/06/2017
326	48155	MERVE ASENA	TUNA	15/06/2017
327	25842	HİLMİ	KARAKAŞ	15/06/2017

KAVRAM DİZİNİ



KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

ADİ ORTAKLIK	388, 395, 399, 403
ADİ YAZILI SENET	380
ARAÇ HURDASI	604
ARAZİNİN NET GELİRİNİN TESPİTİ	413
ASIL - ALT İŞVEREN	545
AVAL ŞERHİ	484
AVUKATIN ALEYHE KARARA KARŞI KANUN YOLLARINA BAŞVURMASI	591
AVUKATLIK ÜCRETİ	501
AVUKATLIK ÜCRETİ	549
AYLIK AVUKATLIK ÜCRETİ	498

B

BAKIYE SÖZLEŞME ÜCRETİ	432
BELİRSİZ SÜRELİ SÖZLEŞME	434
BİR YILLIK SÜRE	363
BORÇLUNUN ÖDEMELERİ	421
BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ	422
BONO	482

C

CARİ HESAP	529
ÇEKTE TEMSİL	539
ÇEK HAMİLİ	536
CEZAI ŞART	357
CİNSEL TACİZ	582
ÇEK	488
ÇELİŞKİLİ RAPORLAR	519

D

DAVA AÇILMASI	403
DAVADAN SONRA YAPILAN ÖDEMELER	419

DAVALI BELEDİYE	494
DAVA TARİHİ	413
DAVAYA VERİLEN CEVAP	436
DEFTER KAYITLARI	532
DİRENME KARARI	378

E

ECRİ MİSİL	335
EN AZ SÜREYLE ÇALIŞMA KOŞULU	434
ESNAF FAALİYETİ	453

F

FATURAYA DAYANAN ALACAK	530
FAZLA ÇALIŞMALAR	440
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ	430
FAZLA ÇALIŞMA VE TATİL ÜCRETLERİ	447

G

GARANTİ SÜRELİ SÖZLEŞME	432
GEMİ ADAMI	430, 440
GENEL TATİL ÜCRETİ	440
GİDER AVANSI	473
GÖREVLİ MAHKEME	335, 405, 408, 481, 611

H

HACİZ İHBARNANESİ	537
HAKLI FESİH	352, 357, 417
HAKSIZ EYLEM	340
HAKSIZ TAKİP	536
HARCA ESAS DEĞER	501
HASILAT KİRASI	450
HESAP YÖNTEMİ	517
HİZMET ALIMİ	492, 496
HİZMET ALIMİ SÖZLEŞMESİ	490
HİZMET TESPİTİ	465, 543

I

İCRA İNKAR TAZMİNATININ KOŞULLARI	409
İCRA MAHKEMELERİ	485
İDARİ PARA CEZASI	611
İHTİYATİ HACİZ	487
İNTİFA HAKKI	503
İNTİFA HAKKININ SONLANMASI	503
İŞÇİNİN DAVRANIŞLARI	352
İŞÇİLİK ALACAKLARI	490
İCRA İNKAR TAZMİNATI 417, 419, 421, 529, 530, 531, 534, 535	
İFA YERİ	533
İSPAT YÖNTEMİ	532
İŞ SÖZLEŞMESİ	357, 430, 440
İŞE İADE DAVASI	445
İŞ KAZASI	457, 459, 469
İTİRAZIN İPTALİ DAVASI	363

K

KAMU GÖREVLİSİ	340
KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA	414
KATILMA ALACAĞI	405, 408
KATKI PAYI ALACAĞI	424
KAT MÜLKİYETİ	335
KAZADA YARALANM	514
KAZANILMIŞ HAK	388
KEFALET SÖZLEŞMESİ.....	534
KENDİ HESABINA ÇALIŞMA	543
KESİNLEŞME DURUMU	485
KESİNLEŞMİŞ KARAR	445
KESİNTİSİZ ÇALIŞMA	465
KİRA BORCU	416, 422
KİRA SÖZLEŞMESİ	417
KİŞİLİK HAKLARI	411
KIZ ÇOCUĞUNUN ÖLÜMÜ	517
KÖTÜ NİYET TAZMİNATI	536
KURUMUN RÜCU HAKKI	457

KUSUR DURUMU	469
KUSURUN VE TAZMİNATIN TESPİTİ	459

L

LEHTAR CİRANTA	482
----------------------	-----

M

MADDİ TAZMİNAT	514
MAHKEME İLAMI	378
MALULİYET	519
MANEVİ TAZMİNAT	522
MENFİ TESPİT DAVASI	538
MESKENİYET İTİRAZI	481
MUVZAALI BOŞANMA	541
MÜVEKKİLİN YAZILI TALİMATININ ARANMASI	591

O

OFF SHORE	478
ORTAKLIĞIN KAZANIMLARI	395
ÖDEME YASAĞI	488
ORGANİK BAĞ.....	494
ÖZEL EVRAK	580

P

PEŞİN ÖDENEN KİRANIN İADESİ	417
PMF TABLOSU	514, 517, 519

R

RESMİ EVRAKTA SAHTECİLİ	580
RÜCU DAVASI	459, 467, 496
RÜCU KOŞULLARI	492

S

SEMBOİK TAHAKKUKLAR	447
SENDİKA ÜYELİĞİ	438
SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ	347, 533
SPORCU ALACAĞI	494
ŞAHSİ SORUMLULUK	539
ŞUA İZİNİ	429

T

TAKDİRİ İNDİRİM	357
TAKSİ ŞOFÖRÜ	450
TALEP DEĞİŞTİRME	386
TANIK LİSTESİ	436
TAPU İNTİKAL VE TESCİL DAVASI	498
TARAF TEŞKİLİ	467
TASFİYE	395
TASFİYE İŞLEMLERİ	388
TASFİYE YÖNTEMİ	399
TAZMİNAT HESABI	457
TAZMİNAT İSTEMİ	340
TEBLİGAT YÖNTEMİ	507
TEKRAR İŞE BAŞLATILMA	445
TEMERRÜT	525
TİCARETİ TERK SUÇU	570
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA	438
TRAFİK	469
TRAFİK SİGORTASI	525
TRAFİKTEN MEN	599
TÜKETİCİ İŞLEMİ	478

U

USUL HUKUKU	386
UYAP İŞLEMİ	473
ÜÇ KİŞİDEN FAZLA ÇALIŞAN OLMASI	453

V

VERGİ	604
-------------	-----

Y

YABANCI PARAYLA TAKİP	535
YARI YARIYA SORUMLULUK	496
YERSİZ ÖDEME	541
YETKİLİ MAHKEME	533
YOKSULLUK NAFKASI	614

Z

ZAMANAŞIMI	347
ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI	429
ZAMANAŞIMINA UĞRAMIŞ BONO	531



Çalışmanın sorunsalı; Türkiye'deki özdenetim, bu konularda, başka bir ifade ile; basın özgürlüğünün sağlanması adına özdenetimin iki temel fonksiyonunu yerine getirmede, hukuki açıdan gerekli aksiyonları alıp almadığının tespiti ve yeterli çözümleri üretip üretmediği noktasında toplanmaktadır.

Dolayısıyla, başlıca amaç genel olarak; Türkiye'deki özdenetim mekanizmalarının, daha işlevsel hâle getirilebilmesi için sadece hukuki değil, yapısal, mâli bağımsızlık, vb. açılardan değerlendirilmek suretiyle öneriler ortaya koyarak konunun gerek gazeteciler gerekse akademisyenler tarafından tartışmaya açılmasının sağlanmasıdır.

Konunun hukuki perspektiften değerlendirilmesi ile güdülen temel amaç ise; anılan iki işlevin yerine getirmesi adına hukuki açıdan gerekli aksiyonların alıp almadığının tespiti ile özdenetim meka-

nizmalarındaki şikâyet prosedürünün; kadüklükten kurtularak, günümüz dünyasına ve Türkiye şartları ile yasal gelişmelere ayak uydurarak işlevsellik kazanması adına radikal bir değişikliğe gitmesi zaruretini ortaya koymak ve yine bu meselenin gerek akademisyenler gerekse basın ve hukuk alanındaki uygulayıcılar arasında tartışmaya açmaktır.

Konu Başlıkları

Basın Özgürlüğü

Basında Özdenetim

Türkiye' deki Özdenetim Mekanizmalarının Uygulamalarına İlişkin Hukuki Eksiklikler

Yayınevi: Legal Yayıncılık

