İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

TEMMUZ - AĞUSTOS 2018
CİLT: 92 • SAYI: 2018/4 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

TEMMUZ - AĞUSTOS 2018

CİLT: 92 - SAYI: 2018/4 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 Yayımlanır.

•

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Mehmet DURAKOĞLU

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Cengiz YAKA

•

Yayından 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
İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.
Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60
Yayın Kurulu: (0216) 585 21 74
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 2018

İÇERİK DİZİNİ

Yayın Kurulundan 9

Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri

Av. Talih UYAR 15

Kamu İhale Sözleşmelerinin Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Usulüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler

Doç. Dr. Ozan CAN / Çiğdem GÖKÇE 103

Aşkın Zarar Ve Hesaplanması

Dr. Namık Kemal UYANIK 116

Vergi Usul Kanununa Muhalefet Suçlarından "Sahte Belge Düzenleme/Kullanma" Suçlarında, Yargı Ve Öğretideki Bir Şablon Ve Dogmatizme Karşı Eleştirilerimiz, Görüş ve Önerilerimiz

Av. Kahraman ATAY 135

İnşaat İşlerinde Vergi

Av. Özge AK 149

Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

Av. İnci ERBİLEN 167

İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Ermesi

Hilal GÜL 189

Fazla Çalışma Sürelerine İlişkin Yönetmelik Değişikliği Bağlamında İşçi Mağduriyeti

Av. Gülşah GÜVEN DULAY 202

Sigortalı Çalışan Avukatlar ve Stajyer Avukatlar Bağlamında Avukatlık Mesleğinin Güncel Sorunları

Av. Erdi YETKİN 210

Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Unsuru

Av. Büşra BAŞ 224

İşe İade Davası Derdest İken İşçinin Yeni Bir İşte Çalışmaya Başlaması Halinde "4 Aylık Boşta Geçen" Süreye İlişkin Hakkı

Stj. Av. Adnan İLKİS 236

YARGITAY İCTİHADI BİRLEŞTİRME GENEL KURUL KARARLARI 241

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 247
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 286
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 308
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 311
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 320
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 325
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 327
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 367
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 387
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 390
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 395
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 399
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 427
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 430
Yargıtay Ceza Dairesi Kararları 436
İdari Yargı Kararları 445

Yararlı Bilgiler

Tablo ve Çizelgeler 453

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz 461
Nakiller 466
Ayrılmalar 467

Kavram Dizini

Kavram Dizini 469

YAYIN KURULU'NDAN

ADLİ TATİL

Günümüzde taşınmaz hukuku önemli bir sorun olarak karşımızda duruyor. Mahkemelerin iş yükünün önemli bir kısmı bu kapsamdaki davalarla ilgili. Kentsel dönüşümün hızlanmasıyla artan bu tür uyuşmazlıklardan kaynaklı davalar, adliye koridorlarındaki avukatların ajandalarında önemli bir yer kaplıyor.

Ecrimisil -Taşınmazlar için haksız işgal tazminatı- davaları da taşınmaz hukukunda esaslı dava kalemlerini oluşturuyor.

Yüksek Mahkeme içtihatlarına yoğun biçimde sayfalarımızda yer vererek konuya ışık tutacak hukuki yaklaşımları meslektaşlarımızın bilgisine sunuyoruz.

Yalnızca bu kararların özetlerini okumanın dahi fikir sahibi olmamızı sağlayabileceğini umuyoruz.

***

28.02.2018 tarih ve 7101 Sayılı Kanun'la, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun konkordatoya ilişkin 285 vd. maddelerinde değişiklik yapılarak, uygulamada tamamen terk edilmiş görünen 'konkordato kurumu'nun yeniden canlandırılması amaçlandı.

Yasa koyucu tarafından İİK'in 178-179c maddelerinde düzenlenmiş bulunan –ve 2003 yılından beri uygulanmakta olan- 'iflâsın ertelenmesi' kurumunun kaldırılması ile ortaya çıkan boşluğun doldurulması amacıyla yapılan bu değişikliklerle –İsviçre Hukuku örnek alınarak- konkordato kurumuna yeniden işlerlik kazandırılmak amaç edinilmiş görünüyor.

Yeni "Konkordato Hukukumuz –" '70 Soru'da Konkordato" ve "Konkordato Süreci" ("Konkordato" Nasıl Talep Edilir? Nasıl İncelenir? Nasıl Sonuçlandırılır?) şeklinde- 'iki başlık altında' (İki Bölüm halinde) **Av. Talih Uyar** tarafından dergimizde değerlendiriliyor.

***

Adli tatil başladı.

Meslektaşlarımızın yoğun bir adli süreci geride bıraktığını biliyoruz.

Adli tatilde kendimize biraz zaman ayırabilirsek mesleğimizi daha verimli ve dinamik şekilde yerine getirmemiz kolaylaşabilir.

Saatin kendisi mekan, yürüyüşü zaman, ayarı insandır. Bu da gösterir ki, zaman ve mekan insanla mevcuttur, der **Tanpınar.**

Yeni adli yılda buluşmak umuduyla

Yayın Kurulu

YAZILAR

YENİ KONKORDATO HUKUKUMUZUN TEMEL İLKELERİ

Av. Talih UYAR[1]

28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanun'la, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunumuzun konkordatoya ilişkin 285 vd. maddelerinde değişiklik yapılarak, uygulamada tamamen terk edilmiş görünen *'konkordato kurumu'*nun yeniden canlandırılması amaçlanmıştır.

İİK.'nun 178-179c maddelerinde düzenlenmiş bulunan –ve 2003 yılından beri uygulanmakta olan- *'iflâsın ertelenmesi'* kurumunun kaldırılması ile ortaya çıkan boşluğun doldurulması amacıyla yapılan bu değişikliklerle –İsviçre Hukuku örnek alınarak- konkordato kurumuna yeniden işlerlik kazandırılmak istenmiştir.

Yeni[2] *"Konkordato Hukuku"*muz **–"70 Soru'da Konkordato"** ve **"Konkordato Süreci"** ("Konkordato" Nasıl Talep Edilir? Nasıl İncelenir? Nasıl Sonuçlandılır?) şeklinde- 'iki başlık altında' (İki Bölüm halinde) açıklanacaktır.

Birinci Bölüm

1. "70 SORU"DA KONKORDATO

(KAVRAMLARLA KONKORDATO)

«**Konkordato**»[3] (İİK. 285 vd.) **nedir?**

Konkordato; «bir borçlunun, alacaklılarının belli bir çoğunluğu ile yaptığı ve ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden bir cebri anlaşma olup, bununla alacaklılar, borçluya karşı alacaklarının bir kısmından feragat ederler ve/veya borçluya borcunu ödeme konusunda belli bir süre verirler, borçlunun bu süre içinde, borcunun kabul edilen kısmını ödemekle borçlarının tamamından kurtulmasını sağlayan bir

---

1 İzmir Barosu Avukatlarından (9 Eylül Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

2 Bknz: 7101 sayılı ve 28.02.2018 tarihli "İCRA VE İFLÂS KANUNU VE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN" (RG. 15.03.2018 T. ve 30361 s.) m.13-46

3 Bu "Bölüm"de; "konkordato" sözcüğü ile "adi konkordato" kastedilmiştir…

hukuki müessese»dir.[4]

4 Benzer tanımlar için bknz: Konkordato; «dürüst bir borçlunun, imtiyazsız alacaklılarının (en az üçte iki [Not: Yeni İİK. m.302/III'de bu oran "Konkordato projesi; kaydedilmiş olan alacaklıların ve alacakların yarısını veya kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte birini ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş ise, kabul edilmiş sayılır" şeklinde değiştirilmiştir….]) çoğunluğu ile yaptığı ve ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden öyle bir cebri anlaşmadır ki, bununla imtiyazsız alacaklılar borçluya karşı alacaklarının belli bir yüzdesinden feragat ederler ve borçlu, borçlarının konkordato ile kabul edilen kısmını (yüzdesini) ödemekle, borçlarının tamamından kurtulur» (KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, 2013, s: 1444 – KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku C: 4, 1997, s: 3585 – KURU, B. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 2016, s: 680); «borçlu ile alacaklıların yaptığı anlaşma ile aralarındaki alacak-borç ilişkisinin, karşılıklı olarak belirlenen şartlar çerçevesinde (kural olarak sona erdirilmesidir» (YILMAZ, E. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2016, s: 1256); «dürüst bir borçlunun, belli bir zaman dilimi içerisindeki adi borçlarını, [Not: Yeni İİK. m.308 h/III'de "….rehinli alacaklıların, alacak miktarı itibariyle üçte ikiyi aşan çoğunluğu ile bir anlaşma hasıl olursa…." ve IV'te "borçlunun tekliflerinin alacak miktarı itibariyle üçte ikiyi aşan çoğunlukla kabul edilmesi halinde…." denilerek, 'rehinli alacaklılar' da konkordatonun kapsamına dahil edilmiştir.] alacaklıları tarafından kanunda öngörülen nitelikli (mevsuf) çoğunlukla kabul edilmiş ve yetkili makamca tasdik edilmiş olan teklifi doğrultusunda ve kendisi için daha elverişli olan şartlar çerçevesinde ödemesini mümkün kılmak üzere, ona kanun tarafından tanınmış bir hukuki imkandır (hukuki lütuftur)» (TANRIVER, S. Konkordato Komiseri, 1993, s: 3 – TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. Konkordatonun Tasdiki, 1996, s: 29); «bir borçlunun yaptığı teklifin, kanunda öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklıları tarafından kabul edilmesi ve yetkili makamca tasdik edilmesi sonucu, belli bir zaman dilimi içerisindeki tüm borçlarını, teklifi doğrultusunda ve kendisine uygun koşullar çerçevesinde ödemesini mümkün kılan bir hukuki imkandır» (PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, 2013, s: 775); "Bir borçlunun yaptığı teklifin kanunda öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklıları tarafından kabul edilmesi ve yetkili makamca tasdik edilmesi sonucu, belli bir zaman dilimi içerisindeki borçlarını, teklifi doğrultusunda ve kendisine uygun koşullar çerçevesinde ödemesini mümkün kılan bir hukuki imkan, cebri bir anlaşmadır." (SARISÖZEN, M.S. 7101 Sayılı Kanun Kapsamında İcra İflas ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler, 2018, s:45) – "Borçların yeniden yapılandırılması suretiyle iflasa tabi borçluların mali durumunun düzeltilerek iflastan kurtulmasını, diğer borçluların ise mali durumunun düzeltilmesini amaçlayan, alacaklıların da belirli bir tenzilatla veya vadede alacağına kavuşmasını sağlayan ve mahkemenin tasdikiyle taraflar açısından bağlayıcı hale gelen bir anlaşma" (AKBULAK, Y. İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişiklikler, "LEGAL HUK. DER. S:184, Nisan 2018, s:1695") - «herhangi bir borçlunun veya borçlunun iflâsını isteyebilecek alacaklıların ödeme projesinin; alacaklıların belirli bir çoğunluğu tarafından kabulü ve mahkemenin onayı ile gerçekleşen ve borçlunun, borçlarının bir kesiminden kurtulmasını veya ödeme şeklinin değişmesini sağlayan, iflâsa nazaran yumuşatılmış, alacaklıların eşit olarak tahminine yönelik kollektif bir icra kurumudur» (ALTAY, S. Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C: 1, 2005, s: 16 – ALTAY, S./ESKİOCAK, A. Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, 3. Bası, 2017, s: 13) ve «borçlunun, borçların ödeme şekli ile yaptığı teklifin kanunda öngörülen çoğunlukta alacaklılar tarafından kabul edilmesi ve yetkili makamca tasdik edilmesi sonucu, tüm âdi borçlarını ödeyebileceği koşullar göz önüne alınarak kararlaştırılan süre ve/veya miktarda ödemesini mümkün kılan bir hukuki müessesedir» (COŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, 5. Baskı, 2016, s: 4852) . – Ayrıca bknz: BERKİN, N. İflâs Hukuku, 1972, s: 521 – POSTACIOĞLU, İ. Konkordato, 1965, s: 122 – GÜRDOĞAN, B. İflas Hukuku Dersleri, 1966, s:155 - ULUKAPI, Ö. Konkorda-

Konkordato, elinde olmayan nedenlerle, işleri iyi gitmeyen ve mâli durumu bozulmuş olan, dürüst borçluları korumak için kabul edilmiş bir müessesedir.[5]

Piyasa koşulları, ekonomik kriz, aslında kötüniyetli olmayan borçluları, borçlarını ödeyemeyecek duruma düşürebilir. Mâli duruma bozulmuş ve bu nedenle tüm borçlarını vadesinde ödeyemeyecek durumda olan borçlular eğer iflâsa tabi ise iflâsın eşiğinde bulunuyor demektir eğe iflâsa tabi değilseler, önce davranan alacaklılar alacaklarına tamamen kavuşabilirken, diğer -borçlularına iyiniyetle daha fazla tolerans gösteren, daha fazla zaman tanıyan- alacaklılar ise alacaklarını hiç ya da tamamen alamayacaklardır…

Kanunkoyucu, bu durumda bulunan bir borçluya, «alacaklılarının çoğunluğu ile» bir anlaşma yaparak, kendisine alacaklılarının tanıdığı (yeni) süre içinde borçlarını ödeme olanağı tanımıştır. Bu durumda bulunan bir borçlu «alacaklılarının -kanunda öngörülen orandaki- çoğunluğu» ile anlaşırken çok kez onlardan yeni bir süre (mehil) alma (vade konkordatosu) yanında, ayrıca «alacaklarının bir yüzdesinden (miktarından) da vazgeçmelerini» (yüzde konkordatosu) sağlar…

Yakın zamana kadar konkordato talebinin dikkate alınabilmesi ve mühlet kararının verilebilmesi için *"dürüstlük"* koşulu doktrinde sık sık eleştirilen bir koşul olarak karşımıza çıkmaktaydı. 4949 sayılı Kanun değişikliği ile "borçlunun işlerindeki doğruluğu" ibaresinin çıkarılması suretiyle dürüstlük koşulunun, yargı organlarınca konkordato mühleti verilmesi bağlamında artık aranmayacağı gibi bir izlenim oluşturulmasına ve madde gerekçesinde, mühlet verilmesinin koşulları arasında dürüstlük koşulunun yer almadığı belirtilmesine rağmen doktrinde 'konkordatoda dürüstlük koşulunun halen geçerli olduğu' 7101 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden önce vurgulanmakta idi.[6]

---

tonun Feshi, 1998, s: 8 – ULUKAPI, Ö. İcra ve İflâs Hukuku, 2015, s: 519 vd. – ERCAN, İ. İcra ve İflâs Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, 2008, s: 43 – ERCAN, İ. Uygulamalar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 3. Baskı, s:757 – YILDIRIM, M.K./YILDIRIM, N.D. İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, 2016, s:518 - MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku 6. Baskı, C: 2, 2013, s: 1672 – BURULOĞLU, E./REYNA, Y. Konkordato Hukuku ve Tatbikat, 1968, s: 3 şeklinde, Yargıtay içtihatlarında da «İİK'nun 285-309. maddelerinde yer alan konkordato koşulları var olduğu takdirde, borçlarını ödeyemeyecek hale gelen borçlunun iflâstan kurtulmak için aman dilemesi sonucu uygulanan hafifletilmiş bir kollektif icra müessesesidir» (Bknz: 14. HD. 6.3.1980 T. 1069/1246 «www. e-uyar.com»); «hakimin tasdikine bağlı bir sulh akdi niteliğinde olup, kabul etmiş olsun olmasın, konkordato mehlinden evvel doğan bütün alacaklar hakkında mecburidir» (Bknz: İİD. 6.4.1976 T. 1196/4211 «www.e-uyar.com»).

5 KURU, B. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, s: 680 – KURU, B. El Kitabı, s: 1143

6 TANRIVER, S. İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları (MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, 2017, s:253)

Doktrinde yapılan eleştirilerde 7101 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce *"projenin alacaklıları zarara sokma kastından ari olup olmaması"* ifadesinin metinden çıkarılması gerektiği vurgulanmıştı. Bu konuda *"sözü edilen ibarenin muhafaza edilmiş olması genel çerçevede kusur araştırması temeline dayalı olarak, daha dar kapsamda da olsa borçlunun dürüstlüğünün, mühlet verilmesi aşamasında hala yasal bir koşul olarak aranması gerektiğine üstü örtülü bir biçimde de olsa işaret etmektedir. Bu durumda, icra mahkemesi, konkordato mühleti talebini karara bağlarken, projenin alacaklıları zarara sokma kastından ari olup olmadığını belirleme temelinde, kusur araştırmasını baz almak suretiyle borçlunun dürüst olup olmadığını tayine çalışacaktır….. Konkordatoda dürüstlüğün korunmasını baz alan bir suçun yaratılması (İİK. m.334) ve varlığının korunması, borçlunun dürüstlüğünün, konkordato prosedürünün bütününde hala etkili olduğunun diğer göstergelerini oluşturmaktadır. Sonuç olarak kapsamı daraltılmış kusur araştırmasına dayalı bir analize indirgenmiş olsa bile, dürüstlük halihazırda mühlet talebinin incelenmesi ve karara bağlanması bağlamında, göz ardı edilemeyecek olan bir yasal koşul durumundadır."*[7] denilmişti. Bugün **doktrinde**[8] *"konkordato mühleti içinde borçlunun iyiniyetinden şüphe edilmesini gerektiren tutum ve davranışlar sergilemiş bulunmasının, konkordato mühletinin kaldırılması sebeplerinden çıkarılması ve 'projenin alacaklıları zarara sokma kastından ari olup olmaması' ifadesinin metne alınmaması isabetli olmuştur"* denilmiştir.

Bu kurum, **hem** *borçlunun* ve **hem de** *alacaklıların* lehinedir. Gerçekten, konkordato sayesinde *borçlu iflâsa tabi ise* iflâstan ve onun bütün hukuki ve cezai sonuçlarından kurtulmuş olur. Eğer borçlu *iflâsa tabi değilse,* bütün malvarlığının, alacaklıları tarafından haczedilip sonunda satılmaları sonucunda, borçlularından kısmen kurtulur ve alacağını kısmen ya da tamamen alamamış olan alacaklılarının da cebri icra tehdidiyle hayatını sürdürmeye çalışır…

Bu kurum *alacaklıların da lehinedir.* Çünkü, konkordato ile alacaklılar haciz ve iflâsın gerektirdiği masrafları yapmadan -ve dolayısı ile, daha fazla ölçüde- alacaklarını elde ederler…

4949 sayılı Kanun ile -2003 yılında- yapılan değişiklik sonucunda «alacaklılara da konkordato işlemlerine başlatılmasını isteme hakkı» tanınarak «borçlu ile alacaklılar» ve «alacaklılar» arasında[9] eşitlik sağlanmış

7 TANRIVER, S. agm. s:253 vd.

8 SARISÖZEN, M.S. age. s:60

9 TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s: 31 – TANRIVER, S. age. s: 5 – ULUKAPI, Ö. Konkordatonun Feshi, 1998, s: 12

başka bir deyişle bu suretle konkordatoda «borçlu ile alacaklıların menfaatleri eşit olarak» gözetilmiştir…[10]

2. «Konkordato»nun, (İİK.285 vd.), «iflâs»a (İİK. 165 vd.) benzer ve ondan ayrılan (farklı) yönleri nelerdir?

Konkordato, tarif (tanım) ve amacı (gayesi)'nden anlaşıldığı gibi; «kollektif bir tasfiye» şeklidir, yani borçlunun bütün borçlarını kapsar. Bu nedenledir ki **doktrinde** konkordatonun; «*iflâsa nazaran hafifletilmiş bir kollektif icra kurumu*»[11] olduğu bildirilmektedir.

«*Kollektif nitelik*» taşıması sebebiyle, *haciz* ve *rehnin paraya çevrilmesi* yoluyla takiplerden ayrılan konkordato, iflâs'a benzer. Ancak şu hususlarda iflâstan ayrılır:[12]

a) İflâsa, alacaklılardan birinin veya bizzat borçlunun talebi üzerine mahkemece karar verildiği ve bu karar verildiği ve bu karar inşai bir nitelik taşıdığı halde *konkordato*, borçlunun alacaklılarının ekseriyeti ile anlaşması sonucunda meydana gelir. Burada da mahkeme kararına (tasdikine) ihtiyaç varsa da, bu karar *konkordato* için inşai bir nitelik taşımaz. Çünkü borçlunun, bütün alacaklıları ile anlaşarak, mahkeme kararı bulunmaksızın, *konkordato* akdetmesi mümkündür.

b) *Konkordatoda* tasfiye, bizzat borçlu tarafından -daha az masraflayapıldığı halde, *iflâsta* bu iş iflâs organları tarafından -oldukça masraflı olarak- yapılır.

c) İflâs, borçlunun tasarruf ehliyetini tamamen kaldırdığı halde, *konkordatoda* borçlunun tasarruf ehliyeti –kural olarak- devam eder.

d) İflâs, kesin bir tasfiye şekli olmadığından, iflâsta alacağını tamamen alamamış alacaklılara «aciz belgesi» verilir, alacaklılar yeni mal iktisap eden müflisi takip edebilirler.

Halbuki *konkordato*, borçluyu borcundan kesin olarak kurtarır ve alacaklılar, alacaklarının konkordato dışında kalmış olan kısmını artık borçludan talep edemezler.

---

10 UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, 3. Baskı, 2014, C: 3, s: 4610 vd.

11 MUŞUL,T. İcra ve İflas Hukuku Esasları, 6. Baskı, 2017, s:850 vd. - BERKİN, N. age. s: 521 – GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku Dersleri, 1966, s: 156 – ALTAY, S. age. C: 1, s: 16

12 BERKİN, N. age. s: 521 vd. – BERKİN, N. İflâs Hukukunda Konkordato, 1949, s: 11 vd. – POSTACIOĞLU, İ. age. s: 14 vd. – GÜRDOĞAN, B. age. s: 156 – UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. age. C:3, s:4611 vd. – ALTAY, S./ESKİOCAK, A. a.g.e., s:24 vd., 3. Bası, 2017, s:24 vd. – ALTAY, S. a.g.e., C:1, s:30 vd. – ERİŞ,G. Uygulamalı İflas ve Konkordato Hukuku, 1991, s:791 vd.

e) İflâs eden borçlu için kanunda yer alan -özellikle kamu hukukuna ilişkin- müeyyideler, *konkordatoya* giden borçlu için söz konusu olmaz.

f) *Konkordatoya* gitmek için tacir olmak şart olmadığı halde, iflâs ancak tacirler için öngörülmüştür.[13]

3. "Konkordato"nun (İİK.285 vd.), "iflasın ertelenmesi"ne (İİK.179 a-179 c) benzer ve ondan ayrılan (farklı) yönleri nelerdir?

a) İflasa tabi olsun/olmasın tüm *'borçlular'* (İİK. m.285/I) ile *'iflas talebinde bulunabilecek olan alacaklılar'* (İİK. m.285/II), *konkordato* talep edebilirken, sadece *'sermaye şirketleri'* ile *'kooperatifler'* (İİK. m.179/I) *iflasın ertelenmesini* talep edebilirler.

b) *"İflasın ertelenmesi"*ne mahkemece karar verilebilmesi için, alacaklıların rızası aranmaz. Alacaklılar bu talebe karşı çıkmalarına rağmen, koşulların oluşması halinde mahkemece iflasın ertelenmesine karar verilir (İİK. m.179a/son).

Halbuki, *"konkordato"*nun mahkemece onaylanabilmesi, toplantıya katılan alacaklıların belli bir sayıda olmasına bağlıdır (İİK. m.302/III).

c) Sadece *'pasifi aktifinden fazla olan'* (borca batık olan) borçlular iflasın ertelenmesini isteyebilirken (İİK. m.179/I), *'borçlarını vadesi geldiği halde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan borçlular'* (İİK. m.285/I) konkordato talebinde bulunabilirler.

d) "*Konkordato"da,* rehinle temin edilmemiş alacaklar için konkordato mühleti süresince faiz işlemez iken (İİK. m.294/III), *iflasın ertelenmesi* halinde faizlerin işlemesi durmaz.

e) *"Konkordato"* -*'konkordato talebinden önce'* veya *'komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan'*- bütün alacaklar için mecburi olduğu halde, *iflasın ertelenmesi*nde böyle bir durum söz konusu değildir.

f) *'İflasın ertelenmesi'*nde alacaklılar, alacaklarının bir kısmından vazgeçip vazgeçmeme konusunda serbest olmalarına rağmen, *'konkordato'*da, genellikle, alacaklıların alacaklarının bir kısmından feragat etmeleri halinde (İİK. m.306/I) konkordato başarıya ulaşır.

g) *"Konkordato"*, '*29 aylık* bir süreç'i öngördüğü halde, uzatma süreleri de dikkate alındığında, iflasın ertelenmesi süresi toplamda *5 yıla* kadar çıkabilmektedir.[14] [15]

---

13 UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. age. C: 3, s: 4612

14 ÖZTEK, S. İflasın Ertelenmesi, 2007, s:127 – ERMENEK, İ. İflasın Ertelenmesi, 2009, s:138

15 Bknz: 23. HD. 07.03.2018 T. E:2017/390 K:2018/2084 (www.e-uyar.com)

h) *"Konkordato"* hukuki niteliği itibariyle, *'borçların tasfiyesine yönelik bir anlaşma'* olup, 'iflas tasfiyesine göre daha hafifletilmiş bir tasfiye usulü' olarak kendini gösterir. Oysa *iflasın ertelenmesi 'bir tasfiye usulü'* olmayıp, *'iflas yargılaması içinde bir geçici koruma tedbiri'*dir.

i) *Konkordato* teklifinde bulunabilmek için, borçlunun mali durumunun ne derecede bozulduğunun bir önemi yoktur. Bu anlamda aciz halinde olan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato teklifinde bulunabilir ve şartları varsa konkordato tasdik edilebilir. Buna karşılık, *iflasın ertelenmesi* talebinin kabul edilebilmesi için her şeyden once, *'sermaye şirketi veya kooperatif'* borca batık durumda olmalıdır.

j) *Konkordato* ile kural olarak ya borcun bir kısmı ortadan kalkar veya vadesinde bir değişiklik meydana gelir, ya da her ikisi birden gerçekleşir. Buna karşılık *iflasın ertelenmesi,* bir konkordato yahut yeniden yapılandırma süreciyle sonuçlanmadığı takdirde aynı sonuç doğmaz. Bu itibarla iflasın ertelenmesi talebinin kabul edilebilmesi için, alacaklıların onayının alınması bir yana, asliye ticaret mahkemesi alacaklıları dinleyip dinlememek konusunda dahi kural olarak serbesttir. Başka bir deyişle *konkordato,* sıkı şartlara tabi kılınmış bir imkandır ve alacaklıların çoğunluğunun katılımını gerektirir. Buna karşılık *iflasın ertelenmesi* borca batık bir sermaye şirketi veya kooperatifin kural olarak alacaklıların katılımı olmaksızın, içinde bulunduğu mali çöküntüden kurtulmasına imkan verir.

k) *"İflasın ertelenmesi"* prosedürü *"konkordato"* ya nazaran, daha basit, daha esnek ve daha seri olarak işleyen ve daha kolay sonuç alınmasına olanak tanıya bir kurumdur.

l) *"İflasın ertelenmesi"* süresi içinde borçlu, *"konkordato"* mühleti içinde sahip olduğu tasarruf yetkisinden daha fazlasına sahiptir. Borçlu *"iflasın ertelenmesi"*nde daha esnek ve daha ılımlı bir rejime tabi tutulmuştur…

m) *"İflasın ertelenmesi"*ne, iflasın açılmasından sonra karar verilmesi mümkün değilken, *"konkordato"*nun, iflas açılmasından sonra da uygulanması mümkündür…

n) *"İflasın ertelenmesi"*, münhasıran 'şirketin borca batık olması' halinde söz konusu olurken, *"konkordato"* 'borç ödemeden aciz halinde olan' borçlunun başvurabileceği bir yoldur…

o) *"Konkordato"* , 'alacaklıların çoğunluğu ile borçlunun belli bir prosedür dahilinde mutakabatına ve bunun mahkemece onaylanması'na

dayandığı halde, *"iflasın ertelenmesi"*nde alacaklıların katılımına gerek yoktur[16]...

4. "Konkordato"nun (İİK.285 vd.), **"sermaye şirketlerinin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması"na** (İİK.309 m- 309 ü) **benzer ve ondan ayrılan (farklı) yönleri nelerdir?**

a) *Konkordato,* 'iflasın veya tasfiyenin alternatifi olarak borçluya ayakta kalma, yaşama şansı veren bir olanak ve cebri icra kurumu' olduğu halde *yeniden yapılandırma* 'uzlaşmaya dayalı, borçlunun inisiyatifinde ancak bağlayıcılığını sonuçta yargısal güçten alan yine bir konkordato türüdür.

b) *Konkordatoda,* 'alacaklılara ya alacaklarının bir kısmından feragat etmeleri ya da ödemeyi zamana yaymaları, borçluya süre tanımaları yahut her ikisinin birleşimi bir model' önerilerek, borçlunun rahatlaması ve işlerine devam etmesi sağlanmaya çalışılmakta iken, *yeniden yapılandırmada* sadece borçların yeniden yapılandırılması, düzenlenmesi değil, 'şirket veya kooperatifin yeniden yapılandırılması' söz konusu olmaktadır.

c) *Konkordato sürecini,* iflasa tabi borçlunun iflasını isteyebilecek alacaklıları da başlatabilirken (İİK. m.285/II), *yeniden yapılandırmayı* sadece borçlular isteyebilmektedirler (İİK. m.309 m/I).

d) *Konkordato süreci,* iflasa tabi olsun/olmasın herhangi bir *'borçlu'* (İİK. m.285/I) veya *'alacaklı'*nın (İİK. m.285/II) yetkili ticaret mahkemesine (İİK. m.285/II) verdiği dilekçe ile başlarken, *uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma* süreci sadece *'sermaye şirketi'* veya *'kooperatif'*in (İİK. m.309 m/I) yetkili ticaret mahkemesine verdiği dilekçe ile başlar.

e) *'İflastan önceki konkordato'*da amaç, iflasın önlenmesi ve borçlunun borçlarının yeniden yapılandırılması, *'iflastan sonraki konkordato'*da ise iflasın kaldırılması ve borçlunun borçlarının yeniden yapılandırılması olduğu halde, *'yeniden yapılandırma'*da ise amaç; *'iyileştirme'*dir.

f) *Konkordato* talebinde bulunurken 'gerekçeli dilekçe' verilmesi,

16 ÖZTEK, S. age. s:24 vd. – TORAMAN, B. İcra ve İflas Kanununa Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertelenmesi Talebi, 2007, s:38 vd. – ERMENEK, İ. age. s:133 vd. – AYDEMİR, E./ÇAĞLAR, T. İflasın Ertelenmesi ve Konkordato, 2010, s:150 vd. – TANRIVER, S. İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları (MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, 9-10 Ekim, 2015/Antalya, s:248 vd.) - TANRIVER, S. İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar Ve Bazı Değerlendirmeler (Makalelerim II, 2011, s:261) – KILIÇOĞLU, E. İflasın Ertelenmesinin Konkordato Ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması (Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, 2007, s:451 vd.)

konkordato ön projesi, son bilanço, gelir tablosu, nakit akım tablosu, ticari defterlerin açılış ve kapanış tasdikleri, tüm alacak ve borçları vadeleriyle birlikte gösteren liste ve belgeler, alacaklıların alacak miktarları ve imtiyaz durumunu gösteren liste, alacaklıların yapılan teklife göre ellerine geçmesi öngörülen miktar ile borçlunun iflası halinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren tablo vs. belgelerin eklenmesi gerekirken (İİK. m.286), *yeniden yapılandırma* yoluna başvurma konusunda kanun böyle 'gerekçeli bir dilekçe' aramamaktadır.

g) *Yeniden yapılandırma*nın borçlu tarafından, alacaklıların onayına sunulması yargısal işleyiş dışında gerçekleşmekte, borçlu daha önce müzakere edilmiş ve gerekli alacaklı çoğunluğunca kabul edilmiş, *yeniden yapılandırma projesini* ticaret mahkemesine sunmaktadır.

h) *Konkordatoda* alacaklılar davet edildikleri müzakere gününde ve resmi bir prosedür içerisinde oy kullanırlarken, *yeniden yapılandırmada* alacaklıların bu şekilde bir araya gelmeleri kural olarak öngörülmemiş, bu husus borçlunun inisiyatifine bırakılmıştır. Alacaklıların posta yoluyla dahi oy kullanabilme hakları vardır. Öte yandan, projenin alacaklılara sunulması ve kabulü yargısal denetim dışında gerçekleşmektedir.

i) *Konkordatoda* mühlet verilebilmesi ve konkordatonun tasdiki için en önemli koşul 'konkordatonun başarılı olma ihtimali' ve 'borçlunun teklifinin borçlunun kaynakları ile orantılı olması' (İİK. m.287/III, 305/b) gerekirken, *yeniden yapılandırma* yolunda, borçlunun bu yola iyiniyetle başvurması ve kanunda öngörülen diğer koşulların gerçekleşmesi yeterlidir (İİK. m.309 p).

j) *Konkordato* talebinde bulunulması halinde, ticaret mahkemesi 'geçici mühlet kararı' verirken, '297. maddenin ikinci fıkrasındaki haller de dahil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alırken' (İİK. m.287/I), *yeniden yapılandırma* projesinin tasdiki için mahkemeye başvurulması halinde, mahkeme kendiliğinden değil borçlunun veya alacaklılardan birinin talebi üzerine, başvuru hakkında nihai karar verilmesine kadar geçecek dönem için, borçlunun malvarlığını korumaya yönelik ve borçlunun faaliyetleri bakımından gerekli gördüğü tedbirleri alabilir (İİK. m.309 ö/II).

k) *Konkordatoda* borçluya *'geçici mühlet'* ve *'kesin mühlet'* kararı verilmesiyle ortaya çıkan sonuçlar (İİK. m.294), borçlunun tüm alacaklılarına yönelik iken, *yeniden yapılandırmada* ara dönem içerisinde doğacak

sonuçlar ve borçluyu koruyucu etki, sadece 'projeden etkilenen alacaklılar' bakımından söz konusu olur (İİK. m.309 ö/III).

l) *Konkordatoda* borçlu, rehinli ve imtiyazlı olanlar dışındaki yani konkordatoya tabi olmayan alacaklılar hariç, diğer alacaklılara eşit oranlarda ve koşullarda ödeme teklif etmekte ve bu teklifin kanunun öngördüğü çoğunlukla kabul edilmesi durumunda anlaşmayı kabul etmeyen diğer alacaklıları da bağlayıcı bir sonuç ortaya çıkmaktadır (İİK. m.308/c). *Yeniden yapılandırmada* borçlu, teklifini bütün alacaklılara götürmemekte, borçlarını yeniden yapılandırmak istediği yani projeden etkilenmesini istediği alacaklıları, alacaklarının niteliğine göre ayırmakta, onlara farklı teklifler götürebilmekte ve proje ayrı ayrı her sınıf içerisinde oylanmakta, 'sınıflar içerisinde' eşit davranma yükümlülüğü bulunmasına rağmen, 'sınıflar arasında' ayrımcılık yapmak mümkündür (İİK. m.309 n/II; 309 m/III).

m) *'Konkordato'nun tasdiki* için; 'İİK.'nun 206. maddesinin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklar' ile 'mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifası için' –alacaklılar bundan açıkça vazgeçmedikçe- teminat gösterilmesi (İİK. m.305/d) gerekli iken, *'yeniden* yapılandırma'da böyle bir teminat koşulu yoktur.

n) *Konkordatoda* verilen geçici mühlet ile kesin mühletin sonuçları, bu kararın ilanı ile (İİK. m.288/III, 289/son), konkordatonun tasdiki kararı da bu kararın ilanından itibaren (İİK. m.306/III) sonuç doğururken, *yeniden yapılandırma projesi* tüm hüküm ve sonuçlarını, başvurunun tasdikine ilişkin kararın verildiği tarihten itibaren doğurur (İİK. m.309/r).

o) *Konkordato komiseri* olarak atanabilmek için Türk vatandaşı olmak gerekirken (Konkordato Yönetmelik Taslağı m.4),*yeniden yapılandırmada* 'ara dönem denetçisi' için böyle bir koşul öngörülmemiştir.

p) *Konkordato;* temelde iflasın engellenmesini ve borçlunun borçlarının yeniden yapılandırılmasını amaç edinmiş bir kurumdur.

Uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma kurumu, gerçekleştirilmesi borçlu ve alacaklılar arasında geniş bir konsensüsün tesisine bağlı, tüm mali, örgütsel ve hukuki tedbirleri kapsayan geniş anlamda bir iyileştirme yöntemidir.

r) *Konkordato* süreci, müzakere aşaması dahil yargı denetiminde işlemekte olduğu halde, *'yeniden yapılandırma'*nın müzakere süreci, yargı denetimi dışında, tamamen borçlunun inisiyatifinde cereyan etmektedir.[17]

17 AYVAZ, S.T. age. s:283 vd. – TORAMAN, B. age. s:43 vd. – ERTEN, A.E. Mali Durumu Bozulan Sermaye Şirketlerinin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, 2006, s:29 vd. – OY, O. İcra Hukuku Kapsamında Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma, 2009, s:32 vd. – ERMENEK, İ. age. s:144 vd. -

5. "Konkordato"nun (İİK. 285 vd.) "malvarlığının terki suretiyle konkordato"ya (İİK.309/a-309/ü) benzer ve ondan ayrılan (farklı) yönleri nelerdir?

"Konkordato" (adi konkordato); 'mahkeme dışı' konkordato ile malvarlığının terki suretiyle konkordato dışında kalan konkordato türlerini ifade etmek için kullanılan bir kavramdır ve İİK.nun 285 ila 309. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu tür konkordato 'vade ve tenzilat (indirim) konkordatosu' biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, bu ikisinin kombinosu şeklinde de yapılabilir. Yine bu konkordato zaman itibariyle 'iflastan önce olabileceği gibi iflastan sonra da' olabilir.[18]

"Malvarlığının terki suretiyle konkordato" da borçludan beklenen, malvarlığını kullanarak, yeniden ticari alanda iyileşme göstermesi değildir. Aksine, borçlunun kendi malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılarak, alacaklılara devredilmesi söz konusudur. Bu konkordatoda borçlu, malvarlığının tamamını veya bir kısmını alacaklılara veya üçüncü bir kişiye devretmektedir. Malvarlığının terki suretiyle konkordato teklifi, alacaklıların belli bir çoğunluğu tarafından kabul edilip, konkordato mahkemece tasdik edilince borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarrufu sona erer. Bundan sonra, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi alacaklılara geçer. Alacaklılar, bu tasarruf yetkisinin seçecekleri *'tasfiye memurları'* ve *'alacaklılar kurulu'* vasıtasıyla kullanırlar.[19] [20]

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda *"borçlu"* dan çok *"alacaklılar"*ın korunması söz konusudur…Bu konkordato *"adi konkordato"*nun aksine, 'iyileştirme aracı' değildir…Bu konkordatoda, kural olarak, 'belli bir miktar para ile ödeme teklifi' olmadığından 'bu tutarın borçlunun kaynakları ile orantılı olması' şart değildir…Bu konkordatoda; 'konkordato hükümlerinin ve imtiyazlı alacaklıların tam olarak ödenmesi için' kural olarak 'teminat gösterilmesi' koşulu söz konusu olmaz…

Ancak, *"adi konkordato"*da olduğu gibi, bu konkordatoda da;

- "Paraya çevirme (satış) halinde elde edilen gelir veya üçüncü kişi tarafından teklif edilen meblağın iflas yolu ile tasfiye halinde elde edilebilecek miktardan fazla olacağının öngörülmesi" gerekir.

- "Borçlunun mühlet içinde komiserin onayıyla yaptığı sözleşmeler-

18 TANRIVER,S. /DEYNEKLİ, A. Konkordatonun Tasdiki, a.g.e. s:44 – KALE,S. a.g.e. s:5

19 KURU,B. a.g.e. C:IV, s:3876 – KALE, S. a.g.e. s:5

20 Ayrıntılı bilgi için bknz: ERCAN,İ. a.g.e. s:53 vd.

den doğan borçlar, daha sonra konkordato şartlarına göre değil tam olarak ödenir"[21]

6. Konkordatonun (İİK. 285 vd.) **"hukuki niteliği" nedir?**

Konkordatonun hukuki niteliği **doktrinde** tartışmalıdır[22]. Bunun «sözleşme» (akit) olduğunu, bir «mahkeme hükmü» (kazai karar) olduğunu, bir «kanuni işlem» olduğunu ileri sürenler olmuştur.[23]

Bugün **Türk-İsviçre doktrinindeki** hakim görüşe göre;[24] konkordatonun «iflâsa yaklaşan özel ve hafifletilmiş bir cebri icra türü ve kollektif bir tasfiye şekli» olduğu kabul edilmektedir….

Bu tartışma, pratik sonuçlar doğurduğu için önemlidir. Zira, konkordatoda bir «akit» mahiyeti görülecek olursa, yorum ve uygulamasında Borçlar Kanununa, buna mukabil bir «cebri icra kurumu» niteliği görülürse, İcra ve İflâs Kanunu'na başvurulacaktır.

7. 'Ne amaçla', 'hangi durumlarda' konkordato (İİK. 285 vd.) **talep edilebilir?**

'Borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödemeyen' veya *'vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan'* herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya *'muhtemel bir iflastan kurtulmak için'* konkordato talep edebilir (İİK. m. 285/I).

Bu duruma **doktrinde**[25] *"aciz hali"* nedeniyle konkordato talebi denilmektedir.

Bir de **TTK. mad. 377'**de *"Yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı 376. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapacağı iflas talebiyle birlikte veya bu kapsamda yapılan iflas yargılaması sırasında 2004 sayılı Ka-*

21 ERCAN,İ. a.g.e. s:140 vd. – Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi (UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. İİK Şerhi, 2014, C:3, s:4702)

22 Ayrıntı bilgi için bknz: ERCAN,İ. a.g.e. s:156 vd.

23 Ayrıntılı bilgi için bknz: ALTAY, S. age. C: 1, s: 20 vd. – TANRIVER, S. age. s: 6 vd. – TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s: 32 – ULUKAPI, Ö. age. s: 295 vd. – ULUKAPI, Ö. Konkordatonun Feshi, s: 52 vd. – KALE,S. Sorularla Konkordato (İflas Dışı Ve İflas İçi Adi Konkordato), 2017, s:1 vd. BALCI, Ş. Türk Hukukunda Konkordato, 2007, s: 26 vd.

24 ALTAY, S. age. C: 1, s: 23 vd. – ULUKAPI, Ö. Konkordatonun Feshi, s: 75 vd. – ULUKAPI, Ö. İcra ve İflâs Hukuku, s: 521 – TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s: 33 vd. – TANRIVER, S. age. s: 7 – BERKİN, N. Konkordato akdi ve Hukuki Mahiyeti (İBD. 1949/4, s: 203) – BERKİN, N. İflâs Hukuku, s: 523 – GÜRDOĞAN, B. age. s: 156 – POSTACIOĞLU, İ. age. s: 13 – KALE,S. a.g.e. s:2 - BALCI, Ş. age. 29

25 KUMKALE,R. Konkordato, 2018, s:17 vd; s:143 vd.

nun'un 285. vd. maddeleri uarınca konkordato da talep edebilir." şeklinde ifade edilmiş olan ve **doktrinde** *"borca batıklık hali"* nedeniyle 'konkordato talebi' vardır…

8. 'Kaç çeşit' konkordato (İİK. 285 vd) **vardır?**

Konkordato, çeşitli şekilde sınıflandırılabilir (türlere ayrılabilir).[26] Önce «resmi makamların katılımının bulunup bulunmamasına» göre;

a)*Mahkeme dışı (adli olmayan, özel, muslihane) konkordato ve mahkeme içi(adli, resmi) konkordato* diye ikiye ayrılır…

Mahkeme dışı konkordato; borçlunun -herhangi bir resmi makamın katılımı olmaksızın- sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bütün veya alacaklılarının bir kısmı ile yaptığı -tamamen Borçlar Kanununa tabi- bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu konkordato, sadece bu sözleşmeye taraf olan alacakları bağlar, konkordatoyu kabul etmemiş olan alacaklıları bağlamadığı için bu alacaklılar borçluya karşı haciz/iflâs yolu ile takip yapabilirler…[27]

Mahkeme içi konkordato; borçlu ve alacaklıların yanı sıra, İcra ve İflâs Kanununda öngörülen usul çerçevesinde -icra mahkemesi, ticaret mahkemesi gibi- resmi makamların da katılımı ile gerçekleşen ve İcra ve İflâs Kanunumuzda ayrıntılı biçimde düzenlenmiş olan konkordato türüdür. Bu konkordato, kendisine katılmamış (onay vermemiş) olan alacaklılar için de bağlayıcı nitelik taşır…

b)Bu konkordato, *'içeriğine'* ya da *'yapılış biçimine'* göre; «tenzilat (yüzde) konkordatosu», «mühlet (vade) konkordatosu» ve «kombine (kar-

---

26 Ayrıntılı bilgi için bknz: KURU, B. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, s:681 vd.- KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:4, 1997, s:35-87 – UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. age. C:3 s:4613 – SARISÖZEN, S. age. s:46 vd. - ALTAY, S. age. C:1, s:35 vd. – ALTAY, S./ESKİOCAK, A. age. s:28 vd. - TANRIVER, S. age. s: 8 vd. – KALE,S. a.g.e. s:2 vd. - ERDEM, M. Mahkeme Dışı Konkordato (Maltepe Huk. Fak. D. 2005/1, s: 229 vd.) – TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A. age. s: 35 vd. – ERCAN, İ. a.g.e. s: 43 vd. - ULUKAPI, Ö. age. s: 523 vd. – ALTAY, S. age. C: 1, s: 35 vd. – YILDIRIM, M.K./YIDIRIM, N.D. age. s:518 vd. - BALCI Ş. age s: 22 vd. – ERCAN, İ. Konkordato, s: 47 vd. – PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s: 776 vd. – MUŞUL, T. age. C: 2, s: 1673 vd. – MUŞUL, T. İcra Ve İflas Hukuku Esasları, s:829 - ALBAYRAK, H. İflâsın Kaldırılması, 2007, s: 79 vd. – GÜRDOĞAN, B. age. s: 157 vd. – ERCAN, İ. Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku, s:759 vd. – BİLGEN, M. İflas, İflasın Ertelenmesi, Konkordato ve Yargılama Usulü, 2012, s:999 vd. – ERİŞ,G. a.g.e. s:793 – AYDEMİR,E./ÇAĞLAR,T. a.g.e. s:149 vd.

27 Ayrıntılı bilgi için bknz: **ERDEM, M.** Mahkeme Dışı Konkordato (Maltepe Ünv. Huk. Fak. D. 2005/1, s: 225 vd.)

ma) konkordato» diye üçe ayrılır: **a)** Alacaklıların, alacaklarının belli bir yüzdesinden feragat ederek yaptıkları konkordato «tenzilat (yüzde) konkortaso»dur. **b)** Alacaklıların, alacaklarından hiç feragat etmeden sadece borçlularına yeni bir vade (süre) tanıyarak yaptıkları konkordato «mühmet (vade) konkordatosu»dur. **c)** Alacaklıların hem alacaklarından feragat ederek ve hem de borçlularına vade (süre) tanıyarak yaptıkları konkordato ise «kombine (karma) konkordato»dur.

c)Bu konkordato, 'yapılış zamanına' göre[28]; «iflâs dışı konkordato» ve «iflâs içi konkordato» olmak üzere ikiye ayrılır. İflâsa tabi borçluların, henüz iflâs etmeden önce -iflâstan kurtulmak amacı ile- gerçekleştirdikleri konkordato «iflâs dışı konkordato»dur. Ayrıca belirtelim ki; iflâsa tabi olmayan borçlular için daima bu konkordato söz konusu olur. İflâsa tabi borçluların, iflâs ettikten sonra, iflâstan kurtulmak için gerçekleştirdikleri konkordato «iflâs içi konkordato»dur.

ç)Konkordato, yukarıda belirtilen «tasnif şekli» ayrıca -yapılış amacına göre- «alelâde*(adi) konkordato»* ve «mevcudun terki suretiyle konkordato» olarak da ikiye ayrılır. Birinci konkordato türüne; mahkeme dışı konkordato ile ikinci (yani; mevcudun terki suretiyle) konkordato dışında kalan tüm konkordato türleri (yani; 'vade, yüzde ve karma konkordato'lar, *'iflâs içi/dışı konkordato'*lar) buraya girer. İkinci konkordato türü ise; İİK.'nun 309-309/l maddelerinde düzenlenmiş olan konkordatodur…[29]

● «Bilindiği gibi, konkordato; vade *konkordatosu ve tenzilat konkordatosu olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım İcra ve İflâs Kanununda yer almamakla birlikte öğretide genellikle kabul edilen bir ayırımdır. Tenzilat konkordatosunda alacaklılar, borçluya karşı, alacaklarının belirli bir yüzdesini tahsil etmekten vazgeçerler ve borçlu borçlarının konkordatoda kabul edilen kısmını (yüzdesini) ödemek suretiyle borçlarının tamamından kurtulur. Vade konkordatosunda ise borçlu borcunun tamamını ödemek için alacaklılarından bir vade ister veya borçlarını taksitlendirir. Ülkemiz uygulamasında çok kere borçlu alacaklılarından hem vade ve hem de tenzilat istemekte ve böylece karma konkordato teklif etmektedir. Borca batık olmamakla birlikte borç ödemeden aciz halinde bulunan bir borçlunun vade konkordatosu istemesi mümkündür. Diğer bir deyişle, mevcudu borçlarının tamamını ödeyebilecek durumda olan bir borçlunun mallarını o anda satarak vadesi gelmiş bütün borçlarını ödemesi mümkün değilse, o zaman borçlu borçlarını yüzde yüz, yani tamamen ödeme taahhüdünde bulunarak alacaklıla-*

28 Bknz: İleride; dipn. 78

29 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** age. C: 3, s: 4613 vd.

rından kendisine bir mühlet verilmesini isteyebilir (vade konkordatosu). Bu durumdaki bir borçlunun normal olarak tenzilat konkordatosu isteyebilmesi mümkün olmamak gerekir, zira böyle bir teklif, ödenmesi «teklif edilen meblağın borçlunun kaynakları ile orantılı olması» şartına uygun düşmez. Fakat, hazırlık çalışmaları sırasında, mahkemelerin somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapabilmeleri yolunu açık tutmak gerektiği ileri sürüldüğünden, madde metnine bu yönde bir sınırlama getirilmesinden kaçınılmıştır…»[30]

9. Kimler konkordato talebinde (teklifinde) (İİK.285 vd.) **bulunabilir?**

Hem *borçlu* (İİK. m. 285/I) ve hem de *alacaklılar* (İİK. m. 285/II) konkordato talebinde bulunabilirler:

a) 'İflâsa tabi olsun/olmasın[31] tüm borçlular' konkordato talebinde (teklifinde) bulunabilirler. Konkordato talebinde (teklifinde) bulunan borçluların «gerçek kişi» olması ya da «tüzel kişiliği»nin bulunması gerekir. Bu nedenle «tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık» adına konkordato talebinde (teklifinde) bulunamaz.[32] Adi ortaklıkta ancak «ortaklar» konkordato talebinde (teklifinde) bulunabilirler. Bu durumda, konkordato koşullarının bulunup bulunmadığı, her ortak için ayrı ayrı araştırılır…[33]

Konkordatoda -iflâstan farklı olarak- konkordato hükümleri «tacir olmayan borçlular» hakkında da uygulanır ve tacir olmayan borçlular da alacaklıların haciz yolu ile yapacakları takiplerden kurtulmak için konkordato isteyebilirler.

Borçlunun vekilinin, borçlu adına konkordato isteyebilmesi için -konkordato teklifi «sulh» teklifi niteliğinde olduğundan- vekaletnamesinde bu konuda «özel yetki» bulunması gerekir.[34] [35]

---

30 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

31 Bknz: 12. HD. 20.4.1989 T. 10847/5857; 18.6.1986 T. 1228/12543 (www.e-uyar.com)

32 ALTAY,S. a.g.e. C:1, s:174 – KALE,S. a.g.e. s:6

33 Bknz: 12. HD. 22.6.1998 T. 7023/7068; 19. HD. 24.5.1995 T. 3761/4546 (www.e-uyar.com)

34 BERKİN, N. age. s: 527 – KURU, B. El Kitabı, s: 1447 – KURU, B. age. C: 4, s: 3590 – PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. age. s: 780

35 Bknz: 6100 s. yeni HMK. «MADDE 74 - (1) Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hakimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakim sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif ve uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını Kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hakimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.»

Borçlu *vesayet altında* ise, vasisi bu konuda sulh hukuk mahkemesinden (MK. m. 223) izin alarak, konkordato teklifinde (talebinde) bulunabilir.[36]

Ticaret şirketlerinde «konkordato talebi» (teklifi) mutad muamele (TTK. mad. 165, yeni TTK. mad. 223) sayılmaz. Bu nedenle; *kollektif şirket temsilcilerinin* konkordato teklif edebilmesi için, bütün ortakların bu konuda oybirliği ile karar almış olması gerekir.[37] [38] *Komandit şirketler* de, bütün 'komandite' ortakların bu kararı onaylamış olmaları gerekir.[39] *Anonim şirketlerde*, yönetim kurulu -ayrıca genel kuruldan karar almadan- konkordato teklifinde bulunabilir (TTK. mad. 371)…[40] [41]

7101 sayılı Kanunla, Kooperatifler Kanunu'nun 63/III maddesine "*Mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi halinde, yönetim kurulu veya alacaklılarından biri konkordato talep edebilir.*" hükmü eklenmiştir.[42]

● «*Maddenin birinci fıkrasıyla, kaynak Kanuna ve mevcut Kanunumuza uygun olarak, tacir olmayanların da konkordato talep edebilmesi kabul edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında önemli olan, konkordato talep edenin, vadesi geldiği halde borçlarını ödeyememesi veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında olmasıdır. Ancak, konkordato sürecinin başarısız olması halinde, tacir olmayanlar hakkında iflas kararı verilemeyecektir. Bu noktada kaynak Kanundan ve mevcut Kanundaki düzenlemesinden ayrılmak suretiyle farklı bir hukuki sonuç kabul edilmektedir…*»[43]

b) '*Borçlusu iflâsa tabi kişilerden olan her alacaklı* da, «borçlusu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını» isteyebilir' (İİK. m. 285/II).

4949 sayılı Kanun ile -2003 yılında- İİK. mad. 285/I'de yapılan değişiklikle kabul edilen bu yeni düzenleme ile konkordato «borçluya tanınan hukuki bir lütuf» olmaktan çıkmış, borçlunun yanı sıra, «alacaklıların da menfa-

36 Bknz: 2. HD. 28.3.1996 T. 2944/3299; HGK. 15.4.1964 T. 4-173/317 (www.e-uyar.com)

37 Bknz: İİK. 8.12.1964 T. 1356/14045 (www.e-uyar.com)

38 KALE,S. a.g.e. s:7

39 KURU, B. El Kitabı, s: 1447 – KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C: 4, s: 3593, KALE,S. a.g.e. s:7

40 Bknz: 11. HD. 09.02.1990 T. 230/773 (www.e-uyar.com)

41 TEOMAN, Ö. Yaşayan Ticaret Hukuku, C: 1, Kitap: 3, 1994, s: 256 vd. – KURU,B. a.g.e. C:IV, s:3593 – KALE,S. a.g.e. s:7 vd.

42 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:49

43 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

atlerini dengelendiği bir hukuki kurum»a dönüştürülmek istenmiştir.[44]

Önceki Kanunda yer alan bu düzenleme, 7101 sayılı Kanunda da muhafaza edilmiştir.

10. Tacir olmayan borçlular da konkordato talep (teklif) (İİK. 285 vd.) edilebilir mi?

İflâsa tâbi olsun/olmasın tüm borçlular konkordato talebinde (teklifinde) bulunabilirler.[45]

Eskiden (İİK. m.301/I) *iflasa tabi olmayan* borçluların da –konkor-dato sürecinin başarısız olması halinde- iflasına karar veriliyordu.[46] konkordato talebine ilişkin olarak yapılan en önemli değişiklik iflasa tabi olmayan borçluların konkordato talebinde bulunduktan sonra, konkordato süreçlerinin başarısız olması halinde, iflas kararı verilemeyecek olmasıdır.[47]

● «*Maddenin birinci fıkrasıyla, kaynak Kanuna ve mevcut Kanunumuza uygun olarak, tacir olmayanların da konkordato talep edebilmesi kabul edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında önemli olan, konkordato talep edenin, vadesi geldiği halde borçlarını ödeyememesi veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında olmasıdır. Ancak, konkordato sürecinin başarısız olması halinde, tacir olmayanlar hakkında iflas kararı verilemeyecektir. Bu noktada kaynak Kanundan ve mevcut Kanundaki düzenlemesinden ayrılmak suretiyle farklı bir hukuki sonuç kabul edilmektedir.*»[48]

11. Konkordato hangi mahkemeden talep (İİK. mad. 285) edilebilir?

● 'Konkordatoda *yetkili* ve *görevli* mahkeme; *iflâsa tâbi olan borçlu için;* '154 üncü maddenin birinci veya ikinci fıkrasında' yazılı yerdeki, *iflâsa tâbi olmayan borçlu için* 'yerleşim yerindeki' asliye ticaret mahkemesidir' (İİK. m. 285/III).

---

44 TANRIVER, S. 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, Âdi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tesbiti ve Değerlendirilmesi (Tür. Bar. Bir. Der. Mart-Nisan/2004, S: 51, s: 69 - Yeditepe Ünv. Huk. Fak. Der. 2005, C: 1, S: 2, s: 530) – TAŞPINAR, S. Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişiklikler (BATİDER, Aralık/2003, C: XXII, S: 2, s: 57) – ALTAY, S. age. C: 1, s: 7

45 Bknz: 12. HD. 20.4.1989 T. 10847/5857; 18.6.1986 T. 1228/12543 (www.e-uyar.com)

46 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** age. C:3, s:4674

47 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:47

48 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

Maddenin eski şeklinde, konkordato talebinde bulunmak isteyen borçlu/alacaklı *icra mahkemesine* başvuruyordu (İİK. m.285/IV).[49] Maddede yapılan değişiklikle *"konkordato talebinde bulunulacak yerin asliye ticaret mahkemesi"* olduğu kabul edilmiştir.

12. Konkordato talebinde (İİK. 285) bulunan kimsenin, "konkordato gider avansı"nı yatırmamasının müeyyidesi nedir?

● 'Konkordato talebinde bulunan, Adalet Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan Tarifede belirtilen 'konkordato gider avansı'nı yatırmaya mecburdur' (İİK. m. 285/IV).

● «...Ayrıca konkordato talebinde bulunanın, Adalet Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulacak tarifede belirtilen konkordato gider avansını yatırmaya mecbur olduğuna ilişkin bir hüküm konulmakta ve böylece sürecin gecikmesinin önüne geçilmek istenmektedir. Bu gider avansının hukuki statüsü ve sonuçları Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114 ve 115 inci maddelerine atıf yapılarak düzenlenmektedir. Şu halde, konkordato talebinde bulunanın, gider avansı konusunda gerekli hassasiyeti göstermemesinin yaptırımı gayet ağırdır.»[50]

13. Konkordato talebinde 'ne gibi belgelerin' eklenmesi (İİK. 286) gerekir?

● *Yetkili* ve *görevli* (İİK. m. 285/III) ticaret mahkemesine başvurarak 'konkordato talebinde bulunan;

A) Borçlu; Konkordato talebine (dilekçesine);

a) Borçlunun borçlarını hangi oranda veya vadede ödeyeceğini, bu kapsamda alacaklıların alacaklarından hangi oranda vazgeçmiş olacaklarını, ödemelerin yapılması için borçlunun mevcut mallarını satıp satmayacağını, borçlunun faaliyetine devam edebilmesi ve alacaklılara ödemelerini yapabilmesi için gerekli mali kaynağın sermaye artırımı veya kredi temini yoluyla yahut başka bir yöntem kullanılarak sağlanacağını gösteren *konkordato* ön projesi.

Bu hüküm konkordato teklifinin asgari olarak içermesi gereken hususlara ilişkindir. Bu bir *"ön proje"* olup, 'geçici mühlet' ve 'kesin mühlet' zarfında değiştirilebilecek, böylece 'alacaklılar toplantısı'na başlangıçtaki ön projeden farklı bir *"konkordato projesi"*nin sunulması mümkün olabilecektir.[51]

49 Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T./UYAR, A.UYAR, C.** age. C:3, s:4616

50 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

51 **SARISÖZEN, M.S.** age, s:52

b) Borçlunun malvarlığının durumunu gösterir belgeler; borçlu defter tutmaya mecbur kişilerden ise Türk Ticaret Kanununa göre hazırlanan son bilanço, gelir tablosu, nakit akım tablosu, hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden hazırlanan ara bilançolar, ticari defterlerin açılış ve kapanış tasdikleri ile elektronik ortamda oluşturulan defterlere ilişkin e-defter berat bilgileri, borçlunun malî durumunu açıklayıcı diğer bilgi ve belgeler, maddi ve maddi olmayan duran varlıklara ait olup defter değerlerini içeren listeler, tüm alacak ve borçları vadeleri ile birlikte gösteren *liste ve belgeler.*

c) Alacaklıları, alacak miktarlarını ve alacaklıların imtiyaz durumunu gösteren *liste.*

d) Konkordato ön projesinde yer alan teklife göre alacaklıların eline geçmesi öngörülen miktar ile borçlunun iflâsı hâlinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktarı karşılaştırmalı olarak gösteren *tablo.*

e) Sermaye Piyasası Kurulu veya Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanan ve konkordato ön projesinde yer alan teklifin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu gösteren *finansal analiz raporları* ile dayanakları. Şu kadar ki bu şart 3.6.2011 tarihli ve 635 sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 28 inci maddesi kapsamında küçük işletmeler bakımından uygulanmaz.

Burada kanun koyucunun atıfta bulunduğu 635 sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 28. maddesi 'küçük işletme'nin belirlenmesinde Yönetmeliğe işaret etmiştir. Buradaki 'küçük işletmeler'den ne anlaşılması gerektiğini anlamak için, Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesine bakılabilir. Bu maddeye göre 'küçük işletme'; "50 kişiden az yıllık çalışanı istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri 8 milyon TL'nı aşmayan işletmeler" olarak tanımlanmıştır.[52]

Yukarıda belirtilen belgeleri şu şekilde tasnif edebiliriz:

a) Konkordato ön projesi,

b) Malvarlığını gösteren belgerler, ticari defterler, nakit akım tablosu, nihai bilanço ve ara bilançolar,

52 **SARISÖZEN M.S.** age. s:53 vd.

c) Alacak miktarını ve alacaklıların imtiyaz durumunu gösteren liste,

d) Alacaklıların eline konkordatoda ve iflasta geçecek alacak miktarını gösteren karşılaştırmalı tablo,

e) Bağımsız denetim kurumları tarafından hazırlanan finansal analiz raporları ("küçük işletmeler" de aranmaz.)

Bu madde uyarınca sunulan mali tabloların tarihi, başvuru tarihinden en fazla *kırk beş gün önce* olabilir.

Borçlu, konkordato sürecinde mahkeme veya komiser tarafından istenebilecek *diğer belge ve kayıtları* da ibraz etmek zorundadır' (İİK. m. 286).

● «*Konkordato talebine eklenecek belgeler mevcut Kanunda sınırlı ve yetersiz şekilde düzenlenmiştir. İflasın ertelenmesi kurumuna ilişkin uygulama ve tecrübe de dikkate alınarak, bu konunun daha sıkı bir biçimde disiplin altına alınması gerektiği düşüncesiyle talep sahibi borçlu şirketin mali ve finansal durumunu net bir şekilde ortaya koyan belge ve tabloların konkordato talebiyle birlikte mahkemeye sunulması istenmektedir. Bu çerçevede adi (tacir olmayan) bir borçlu malvarlığının durumunu gösteren belgeleri ibraz edecek; iflasa tabi borçlular ise birinci fıkrada bentler halinde sayılan belge ve tabloları sunmak zorunda olacaklardır. Bunlar, konkordato talebiyle birlikte mahkemeye sunulması gereken asgari belge ve tablolarıdır. Bu konuda 15.7.2016 tarihli ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 1 inci maddesine ilişkin gerekçedeki açıklamalar kısmen burada da geçerlidir.*

Yalnız, konkordato, bir yenilik olarak, nakit akım tablosuna yer verilmektedir. Bu tablo Türk uygulamasında borsaya kote şirketler dışında pek hazırlanmamakla birlikte, tacirin mali ve finansal durumunun isabetli şekilde teşhisi bakımından büyük önemi haizdir.

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendi konkordato projesinin (teklifinin) asgari olarak içermesi gereken hususlara ilişkindir. Bu bir ön projedir; geçici mühlet ve kesin mühlet zarfında değiştirilerek netleştirilebilecek ve böylece alacaklılar toplantısına başlangıçtaki ön projeden farklı bir konkordato projesi sunulabilecektir.

Maddede ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu veya Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen bağım-

sız denetim kuruluşu tarafından hazırlanan ve konkordato ön projesinde yer alan teklifin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu gösteren finansal analiz raporlarının da konkordato talebiyle birlikte mahkemeye engellenmesi amaçlanmaktadır. Ancak, küçük işletmeler finansal analiz raporu ibrazı mecburiyetinin dışında tutulmaktadır.

Ayrıca, konkordato talebiyle birlikte mahkemeye sunulan belge ve tabloların tarihinin, başvuru tarihinden en fazla 45 gün öncesine ait olması aranmaktadır. Böylece değerlendirmelerin, örneğin altı ay, bir yıl öncesine ait olan ve geçen zamanın etkisiyle gerçek durumu yansıtmaktan uzaklaşan verilerden hareketle değil, güncel verilerden hareketle yapılması sağlanmak istenmektedir.

Maddenin son fıkrasında talep sahibi borçlunun konkordato süreci içinde mahkeme veya komiser tarafından istenebilecek bütün diğer belge ve kayıtları da sunmak zorunda olduğu açıklanmaktadır. Aksine davranış mühletin kaldırılmasına kadar gidebilecektir.»[53]

B) Alacaklılardan biri, konkordato işlemlerinin başlatılmasını talep etmişse;

– 'Borçlu, 286 ncı maddede belirtilen belgeleri ve kayıtları mahkemenin vereceği makul süre içinde ve eksik olarak sunması hâlinde *'geçici mühlet kararı'* verilir. Bu durumda anılan belge ve kayıtların hazırlanması için gerekli masraf alacaklı tarafından karşılanır.

– Borçlu, 286 ncı maddede belirtilen belge ve kayıtları süresinde eksiksiz olarak mahkemeye sunmazsa, *'geçici mühlet kararı'* verilmez ve alacaklının yaptığı, *'konkordato talebinin reddine'* karar verilir' (İİK. m. 287/II).

14. «Geçici konkordato mühleti» (İİK. 287) («geçici mühlet kararı») nedir, ne zaman verilir?

● **a)** Borçlunun konkordato talebi üzerine, İİK. m. 286'daki (7101 s.K. m. 14'deki) belgelerin eksiksiz olarak sunulmuş olduğunu tesbit eden mahkeme, derhal «geçici mühlet kararı» verir ve 297. maddenin ikinci fıkrasındaki hallerde dahil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır (İİK. m. 287/I).

Bu düzenleme; ödeme güçlüğü içindeki borçluya süratle 'geçici hukuki koruma' sağlamaya yöneliktir. Daha önce bu ihtiyaç, 'iflas erteleme talep-

53 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

leri' üzerine verilen ihtiyati tedbir kararlarıyla karşılanmaya çalışılmaktaydı.[54]

"Geçici mühlet" -herhangi bir kanun yolu öngörülmediğinden- **doktrinde** 'süper geçici hukuki koruma' şeklinde değerlendirilmiştir.[55]

b) A l a c a k l ı n ı n «konkordato işlemlerinin başlatılmasını» istemiş olması halinde, İİK.'nun 286 ncı maddesinde öngörülen belge ve kayıtları, mahkemenin vereceği makul süre içinde ve eksiksiz olarak sunması halinde «geçici mühlet kararı» verilir (İİK. m. 287/II).

'Geçici mühlet üç aydır. Mahkeme bu üç aylık süre dolmadan borçlunun veya geçici komiserin yapacağı talep üzerine geçici mühleti en fazla iki ay daha uzatabilir, uzatmayı borçlu talep etmişse geçici komiserin de görüşü alınır. Geçici mühletin toplam süresi, *beş ayı* geçemez' (İİK. m. 287/IV).

'291 inci ve 292 nci maddeler, geçici mühlet hakkında kıyasen uygulanır' (İİK. m. 287/V).

İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda 2013 yılında –konkordato kurumunun işlerliğini artırmak amacıyla yapılan değişiklikler sırasında Kanun'a (mad. 293 a -293 d) eklenmiş olan *"geçici konkordato mühleti", "geçici komiser"* ve *"alacaklılar kurulu"* kurumları bizim kanunumuza da eklenmiştir.[56]

● «Maddeyle, «geçici konkordato mühleti» adı altında yeni bir kurum ihdas edilmekte; bu mühletin uzatmayla birlikte beş ayı geçmemek üzere «geçici olarak» tanınabileceği hükme bağlanmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerindeki «otomatik durdurma» kurumundan esinlenilerek yapılan İsviçre İcra ve İflas Kanunu değişikliklerini (Kanuna eklenen m. 293a – m. 293d maddelerini) örnek alan bu düzenleme ödeme güçlüğü içindeki borçluya süratle geçici hukuki koruma sağlamaya yöneliktir. Şimdiye kadar aynı ihtiyaç iflas erteleme talepleri üzerine verilen ihtiyatî kararlarıyla karşılanmaya çalışılmaktaydı…»[57]

*

54 SARISÖZEN, M.S. age. s:54

55 BUDAK, A.C./TUNÇ, Y.M. İflas, Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato İle İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri (MİHDER, C:11, S:31, 2015/2, s:32)

56 Böylece, daha önce doktrinde ileri sürülen temenni gerçekleşmiştir. (bknz: TANRIVER, S. İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar Ve Bazı Değerlendirmeler "Makalelerim II, 2011, s:270")

57 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

15. Geçici konkordato komiseri» (İİK. 287/III) kimdir?

● İİK. m. 287/III uyarınca «geçici mühlet kararı» veren mahkeme, 'konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığını yakından incelemesi' amacı ile bir «geçici komiser» görevlendirir.[58]

Mahkeme, alacaklı sayısı ve alacak miktarını dikkate alarak gerektiğinde üç komiser de görevlendirebilir.

"İflasın ertelenmesi" kurumundaki '*kayyım*' ile benzerlik gösterdiği noktalar olsa da, *"konkordato komiseri"*nin yetki ve yükümlülükleri kanunda daha geniş ve kapsamlı olarak belirtilmiştir.[59]

● «Geçici konkordato mühleti kurumunun ihdasıyla daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmaktadır. Geçici konkordato mühleti ile birlikte mahkemenin borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirlere karar vereceği ve konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığının yakından incelenmesi amacıyla bir geçici konkordato komiseri atayacağı hükme bağlanmaktadır. Konkordatonun başarıya ulaşması ile kastedilen husus, konkordato talebinde bulunanın mali durumunun düzelmesinin mümkün olup olmadığı veya konkordato teklifinin tasdiki şartlarının yerine gelip gelemeyeceğidir. Konkordato prosedürünün maliyeti artırmamak için kural, sadece bir 'geçici komiser'in görevlendirilmesi ise de, özellikle alacaklı sayısı ve alacak miktarı gerektiriyorsa, üç kişinin 'geçici konkordato komiseri' olarak görevlendirilebilmesine imkan tanınmaktadır.»*[60]*

16 "Geçici konkordato komiseri"nin görevleri nelerdir? (İİK. 287/III)

'Geçici konkordato komiseri'

- Borçlunun mevcut *'malvarlığı durumunu'* tespit eder,

- Borçlunun *'hukuki işlemlerini'* denetler (İİK. 287/III atfıyla İİK. mad. 290/II),

- Konkordatonun başarılı olma ihtimalini inceler ve bu konuda rapor düzenler (İİK. mad. 287/III),

- *'Kesin mühlet'* hakkında karar verecek olan ticaret mahkemesine duruşmadan önce yazılı raporunu sunar (İİK. mad. 289/II)[61]

58 BUDAK,A.C./YÜCEL,M.T. İflas, Tasarrufun İptali Davası Ve Konkordato İle İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra Ve İflas Kanunu Değişiklikleri (MİHDER, C:11, s:31, 2015/2, s: 30;38)

59 **YILDIZ,Y.** Konkordato, 2018, s:37

60 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

61 **ERDÖNMEZ,G.**

17. Geçici Konkordato mühletinin «süresi» (İİK.mad. 287/IV) **ne kadardır?**

● 'Geçici mühlet 'üç ay'dır. Mahkeme bu üç aylık süre dolmadan borçlunun veya geçici komiserin yapacağı talep üzerine geçici mühleti en fazla iki ay daha uzatabilir, uzatmayı borçlu talep etmişse geçici komiserin de görüşü alınır. Geçici mühletin toplam süresi *beş ayı* geçemez' (İİK. m. 287/IV).

18. «Geçici konkordato mühleti» ne gibi sonuçlar (İİK.mad. 288/I) doğurur?

● 'Geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını (İİK.mad. 294-297) doğurur' (İİK. m. 288/I).

İİK.mad. 286'da öngörülen belgeleri eksiksiz olarak *"dava dilekçesi"*-ne ekleyerek 'konkordato talebi'nde bulunan borçlunun bu talebini inceleyen mahkeme İİK. mad. 287/I uyarınca 'geçici mühlet' kararı verince, 'kesin mühlet'in İİK. mad. 294-297'de öngörülen sonuçları doğacak örneğin; borçlu hakkında evvelce başlamış takipler duracak, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmayacak, borçluya karşı hiçbir takip yapılamayacak' tır. (İİK.mad. 294/I)…

«…… geçici mühletin, kesin mühletin sonuçlarını doğurması esası kabul edilmektedir…»[62]

19. «Geçici mühlet kararı» 'nerede' ilân olunur (İİK.mad. 288/II) ve 'nerelere' bildirilir? (İİK. mad. 288/II) İlanın 'içeriği' nedir? (İİK. mad. 288/II)

● 'Mahkemece, «geçici mühlet kararı», ticaret sicili gazetesinde ve Basın-İlan Kurumunun resmî ilan portalında *ilan* olunur ve derhâl tapu müdürlüğüne, ticaret sicili müdürlüğüne, vergi dairesine, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliğine, Türkiye Katılım Bankaları Birliğine, mahallî ticaret odalarına, sanayi odalarına, taşınır kıymet borsalarına, Sermaye Piyasası Kuruluna ve diğer lazım gelen yerlere *bildirilir*.(İİK. mad. 288/II)

20 Alacaklıların geçici mühlet kararına itiraz hakkı var mıdır? (İİK. mad. 288/II)

İİK. mad. 288/II uyarınca ticaret mahkemesince '*geçici mühlet kararı*'

62 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

–ticaret sicili gazetesinde "basın ilan kurumunun resmi ilan portalında"- ilan edilirken *"alacaklıların, 7 günlük kesin süre içinde dilekçe ile ticaret mahkemesinde itiraz ederek 'konkordato mühleti verilmesini gerektiren bir hal bulunmadığını' delilleri ile birlikte bildirerek 'konkordato talebinin reddine' karar verilmesini isteyebilecekleri"* belirtilir.

**"Maddeyle, geçici mühletin sonuçları, ilanı ve bildirimi düzenlenmekte, geçici mühletin, kesin mühletin sonuçlarını doğurması esası kabul edilmektedir. Maddede ayrıca geçici mühlet kararının ticaret sicili gazetesi ile Basın İlan Kurumu'nun resmi ilan portalında ilan edileceği ve ilgili kurum ve kuruluşlara bildirileceği hükme bağlanmaktadır.*

Yine Mehaz Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak ve Türk Hukuku'nda iflas, konkordato ve iflasın ertelenmesi usullerinde yerleşmiş olan kural ve uygulamaların devamı olmak üzere, alacaklıların ilandan itibaren yedi günlük kesin süre içinde dilekçeyle itiraz ederek mahkemeden konkordato talebinin reddini isteyebilecekleri öngörülmektedir."[63]

"Önerge ile 2004 sayılı Kanun'un 288. Maddesinin ikinci fıkrasına ilave yapılmaktadır. Buna göre geçici mühlet kararı ile Kanun'a bildirimi öngörülen diğer hususlar borçlunun mükellefi bulunduğu vergi dairesine de bildirilecektir."[64]

"Önerge ile 2004 sayılı Kanun'un 288. Maddesinin ikinci fıkrasına ilave yapılmaktadır. Buna göre, geçici mühlet kararı ile Kanun'da bildirimi öngörülen diğer hususlar Türkiye Katılım Bankaları Birliği'ne de bildirilecektir."[65]

21. «Geçici mühletin uzatılması» ve «geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddi» kararlarının ilânı (İİK. mad. 288/III)

● 'Geçici mühletin uzatılmasına ve geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar da ikinci fıkra uyarınca ilan olunur ve ilgili yerlere bildirilir' (İİK. m. 288/III).

● «…maddede ayrıca geçici mühlet kararının Ticaret Sicili Gazetesi ile Basın İlân Kurumunun resmi ilân portalında ilân edileceği ve ilgili kurum ve kuruluşlara bildirileceği hükme bağlanmaktadır.»[66]

63 bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

64 bknz: Alt Komisyon Gerekçesi

65 bknz: Adalet Komisyonu Değişikliği Gerekçesi

66 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

22. «Kesin mühlet kararı» nedir? (İİK.mad. 289/I,II) Süresi ne kadardır? (İİK. mad. 289/III)

● Mahkeme, *'kesin mühlet'* hakkındaki kararını geçici mühlet içinde verir (İİK. m. 289/I). *'Kesin mühlet'* hakkında bir karar verilebilmesi için, mahkeme borçluyu ve varsa konkordato talep eden alacaklıyı duruşmaya davet eder. Geçici komiser, duruşmadan önce yazılı raporunu sunar ve mahkemece gerekli görülürse, beyanı alınmak üzere duruşmada hazır bulunur. Mahkeme yapacağı değerlendirmede, itiraz eden alacaklıların dilekçelerinde ileri sürdükleri itiraz sebeplerini de dikkate alır (İİK. m. 289/II).

'Konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde borçluya bir yıllık 'kesin mühlet' verilir. Bu kararla birlikte mahkeme, yeni bir görevlendirme yapılmasını gerektiren bir durum olmadığı takdirde geçici komiser veya komiserlerin görevine devam etmesine karar verir ve dosyayı komisere tevdi eder' (İİK. m. 289/III).

'Güçlük arz eden özel durumlarda kesin mühlet, komiserin bu durumu açıklayan gerekçeli raporu ve talebi üzerine mahkemece altı aya kadar uzatılabilir. Borçlu da bu fıkra uyarınca uzatma talebinde bulunabilir; bu takdirde komiserin de görüşü alınır. Her iki hâlde de uzatma talebi kesin mühletin sona ermesinden önce yapılır ve uzatma kararı vermeden önce, varsa alacaklılar kurulunun da görüşü alınır' (İİK. m. 289/V).

7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce konkordatonun tercih edilmeme sebeplerinden biri olarak 'mühlete ilişkin sürenin azlığı' gösterilmekte idi. Nitekim **doktrinde**[67] *"konkordato mühletinin üst sınırının 8 ay olarak belirlenmesi, ayrıca bu sürenin komiserin talebi üzerine 12 aya kadar uzatılmasına olanak verilmesi gerektiği"* belirtilmişti.

Yapılan değişikliklerle 'kesin mühletin 1 yıl olarak verileceği, güçlük arz eden özel durumlarda bu sürenin aştı aya kadar uzatılabileceği' kabul edilmiştir. Bir yıllık kesin mühlet, geçici mühlet içinde verildiğinden, kararın verildiği tarihten başlayacaktır. Bir yıllık mühletin başlaması için, geçici mühlet beklenmez ya da geçici mühlette geçen süre, bir yılın hesabına dahil edilmez.[68]

Kanun metninde, *"bir kereye mahsus olmak üzere altı aya kadar uzatılabilir"* gibi bir ifadeye yer verilmediğinden, acaba altı aylık uzat-

67 **TANRIVER, S.** agm. s:258

68 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:61

ma süresi verildikten sonra bir altı ay daha uzatma istenebilecek midir? Bu soruya olumlu yanıt veremiyoruz. Her ne kadar kanunda *"bir defaya mahsus"* gibi bir açıklama yer almasa da *"altı aya kadar" ifadesi, en fazla altı aylık bir uzatma süresinin verilebileceğine işaret etmektedir.*[69]

● «Maddeyle kesin mühletin bir yıl olarak verilmesi öngörülmekte ve güçlük arz eden özel durumlarda altı aya kadar uzatılabileceği kabul edilmektedir…»[70]

23. «Alacaklılar kurulu» nedir? (İİK. mad. 289/IV)

● 'Mahkemece, kesin mühlet kararıyla beraber veya kesin mühlet içinde uygun görülecek bir zamanda yedi alacaklıyı geçmemek, herhangi bir ücret takdir edilmemek ve tek sayıda olmak kaydıyla ayrıca bir *'alacaklılar kurulu'* oluşturulabilir. Bu durumda alacakları, hukuki nitelik itibarıyla birbirinden farklı olan alacaklı sınıfları ve varsa rehinli alacaklılar, alacaklılar kurulunda hakkaniyete uygun şekilde temsil edilir. Alacaklılar kurulu oluşturulurken komiserin de görüşü alınır. Alacaklılar kurulu her ay en az bir kere toplanır ve hazır bulunanların oy çokluğuyla karar alır. Komiser bu toplantıda hazır bulunarak alınan kararları toplantıya katılanların imzasını almak suretiyle tutanağa bağlar. Alacaklı sayısı, alacak miktarı ve alacakların çeşitliliği dikkate alınarak alacaklılar kurulunun zorunlu olarak oluşturulacağı hâller ile alacaklılar kuruluna ilişkin diğer hususlar Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikte gösterilir' (İİK. m. 289/IV).

"Alacaklılar kurulu" - "konkordato komiseri" (İİK. mad. 287/III; 290) ve *"alacaklılar toplantısı"* (İİK. mad. 302) ile birlikte- 'konkordatonun özel organlarını' oluşturur.

7101 sayılı Kanunla adi konkordatoya ilişkin getirilen en önemli yenilik, kesin mühlete karar veren mahkemenin bu kararla birlikte veya kesin mühlet içinde uygun görülecek bir zamanda yedi alacaklıyı geçmemek kaydı ile *'alacaklılar kurulu'* oluşturulacak olmasıdır. Mahkeme bu kararı verirken, 286/I-c uyarınca konkordato talebiyle birlikte tevdi edilen alacaklılar listesinden hareket ederek, alacaklı sayısı, alacak miktarı, işletmenin büyüklüğü gibi kriterleri göz önüne alacaktır. 'Konkordato talep eden her işletmeye bir alacaklılar kurulu tayin edileceği' şeklinde bir uygulamanın içine girilmemesi, bu kurulun maddede tanımlanan özel durumlarda oluşturulması gerekmektedir.[71]

69 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:61

70 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

71 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

● «Adi konkordatoya ilişkin hükümlerimiz bakımından bir yenilik olmak üzere, kesin mühlete karar veren mahkeme bu kararla birlikte veya kesin mühlet içinde uygun görülecek bir zamanda yedi alacaklıyı geçmemek ve herhangi bir ücret takdir edilmemek kaydıyla ayrıca bir alacaklılar kurulu oluşturabilecektir. Mahkeme bu kararı verirken, esas itibariyle, 286 ncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca konkordato talebiyle birlikte tevdi edilen alacaklılar listesinden hareket ederek alacaklı *sayısı, alacak miktarı, işletmenin büyüklüğü gibi kriterleri göz önüne alacaktır; konkordato talep eden her işletmeye bir alacaklılar kurulu tayin edileceği şekilde bir uygulamanın içine girilmemesi, bu kurulun maddede tanımlanan özel durumlarda oluşturulması gerekmektedir…..*[72]»

24. Alacaklılar kurulu nasıl oluşturulur? (İİK. mad. 289/IV)

'(1) Mahkeme tarafından kesin mühlet kararıyla birlikte veya en geç 2004 sayılı Kanunun 299 uncu maddesi uyarınca alacaklıların alacaklarını bildirmesi ve 300 üncü maddesi gereğince borçlunun alacaklılar hakkındaki beyanı alındıktan sonra, yedi alacaklıyı geçmemek, herhangi bir ücret takdir edilmemek ve tek sayıda olmak kaydıyla konkordato komiserinin de görüşü alınarak alacaklılar kurulu oluşturulabilir.

(2) Bu durumda alacakları, hukuki nitelik itibarıyla birbirinden farklı olan alacaklı sınıfları ve varsa rehinli alacaklılar, alacaklılar kurulunda hakkaniyete uygun şekilde temsil edilir' (Konkordato Yön. Taslağı m. 9).

25. Hangi durumlarda alacaklılar kurulu zorunlu olarak oluşturulur?

(1) Hukuki nitelikleri büyük ölçüde birbirine benzer alacaklar, aynı alacaklı sınıfında yer alır. Rehinli alacaklılar, rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları bakımından ayrı bir sınıf olarak kabul edilir.

(2) En az üç alacaklı sınıfı bulunması kaydıyla, alacaklı sayısının iki yüz elliyi veya alacak miktarının yüz milyon Türk Lirasını aşması halinde alacaklılar kurulunun oluşturulması zorunludur' (Konkordato Yön. Taslağı m. 10).

26. Alacaklılar kurulunun görev ve yetkileri nelerdir?

'(1) Alacaklılar kurulu, komiserin faaliyetlerine nezaret eder; komisere tavsiyelerde bulunabilir ve kanunun öngördüğü tavsiyelerde bulunabilir ve kanunun öngördüğü hâllerde mahkemeye görüş bildirir.

72 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

(2) Alacaklılar kurulu, komiserin faaliyetlerini yeterli bulmazsa, mahkemeden komiserin değiştirilmesini gerekçeli bir raporla isteyebilir' (Konkordato Yön. Taslağı m. 11).

● "……*Alacaklılar kurulunun görevleri konkordato komiserinin görevleriyle birlikte 290 ıncı maddede gösterilmektedir.*

Geçici konkordato komiseri veya komiserleri, yeni bir komiser görevlendirilmesini gerektiren bir durum olmadığı takdirde kesin mühlet aşamasında da görevine devam edecektir."[73]

27. Konkordato komiserinin nitelikleri nedir?

● «Konkordato komiseri» olarak görevlendirilecek kişilerde aşağıdaki nitelikler aranır:

'**a)** Türk vatandaşı olmak.

b) Tam ehliyetli olmak.

c) En az dört yıllık lisans eğitimi veren fakültelerden veya bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurtiçindeki veya yurtdışındaki öğretim kurumlarından mezun olmak ve beş yıldan az olmamak üzere mesleki tecrübeye sahip olmak.[74]

ç) İflas etmemiş olmak.

d) Son bir yıl içinde görevin gerektirdiği özen yükümlülüğüne uymadığından dolayı konkordato komiserliği görevine son verilmemiş olmak.

e) Disiplin yönünden meslekten veya memuriyetten çıkarılmamış ya da sanat icrasından veya mesleki faaliyetten görevlendirildiği tarihte yasaklanmamış olmak.

f) Kamu hizmetinden yasaklı olmamak.

g) Fiilen yürütmekte olduğu mesleğinin ilgili mevzuatında, konkordato komiserliğini yürütmesine engel bir hüküm bulunmamak.

ğ) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile

73 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

74 İsviçre Hukukunda ise; "komiserin bir tüzel kişi olabileceği" kabul edilmektedir. (AYVAZ,S.T. Adi Konkordato Hakkında İcra Ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler "BATİDER, Aralık, 2003, S:2, s:72)

devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar ile zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak.

h) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak.

(2) Konkordato komiseri olarak üç kişinin görevlendirilmesi halinde, seçilecek komiserlerden birinin hukukçu ve birinin de finansal planlama ve kontrol konularında uzman serbest muhasebeci mali müşavir veya yeminli mali müşavir olması tercih edilir.

(3) Bir kişi eş zamanlı olarak *beşten fazla dosyada* geçici komiser ve komiser olarak görev yapamaz' (Konkordato Yön. Taslağı m. 4).

"Konkordato komiseri" – "alacaklılar toplantısı" (İİK.mad. 302) ve *"alacaklılar kurulu"* (İİK. mad. 289/IV) ile birlikte- *'konkordatonun özel organları'* nı oluşturur.

● «Konkordato komiserlerinin niteliklerinin Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenmesi… hükme bağlanmaktadır.»[75]

28. Konkordato komiserliğinden kaçınma ve ayrılma sebepleri nelerdir? (Kon. Yön. Tas. 5)

'(1) Aşağıdaki kişiler konkordato komiserliği görevini kabul etmeyebilirler:

a) Bedensel engelleri veya sürekli hastalıkları sebebiyle bu görevi yapmakta güçlük çekecek olanlar.

b) Üzerinde birden fazla konkordato komiserliği görevi bulunanlar.

c) Mahkemece kabul edilecek başkaca bir mazereti bulunanlar.

(2) Konkordato komiseri, haklı bir mazeretin ortaya çıkması halinde görevden ayrılmayı talep edebilir. Mazeretin kabulü mahkemenin takdirine bağlıdır' (Konkordato Yön. Taslağı m. 5).

39. Konkordato komiserinin yükümlülükleri nelerdir? (Kon. Yön. Tas. 6)

75 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

'(1) Konkordato komiseri 2004 sayılı Kanunda belirtilen görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yükümlülüklere uymak zorundadır:

a) Görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde tarafsız, objektif ve özenle yerine getirmek.

b) Kendisine tevdi olunan görevi bizzat yerine getirmek.

c) Görevi sebebiyle öğrendiği sırların gizliliğini sağlamak ve korumak.

ç) Görevi sırasında elde ettiği resmi veya gizli nitelikteki bilgileri, kendisi, yakınları veya üçüncü kişiler yararına doğrudan veya dolaylı bir menfaat elde etmek için kullanmamak.

d) Görev, unvan ve yetkilerini kullanarak kendisi, yakınları veya üçüncü kişiler lehine menfaat sağlamamak, hediye kabul etmemek ve aracılıkta bulunmamak.

(2) Yukarıdaki fıkranın (c), (ç) ve (d) bentlerinde sayılan yükümlülükler komiserlik görevi sona erdikten sonra da devam eder' (Konkordato Yön. Taslağı m. 6).

30. Konkordato komiserinin görevleri nelerdir? (İİK. 290/II)

'Komiserin görevleri' şunlardır:

a) Konkordato projesinin tamamlanmasına katkıda bulunmak.

b) Borçlunun faaliyetlerine nezaret etmek.

c) Bu kanunda verilen görevleri yapmak.

d) Mahkemenin istediği konularda ve uygun göreceği sürelerde ara raporlar sunmak.

e) Alacaklılar kurulunu konkordatonun seyri hakkında düzenli aralıklarla bilgilendirmek.

f) Talepte bulunan diğer alacaklılara konkordatonun seyri ve borçlunun güncel mali durumu hakkında bilgi vermek.

g) Mahkeme tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek (İİK. m. 290).

Bunların dışında, ayrıca;

h) 'Alacaklılar toplantısına davet' başlıklı 301. maddeye göre; konkordato projesinin hazırlanması, alacakların bildirilmesi ve tahkiki tamamlandıktan sonra komiser, 288. madde uyarınca yapacağı yeni bir ilanla alacaklıları, konkordato projesini müzakere etmek üzere toplanmaya davet eder.[76]

i) 'Alacaklılar toplantısı ve projenin kabulü için gerekli çoğunluk' başlıklı 302. maddeye göre; komiser, alacaklılar toplantısına başkanlık eder

76 **KUMKALE,R.** Konkordato, 2018, s:99

ve borçlunun durumu hakkında bir rapor verir.[77]

j) 'Alacaklılar toplantısı ve projenin kabulü için gerekli çoğunluk' başlıklı 302. maddeye göre; konkordato projesinin müzakereleri sonun oluşturulan konkordato tutanağı, kabul ve ret oylarını içerecek şekilde derhal imza altına alınacak ve komiser, alacaklılar toplantılarının tamamlanmasından itibaren en geç yedi gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri konkordato projesinin alacaklı sınıfları tarafından kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi edecektir.[78]

8 inci[79], 10 uncu[80], 11 inci[81], 16 ncı[82], 21 inci[83]

77 **KUMKALE,R.** a.g.e. s:99

78 **KUMKALE,R.** a.g.e. s:99

79 Tutanaklar

İİK.m.8: "İcra ve iflas daireleri yaptıkları muamelelerle kendilerine vakı talep ve beyanlar hakkında bir tutanak yaparlar. Sözlü itirazlar ile talep va beyanların altları ilgililer ve icra memuru veya yardımcısı veya katibi tarafından imzalanır.

(Ek fıkra: 2/7/2012-6352/2 md.) İcra ve iflas dairelerince verilen kararlar gerekçeli olarak tutanaklara yazılır.

İlgililer bu tutanakları görebilir ve bunların örneğini alabilir.

İcra ve iflas dairelerinin tutanakları, hilafı sabit oluncaya kadar muteberdir."

80 İş görmekten memnuiyet

İİK.m.10: "İcra ve iflas işlerine bakan memur ve müstahdemler:

1. Kendisinin,

2. Karı veya kocasının, nişanlısının yahut kan ve sıhri usul ve füruunun veya üçüncü derece dahil olmak üzere bu dereceye kadar olan kan ve sıhri civar hısımlarının,

3. Kanuni mümessili veya vekili yahut müstahdemi bulunduğu bir şahsın,

Menfaati olan işleri göremeyip derhal icra mahkemesine haber vermeye mecburdur. İcramahkemesi müracaatı yerinde görürse o işi diğer bir memura, bulunmıyan yerlerde katiplerinden birine verir."

81 Memnu işler

İİK.m.11: "Tetkik vazifesini gören hakimler ve icra ve iflas memur ve müstahdemleri,

dairelerince takip edilmekte olan bir alacak veya satılmakta bulunan bir şey hakkında kiminle olursa olsun kendileri veya başkaları hesaplarına bir akit yapamazlar. Yaparlarsa hükümsüzdür."

82Şikayet ve şartlar

İİK.m.16: "Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikayet olunabilir. Şikayet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır.

Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikayet olunabilir.

83 İcra tebliğleri

ve 359 uncu[84] maddeler hükümleri kıyas yoluyla komiserler hakkında da uygulanır' (İİK. m. 290/III).

31. «Konkordato komiseri»nin, konkordatoya ilişkin işlemlerine yönelik şikayetler nereye yapılır? (İİK.290/IV)

'Komiserin konkordatoya ilişkin işlemleri ile ilgili şikayetler, a*sliye ticaret mahkemesi* tarafından kesin olarak karara bağlanır' (İİK. m. 290/IV).

32. Konkordato komiserinin hukuki sorumluluğunun kapsamı nedir? (İİK.290/V)

'Konkordato komiserinin hukuki sorumluluğu hakkında, 227 nci maddenin dördüncü[85] ve beşinci[86] fıkrası hükümleri uygulanır' (İİK. m. 290/V).

Doktrinde[87] *"İcra ve İflas Kanunu sistematiği kapsamında konkordato komiserinin hukuki niteliği elverdiğince iflas idare memurlarının hukuki niteliğine benzetilebilir..."* denilmiştir.

Kanun koyucu, İİK.mad. 290/V'de; *"komiserin sorumluluğu hakkın 227nci maddenin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümleri uygulanır"* şeklinde düzenleme yapmıştır.

İİK.m.21:" İcra dairelerince yapılacak tebliğler yazı ile ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre olur.

Bu tebliğler makbuz karşılığında doğrudan doğruya tevdi suretiyle de yapılabilir.

İlamda ve 38 inci maddeye göre ilam hükmünde sayılan belgelerle ipotek senedinde yazılı olan adresi değiştiren alacaklı veya borçlu; keyfiyeti birbirlerine noter vasıtasiyle bildirmiş olmadıkça, tebligat aynı adrese yapılır ve bu adreste bulunmadığı takdirde Tebligat Kanununun 35 inci maddesi uygulanır.

Adres değişikliği, yukarıdaki fıkra gereğince alacaklı veya borçlu tarafından diğer tarafa tebliğ olunduğu halde eski adrese tebligat yaptırarak Tebligat Kanununun 35 inci maddesinden faydalanmış olan taraf bu suretle diğer tarafa verdiği bütün zararları yüzde 15 fazlasiyle ödemeye mecbur olduğu gibi hakkında 343 üncü maddedeki ceza da uygulanır."

84 İcra dairelerinin muhabereleri

İİK.m.359: "İcra memurları yaptıkları muameleden dolayı her daire ve makam ile doğrudan doğruya muhabere edebilirler."

85 İİK. 227/IV: İflâs idaresini teşkil edenler, kusurlarından ileri gelen zarardan sorumludur. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır.

86 İİK. 227/V: İflâs idaresini teşkil ederler, Türk Ceza Konusunun uygulanmasında memur sayılırlar.

87 **KALE,S.** a.g.e. s:44

Öncelikle şu hususu belirtelim ki; her ne kadar İİK. mad. 290/V'de "227nci maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarına" atıfta bulunulmuşsa da, 227nci maddenin ikinci fıkrası '5311 s. K.'nun 28. maddesi ile' yürürlükten kaldırılmış olduğundan, 290ncı maddenin beşinci fıkrasında '227. maddenin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümlerine yapılan atfın, 227nci maddeye yapılan atfın 'bu maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına' yapılmış bir atıf olarak değerlendirilmesi gerekir.

İİK.mad. 290/V'de atıf yapılan İİK.mad.227 *"iflas idaresinin vazife ve mes'uliyeti"*ni düzenleyen bir hüküm olduğundan, 'konkordato komiseri'nin hukuki sorumluluğu hakkında 'iflas idaresi'nin hukuki sorumluluğu hakkındaki 227nci madde (son iki fıkra) kıyasen uygulanacaktır…

33. Bir konkordato komiseri, eş zamanlı olarak en fazla kaç dosyada görevlendirilebilir? (İİK.290/V)

'Bir kişi, eş zamanlı olarak, *beşten fazla dosyada* 'geçici komiser' ve 'komiser' olarak görev yapamaz' (İİK. m. 290/V).

34 "Konkordato komiseri" (İİK.287/II; 290) **ile "iflasın ertelenmesi kurumundaki kayyım"ın** (İİK.179 a/I) **'benzer' ve 'farklı' yönleri nelerdir?**

Her ikisi de *'kamu görevlisi'* olan bu kişiler, görevlerini yerine getirirlerken; objektif, tarafsız, bağımsız davranmakla yükümlüdürler.[88]

Her ikisi de *'ticaret mahkemesi tarafından'* atanır. (İİK.mad.179 a/I; 287/III, 289/III).

İşin yoğunluğuna göre *'birden fazla'* komiser ya da kayyım atanabilir. (İİK.mad. 179 a/I; 287/III, 289/III)[89]

'Tüzel kişiler' ne komiser ve ne de kayyım olarak atanamazlar.[90]

*'Komiser'*in işlemlerine karşı, İİK.mad.16 uyarınca –Ticaret mahkemesine- şikayet yoluna başvurabileceği İİK.mad.290/III'de açıkça belirtilmiş olmasına ve *'kayyım'* ın işlemleri yönünden Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, kayyımın işlemlerine karşı da –Ticaret mahkemesine- *'şikayet yolu'*na başvurulabilmelidir[91]…

88 **ERMENEK,İ.** İflasın Ertelenmesi, 2009, s:321 – **AYVAZ,S.T.** İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, 2005, s:344 – **TANRIVER,S.** Konkordato Komiseri, 1993, s:136 – ÇETİN,Ö.K. İflasın Ertelenmesi Bağlamında Kayyımlık, 2011, s:79

89 **TANRIVER,S.** a.g.e. s:96 vd. – ÇETİN,Ö.K. a.g.e. s:80

90 **AYVAZ,S.T.** İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, s:344 – **TANRIVER,S.** a.g.e. s:93 vd.

91 ÇETİN,Ö.K. a.g.e. s:81 – **ERMENEK,İ.** a.g.e. s:322

'İflasın ertelenmesi' ve *'konkordato mühlet'* süresince borçlu –kural olarak- malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisini sürdürür.[92]

'Konkordato'da**;** *"Borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir. Mahkeme mühlet kararı verirken veya mühlet içinde 'bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetlerini devam ettirmesine karar verebilir."* (İİK.mad. 297/I)

'İflasın ertelenmesi'nde de mahkeme *"yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmakla yetinebilir."* (İİK.mad. 179 a/II) Mahkeme 'bazı işlemlerin yapılmasını –konkordatoda olduğu gibi (İİK. mad. 297/II)- tamamen yasaklayabilir.[93]

35 "Alacaklılar kurulu"nun görevleri nelerdir? (İİK.290/VII)

'Alcaklılar kurulunun görevleri' şunlardır:

a) Komiserin faaliyetlerine nezaret eder.

b) Komisere tavsiyelerde bulunabilir.

c) Kanun'un öngördüğü hallerde mahkemeye görüş bildirir.

d) Komiserin faaliyetlerini yeterli bulmazsa, mahkemeden komiserin değiştirilmesini gerekçeli bir raporla isteyebilir. (İİK.m.290/V)

36. Mahkemece ne zaman «kesin mühletin, borçlunun mali durumunun düzelmesi nedeniyle kaldırılarak konkordato talebinin reddine» karar verilir? (İİK.291)

● 'Konkordato talebi ile amaçlanan iyileşmenin, kesin mühletin sona ermesinden önce gerçekleştiğinin komiserin yazılı raporuyla mahkemeye bildirilmesi üzerine mahkemece resen, kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verilir. Bu karar, 288 inci madde uyarınca ilan edilir ve ilgili yerlere bildirilir.

---

92 **ERMENEK,İ.** a.g.e. s:322 – **TAŞPINAR,S.** Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler (BATİDER, C:XXII, S: 2003/II, s:49 vd.) – **TANRIVER,S.** 4949 Sayılı Kanunla İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerine Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi (Tür. Bar. Bir. Der. Mart-Nisan/2004, S:51, s:81) – ÇETİN,Ö.K. a.g.e. s:79

93 ÇETİN,Ö.K. a.g.e. s:79

Mahkeme, bu madde kapsamında kesin mühletin kaldırılmasına karar vermeden önce borçlu ve varsa konkordato talep eden alacaklı ve alacaklılar kurulunu duruşmaya davet eder; diğer alacaklıları ise gerekli görürse davet eder' (İİK. m. 291).

*'Komiser'*in görevleri ayrıntılı biçimde İİK. mad. 290/II'de düzenlenmişken, *'kayyım'*ın görevleri İİK.mad.179 a/I,III'de genel olarak düzenlenmiş, içeriğinin doldurulması konusunda hakime geniş takdir hakkı tanınmıştır.[94]

*'Komiser'*in görev süresi –kural olarak- "konkordatonun tasdiki ile" sona ererken[95], *'kayyım'*ın görev süresi; 'erteleme süresinin dolması veya erteleme kararının kaldırılması ile' sona erer.[96]

Bazı hallerde konkordato mühleti verilmesi, borçlunun iyileşmesi için tek başına yeterli olabilir.

Mahkemenin *'tedbir kararı'* vermesinden sonra, kesin mühletin borçlunun mali durumunun düzeltilmesi sebebiyle kaldırılması durumunda önceden verilen tedbirlerin akibeti ne olacaktır? Burada mahkemenin 'tedbirlerin kaldırılmasına' karar vermesi gerekir. Mahkeme 'tedbirlerin kaldırılmasına' karar vermemişse kanun yolları aşamasında ve karar kesinleşinceye kadar tedbir kararı geçerliliğini koruyacak, örneğin takipler durmaya devam edecektir.[97]

● «Konkordato hukuku bakımından yenilik taşıyan bu hükme göre konkordato mühleti konkordato borçlusunun durumunun iyileşmesi sebebiyle de kaldırılabilecektir. Gerçekten de bazı hallerde geçici veya kesin konkordato mühleti, borçlunun iyileşmesi için tek başına yeterli olabilir. Bu durumda konkordato mühleti kaldırılır, konkordato prosedürüne devam edilmez, ama borçlunun iflasına karar verilmesi için de bir sebep ortaya çıkmaz. İyileşme kavramı, borçlunun alacaklılara tam ve zamanında ödeme yapabilecek şekilde ödeme gücünü kazanması şeklinde anlaşılabilir ise de bu madde çerçevesinde özellikle açıklanmamakta, konu kazai içtihatlara bırakılmaktadır…»[98]

94 **ERMENEK,İ.** a.g.e. s:325, ÖZLEM,K.Ç. a.g.e. s:81

95 **TANRIVER,S.** 4949 sayılı Kanun'la……., s:84 – **AYVAZ,S.T.** Yeniden Yapılandırma, s:344

96 ÇETİN,Ö.K. a.g.e. s:81

97 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:64

98 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

37. Mahkemece ne zaman –iflasa tabi borçlu hakkında- «konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına» karar verilir? (İİK. 292/I)

● 'İflasa tabi borçlu bakımından, kesin mühletin verilmesinden sonra aşağıdaki durumların gerçekleşmesi hâlinde komiserin yazılı raporu üzerine, mahkeme, *"kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflasına"* re'sen karar verir.

a) Borçlunun malvarlığının korunması için iflasın açılması gerekiyorsa.

b) Konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa;

Burada kastedilen haller iyileşmenin veya konkordatonun tasdikinin hiç mümkün olmadığı hallerdir.[99]

c) Borçlu, 297 nci maddeye aykırı davranır veya komiser talimatlarına uymazsa.

d) Borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse' (İİK. m. 292).

● *Maddeyle, kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflasın açılması düzenlenmektedir. Maddenin kaleme alınmasında İsviçre İcra ve İflas Kanununun 296/b maddesinden yararlanılmıştır. Ancak, burada İsviçre sistemi (m. 294, fıkra 3 ve m. 296/a) aşırı sert bulunarak bu sistemden farklı olarak iflas kararının verilebilmesi iflasa tabi şahıslar ile* sınırlandırılmakta, ayrıca mad*dede sayılan iflas sebeplerinden birinin gerçekleşmesi aranmaktadır.*

Maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki «başarıya ulaşma» ibaresi ile kastedilen haller iyileşmenin veya konkordatonun tasdikinin hiç mümkün olmadığı hallerdir. Aynı fıkranın (d) bendi uyarınca mahkemece, borca batık olduğu halde konkordato talebinden feragat eden sermaye şirketi veya kooperatifin borca batıklık nedeniyle iflasına karar verecektir…»[100]

38. Mahkemece ne zaman -iflâsa tâbi olmayan borçlu hakkında- «kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine» karar verilir? (İİK.292/II)

Eskiden (İİK. m.301/I) *iflasa tabi olmayan* borçluların da –konkor-da-

99 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:65

100 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

to sürecinin başarısız olması halinde- iflasına karar veriliyordu.[101] konkordato talebine ilişkin olarak yapılan en önemli değişiklik iflasa tabi olmayan borçluların konkordato talebinde bulunduktan sonra, konkordato süreçlerinin başarısız olması halinde, iflas kararı verilemeyecek olmasıdır.[102]

İflasa tabi olmayan borçlu bakımından birinci fıkranın (b) ve (c) bentlerindeki hâllerin kesin mühletin verilmesinden sonra gerçekleşmesi durumunda, komiserin yazılı raporu üzerine mahkeme kesin mühleti kaldırarak *konkordato talebinin reddine* resen karar verir' (İİK. m. 292/son).

39. Ticaret mahkemesinin 'konkordato talebi' hakkında verdiği hangi kararlara karşı 'kanun yolu'na başvurulamaz, hangi kararlar hakkında 'istinaf yolu'na başvurabilir? (İİK.293)

● ' *"Kesin mühlet talebinin kabulü ile mühletin kaldırılması talebinin reddine"* ilişkin kararlara karşı "kanun yolu"na başvurulamaz.

Kesin mühlet talebinin değerlendirilmesi sonucunda, hakkında iflas kararı verilmeyen borçlunun konkordato talebinin reddine karar verilirse, borçlu veya varsa konkordato talep eden alacaklı bu kararın tebliğinden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurabilir. Bölge adliye mahkemesinin kararı kesindir. Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararı kesindir. Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak mühlet kararı verildiği hâllerde dosya, komiserin görevlendirilmesi de dahil olmak üzere müteakip işlemlerin yürütülmesi için ilk derece mahkemesine gönderilir.

Mahkemenin veya bölge adliye mahkemesinin *"konkordato talebinin reddiyle birlikte borçlunun iflasına"* da karar verdiği hâllerde, 164 üncü madde hükmü uygulanır' (İİK. m. 293).

● «Konkordato hakkındaki kapsamlı kanun yolu denetimi konkordatonun tasdiki aşamasında kabul edilmekte; mühlet aşamasında kanun yolu denetimi sınırlandırılmaktadır. 287 nci maddenin son fıkrası hükmüne göre geçici mühlet talebinin kabulü, geçici komiser görevlendirilmesi, *geçici mühletin uzatılması ve tedbirlere ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı gibi, 293 üncü maddeye göre de kesin mühlet talebinin kabulü ile kesin mühletin kaldırılması talebinin reddine ilişkin kararlara karşı da kanun yoluna başvurulamayacaktır.*

101 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** age. C:3, s:4674
102 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:47

Kesin mühlet talebinin reddi kararlarına karşı ise kural olarak sadece istinaf yolu öngörülmüştür. İstisna olarak mahkemenin veya bölge adliye mahkemesinin konkordato talebinin reddiyle birlikte borçlunun iflasına da karar verdiği hallerde bu kararlara karşı hem istinaf hem de temyiz kanun yollarına başvurulabilmesini öngören 164 üncü madde hükmü uygulanacaktır.»[103]

40. «Kesin konkordato mühleti»nin, alacaklılar bakımından sonuçları nelerdir? (İİK.294)

● -'Mühlet içinde, borçlu aleyhine 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere *'hiçbir takip yapılamaz'* ve evvelce başlamış takipler durur.

İİK. m.294/I'de yer alan bu hüküm daha önce *"iflasın ertelenmesi"* konusunun *'erteleme kararı ve sonuçları'* başlıklı İİK. m.179 b/I'de; *"erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış olan takipler durur, ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz kararları uygulanamaz; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez."* şeklinde düzenlenmişti. Aynı konu, aynı şekilde *konkordatoda "mühletin alacaklılar bakımından sonuçları"* başlıklı İİK.'nun 289/I maddesinde *"mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyati haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü mühletler işlemez."* şeklinde düzenlenmişti.....

Bu kadar ayrıntıya, *'konkordato mühleti içinde, konkordato talep etmiş olan borçlu hakkında, kira borcundan dolayı tahliye takibinin yapılıp yapılamayacağı'* konusunda uygulamada düşülen tereddüte açıklık getirmek amacıyla girmiş bulunuyoruz. Gerçekten İİK.'nun 289. maddesinin son değişiklikten önceki dönemde uygulamada **yüksek mahkeme** *"konkordato mühleti içinde kira borcundan dolayı tahliye takibi yapılabileceğini"* aşağıdaki şekilde pek çok kararında açıkça kabul etmişti:

√ *"Konkordato mehli içerisinde borçlu hakkında "kira alacağı"ndan dolayı takip yapılabileceğini"*[104]

---

103 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

104 Bknz: 12. HD. 13.12.1989 T. E:9576, K:15411 (www.e-uyar.com)

√ *"Konkordato mehli içerisinde, borçlu hakkında kira alacağından dolayı takip yapılabileceğini"*[105]

√ *"Konkordato mehli içerisinde borçlu hakkında "kira alacağı"ndan dolayı takip yapılabileceğini"*[106]

√ *"Kiracıya "konkordato mühleti" verilmiş olmasının, İİK. 272 vd. göre kiracı hakkında tahliye takibi yapılmasını önlenemeyeceğini"*[107]

ifade etmişti.

Buna karşın, **yüksek mahkeme**, aynı düzenlemenin yer aldığı *"iflasın ertelenmesi"* durumunda, mahkemece iflasın ertelenmesi talebi üzerine *"borçlu hakkında hiçbir takip yapılmaması"* konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması halinde *'kiracı durumunda bulunan borçlu hakkında tahliye takibi yapılmaması gerekeceğini'* pek çok kararında aşağıdaki şekilde belirtmişti.

Yüksek mahkeme:

√ *"İflas erteleme talebinde bulunan borçlu şirketin, tedbir tarihinden önce başlatılmış takiplerin bulunduğu yerde durdurulmasına karar verildiği görüldüğünden, mahkemece, takibe konu kira alacağının tahsili ve kiralananın tahliyesi için mahkeme kararı ile duran icra takibinin devamını sağlayacak şekilde karar verilmesinin hatalı olduğunu"*[108]

√ "√ *"Borçlunun halen faaliyetini yürüttüğü bu taşınmazdan tahliye edilmesinin, iflasın ertelenmesi talebinin amacına ve tedbir kararına aykırı olacağını"*[109]

√ *"İflasın ertelenmesi kararının verilmesinden sonra borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takibin yapılamayacağı, öncesinde başlamış bir takip varsa, başlayan takiplerin duracağı, iflasın ertelenmesi veya tedbir kararının verilmesinden önce başlatılan takip nedeniyle açılan itirazın kaldırılması, itirazın iptali ya da menfi tespit davalarına iflasın ertelenmesi (ya da tedbir) kararının etki etmeyeceği ancak, açılan bu davaların sonunda verilen ilamların infazını engelleyeceği bu nedenle, tedbir kararından sonra ödenmeyen kira alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra taki-*

105 Bknz: 12. HD. 22.9.1988 T. E: 1987/12819, K: 10202 (www.e-uyar.com)
106 Bknz: 12. HD. 27.5.1988 T. E:1987/9196, K:6850 (www.e-uyar.com)
107 Bknz: İİD. 16.4.1968 T. E:3826, K:3982 (İBD. 1968/9-10, s:626) (www.e-uyar.com)
108 Bknz: 8. HD. 12.06.2017 T. E: 3602, K: 8747 (www.e-uyar.com)
109 Bknz: 12. HD. 17.11.2016 T. E: 5742, K: 23765 (www.e-uyar.com)

bine vaki itirazın kaldırılması, kiralananın tahliyesi ve icra inkâr tazminatının tahsili istemine ilişkin davanın reddi gerektiği, tahliye kararının isabetsiz olduğunu"[110]

√ *"Ödenmeyen kira bedelinin tahsili amacıyla başlatılan icra takibi sonucu temerrüt nedeniyle kiralananın tahliyesi isteminde, iflasın ertelenmesi dava dosyasında verilen tedbir kararına rağmen yapılan usulsüz takibe dayalı olarak tahliye istenemeyeceğini"*[111]

√ *"Kira alacağının tahsili amacıyla tahliye istekli olarak başlatılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması ve kiralananın tahliyesi istemine ilişkin davada iflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında "hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur" ise de, iflasın ertelenmesinden önce yapılan (veya tedbiren durdurulan) takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki, itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi takiplere ilişkin davalara, dava bir takip işlemi olmadığından erteleme süresi içinde devam edilebileceği, ancak bu davalar sonucunda verilen ilama dayanarak takip yapılamayacağını"*[112]

√ *"Kira alacağının tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması ve tahliye istemine ilişkin davada iflasın ertelenmesi kararının verilmesinden sonra borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takibin yapılamayacağı, öncesinde başlamış bir takip varsa, başlayan takiplerin duracağı, iflasın ertelenmesi veya tedbir kararının verilmesinden önce başlatılan takip nedeniyle açılan itirazın kaldırılması, itirazın iptali ya da menfi tespit davalarına iflasın ertelenmesi (ya da tedbir) kararının etki etmeyeceği ancak, açılan bu davaların sonunda verilen ilamların infazını engelleyeceğini"*[113]

√ *"Açıkça erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 Sayılı Kanuna göre yapılan takiplerde dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durması gerekeceğini-* İflasın ertelemesi kurumunun alacaklıların çıkarlarını dengeli bir şekilde korumayı amaçladığından konkordato ile benzerlik arz ettiğini*- Borçlu şirketin iflasının ertelenmesi kararına rağmen, taşınmazdan tahliyesinin infazının yapılması halinde borçlunun tahliye işlemi nedeniyle karşılaşacağı maddi ve manevi anlamdaki sıkıntıların İİK.nun 179/b maddesinin amacına*

110 Bknz: 6. HD. 22.09.2014 T. E:9056, K:10183 (www.e-uyar.com)
111 Bknz: 6. HD. 08.07.2014 T. E: 2014/7498, K: 9155 (www.e-uyar.com)
112 Bknz: 6. HD. 20.03.2014 T. E: 2014/2250, K: 3425 (www.e-uyar.com)
113 Bknz: 6. HD. 04.03.2014 T. E: 2014/2279, K: 2426 (www.e-uyar.com)

ve ruhuna aykırı olacağını- Mahkemece iflas erteleme kararı incelenerek sonucuna göre karar vermek gerekirken, tahliye kararı verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu-"[114]

√ *"Kira alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vaki itirazın kaldırılması, kiralananın tahliyesi ve icra inkar tazminatının tahsili istemine ilişkin davada iflasın ertelenmesi kararının verilmesinden sonra borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takibin yapılamayacağı, öncesinde başlamış bir takip varsa, başlayan takiplerin duracağı, iflasın ertelenmesi veya tedbir kararının verilmesinden önce başlatılan takip nedeniyle açılan itirazın kaldırılması, itirazın iptali ya da menfi tespit davalarına iflasın ertelenmesi (ya da tedbir) kararının etki etmeyeceği ancak, açılan bu davaların sonunda verilen ilamların infazını engelleyeceğini"*[115]

√ *"İcra takibinin başlamasından sonra iflasın ertelenmesi kararı ile verilen tedbir kararının, davalı hakkında açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceği (bu davaların görüleceği) ancak, bu davalar sonunda verilen kararların infaz edilemeyeceğini- (Not: Bu kararlar gereğince; "kiracının beş yıllık erteleme süresi boyunca bir kuruş kira bedeli ödemeden kiralananı kullanmaya devam edeceği" de kabul edilmiş olmaktadır..)"*[116]

√ *"İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir icra takibi yapılamayacağı ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbiren durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceği ancak bu davalar sonunda verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağı, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceği; tedbir kararından önce davalı hakkında icra takibine başlanmışsa verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceği, ancak mahkemece verilen tahliye kararının infazının mümkün olmaya-cağını"*[117]

√ *"İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir*

---

114 Bknz: 6. HD. 30.01.2014 T. E: 2014/922, K: 1180(www.e-uyar.com)
115 Bknz: 6. HD. 30.10.2013 T. E:2013/4740, K:2013/14425 (www.e-uyar.com)
116 Bknz: 6. HD 11.09.2013 T. E: 10780, K: 12204 (www.e-uyar.com)
117 Bknz: 6. HD. 13.03.2013 T. E:1212, K:4368 (www.e-uyar.com)

icra takibi yapılamayacağı ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbiren durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceği, ancak bu davalar sonunda verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağı, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceği; tedbir kararından önce davalı hakkında icra takibine başlanmışsa verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkileme-yeceği, ancak mahkemece verilen tahliye kararının infazının mümkün olmayacağını"[118]

√ *"İcra takibinin başlamasından sonra iflasın ertelenmesi kararı ile verilen tedbir kararının, davalı hakkında açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceği (bu davaların görüleceği) ancak, bu davalar sonunda verilen kararların infaz edilemeyeceğini- (Not: Bu kararlar gereğince; "kiracının beş yıllık erteleme süresi boyunca bir kuruş kira bedeli ödemeden kiralananı kullanmaya devam edeceği" de kabul edilmiş olmaktadır..)"*[119]

√ *"İcra takibinin başlamasından sonra iflasın ertelenmesi kararı ile verilen tedbir kararının, davalı hakkında açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceği (bu davaların görüleceği) ancak, bu davalar sonunda verilen kararların infaz edilemeyeceğini- (Not: Bu kararlar gereğince; "kiracının beş yıllık erteleme süresi boyunca bir kuruş kira bedeli ödemeden kiralananı kullanmaya devam edeceği" de kabul edilmiş olmaktadır..)"*[120]

√ *"İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir icra takibi yapılamayacağı ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbiren durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceği, ancak bu davalar sonunda verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağı, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceği; tedbir kararından önce davalı hak-*

118 Bknz: 6. HD. 04.03.2013 T. E:2012/19907, K:3633 (www.e-uyar.com)
119 Bknz: 6. HD. 24.01.2013 T. E: 2012/17242, K: 882 (www.e-uyar.com)
120 Bknz: 6. HD. 24.01.2013 T. E: 2012/17241, K: 830 (www.e-uyar.com)

kında icra takibine başlanmışsa verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceği, ancak mahkemece verilen tahliye kararının infazının mümkün olmayacağını"[121]

√ *"İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir icra takibi yapılamayacağı ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbiren durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceği ancak bu davalar sonunda verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağı, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceği; tedbir kararından önce davalı hakkında icra takibine başlanmışsa verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceği, ancak mahkemece verilen tahliye kararının infazının mümkün olmaya-cağını"*[122]

√ *"Borçlunun faaliyetini sürdürdüğü taşınmazdan tahliye edilmesinin, iflasın ertelenmesi talebinin amacına aykırı olacağı, bu nedenle "borçlunun taşınmazdan tahliye edilmesi"ne ilişkin mahkemece verilen kararın, iflasın ertelenmesi süresince infaz edilemeyeceğini"*[123]

√ *"Borçlunun faaliyetini sürdürdüğü taşınmazdan tahliye edilmesinin, iflasın ertelenmesi talebinin amacına aykırı olacağı, bu nedenle "bor*çlunun taşınmazdan *tahliye edilmesi"ne ilişkin mahkemece verilen kararın, iflasın ertelenmesi süresince infaz edilemeyeceğini"*[124]

ifade etmiştir.

Yeni kabul edilen İİK. m.294/I hükmü Yargıtay'ca nasıl yorumlanacaktır? *"Tahliye takipleri"* de, mühlet içinde yapılması *'yasak olan'* takipler arasına dahil edilerek *'bu takiplerin de konkordato talep etmiş olan borçlular hakkında yapılamaması'* mı kabul edilecek, yoksa *'bu takiplerin –daha önce 60'lı, 80'li yıllarda olduğu gibi- yapılmasına bir engel bulunmadığı'* mı kabul edilecektir?

"Bu takiplerin mühlet içinde yapılamayacağı, çünkü İİK. m.294/I'de 'hiçbir' takibin yapılamayacağının öngörüldüğü –sadece İİK. m.294/II

121 Bknz: 6. HD. 26.12.2012 T. E:12779, K:17408 (www.e-uyar.com)
122 Bknz: 6. HD. 15.11.2012 T. E:9127, K:14930 (www.e-uyar.com)
123 Bknz: 12. HD. 08.02.2010 T. E:1261, K:2348 (www.e-uyar.com)
124 Bknz: 12. HD. 19.06.2008 T. E:9934, K:13010 (www.e-uyar.com)

uyarınca '206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabileceği'-" sonucuna varılırsa, hiç değilse, İİK. m.308 c/IV uyarınca, alacaklı-kiralayan ile borçlu arasında, mühlet süresince komiserin izni ile yeni bir *'kira sözleşmesi'* yapılması sağlanmak suretiyle, işleyecek kira bedellerinin –konkordato şartlarına tâbi olmadan- tamamının ödenmesi garanti edilmelidir…..

-Mühlet içinde *'ihtiyatî tedbir'* ve *'ihtiyati haciz'* kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen *'zamanaşımı ve hak düşüren müddetler'* işlemez.

Eski (İİK. m.289/I) metinde *'ihtiyati haciz kararları uygulanmaz'* hükmü *'ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz'* şeklinde geliştirilmiştir.

-206 ncı maddenin *birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar*[125] için haciz yoluyla takip yapılabilir.

-Tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren *rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz* işlemesi durur.

-Takas bu Kanunun 200 ve 201 inci maddelerine[126] tâbidir. Bu madde-

---

125 İİK. m. 206/III: "Teminatlı olup da rehinle karşılanmamış olan veya teminatsız bulunan alacaklar masa mallarının satış tutarından, aşağıdaki sıra ile verilmek üzere kaydolunur:

Birinci sıra:

A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları,

B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları,

C) İflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları."

126 Burada bahsedilen İİK.'nun 200 ve 201'inci maddeleri *"iflasta takas"*a ilişkin olan maddelerdir.

İİK. mad. 200'de; Bu maddede bir taraftan «iflasta takasın mümkün olduğu» belirtilirken, diğer taraftan da «takas yapılamayacak olan durumlar» (Takas yasağı) düzenlenmiştir.(Ayrıntılı bilgi için bknz: FERENDECİ, H. Ö. İflas Hukukunda Takas, 2013)

I- «Borcu sona erdiren sebepler»den biri olan takas TBK. mad. 139- 145'de düzenlenirken, iflâs hukukunda hangi durumlarda takas yapılabileceği hangi durumlarda ise yapılamayacağı İİK. mad. 200-201'de düzenlenmiştir. (Bknz: 8. HD. 30.03.2016 T. 24283/5746; 12. HD. 05.04.1983 T. 856/2576 "www.e-uyar.com")

İflâs hukukunda takas yapılması, borçlar hukukuna göre –iki bakımdan- daha kolay-

laştırılmıştır. Gerçekten,

√ «Borçlar hukukuna göre takas yapılabilmesi için her iki alacağın da aynı nesneden -örneğin; her iki alacağın da «para» veya «aynı cins ve nitelikteki mallar- olması gerekirken (TBK. mad. 139/1), iflâsta, «paradan başka bir şey olan iflâs alacağı, dengi bir kıymetle para alacağına çevrildiğinden (İİK. mad. 198/I), iflâs alacağının paradan başka bir şey olması halinde de, takası mümkündür. Bunun sonucu olarak, müflisten bir otomobil alacağı olan kişi, bunun değeri ile müflise olan para borcunu takas edebilir.

√ «Borçlar hukukuna göre takas yapılabilmesi için, her iki alacağın da muaccel alması zorunlu iken (TBK. mad. 139/1), iflâsın açılması ile müflisin müeccel borçları-taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış olanlar hariç- muaccel hale geldiğinden (İİK. mad. 195/I), müflisten alacaklı olan iflâs alacaklısı, alacağı muaccel olmasa bile (iflâs ile muaccel hale gelen bu alacağını) müflise olan borcu ile takas edebilir. (Bknz: 15. HD. 19.11.1979 T. 1972/2322 "www.e-uyar.com")

İflâs tarihinden (İİK. mad. 165/I) -«iflâsın açılması»ndan- önce müflisten alacaklı olanlar, bu alacaklarını iflâs masasına «iflâs alacağı» olarak yazdırıp, tasfiye sonunda, alacaklarına düşen payı (garameyi) masadan alırlarken, müflise borcu olan kişiler, bu borçlarını iflâs masasına tam olarak öderler.

Müflisten alacaklı olan kişi, aynı zamanda müflise borçlu ise (müflise borcu varsa), iflâsta takasa izin verilmesi halinde, müflise olan borçları kadar, müflisteki alacaklarını tam olarak tahsil etmek suretiyle, müflisten yalnız alacaklı alanlara nazaran daha iyi durumda olurlar. (**ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, S.T.** İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, 2017, s:488 – **KURU, B.**İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s:585) Böylece, iflâs alacaklıları arasında bulunması gereken eşitlik bozulmuş olur.

Kanun koyucu, bir taraftan, kural olarak «iflâsta takas»a izin verirken (İİK. mad. 200/I), diğer taraftan takasın iflâsta alacaklılar arasındaki eşitliği bozmaması ve takasın kötüye kullanılmasını, diğer alacaklıların zararına işleyen muvazaalı bir işlem olmamasını sağlayacak tedbirleri alarak hangi durumlarda «takasın mümkün olmayacağını» (İİK. mad. 200/II, III) ve «takasa itiraz edilebileceğini» (İİK. mad. 201) ayrı ayrı düzenleyerek, iflâsta takas imkanını sınırlamıştır.

II- *Hangi durumlarda takas yapılamayacağı* (yani; *takas yasağı*) İİK. mad. 200/II ve III'de aşağıdaki şekilde belirtilmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bknz: **FERENDERECİ, H. Ö.** İflasta Takas, s:217 vd. – **ALTAY, S.** Türk İflas Hukuku, 2004, C:2, s:1132 vd.)

1) Müflisin borçlusu, iflâs açıldıktan sonra müflisin alacaklısı olmuşsa; müflise olan borcu ile, iflâs açıldıktan sonra doğan müflisteki alacağını takas edemez (İİK. mad. 200/II-1).

Müflisin borçlusu, borcunun tamamını masaya ödemek zorundadır. Bu kişi, iflâs açıldıktan sonra müflisten alacaklı olmuşsa, bu alacağını masaya kaydettiremeyecek ve masadan isteyemeyecektir. Bu nedenle, bu borçların takası masanın zararına olacağından, kabul edilmemiştir. (**GÜRDOĞAN, B.** İflâs Hukuku Dersleri, 1966, s:110)

İflâs açıldıktan sonra, bir «iflâs alacağı», müflisin bir borçlusuna temlik edilirse, yine takas mümkün değildir. (**ANSAY, S.Ş.** Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1960, s:247 - **KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku, 1993, C:3, s:2988 - Bknz: 12. HD. 12.06.1989 T. 62/8714; 16.05.1978 T. 4434/4487 "www.e-uyar.com")

Fakat, müflisin borçlusu, iflâs açıldıktan sonra, «masa»dan alacaklı olmuş ise, masaya olan borcu ile, masa alacağını takas edebilir. Çünkü müflisin borçlusunun bu durumda masaya ödeyeceği para ile masadan alacağı para aynıdır. (**KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2013, s:1259, dipn. 6 - **KURU, B.** age. C:3, s:2988, dipn. 5)

2) Müflisin alacaklısı iflâs açıldıktan sonra müflisin veya masanın borçlusu olmuş

ise, alacağı ile iflâstan sonra doğmuş olan borcunu takas edemez (İİK. mad. 200/II-2). (Bknz: 19. HD. 07.07.2005 T. 1866/7701 "www.e-uyar.com") Bu kişi, borcunun tamamını masaya ödemek zorundadır. Bu durumdaki alacaklının alacağı «iflâs alacağı» olarak kendisine ödenecektir.

3) Alacaklının alacağı hamile yazılı bir senede dayanmakta ise; alacaklı, bu alacağı ile müflise olan borcunu takas edemez (İİK. mad. 200/II-3).

Böyle bir alacağın hangi tarihte iktisap edildiğinin (kazanıldığının) saptanması -hamile yazılı senedin kime ait olduğu senet metninden anlaşılmadığı, senet kimin elinde ise senetteki alacak ona ait sayıldığı, bu senetteki alacağın devri için senedin teslimi yeterli olduğundan, takas talebinde bulunan alacaklının bu alacağı iflâstan önce mi sonra mı devraldığı anlaşılamadığından- güç olduğu için, haksız ve hileli işlemlere meydan verilmemesi için, bu durumda takasın yapılamayacağı kabul edilmiştir.(**POSTACIOĞLU, İ.** İflâs Hukuku İlkeleri, C.1, 1978, s:148 - **GÜRDOĞAN, B.** age. s:111 - ÜSTÜNDAĞ, S. İflâs Hukuku, 7. Baskı, 2007, s:112)

4) Anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin iflâsı halinde, ortaklar, esas mukavele gereğince verilmesi gereken hisse senedi bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısmına ilişkin borçlarını veya konması taahhüd edilen ve fakat konmamış sermaye borçlarını, bu şirketler ile kooperatiften olan alacakları ile takas edemezler (İİK. mad. 200/III).

Yukarda belirtilen durumlar yanında ayrıca; TBK. mad. 144'de öngörülen durumlarda da takas yapılamaz.

III- Takas talebinde bulunan alacaklının takas etmek istediği alacağını İİK. mad. 219/2'de öngörülen süre içinde «iflâs masası»na bildirmesi zorunlu değilse de, bu isteğini herhangi bir şekilde masaya iletmesi gerekir. (**ANSAY, S.Ş.** age., s:243 - **ARAL, F.** Türk Borçlar Hukukunda Takas, 1994, s:199 - **KURU, B.** age. s:2990 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1259 - **OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** İİK. Şerhi, C:4, 2007, s:4911)

Alacaklının «takas talebi» üzerine iflâs idaresi; (**ARAL, F.** age. s:90 vd. - **ANSAY, S.Ş.** age.s:245 vd. - **KURU, B.** age. C:3, s:2988 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1260 - **OSKAY, M./KOÇAK, A./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** age. s:4911 – **COŞKUN, M.** Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C:3, 5. Baskı, 2016, s:4036)

a) Ya; alacağın varlığına itiraz ederek, takas talebini kabul etmez, takas talebinde bulunan alacaklının masaya karşı olan borcu ödemesi için dava açar,

b) Veya; müflisin alacağının takas, isteyen alacaklının alacağından fazla olduğunu iddia ederek, takas sonrası artan kısmın ödenmesi için dava açar,

c) Ya da; alacaklının takas yetkisine itiraz eder ancak alacağın tamamını sıra cetveline kaydeder ve borcu için karşı dava açar.

IV- İflâs idaresi de -kural olarak- iflâs masasına bildirilen bir alacağa karşı «takas beyanı»nda bulunabilir. Bu durumda, iflâs idaresi «bildirilen alacağı sıra cetvelinde reddetmek suretiyle» takas edebilir. (**ARAL, F.** age. s:107 - **OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** age. s:4912)

«Paraların paylaştırılması» aşamasında, iflâs idaresi takas yapamaz. (**ARAL, F.** age. s:107 - ÖZTEK, S. İflâs Hukukunda Sıra Cetveli Prosedürü ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları, 1995, s:74 - **OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A**. age. s:4912)

Koşulları gerçekleşmeyen takas talebinin iflâs idaresi tarafından kabul edilmesi halinde, hem «iflâs idaresi» tarafından kabul edilmesi halinde, hem «iflâs dairesi» (İİK. mad. 223/1) hem de «diğer alacaklılar» (İİK. mad. 227) takasın iptâlini şikayet yolu ile isteyebilirler. (**KURU, B.** age. C:3, s:2990) ("İflasta takas" konusunda ayrıca bknz: **ARAL, F.**

lerin uygulanmasında *'geçici mühletin ilânı tarihi'* esas alınır.

Türk Borçlar Hukukunda Takas, 1994, s:102 vd.)

V- Yüksek mahkeme -7101 s. Kanun ile iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasından önce vermiş olduğu bir içtihatta- «iflasın ertelenmesi halinde uygulanacak tedbirlerin alacaklıların ve üçüncü kişilerin maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını kısıtlamayacak ölçüde olması gerektiğini, mahkemece, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran muhafaza tedbirleri verilemeyeceğini, alacaklıları kötü niyetli işlemlerden korumak yönünden iflasta takası kısıtlayan İİK. mad. 200 ve 201'in iflas ertelenmesi halinde de uygulanması gerektiğini» (Bknz: 23. HD. 03.05.2012 T. 1437/3309; 03.05.2012 T. 1610/3329; 03.05.2012 T. 1618/3330 "www.e-uyar.com") belirtmiştir.

İİK. mad. 201**'de;** Bu maddede, «takasa itiraz» konusu düzenlenmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bknz: **FERENDECİ, H. Ö.** age., s:207 vd.)

I- Müflisin borçlusu, iflâsın açılmasından önce, alacaklısının aciz halinde bilerek, «masanın zararına kendisine veya üçüncü bir kişiye takas suretiyle bir menfaat sağlamak için» müflise karşı bir alacak iktisap etmiş olursa, bu takasa -iflâs idaresi tarafından- mahkemede itiraz edilebilir. (Bknz: 19. HD. 01.02.2007 T. 6244/679; 28.09.2006 T. 4865/8952; 03.02.2006 T. 4019/1281; 14.07.2005 T. 11282/7973 vb. "www.e-uyar.com")

Takasa itiraz bakımından İİK. mad. 201'de «takasın iflâsın açılmasından önce veya sonra yapılmış olması arasında bir fark gözetilmemiştir. (**MUŞUL, T.** İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, C:2, 2013, s:1603)

Takasa itiraz edilebilmesi için, şu koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. (Ayrıntılı bilgi için bknz: **ARAL, F.** age., s:120 vd.) (Bknz: 19. HD. 11.05.2006 T. 1239/5158 "www.e-uyar.com")

1- Müflisin borçlusu, alacak iktisap ettiği anda, müflisin aciz halinde olduğunu bilmelidir.

2- Alacak, müflisin borçlusu tarafından iflâsın açılmasından önce iktisap edilmiş olmalıdır.

3- Müflisin borçlusu bu alacağı, kendisine veya üçüncü bir kişiye menfaat temin etmek ve masayı zarara uğratmak kaydı ile iktisap (ihdas) etmiş olmalıdır.

Bu durumu şöyle bir örnekle açıklayabiliriz:

Müflis (M)'ye 10.000 TL borcu olan (B), onun aciz halinde bulunduğunu ve yakında iflâs edeceğini düşünerek, (M)'den 20.000 TL alacaklı olan (A) ile anlaşarak, -(M)'nin yakında iflâs edeceğini, bu durumda (M)'nin iflâs masasının kendisine garameten çok daha az ödeme yapacağını bildirerek- 5.000 TL. karşılığında (A)'nın alacağını devralır. Daha sonra, (B), (M)'nin iflâs masasına başvurarak, (M)'ye ödemesi gereken 10.000 TL borcunu, (A)'dan devraldığı 20.000 TL'lik alacağı ile takas eder. (B) bu takas işlemi sonucunda kendisine (20.000 TL - 5.000 TL = 15.000 TL'lik) kazanç sağlamış olur... Eğer, (B), (A)'nın alacağını tam bedeli ile devralmış olsa idi, o zaman (A)'ya -iflâs masasından garameten alabilecek olduğu miktar ile kendi alacağının miktarı arasındaki fark kadar- kazanç sağlamış olacaktı. (**KURU, B.** age., C:3, s:2991 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1061 - ÜSTÜNDAĞ, S. age., s:114) Hâlbuki (B), (A)'nın alacağını devralmamış olsa idi, (M)'nin iflâsından sonra iflâs masasına kendi borcu olan 10.000 TL'yi tam olarak ödemek zorunda kalacaktı. Alacaklı (A) da, (M)'nin iflâsından sonra, iflâs masasından, alacağı olan 20.000 TL'nin ancak %20, %25 gibi belirli bir yüzdesini alabilecekti...

Bu hüküm sayesinde, «aciz halinde bulunan borçlunun borçluları ile alacaklılarının hileli işlemlerde bulunarak, yakında oluşacak iflâs masasına zarar vermeleri» önlemek istenmiştir. (ÜSTÜNDAĞ, S. age. s:114)

II- Takasa itiraz davasının hukuki niteliği: Bu davanın hukuki niteliğinin «tasarrufun iptâli davasına (İİK. mad. 277-284) benzediği» doktrinde (**KURU, B.** age. C:3, s:2991 dipn. 15 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1261 - ÜSTÜNDAĞ, S. age. s:113 – **ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, S.T.** age., s:489) ifade edilmiştir. Ancak her iki davanın konusu birbirinden farklıdır. Tasarrufun iptâli davasının konusu «müflisin -mal kaçırma amacını güden- tasarrufları olduğu halde, takasa itiraz davasının konusu, müflisin borçlusunun

Böylece; iflastaki *'takas yasakları'*nın, *'konkordato mühleti'*nde de aynen geçerli olması kabul edilmiştir.

Eski (İİK. m.289/V) metinden farklı olarak yeni düzenlemede 200 ve 201. maddelerin uygulanmasında *'geçici mühletin ilanı tarihi'* esas alınmıştır.

-Hacizli mallar hakkında *niteliğine uygun düştüğü ölçüde 186 ncı madde hükmü* uygulanır.

-temlik/takas şeklindeki- tasarruflarıdır.

III- Takasa itiraz davasının tarafları:

a) Davacı; iflâs idaresi (İİK. mad. 287) veya davayı takip yetkisi kendisine devredilmiş olan (İİK. mad. 245) alacaklıdır.

Takasa itiraz davası -kural olarak- «doğrudan doğruya» iflâs idaresi tarafından açılırsa da, kendisine karşı açılan davaya -özellikle olumsuz tehdit davasına- karşı «def'i yoluyla»da iflâs idaresi tarafından ileri sürülebilir. (Bknz: 19. HD. 08.05.2003 T. 4110/4876; 17.04.2003 T. 6853/4077; 04.04.2002 T. 4439/2530 vb. "www.e-uyar.com")

b) Davalı, iflâs masasından takas istemiş olan müflisin borçlusu'dur.

IV- Yetkili ve görevli mahkeme: Bu konuyu düzenleyen İİK. mad. 201'de, «*bu davanın görüleceği yetkili ve görevli mahkemenin neresi olacağı*» hususunda açıklık yoktur.

Doktrinde (**ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, S.T.** age., s:489 - **GÜRDOĞAN, B.** age., s:112 - **KURU, B.** age. C:3, s:2991 - **KURU, B.** El Kitabı, 2. Baskı, s:1261 - **ALTAY, S.** Türk İflâs Hukuku, C:2, s:1134 - **MUŞUL, T.** age., C:2, s:1603 vd. - **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S.** İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, 2013, s:735) bu davanın «iflâsa karar veren ticaret mahkemesinde açılması gerekeceği» belirtilmiş olmasına rağmen yüksek mahkeme (Bknz: 19. HD. 01.02.2001 T. 8913/744; 08.05.2000 T. 8693/328 "www.e-uyar.com") -iflâsta «sıra cetveline itiraz davası»nı düzenleyen İİK. mad. 235'i kıyasen uygulayarak- bu davanın «iflâsa karar veren yerdeki ticaret mahkemelerinden herhangi birisinde açılabileceğini» ifade etmiştir.

V- Yargılama usulü: Bu dava basit yargılama usulüne göre görülür.

Takas itiraz davası «kabul edilirse»; takas hükümsüz kalır ve müflisin borçlusu (davalı), borcunu iflâs masasına tam olarak öder, devralmış (temellük etmiş) olduğu alacağı ise, iflâs masasına «iflâs alacağı» olarak yazdırır. (**KURU, B.** age., C:3, s:2992 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1262 - **OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** age., s:4925 – **COŞKUN, M.** age., s:4040 vd.)

Eğer davacı (iflâs idaresi) «takasa konusu alacağın tahsilini (Bknz: 19. HD. 05.10.2006 T. 6502/9156; 08.06.2006 T. 11179/6204; 14.07.2005 T. 11282/7973; 15.04.2004 T. 8252/4462 vb. "www.e-uyar.com") (ya da «dava konusu alacağın faiziyle tahsilini») de (Bknz: 15.12.2005 T. 2343/12540; 29.09.2005 T. 12670/9344; 17.02.2005 T. 5696/1434 vb. "www.e-uyar.com")talep etmişse, mahkemece bu istekler hakkında da hüküm kurulması gerekir. (**OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** age. s: 4925)

Takas itirazı davası «red edilirse»; iflâs idaresi artık takasa konusu alacakla ilgili takip yapamayacağı gibi dava da açamaz...

Yüksek mahkeme; -7101 s. Kanun ile iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasının önceki dönemde- «iflasın ertelenmesi halinde uygulanacak tedbirlerin alacaklıların ve üçüncü kişilerin maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını kısıtlamayacak ölçüde olması gerektiğini, mahkemece, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran muhafaza tedbirleri verilemeyeceğini, alacaklıları kötü niyetli işlemlerden korumak yönünden iflasta takası kısıtlayan İİK. mad. 200 ve 201'in iflas ertelenmesi halinde de uygulanması gerektiğini» (Bknz: 23. HD. 03.05.2012 T. 1437/3309; 03.05.2012 T. 1610/3329; 03.05.2012 T. 1618/3330 "www.e-uyar.com") belirtmiştir.

"Konkordato mühleti" verilmesi halinde konulmuş olan haczilar kalkmayacaktır. Yani, konkordato mühleti devam ettiği sürece hacizler devam edecektir.

Hacizler ancak *"konkordatonun tasdiki"* veya *"mühletin kaldırılması"* kararının kesinleşmesiyle kalkacaktır (düşecektir).

-Konkordato mühletinin verilmesinden önce, *müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise*, bu devir hükümsüzdür. Örneğin; borçlunun bir ihaleden doğan alacağını alacaklısına temlik etmesinden sonra konkordato mühleti alması halinde, ihaleye konu işe ilişkin kabullerin, mühlet kararından sonra yapılıp hakedişin doğması durumunda konkordato mühleti alınmasından önce yapılmış olan bu temlik işlemi hükümsüz olacaktır.[127]

Bu hükmün amacaı; *"borçlunun, konkordato alacaklarının müracaat edebileceği malvarlığını korumak"*tır.

-Konusu para olmayan alacaklar, alacaklı tarafından, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komisere bildirilir. Şu kadar ki borçlu, komiserin onayıyla taahhüdün aynen ifasını üstlenmekte serbesttir' (İİK. m. 294).

● *Maddeyle, kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçları düzenlenmektedir. Bu sonuçlar, geçici mühlet bakımından da geçerlidir. Maddeyle, kesin mühlet içinde alacaklıların haklarında bazı sınırlamalar yapılmaktadır. Alacaklıların haklarında yapılan bu sınırlamaların temel nedeni, konkordato mühleti içinde borçlunun rahat hareket edebilmesi ve alacaklıların baskısı altında olmadan konkordato projesinin hayata geçirilebilmesi için faaliyetlerine devam edebilmesinin sağlanmasıdır.*

Maddenin ilk fıkrasında Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağı ve evvelce başlamış takiplerin de duracağı belirtilmektedir. Kanunun mevcut 289 uncu maddesinde de borçlu aleyhine takip başlatılamayacağı, başlamış takiplerin de duracağı belirtilmekteydi. Takip yasağının en temel gerekçesi, borçlunun bu süreçte konkordato müzakerelerine hazırlık yapabilmesine olanak sağlanması ve alacaklıların baskısından kurtularak iyileşme olanağının kendisine verilmesidir. İl-

127 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:68

gili fıkrada ayrıca, borçluya karşı ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanamayacağı da hükme bağlanmaktadır. Mühlet içinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının uygulanmamasının sebebi, takip yasağındaki sebeple benzerlik taşımaktadır. Bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin konkordato mühleti içinde işlemeyeceği hususu da ilgili fıkrada yer almakta ve bu şekilde mevcut Kanunun 289 uncu maddesi hükmü muhafaza edilmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasıyla, 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabileceği hükme bağlanmaktadır. Bu alacaklar için, mühlet içinde olsa da takip başlatılabilecek ve başlamış takipler devam edecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesinin duracağı hükme bağlanmaktadır.

Maddenin dördüncü fıkrasında, takas ve mahsuba ilişkin 200 ve 201 inci maddelere atıf yapılmıştır. Mevcut Kanunun 289 uncu maddesinin beşinci fıkrasında da aynı hüküm yer almıştır. Bu hükümden farklı olarak yeni düzenlemede, 200 ve 201 inci maddelerin uygulanmasında geçici mühletin ilanı tarihinin esas alınacağı belirtilmektedir. İflastaki sıkı takas yasakları konkordato mühletinde de geçerli olacaktır. Mevcut Kanunun 289 uncu maddesinin beşinci fıkrasında yer alan «veya iflas ertelemesi kararının» ibaresi, iflasın ertelenmesine ilişkin hükümler yürürlükten kaldırıldığı için madde metninden çıkarılmaktadır.

Maddenin beşinci fıkrasıyla, konkordato mühletinden önce tatbik edilmiş hacizlerde haczedilmiş mallar için elverdiği ölçüde Kanunun 186 ncı maddesi hükmü uygulanacaktır. 186 ncı maddede iflasın açılmasının mevcut hacizlere olan etkisi düzenlenmiştir. Bu atıftan çıkan sonuç, konkordato mühletinin, daha önce konulmuş hacizleri kaldırıcı bir etkisinin bulunmadığıdır. Mühlet kararı devam ettiği sürece alacaklının haciz hakkı baki kalacaktır. Hacizlerin düşmesine sebep olan şey, konkordatonun tasdiki veya mühletin kaldırılması kararıdır.

Maddenin altıncı fıkrasıyla, İsviçre İcra ve İflas Kanununun "konkordato mühleti verilmesinden evvel yapılan ve ileride doğacak alacağın devrine ilişkin olan sözleşmelerin, devredilen alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması halinde hükümsüz olacağı" hakkındaki mehaz Kanunun 297 nci maddesinin dördüncü fıkrasıyla

uyumlu bir düzenleme yapılmaktadır. Bu hükmün amacı borçlunun konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği malvarlığını korumaktır. Her ne kadar bu fıkra ile elde edilmek istenen amaca 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası ile de ulaşılabileceği düşünebilirse de, tasarrufun iptali davası şartlarının (özellikle aciz vesikası alma şartının) pek çok olayda gerçekleşemeyebileceği dikkate alınarak İsviçre İcra ve İflas Kanunundaki çözüm şeklinin daha uygun olduğu sonucuna varılarak, yedinci fıkra düzenlenmektedir.

Maddenin yedinci fıkrasıyla, konusu para olmayan alacakların para alacağına çevrilmesini, fakat bu alacakların aynen ifasının da iflas tasfiyesine benzer şekilde komiserin onayıyla borçlu tarafından üstlenilmesini düzenleyen İsviçre İcra ve İflas Kanununun 297 nci maddesinin dokuzuncu fıkrasına benzer bir düzenleme yapılmaktadır.

Maddenin sekizinci fıkrası uyarınca, mühletin alacaklıların hakları bakımından önemli etkilerinden bir diğeri, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında konkordatoya tabi alacaklara ilişkin idari davalar ve borçlunun davalı olduğu hukuk davalarının mühlet içinde duracak olmasıdır. Mühlet içinde duracak olan davalar, konkordatoya tabi alacaklara ilişkin idari davalar ile borçluya karşı açılan her türlü hukuk davalarıdır. Mühlet içinde davaların durmasının temel sebebi, borçluya konkordato projesini hazırlaması için rahat bir çalışma alanı yaratma düşüncesidir. Bu düşünce mühlet içinde takiplerin durmasında da etkili olmuştur. Mühletin etkilerine ilişkin maddenin bu fıkrası, iflasın açılmasıyla duran borçlunun taraf olduğu hukuk davalarına ilişkin Kanunun 194 üncü maddesi hükmü ile benzerlik göstermektedir. Dolayısıyla bu fıkraya ilişkin sorunlar 194 üncü madde hükmü uygulaması dikkate alınarak çözülebilir. İlgili hükümde dikkate çeken ayırım, duran idari davaların konkordatoya tabi alacağa ilişkin olmasının yeterli bulunması, hukuk davaları bakımından ise sadece borçlunun davalı olduğu hukuk davalarının durmasıdır.»[128]

41 **Konkordato mühleti içinde alacaklıların alacaklarına faiz işleyecek midir?** (İİK. 294/III)

İİK. mad. 294/III uyarınca; *"kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi duracak"*tır.

Ancak, *'konkordato projesi'*nde bu kuralın aksi öngörülebilir. Bu durumda, rehinle temin edilmemiş alacaklar için de faiz işlemeye devam eder…

128 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

42 «Kesin konkordato mühleti»nin rehinli alacaklılar bakımından sonuçları nelerdir? (İİK. 295)

● 'Mühlet sırasında *'rehinle temin edilmiş alacaklar'* nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez' (İİK. m. 295).

Kanun'da yer alan 'mutlak' ibare nedeniyle; rehinli *taşınır* veya *taşınmazın* 'borçlu'ya, ya da 'üçüncü kişi'ye ait olması arasında bir fark olmayacaktır.[129]

● «Maddeyle kesin mühletin rehinli alacaklılar bakımından sonuçları düzenlenmektedir. Buna göre mühlet sırasında rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir *veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Ayrıca tasarıyla rehinli alacaklılara konkordato teklifinde bulunabilmesi imkanı getirilmekte ve ilgili hükümler sevk edilmektedir.»*[130]

43. Kesin konkordato mühletinin, sözleşmeler (sözleşmelerin sona erdirilmesi) bakımından sonuçları nelerdir? (İİK. 296)

● 'Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez.

Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olur. Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır' (İİK. m. 296).

Maddede belirtilen *'sözleşme'* kavramı çok geniş yorumlanmalıdır. Başta *kredi sözleşmeleri* olmak üzere, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetlerinin devamı için önem arz eden tüm sözleşmeler buraya girer.[131] [132]

---

129 Aynı görüşte: **AYVAZ,S.T.** Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler (BATİDER, Aralık, 2003, S:2, s:64)

130 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

131 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:71

132 "Hizmet sözleşmelerinin sona erdirilmesine" yönelik geniş bilgi için bknz: **YÜREKLİ, S.** Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmelerinin Sona Ermesi, s: 2016, s:11 vd.

● «Maddeyle, kesin mühletin sözleşmelerin sona erdirilmesi bakımından sonuçları düzenlenmektedir. Bu hüküm, Sermaye Şirketleri ve *Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanunun 309/r maddesinden esinlenilerek konkordato kurumu içine alınmaktadır. Bu hüküm uyarınca, borçlunun tarafı olduğu sözleşmelerde, konkordato talebinde bulunması halinde sözleşmenin borçlu aleyhine sona erdirileceğine ilişkin hükümler bulunması halinde bu hükümler geçersiz kabul edilecek ve uygulanmayacaktır. Söz konusu sözleşme hükümlerinin uygulanmaması için sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmayacaktır. Bu şekilde özellikle borçluya temel mal veya hizmet sağlayan sözleşmelerin devam etmesine imkan sağlanmaktadır.*

Maddenin ikinci fıkrasında, konkordato talebinden önce akdedilmiş olup borçlunun işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin konkordato talebinden önceki şartlarla devam ettirilmesi imkanına ilişkin usul ve şartlar düzenlenmektedir.

Maddenin son fıkrasıyla, kesin mühletin konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkileri bakımından sonuçları düzenlenmektedir. Konkordatonun amacına ulaşılabilmesi için uzun zamana yayılan ve piyasa koşullarının değişmesi sebebiyle ekonomik bakımdan borçlu için külfetli bir hale gelen sürekli borç ilişkilerinden borçlunun kurtarılabilmesi gereklidir. Günümüz iflas ve konkordato hukukunun temel araçlarından biri olan «işletmeyi külfetli hale gelen sürekli borç ilişkilerinden kurtarma» müessesesi İsviçre İcra ve İflas Kanunu tarafından da 2013 yılında yapılan konkordato reformu ile kabul edilmiştir. Bu madde, İsviçre İcra ve İflas Kanununun bu konuyla ilgili 297/a maddesinden iktibas edilmiştir. Madde gereğince borçlunun tarafı olduğu sürekli sözleşmeler, borçlunun iyileşmesine olumsuz etkilerinin bulunması halinde, karşı tarafın zararının karşılanması koşuluyla her zaman sona erdirilebilecektir. Bu fesih, olağanüstü bir fesih imkanıdır. Sözleşmenin feshedilmesi sebebiyle, akdin karşı tarafına ödenecek tazminat alacağı, konkordato tasdik edildiği takdirde konkordatoya tabi bir alacak olarak kabul edilecektir. Taraflar tazminat miktarı konusunda anlaşamadıkları takdirde tazminat alacağı çekişmeli alacak haline gelecektir. Sürekli sözleşmelerin sona erdirilmesi komiserin onayına tabi olacaktır. Komiser, bu hakkın kötüye kullanılmasına mâni olmak amacıyla ancak konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sözleşmelerin fesihlerine onay verecektir. Buradaki tek istisna ise hizmet sözleşmeleridir. Hizmet sözleşmelerinin bu şekilde sona erdirilmesi mümkün değildir.»[133]

133 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

● «Önergeyle, 2004 sayılı Kanunun 296 ncı maddesi değiştirilmekte ve ikinci fıkra hükmü kısaltılarak birinci fıkraya dahil edilmektedir. Borçlunun edimlerini yerine getirmemiş olmasının haklı fesih sebebi olarak kabul edilmesi genel hükümler uyarınca tabii olduğundan kaldırılan ikinci fıkranın ikinci cümlesi birinci fıkra metnine dahil edilmemektedir.»[134]

● «Önergeyle, borçlunun, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkilerini sadece komiserin onayıyla değil komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla feshedilmesi amaçlanmaktadır.»[135]

44. Kesin konkordato mühletinin borçlular bakımından sonuçları nelerdir? Borçlunun tasarruf ehliyeti, konkordato mühleti içinde kısıtlanmış mıdır? (İİK.297)

Hakkında *'geçici'* (İİK. mad. 287/I, 288/I) ya da *'kesin'* (İİK. mad. 289) mühlet kararı verilen borçlunun *'tasarruf ehliyeti'* -alacaklıları zarara uğratmaması amacıyla- sınırlandırılmıştır.

● 'Borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edilebilir. Şu kadar ki, mühlet kararı verirken veya mühlet içinde mahkeme, bazı işlemlerin geçerli olarak ancak *komiserin izni ile* yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir.

Borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren *rehin* tesis edemez, *kefil* olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa *devredemez*, *takyit edemez* ve *ivazsız tasarruflarda* bulunamaz. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır.

Borçlu bu hükme yahut komiserin ihtarlarına aykırı davranırsa mahkeme, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabilir veya 292 nci madde çerçevesinde karar verir.

Birinci ve üçüncü fıkra kapsamında alınan kararlar 288 inci madde uyarınca ilan edilir ve ilgili yerlere bildirilir' (İİK. m. 297).

● «Maddeyle, mevcut Kanunun 290 ıncı maddesinde yer alan mühletin borçlu bakımından sonuçları düzenlenmektedir. Buna göre konkordato mühleti boyunca borçlunun, iflastan farklı olarak, ticari faaliyetlerine

134 Bknz: Alt Komisyon Gerekçesi

135 Bknz: Adalet Komisyonu Gerekçesi

devam etmesi öngörülmektedir. Fakat borçlu bu faaliyetlerine komiserin nezareti ile devam edecektir. Mühlet kararı verirken veya mühlet içinde mahkeme, bazı işlemlerin ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir. Mühlet kararı ile birlikte borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandığı söylenebilir. Konkordato mühleti içinde alacaklıların bazı haklarının ellerinden alınması (takip yasağı gibi) karşılığında, borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanması bir anlamda fedakârlığın denkleştirilmesi olarak kabul edilebilir.

Maddenin ikinci fıkrası uyarınca, mühlet kararı ile borçlunun bazı işlemleri kanunen yasaklanmaktadır. Fakat bu yasaklama mutlak bir yasaklama değildir; borçlu maddenin ikinci fıkrasında sayılan işlemleri mahkemenin onayıyla gerçekleştirilebilir. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, maddede öngörülen kısıtlamalara ve komiserin ihtarlarına aykırı hareket eden borçlunun hangi yaptırımlarla karşı karşıya kalacağı düzenlenmiştir. İlgili fıkra gereğince, bu hallerde borçlunun tasarruf yetkisi kaldırılacak veya 292 nci madde gereğince şayet borçlu iflasa tabi bir kişi ise iflasına, iflasa tabi değilse mühlet kararı kaldırarak konkordato talebinin reddine re'sen karar verilecektir. Yeni düzenlemede borçlunun ve alacaklıların menfaatleri kadar ve hatta bu menfaatlerden de fazla ticari işletmenin menfaatlerine odaklanıldığından, mevcut Kanunun 290 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan «iyi niyetinden şüpheyi haklı gösterir bir hareket» kriteri kanuna alınmamaktadır.

Maddenin birinci ve üçüncü fıkrası kapsamında alınan kararlar usulü dairesinde ilan edilecek ve ilgili yerlere bildirilecektir.'[136]

45 Konkordato mühleti içinde borçluya karşı dava açılabilir mi? (İİK. 297)

Konkordato mühleti içinde borçluya karşı –kural olarak- hiçbir icra takibi açılamaması (İİK. mad. 297/I)[137] *'borçluya karşı dava açılması'*na engel teşkil etmez. Bu nedenle konkordato mühleti içinde yeni davalar açılabileceği gibi daha önce açılmış olan davalara da devam edilebilir.

136 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi
137 Bknz: Yuk. S.:42

Ancak, borçluya karşı, konkordato mühleti içinde *'iflas davası'* açılamaz. Çünkü bu dava iflas takibinin devamı niteliğindedir.[138]

46. Borçlunun "mallarının deftere kaydedilmesi" ve "rehinli malların kıymetinin takdiri" nasıl yapılır? (İİK. 298)

● 'Komiser, görevlendirilmesini müteakip borçlunun mevcudunun bir defterini yapar ve malların kıymetlerini takdir eder. Borçlunun başka yerlerde malları varsa bu muamele o yer icra dairesi marifetiyle yaptırılabilir.

Komiser rehinli malların kıymetinin takdirine ilişkin kararını alacaklıların incelemesine hazır bulundurur; kıymet takdiri kararı alacaklılar toplantısından önce yazılı olarak rehinli alacaklılara ve borçluya bildirilir.

İlgililer, yedi gün içinde ve masrafını önceden vermek kaydıyla, mahkemeden rehinli malların kıymetini yeniden takdir etmesini isteyebilirler. Eğer yeni kıymet takdiri bir alacaklı tarafından istenmiş ve takdir edilen kıymet, kayda değer bir şekilde değişmişse alacaklı borçludan masraflarının ödenmesini talep edebilir.

Rehinli taşınmaz malların bu madde kapsamındaki kıymet takdiri, 6.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansı ile yetkilendirilen kişilere yaptırılabilir' (İİK. m. 298).

● «Konkordatonun tasdiki yargılamasından önce komiserce yapılacak ön hazırlıklar bulunmaktadır. Bu hazırlıkların en önemlisi, borçlunun mallarının deftere kaydedilmesi ve bu malların kıymetlerinin belirlenmesidir. Konkordato komiseri, görevlendirilir görevlendirilmez borçlunun mallarının defterini tutarak bütün bu malların değerlemesini yapacaktır. Şayet borçlunun malları başka bir yerde ise bu değerleme malların bulunduğu yer icra dairesince yapılabilecektir.

Komiserin yapacağı kıymet takdirinde, rehinli mallar ayrı bir önem arz eder. Maddenin ikinci fıkrası gereğince, komiser rehinli malların da kıymetini takdir eder ve bu takdir ettiği bedeli alacaklılar toplantısından önce rehin alacaklılara ve borçluya yazılı olarak bildirir.

Her ilgili, (şayet bu ilgililer rehinli alacaklı veya borçlu ise komiserin kıymet takdirini kendilerine bildirmesinden itibaren, diğer ilgililer ise öğrenme tarihinden itibaren) yedi gün içinde ve masrafları önceden karşılamak kaydıyla, asliye ticaret mahkemesinden rehinli malların

138 **OY,O.** Konkordato, 2009, s:41 – **KALE,S.** a.g.e. s:21

kıymetinin yeniden takdir edilmesini talep edebilir. Eğer yeni kıymet takdiri bir alacaklı tarafından istenmiş ve takdir edilen kıymet, kayda değer bir şekilde değişmişse alacaklı borçludan masraflarının ödenmesini talep edebilecektir.»[139]

«Önergeyle, rehinli taşınmaz malların bu madde kapsamında yapılacak kıymet takdirinin, Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansı ile yetkilendirilen kişilere yaptırılabilmesi öngörülmektedir. Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca rehinli taşınmaz malın kıymetinin yeniden takdiri mahkemeden istenmişse bu kıymet takdiri de aynı şekilde yaptırılacaktır.»[140]

47. Alacaklılar, alacaklarını bildirmeye nasıl davet edilir? (İİK. 299)

● 'Alacaklılar, komiser tarafından 288 inci madde uyarınca yapılacak ilânla, ilân tarihinden itibaren onbeş gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunur. Ayrıca, ilânın birer sureti adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilir. İlânda, alacaklarını bildirmeyen alacaklıların bilançoda kayıtlı olmadıkça konkordato projesinin müzakerelerine kabul edilmeyecekleri ihtarı da yazılır' (İİK. m. 299).

● «Maddeyle, mevcut Kanunun 292 nci maddenin birinci fıkrası kısmen uyarlanarak kabul edilmektedir.»[141]

48. Alacaklar hakkında, borçlu nasıl beyana davet edilir? (İİK. 300)

● 'Komiser, borçluyu iddia olunan alacaklar hakkında açıklamada bulunmaya davet eder. Komiser, alacakların varit olup olmadığı hakkında borçlunun defterleri ve belgeleri üzerinde gerekli incelemelerde bulunarak bunların neticesini 302 nci madde gereğince vereceği raporda belirtilir' (İİK. m. 300).

● «Maddeyle, mevcut Kanunun 293 üncü maddesi hükmü metne alınmaktadır.»[142]

49 Konkordato komiserinin, bildirilen alacakları inceleme yetkisi var mıdır?

İflas tasfiyesinde *'iflas idaresi'*, iflas masasına bildirilen alacakları in-

139 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

140 Bknz: Adalet Komisyonu Gerekçesi

141 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

142 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

celeyerek *'sıra cetveli'*nde bu alacaklara yer verip vermeme konusunda karar verdiği halde (İİK. mad.233), *'konkordato komiseri'* benzer bir tetkiye sahip değildir. Komiser, bildirilen alacakları kaydetmekle yükümlüdür.[143]

50. Alacaklılar, toplantıya nasıl davet edilir? (İİK.301)

● 'Konkordato projesinin hazırlanması, alacakların bildirilmesi ve tahkiki tamamlandıktan sonra komiser, 288 inci madde uyarınca yapacağı yeni bir ilanla alacaklıları, konkordato projesini müzakere etmek üzere toplanmaya davet eder. Toplantı günü ilandan en az on beş gün sonra olmak zorundadır. İlanda alacaklıların, toplantıdan önceki yedi gün içinde belgeleri inceleyebilecekleri de bildirilir. Ayrıca, ilânın birer sureti adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilir' (İİK. m. 301).

● «Maddeyle, alacaklılar toplantısına davet düzenlenmektedir. Buna göre konkordato projesinin hazırlanması, alacakların bildirilmesi ve tahkiki tamamlandıktan sonra komiser, 288 inci madde uyarınca yapacağı yeni bir ilanla alacaklıları, konkordato projesini müzakere etmek üzere toplanmaya davet edecektir. Komiser rehinli ve diğer alacaklılarla yapılacak toplantı takvimini belirleyecektir. İlk toplantı günü ilandan en az bir ay sonra olmak zorundadır. İlanda alacaklıların, toplantıdan önceki on beş gün içinde belgeleri inceleyebilecekleri de bildirilir. Ayrıca, ilânın birer sureti adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilecektir.»[144]

● «Önergeyle, 2004 sayılı Kanunun 301 inci maddesi değiştirilmektedir. Tasarının çerçeve 22 nci maddesiyle değiştirilen Kanunun 295 inci maddesinde rehinli alacaklılarla yapılan müzakere yöntemi düzenlendiğinden bu maddede yer alan rehinli alacaklılar toplantısına ilişkin hüküm madde metninden çıkarılmaktadır. Ayrıca Tasa*rının çerçeve 29 uncu maddesiyle değiştirilmesi öngörülen Kanunun 302 nci maddesinde iltihak usulü kabul edildiğinden maddede öngörülen süreler yarı oranında kısaltılmaktadır.»*[145]

51. "Alacaklılar toplantısı" nasıl yapılır? (İİK. 302/I,II)

● '*Komiser* alacaklılar toplantısına başkanlık eder ve borçlunun durumu hakkında bir rapor verir. (İİK. mad. 302/I)

Borçlu gerekli açıklamaları yapmak üzere toplantıda hazır bulunmaya mecburdur' (İİK. m. 302/II).

---

143 **POSTACIOĞLU,İ.E.** Konkordato, 1965, s:75 – **KALE,S.** a.g.e. s:38

144 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

145 Bknz: Alt Komisyon Gerekçesi

● «Maddeyle, alacaklılar toplantıları (ve projenin kabulü için gerekli çoğunluk) düzenlenmektedir.»[146]

52 "Alacaklılar toplantısı"nın işlevi nedir? (İİK. 302)

Bu toplantıya başkanlık edecek olan (İİK.m.302/I) komiser, *'konkordato projesi'* hakkında alacaklılara bilgi verecektir.

Bu toplantı için *'toplantı yeter sayısı'* aranmaz.[147] İflastaki *'alacaklılar toplantısı'* (İİK.m.221,222) gibi; bir *'karar'* alınmaz ve *'oylama'* yapılmaz…Toplantı sonunda, konkordato projesinin müzakerelerinin sonucu belirten *'konkordato tutanağı* düzenlenir. Bu tutanak *'kabul'* ve *'ret'* oylarını içerecek şekilde derhal imzalanır. (İİK. m. 302/VII) Tutanağı imzalamamış olan alacaklılar konkordatoyu *red etmiş* sayılır.[148]

"Toplantının bitimini takip eden yedi gün içinde gerçekleşen katılımlar da kabul olunur." (İİK.m. 302/VII)

53 Alacaklılar "kabul" veya "ret" şeklinde bildirdikleri kararları sonradan değiştirebilirler mi? (İİK.302/VII)

*'Alacaklılar toplantısı'*nda (İİK. mad. 302) ya da *'bu toplantıdan yedi gün sonra'* (İİK. mad. 302/VII), konkordatoyu *'kabul'* veya *'ret'* etmiş bir alacaklı, bu görüşünü değiştirebilir mi?

Kanun'da açık bir düzenlemenin bulunmadığı bu konuda **doktrinde**[149] *"konkordatoya 'kabul' oyu veren alacaklının bu oyunu sonra 'redde' dönüştüremeyeceği fakat 'ret' oyu vermiş alacaklının sonra bu oyu 'kabul' oyuna değiştirebileceği….."* ifade edilmiştir.

54. «Konkordato projesi»nin kabulü için gerekli çoğunluk nedir? (İİK.302/III-VIII)

● 'Konkordato projesi;

a) Kaydedilmiş olan *'alacaklıların ve alacakların'* yarısını aşması (Örneğin; kaydedilmiş alacaklı sayısının 60 kişi ve kaydedilmiş alacak miktarının 60.000,00 TL olduğunu farz edersek; konkordato projesinin kabulü için, projenin en az *31 kişi* tarafından kabul edilmiş olması ve kabul edenlerin alacak miktarının *30.000,00 TL*'nı aşması gerekecektir.)

---

146 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

147 **KURU,B.** El Kitabı, s:1408 – **KALE,S.** a.g.e. s:39

148 **KURU,B.** El Kitabı, s:1478

149 **ALTAY,S.** Konkordato Hukuku, 1993, s:284 – **BERKİN,N.** İflas Hukuku Dersleri, 4. Bası, 1972, s:548 – **KALE,S.** a.g.e. s:41

b) Veya; kaydedilmiş olan *'alacaklıların dörtte birini'* ve *'alacakların üçte ikisini'* aşması (Örneğin; kaydedilmiş alacaklı sayısının 60 kişi ve kaydedilmiş alacak miktarının 60.000,00 TL olduğunu farz edersek; konkordato projesinin kabulü için, projenin en az *16 kişi* tarafından kabul edilmiş olması ve kabul edenlerin alacak miktarının *40.000,00 TL*'nı aşması gerekecektir.) (İİK. m. 302/III)

-Oylamada sadece konkordato projesinden etkilenen alacaklılar oy kullanabilir. 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacakların alacaklıları ve *borçlunun eşi ve çocuğu ile kendisinin ve evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi eşinin anası, babası ve kardeşi* alacak ve alacaklı çoğunluğun hesabında dikkate alınmaz.(İİK.m.302/IV) **Doktrinde**[150] **"***alacaklıların menfaatini korumak için borçlunun yakın akrabalarının, alacaklı çoğunluğunun hesabında mümkün olduğunca dikkate alınmamasının gerek konkordatonun sağlıklı işlemesi gerekse sisteme baştan güven duyulması bakımından yararlı olacağı, düzenlemenin kapsamına borçlunun kayınpederi, kayınvalidesi, torunları, kardeşleri, kayınbiraderi ve evlatlığının dahil edilmesinin isabetli olacağı"* ileri sürülmüştür.

-Rehinle temin edilmiş olan alacaklar, 298 inci madde uyarınca takdir edilen kıymet sonucunda teminatsız kaldıkları kısım için hesaba katılırlar (İİK.m.302/V).

-Çekişmeli ve gerektirici koşula bağlı yahut belirli olmayan bir vadeye tabi alacakların hesaba katılıp katılmamasına ve ne oranda katılacağına mahkeme karar verir. Şu kadar ki bu iddialar hakkında ileride mahkemece verilecek hükümler saklıdır (İİK.m. 302/VI). (**Doktrinde**[151]**;** *"Bu tür alacaklıların tedbiren oylamaya katılabilmelerine imkan verecek bir prosedürün örneğin belli bir teminat karşılığında bu kişilerin tedbiren oylamaya katılmalarının sağlanması yönünde bir düzenlemenin yapılmasının isabetli olacağı"* önerilmiştir.

-Konkordato projesinin müzakereleri sonucunda oluşturulan konkordato tutanağı, kabul ve ret oylarını içerecek şekilde derhâl imza olunur. Toplantının bitimini takip eden yedi gün içinde gerçekleşen iltihaklar da kabul olunur. (İİK. 302/VII)

---

150 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:78 – **TANRIVER, S.** agm. s:266 – **TANRIVER,S.** İflas Dışı Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar Ve Bazı Değerlendirmeler "Makalelerim II, '2006-2010', 2011, s:281"

151 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:79

-Komiser, iltihak süresinin bitmesinden itibaren en geç yedi gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri, konkordato projesinin kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi eder' (İİK. m. 302/VIII).

● «Maddeyle, alacaklılar toplantılarını ve projenin kabulü için gerekli çoğunluk düzenlenmektedir. Konkordato projesi rehinli alacaklılar ve diğer alacaklılar tarafından ayrı ayrı müzakere edilip oylanacaktır. Kaydedilmiş rehinli alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk tarafından imza edilen proje, rehinli alacaklılar bakımından kabul edilmiş sayılacaktır. Proje diğer alacaklılar tarafından da müzakere edilecektir. Burada da iki ayrı çoğunluk seçeneği öngörülmektedir. Yapılacak toplantılarda alacaklı sınıflarından birinin projeyi kabul etmesi diğerinin kabul etmemesi ihtimali söz konusu olabilir. Tasarıyla, kabul veya reddin diğer tarafı etkilememesi ve her iki alacaklı sınıfının bağımsız olarak değerlendirilmesi uygun görülmektedir.

Oylamada sadece konkordato projesinden etkilenen alacaklılar oy kullanabilecektir. Kanunun 206 ncı maddesinin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacakların alacaklıları ve borçlunun eşi, anası, babası ve çocuğu alacak ve alacaklı çoğunluğunun hesabında dikkate alınmayacaktır. Çekişmeli veya geciktirici koşula bağlı yahut belirli olmayan bir vadeye tabi alacakların hesaba katılıp katılmamasına ve ne oranda katılacağına mahkeme karar verecektir. Şu kadar ki bu iddialar hakkında ileride mahkemece verilecek hükümler saklı tutulmaktadır.

Konkordato projesinin müzakereleri sonucunda oluşturulan konkordato tutanağı, kabul ve ret oylarını içerecek şekilde derhal imza altına alınacak ve komiser, alacaklılar toplantılarının tamamlanmasından itibaren en geç üç gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri, konkordato projesinin alacaklı sınıfları tarafından kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi edecektir.»[152]

● «Önergeyle, 2004 sayılı Kanunun 302 nci maddesi değiştirilmektedir. Tasarının çerçeve 22 nci maddesiyle değiştirilen *Kanunun 295 inci maddesinde rehinli alacaklılarla yapılan müzakere yöntemi özel olarak düzenlendiğinden bu maddede yer alan rehinli alacaklılar toplantısına ilişkin bölüm madde metninden çıkarılmaktadır. Rehinle temin edilmiş alacağın komiser tarafından takdir edilen kıymet sonucunda*

152 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

sadece teminatsız kalan kısmının konkordatoya tabi olduğu vurgulanmakta ve ayrıca alacaklılar toplantısının bitimini müteakip iltihak usulü kabul edilmektedir.»[153]

«Önergeyle, maddenin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklikle borçlunun kardeşi ile evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi eşinin anası, babası ve kardeşinin alacak ve alacaklı hesabının çoğunluğunda dikkate alınmayacağı hükme bağlanmaktadır. Beşinci fıkrada ise, önergeyle, 298 inci maddede yapılan değişiklik dikkate alınarak uyum düzenlemesi yapılmaktadır.

Önergeyle, rehinli taşınmaz malların bu madde kapsamında yapılacak kıymet takdirinin, Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansı ile yetkilendirilen kişilere yaptırılabilmesi öngörülmektedir. Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca rehinli taşınmaz malın kıymetinin yeniden takdiri mahkemeden istenmişse bu kıymet takdiri de aynı şekilde yaptırılacaktır.»[154]

55. Konkordatoya muvafakat eden ve etmeyen alacaklıların konkordatodaki durumu nedir? Bu alacaklılar, 'borçtan birlikte sorumlu olan kişilere karşı' ne gibi haklara sahiptirler? (İİK. 303)

● 'Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı bütün haklarını muhafaza eder. Konkordatoya muvafakat eden alacaklı da kendi haklarını, borçtan birlikte sorumlu olan kişilere ödeme mukabilinde devir teklif etmek ve onlara toplantıların günü ile yerini en az on gün önce haber vermek şartıyla bu hükümden yararlanır.

Alacaklı müracaat hakkına halel gelmeksizin borçtan birlikte sorumlu olan kişilere konkordato müzakerelerine katılma yetkisini verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir' (İİK. m. 303).

Görüldüğü gibi; kanunkoyucu *'konkordatonun tasdikinin, borçtan birlikte sorumlu olanlara etkisi'* konusunda alacaklıların *'konkordatoya muvaffak etmiş olup olmadıklarına göre'* bir ayrıma tabi tutarak soruna çözüm getirmiştir:

a) **Konkordatoya muvafakat etmemiş ('kabul' oyu vermemiş) alacaklılar** sanki hiç konkordato yokmuş gibi alacakların tamamını 'borçtan birlikte sorumlu olan kişiler' den talep edebileceklerdir (İİK.mad. 303/I)[155]

b) **Konkordatoya muvafakat etmiş 'kabul' oyu vermiş alacaklılar;**

153 Bknz: Alt Komisyon Gerekçesi

154 Bknz: Adalet Komisyonu Gerekçesi

155 Bknz: 12. HD. 08.03.2005 T. 1662/4706 (www.e-uyar.com)

aa) Eğer konkordatoyunşartsız olarak kabul etmişlerse; 'borçtan birlikte sorumlu olan kişiler' den alacaklarını ancak 'konkordato şartlarına göre' (yani; konkordatodaki yüzdeyi) isteyebilirler.[156]

Şayet konkordato *"yalnızca konkordatoyu Kabul etmiş olan bir alacaklı bakımından feshedilirse"* (İİK. mad.308/e) bu durumda alacaklı alacağını 'borçludan tam olarak' isterken, 'borçtan birlikte sorumlu olanlardan konkordato şartlarına göre' (yani; konkordatodaki yüzdeyi) isteyebilir.[157]

Buna karşın konkordato *"tüm alacaklılar bakımından feshedilirse"* (İİK.mad.308/f), bu durumda alacaklı, alacağının tamamını – konkordato 'borçtan birlikte sorumlu olanlar' bakımından da feshedilmiş sayılacağından- bu kişilerden de alacağının tamamını isteyebilir.[158]

bb) Eğer konkordatoyu şartlı olarak Kabul etmişlerse; konkordatoyu Kabul etmiş olan alacaklılar 'kendi haklarını borçtan birlikte sorumlu olan kişilere ödeme mukabilinde temlik etmeyi (TBK. Mad. 183 vd.) teklif etmiş ve onlara toplantının günü ile yerini en az on gün once haber vermiş ise' bu kişilere karşı haklarını tam olarak korumuş olurlar (İİK. mad. 303/II)[159]

cc) Alacaklıların 'borçtan birlikte sorumlu olanlara konkordato müzakerelerine katılma yetkisi vermeleri ve onların kararının kabul taahhüdünde bulunmaları halinde (İİK.mad 303/III); borçtan birlikte sorumlu olanlar, alacaklılar toplantısına katılırsa veya katılmasa da on gün içinde konkordatoda, alacaklıları temsilen oy kullanırsa, bu kişiler hangi şekilde oy kullanırsa kullansın, alacaklılar bu kişilere karşı haklarını tam olarak korurlar.[160]

Yani *'konkordatoya kabul oyu vermemiş alacaklı'* konkordato yapılmamış gibi borçtan birlikte sorumlu olan kişilerden alacağının tamamını isteyebilir, *'konkordatoya şartsız olarak kabul oyu veren bir alacaklı'* kural olarak borçtan birlikte sorumlu olan kişilerden alacağını sadece konkordatodaki şartlara göre isteyebilir. *'Konkordatoda oy hakkı bulunmayan imtiyazlı alacaklılar', 'borçlunun yakınları'* ve *'rehinli alacaklılar'* ise; konkordatoya yazılmış olmak kaydıyla borçtan birlikte sorumlu

156 **KURU,B.** El Kitabı, s:1516, **KURU,B.** a.g.e. s:3808 vd. – **KALE,S.** a.g.e. s:72
157 **POSTACIOĞLU,İ.E.** a.g.e. s:146 – **KURU,B.** El Kitabı, s:1517 – **KALE,S.** a.g.e. s:72 vd.
158 **KURU,B.** El Kitabı, s:1517 – **KALE,S.** a.g.e. s:73
159 **KURU,B.** El Kitabı, s:1517 vd. – **KURU,B.** a.g.e. C:IV, s:3813 – **KALE,S.** a.g.e. s:73
160 **KURU,B.** El Kitabı, s:1518

olan kişilere karşı, alacağın tam olarak ödenmesi için bütün haklarını korurlar. [161]

● «Mevcut Kanunun 295 inci maddesi, «müşterek borçlu, borçlunun kefilleri ve borcu tekeffül eden» kavramları yerine «borçtan birlikte sorumlu olanlar» ifadesi kullanılmak suretiyle metne alınmaktadır.»[162]

56. Konkordato dosyası mahkemede nasıl incelenir? (İİK. 304)

● 'Komiserin gerekçeli raporunu ve dosyayı tevdi alan mahkeme, konkordato hakkında karar vermek üzere yargılamaya başlar. Mahkeme, komiseri dinlendikten sonra kısa bir zamanda ve her hâlde kesin mühlet içinde kararını vermek zorundadır. Karar vermek için tayin olunan duruşma günü, 288 inci madde uyarınca ilân edilir. İtiraz edenlerin, itiraz sebeplerini duruşma gününden en az üç gün önce yazılı olarak bildirmek kaydıyla duruşmada hazır bulunabilecekleri de ilâna yazılır.

Konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilmeyeceği anlaşılırsa; mahkeme, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alarak, karar verilinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilir. Bu süre altı aydan fazla olamaz' (İİK. m. 304).

● «Mevcut Kanunun 296 ncı maddesinin ikinci fıkrası hükmü, güncellenerek metne alınmaktadır. Buna göre, mahkemenin komiseri dinlendikten sonra kararını her halde kesin mühlet içinde vermesi emredilmektedir. Duruşma günü 288 inci maddesi uyarınca ilan edilecektir. Yine mevcut düzenlemeden farklı olarak, itiraz edenlerin duruşmada hazır bulunabilmelerinin şartı, itiraz sebeplerini, mahkemeye, duruşma gününden en az üç gün önce ve yazılı olarak bildirmiş olmalarıdır. Aksi halde duruşmada hazır bulunarak itirazlarını dermeyan etmeleri mümkün olmayacaktır. Böyle bir sınırlama getirilmesinin nedeni, her alacaklının duruşmada hazır bulunarak itirazlarını ileri sürmesinin yargılamayı çok aksatabileceği endişesidir.

Maddenin birinci fıkrasında mahkemeye, kesin mühlet içinde konkordato hakkında bir karar vermek zorunluluğu yüklenmektedir. Bu sebeple, ikinci fıkrada da yargılamanın gidişatına göre, bilhassa özel güçlük arz eden durumlarda, kesin mühlet içinde kararın verilemeyeceğinin anlaşılması halinde mahkemece konkordato kararının verilmesine kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilecektir. Zira

161 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:80

162 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

mühlet içinde karar verilemediğinde mühlet hükümlerinin devamına karar verebilecektir. Zira mühlet içinde karar verilemediğinde mühletin kalkması halinde, takip yasağının kalkması gibi konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyecek sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Mahkeme mühlet hükümlerinin uzatılması kararını verirken komiserden gerekçeli bir rapor isteyebilir. Her halde mühlet hükümleri altı aydan fazla uzatılamayacaktır.»[163]

57. Konkordatonun tasdiki şartları nelerdir? (İİK. 305)

● '302 nci madde uyarınca yapılan toplantıda ve iltihak süresi içinde verilen oylarla kabul edilen konkordato projesinin tasdiki *aşağıdaki şartların* gerçekleşmesine bağlıdır:

a) *Adi konkordatoda* **teklif edilen tutarın, borçlunun iflası hâlinde alacaklıların eline geçebilecek muhtemel miktardan fazla olacağının anlaşılması**; *malvarlığının terki suretiyle konkordatoda* paraya çevirme hâlinde elde edilen hasılat veya üçüncü kişi tarafından teklif edilen tutarın iflâs yoluyla tasfiye hâlinde elde edilebilecek bedelden fazla olacağının anlaşılması.

b) Teklif edilen tutarın borçlunun kaynakları ile orantılı olması (bu kapsamda mahkeme, borçlunun beklenen haklarının dikkate alınıp alınmayacağını ve alınacaksa ne oranda dikkate alınacağını da takdir eder).

c) Konkordato projesinin 302 nci maddede öngörülen çoğunlukla kabul edilmiş bulunması.

d) '206 ncı maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesinin' ve 'mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe' yeterli *teminata* bağlanmış olması (302 nci maddenin altıncı fıkrası kıyasen uygulanır).

Eski metinde (İİK. mad.298/3'de) *"konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacakların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayıyla akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için bu alacaklılardan her biri özel olarak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçmedikçe yeterli teminatın gösterilmesi"* olarak öngörülen *'teminat koşulu'*ndaki *"konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini"* sözcüklerinin *'imtiyazsız (adi) alacakları kapsadığı'* belirtilerek *'konkordatonun tasdiki için hem* ***imtiyazlı*** *ve*

163 Bknz. Hükümet Tasarısı Gerekçesi

hem de ***imtiyazsız (adi) alacaklar*** için teminat gösterilmesinin zorunlu olduğu' ifade edilmişti.[164]

Eski İİK. mad. 298 hakkında yapılan açıklamalarda;

"Konkordatonun tasdik koşulları arasında böyle bir koşulun öngörülmesi ile güdülen amaç, «hem konkordatonun tasdik edilen koşullar çerçevesinde yerine getirilmesini mümkün kılmak ve bu suretle borçluya ifa edemeyeceği taahhütlerde bulunmaktan alıkoymak hem de alacaklılar yönünden bir ödeme garantisini sağlamak»tır.[165]

Teminat; -kaydettirilmiş olmaları koşulu ile- hem *imtiyazlı*[166] ve hem de *imtiyazsız* (adi) alacaklar[167]için gösterilmelidir: Öncelikle şu hususu belirtelim ki; burada sözü edilen «kayıtlı alacaklar» dan kastedilen 'konkordato komiserine yirmi günlük süre içinde (İİK. mad. 292/I, c:1) yazdırılmış olan alacaklar ile komisere yazdırılmamış olsa bile borçlunun ayrıntılı bilançosunda (İİK. mad. 285/I, c:2) kendisine yer verilmiş veya resmi sicillerden varlığı belirlenmiş olan alacaklar'dır.[168]

Konkordatonun tasdiki için, imtiyazlı alacaklar için; teklif edilen konkordato ister 'vade konkordatosu' ister 'indirim (yüzde) konkordatosu' olsun, alacağın tamamı tutarında, imtiyazsız (adi) alacaklar için ise, teklif edilen konkordato 'indirim (yüzde) konkordatosu' ise, konkordatoda kabul edilen yüzde oranında, 'vade konkordatosu' ise; alacağın tamamı oranında teminat gösterilmesi gerekir.[169] [170]

Ayrıca belirtelim ki, her ne kadar İİK. 298/I-3'de «imtiyazsız (adi) *alacaklar için de teminat gösterilmesi»*nden bahsedilmemişse de, aynı maddede geçen «konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini... sağlamak için» sözcükleri ile bu tür alacaklar kastedilmiştir.[171]

---

164 **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İİK. Şerhi, C:3, s:4661

165 **ÖKTEMER, S**. Konkordatoda Teminat Sorunu (Yarg. D. 1977/1, s:160) - **BERKİN, N.** İflâs Hukuku, 1972, s:563 vd.

166 Bknz: 19. HD. 14.11.1996 T. 5681/10057; İİD. 02.12.1974 T. 10105/10528; 26.05.1956 T. 5920/5786; 05.10.1963 T. 10545/10471 (www.e-uyar.com)

167 Bknz: İİD. 26.05.1966 T. 5920/5786; 05.10.1963 T. 10545/10471 (www.e-uyar.com)

168 **TANRIVER, S.** Konkordato Komiseri, 1993, s:31 - **TANRIVER, S./DEYNEKLİ,A.** Konkordatonun Tasdiki, 1996, s:118

169 ÖKTEMER, S. agm. s:160 vd. - **TANRIVER, S./DEYNEKLİ, A.** age. s:119 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1493 - **KURU, B.** age. C:4, 1997, s:3748 – **KALE,S.** a.g.e. s:52 vd.

170 Bknz: 12. HD. 23.02.1984 T. 10929/1896 (www.e-uyar.com)

171 **ÖKTEMER, S.** agm. s:160 - **ALTAY, S.** Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, C:1, 2005, s:430 vd. - **KURU, B.** El Kitabı, s:1493 - **KURU, B.** age. C:4 s:3747 - **BAYGÜL, N.** İflâs İçi Konkordatoda Teminat (Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, 2009, s:154)

Alacaklar için teminat gösterilmesi zorunlu olan -yukarıda belirttiğimiz- hem imtiyazlı ve hem de imtiyazsız (adi) alacaklılar «özel olarak ve açıkça kendi alacakları bakımından» teminat gösterilmesinden vazgeçebilirler (İİK. mad. 298/I-3).[172] [173] "

denilmekteydi…..[174]

7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce konkordatonun önemli şartlarından birisini *'teminat koşulu'* oluşturuyordu. Borçlu, kayıtlı olmak kaydıyla, tüm adi alacaklar için, teklif edilen konkordato yüzde konkordatosu ise, kabul edilen yüzde oranından, vade konkordatosu ise, tamamı oranında, tüm imtiyazlı alacaklılar içinse tamamı oranında teminat göstermek zorunda idi.[175] Yapılan **yeni düzenlemede** ise; teminat koşulundan tamamen vazgeçilmemekte; *"teminat, 206/I'de yer alan imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesi"* ve *"konkordato mühleti içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifası bakımından alacaklı bunlardan açıkça vazgeçmediği müddetçe"* korunmaktadır.

e) Konkordatonun tasdikinin gerektirdiği yargılama giderleri ile konkordatonun tasdiki durumunda alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para üzerinden alınması gereken harcın tasdik kararından önce, borçlu tarafından mahkeme veznesine depo edilmiş olması.

Mahkeme konkordato projesini yetersiz bulursa kendiliğinden veya talep üzerine gerekli gördüğü düzeltmenin yapılmasını isteyebilir' (İİK. m. 305). Mahkeme, özellikle konkordatoyu kabul etmeyen alacaklıların menfaati gerektiriyorsa, kendiliğinden veya talep üzerine projede düzeltme yapılmasını isteyebilir. Bunun için *komiserin* ve *alacaklılar kurulunun* görüşünü alması uygun olur.[176]

f) Görüldüğü gibi; *'konkordatonun tasdiki için borçlunun dürüst olması'* koşuluna maddede yer verilmemiştir.

Hatırlanacağı üzere *'borçlunun ancak dürüst ise konkordato teklifinin mahkemece tasdik edileceğini'* öngören İİK.mad.298/I-1 hükmü,

172 **BERKİN, N.** age. s:565 - **ÖKTEMER, S.** agm. s:161 - **GÜRDOĞAN, B**. İflas Hukuku Dersleri, 1966 - **KURU, B.** El Kitabı, s:1493 - **KURU, B.** age. C:4, s:3750 - **ALTAY, S.** age. C:1, s:439

173 Bknz: 19. HD. 30.06.2005 T. 568/7353; 07.02.2002 T. 7386/905; 21.03.1995 T. 1500/2572; 11. HD. 29.04.1991 T. 1291/2664; 08.02.1991 T. 6660/737 (www.e-uyar.com)

174 **UYAR, T./UYAR, A./ UYAR, C.** age., C:3, s:4661

175 **TANRIVER, S.** agm. s:266

176 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:86

17.07.2003 tarihinde kabul edilen 4949 sayılı Kanun ile kaldırılmıştı… Buna rağmen **doktrinde** –özellikle İİK.nun 308. (yeni düzenlemede 308/f) maddesinde hala 'kötüniyetle sakatlanmış' bir konkordatonun tamamen feshine ilişkin düzenlemenin aynen korunmuş olması nedeniyle- *"konkordatonun tasdiki aşamasında 'dürüstlük koşulu'nun*[177] gözetilmesi gerektiği" ifade edilmiştir.[178] [179]

● «Maddeyle, «konkordatonun tasdiki şartları» düzenlenmektedir. Maddede öngörülen şartlar, kümülatif olup, mahkeme, burada bir içerik kontrolü yapmak suretiyle konkordatonun tasdikine veya tasdik talebinin reddine karar verecektir. Mahkeme, tasdik şartlarını rehinli ve diğer alacaklılar bakımından birbirinden bağımsız olarak değerlendirecektir.

*Konkordato ön projesinde alacaklılara bir teklifte bulunulması söz konusudur. Değişiklikten önce sadece malvarlığının terki suretiyle konkordato için aranan karşılaştırmalı tablo, bundan böyle âdi konkordato bakımından da tasdik şartı olarak aranacaktır. Bu bakımdan birinci fıkranın (a) bendinde, teklif edilen tutarın, borçlunun iflâsı halinde her bir alacaklının eline geçebilecek muhtemel miktardan fazla olacağının anla*şılması, tasdik şartı olarak düzenlenmektedir. Gerek âdi konkordato bakımından yeni getirilen bu şart, gerekse malvarlığının terki suretiyle konkordatoda var olan bu şart, borçlunun gerçekte iflâsa tâbi bir kimse olmasını gerektirmeyip, varsayımsal olarak, borçlu iflâs etseydi, alacaklıların elde edeceği payın hangi miktarda olacağını tespite yöneliktir. Çünkü, konkordato ile alacaklılar, muhtemel bir iflâstan daha kötü bir duruma düşürülmemelidir. Bu husus, konkordato projesini kabul etmeyen, ancak Kanunda öngörülen nisapla konkordato projesinin alacaklılar

177 "Konkordatoda Dürüstlük Kavramı" hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: **TANRIVER,S.** Konkordatonun Tasdiki Şartı Olarak Dürüstlük Koşulu (BATİDER, 1994, C:XVII, S:4, s:65 vd.) – **KESER,L.** Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti Bakımından Önemi (Prof.Dr. Mahmut Tevfik Birsel Armağanı, 2001, s:253 vd.)

178 KURU,B. El Kitabı, s:1490 – TANRIVER,S. 4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi (Tür.Bar.Bir.D. Mart-Nisan/2004, S:51, s:87 – Yeditepe Ünv. Huk. Fak. D. 2005, C:I, S:2, s:549) – TANRIVER,S. İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, VIII, 9-10 Ekim, 2009, s:255 vd.) (Makalelerim II,2011, s:280 vd.) – KALE,S. a.g.e. s:48 vd.,81 vd. – KALE,S. İflas İçin Konkordato Uygulamasında Ortaya Çıkan Sorunlar (MİHBİR, 13. Antalya Toplantısı, 9-10 Ekim, 2015/ Antalya, s:273, dipn.3) - BALCI,Ş. a.g.e. s:263

179 Karş: **TAŞPINAR,S.** Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler (BATİDER, 2003, C:22, S:2, s:57 vd,77) (Bu görüşe göre; hem konkordato mühleti verilebilmesi konusunda İİK. m. 286/I hem tasdik konusunda dürüstlüğü arayan İİK.m. 298/I-1 değiştirilmiştir…Kanun koyucular artık "dürüstlük" koşuluna veda etmiştir.)

tarafından kabul edilmesi halinde, azınlıkta kalan alacaklıların korunması bakımından önemlidir.

Fıkranın (b) bendinde mevcut Kanunda olduğu gibi, teklif edilen meblağın, borçlunun kaynakları ile orantılı olması ilkesi korunmakta, ancak Kanundaki «borçlunun intikal edebilecek mallar» ibaresi yerine, daha kapsamlı ve geniş olması nedeniyle «borçlunun beklenen hakları»nın dikkate alınabileceği ifade edilmektedir. Mahkeme, bu hakların dikkate alınıp alınmayacağı yanında, bunların ne oranda dikkate alınmayacağı yanında, bunların ne oranda dikkate alınacağını da takdir edecektir. Böylece mahkemece, somut olaya göre, beklenen hakları hiç dikkate almayabileceği gibi, tamamen veya kısmen de dikkate alabilir.

Fıkranın (c) bendinde ise, konkordato projesinin Kanunda öngörülen çoğunlukla kabul edilmiş bulunması mevcut düzenlemedekinin aksine, açıkça konkordatonun tasdik şartlarından birisi olarak sayılmaktadır.

Fıkranın (d) bendinde, tasdik şartı olan teminat yeniden düzenlenmiştir. Konkordatonun başarılı bir iyileştirme aracı olması önünde büyük bir engel olarak görülen ve doktrinde eleştirilen, «konkordato işlemlerinin yerine getirilmesi»ni sağlamak amacıyla teminat gösterilmesinden vazgeçilmektedir. Böylece, borçlunun büyük bir teminat yükü ile karşı karşıya kalmasının önlenmesi ve projenin daha kolay gerçekleşmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak teminat şartından bütünüyle vazgeçilmemekte; teminat, 206 ncı maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesi ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifası bakımından (alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe) korunmaktadır. Öte yandan, çekişmeli veya geciktirici koşula bağlı yahut belirli olmayan bir vadeye tâbi alacaklıların oylamaya katılmaları halinde, bunların teminat gösterip göstermeyeceğine de mahkeme tarafından karar verilecektir. İsviçre İcra ve İflâs Kanununun 306 ncı maddesinin ikinci fıkrasında 2013 yılında aynı yönde değişiklik yapılmıştır.

Fıkranın (e) bendinde, tasdik için gerekli yargılama giderleri yanında, mevcut madde metninde yer alan «ilâm harçları» ibaresi yerine manayı daha net bir şekilde açıklayacak şekilde «konkordatonun tasdiki durumunda alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para üzerinden alınması gereken harç» ibaresi kullanılmakta ve bu kapsamında ve bu kapsamda belirlenecek miktarın borçlu tarafından tasdik kararından tasdik kararından önce mahkeme veznesine depo edilmesi öngörülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında esaslı bir değişiklik yapılmamaktadır. Maddede yer alan «konkordato teklifi» ibaresi, «konkordato projesi» şeklinde değiştirilmektedir. 4949 sayılı Kanun değişikliği ile hukukumuza malvarlığının terki suretiyle konkordato dahil olmuştur. Bundan önce yalnızca adi konkordato kurumu mevcut bulunduğundan konkordato «teklifi»« ile çoğunlukla vade veya tenzilat konkordatosu kast edilmekteydi. Daha kapsayıcı olması bakımından «proje» terimi kullanılmıştır. Gerçekleştirilebilir veya uygulanabilir bir proje üzerine mahkemenin kendiliğinden de gerekli gördüğü düzeltmelerin yapılmasını isteyebilmesi, modern yeniden yapılandırma felsefesinin bir görünümüdür. Mahkeme, borçlunun sunduğu, hatta alacaklıların da kabul ettiği bir projede, özellikle konkordatoyu kabul etmeyen alacaklıların menfaati gerektiriyorsa re'sen veya talep üzerine düzeltme yapılmasını isteyebilir; mahkemenin düzeltme yapılmasını isterken komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü alması uygun olur.

Komiser 302 nci madde uyarınca yapılacak oylama sonrasında her iki sınıf alacaklı için ayrı ayrı rapor hazırlayacak ve mahkemenin değerlendirilmesine sunacaktır. Mahkeme yapılan oylama sonrasında alacaklı sınıflarının her ikisinin de kabulü, bunlardan birinin kabulü ve her ikisinin de reddi ihtimallerini ayrı ayrı dikkate alarak hükmünü buna göre tesis edecektir.»[180]

58. Konkordatonun tasdiki kararları neleri kapsar? Başka bir deyişle, «konkordatonun tasdiki kararının içeriği» nedir? (İİK. 306/I)

● 'Konkordatonun tasdiki kararında *'alacaklıların hangi ölçüde alacaklarından vazgeçtiği'* ve *'borçlunun borçlarını hangi takvim çerçevesinde ödeyeceği'* belirtilir.

Kararda, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir *kayyım* tayin edilebilir. Bu takdirde kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler.

Tasdik kararı mahkemece, 288 inci madde uyarınca ilan olunur ve ilgili yerlere bildirilir' (İİK. m. 306).

● *'Maddede konkordatonun tasdiki kararı, tasdik kararı üzerine yapılacak işlemler ve kararın ilanı hususları birlikte düzenlenmektedir.*

180 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

Konkordatoyu tasdik eden mahkeme, kararında, konkordatonun türüne göre, alacaklıların alacaklarından ne ölçüde vazgeçtiği ve borçlunun borçlarını ödeme planını açıkça hükme bağlar. Alacaklıların vazgeçtiği veya konkordatoya kabul oyu vermemekle birlikte tasdik nedeniyle kabul etmiş sayılan alacaklıların vazgeçmiş sayıldıkları miktar veya oran son derece önemlidir. Zira bu kısım alacak, artık borçludan talep edilemez. İşte bu bakımdan kararda bu kısım açıkça belirtilmesi gerekir. Öte yandan, borçlunun ödeme planı da açıkça karara yazılmalıdır. Bunun ihlali konkordatonun feshine yol açacağından bu husus da karardan anlaşılabilmelidir.

Maddenin ikinci fıkrasında, tasdik kararında kayyım tayin edilebilmesine ilişkin hüküm sevk edilmekte, üçüncü fıkrasında ise tasdik kararının ilanı düzenlenmektedir.'[181]

59. «Konkordato kayyım»ı ne zaman tayin edilir? Bu kayyımın görevi nedir? (İİK. 306/II)

● 'Konkordatonun tasdiki kararında, 'tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edilebilir. Bu taktirde kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir, tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler' (İİK. m. 306/II).

60. Rehinli malların hangi hallerde «muhafaza altına alınması» ve «paraya çevrilmesi» ertelenebilir? (İİK. 307/I)

● 'Borçlunun talebi üzerine, tasdik kararında rehinli malın muhafaza altına alınması ve satışı, karardan itibaren bir yılı geçmemek üzere aşağıdaki şartlarla ertelenebilir.

a) Rehinle temin edilen alacak konkordato talebinden önce doğmuş olmalıdır.

b) Rehinle temin edilen alacağın konkordato talep tarihine kadar ödenmemiş faizi bulunmamalıdır.

c) Borçlu rehinli malın, işletmenin faaliyeti için zorunlu olduğu ve paraya çevrilmesi durumunda ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğini yaklaşık olarak ispat etmiş olmalıdır' (İİK. m. 307/I).

181 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

● «Maddeyle mevcut Kanunun 298/a hükmü temel alınarak rehinli malların muhafaza ve satışı ile finansal kiralama konusu malların iadesinde erteleme usulü ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir.

İlk olarak, *madde başlığı «borçluya ait rehinli malların muhafaza ve satışı ile finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesi» şeklinde değiştirilmektedir. Mevcut düzenlemede rehinli taşınır veya taşınmaz ayrımı yapılmakta iken, burada yalnızca rehinli mal ibaresi kullanılmaktadır. Esasen İcra ve İflas Kanununun 23 üncü maddesi nedeniyle bu ifade, hem taşınır hem de taşınmazları kapsar. Öte yandan bugüne kadar yalnızca rehinli mallar için söz konusu olan erteleme talebinin, borçlunun elinde bulunan finansal kiralama konusu mallar için de geçerli olacağı hususu, ayrıca ve açıkça düzenlenmektedir.*

Rehinli malların, konkordatonun tasdiki üzerine paraya çevrilmesinin ertelenme şartları bentler halinde sayılmaktadır. Rehinle temin edilen alacağın karar tarihine kadar ödenmemiş faizi, tasdik kararından geriye doğru olan bir yıllık süreyi aşmamalıdır.

Maddeyle ayrıca rehinli malın paraya çevrilmesinin ertelenmesi halinde satış isteme sürelerinin işlemeyeceği kabul edilmektedir.»[182]

«Önergeyle, rehinli malın üçüncü kişiye ait olması durumunda da bu madde uyarınca erteleme kararı alınabilmesi sağlanmakta ve rehinli malların muhafaza ve satışının ertelenmesiyle ilgili şartlardan biri borçlu lehine değiştirilmektedir. Buna göre borçlu, rehinle temin edilen alacağın tasdik kararı tarihine kadar olan değil konkordato talep tarihine kadar olan faizini ödemiş olmalıdır.»[183]

61. Konkordatoda, hangi durumlarda «rehinli malın muhafazası ve paraya çevrilmesinin ertelenmesi» halinde, satış isteme süresi işlemez? (İİK. 307/II)

'Rehinli malın muhafazası ve paraya çevrilmesinin ertelenmesi hâlinde satış isteme süresi işlemez' (İİK. m. 307/II).

62. Konkordatoda, finansal kiralama konusu malların hangi koşullarda iadesi ertelenebilir? (İİK. 307/III)

● 'Borçlunun talebi üzerine, tasdik kararında finansal kiralama konusu malların iadesi, karardan itibaren bir yılı geçmemek üzere aşağıdaki şartlarla ertelenebilir.

182 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

183 Bknz: Alt Komisyon Gerekçesi

a) Borçlu finansal kiralama sözleşmesinin aynen ifasını 294 üncü maddenin yedinci fıkrası uyarınca üstlenmiş olmalıdır.

b) Finansal kiralamadan doğan kira alacağı konkordato talebinden önce doğmuş olmalıdır.

c) Ödenmemiş kira borcu, üç aylık tutarı aşmamalıdır.

d) Bu erteleme nedeniyle finansal kiralama konusu malın değer kaybından kaynaklanabilecek zarar, teminat altına alınmış olmalıdır.

e) Borçlu finansal kiralama konusu malın işletmenin faaliyeti için zorunlu olduğunu ve iade edilmesi durumunda ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğini yaklaşık olarak ispat etmiş olmalıdır' (İİK. m. 307/III).

● «Maddede borçlunun elinde olan finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesinin şartları da düzenlenmektedir. Finansal kiralama konusu mallar, rehinli mallar gibi çoğu kez işletmenin devamı için son derece yaşamsal olmakta ve bunların borçlunun elinden alınması halinde, tasdik edilen projenin gerçekleştirilmesi imkansız duruma gelebil*mektedir. Bu nedenle rehinli malların paraya çevrilmesinin ertelenmesine benzer bir düzenleme yapılmaktadır.»*[184]

63. Konkordatoda, hangi durumlarda "rehinli malların muhafaza ve satışı" ile "finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesi" hükümsüz hale gelir? (İİK. 307/V)

'Borçlu, rehinli veya finansal kiralama konusu malı *rızasıyla devreder, iflâs eder* veya ölürse, erteleme kendiliğinden hükümsüz hâle gelir' (İİK. m. 307/V).

64. Konkordatoda, hangi durumlarda erteleme kararı kaldırılır? (İİK. 307/VI)

'Konkordatoyu tasdik eden mahkeme, ilgili alacaklının talebi üzerine ve borçluyu da davet ederek aşağıdaki hâllerden birinin varlığının yaklaşık olarak ispat edilmesi kaydıyla erteleme kararını kaldırır.

a) Borçlu ertelemeyi yanlış bilgiler vermek suretiyle elde etmişse.

b) borçlunun serveti ve gelirleri artmış ve borçlu, ekonomik varlığını tehlikeye sokmadan borcu ödeyebilecek hâle gelmişse.

c) Rehinli malın paraya çevrilmesi veya finansal kiralama konusu malın iadesi, borçlunun ekonomik varlığını artık tehlikeye sokmayacaksa' (İİK. m. 307/VI).

184 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

65. Konkordatonun tasdik edilmemesinin sonuçları nelerdir? (İİK. 308)

● 'Konkordato tasdik edilmezse mahkeme konkordato talebinin reddine karar verir ve bu karar 288 inci madde uyarınca ilan edilerek ilgili yerlere bildirilir. Borçlunun iflasa tabi şahıslardan olması ve doğrudan doğruya iflas sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde mahkeme, borçlunun iflâsına resen karar verir' (İİK. m. 308).

Acaba iflasa tabi bir borçlunun konkordato tasdik talebi reddedilmişse fakat doğrudan iflas sebeplerinden biri mevcut değilse, bu durumda verilmiş tedbirlerin akıbeti ne olacaktır? Kanun koyucu burada özel bir hüküm sevk etmediğinden iflas ertelemede karşılaşılan ve kurumun işleyişini bozan, kanun yollarında geçen süre boyunca tedbir kararlarının yıllarca uygulanmasına yol açan belirsiz süreç burada da devam edecektir. **Doktrinde**[185] *"bu durumda kanun koyucunun konkordato mühletinde verilen tedbirlerin durumunu netleştirmesi ve kanun yollarına müracaat süresince tedbir kararlarının geçerlilik taşımadığına hükmetmesi ve böylece mahkeme tarafından konkordato tasdik şartlarını taşımadığı öngörülen borçluya, kanunun bu düzenleme ile tanımak istediği azami mühlet sürelerini aşan bir koruma imkanı vermemesi gerekir"* denilmiştir.

● «Maddeyle konkordatonun tasdik edilmemesi ve borçlunun iflası hali düzenlenmektedir. 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda getirilen ve konkordatonun tasdik edilmemesi üzerine, iflâsa tâbi olmayan borçlunun bile iflâs sonucuyla karşı karşıya kalması yaptırımının ağır olduğu düşüncesiyle maddede değişiklik yapılmaktadır. Buna göre, tasdik talebi reddedilen borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olması ve hakkında doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birisinin bulunması halinde mahkeme, başka bir şart aranmaksızın re'sen iflâsa karar verir. Örneğin, borca batık bir sermaye şirketinin tasdik talebi reddedilirse mahkeme re'sen şirketin iflâsına karar verecektir.

66. Konkordato hakkında verilen karara karşı ilgililer hangi «kanun yolu»na başvurabilirler? (İİK. 308/a)

● 'Konkordato hakkında verilen karara karşı borçlu veya konkordato talep eden alacaklı, kararın tebliğinden; itiraz eden diğer alacaklılar ise tasdik kararının ilanından itibaren on gün içinde *istinaf* yoluna başvurabilir. Bölge adliye mahkemesi kararına karşı on gün içinde *temyiz* yoluna

185 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:88

başvurulabilir. İstinaf ve temyiz incelemeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılır (İİK. m. 308a).

Konkordatonun tasdiki konusundaki karara karşı *herhangi bir miktar veya değer sınırı olmaksızın* istinaf ve temyiz kanun yolunun açık olduğu hükme bağlanmıştır.[186]

● «Maddeyle, konkordato hakkında verilen kararlara karşı kanun yolları düzenlenmektedir. Konkordatonun tasdiki konusundaki kararlara karşı, herhangi bir miktar veya değer sınırı olmaksızın istinaf ve devamında temyiz kanun yolunun açık olduğu hükme bağlanmaktadır. Karara karşı borçlu veya konkordato talep eden alacaklı, kararın tebliğinden; diğer alacaklılar ise kararın ilanından itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurabilir. Bu karara karşı temyiz süresi yine on gündür. İstinaf ve temyiz incelemeleri ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır.»[187]

67. Alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar ve «çekişmeli alacakları» hakkında ne yapabilirler? (İİK. 308/b)

● 'Alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, tasdik kararının ilanı tarihinden itibaren *bir ay* içinde dava açabilirler.

Tasdik kararını veren mahkeme, konkordato projesi uyarınca çekişmeli alacaklara isabet eden payın, kararın kesinleşmesine kadar borçlu tarafından, mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verebilir. Süresi içinde dava açmamış olan alacaklılar, bu paydan ödeme yapılmasını talep edemezler; bu durumda yatırılan pay borçluya iade edilir' (İİK. m. 308/b)

● «Maddeyle, çekişmeli alacaklar hakkında açılacak dava düzenlenmektedir. Buna göre alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, tasdik kararının ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki hüküm, esasen mevcut Kanunun 305 inci maddesinde düzenlenmişti. Bu kez mehaz İsviçre Kanununun 315 inci maddesinin ikinci fıkrasından hareketle bu madde içinde yeniden kalem alınmaktadır. Böylelikle mevcut Kanunun 302 ile 305 inci maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmiş olan konular, tıpkı mehazda olduğu gibi aynı madde içinde ele alınmış olmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, konkordato projesinde çekişmeli

186 **SARISÖZEN, M.S.** age. s:88

187 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

alacaklara pay ayrılmışsa, kararın kesinleşmesine kadar payın borçlu tarafından, mahkemece belirlenen bir bankaya yatırılmasına karar verilebileceği; süresi içinde dava açmamış olan alacaklıların bu paydan ödeme yapılmasını talep edemeyecekleri, yapılan ödemelerin de borçluya iade edileceği düzenlenmiştir.»[188]

68. «Konkordatonun tasdiki kararı»nın sonuçları nelerdir? (İİK. 308/c)

● 'Konkordato, tasdik kararıyla bağlayıcı hâle gelir. Tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceği de kararlaştırılabilir; bu takdirde mühletin etkileri, kanunda öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla konkordatonun bağlayıcı hâle geldiği tarihe kadar devam eder.

Bağlayıcı hâle gelen konkordato, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için mecburidir.

206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar, rehinli alacakların rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ve 6183 sayılı Kanun kapsamındaki amme alacakları hakkında bu maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanmaz.

Kredi kurumları tarafından verilen krediler de dahil olmak üzere, mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçlar, adi konkordatoda konkordato şartlarına tabi değildir; malvarlığının terki suretiyle konkordatoda yahut sonraki bir iflâsta masa borcu sayılır. Aynı kural karşı edimin ifasını komiserin izniyle kabul eden borçlunun taraf olduğu sürekli borç ilişkilerindeki karşı edimler için de geçerlidir' (İİK. m. 308/c).

● «Maddeyle konkordatonun tasdikinin hüküm ve sonuçları düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında, mahkemece tasdik edilen konkordato projesinin hangi andan itibaren alacaklılar için bağlayıcı hâle geleceği, yani işlerlik kazanarak uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu hâlde yeni hüküm, alacaklıların projeyi oylayıp kabul ederken, pekâlâ, oylarıyla benimsedikleri projenin ancak tasdik kararının kanun yollarından da geçerek kesinleşmesinin ardından işlerlik kazanacağını kabul etmelerine imkân tanımaktadır. Projenin böyle bir hüküm içermemesi halinde ise ana kural geçerli olacak ve tasdik kararıyla birlikte proje, derhal uygulanmaya başlanacaktır. Kısacası, konkordatonun tasdiki kararı ile konkordatonun

188 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

sonuçlarını derhal meydana getirmesi kural olarak kabul edilirken bunun aksinin, yani tasdik kararının kesinleşmesi ile bağlayıcı olacağının projede kararlaştırılması da mümkün kılınmaktadır. Bu son durumda mühletin etkileri devam eder.

İkinci fıkra hükmü, kısaca projeye tabi alacaklıları tasrih etmektedir. Buna göre bağlayıcı hale gelen konkordato, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için mecburi olacaktır. Üçüncü fıkra hükmü uyarınca, Kanunun 206 ncı maddesinin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar ise konkordatodan etkilenmeyecektir.

Belirtmelidir ki tasarıyla rehin alacaklılar ve diğer alacaklılar bakımından ayrı ayrı oluşturulacak projelerin kendi alacaklı sınıfında müzakere edilmesi, kabul ve reddedilmesi ve kabul edilenler bakımından da birbirinden bağımsız olarak tasdik edilmesi kabul edilmektedir. Bu kapsamda rehni alacaklılar tarafından kabul edilen projenin mahkeme tarafından tasdik edilerek bağlayıcı hale gelmesi sadece rehinli alacaklılar bakımından geçerli olacaktır. Bu tür bir proje diğer alacaklıları bağlamayacaktır. Kaldı ki böyle bir projede diğer alacaklıları ilgilendiren bir hüküm de bulunmayacaktır.

Mühlet içinde ticari faaliyetine devam etmekte olan borçlunun işlemleri neticesinde ortaya çıkan borçların hukuki akıbeti, maddenin dördüncü fıkrasında yeniden kalem alınmak suretiyle özel olarak düzenlenmektedir. Buna göre, rutin alım satımlardan doğanlar da dahil olmak üzere komiserin izniyle akdedilmiş olan tüm borçlar ana kuralın dışında bırakılmakta ve projeye tabi tutulmamaktadır. Bu alacaklılar, kendileri için ticari risk alarak borçlunun zor zamanında projeye, daha tasdik öncesinde maddi ve mali destek vermiş kimseler olduğundan, adeta ödüllendirilmeleri uygun bulunmaktadır. Bu bağlamda, konkordato mühleti sırasında borçluya yeni kredi veren alacaklıların korunmasına yönelik olarak bu alacaklıların alacağı, malvarlığının terki suretiyle konkordato ve iflasta masa borcu sayılmakta; başka bir ifadeyle imtiyazlı alacaklardan da önce ödenmesi gereken alacaklar haline getirilmektedir. Maddeyle getirilen bir diğer yenilik ise bu sonucun, önceki kanun döneminden farklı olarak ve metinde açıkça düzenlendiği gibi, komiserin izniyle ifası kabul edilmiş sürekli borç ilişkilerinden kaynaklanan karşı edim alacakları için de geçerli görülmesidir.»[189]

189 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

● «Önergeyle, 2004 sayılı Kanuna eklenen 308/c maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilmektedir. Buna göre, 206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar, rehinli alacaklıların rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ve 6183 sayılı Kanun kapsamındaki *amme alacakları hakkında, konkordatonun mecburi olmadığı açık bir şekilde ifade edilmektedir.»*[190]

69. Tasdik edilen konkordato, sonuçlanmayan takiplere nasıl etki eder? (İİK. 308/ç)

● 'Konkordatonun taraflar için bağlayıcı hâle gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takiplerde konulan ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürür.

Birinci fıkra hükmü, 308/c maddesinin üçüncü fıkrası kapsamındaki alacaklar için konulan hacizler hakkında uygulanmaz' (İİK. m. 308/ç).

● «Maddeyle, konkordatonun sonuçlanmayan takiplere etkisi düzenlenmektedir. Metin, geçici mühlet kurumunun kabulüyle yeniden kaleme alınmaktadır. Buna göre konkordatonun taraflar için bağlayıcı hale gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takiplerde konulan ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürecektir.»[191]

● «Önergeyle, 2004 sayılı Kanuna eklenen 308/ç maddesine fıkra ilave edilmektedir. Birinci fıkra uyarınca konkordatonun bağlayıcı hale gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takiplerde konulan ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri hükümden düşürecektir. İlave edilen fıkrayla, Kanunun 206 ncı maddesinin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar, rehinli alacaklıların rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ve 6183 sayılı Kanun kapsamındaki amme alacakları için konulan hacizlerin düşmeyeceği hükme bağlanmaktadır.»[192]

70. Konkordato haricinde yapılan vaatler ne gibi sonuçlar doğurur? (İİK. 308/d)

● 'Borçlu tarafından alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak yapılan vaatler hükümsüzdür' (İİK. 308/d).

Ayrıca; borçlunun böyle bir vaatte bulunmasının İİK.'nun 333. maddesine göre suç teşkil edeceği[193] kanunda öngörülmüştür.

---

190 Bknz: Alt Komisyon Gerekçesi

191 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

192 Bknz: Alt Komisyon Gerekçesi

193 Ayrıntılı bilgi için bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** age. C:3, s:4829

● *Maddeyle konkordato haricinde yapılan vaatler düzenlenmektedir. Buna göre borçlu tarafından alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak yapılan vaatler hükümsüz olacaktır.»*[194]

71. «Konkordatonun 'kısmen' feshi» hangi durumlarda mümkün olur ve ne gibi sonuçlar doğurur? (İİK. 308/e)

● 'Kendisine karşı konkordato projesi uyarınca ifada bulunulmayan her alacaklı konkordato uyarınca kazanmış olduğu yeni hakları muhafaza etmekle birlikte konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak kendisi hakkında konkordatoyu feshettirebilir.

Fesih talebi üzerine verilecek hükmün tebliğinden itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurabilir. Bölge adliye mahkemesi kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde temyiz yoluna başvurabilir' (İİK. m. 308/e).

"Konkordatonun (kısmen) feshi kararı" alacaklının konkordato gereğince kazanmış olduğu hakları ortadan kaldırmaz, alacaklı kendisine verilmiş olan teminatı muhafaza eder ve kendisi için bankaya para yatırılmış ise bu para üzerinde alacaklının rüçhan hakkı vardır.[195]

Konkordatodan etkilenmeyen bir alacaklı fesih davası açamaz, bu davayı açmakta hukuki yararı yoktur. İmtiyazlı alacaklılar ise, konkordatonun miktarda indirim dışındaki hükümlerinden etkilendiğinden, örneğin vadesinde ödeme yapılmaması halinde kendisi bakımından konkordatonun feshini isteyebilirler. Böylece alacağın tamamı muaccel hale geleceğinden bu davada hukuki yararları mevcuttur. Konkordatoya yazılmamış alacaklar da kesinleşen konkordatoya tabi olduklarından fesih davası açabilirler.[196]

Konkordatonun feshini kendisi bakımından talep etme hakkına sahip olan alacaklı dilerse bu davayı açmaksızın, konkordato şartlarına göre kendisine ödeme yapılması için borçluya karşı dava açabileceği gibi haciz yoluyla takibe de girişebilir.[197]

---

194 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

195 **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, 2013, s:817

196 **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** age. s:816

197 **MUŞUL, T.** İcra ve İflas Hukuku Esasları, 2017, s:846

Konkordato bir tek alacaklı için feshedilmiş ise konkordatoyu kabul etmiş olan alacaklı, 'borçtan birlikte sorumlu olanlardan (müşterek borçlu ve kefillerden) alacağını ancak konkordato şartlarına göre isteyebilir.[198]

● «Maddeyle, konkordatonun kısmen feshi düzenlenmektedir. Buna göre kendisine karşı konkordato projesi uyarınca ifada bulunulmayan her alacaklı konkordato uyarınca kazanmış olduğu yeni hakları muhafaza etmekle birlikte konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak kendisi hakkında konkordatoyu feshettirebilecektir. Ayrıca maddede bu konuda verilecek karar hakkında kanun yoluna ilişkin hüküm sevk edilmektedir.»[199]

72. Konkordatonun 'tamamen' feshi hangi durumlarda mümkün olur ve ne gibi sonuçlar doğurur? (İİK. 308/f)

● 'Her alacaklı, kötü niyetle sakatlanmış konkordatonun feshini tasdik kararını vermiş olan mahkemeden isteyebilir.

Konkordatonun tamamen feshi kararı kesinleştiğinde durum 288 inci madde uyarınca ilan edilir ve ilgili yerlere bildirilir.

308 inci madde hükmü bu hâlde de uygulanır' (İİK. m. 308/f).

Konkordatonun tamamen feshi durumunda, tüm alacaklılar konkordato hiç yapılmamış gibi alacaklarını tam olarak talep edebilirler.[200]

Konkordatonun tamamen feshi kararına rağmen, alacaklılar kendilerine verilmiş olan teminatı muhafaza ederler ve kendileri için bankaya para yatırılmış ise bu para üzerinde ilgili alacaklıların rehin hakkı vardır.[201]

● «Maddeyle *konkordatonun tamamen feshi mevcut kanunun 308 inci maddesi esas alınarak düzenlenmektedir. Konkordatonun tamamen feshi ile birlikte proje, onunla bağlı tüm alacaklılar için etkisini yitireceğinden, bu sonucun aleniyet kazanarak duyurulması bakımından ikinci fıkrayla ilan ve bildirim hükmü getirilmektedir.»*[202]

73. Tasdik edilen konkordato projesi kapsamında yapılacak işlemler, alacaklılar tarafından tahsil edilecek tutarlar, borçluya kullandırılacak krediler ne gibi «vergi muafiyeti» neden faydalanırlar? (İİK. 308/g)

198 **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** age. s:816

199 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

200 **ULUKAPI, Ö.** age. s:109 vd.

201 **PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M.** age. s:818

202 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

● 'Tasdik edilen konkordato projesi kapsamında;

a) Yapılacak işlemler, 492 sayılı Harçlar Kanununa tabi harçlardan; bu işlemler nedeniyle düzenlenecek kâğıtlar, damga vergisinden,

b) Alacaklılar tarafından her ne nam altında olursa olsun tahsil edilecek tutarlar, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu gereği ödenecek banka ve sigorta muameleleri vergisinden,

c) Borçluya kullandırılacak krediler, Kaynak Kullanımı Destekleme Fonundan,

istisna edilmiştir.

Bu istisna hükümleri konkordato projesinde belirtilen işlemler bakımından borçlu ile proje kapsamındaki alacaklılara özgü olarak uygulanır. Üçüncü kişiler bu istisna hükümlerinden yararlanamaz.

Konkordato projesine göre borçları yeni bir itfa plânına bağlanan borçlulara ait olan teşvik belgelerinin süreleri ile ihracat taahhüt süreleri, geçici mühlet kararının verildiği tarihten konkordatonun bağlayıcı hâle geldiği tarihe kadar işlemez' (İİK. m. 308/g).

7101 sayılı Kanunda, 492 sayılı Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifenin "İcra ve İflas Harçları" başlıklı bölümünün "II-İflas Harçları" başlıklı bölümü değiştirilmiş ve *'konkordatoda alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para üzerinden alınacak harçlar'* şu şekilde belirtilmiştir:

"b)Konkordatoda;

aa) Alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para üzerinden (Binde 2,27),

bb) Yapılandırma sonunda rehinli alacaklılara ödenmesi kararlaştırılan para üzerinden (Binde 1,13),

harç alınacaktır.

● «Maddeyle, konkordatoyu kolaylaştırmak amacıyla birtakım harç ve vergi istisnaları ve teşvik belgelerinde süre uzatımı imkanı getirilmektedir. Bu istisna hükümleri konkordato projesinde belirtilen işlemler bakımından borçlu ile proje kapsamındaki alacaklılara özgü olarak uygulanacaktır. Üçüncü kişiler bu istisna hükümlerinden yararlanamayacaktır.»[203]

203 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

74. Konkordatoda, borçlu ile rehinli alacaklılar, konkordato teklifini nasıl müzakere ederler? Borcun yapılandırılması nasıl gerçekleşir? (İİK. 308/h)

● 'Âdi konkordatoda borçlu, ön projede belirtmek suretiyle, alacaklı lehine rehin tesis edilmiş borçlarının yapılandırılmasını bu madde uyarınca talep eder.

Komiser, kesin mühlet içinde uygun göreceği zamanda bütün rehinli alacaklıları borçlunun anapara indirimi, faiz indirimi, vadelendirme veya diğer ödeme tekliflerini müzakere etmek üzere tebligat çıkartarak davet eder.

Müzakerede ve müzakereyi takip eden yedi günlük iltihak süresi içinde rehinli alacaklıların, alacak miktarı itibarıyla üçte ikiyi aşan çoğunluğu ile bir anlaşma hasıl olursa, komiser, imzalanan anlaşmaları tutanağa bağlar ve rehinli alacaklılarla anlaşma yapıldığını 302 nci madde uyarınca mahkemeye tevdi edeceği gerekçeli raporuna ayrı v bağımsız bir başlık altında işler.

Borçlunun *tekliflerinin alacak miktarı itibarıyla üçte ikiyi aşan çoğunlukla kabul edilmesi hâlinde*, borçlu ile anlaşamayan rehinli alacaklı, konkordato talep tarihinden itibaren, *"taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan temerrüt öncesi faiz oranı uygulanmak suretiyle"*, *"diğer rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmalardan en uzun vadelisine tabi olur.* Bu husus ve anlaşmaya varılamayan rehinli alacaklılara borçlu tarafından yapılacak ödemelere ilişkin plan komiser tarafından tutanağa geçirilir ve komiserin 302 nci madde uyarınca mahkemeye tevdi edeceği gerekçeli rapora da işlenir.

Rehinli alacaklılarla bir anlaşmaya varılmamışsa, bu husus da komiserin gerekçeli raporuna işlenir.

Mahkeme, rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmaları üçte iki oranına ulaşılıp ulaşılmadığı ve anlaşmaya varılamayan rehinli alacaklılar varsa bunlara uygulanacak ödeme planının bu maddede öngörülen şartlara uyup uymadığı bakımından kontrol ettikten sonra anlaşmaları ve ödeme planını, 305 inci ve 306 ncı maddeler uyarınca vereceği karara dahil eder.

302 nci madde uyarınca yapılacak alacaklılar toplantısı borçlunun konkordato projesini kabul etmezse, bu madde uyarınca anlaşma yapmış olan rehinli alacaklıların borçluyla akdetmiş bulundukları anlaşmalar ve anlaşma yapmamış olan rehinli alacaklılar için hazırlanmış olan ödeme planı geçerli hâle gelmez.

Yapılan anlaşmaya uygun olarak kendisine karşı ifada bulunmayan her rehinli alacaklı tasdik kararını veren mahkemeye başvurarak o rehinli alacağa ilişkin anlaşmayı feshettirebilir. Ancak bu fesih sonucunda üçüncü fıkrada belirtilen üçte iki oranının altına düşüldüğü takdirde, borçlunun teklifini kabul etmeyip ödeme planına tabi tutulan rehinli alacaklılar bu planla bağlı olmaktan çıkar, borçlu ile anlaşmış olan rehinli alacaklılar ise anlaşmayı sona erdirebilir.

Bu madde münhasıran adi konkordatoda borçlunun, alacaklı lehine rehin tesis edilmiş borçlarının yapılandırılması teklifinde bulunması hâlinde uygulanır. 285 ilâ 309/I maddeleri, açıkça belirtilmedikçe rehinli alacaklılar hakkında uygulanmaz' (İİK. m. 308/h).

● «Önergeyle, 2004 *sayılı Kanunun Onikinci Babına İkinci Bölüm eklenmekte ve diğer bölümler buna göre teselsül ettirilmektedir. Eklenen bu yeni bölümde rehinli alacaklılarla müzakere usulü, şartları ve karşılığında rehin tesis edilmiş borçların yapılandırılmasına ilişkin hükümler düzenlenmektedir.*

Belirtilmelidir ki, rehinli alacaklılarla yapılacak olan bu toplantı, 302 nci madde uyarınca yapılan alacaklılar toplantısıyla bir karışıklığa yer vermemek ve bir bağlantı kurulmasının önüne geçmek için, müzakere olarak adlandırılmakta ve «rehinli alacaklılar ile müzakere»den söz edilmektedir. Nitekim, rehinli alacaklılarla müzakerenin 302 nci madde çerçevesinde yapılan alacaklılar toplantısının hukuki niteliği, içeriği ve gündemiyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Adi konkordatoda asıl olan 302 nci madde uyarınca gerçekleştirilen alacaklılar toplantısıdır. Rehinli alacaklılarla müzakerenin adi konkordatoyla ilgisi tamamen tali niteliktedir. Bu nedenledir ki borçlunun yapacağı yapılandırma ve ödeme teklifli üzerine rehinli alacaklılarla müzakere, Kanunun Onikinci Babına eklenen yeni bölümde (ikinci bölüm) ve yeni maddede (maddede 308/h) düzenlenmekte ve böylece herhangi bir tereddüt veya karışıklığa meydan verilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Düzenlemeyle, rehinli alacaklıları müzakereye davet bakımından borçlu ve komisere mümkün olduğu kadar fazla bir hareket serbestisi tanınmaktadır. Müzakerenin kesin mühlet içinde ne zaman, alacaklılar toplantısından önce mi, yoksa sonra mı yapılacağı tamamen somut olayın özelliklerine göre borçlu ve komiser tarafından birlikte serbestçe takdir edilecektir. Ama bu çerçevede borçlu ve komiserin 302 inci maddenin son fıkrasındaki süreleri aşmaması gerekmektedir.

Rehinli alacaklılarla müzakereden bir sonuç alınabilmesi borçlunun daha önce rehinli alacaklılarla temas kurup görüşmeler yapmış ve onları ikna etmiş olmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle, bu maddede öngörülen yöntem, borçlunun bütün rehinli alacaklıları kapsayacak yeknesak tek bir teklif yapmak ve on8ların tek bir müzakerede bu teklifi kabul etmelerini sağlamak şeklinde bir işleve sahip değildir. Borçlu rehinli alacaklılarla daha önce görüşmeler yapıp bir anlaşmaya varmış ve müzakerede bu rehinli alacaklıların kabul oyu vermelerini sağlamış olmalıdır. Diğer bir deyişle borçlu her bir rehinli alacaklıyla, alacağın niteliğine göre, ayrı bir anlaşma yapmış olabilir. Önemli olan müzakerede veya iltihak süresi içinde bu rehinli alacaklının kabul oyu vermesidir; rehinli alacaklının borçluyla hangi şartlarda anlaştığını müzakerede açıklaması gerekmemektedir. Bu şekilde kabul oyu veren rehinli alacaklıların alacakları, toplam rehinli alacakların üçte ikisinden fazla ise, teklif kabul edilmiş olacak ve kabul etmeyen (borçluyla bir anlaşmaya varamamış olan) diğer rehinli alacaklılar da bu kabulle bağlı olacaklardır. Borçlunun tekliflerinin alacak miktarı itibariyle üçte ikiyi aşan çoğunlukla kabul edilmesi halinde, borçlu ile anlaşamayan rehinli alacaklı, kon8kordato talep tarihinden itibaren, taraflar arasında akdedilen ve rehnin tesisine dayanak teşkil eden sözleşmede kararlaştırılan temerrüt öncesi faiz oranıyla, diğer rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmalardan en uzun vadelisine tabi olacaktır. Bu husus ve anlaşmaya varılamayan rehinli alacaklılara borçlu tarafından yapılacak ödemelere ilişkin plan komiser tarafından tutanağa geçirilecek ve komiserin 302 nci madde uyarınca mahkemeye tevdi edeceği gerekçeli rapora da işlenecektir.

Komiser, rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmaları ve anlaşma yapılamayan rehinli alacaklılar varsa bu hususu, 302 nci madde uyarınca yapılan alacaklılar toplantısından sonra hazırlayacağı rapora, ayrı bir başlık altında ve ana hatlarıyla dercedip raporu tasdik mahkemesine sunacaktır. Tasdik mahkemesi, rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmaları alacak miktarı itibariyle üçte iki oranına ulaşılıp ulaşılmadığı yönünden ve anlaşmaya varılamayan rehinli alacaklılar varsa bunlara uygulanacak rejimin maddede öngörülen şartlara uyup uymadığı bakımından kontrol ettikten sonra anlaşmaları ve ödeme planını 305 inci ve 306 ncı maddeler uyarınca vereceği karara ekleyecektir.

Adi konkordatoda 302 nci madde uyarınca yapılacak alacaklılar toplantısı borçlunun konkordato projesini kabul etmezse, bu madde uyarınca anlaşma yapmış olan rehinli alacaklıların borçluyla akdetmiş

bulundukları anlaşmalar ve anlaşma yapmamış olan rehinli alacaklılar için hazırlanmış ön ödeme planı geçerli olmayacaktır.

Ayrıca, yapılan anlaşmaya uygun olarak kendisine karşı ifada bulunulmayan her rehinli alacaklı tasdik kararını veren mahkemeye başvurarak o rehinli alacağa ilişkin anlaşmayı feshettirebilecektir. Ancak bu fesih sonucunda üçüncü fıkrada belirtilen üçte iki oranının altına düşüldüğü takdirde, ödeme planına tabi rehinli alacaklılar bu planla bağlı olmaktan çıkar, borçlu ile anlaşmış olan rehinli alacaklılar ise anlaşmayı devam ettirip ettirmemekte serbesttir.

Kanunun Onikinci Babının «Adi Konkordato» başlıklı Birinci Bölümü rehinli alacaklılar dışındaki alacaklılar ise bu maddeyle Onikinci Baba eklenen İkinci Bölüm ve 308/h maddesinde düzenlenmektedir. Bu sebeple herhangi bir karışıklığa meydan vermemek için Kanunun 285 ila 309/l maddelerinin, açıkça belirtilmedikçe rehinli alacaklılar hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmaktadır.»[204]

● «Önergeyle, karşılığında rehin tesis edilmiş borçların yapılandırılması konusunda borçlunun tercih hakkı olmaması hükme bağlanmakta ve bu kapsamdaki borçların yapılandırılmasını talep etmek zorunluluğu getirilmektedir. Bu amaçla birinci ve ikinci fıkra revize edilmektedir.»[205]

75. «İflâstan sonra konkordato» (iflâs içi konkordato) nedir? (İİK. 309/I)

● 'Daha önce[206] -yukarıda- da belirttiğimiz gibi, konkordato *'yapılış zamana göre'* «iflâs dışı konkordato», «iflâs içi konkordato» diye ikiye ayrılır. 'İflâsa tâbi borçluların, henüz iflâs etmeden önce -iflâstan kurtulmak amacı ile-[207] gerçekleştirdikleri konkordato' «iflâs dışı konkordato»dur. Buna karşın, 'iflâsa tâbi borçluların, iflâs ettikten sonra, iflâstan kurtulmak için gerçekleştirdikleri konkordato' «iflâs içi konkordato»dur.

76. Kimler' iflâstan sonra konkordato talep edebilir? (İİK. 309/I)

● 'İflâsına hükmedilmiş olan bir b o r ç l u konkordato talep ederse veya bu borçlunun a l a c a k l ı l a r ı n d a n b i r i konkordato işlemle-

204 Bknz: Alt Komisyon Gerekçesi

205 Bknz: Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi

206 Bknz: Yuk. dipn. 13

207 Ayrıntılı bilgi için bknz: TUNÇ, Y.M. İflas İçi Konkordato Konusunda Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar (BÜHFD. C:8, S:107-108, s:25 vd.) - ÖNEN, E. İflastan Sonra Konkordato (BATİDER, 1976/3, s:88 vd.)

rinin başlatılmasını isterse, iflas idaresi görüşüyle beraber ikinci alacaklılar toplantısında veya daha sonra müzakere edilmek üzere alacaklılara bu talebi bildirir.' (İİK. m. 309/I).

● «Maddeyle, iflastan sonra konkordatoya ilişkin düzenleme yapılmaktadır. Maddenin ilk fıkrasında, mevcut düzenlemeden farklı olarak ve gerektiğinde malvarlığının terki suretiyle konkordatonun iflas hâlinde de uygulanabilmesi amacıyla alacaklılara da söz konusu talepte bulunma hakkı tanınmaktadır.»[208]

77. İflâstan sonra konkordato talebi 'nasıl' yapılır? (İİK. 309/I)

« '*Borçlu*'nun veya '*alacaklılardan biri*'nin konkordato talebi üzerine, *iflâs idaresi*, bu talebi, kendi görüşü ile birlikte, 'ikinci alacaklılar toplanması'nda veya daha sonra müzakere edilmek üzere alacaklılara bildirir» (İİK. m. 309/I).

78. İflâstan sonra yapılan konkordato talebi nasıl incelenir? (İİK. 309/II)

● '302 ilâ 307 nci maddeler ile 308/a ilâ 308/g maddeleri burada da uygulanır' (İİK. m. 309/II).

● «İkinci fıkra hükmü, iflas içi konkordatoda da uygulama alanı bulacak adi konkordatoya ait hükümleri, ilgili düzenlemelere göndermede bulunmak suretiyle tasrih etmektedir.»[209]

79. İflâstan sonraki konkordatoda, 'konkordato komiseri' var mıdır? (İİK. 309/II)

● "İflastan sonraki konkordato"da, 'komisere ait görevler, iflâs idaresi tarafından yapılır' (İİK. m. 309/II, c: 2).

«İflâstan sonraki konkordato»da, 'konkordato komiseri' tayin edilmez. Komisere ait görevler, *'iflâs idaresi'* tarafından yerine getirilir.

80. Alacaklılar tarafından kabul edilmiş konkordato, devam etmekte olan iflâsın tasfiyesini nasıl etkiler? (İİK. 309/III)

● 'Konkordato talebinin alacaklılar tarafından kabul edildiği toplantının yapıldığı tarihten, konkordatonun mahkemece tasdik edildiği tarihe kadar geçen sürede *müflisin mallarının paraya çevrilmesi* durur. Bu süre altı ayı geçemez' (İİK. m. 309/III).

---

208 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

209 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

● Üçüncü fıkra hükmüyle alacaklılarca kabul edilmiş konkordatonun halen devam etmekte olan iflas tasfiyesine olan etkisi düzenlenmektedir. Bir yandan uygulamada karşılaşılan ve özellikle iflas tasfiyesini akamete uğratmak için yapılan iflas için konkordato tekliflerinin önüne geçilmek istenirken, öte yandan alacaklılarca da kabul edilmiş ve iflas tasfiyesinden ayrılan konkordato projesinin hayata geçirilebilmesi için uygun ortamın sağlanmasına çalışılmaktadır. Kabul edilmiş projeye rağmen iflasın tasfiyesinin devam edecek olması, pek çok kez projenin işletilememesi sonucunu doğurur. Bu kapsamda malların paraya çevrilmesinin durması, alacaklılarca projenin kabulünden başlamak üzere mahkemenin tasdik kararına kadar ve her hâlde altı ayla sınırlı olarak kabul edilmektedir. Yine aynı amaç altında, iflas tasfiyesi sırasında konkordatonun sadece bir kez istenebilmesi düzenlenerek iflas tasfiyesinin sürekli *olarak geciktirilerek sekteye uğratılmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir.»*[210]
29.05.2018

210 Bknz: Hükümet Tasarısı Gerekçesi

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNİN UYGULANMASINDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM USULÜNE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Doç. Dr. Ozan CAN[1] / Çiğdem GÖKÇE[2]

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre ihaleye bağlanan işlerde, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na uygun olarak sözleşmeler akdedilmektedir. Kamu ihale sözleşmelerinde taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda kural olarak Türk mahkemeleri görevli iken, 30.12.2017 tarihli ve 30286 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan düzenlemeler gereğince, sözleşmelerin yürütülmesi aşamasında taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde alternatif yöntemlerin yaygınlaştırılması ve bu kapsamda tahkim yolunun seçilebilmesine ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Buna göre, sözleşmenin yürütülmesi aşamasında taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü için idarelerce, Türk Mahkemeleri ya da tahkim yolundan biri tercih edilecektir. İdareler tarafından tahkim yönteminin tercih edilmesi durumunda bu yöntem, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması halinde İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları veya 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinden birinin seçimi suretiyle, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklar için ise İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları çerçevesinde işletilebilecektir.

Çalışmamızda kamu ihale uygulama yönetmeliklerinde getirilen ve tip ihale sözleşmelerinde düzenlenen tahkime ilişkin hükümlerin değerlendirmesi yapılacaktır.

I. KAMU İHALE TİP SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Kamu ihale sözleşmeleri, yazılı şekle tâbi ve mevzuatımızda içeriği belirlenmiş olan tip sözleşmelerdendir. Tip sözleşmeler ise, genellikle sözleşmeye taraf olmayan kimselerce (sözgelimi idari makamlarca) veya

---

1 Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ve Kamu İhale Hukuku Öğretim Üyesi

2 Kamu İhale Kurumu Grup Başkanı.

taraflardan birince hükümleri belirlenen ve bu hükümlerin dışına çıkılması mümkün olmayan sözleşmelerdir. Başka bir deyişle, ihale sözleşmelerinin içeriği kanun koyucu tarafından tespit edilmiş olup, tarafların bu içerik dışına çıkmasına izin verilmemiştir.

Kamu İhale Kanunu uyarınca imzalanabilecek tip sözleşmeler; çerçeve anlaşmaları tip sözleşmeleri, danışmanlık hizmet alımı ihaleleri tip sözleşmesi, hizmet alımı ihaleleri tip sözleşmeleri, mal alımı ihaleleri tip sözleşmeleri ve son olarak yapım işleri ihaleleri tip sözleşmeleri olmak üzere 5 tanedir. Bu sözleşmeler ve içerikleri, sırasıyla, Çerçeve Anlaşma İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik[3], Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği[4], Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği[5], Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği[6] ve son olarak Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde[7] hükme bağlanmıştır.

II. 30 ARALIK 2017 TARİHİNDEN ÖNCE KAMU İHALE TİP SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM MEKANİZMASI

30.12.2017 tarihli ve 30286 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'deki değişiklikten önce ihale uygulama yönetmelikleri eki tip sözleşmelerde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak "*Anlaşmazlıkların çözümü*" başlıklı madde yer almakta idi. Bu maddeler standart şekilde yazılmış olup, uygulama yönetmeliklerindeki metin aynı idi. Örneğin yapım işlerine ait tip sözleşmenin 31'inci maddesine ilişkin dipnotta bahse konu husus ile ilgili aşağıdaki hükümler bulunmaktaydı.

"(1) Sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıkların esas olarak Türk Mahkemelerince çözümlenmesi öngörülecektir. Bu durumda madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenecektir:

"31.1. Bu sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlığın çözümünde .....(İdarenin bulunduğu yer mahkemesi yazılacaktır).....mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir."

3 Bkz. 03.07.2009 tarih ve 27277 sayılı Resmi Gazete.
4 Bkz. 04.03.2009 tarih ve 27159 sayılı mükerrer Resmi Gazete.
5 Bkz. 04.03.2009 tarih ve 27159 sayılı mükerrer Resmi Gazete.
6 Bkz. 04.03.2009 tarih ve 27159 sayılı mükerrer Resmi Gazete.
7 Bkz. 04.03.2009 tarih ve 27159 sayılı mükerrer Resmi Gazete.

(2) Yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan ihalelerde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak milletlerarası tahkim öngörülmesi halinde buraya aşağıdaki metin yazılacaktır.:

"31.1. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin dışındaki tüm durumlarda;

31.1.1. Bu sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlığın çözümünde .....(İdarenin bulunduğu yer mahkemesi yazılacaktır).....mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir.

31.2. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 nolu bendinde belirtilen hallerin varlığında;

31.2.1. İdare ve yüklenici arasında karşılıklı müzakere yolu ile giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin anlaşmazlıklar (sözleşme hükümlerine göre İdarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç olmak üzere) 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülecektir.

31.2.2. Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan her biri birer hakem seçer ve bu iki hakem de otuz gün içinde üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın Noter vasıtasıyla gönderdiği bu yoldaki talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmez veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirleyemezler ise; gerek ikinci hakem gerekse üçüncü hakem, taraflardan birinin talebi üzerine .....(İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır) ..... Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.

31.2.3. Anlaşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları Türk hukukuna tabi olacaktır. Tahkimin dili Türkçe'dir. Tahkim yeri, ... (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır)..... .'dır. Yetkili mahkeme ..... (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır)..... Asliye Hukuk Mahkemesi'dir.

31.2.4. İdare veya yüklenici tarafından hakeme başvurulmuş olması halinde dahi, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır."

III. 30.12.2017 TARİHLİ DÜZENLEME DEĞİŞİKLİĞİNİN GETİRDİĞİ HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK TAHKİM USULÜ

Türk Dil Kurumu sözlüğünde tahkim; ilk olarak, *kuvvetlendirme, sağlamlaştırma*; ikinci olarak ise, *anlaşmazlıkların hakem yoluyla çözülmesi yöntemi* şeklinde tanımlanmıştır[8]. Hukuki anlamda ise tahkim, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların devletin resmi yargı organları yerine, kendileri tarafından belirlenen hakemlerce çözümlendiği bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu yönüyle tahkim, uyuşmazlık yaşayan insanlar arasında alternatif bir yol olarak sürekli uygulanagelmiştir.

Tahkimin günümüzde giderek önemi artmaktadır. Uzmanlık ihtiyacı, yargılamanın çok uzun sürmesi nedenleriyle daha hızlı ve az maliyetli, tarafsızlık ve gizlilik gibi nedenlerle tahkim tercih edilir bir mekanizma haline gelmiştir. Ülkemizde de paralel şekilde ağırlıklı olarak özel hukuk uyuşmazlıkları başta olmak üzere idare hukuku alanında da yaygınlaşmaya başlamıştır.

Taraflar, uyuşmazlık çıkmadan önce veya sonra aralarında yaptıkları tahkim anlaşması ile tahkime giderler. Tahkim, daha ziyade özel hukuk alanında sıkça karşılaşılan bir uygulama olmasına rağmen 1999'da yapılan Anayasa değişikliği[9] ile birlikte İdare Hukukunda da uygulanmaya başlanmıştır.

Buna karşın her uyuşmazlık tahkimde çözüme kavuşturulamaz. Özel veya kamu hukuku alanında olsun bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekir. Örneğin, adam öldürme, boşanma davası tahkim ile çözülemezken kira, acentelik gibi bir sözleşmeden kaynaklı alacak için tahkime başvurulabilir.

Tahkim, iç tahkim ve uluslararası tahkim olmak üzere ikiye ayrılır. Şayet bir ilişkide hiçbir yabancılık unsuru yoksa böyle bir ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar için uluslararası tahkime gidilemez. İç tahkim, yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıkların mahkemeler yerine hakem veya hakemler aracılığı ile çözülmesi iken, uluslararası tahkim birden fazla ülke ve hukuk sistemi ile irtibatlı olan, dolayısıyla uyuşmazlık konusunun ve usulî meselelerin hallinde en az bir yabancı hukuk sistemin müdahil veya etkili olabileceği tahkim türü olarak tanımlanmaktadır[10].

---

8 Bkz. Türk Dil Kurumu Büyük Sözlüğü "tahkim" kelimesi. (http://www.tdk.gov.tr).

9 Bkz. 13/8/1999 tarihli ve 23786 sayılı Resmi Gazete.

10 Tanrıbilir. F., B./Şit, B.: "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Tahkim Kanunu", M.H.B., Yıl 22, 2002/2, s. 821.

B. TAHKİM USULÜNÜN KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİNDEKİ YERİNDELİĞİ

İdare hukuku alanında tahkim[11] 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte mümkün hâle gelmiştir. Ancak bu değişiklikten önce de idare hukuku alanında tahkimin tamamen yasak olduğunu söylemek güçtür. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi şeklinde nitelendirilerek, sözleşmenin tarafı olan kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurabilmeleriyle aslında Anayasa değişikliğinden önce de böyle bir yolun mevcut olduğu[12], yine, 3096 sayılı "Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun", 3465 sayılı "Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişime Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve işletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun", 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun" ve 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" gibi yasal düzenlemelerle de Anayasa değişikliğinden önce tahkime gidilmesi mümkün idi. Buna karşın yasal bir engel olmamasına rağmen kamu ihalelerinde tahkim uygulanmamıştır[13]. Bu husus, tip sözleşmelerde yer alan "*idarenin bulunduğu mahkemeler yetkili olacaktır*" ibaresi nedeniyle gerçekleşememiştir.

Kamu ihalelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmaması sorunu tip ihale sözleşmelerinde tahkime gidilebileceğinin belirtilmesi ile birlikte artık gündeme gelmeyecektir. Kanun koyucu, tip ihale sözleşmelerinde tahkime gidilebileceğine ilişkin düzenleme ile birlikte artık kamu ihaleleri tahkime elverişli kabul edilecektir.

Bir konunun tahkime elverişli olup olmaması esasında hukuk politikasının bir sonucudur. Hukuk politikası ise, kamu düzeni, siyası ve ekonomik politikalar ile birebir ilişkilidir. Dolayısıyla 30.12.2017 tarihinden önce kanun koyucu kamu ihalelerinde tahkimi, tahkime elverişli görmüyor iken, gelinen süreçte artık kamu ihaleleri tahkime elverişli şeklinde değerlendirilmektedir.

---

11 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tan, T.: İdare Hukuku ve Tahkim, Amme İdaresi Dergisi, C.32, S.3, Eylül 1999, s.3 vd.

12 Tan, s.9.

13 Polatkan, V.: Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000, s. 563; Gedikbaş, M.: Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Akdedilen Sözleşmelerde "Tahkim Kaydı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 13.

30.12.2017 tarihli ve 30286 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan düzenlemeler ile birlikte artık kamu ihale tip sözleşmelerinden kaynaklı uyuşmazlıkların tahkim ile çözülmesi mümkün hâle gelmiştir. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, kanun koyucu bir şeye ne ölçüde izin verirse versin, esas olan, uygulayıcıların bu konudaki yaklaşımları belirleyici olmaktadır. Bu cümleden olmak üzere idarelerin, tip sözleşme imzalarken tahkime gidip gitmeyeceği, bunu ne ölçüde tercih edeceği hususları zaman içinde görülecektir.

C. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ USÜLÜ

Yabancılık unsuru, herhangi bir hukukî olay veya ilişkiyi hâkimin mensup olduğu devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsurdur[14]. Bu tanımdan hareketle, hukukî olay veya ilişkinin yabancılık unsuru taşıdığının kabul edilebilmesi için, o olay veya ilişkinin yabancı ülkeyle mutlak surette yer bakımından bağlantısının/irtibatının bulunması şart olmayıp, olay veya ilişkinin yabancı hukuk düzeni ile herhangi bir şekilde irtibatlı hâle gelmesi gerekli ve yeterlidir[15]. Örneğin, evlenmede, eşlerden birinin yabancı uyruklu olması, evlenmenin yabancı bir ülkede yapılması; haksız fiilde, haksız fiilin yabancı bir memlekette meydana gelmesi; sözleşmelerde, sözleşmenin konusunun, yapıldığı yerin veya ifa yerinin başka bir ülkede bulunması, sözleşmenin taraflarından birisinin yabancı olması gibi. O hâlde yabancılık unsurunun, esas olarak ya şahıs bakımından, ya da yer bakımından olmak üzere genellikle iki şekilde ortaya çıktığını fakat son dönemde, özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, hukukî ilişki, klâsik anlamda yabancı unsur içermese dahi, milletlerarası ticaretin menfaatleri söz konusu ise, hukuki ilişkinin yabancı unsurlu olduğu kabul edilmektedir[16].

---

14 Çelikel, A./Erdem, B. B.: Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 5 vd.; Nomer, E.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017, s. 5 vd.; Doğan, V.: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Ankara 2013, s. 25-27; Tekinalp, G./Uyanık Çavuşoğlu, A.: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011, s. 22; Aybay, R./Dardağan, E.: Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul 2001, s. 7 vd.; Şanlı, C./Esen, E./ Ataman Figanmeşe, İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 59 vd.

15 Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 26.

16 Aygün, M.: Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1030.

Milletlerarası tahkim Kanunu'nun 2'nci maddesi ise yabancılık unsurunu şu şekilde belirlemektedir.

"Yabancılık unsuru

Madde 2 – Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır."

Bu açıklamalar yapıldıktan sonra kamu ihalelerinde yabancılık unsuru bakımından ise şunlar belirtilebilir:

Öncelikle bir kamu ihalesinde yabancılık unsuru kişi bakımından ortaya çıkabilecektir. O halde;

kamu ihalelerinde sözleşmenin taraflarından birinin taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması, yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması, yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması gerekecektir.

Yabancılık unsuru taşıyan yani uluslararası katılıma açık şekilde yapılan ihalelerde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak milletlerarası tahkim öngörülmesi halinde tip sözleşmelerin "anlaşmazlıkların çözümü" başlıklı maddesine ilgili dipnot gereğince aşağıdaki hükümler yazılacaktır.

"(2) Tahkim yolunun tercih edilmesi halinde 31.1 maddesine yer verilecek, ayrıca 31.2 maddesinde yer alan (a) veya (b) seçeneklerinden biri İdare tarafından tercih edilerek, madde metni bu çerçevede düzenlenecektir:

"31.1. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 *nolu* bendinde sayılan hallerin dışındaki tüm durumlarda;

31.1.1. Sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlık (sözleşme hükümlerine göre idarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç) İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Tahkim yeri, ...(İdarenin bulunduğu yer veya İstanbul yazılacaktır)*'dır. Tahkim dili Türkçe'dir. Tahkim heyeti 3 hakemden oluşur. Uyuşmazlığın esasına Türk hukuku uygulanır.*

31.1.2. İdare veya yüklenici tarafından tahkime başvurulmuş olması halinde, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır."

"31.2. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 *nolu* bendinde belirtilen hallerin varlığı halinde;"

a- İdare tarafından uyuşmazlığın İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca çözülmesinin öngörülmesi halinde aşağıdaki metne yer verilecektir:

"31.2.1. Sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlık (sözleşme hükümlerine göre idarenin re'sen hareket

etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç) İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Tahkim yeri, ... (İdarenin bulunduğu yer veya İstanbul yazılacaktır). Tahkim dili *.....'dir. Tahkim heyeti 3 hakemden oluşur. Uyuşmazlığın esasına .....(uygulanması istenilen ülke hukuku belirtilecektir) hukuku uygulanır.*

31.2.2. İdare veya yüklenici tarafından tahkime başvurulmuş olması halinde, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır."

b- İdare tarafından uyuşmazlığın milletlerarası tahkim yoluyla 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülmesinin öngörülmesi halinde aşağıdaki metne yer verilecektir:

"31.2.1. Sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü uyuşmazlık (sözleşme hükümlerine göre idarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç olmak üzere) 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülecektir.

31.2.2. Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan her biri birer hakem seçer ve bu iki hakem de otuz gün içinde üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın Noter vasıtasıyla gönderdiği bu yoldaki talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmez veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirleyemezler ise; gerek ikinci hakem gerekse üçüncü hakem, taraflardan birinin talebi üzerine ..... (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır) Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.

31.2.3. Uyuşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları..... (uygulanması istenilen ülke hukuku belirtilecektir) hukukuna tabi olacaktır. Tahkim dili ..... 'dir. Tahkim yeri..... (İdarenin bulunduğu yer veya İstanbul yazılacaktır)*'dir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda tahkimle ilgili mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde yetkili mahkeme .....* (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır) Asliye Hukuk Mahkemesi'dir.

31.2.4. İdare veya yüklenici tarafından tahkime başvurulmuş olması halinde, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır."

D. YABANCILIK UNSURU TAŞIMAYAN KAMU İHALE SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ USULÜ

Yabancılık unsuru taşımayan kamu ihalesi ile kastedilen ise, ihaleye katılan isteklilerin tamamının Türk vatandaşı gerçek kişiler ile Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilikler olduğu hallerdir. Bu tür ihalelerde yabancılık unsuru bulunmadığından tamamen tahkim ve tahkimde de Türk hukuku uygulanacaktır. Bu noktada idarenin özel hukuk sözleşmelerinden olan kamu ihale sözleşmelerinde sözleşmenin imzalanmasından önce izlenmesi gereken süreçte, kamu hukuku kurallarına tabi olduğundan, sözleşme öncesi dönemde idare hukuku kuralları geçerli olup görevli yargı yeri de idari yargı yerleridir. İdari yargıda ise idare mahkemesi görevli olduğundan yabancılık unsuru taşısın veya taşımasın bu aşama için tahkim söz konusu olamayacaktır. Buna karşılık; sözleşmenin imzalanması ile birlikte özel hukuk kuralları uygulanmaya başlayacağından sözleşmesinin akdedilmesini müteakip doğacak uyuşmazlıklarda adli yargı yerlerinin görevli olduğu kabul edilmektedir. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri olan 4734 sayılı Kanun ve 2886 sayılı Kanun'a göre gerçekleştirilen ihaleler neticesinde imzalanan ihale sözleşmelerinde de ihale aşaması tamamlanmadan tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların idari yargı yerinde görüleceği, ancak ihale aşaması tamamlanıp, sözleşme imzalandıktan sonra sözleşmenin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümlenmesi ana kuraldır. Bu kural uyarınca sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulabilecektir.

E. KAMU İHALELERİNDE TAHKİME İLİŞKİN BAZI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Tahkim müessesesi Türk hukuku bakımından uzun yıllar boyunca yalnızca özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından uygulanmıştır. Bu durumda kural olarak tahkimde özel hukukun uygulanması suretiyle uyuşmazlığın çözüleceği üzerinde kuşku bulunmamaktadır. Ancak 1999 yılında yapılan anayasal değişikliklerle imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilmesinin önünün açılmasıyla birlikte hakem heyetinin bu tip sözleşmeler bakımından idare hukuku-özel hukuk ayrımı bakımından hangi hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturacağı sorusu gündeme gelmektedir[17]. Bu noktada bir sonuca varabilmek için konuyu iki farklı açıdan ele almak gerekmektedir. Bunlardan ilki imtiyaz sözleşmelerinde tahkim yolunun öngörülmesiyle birlikte bu sözleşmelerin özel

17 Güneş, S.: İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, MHB, C.: 37, S. 2, s. 428.

hukuk niteliğine mi sokulduğu yoksa bunların hâlâ birer idari sözleşme mi olduğu noktasıdır. Bu noktada öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Fransız hukukunda bir görüşe göre, her ne kadar tahkim yoluna izin verilmiş olsa da bu uyuşmazlıkların niteliği değişmemektedir. Bu nedenle de hakem heyetinin uyuşmazlığı idare hukuku kurallarını göz önünde bulundurarak çözmesi gerekir[18]. *Tanrıver*'e göre, bu sözleşmelerin hâlâ idari sözleşme olarak değerlendirileceğinin kanıtı imtiyaz sözleşmesinden yararlanan üçüncü kişilerin menfaatlerinin ihlali nedeniyle açacakları davanın hala Danıştay'da görülecek olmasıdır[19].

Buna karşın 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesinin son fıkrasında yer alan *Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur* ve 36. maddesinde yer alan, *Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hük*ümleri uygulanır hükmü nazara alındığında artık, idarenin imzalamış olduğu kamu ihale sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir. Hatta ihale sözleşmesi imzalandıktan sonra adli yargı mahkemeleri görevlidir[20]. Dolayısıyla artık tahkime gidildiği bir aşamada hakemlerin uyuşmazlığı, idare hukuku-özel hukuk ayrımı bakımından özel hukuktaki genel ilkeler doğrultusunda çözmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Ancak imzalanmış olan tip sözleşmelerde yer alan ihale dokümanlarının uygulanma sırasına ilişkin hükmün göz önüne alın-

---

18 Gözübüyük, A. Ş./Tan, T.: İdare Hukuku - Cilt II: İdari Yargılama Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2014.s.16, dn. 44'ten naklen (Jacques-Henri STAHL, concl., T.C. 16 oct. 2006, Caisse Centrale de Réassurance c/Mutuelle des Architectes Français, RFDA, 2007, s. 284). Türk hukukunda aynı yöndeki görüşler için bkz. Tanrıver, S.: Kamu

Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2000, s. 1061; ASLAN, Z./ARAT, N.: Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, 2005, s. 21; Buz, V.: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007, s. 53.

19 Tanrıver, s. 1082.

20 12 Danıştay 13. Dairesi'nin 06.02.2013 tarihli ve 2012/1871 E. 2013/276 K. sayılı kararı. (Sinerji Mevzuat ve

İçtihat Programı).; Danıştay 13. Dairesi'nin 06.04.2010 tarihli ve 2009/7074 E. 2010/2940 K. sayılı kararı. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).; Danıştay 13. Dairesi'nin 23.11.2009 tarihli ve 2009/4639 E. 2009/10266 K. sayılı kararı. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).; Danıştay 13. Dairesi'nin 20.03.2009 tarihli ve 2008/9357 E. 2009/3273 K. sayılı kararı. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).; Danıştay 13. Dairesi'nin 09.01.2009 tarihli ve 2007/15121 E. 2009/109 K. sayılı kararı. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

ması gerekir. Tip sözleşmelerde yer alan bu hüküm sıralama bakımından şu şekildedir.

1- Yapım İşleri Genel Şartnamesi

2- İdari Şartname,

3- Sözleşme Tasarısı,

4-Birim Fiyat Tarifleri ve cetveli,

5- Mahal Listesi,

6- Özel Teknik Şartname,

7- Genel Teknik Şartname,

8- Ön / Kesin Projeler,

9- Açıklamalar (varsa),

10- Diğer Ekler.

Bir kamu ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkta bu sıralamada yer alan hükümler uygulanacağından, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 36'ncı maddesinde yer alan bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasına izin veren hükmün etkinliğinin ne ölçüde olacağı şüphelidir. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki, ihale dokümanlarının uygulanma sırası kamu ihale sözleşmelerinde özel hukuk ilkelerinin uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Durum bu olunca tahkime giden ihale sözleşmelerinde de özel hukuk ilkelerinin uygulanmasının zorlaşacağı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Ülkemizde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre milyarlarca liralık sözleşme imzalanmaktadır. En büyük ekonomik gücün devlet olduğu ülkemizde yüklenicilerle imzalanan sözleşmelerden kaynaklı olarak yaşanan olumsuzlukların başında yargılamanın uzun sürmesi gelmektedir. Bu olumsuzluğun varlığı ise hem yükleniciler için telafi edilemez kayıplar hem de idareler için kamu zararına neden olmaktadır. Sözleşmenin yürütülmesi sırasındaki uyuşmazlıkların bir an önce ve en az maliyetle sonlandırılması ülke için önemli bir kazanım olacaktır. Bu düşünceden hareketle artık kamu ihalelerinde de tahkim yolunun açılması yönünde önemli adımlar atılmıştır. Bu adımlardan birisi de 31.12.2017 tarihli ve 30286 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete düzenlemeleri ile yapıl-

mıştır. Ancak kanun koyucu bir düzenlemeyi sevk etse de idarelerin tahkim yoluna ne derece sıcak bakacağını zaman gösterecektir. İdarelerin de kamu zararına neden olmamak, gecikmiş adaletin adaletsizlik olduğunun bilinci ile hakemler aracılığı ile uyuşmazlığı çözmesinin yerinde olacağı bu bağlamda tahkim yoluna gidilmesinde cesaretli davranmalarının gerektiği açıktır.

Ayrıca kamu ihale sözleşmeleri imzalandıktan sonra artık adli mahkemeler görevli olduğundan idarelerin yapmış olduğu özel hukuk niteliğindeki bu sözleşmelerin çözümünde Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun genel felsefesi içinde tarafların eşit hak ve borç altında olduğu bilinciyle özel hukuk hükümlerini esas alarak çözüme ulaşması gerektiğini belirtmek isteriz. Aksi takdirde hakem yolu ile çözülen uyuşmazlıkların adil bir zeminde sonuç doğurması zor olacaktır.

KAYNAKÇA

- **Aslan, Z./Arat, N.:** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tahkim Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, 2005, s. 1 vd.
- **Aybay, R./Dardağan, E.** Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul 2001.
- **Aygün, M.:** Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025 vd.
- **Buz, V.:** Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, 2007.
- Çelikel, A./Erdem, B. B.: Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, İstanbul 2014.
- **Doğan, V.:** Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Ankara 2013.
-
- **Gedikbaş, M.:** Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Akdedilen Sözleşmelerde "Tahkim Kaydı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- **Gözübüyük, A. Ş./Tan**, **T.:** İdare Hukuku - Cilt II: İdari Yargılama Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2014.
- **Güneş, S.:** İmtiyaz Sözleşmelerinde Tahkim, MHB, C.: 37, Sayı: 2, s. 408 vd.
- **Nomer, E.:** Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017.
- **Polatkan, V.:** Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000.
- Şanlı, C./Esen, E./ Ataman Figanmeşe, İ.: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul 2014.
- **Tan, T.:** İdare Hukuku ve Tahkim, Amme İdaresi Dergisi, C.32, S.3, Eylül 1999, s. 3 vd.
- **Tanrıbilir. F., B./Şit, B.:** "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Tahkim Kanunu", M.H.B., Yıl 22, 2002/2, s. 819 vd.
- **Tanrıver, S.:** Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta, İstanbul 2000, s. 1061 vd.
- **Tekinalp, G./Uyanık Çavuşoğlu, A.:** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011.

AŞKIN ZARAR VE HESAPLANMASI

Dr. Namık Kemal UYANIK[1]

1. ALACAKLARIN VADESİNDE TAHSİLİNİN ÖNEMİ

Kaynağı ne olursa olsun, sözleşmeye veya haksız fiile dayalı olup olmamasından bağımsız olarak, alacakların vadesinde tahsil edilmesi alacaklıların finansal planları yanında ticari ahlak ve ekonomi açısından da önemlidir. Para alacaklarının vadesinde tahsil edilmemesi alışkanlığı sadece ilk alacaklıları değil zincirleme etkide bulunarak tüm ekonomik hayatı olumsuz yönde etkileyen bir faktördür. Vadesinde tahsil edilmeyen alacaklara düşük temerrüt faizi oranları uygulanması ve/veya dava yoluyla tahsilinde uzun zamana ihtiyaç duyulması ve yavaş işleyen prosedürlerin bulunması borçluların borçlarını vadesinde ödememelerini cazip hale getiren faktörlerin başında gelmektedir. Kötü niyetli borçluların bu alışkanlıkları çeşitli düzenlemelerle önlenmeye çalışılmaktadır. Örneğin, 17.07.2003 tarihli değişiklikle İcra ve İflas Kanununa (İİK) eklenen 333/a maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticarî işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara soktukları takdirde, bu işlem ve eylemlerin başka bir suç oluşturmaması hâlinde, alacaklının şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. İkinci fıkrada ise birinci fıkradaki suçun taksirle işlendiği takdirde, alacaklının şikâyeti üzerine, faili hakkında zararın ağırlığına göre ikibin güne kadar adlî para cezasına hükmolunacağı düzenlemesi bulunmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1530. Maddesinde ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları başlığı altında zamanında ödemeye yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartların batıl olduğu ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmelerin en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılacağı, sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile geri alınacağı ve bu sınırlarda, TBK'nın 27. Maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanmayacağı, ikinci

1 E. Maliye Başmüfettişi

fıkrasında ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlerde, alacaklının kanundan veya sözleşmeden doğan tedarik borcunu yerine getirmiş olmasına rağmen, borçlunun gecikmeden sorumlu tutulamayacağı hâller hariç, sözleşmede öngörülmüş bulunan tarihte veya belirtilen ödeme süresinde borcunu ödemezse ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceği ve mütemerrit borçlunun alacaklısı sözleşmede öngörülen tarihten ya da ödeme süresinin sonunu takip eden günden itibaren şart edilmemiş olsa bile faize hak kazanacağı hükme bağlanmış ve ilerleyen fıkralarda faize ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Avrupa Birliği ülkelerinde yapılan bir ekonomik araştırmada likidite sorunlarının %25'inin kaynağının alacakların zamanında tahsil edilmemesi olduğu ve bunun neticesinde yılda 450.000 kişinin işten çıkarıldığı belirlenmiştir. Netice itibariyle, alacakların zamanında tahsilinin önemi nedeniyle, devletler yanında Avrupa Birliği de alacaklı aleyhine işleyen bir ödeme sistemini engellemeye çalışmakta ve bu amaçla yasal düzenlemeler yapmaktadır. Alacakların vadesinde tahsil edilmesinde yaşanan güçlükler şirketlerin finansal planlama yapma kabiliyetleri yanında ticari hayatı da olumsuz yönde etkilemekte olup bu olumsuzlukları gidermek amacıyla Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyince 2000/35/EC Direktif kabul edilmiştir. Direktif, 7.8.2002 tarihinden sonraki sözleşmeleri kapsayan ticari işlemlerin tümünde, ticari işletmeler arasındaki alım satımlar, yanında topluluk arasındaki işlemler ve işletmelerin kamu ile işlemlerinde de uygulanmak üzere kabul edilmiştir. Direktifin amacı küçük ve orta boy işletmelerin finansal açıdan korunmasına yönelik olarak birlik ülkelerinde sadece ücret karşılığı olan ticari işlemlerde akdi ödeme sürelerinin ve düşük faiz oranlarının, topluluk düzeyinde belli bir ortalamada tutularak yeknesaklaştırılması, geç ödemeye teşvik edici düzenlemeler ve uygulamalar ile sözleşme özgürlüğünün alacaklıların zararına kullanılmasının önlenmesidir. Direktifin 3. Maddesi borcun geç ödenmesi halinde faiz ödemesi yapılması hususunu düzenlemiş olup ödeme tarihi sözleşmede belirtilmemiş ise herhangi bir ihtara gerek kalmadan faiz ödemesi gündeme gelmektedir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece mal veya hizmetin satın alındığını belirten fatura veya belgenin düzenlenmesinden 30 gün sonrası ödeme yapılmaz ise yasal faiz uygulanmalıdır. Geç ödemelerde uygulanacak yasal faiz oranı sözleşmede belirlenmemişse Avrupa Merkez Bankasının söz konusu yılın ilk yarısının ilk iş gününde en son yeniden finansman işlemine uyguladığı faiz oranının 7 puan arttırılması şeklinde ve günlük olarak uygulanmalıdır. Parasal birliğe katılmayan üye devletler için geçerli faiz oranı ulusal merkez bankası tarafından belirlenecektir. Alacaklı, geç ödemeden kaynaklanan idari giderler, işlem

giderleri gibi her tür zararı için tazminat talebinde bulunabilir. Şeffaf ve orantılı olması koşuluyla üye devletlerin maksimum tazminat oranları belirleyebilecekleri düzenlemesi yapılmıştır.[2]

2. BORÇLARIN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 112-126. Maddeleri arasında, aşkın zarar dahil, borçların ifa edilmemesinin sonuçları düzenlenmiştir. Aşkın zarar, borçlunun temerrüdünün bir sonucu olduğu için temerrüt hükümleri aşkın zararın hesaplanmasını önemli ölçüde etkilemektedir. Kanunun 112. Maddesinde borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğu hükmü bulunmaktadır. Kanunun 113. Maddesinde yapma ve yapmama borçlarında sorumluluklar düzenlenmiş, 114. Maddenin birinci fıkrasında borçlunun, genel olarak her türlü kusurdan sorumlu olduğu, borçlunun sorumluluğunun kapsamının, işin özel niteliğine göre belirleneceği ve işin özellikle borçlu için bir yarar sağlamaması halinde sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirileceği hükmüne yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Kanunun 115. Maddesinin birinci fıkrasında borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olduğu, ikinci fıkrada borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşmanın da kesin olarak hükümsüz olduğu ve üçüncü fıkrada uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın da kesin olarak hükümsüz olduğu hükme bağlanmıştır. 116. Maddede yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan sorumluluk ve sorumsuzluk anlaşması yapılabilecek hallere yer verilmiştir.

Kanunun 117. Maddesinde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında muaccel bir borcun borçlusunun, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşeceği; ikinci fıkrasında borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka daya-

2 Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on Combating Late Payment in Commercial Transactions. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:200:0035:0038:en:PDF ve bilgi için ve General Principles of Directive 2000/35/EC isimli belgeye bakılabilir.

narak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olacağı ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirimin şart olduğu hükme bağlanmıştır.

Kanunun 118. Maddesinde; temerrüde düşen borçlunun, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu hükmü bulunmaktadır. Kanunun 119. Maddesinin birinci fıkrasında, temerrüde düşen borçlunun, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumlu olduğu ve ikinci fıkrada, borçlunun, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabileceği hüküm altına alınmıştır. Alacaklı açısından aşkın zararın beklenmedik halden doğan bir zarar olduğu, aşkın zararın beklenmedik halden, kazara oluşabilecek bir zarar olması nedeniyle temel felsefesinin bu maddede de (mülga 102. Madde) yer aldığını ileri süren görüşler bulunmaktadır.

Kanunun 120. Maddesinde, borçlunun temerrüde düşmesi halinde ödeyeceği temerrüt faizi düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranının, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği; ikinci fıkrada ise sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranının, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağı ve üçüncü fıkrasında akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranının geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 121. Maddesinin birinci fıkrasında faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlunun, icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğu; ikinci fıkrada buna aykırı olarak yapılan anlaşmaların, ceza koşulu hükümlerine tabi olacağı ve üçüncü fıkrada temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Sonuç olarak temerrüt faizi tarafların faiz ödenmesine ilişkin bir anlaşması olmasa da kanundan doğmakla, doğması için alacaklının zarara uğraması ve borçlunun kusurlu olması şartı aranmayacak olmakla birlik-

te faizin alınabilmesi için borçludan talep edilmesi gereklidir. Temerrüt faizi oranı sözleşmede kararlaştırılmamış ise 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda (KFTFİK) yer alan oranlar uygulanacaktır. 3095 sayılı Kanun'un 1. Maddesinde, kanuni faiz düzenlenmiş olup TBK ve TTK'na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık %12 (1.1.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere %9) olarak hesaplanacağı düzenlemesi bulunmaktadır. Kanunun ikinci maddesinde temerrüt faizi düzenlenmiş, birinci fıkrada bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlunun, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. Maddede belirlenen orana göre (kanuni faiz) temerrüt faizi ödemeye mecbur olduğu, maddenin ikinci fıkrasında T.C. Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizinin bu oran üzerinden istenebileceği, söz konusu avans faiz oranının, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oranın geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır. Örneğin, 1.1.2015-31.12.2016 yılları arasında 10,50 oranında uygulanan ticari temerrüt faiz oranları 1.1.2017 tarihinden itibaren 9,75 olarak uygulanmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Kanunun 4/a maddesinde yabancı para borcunda sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanacağı hükmü bulunmaktadır. TC. Merkez Bankası verilerine göre Euro üzerinden açılan 1 yıla kadar vadeli döviz tevdiat hesaplarına kamu bankalarınca uygulanan azami faiz oranı 08.12.2011-04.05.2017 tarihleri arasında %7'dir. Ancak, TCMB'ye bildirilen oranlar bankalarca yapılan bildirimlerin ortalaması olup fiilen uygulama oranı farklı olabilmektedir. Yüksek Yargı kararlarında haklı bir şekilde bildirilen oranlar yerine fiilen uygulanan oranların esas alınması gerektiği belirtilmektedir.

3. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ VE AŞKIN ZARAR

TBK'nın "Aşkın zarar" başlığını taşıyan 122. Maddesinde aşkın zarar tanımı açıkça yapılmamış olmakla birlikte her iki fıkrasında da "temerrüt faizini aşan zarar" terimi ile zımnen tanımlanmıştır. Mülga BK'nın 105. Maddesinde kullanılan munzam kelimesi gibi aşkın kelimesi de alacaklı-

nın zararını tanımlayan bir sıfat olmakla birlikte farklı anlamlara sahiptirler. TDK sözlüğüne göre munzam kelimesi katılmış, eklenmiş anlamlarını taşırken aşkın kelimesi bir düzeyin ötesine yükselen, verilmiş bir sınırı aşan anlamlarını taşımaktadır. İki kelime arasındaki fark zararın niteliği ve ispat külfeti açısından önem kazanmaktadır. Şöyle ki aşkın kelimesi bir sınırın veya düzeyin aşılması anlamını taşımasına rağmen alacaklının zararının bir bütün olduğunu, bir kısmının temerrüt faizi ile giderildiğini, giderilemeyen kısmın maddede belirtilen şartlarda borçlu tarafından giderileceğini ifade ederken munzam kelimesi ise alacaklının temerrüt faizi ile karşılanan zararından farklı, buna ilave ve ikincil olarak ortaya çıkan ve ilkinden neredeyse bağımsız bir zararı ifade ettiği ileri sürülebilir. Kanaatimiz alacaklının zararını ilk terimin daha doğru ifade ettiği yönündedir.

Borçların ifa edilmemesinin sonuçları düzenlemelerinde belirtildiği üzere borçlunun temerrüdü halinde alacaklının mutlak maddi zarara uğradığı peşinen kabul edilmekte ve bu nedenle katlandığı zarar öncelikle temerrüt faizi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Ancak, alacaklının maddi zararının giderilmesinde temerrüt faizinin yetersiz kalması, zararın kısmen telafi edilebilmesi, farklı bir ifadeyle zararın temerrüt faizinden daha büyük olması hâlinde aşkın zarar ve bu zararın tazmini devreye girmektedir. Temerrüt faizinin alacaklının tüm zararını karşıladığı hallerde ise aşkın zarar oluşmayacağı için aşkın zarardan da söz edilemeyecektir ki 3095 sayılı Kanuna ilişkin bilgilerde böylesi bir durumun yaşandığı açıkça ortaya konmuştur. Netice itibariyle tahsilattaki gecikme nedeniyle alacaklı tarafından temerrüt faizi talep edebilmek için herhangi bir zarar ispatı gerekmediği halde aşkın zarar için temerrüt faizi ile karşılanamayan zararın varlığı ve tutarı ispatlanmak durumundadır.

Aşkın zararın temel dayanağı olan 122. Madde aşağıdadır;

"Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.

Temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder."

Maddenin birinci fıkrası hükmüne göre aşkın zararın talep edilebilmesi için dört unsur aynı zamanda gerçekleşmelidir. Şartlardan birinin bulunmaması halinde aşkın zararın tazminine hükmedilemez. Bunlar;

1- Borçlu, borcunu ödemede temerrüde düşecek,

2- Alacaklı, borçlunun temerrüdü nedeniyle oluşan zararının temerrüt faizinden fazla olduğunu ve tutarını ispat edecek,

3- Alacaklı, aşkın zararın borçlunun temerrüdünden kaynaklandığını, ikisi arasındaki illiyet bağını ispat edecek ve

4- Borçlu, kusursuz olduğunu ispat edemeyecektir.

Aşkın zararın talep edilebilmesi için alacaklının ihtarı ile borçlunun temerrüde düşürülmesi şarttır. Temerrüde düşmeyen borçludan aşkın zarar talep edilemez. Alacaklı, zararının temerrüt faizinden fazla olduğunu, tutarını ve aşkın zararın temerrüt nedeniyle oluştuğunu ispat etmek durumundadır. Her ikisi de temerrütten kaynaklanmasına rağmen temerrüt faizi ve aşkın zarar talepleri arasında farklar bulunmaktadır. Çünkü, temerrüt faizi için borçlunun kusuru gerekmediği halde aşkın zararın karşılanması için borçlunun kusurlu olması veya kusursuzluğunu ispat edememesi gerekmektedir. İspat külfetinin her iki tarafa da yüklenebilen bir yükümlülük olması nedeniyle tarafların bu yükümlülüğü nasıl yerine getirecekleri veya birinin veya ikisinin bu külfeti tam ve açık bir şekilde yerine getirmemesi halinde hâkimin takdir yetkisini kullanarak tazminat tutarını belirleyip belirleyemeyeceği konuları önemi nedeniyle ilerleyen bölümde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında temerrüt faizini aşan zarar miktarının görülmekte olan davada belirlenebilir olması halinde, davacının istemi üzerine hâkimin esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmedeceği düzenlemesi bulunmaktadır. Fıkra hükmünün uygulanabilmesi için iki hususun birlikte gerçeklemesi şarttır;

1. Davanın görülmesi sırasında aşkın zararın varlığı ve tutarı belirlenebilmeli ve

2. Davacı aşkın zararın giderilmesi talebinde bulunmalıdır.

İkinci fıkra, hâkime re'sen takdir yetkisi tanımamış, aşkın zararın varlığı yanında tutarının belirlenmesi ve alıcının talebi halinde esas hakkındaki kararla birlikte aşkın zarara da hükmetmesi gerektiği emredici bir kuralla düzenlenmiştir. Fıkranın, alacaklının zararının en kısa zamanda giderilmesini hedeflediği açık olup aşkın zararın hemen belirlenebilir olması için, doğal olarak alacaklının aşkın zarar tutarına ilişkin ayrıntılı ve somut bir raporu mahkemeye sunması gerekmektedir. Aşkın zarar

alacağının hızlı ve etkin bir biçimde tahsili için alacaklının dava açılmasından önce zarar tutarına yönelik raporun hazırlanması için çalışmalar yapılması gerektiği, raporun dava dilekçesi ile veya ek dilekçe ile takdimi gerekeceği tartışmasızdır.

4. AŞKIN ZARAR ÇEŞİTLERİ

TBK'nın 122. Maddesinin birinci fıkrasında aşkın zarar tanımı yapılmamış, alacaklının temerrüt faizini aşan bir zararının varlığı ve borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi halinde borçlu bu zararı da gidermekle yükümlü tutulmuştur. Fıkrada alacaklının malvarlığına yönelik herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Ancak, munzam zarar çeşitli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) kararlarında; "*Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla, temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar şeklinde tanımlanabilir.*" şeklinde tanımlanmış ve yerleşik bir hal almıştır. Aşkın zarara yönelik yeni ve ayrı bir tanımlama yapılmadığı için bu tanımlamanın aşkın zarar için de geçerli kabul edilmek durumundadır.

Yüksek Yargıtay'ın munzam zarar tanımlaması birbirini tamamlar gibi anlaşılabilecek şekilde düzenlenmiş iki kısımdan oluşmaktadır. İlkinde munzam zarar borçlunun malvarlığı ile ilişkilendirilmiştir. Tanımda kullanılan "alacaklının malvarlığının kazanacağı durum" terimi ile alacaklının, alacağını vadesinde tahsil edebilseydi malvarlığının sahip olacağı değerin; öte yandan "temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum" terimi ile de alacaklının, alacağını vadesinde tahsil edememesi sonucu oluşan malvarlığı değerinin kast edildiği anlaşılmaktadır. Netice olarak munzam zarar aşağıdaki iki durum arasındaki fark olarak tanımlanmıştır;

1. Birinci durum, borçlunun temerrüde düşmeden borcunu vadesinde ödemiş olsaydı alacaklının malvarlığının kazanacağı durum, sahip olacağı değerdir.

2. İkinci durum, borçlunun temerrüdü sonucunda ortaya çıkan/oluşan alacaklının malvarlığı durumu, değeridir.

Munzam zararın varlığının ve tutarının belirlenebilmesi için alacaklının bu iki durumdaki malvarlığının karşılaştırılması ve bir fark oluşması zorunludur. Üstelik fark oluşabilmesi için alacaklının birinci durumdaki malvarlığı değerinin ikinci durumdaki malvarlığı değerinden büyük

olması şarttır, aksi halde zarar oluşmaz. Tanımda kullanılan oluşan ve oluşması gereken değerler aslında malvarlığının azalması veya artışının engellenmesi ibareleri kullanılarak zararın tarif edilmesinin farklı bir yolla betimlenmesidir.

Borçlunun temerrüdü sonucunda ortaya çıkan, oluşan malvarlığı durumu net bir değerdir. Bu değer herhangi bir hesaplamaya tabi tutulması gerekmeyen sonuç bir değeri ifade etmektedir. Dolayısıyla, hesaplanması gereken değer birinci durumdaki alacaklının, alacağını vadesinde tahsil etseydi malvarlığının kazanacağı değer olacak ve bu değer değişken bir değer olacaktır. Kıyaslamada esas alınacak değeri de bu değişken değer oluşturacaktır. Fakat, tanıma yönelik bu açıklamanın tüm aşkın zarar hallerini kapsadığı ileri sürülemez. Örneğin, alacaklı, alacağını zamanında tahsil etseydi, yatırımlarını sürekli değerlendirdiği gibi, mevduat faizini elde edebilecek iken alacağını tahsil edememesi nedeniyle bu gelirden mahrum kalmış olabilir. Bu durumda borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının malvarlığı faiz gelirini içermediği için olması gerekenden daha düşük bir değere sahip olacaktır. Ancak, bu durum temerrüt sonucu oluşan durumdur. İki durum arasında farkın oluşması ve aşkın zarar tutarının hesaplanabilmesi için alacağın tahsil edilmesi ve vadeli hesapta değerlendirilmesi halinde oluşacak değer hesaplanacaktır. Örneğin, alacaklının malvarlığının temerrüt sonucu oluşan değerinin 20.000 TL olduğunu varsayalım. Alacaklının 1.000 TL'lik alacağını vadesinde tahsil etmesi ve mevduat faizinde değerlendirmesi halinde oluşacak değerin ise 1.100 TL olduğunu, aşkın zararın temerrüt faizini aşan miktarının 50 TL olarak belirlenebildiğini varsayalım. Bu durumda alacaklı alacağını vadesinde tahsil etmiş olsaydı 21.100 TL'lik bir malvarlığı değerine sahip olacaktı. Oysa, borçlunun temerrüdü nedeniyle oluşan malvarlığı değeri 20.000 TL'dir. Netice itibariyle alacaklının malvarlığın değerinin olması gereken duruma getirilebilmesi için 1.000 TL asıl alacak, 50 TL aşkın zarar ve 50 TL'lik temerrüt faizinin borçlu tarafından ödenmesi gereklidir.

Tanımın ilk bakışta malvarlığı artışının engellendiği halleri tanımladığı, azalışı içermediği ileri sürülebilir. Örneğin, temerrüt nedeniyle alacaklının, temerrüt faiz oranından daha yüksek oranda kredi aldığını varsayalım. İkinci durum olan alacaklının malvarlığının oluşan durumu olması gereken durumdan daha küçüktür. Farklı bir ifadeyle ödenen faiz gideri nedeniyle alacaklının malvarlığında bir azalış söz konusudur. Bu durumda alacaklının birinci durumdaki malvarlığı değerinin hesaplanmasında, malvarlığı değeri kredi almamış olsaydı faiz ödemeyecekti varsayımıyla hesaplanmak zorundadır. Faiz gideri ödenmemiş olsaydı, oluşması ge-

reken malvarlığı değerine ulaşılacak, iki malvarlığı arasındaki olumsuz fark temerrüde düşen borçlunun neden olduğu aşkın zarar tutarını verecektir. İki durum arasındaki farkın diğer bir anlatımla, birinci durumdaki malvarlığı değerinin azalışının temerrüt faizi ile giderilememiş olması zorunludur. Örneğin, borçlunun borcunu vadesinde ödemiş olsaydı alacaklının malvarlığının kazanacağı değerin 10.000 TL olduğunu, temerrüt sonucundaki değerinin ise 8.000 TL olduğunu varsayalım. Bu durumda aradaki 2000 TL'lik farkın temerrüt faizi ile giderilememiş olması gerekmektedir. Temerrüt faizinin 1000 TL olması halinde munzam zarar 1000 TL olarak hesaplanmak zorundadır. Sonuç olarak malvarlığının kazanacağı durum ibaresi alacaklının malvarlığında temerrüt nedeniyle meydana gelen azalma yanında malvarlığı artışının engellenmemesi hallerini de kapsayan bir ibare olarak dikkate alınmak durumundadır. Aksi halde malvarlığının kazanacağı durumun, malvarlığının azalışı şeklinde oluşması halinde fark olumsuz çıkmayabilir.

Tanımın ikinci kısmında "Diğer bir anlatımla," diye başlayan ve 122. Maddenin birinci fıkrası ile hemen hemen aynı anlama gelen ilave bir açıklama daha yapılmış ve munzam zarar temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar olarak tanımlanmıştır. Tanımlamanın bu kısmında temerrüt faizine ve kusur sorumluluğuna atıf yapılmış, alacaklının malvarlığına atıfta bulunulmamıştır.

Netice olarak tanımlamadaki iki kısmın birleştirilmiş yorumu sonucunda aşkın zararın; borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının malvarlığında bir azalış veya artışının engellenmesi yoluyla gerçekleşen ve oluşan zararın temerrüt faizi ile giderilemeyen kısmı olarak tanımlanması mümkün olup alacaklının malvarlığında oluşan zarar bir bütün olmakla birlikte bu bütünün bir kısmının temerrüt faizi ile giderilmesinin aşkın zararı ayrı bir zarar yapmadığı sadece zararın aşkın kısmının tazmininin faizden farklı bir usule ve ispata bağlandığı ileri sürülebilir. Aşkın zararın malvarlığının azalışı veya artışının engellenmesi yoluyla gerçekleşmesi işletmeler açısından ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. İki zarar tipinden birine girebilecek olmalarına rağmen yoksun kalınan kâr ve kur farkları zararları şeklinde oluşan aşkın zararlar ise önemleri nedeniyle ayrıca belirtilmiştir. Zarar çeşitleri aşağıda başlıklar halinde verilmiştir.

• Aşkın Zararın Alacaklının Malvarlığının Azalışı Şeklinde Gerçekleşmesi

• Aşkın Zararın Alacaklının Malvarlığı Artışının Engellenmesi Şeklinde

Gerçekleşmesi

• Yoksun Kalınan Kâr Şeklinde Oluşan Aşkın Zararlar

• Yabancı Para Borçlarında Kur Farklarından Kaynaklanan Aşkın Zarar

5. AŞKIN ZARARIN VARLIĞININ VE TUTARININ İSPATI

A. Ticari İşletmeler Açısından Genel Değerlendirme

Aşkın zararın varlığının ve tutarının ispatı ekonomik analiz yapılmasını gerektiren en bariz konuların başında gelmekte olup ispat külfeti davacı alacaklının üzerindedir. Aşkın zararın tazmini için aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi zorunlu olup şartlardan birinin bulunmaması halinde zararın tazminine hükmedilemeyecektir. Bu şartlar;

1- Borçlu borcunu ödemede temerrüde düşecek,

2- Alacaklının zararı temerrüt faizinden fazla olacak ve maddi zararını hesaplayacak (alacaklı bu zarara maruz kalacak veya zarara katlanmış olacak),

3- Alacaklı munzam zararın borçlunun temerrüdünden kaynaklandığını, zarar-temerrüt illiyet bağını, ispat edecek ve

4- Borçlu kusursuz olduğunu ispat edemeyecektir.

Borçlunun borcunu ödemede temerrüde düşmesi konusu açık bir konu olup tartışma gerektirecek bir husus bulunmamaktadır. Ekonomik analiz özellikle ikinci ve üçüncü maddelerle ilgilenmekle birlikte 4. Maddeye de değerli girdi ve destekler sağlamaktadır.

Aşkın zarar içsel ve dışsal faktörlere bağlı olarak gelişebileceği için yine bu faktörlere bağlı olarak ispat edilebilir. İçsel faktörler alacaklının nakit akımları ve işletme sermayesi gibi finansal durumları ile ilgili olup bu unsurlar aşkın zararın varlığı ve tutarının hesaplanması ile çok yakından ilgilidir. Dışsal faktörler ise enflasyon, kredi faiz oranları ve döviz kurları gibi makro ekonomik göstergeler olup aşkın zarar oluşumunda dolaylı ve önemli etkenlerdir. Netice itibariyle alacaklının içsel faktörleri aşkın zararın oluşumunda her zaman olması gereken başlıca faktör olmakla birlikte bu faktörler dışsal faktörlerle de etkileşim içindedir. Örneğin, temerrüt faizi oranlarının yüksek ve alacaklının nakit akımlarının pozitif olması halinde aşkın zararın gerçekleşmesi çok zordur. Buna karşın temerrüt faiz oranlarının düşük ve alacaklının nakit akımlarının negatif olması halinde munzam zararın oluşması kolaydır.

İşletmeler açısından aşkın zararın oluşması için gerekli bir unsur olan nakit akımları ve işletme sermayesi üzerine etkilerini genel olarak belirtelim. İşletmelerin mal veya hizmet üretimi sürekli tekrarlayan bir süreç olup nakit akımlarının tahsilinde oluşan gecikmeler özellikle işletme sermaye üzerinde etkili olacaktır. Bir işletmede bulunan nakit para üretim için gerekli hammadde ve yardımcı maddelerin satın alınmasında kullanılır, bu girdiler kullanılarak ve çeşitli giderler yapılarak mamul üretimi gerçekleştirilir, mamuller müşterilere satılarak nakit para veya alacağa dönüşür, elde edilen nakit para yapılan giderler ve borçların ödenmesinde kullanılır ve tekrar nakit para veya borçlanarak üretim için gerekli hammadde ve yardımcı maddelerin satın alınır üretim ve satış süreci tekrarlanır. Bir işletmenin nakit girişlerini satılan mal ve hizmetlerin tahsil edilen bedelleri ile alınması halinde krediler oluşturur. Nakit çıkışlarını ise ilk madde, malzeme satın alımları işçi ücretleri ile kredilerin geri ödemeleri gibi giderler oluşturur. Nakit giriş ve çıkışlarının miktar ve zaman olarak dengelenmesi şirketin finansman dengesini ifade eder ve likidite kısaca işletmenin borçlarını ödeyebilme kabiliyeti olarak tanımlanır.

Ticari ilişkilerde alacakların vadelerinde tahsil edilmeleri işletme finansman dengesinin sağlanması açısından çok önemlidir. Finansman dengesinin iyi kurulmuş olması işletmelerin işlemlerinin sorunsuz şekilde gerçekleşmesini sağlar. Alacağın vadesinde tahsil edilmemesi işletmenin nakde ihtiyacı olmaması halinde bile işletmelerde zarara neden olacaktır. İşletmede bulundurulması gereken likit fonun miktarı müşterilerin ödeme alışkanlığına, işletme büyüklüğüne, makro ekonomik göstergelere ve birçok faktöre bağlı olmakla birlikte gereğinden fazla likiditeye sahip olması da istenen bir durum değildir. Likidite fazlaları atıl para olarak tutulmaz ve döviz, tahvil, mevduat, repo gibi gelir getiren yollarla değerlendirilmeye çalışılır. Ayrıca, şirketin nakit alım tercihi genellikle mal ve hizmetlerin belli bir oranda ıskonto ile alınmasına neden olacaktır. Netice itibariyle alacağın vadesinde tahsil edilmesi halinde işletmeler alternatif kullanımlarla gelir elde edebilecek aksi halde ise elde edilebilecek gelir kaybına uğrayacaklardır. İşletmelerin elde edeceği alternatif gelirler ise aynı zamanda dışsal faktörlere de bağlı olacaktır.

Alacakların vadesinde tahsil edilmemesi halinde ise işletmelerin nakit akımlarında oluşan dengesizlik ve yetersiz sermaye ile çalışması nedeniyle işletmelerin kârlılığı üzerinde olumsuz etkilerde bulunmaması mümkün değildir. Vadesinde tahsil edilmeyen alacaklar, nakit çıkışlarının nakit girişlerinden fazla olmasına ve şirketin likidite açıklarına yol açar ve bu açıklar; borç alınması, borçların ertelenmesi, stoklardaki malların veya

şirket varlıklarının daha düşük fiyatla satılması gibi yollarla kapatılabilir. Diğer bir ifadeyle vadesinde tahsil edilemeyen alacaklar nakit para, menkul kıymet, stoklara dönüşemediği veya borçların ödenmesinde kullanılamadığı için zarara neden olur. İşletme sermayesinin alacakların tahsil edilmemesi sonucunda azalması halinde oluşan finansal açıklar yabancı kaynaklarla finanse edilmek zorundadır. Finansal açıkların kredilerle finanse edilmesi de gereksiz yere faiz gideri yapılmasına neden olacaktır. Özellikle yüksek enflasyonist ortamlarda izlenen sıkı para politikalarına bağlı olarak banka kredilerinin kısılması ve faiz oranlarının aşırı yükselmesi sonucunda katlanılan gider ve zararlar daha fazla olacak, hatta işletmenin zor duruma girmesine neden olabilecektir.

Aşkın zarar davası alacaklı ve borçlu taraflara ispat külfeti yükleyen davalardandır. Taraflar yukarıda özetle belirtilen içsel ve dışsal faktörlerin olumlu veya olumsuz etkilerini ileri sürerek bu külfeti yerine getirmeye çalışacaklardır. Taraflar açısından ispat külfeti aşağıda genel olarak açıklanmıştır. İspat külfetinin yerine getirilmesinde uygulanacak kurallar aşkın zarar tutarının ispatı kadar önemli bir konu olduğu için bu konudaki YHGK kararları daha sonra özetlenecektir.

B. Alacaklının İspat Külfeti

İspat külfeti ilk aşamada zarara uğradığını iddia eden taraf olan alacaklıya aittir. Alacaklı, borçlunun temerrüdü ile aşkın zararın varlığı ve tutarı arasındaki illiyet bağını ispat etmek zorunda olup hiçbir zaman borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek durumunda değildir. Alacaklı temerrüt faizinden daha fazla bir zarara uğradığını ispat edemezse zararının giderilmesini de isteyemeyecektir. Alacaklının ispat süreci genellikle içiçe geçmiş üç aşamada gerçekleşir.

Birinci aşama alacaklının zararının temerrüt faizinden fazla olduğunun, daha doğrusu aşkın zararın varlığının belirlenmesidir. Bu aşama bir anlamda hazırlık ve bilgi toplama aşamasıdır. Zararın varlığına ilişkin olarak alacaklının yasal defter ve belgelerinde yer alan bilgiler yanında ilgili kurumlardan alınan dışsal ekonomik bilgi ve belgelerle somut, inanılır, kesin ve net bir şekilde ortaya konulabilmeli ve ispatta kullanılan bilgi ve belgelere zarar analizinin yapıldığı raporda yer verilmelidir. İkinci aşama aşkın zararın varlığının belirlendiği ve zarar tutarının hesaplandığı aşamadır. Alacaklı, fiilen bu zarara katlanmış olmalı, farklı bir ifadeyle aşkın zarar farazi bir zarar olmamalıdır. Bu aşamada yapılan hesaplamalar mahkemelerce test edilebilecek kesin bilgiler olarak net bir şekilde ortaya konulmalıdır. Örneğin, temerrüt nedeniyle kredi alınmış ise kre-

diye ilişkin olarak ilgili bankadan alınan belge, dekont ve faiz tutarlarına ayrıntılı bir şekilde yer verilmeli ve temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar tutarı hesaplanmalıdır. Temerrüt faizi tahsil edilmiş ise faiz mahsup edilmeli ve fazla kısım ortaya konulmalıdır. Bir diğer örnek alacaklının borçlunun temerrüdünden önce satıcılarla pazarlık yapması ve peşinat veya miktar ıskontosundan yararlanma hakkını para alacağını vadesinde tahsil edemediği için kaybetmiş ise bu alım satıma ilişkin yazışma ve belgeler delil olarak ortaya konulabilmelidir. Alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmede yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasa faiz oranlarının yüksek oluşu gibi olguları kullanabilmekle birlikte bunların varlığı davacıyı ispat yükünden kurtarmayacaktır. Alacaklı, enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgulara değil, temerrüt nedeniyle kendisinin şahsen ve somut olarak gördüğü zarar nedenlerine dayanmalıdır. Üçüncü aşama geç ödeme ile doğan zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisinin ortaya konulduğu, aşkın zararın borçlunun temerrüdü nedeniyle oluştuğunun, illiyet bağının ortaya konulduğu aşamadır. Eğer aşkın zararın nedeni temerrüt faizinden yüksek oranda faiz ödemesi gerektiren bir kredi alınmış ise bu kredinin borçlunun temerrüdü nedeniyle alındığı ispatlanabilmelidir. Diğer bir ifadeyle, alacaklının fiilen yaptığı işin oluşan zararla somut olarak birebir örtüşmesi gereklidir.

Alacaklının bu çabaları karşısında borçlu, alacaklının zarar hesaplamalarına, metotlarına ve ispat araçlarına yönelik karşı itirazlarını ileri sürebilir. Borçlunun itirazlarının karşılanması da alacaklının ispat külfeti içinde değerlendirilmelidir. Alacaklının aşkın zararın varlığını, tutarını ve illiyet bağını ispat ettiği durumda, borçlu, eğer yapabilirse, borcunu ödemede kusursuz olduğunu iddia ve ispat etmeye çalışacak ve temerrüt faizini aşan zararın doğmasında kusuru olmadığını ispat etmesi halinde aşkın zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulacaktır. Alacaklı da, eğer yaparsa, borçlunun bu karşı hamlesine karşı olarak borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmede kullandığı delillerin yetersiz ve gerçek olmadığına yönelik iddialarda bulanarak ispatı çürütmeye çalışacaktır.

C. Borçlunun İspat Külfeti

Kanun'un 122. Maddesinde borçlu, kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe aşkın zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur. Borçlu, kusursuzluğunu her türlü delille kanıtlayabilir. Borçlunun fiili ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması ve veya aciz halinde olması 105. Madde açısından bir kusursuzluk hali teşkil etmez. Çünkü, genellikle ödeme güçlüğü içine düşmenin gerçek faili borçlunun bizzat kendisidir.

Ancak, 119. Maddenin birinci fıkrasında temerrüde düşen borçlunun, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumlu olduğu ve ikinci fıkrada borçlunun, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabileceği hüküm altına alınmıştır.

Dolayısıyla, borçlu;

1. Aşkın zararın alacaklının kendi tutumundan kaynaklandığını,

2. Aşkın zararın gereksiz bir gider veya harcamadan kaynaklandığını

3. Ödemeyi zamanında yapsaydı, temerrüde düşmeseydi de alacaklının zarar edeceğini

4. Aşkın zararın kendisi dışında meydana gelen olaylardan kaynaklandığını, örneğin aşkın zararın nedeninin ekonomik kriz nedeniyle artan kredi faizlerinden kaynaklandığını

İspat etmesi halinde de tazmin yükümlülüğünden kurtulabilecektir.

Alacaklının, borçlunun temerrüde düşmesinde katkısı varsa borçlu bu katkı oranında sorumluluktan kurtulacaktır. Hâkim, bu hususu dikkate alarak tazminat tutarını belirlemek durumundadır. Farklı bir ifadeyle, alacaklının kusuru illiyet bağını zayıflatan, hatta kesen bir faktöre dönüşürse borçlu bu oranda sorumluluktan kurtulacak veya hiç sorumlu tutulamayacaktır. Bu nedenle munzam zarara ilişkin yüksek Yargı kararlarında mülga BK'nın 42. Maddelerine atıfta bulunarak tazminat tutarı belirlenmektedir.

6. AŞKIN ZARAR VE TAZMİNAT TUTARININ BELİRLENMESİ

Mülga BK munzam zarar hükümlerine ilişkin olarak yukarıda yer verilen Yüksek Yargı kararlarında hâkimin zarar ve tazminat tutarını belirlerken Mülga BK 42. Maddesi ve HUMK 240. Maddesini dikkate almak durumunda olduğu belirtilmiştir. Mülga BK 42. Maddesi "hâkimin takdir hakkı" ilkesini, HUMK 240. Maddesi ise "hâkimin delilleri serbestçe edindiği kanaate göre takdirini" düzenlemektedir. Söz konusu bu maddelere karşılık olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 50. Maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 198. ve 282. Maddeleri bulunmaktadır. TBK'nın 50. Maddesinin birinci fıkrasında, zarar görenin, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altında olduğu ikinci fıkrasında ise uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâ-

kim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyeceği hüküm altına alınmıştır. HMK'nın 198. Maddesinde, Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendireceği ve 282. Maddesinde ise Hâkimin, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği düzenlemesi bulunmaktadır.

Dolayısıyla, yeni düzenlemelere göre de hâkim dava konusu somut olayın kendine özgü durum ve koşularıyla delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanaatine göre hüküm kuracaktır. Takdir ilkesi nedeniyle indirim sebeplerinin varlığı halinde tazminat tutarı aşkın zarardan daha az belirlenebilecek ve hatta tamamen reddedilebilecektir. Yargıtay 4. HD 25.9.1986 tarih ve E. 5934, K. 6538 sayılı ilamında belirlendiği üzere, "zararın hakiki miktarını ispat mümkün olmadığı takdirde, hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikan tayin etmekle mükelleftir". Ayrıca, hâkim kararını verirken fiili karinelerden de yararlanabilecektir. Örneğin; 19. HD 2.10.1997 tarih ve 4815 E, 7979 K sayılı kararında belirtildiği üzere, "Somut olayda davacının alacağının geç ödenmesi nedeniyle bu parayı ihracata kullanacağını, kullanamadığı için zarara uğradığını iddia ettiğine göre öncelikle geç tahsil ettiği parayı ihracatta kullanacağını kanıtlaması gerekir." Aşkın zararın tutarının belirlenmesinden sonra hâkim kendisine verilen takdir yetkisine dayanarak kusurun ağırlığına ve durumun özelliklerine göre tazminatı belirleyebilecektir. Bu belirlemede davalı borçlunun kusursuzluğunu kısmi ispatlaması hali de dikkate alınacaktır. Tazminat tutarının indirilmesine neden olan hallerden bazıları; alacaklının temerrüt sonrasında zarara rıza göstermesi, zararın meydana gelmesini kolaylaştırması veya zarara engel olmaması hususlarında ortak kusuru bulunması, aşkın zararın artmasına sebep olması ve zararı azaltma çabasını göstermemesi halinde tazminat tutarından indirim yapılabilir. Farklı Daire kararlarından anlaşılacağı üzere her bir olay kendi özel şartları içinde değerlendirilmelidir.

YHGK Kararları, başta 1998/13-353 E., 1999/929 K. sayılı karar olmak üzere, aşkın zarara ilişkin önemli tespitler içermekte ve ilkeler belirlemektedir. TBK'nın 122. Madde gerekçesinde, aşkın zarar maddesinin 818 sayılı Borçlar Kanununun 105'inci maddesini karşıladığı, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği bulunmadığı açıklaması yapılmıştır. Dolayısıyla, aşkın zarar ve tazminat tutarının belirlenmesine yönelik olarak YHGK Kararlarında yer alan tespit ve ilkeler 122. Madde uyarlamasıyla aşağıda özetlenmiştir;

1. YHGK Kararlarında, munzam zarar, *"borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının malvarlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar şeklinde tanımlanabilir"* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlama Kurulunun 2011/18-730 E., 2012/373 K. sayılı kararı ile 2012/11-418 E., 2012/874 K. sayılı kararlarında da tekrar edilmiştir.

2. Aşkın zarar, kaynağı ne olursa olsun, temerrüt faizi yürütülebilir nitelikte olmak koşuluyla bütün para borçlarında uygulanma olanağına sahiptir. Borcun dayanağı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, kanun, vekaletsiz iş görme, kamulaştırma veya istihkak bedellerinin geç ödenmesinden kaynaklanan alacağın geç tahsili işlemine kadar geniş bir yelpazede olabilir.

3. Aşkın zarar sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanır ve 122. Madde uyarınca kusur karinesini benimsemiştir. Borçlunun aşkın zarardan kaynaklanan tazminat borcunun doğması için aranan kusur temerrüde düşmekteki kusurudur. Bu durumda, zararın doğmasına yol açan bir kusur ilişkisi aranmaz. Sorumluluk için borçlunun temerrüde düşmekteki kusurunun varlığı asıldır.

4. Aşkın zarar alacaklısı, öncelikle temerrüde uğrayan asıl alacağının varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanmayan zararını, zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağını ispat etmekle yükümlüdür. Alacaklı borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir. Borçlu ancak temerrüdündeki kusursuzluğunu kanıtlama koşuluyla sorumluluktan kurtulabilir.

5. Alacaklının ispat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapışı ve özelliği içinde değerlendirmeye tutulmalıdır. Bu görüşün verildiği tarihlerde ülkemizde yaşanan yüksek enflasyon, yüksek döviz kuru ve faizler dikkate alınmalı ve ispat külfeti konusundaki aksi görüşteki YHGK kararları da dikkate alınmalıdır. Kanaatimiz, fiili karinelerin alacaklının ispat külfetini ortadan kaldırmadığı aksine kolaylaştırdığıdır.

6. Aşkın zarar borcunun hukuki sebebi, asıl alacağın temerrüde uğraması ile oluşan hukuka aykırılıktır. Bu nedenle, borçlunun aşkın zararı giderme yükümlülüğü asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar

zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur.

7. Aşkın zarar, asıl borçtan bağımsız yeni bir borç olması hukuki niteliği ve karakteri itibariyle, asıl alacak ve faizleri yönünden icra takibinde bulunulması veya dava açılmasıyla sona ermeyeceği gibi, icra takibi veya dava açılması sırasında asıl alacak ve temerrüt faizi yanında talep edilmemiş olması halinde dahi takip veya davanın konusuna dahil bir borç olarak da kabul edilemez. Bu nedenle asıl alacağın faizi ile birlikte tahsiline yönelik icra takibinde veya davada aşkın zarar hakkının saklı tutulduğunu gösteren bir ihtirazi kaydın ileri sürülmesine gerek bulunmamakta olup ayrı bir dava ile on yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman istenebilir.

8. Hâkim, munzam zarar tutarını belirlerken TBK'nın 50. ve 52. Maddeleri hükümlerini dikkate alacak; aşkın zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecek, alacaklı zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş ise tazminatı indirme veya tamamen kaldırma yetkisini kullanabilir. Borçlunun kusursuzluğunu kısmen ispat ettiği haller de bu kapsamda düşünülmelidir.

9. Aşkın zararın davanın görülmesi sırasında belirlenebilmesi halinde esasa ilişkin karar yanında aşkın zararın miktarını da re'sen belirlemelidir. Ancak, Hâkim tarafından takdir yetkisinin kullanılabilmesi için bu talep asla ilişkin davada yapılmalıdır.

10. Aşkın zarar dönemi borçlunun temerrüde düştüğü günden itibaren işlemeye başlar. Ancak, aşkın zararın oluşumu alacağa güvenilerek temerrüt tarihinden önce yapılan işlemlerden kaynaklanabilir. Zarar dönemi borçlunun borcunu fiilen ödemesi ile biter. Aşkın zararın bu süre içinde oluşması şarttır ve bu süre içinde meydana gelen aşkın zararlar tazmin edilebilir.

11. Yoksun kalınan kâr ve kur farkları zararlarının aşkın zarar olarak talep edilmesi mümkündür.

12. Temerrüt faizi oranının taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olması aşkın zarar oluşumunu etkiler mi? Farklı bir ifade ile sözleşmede belirlenen faizle karşılanmayan zarar için aşkın zarar talebinde bulunula bilinilir mi? 122. Maddenin birinci fıkrasında, *"temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa"* şartı hükme bağlanmıştır. Borçlu, para borcunu vadesinde ödemediğinde sözleşme veya yasada belirlenen "temerrüt faizini" ödeme yükümü altına girer. Temerrüdün oluşması ve alacaklının

sözleşme temerrüt faizi ile dahi karşılanamayan zararının bulunması halinde de aşkın zararın tazmin edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Aynı şekilde asıl alacakta temerrüt faizi talep edilmemiş olması ve aşkın zarar halinde mahsup edilecek bir faiz olmayacağı için aşkın zararın tümü talep edilmelidir.

7. AŞKIN ZARAR VE ZAMANAŞIMI

TBK'nın 146. Maddesinde Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça her alacağın 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğu, 149. Maddenin birinci fıkrasında zamanaşımının, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağı, ikinci fıkrasında alacağın muaccel olmasının bir bildirime bağlı olduğu hallerde zamanaşımının bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlayacağı hükmü bulunmaktadır. Kanunun 152. Maddesinde ise asıl alacak zamanaşımına uğrayınca o'na bağlı faiz ve diğer alacakların da zamanaşımına uğramış olacağı hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemelere ilave olarak 153. ve 154. Maddelerde zamanaşımının durması ve kesilmesi hali düzenlenmiştir. Zamanaşımının kesilmesi halleri 154. Maddede iki bent halinde düzenlenmiştir. Borçlu borcunu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse ve alacaklının dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuş olması, icra takibinde bulunması veya iflas masasına başvurması halinde zamanaşımını kesileceği hükmü bulunmaktadır. Netice itibariyle YHGK Kararlarında belirtildiği üzere aşkın zarar borcunun hukuki sebebinin, asıl alacağın temerrüde uğraması ile oluşan hukuka aykırılık olduğu, o nedenle borçlunun munzam zararı, tazmin yükümlülüğünün asıl borç ve temerrüt faizi yükümlülüğünden tamamen farklı, temerrüt ile oluşmaya başlayan asıl borcun ifasına kadar zaman içinde artarak devam eden, asıl borçtan tamamen bağımsız yeni bir borçtur. Aşkın zararın bu hukuki niteliği ve karakteri itibariyle ayrı bir dava ile on yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman istenmesi mümkündür.

8. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Makalemizde Ticari Anlaşmazlık Davalarında Maddi Zararın Hesaplanması isimli kitabımızın aşkın zararın varlığı, çeşitleri, ispatı ve zarar tutarının hesaplanmasına ve tazminata yönelik kısımları özetlenmeye çalışılmıştır. Zarar hesaplamaları konusunda ayrıca Yargıtay kararları da dikkate alınmak durumunda olmasına rağmen makale kapsamı nedeniyle yer verilememiştir. Maddi zarar hesaplamalarının yasal düzenlemeler ve Yargıtay kararları ışığında uzman kişilerce hesaplanması gerektiği düşünülmektedir. Aşkın zarar ödemeleri doğal olarak elde edenler açısından gelir ve ödeyenler açısından da gider olarak kaydedilmek durumundadır.

VERGİ USUL KANUNUNA MUHALEFET SUÇLARINDAN "SAHTE BELGE DÜZENLEME/ KULLANMA" SUÇLARINDA, YARGI ve ÖĞRETİDEKİ BİR ŞABLON ve DOGMATİZME KARŞI ELEŞTİRİLERİMİZ, GÖRÜŞ ve ÖNERİLERİMİZ

Av. Kahraman ATAY

I-AÇIKLAMALAR VE SORUNUN ADI:

Asliye Ceza Mahkemelerine duruşmaya giden tüm taraflar, öncelikle, mahkeme salonunun kapısındaki duruşma listesini incelerler. Duruşma listelerinde o gün en az 20 duruşma yapılacağını görürler. Asliye Ceza Mahkemelerindeki her bir duruşma listesindeki suçlardan biri veya bir kaçı da "Vergi Usul Kanuna Muhalefet" suçudur.

Söz konusu "Vergi Usul Kanuna Muhalefet" suçlarının yaklaşık %90'ı da "sahte belge düzenlemek ve kullanmak" suçunu (213 S. Vergi Usul Kanunun 359/b bendindeki "…veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar ….) oluşturmaktadır.

İşte "sahte belge düzenlemek ve kullanmak" suçları ile ilgili, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.03.2002 tarih, 2002/11-28 E., 2002/179 K. Kararı, yüksek mahkeme içtihadı olarak, görevli mahkemeler ve öğreti üzerinde bir şablon, dogma oluşturmuştur.

Yazımızın başlığında ve yukarıda bahsettiğimiz YCGK kararındaki "şablon, dogma" ise; vergi düzenlemelerindeki "takvim yılı ve yıllık vergilendirme (hesap dönemi) dönemlerinde" sahte belge düzenleme ve kullanma suçlarına, her bir takvim yılı ve yıllık vergilendirme döneminin (hesap dönemi) yargılama makamlarınca ayrı ayrı suç kabul edilmesini ve ayrı ayrı ceza verilmesini öngören gerekçe nedeniyle oluşan içtihattır. Bir başka deyişle söz konusu şablon ve dogma, bu suçların yargılamasında, suçların tekliği veya çokluğunda takvim yılı ve yıllık hesap döneminin, aynı yıl içinde 12 aylık dönemin esas alınması, birden fazla takvim yılı ve hesap dönemi için ayrı ayrı ceza verilmesine gerekçe ve dayanak oluşturmuştur.

Vergiler türlere ayrılmakla beraber esas olarak; takvim yılında ve hesap döneminde tarh edilerek kazanç üzerinden alınan ve dolaysız (doğrudan) vergi olarak kurumlar ve gelir vergisi ile; üç aylık, aylık ve 15 veya günlük vergilendirme dönemleri için tarh edilerek harcamalar üzerinden alınan ve dolaylı vergi olarak katma değer ve özel tüketim vergilerini yazımız konusu itibarıyla sayabiliriz.

"Sahte belge düzenlemek ve kullanmak" suçları, 1985 yılından beri yürürlükte olan Katma Değer Vergisi Kanunu uygulamaları ile yaygınlaşmıştır.

Her nasılsa, bize göre doğru olmayan, yanlış bir gerekçelendirmeye dayanan YCGK kararı, alt mahkemelerce ve öğreti tarafından, bırakın bir yüksek mahkeme içtihadı olmayı, aynen temel yasa gibi kabul edilmiştir. Ayrıca bu karar, çağdaş suç politikasına (Hukuk devleti, kusur, insanilik, ceza hukukunun son çare olma ilkesi), suç ve cezaların orantılılığı/ölçülüğüne, ceza adaletine açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

Yazımızdaki amacımız; vergi düzenlemelerindeki "takvim yılı-hesap dönemi ve yıllık vergilendirme dönemlerinde" "sahte belge düzenleme ve kullanma" suçlarını takvim yılı/hesap dönemi ve yıllık vergilendirme dönemleri olarak mahkemelerce ayrı ayrı suç kabul edilmesi ve ayrı ayrı ceza verilmesine neden olan YCGK kararının gerekçelendirmesine karşı bir tartışma açmak, eleştiri, görüş ve öneri sunmaktır. Böylece, belki, konu ile ilgili yargı makamlarının ve akademi (öğreti) çevrelerinin dikkatini çekerek, konu hakkında bu makam ve çevrelerin kendi bilgi, görüş ve birikimlerini de katarak daha farklı, suç politikasına, ceza adaletine ve ceza yargılamasına uygun gerekçelendirme ile yeni bir içtihat oluşacaktır.

II- YAZIMIZDA ESAS ALINAN YARGITAY CEZA GENEL KURULUNUN 05.03.2002 TARİH, 2002/11-28 E., 2002/179 K. KARARI VE BU KARARA GELİNEN YARGILAMA SÜREÇLERİ:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ne olmuş, nasıl bir vakıadan dolayı önüne gelmiş bir olay için sözkonusu kararı vermiştir.

Şöyle ki;

İlk derece mahkemesinin, bir sanık/mükellef hakkında 1998 ve 1999 takvim yılları/hesap dönemleri için yapılan katma değer vergisi incelemesi sonucunda; sahte fatura kullanmaktan dolayı (1998-1999 yılları için) tek suç kabul edip bir ceza verdiği nihai kararını temyiz incelemesi yapan Yargıtay 11. Ceza Dairesi 21.11.2001 tarih ve 2001/1004 E., 2001/10773 K. Kararında özetle;

" .... somut olayda sanığın, 25.5.1998, 4/10/26.8.1998, 2.9.1998, 14.12.1998 ve10/14.1.1999 tarihli sahte faturaları katma değer vergisi indiriminde kullandığını, tarh dönemleri sonunda beyanname vermek suretiyle o döneme ait işlemleri kapatıp, daha sonraki dönemlerde yeni eylemleri ile yeni sonuçlar doğurmak suretiyle birbirinden ayrı ve bağımsız yeni suçları işlediğini, beyanname verilmesi ile eylemin intıkaya uğradığını, öte yandan, sanığın önceden yaptığı plana göre hareket ettiği yada suçu bir defada işlemek yerine kısımlara bölerek zincirleme biçimde işlediği düşünülebilirse de; suçun niteliği, işleniş biçimi, işlenme zamanları, suçun faklı tarh dönemlerinde işlenmesi ve oluşumu ile ihlal edilen ve korunan değerler nazara alındığında, suçun zincirleme biçimde işlendiğinin kabul edilemeyeceği, bu nedenlerle her tarh dönemine ilişkin eylemlerin ayrı suçları oluşturduğu ve olayda suç çokluğunun mevcut olduğu gözetilmeden tek suç kabulü ile tek ceza tayin edilmesinin yasaya aykırı olduğu...." şeklinde bozma kararı vermesi üzerine,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı yukarıdaki bozma kararına itirazında özetle;

"*...sahte faturanın kullanılması halinde KDV, Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi açısından suç tarihlerinin ayrı ayrı olduğu, Gelir ve Kurumlar Vergisi yönünden sanığın tek suç işlediği kabul edildiği halde, aynı eylemler KDV açısından değerlendirildiğinde 12 ayrı suçun işlendiğinin kabulü gerekeceği (böylece 12 x 18 ay= 216 ay ceza tayin edileceği), bu durumun ceza adaleti açısından kabul edilemeyeceği, her bir tarh döneminin ayrı bir suç oluşturulduğu kabul edilirse, (somut olayda) sanığın 213 SK'nun 359/b-1 maddesine göre 5 kez cezalandırması yönüne gidileceği, bunun kanunun ruhuna ve lafzına uygun düşmeyeceği, sanığın bir takvim yılında verdiği beyannamelerin bir suç işleme kararının birer parçası olduğundan, bir kez cezalandırılıp cezasının (eski) TCK. nun 80. md. göre arttırılması gerektiği, eylemin kesintiye uğramasında, verilen her beyannamenin değil, Kurumlar Vergisinde olduğu gibi bir takvim yılının kabul edilmesi gerektiği, bu şekilde değerlendirmenin KDV, Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisi açısından da ceza adaletinde denklik sağlayacağı...*" demek suretiyle itiraz etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da Başsavcılığın itirazı üzerine verdiği kararında;

"*.... Konuya ilişkin yasal düzenlemeler bu şekilde belirtildikten sonra müteselsil suçun hukuki niteliği üzerinde de durulmalıdır. Ceza hu-*

kukunda ilke olarak her netice ayrı bir suç oluşturur ve fail kaç netice tevlit etmişse, o kadar suç işlemiş sayılarak her birinden dolayı ayrı ve bağımsız cezalara maruz kalır, ancak bazı hallerde bu çeşitli neticelerden dolayı faile tek ceza verilmesini gerektiren hallerden biri de "müteselsil suç"tur. Müteselsil suçun mevcudiyeti için ortada müteaddit suçların bulunması, bu suçların yasanın aynı hükmünü ihlal etmesi ve bu suçların aynı bir suç işleme kararına bağlanması gerekir. Suç işleme kararından maksat, yasanın aynı hükmünü çeşitli kereler ihlal etmek hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyettir. Yasanın aynı hükmünü ihlal eden suçlar arasında uzun bir zaman fasılası girmesi çeşitli yargısal kararlar ile öğretide de belirtildiği gibi suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlenmediğinin kabulünü gerektirmez. Müteselsil suçlarda suç teselsülün sona erdiği anda işlenmiş sayılır.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler ile açıklamalardan anlaşıldığı gibi "vergi dönemi", vergilerin türlerine ve hatta ticari faaliyetin niteliği ile vergilendirme usulüne göre kendi içlerin de değişkenlik göstermekte ve yine yasanın verdiği yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığı tarafından aşağıya çekilebilmektedir.

Bu itibarla sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullanma suçlarının oluşumu bakımından vergilendirme-tarh döneminin esas alınmasının vergilerin türleri ve hatta aynı vergi türü bakımından farklı uygulamalara sonuçta eşitsizliğe, içtima kuralı da nazara alındığında adaletsizliğe yol açacağı anlaşılmaktadır.

Yine VUK'nun, "Vergi Kanunlarının Uygulanması ve İspat" başlıklı 3. maddesinin 2. fıkrası " vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yere ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır" hükmünü taşımaktadır.

Anılan yasanın 4369 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 358. Maddesi ile halen yürürlükte bulunan usulsüzlük cezalarına ilişkin hükümlerinde, suçların oluşumu bakımından hesap dönemi-takvim yılının esas alındığı görülmektedir. Bu nedenle Katma Değer Vergisi indiriminden yararlanmak için aynı hesap dönemi içerisinde ve farklı tarihlerde sahte veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı fatura kullananların eylemlerinin hesap dönemi-takvim yılı hesap alınarak teselsül eden bir suçu oluşturduğunun kabul edilmesi Yasanın ruhuna aykırı bir yorum tarzı sayılamaz." demek suretiyle 11. Ceza Dairesinin bozma kararını bozmuştur.

III-YAZIMIZA (YCGK'na) KONU TAKVİM YILI, HESAP DÖNEMİ VE VERGİLENDİRME DÖNEMİ HAKKINDA YASAL DÜZENLEMELER VE AÇIKLAMALAR:

193 S. Gelir Vergisi Kanunda takvim yılı 138 defa kullanılan bir terim olup, örneğin 1. madde ikinci cümlede *"Gelir bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır"* Hesap dönemi terimi bu kanunda 21 defa geçmekte olup; 38. maddesinde *"Bilanço esasına göre ticari kazanç, teşebbüsdeki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müsbet farktır."* Vergilendirme dönemi terimi de bu kanunda 29 defa geçmekte olup, 20. madde 1. fıkrada *"Maliye Bakanlığının belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde beş vergilendirme dönemi gelir vergisinden müstesnadır."*

213 S. Vergi Usul Kanunda takvim yılı: 23, hesap dönemi: 49, vergilendirme dönemi: 6 defa geçmektedir. 174. maddesine göre; *"Defterler hesap dönemi itibariyle tutulur. Kayıtlar her hesap dönemi sonunda kapatılır ve ertesi dönem başında yeniden açılır. Takvim yılı dönemi faaliyet ve muamelelerinin mahiyetine uygun bulunmayanlar için, bunların müracaatı üzerine Maliye Bakanlığı 12 şer aylık özel hesap dönemleri belli edebilir (Eğitim kurumları gibi). Buna göre, özel hesap dönemi tayin edilenlerin ticari ve zirai kazançları, hesap dönemlerinin kapandığı takvim yılının kazancı sayılır. Yeniden işe başlama veya işi bırakma hallerinde, hesap dönemi içinde bir yıldan eksik olan faaliyet süresi, hesap dönemi sayılır."*

5020 S. Kurumlar Vergisi Kanunda takvim yılı: *11, vergilendirme dönemi 15, hesap dönemi 49 defa yer almaktadır. Örneğin söz konusu kanunun 6. maddesinde "Kurumlar vergisinde vergilendirme dönemi, hesap dönemidir. Kendilerine özel hesap dönemi tayin edilenlerin vergilendirme dönemi ise özel hesap dönemleridir."*

3065 S. Katma Değer Vergisi Kanunun 39. maddesinde "Vergilendirme Dönemi" ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

1. Katma Değer Vergisinde vergilendirme dönemi, faaliyet gösterilen takvim yılının üçer aylık dönemleridir. Ancak, Maliye ve Gümrük Bakanlığı mükelleflerin yıllık gayri safi hâsılatlarına göre üç aylık vergilendirme dönemi yerine birer aylık vergilendirme dönemi tespit etmeye yetkilidir.

2. Aşağıdaki hallerde vergilendirme dönemi:

a) Götürü usulde vergilendirilen mükellefler için bir takvim yılı,

b) Vergi kesintisi yapmakla sorumlu tutulanlar için bir ay,

c) İthalat, transit ve Türkiye ile yabancı ülkeler arasındaki taşımacılık işlerinde gümrük bölgesine girildiği veya gümrük bölgesinden çıkıldığı andır.

3. Maliye ve Gümrük Bakanlığı, mükellefleri gruplar içinde toplamaya ve gruplar için vergilendirme dönemlerinin başlangıç aylarını tespit etmeye yetkilidir. Bu takdirde üçer aylık dönemlerin aynı takvim yılı içinde olması şartı aranmaz.

Aynı Kanunun 29/3. maddesinde de *"İndirim hakkı vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılı aşılmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabilir."*

4760 S. Özel Tüketim Vergisi Kanunun (ÖTV) 14. Maddesinde;

"1. Özel tüketim vergisi, mükelleflerin yazılı beyanları üzerine tarh olunur. ….. Vergi, beyanname verme süresi içinde ödenir. Vergilendirme dönemi; bu Kanuna ekli (I) sayılı listedeki mallar (akaryakıt) için her ayın ilk onbeş günlük birinci ve kalan günlerinden oluşan ikinci dönem, (III) (alkollü, alkolsüz içecek-sigara) ve (IV) sayılı listelerdeki mallar (kozmetik ürünler) ile (II) sayılı listedeki mallardan (motorlu araçlar) kayıt ve tescile tâbi olmayanların tesliminde, faaliyette bulunulan takvim yılının birer aylık dönemleridir. Beyanname, (I) sayılı listedeki mallar için vergilendirme dönemini izleyen onuncu günü, diğer mallar için vergilendirme dönemini izleyen ayın onbeşinci günü akşamına kadar mükellefin katma değer vergisi yönünden bağlı olduğu vergi dairesine verilir.

2. (II) sayılı listedeki kayıt ve tescile tâbi mallara ait özel tüketim vergisi beyannamesi, ilk iktisap ile ilgili işlemlerin tamamlanmasından önce bu işlemlerin yapıldığı yer vergi dairesine verilir ve vergi aynı günde ödenir.

4. Bakanlar Kurulu, (I) sayılı listedeki mallar için vergilendirme dönemini gün veya ay olarak belirlemeye, beyanname verme ve vergi ödeme süresini kısaltmaya, vergilendirmeyi ithal aşamasında gümrük idaresine yaptırmaya yetkilidir." Hükümleri bulunmaktadır

Yukarıdaki kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere; Türk Vergi Sistemi beyan esasına dayanır. Beyana dayalı en önemli vergiler KDV, ÖTV, Gelir Vergisi ve Kurumlar Vergisidir.

Yazımızın bu bölümünde kavram kargaşasını gidermek ve konuyu daha iyi anlayabilmek için; takvim yılı, vergilendirme dönemi ve hesap dönemi terimlerinin vergi türleri itibarıyla tanımını yapmak gerekir.

Takvim Yılı -Hesap Dönemi: Hesap dönemi normal olarak bir takvim yılıdır (1 Ocak-31 Aralık). (213 S. Vergi Usul Kanunu 174. maddeye göre) Takvim yılı ise 01.01…-31.12… olarak miladi takvim yılıdır.

Vergilendirme Dönemi: 213 S. Vergi Usul Kanunun birçok maddesinde "vergilendirme dönemi" ifadesi kullanılsa da bu konuda bir tanım yapılmamıştır.

Vergilendirme dönemi verginin türüne, vergilendirme usulüne, mükellef veya vergi sorumlusunun faaliyetine göre vergilendirme (verginin tarhı) için vergi kanunlarında gösterilen veya kanunun verdiği yetki ile Maliye Bakanlığınca belirlenen dönem olarak tanımlanabilir. Kısaca vergilendirme dönemi, vergilendirmeye esas alınan belirlenmiş bu süredir. Bu dönem içinde ödenecek vergi borcu, kanunla belirlenen matrah ve nispetler dâhilinde hesaplanır.

Kurumlar Vergisi, Gelir Vergisi, KDV ve ÖTV Kanunlarında vergilendirme dönemi ayrı ayrı gösterilmiştir.

Gelir Vergisi ile Kurumlar Vergisinde hesap dönemi (takvim yılı) aynı zamanda vergilendirme dönemidir. Verginin tarh edilmesi için verilmesi gereken beyannameler, vergilendirme döneminin sonunda ilgili kanunlarda belirtilen tarihler içinde verilir.

KDV, esas itibarıyla aylık vergilendirme dönemidir. Ve bir takvim yılında veya hesap döneminde 12 defa beyanname verilir. ÖTV ise 15 günlük, aylık ve hatta işlemden önce günlük vergilendirme dönemleridir. Bu vergiler için dönem belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir. Uygulamada suça konu belgelerin beyannameye dâhil edilerek vergi idaresine verilmesi üzerine idarece beyan edilen bu matrah üzerinden hesaplanan vergiden, indirilecek KDV düşüldükten sonra ödenecek vergiye ulaşılmaktadır. Vergi kaybı da ancak bu aşamada oluşmaktadır.

01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren 22.7.1998 tarih ve 4369 sayılı yasa ile VUK' nda yapılan değişikliklerle; 359. maddesinin sahte belge

düzenlemek, kullanmak, defter ve belgeleri gizlemek gibi suçlar yönünden vergi kaybı, suçun unsuru olmaktan çıkarılmıştır. Böylece bu suçlar zarar suçu olmaktan çıkarılıp, tehlike suçuna dönüştürülmüştür. Bunun sonucunda sahte belge düzenleme ve bu belgeleri kullanma suçunun oluşması için de belgenin düzenlenmesi ve kullanılması yeterli hale gelmiştir.

İşte, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine konunun Ceza Genel Kurulu'na taşınması sonucunda, YCGK; Başsavcılığın itirazını yerinde görerek Özel Dairenin kararını bozmuştur. Daire de YCGK' nun bu kararı karşısında, iddianameyle hukuki kesinti oluşmadığı sürece, bir hesap döneminde (takvim yılında) işlenen sahte belge düzenleme ve kullanma gibi vergi suçlarını, vergi türü farkı gözetilmeksizin tek suç, farklı ve birden fazla takvim yıllarında veya hesap dönemlerinde işlenen suçları ise ayrı suç olarak kabul ederek ve ayrı ayrı ceza verilmesi kararını vermiştir.

YCGK Kararı gereği, Katma Değer Vergisi uygulamalarında da, (Kurumlar Vergisi ve Gelir Vergisinde olduğu gibi) "sahte belge düzenleme ve kullanma" fiillerinde, ayrı takvim yılları (hesap dönemleri) için ayrı suç kabul edilip ve ayrı ceza verilmesi, aynı takvim yılında (hesap döneminde) birden fazla dönemde (ayda) zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ve temel cezanın belirlenmesi yönünde, eleştirdiğimiz ve doğru bulmadığımız gerekçeye dayanan, içtihat oluşmuştur**.**

IV-MÜTEMADİ (KESİNTİSİZ), ANİ VE MÜTESELSİL (ZİNCİRLEME) SUÇ GİBİ CEZA HUKUKU TERİMLERİ HAKKINDA AÇIKLAMALAR:

Ani suç, kanunun aradığı unsurların gerçekleştiği anda tamamlanan ve sona eren suç tipidir. Ani suçlarda tamamlanma ile sona erme aynı andır. Mütemadi suçların, ani suçtan farkı suçun tamamlanmasıyla hukuka aykırı durumun bir müddet daha devam etmesi gereklidir. Hareket ile meydana gelen hukuka aykırı sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suçlar, mütemadi suç olarak adlandırılır. Mütemadi suçun en önemli özelliği suçun tamamlanması ile bitmesi aşamalarının farklı zamanlarda gerçekleşmesi ve bunun failin iradesine bağlı olmasıdır.

Zincirleme suç, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. (TCK 43/1)

Mütemadi suç ile müteselsil suçu birbirinden ayıran farklar:

a-Mütemadi suç icrai veya ihmali davranışla işlenebildiği halde müteselsil suç sadece icrai davranışla işlenebilir. Örneğin bir kişiyi bir defa kaçırıp hapsetmek, ruhsatsız silah taşımak mütemadi bir suçtur. Müteselsil suçlarda failde bulunan suç işleme kararı olduğu halde, mütemadi suçta faildeki kastta devamlılık vardır.

b-Mütemadi suçta suç tipini ihlal eden harekette kesinti olmadığı halde, müteselsil suçta kesinti olduğu gibi hareketin kesilmesi birlikte meydana gelen neticeler de birden fazladır. Mütemadi suçta hareket ve netice tektir. Mütemadi suçta suçun harekete bağlı haksızlığının aralıksız devam etmesi gerekirken, zincirleme suçta hareketler bir kez suçun unsurunu oluşturduktan sonra devam etmemektedir. Suç tamamlandıktan sonra hareketler tekrar edilmektedir. Zincirleme suçta devam eden husus, suç işleme kararı olmakta, suçun maddi unsurlarında aralıklar bulunmaktadır.

c-Mütemadi suçta suçun maddi unsurlarında da devamlılık mevcuttur. Mütemadi suçlar kendi aralarında zincirleme suç oluşturabilir. Örneğin, aynı suç işleme kararı ile farklı günlerde hürriyetten yoksun bırakma, cinsel taciz ve saldırı suçunu işleyen kişi zincirleme suç hükümlerine göre cezalandırılır. Bu suçlar, birden fazla takvim yılı veya onlarca ay bile zincirleme olarak işlense bile ayrı ayrı değil tek suç kabul edilir.

c-Zincirleme suçta, "suç görünüşte de birbirini takip ederek devam etmektedir". Doktrinde, zincirleme suç halinde her bir fiil kendi içerisinde unsurlarını tamamlamak ve cezalandırılabilir olmak şartıyla, fiillerin çokluğu söz konusudur. Bir başka deyişle zincirleme suç, tüm unsurları tamamlanmış olan ve birbirini takip eden birden fazla fiilden meydana gelmektedir. Buna karşılık mütemadi suçta ise fiillerin çokluğu değil, aynı anda devam eden ve kesintiye uğramayan bir süreklilik söz konusudur.

d-Zincirleme (müteselsil) suçlara örnek olarak, bir işyeri çalışanının sürekli o işyerinden sigara çalması verilir. İşçi, önceki kastına dayalı olarak 100 karton sigara çalmak istemektedir. Ancak bu 100 karton sigarayı çalmak eylemini, bir seferde 100 kartonu almak değil, aksine her gün (100 gün süresince günde bir karton) veya her ay (100 ay süresince ayda bir karton) bir karton sigara götürmek şeklinde icra etmektedir. Diğer bir örnek belgede sahtecilik suçunda; bir kişi sahte nüfuz cüzdanını kullanmak suretiyle yıllarca iş ve işlem yapmış olsun, bu durumda verilecek ceza dönemlere ayrılarak ayrı ayrı suç kabul edilip ayrı ayrı ceza mı ve-

rilecektir. Hayır, bir suç işleme kararı ile aynı kişiye karşı birden fazla suç işlendiğinden zincirleme suç hükümleri uygulanmaktadır. Yeter ki sahte kimlik başka bir suçun işlenmesinde kullanılmasın. Bu örnekler artırabilir.

V-ELEŞTİRLERİMİZ:

1-Öncelikle gelir/kurumlar verileri istisnalar hariç gelir ve kazanç üzerinden doğrudan alınan yıllık (12 aylık) vergilerdir. Bu husus hem kendi kanunlarında hem de VUK'da düzenlenmiştir.

2-Katma Değer Vergisi ise temel olarak aylık mal teslimi ve hizmet ifası üzerinden hesaplanan, harcamalar üzerinden alınan dolaylı bir vergidir. Kanuna göre üç aylık vergilendirme döneminin aylık dönem olarak belirlemesinde Maliye Bakanlığı (İdare) yetkili kılınmıştır. Genel uygulama aylık olarak belirlenmiştir.

3-YCGK Kararına göre, vergi suçlarının takvim yılı veya hesap dönemi sonunda suç kesintiye (intıkaya) uğramaktadır. Hâlbuki takvim yılı ve hesap dönemi gelir ve kurumlar vergileri için vergilendirme dönemi olup, bu vergiler doğrudan ve kazanç üzerinden alınan vergilerdir. Gelir ve kurumlar vergilerinin, harcamalar üzerinden alınan dolaylı bir vergi ve vergilendirme dönemi esas itibarıyla aylık olan katma değer vergileri ile hiçbir ilgileri bulunmamaktadır. Bir başka deyişle gelir ve kurumlar vergisi için suçun kesintiye uğraması ve bu kesintinin katma değer vergisi için de ortalama bir yol kabul edilmesi ceza yargılaması ile bağdaşır bir yanı yoktur. Dolayısıyla birbiri ile ilgisi bulunmayan vergilerden gelir ve kurumlar vergisi için seçilen bir yolun, katma değer vergisi için de hatalı bir mantıkla, başka bir kanıtla, kıyasla, yorumla aynı kategoriye sokularak, aynı gerekçeye dayanarak ve takvim yılı veya hesap dönemi için ayrı ayrı suç kabul edilip ceza verilmesi hukuka aykırılık oluşturur.

4-Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararında belirtildiğinin aksine, takvim yılı veya hesap döneminde vergiler veya suça konu fiil intikaya (kesintiye) uğramamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerinin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere iddianamenin düzenlenmesi, mahkûmiyet hükmü, şikâyetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararı, af yasası hukuki kesinti oluşturmaktadır. (YCGK, 12/3/1996, 6/24 E ve 34 K. Sayılı Kararı) Müteselsil suçlarda ise fiilin tekrarlanması, yeni ve bağımsız bir suçu oluşturmamaktadır. Somut olaya gelindiğinde, vergi inceleme elamanı tek bir inceleme ile birden fazla takvim yılı veya hesap dönemi için inceleme yapması sonucunda verilen mütalaa (dava **şar**tı) ge-

reği iddianame hazırlanabilmektedir. Bir başka deyişle takvim yılı veya hesap dönemi gözetmeksizin her bir vergi incelemesi veya düzenlenen iddianame için suçun kesintiye (intikaya) uğramasından bahsedebiliriz.

Böylece söz konusu hukuki kesintiler (yeni bir vergi incelemesi ile iddianame) olmadan, bir başka deyişle; tek bir iddianame ile birden fazla takvim yılı/hesap dönemi için ayrı ayrı ceza verilmesinin gerekçelendirilmesi doğru bulunamaz.

5- Yukarıdaki bölümde açıklandığı gibi, zincirleme işlenen suçların hiç birinde; doğa olayı (dünyanın güneşin etrafında bir kere dönmesi) sonucu ortaya çıkmış bir takvim yılı, mevsim, ay veya vergi kanunlarında olduğu gibi hesap veya vergilendirme dönemleri vs. gibi periyotlar dikkate alınarak ayrı ayrı ceza verilememelidir/verilmemektedir. Veya yukarıdaki karton-karton sigara çalan işçinin belirli/belirsiz süreli iş sözleşmesi yapıp yapmadığı, iş sözleşmesi sona erdikten sonra tekrar işe başlaması gibi dönemsel/zamansal süreçlere göre ayrı ayrı suç kabul edilip karar verilmesi mi gerekir. Hayır, Türk Ceza Kanunun genel hükümlerine (kesintisiz, zincirleme suç vs.) göre yargılama yapılıp karar verilecektir.

6- Vergi kanunlarındaki takvim yılı-hesap dönemi vergilendirme dönemi tamamen tek vergi otoritesi devletin giderlerini karşılamak, bütçe dengeleri ve ekonomik istikrarın ve tam istihdamın sağlanmasına, kalkınma programlarına, ödemeler dengesindeki açıklara, gelir dağılımı ve sosyal adalete yönelik politikaları gereği yaptığı belirlemeler ve tespitleridir. Bu belirlemelerin ve tespitlerin ceza hukuku ve yargılamalarında temel veya esas alınması hukuk devleti, adalet, eşitlik, hakkaniyet ilkeleri ve suç politikası ile bağdaşmaz.

Maliye/vergi uygulamaları/ekonomi/para politikaları ile ceza hukuku uygulamaları/politikaları birbirine hiç de benzemeyen uygulamalar/politikalardır. Bir diğer anlatımla; vergiler mal ve hizmetleri konu alırken, hürriyeti bağlayıcı hapis cezaları insanı konu ve esas alır. Demek istediğimiz vergilendirmeye yönelik dönem belirlemeleri ve süreçler ceza yargılamasına esas alınmaz, dayanak oluşturulamaz. Böylece, vergilendirmeye dayalı takvim yılı-hesap dönemi terimleri, ölçüleri için Türk Ceza Kanunu genel hükümleri kapsamındaki suçların kesintiye uğraması terimleri ölçü, temel kabul edilip, her bir takvim yılı-hesap dönemi için ayrı ayrı suç kabulü ile ayrı ayrı ceza verilmesine gerekçe oluşturulamaz. Hâlbuki suçların tekliği, çokluğu, temel cezanın belirlenmesi ve zincirleme suç hükümleri konusunda, Türk Ceza Kanunun genel hükümlerine göre karar verilmesi gerekmektedir.

Böyle olunca; vergi suçlarında (sahte belge düzenlemek-kullanmak); gerek gelir ve kurumlar vergileri için, gerekse katma değer vergisi için her bir takvim yılı/hesap dönemi için ayrı ayrı suç kabul edilip, ayrı ayrı ceza verilemez.

7- Ve en önemlisi zincirleme suç hükümlerini düzenleyen TCK 43/3 "Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz." madde hükmü, "sahte belge düzenlenme ve kullanma" suçlarını kapsamadığından, birden fazla takvim yılı veya hesap döneminde TCK 43./1. maddesindeki zincirleme suç hükümleri uygulanmasına engel değildir. Zaten katma değer vergisi beyannameleri incelendiğinde açıkça görülecektir ki; bu beyannamelerin tek bir sütunu (matrahı, indirilecek KDV tutarı gibi) değiştiğinde takvim yılı/hesap dönemini aşan düzeltmeler söz konusu olabilmektedir. Bu durumu en iyi vergi idareleri veya müfettişleri bilmektedir. Şöyle ki bir mükellefin bir KDV beyannamesinde matrah veya indirilecek KDV tutarı değiştiğinde beş yılık zamanaşımı süresince (60 aylık) tüm KDV beyannameleri düzeltilebilmektedir.

Dolayısıyla takvim yılı veya hesap dönemi değişmekle (birden fazla olmakla) katma değer vergilerinde intikadan (kesintiden) bahsetmek olanaklı değildir.

8- Ayrıca, sahte belge düzenleme ve kullanmak suçunu düzenleyen 213 Sayılı Vergi Usul Kanunun 359. maddesi b fıkrası 08.03.2008 tarihinden geçerli olmak üzere değişikliğe uğrayarak; 18 aydan üç yıla kadar olan cezanın alt ve üst sınırları 3 yıldan beş yıla çıkarılmıştır. Bu nedenle YCGK kararındaki gibi; her bir takvim yılı veya hesap dönemi için ayrı ayrı ceza verilmesi ve buna birde zincirleme suç hükmü uygulanarak ceza verilmesi hukuk devleti, adalet, eşitlik, hakkaniyet ilkeleri ve suç politikası (suçların orantılılığı/ölçülülüğü) ile bağdaşmaz. Bu durumu bir örnek ile açıklarsak; YCGK'na göre, 2016/12. ve 2017/01. KDV beyanname döneminde iki ay sahte fatura kullanan bir kişi için iki ayrı ceza verilecek, ancak 2016 yılı içinde (2016/01-12) 12 ay KDV beyannamesinde sahte fatura kullanan kişi için bir suç kabul edilip ceza verilecektir. Bu örnek bile YCGK'daki gerekçelendirmenin doğru ve ceza adaletine uygun olmadığını göstermektedir.

9- Yazımızda söz konusu YCGK gereği yapılan uygulamalara şablon, dogma dememizin nedeni ise; yukarıda açıkladığımız gibi; hukuk metodolojisi açısından mantıken hatalı, ilgisiz kanıt ve kıyas uygulaması ile otorite (YCGK) tarafından verilen karara, yargı görevlileri ve öğreti (akademi çevreleri); hiç tartışmadan, içtihadı birleştirme kararları bile sorgu-

lanıp tartışılırken, içtihat kabul etmiş ve 2002 yılından beri konu hakkında hiçbir farklı görüş açıklamamış ve irdelememiş olmasıdır. Bizim iddiamız kararın doğru gerekçelendirilmediği, kötü gerekçelendirildiği yönündendir. Şöyle ki, belki, iyi gerekçelendirildiği takdirde aynı hüküm tesis edilecek bir karar, kötü gerekçelendirme ile 'yanlış' bulunmaktadır.

10- Hele hele bu suçlarla korunan hukuki değerin "hazine yararı" veya devletin vergi alacağını güvence altına alması ve dolayısıyla "kamu yararı", olduğu göz önüne alındığında; zaten sahte belge düzenlemesi ve kullanılması sonucunda ziya uğratılan vergi tarh edilmekte, üç kat vergi ziya cezası kesilmekte ve gecikme faiz/zamlarının tahakkuku ile tahsil edilmektedir. Bu durum ve gerçeklik birlikte değerlendirildiğinde; her ne kadar kaçakçılık suçlarında vergi ziyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği yönünde VUK 359/c maddesinde hüküm bulunsa da, aynı filden dolayı iki ayrı ceza verilmekle temel ceza hukuku kuralı olan non bis in idem (aynı fiilden iki ayrı ceza verilemez) kuralına açık bir aykırılık oluşmaktadır.

11- Söz konusu suçlar için kanunda; etkin pişmanlık ve suç dolayısıyla zıyaa uğratılan vergi/gecikme zammı/faizi ve tüm vergi cezalarının ödenmesi halinde cezada indirim müessesesi, daha az cezayı gerektiren haller (kullanılan sahte faturanın tutarının ve adedinin azlığı vs. gibi) ve adli para cezası verilmesi uygulaması bulunmamış olması suç ve ceza politikası açısından önemli bir eksikliktir.

VI-GÖRÜŞ VE ÖNERİLERİMİZ:

1- Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız gibi, sahte belge düzenlemek ve kullanmak suçlarında, yeni bir vergi incelemesi yapılıp buna göre yeni bir iddianame düzenlenmediği sürece, bir vergi incelemesi ve bir iddianame ile birden fazla takvim yılı/hesap dönemi veya vergilendirme dönemi için, her bir takvim yılı veya hesap dönemi sonunda, suçta kesintiden (intikadan) söz edilemez.

Bu nedenle, yargılamada, YCGK kararında hüküm altına alınan, tamamen vergi kanunlarınca vergilendirme esaslarına dayanan, takvim yılı/hesap dönemi veya vergilendirme dönemi esas alınarak tüm vergi türleri dahil her bir takvim yılı veya hesap dönemi için ayrı ayrı ceza verilmesi yönündeki gerekçelendirme doğru değildir.

Bizce, birden fazla takvim yılı, hesap dönemi veya vergilendirme döneminde söz konusu suçlar işlendiğinde, zincirleme suç hükmü (TCK 43/1) ve cezada alt sınırdan uzaklaşma hükmünün (TCK 61) uygulanmasını göz

önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlenmesinin daha doğru ve ceza hukukuna uygun düşen bir gerekçelendirme ve yargılama olacaktır. Bir başka deyişle yapılan yargılamalarda; suçta kesinti (intika), zincirleme suç ve temel cezanın belirlenmesinde, vergi kanunlarına göre belirlenen vergilendirme dönemi esas alınmadan, Türk Ceza Kanunun temel hükümleri esas alınarak yargılama yapılmalıdır.

Yukarıdaki eleştiriler ve öneriler, hiç kuşkusuz, bu satırların yazarına aittir. Hal böyle iken, vergi ve ceza hukuku metodolojisi kapsamında; bilgili, deneyimli, ceza yargıçları ve akademi çevreleri (hocalar) tarafından daha farklı ve doğru bir gerekçelendirme veya düşünce metodu ile önerimiz desteklenebilir veya YCGK kararı daha farklı olarak gerekçelendirilebilir.

2-Ayrıca, yazımıza konu suçu düzenleyen 213 S. Vergi Usul Kanunun 359. maddesi b fıkrası veya diğer ilgili hükümlerinde; etkin pişmanlık ve suç dolayısıyla zıyaa uğratılan vergi ve tüm vergi cezalarının ödenmesi halinde cezada indirim müessesesi, daha az cezayı gerektiren haller ve adli para cezası verilmesi uygulaması getirilmesi yönünde veya non bis in idem (aynı fiilden iki ayrı ceza verilemez) kuralı gereği değişiklik yapılmalıdır. Böylece, hem vergi denetim aracı olarak oto kontrol sağlanacak, vergi gelirleri artırılacak ve adaletli, hakkaniyetli, ölçülü, orantılı bir hapis cezanın önü açılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- Şenyüz, Doğan, Vergi Ceza Hukuku, Bursa, 2011, Ekin Yayınları
- Taştan, Mehmet, Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ankara, 2014, Adalet Yayınları
- Uğur, Husamettin, Elibol, Mert, Vergi Suçları, Anakara, 2015 Adalet Yayınları
- Uzun, Ertuğrul, Hukuk Metodolojisinin Sorunları, İstanbul, 2016, Nora Yayınları

İNŞAAT İŞLERİNDE VERGİ

Av. Özge AK

GENEL OLARAK İNŞAAT İŞLERİ VE VERGİ UYGULAMALARININ TARİHÇESİ

İnşaat sektörü; Türk ekonomisinde çok büyük bir paya sahip olmakla birlikte, bu sektör doğrudan ve dolaylı yoldan hemen hemen tüm sektörleri de etkilemektedir.

Diğer taraftan; istihdam ağırlıklı olması nedeniyle de işsizlik sorununun önlenmesinde ciddi katkıları bulunmaktadır. Artık kaçınılmaz hale gelen kentsel dönüşüm sürecinde, firmalar dönüşüm planları ile kentlerin yeniden inşasına katkı sunmaktadırlar.

Türk Vergi Sistemi 1950 yılında yapılan reform ile çağdaş bir nitelik kazanmaya başlamıştır. Dolayısıyla 1950 öncesi vergi uygulamaları üzerinde durulmayacaktır. Ülkemizde ilk köklü vergi reformu, 1949 yılında meclisten çıkan ve 1950 yılında yürürlüğe giren Gelir, Kurumlar ve Vergi Usul Kanunlarının uygulanması ile gerçekleştirilmiştir.

Gelir Vergisi Reformu adı ile de anılan söz konusu reformun ana özelliklerini kısaca şöyle özetlemek mümkündür:

a. Vergilendirmede kazanç esas alınmıştır.

b. Bütün gelir unsurlarının vergilendirilmesi hedeflenmiştir.

c. Vergilendirme mükellef beyanına dayandırılmıştır.

d. Vergi oranları düşük tutulmuş ve geniş vergi indirimlerine yer verilmiştir.

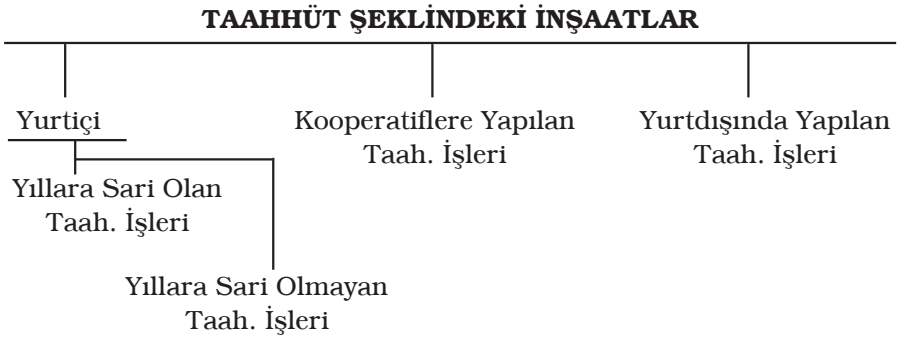
Bu reform çabalarının, vergi hasılatı yönünden geçmişle karşılaştırıldığında daha iyi sonuçlar verdiği anlaşılmaktadır.

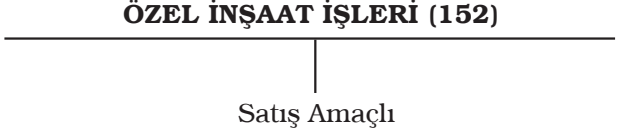
ÇALIŞMANIN AMACI

Ben bu yazıda, inşaat işleri ve türlerinden bahsetmekle birlikte, inşaat işlerinde vergi uygulamalarını, Danıştay ve Maliye Bakanlığı arasındaki görüş ayrılıklarını izah etmeye çalışacağım.

1-İNŞAAT İŞLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

İnşaat işlerini, Taahhüt şeklinde İnşaat İşleri ve Yatırıma Yönelik İnşaat İşleri Şeklinde iki gruba ayırmak mümkündür. Taahhüt şeklinde İnşaatlar; Yurtiçi, Yurtdışı ve Kooperatiflere yapılan Taahhüt şeklindeki inşaatlardır.





2- İNŞAAT İŞİNİN TANIMI

Vergi mevzuatında başlı başına inşaat işinin tanımı yapılmamış olmakla birlikte; inşaat işleri;

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. Maddesi uyarınca; *"Yapı, karada ve suda daimi ve muvakkat resmi ve hususi yer altı ve yerüstü inşaat ile bunların ilave değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir."*

İşkolları Tüzüğünde ise**;** *"İnşaat; bina, yol, köprü, demiryolu, tünel, metro, kanalizasyon, liman, dalgakıran, havuz, istihkam, havaalanı, dekovil ve tramvay yolu, spor alanlarının yapımı gibi her çeşit yapıcılık işleri ile bunların etüd, proje, araştırma, bakım, onarım ve benzeri işler"*

olarak tanımlanmaktadır.

İnşaat tanımına giren işlerin ortak özelliği, yapılan işe ait kesin maliyetlerin hesaplanabilmesi için işin tamamlanmasının gerekmesidir. Çünkü inşaat işi sürekli devam eden bir iştir, tamamlanıncaya kadar gider kalemleri sürekli değişkenlik gösterir. İnşaatın maliyeti de ancak tüm giderler yapılıp, inşaat tamamlandıktan sonra doğru olarak hesaplanabilecektir.

Öte yandan vergiyi doğuran olay inşaatın teslimiyle gerçekleşeceğinden henüz kar/zarar hesaplanmasını gerektirecek bir durum da söz konusu değildir. Dolayısı ile inşaat tamamlanmadan önce kar/zarar hesaplanması doğru olmayacaktır.

İnşaatın başlama ve bitiş tarihleri aynı yıla içinde oluyorsa, yıllara sari inşaat işi olarak değerlendirilmeyecektir.

İnşaata ait kar zarar inşaatın bitip tamamlanmasından sonra hesaplanacaktır.

İnşaat işinin devam ettiği sürece yüklenici firmalar, avans, hak ediş vb. adlarda paralar almaktadırlar. Yapılan inşaat tamamen bitirilmediği müddetçe maliyet oluşmayacağından inşaatın devamı süresinde alınan hak edişler avans olarak değerlendirilecek, fatura düzenlenmeyecektir.

Söz konusu hak ediş alımları nedeniyle kar/zarar beyan edilmesi de söz konusu olmayacaktır. Ancak alınan avanslar için fatura kesilmemesi gerektiği halde fatura kesilmesi durumunda, yaygın görüşe göre, yıllara sari inşaat işlerine tanınan kazancı geçici vergiye dahil etmeme hakkından faydalanılması mümkün olmadığından, düzenlenen fatura nedeni ile oluşan gelirin geçici vergiye yansıtılması gerekmektedir.

Hatalı uygulamalara yol açmaması ve zor durumda kalınmaması için, yıllara sari olmayan inşaat işlerinde alınan paralar karşılığı fatura kesilmemesi, alınan paraların avans hesabında takip edilmesi ve inşaatın bitimini müteakip kar/zarar hesaplanarak beyannameye dahil edilmesi doğru olacaktır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 42. Maddesinde *"Birden fazla yıla sirayet eden inşaat ve onarma işlerinde kâr ve zarar, işin bittiği yıl kati olarak tespit edilir ve tamamı o yılın geliri sayılarak, mezkur yıl beyannamesinde gösterilir. "* denilmek sureti ile "yıllara Sari İnşaat " in tanımı da bir ölçüde yapılmıştır.

Buna göre inşaatın başlama ve bitim tarihleri farklı yıllara rastlıyorsa yıllara sari inşaat kabul edilecek ve vergilendirme işin bitiği yıl hesaplanacaktır. Hak ediş bedelleri üzerinden sadece %3 stopaj yapılacak olup, hak ediş faturaları geçici vergilere yansıtılmayacaktır. İşin bittiği yıl kar zarar hesaplanarak beyan edilecektir.

3-BİR İNŞAAT İŞİN GVK' NUN 42. MADDESİ KAPSAMINA GİRMESİ VE SÖZ KONUSU İŞLERDEN GELİR VERGİSİ TEVKİFATI YAPILMASININ ŞARTLARI

Bir inşaat işin GVK' nun 42. maddesi kapsamına girmesi ve Söz konusu işlerden gelir vergisi tevkifatı yapılmasının şartları şunlardır:

- İş inşaat ve onarım işi olmalıdır (dekapaj işleri de inşaat işi sayılır),
- İş resmi veya özel bir taahhüde bağlı olarak başkasının hesabına yapılmalıdır,
- İş yıllara sari olmalıdır.

Burada açıklanması gereken hususlar vardır.

*** Birincisi; yıllara sari olmakla kastedilen, işin birden fazla takvim yılına sirayet etmesidir.** Bu itibarla aynı takvim yılında başlayıp biten işlerde gelir vergisi tevkifatı yapılmayacaktır. Örneğin, daha uzun sürmesine rağmen 01.01.2008 de başlayıp 10.10.2008 tarihinde biten iş için tevkifat yapılmazken, 10.10.2008 tarihinde başlayıp 01.02.2009 tarihinde biten bir işte tevkifat yapılacaktır.

*** İkincisi; işin başlangıcından ne anlaşılması gerektiği konusudur.** Bu konu kanunda düzenlememiştir. Uygulamada sözleşmenin imzalandığı tarihin esas alınması veya işyeri tesliminin yapıldığı tarihin esas alınması şeklinde iki farklı görüş vardır. Esasen işyeri tesliminin yapıldığı tarihin esas alınması daha adil gözükmektedir. Özellikle yükleniciden kaynaklanmayan sebeplerden dolayı işyeri tesliminin geç yapıldığı durumlarda, iş başlangıcının, sözleşmenin imzalandığı tarih olarak alınması yüklenicinin mağduriyetine neden olabilecektir.

*** Üçüncüsü; işin bitiminden ne anlaşılması gerektiği konusudur.** İşin bitiminden ne anlaşılması gerektiği 193 sayılı Kanun'un 44. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, inşaat ve onarma işinin geçici ve kesin kabul usulüne tabi olduğu hallerde geçici kabulün yapıldığını gösteren tutanağın **idarece onaylandığı tarih;** diğer hallerde işin **fiilen tamamlandığı veya fiilen bırakıldığı tarih** bitim tarihi olarak kabul edilecektir.

4- ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR

A- Ek Süre Verilmesi Nedeniyle İşin Yıllara Sari Hale Gelmesi

Yılı içinde bitirilmesi planlandığı halde ek süre verilmesi nedeniyle yıllara sari hale gelen işlerde, ek sürenin verildiği tarihten itibaren ödenen hak edişlerden gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekir. Ek sürenin verilmesinden önce ödenmiş olan hak edişlerden ise geriye dönük bir kesinti yapılmaz.

Örneğin, 2009 yılında başlayıp 15.11.2009 tarihinde bitirilmesi gereken bir inşaat veya onarım işinde, 10.11.2009 tarihinde verilmiş olan ek süre ile işin bitim tarihi 20.02.2010 olarak belirlendiği durumda, 10.11.2009 tarihinden sonra düzenlenen hak edişlerden gelir vergisi tevkifatı yapılacaktır. Bu tarihten önce ödenmiş olan hak edişlerden ise geriye dönük bir kesinti yapılmayacaktır.

B-Cezalı Çalışma Nedeniyle İşin Yıllara Sari Hale Gelmesi

Ek süre verilmemekle birlikte yüklenicinin kusuru nedeniyle iş yıllara sari hale gelmişse, ertesi yıl başından itibaren ödenecek hak edişlerden gelir vergisi tevkifatı yapılacaktır. Yine burada geriye dönük bir tevkifat yapılmayacaktır.

Örneğin 2009 yılında başlayıp 25.11.2009 yılında bitirilmesi planlan bir inşaat ve onarım işi, yüklenicinin kusuru nedeniyle 2010 yılına sarkmış ise 01.01.2010 tarihinden sonra düzenlen hak edişlerden gelir vergisi tevkifatı yapılacaktır. Bu tarihten önce ödenmiş olan hak edişlerden ise geriye dönük bir kesinti yapılmayacaktır.

C-Avans Ödemelerinde Gelir Vergisi Tevkifatı

Yıllara sari İnşaat ve onarım işleri dolayısıyla yükleniciye ödenen avans ödemelerinden de gelir vergisi tevkifatı yapılacaktır. Bu durumda avansın mahsubu sırasında tekrar bir tevkifat yapılmayacaktır.

D-İş Yılı İçinde Başlayıp Bitmiş Olmasına Rağmen Ödemenin Ertesi Yıl Yapılması Durumu

İş yılı içinde başlayıp bitmiş olmasına rağmen istihkak ödemesinin ertesi yıl yapılması işi yıllara sari hale getirmez. Bu durumda yapılan istihkak ödemelerinden gelir vergisi tevkifatı yapılmaz.

5-SENELERE SARİ İNŞAAT İŞLERİ İLE İLGİLİ OLARAK VERİLEN ÖZELGELERDEN BAZILARI:

5.1. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 26.12.2007 tarih ve 27415 sayılı özelgesi

"Sözleşmeye bağlı olarak Ekim 2005 tarihinde başlanılan işin Mayıs 2007 tarihinde feshedilmesi halinde, işin geçici kabul rejimine bağlı olup olmadığına bakılmaksızın bitim tarihi sözleşmenin feshedildiğinin ilgili tarafa tebliğ edildiği tarih kabul edilir. Bu sebeple Ekim 2007 tarihinde feshedildiği tebliğ edilen yıllara yaygın inşaat işinden elde edilen gelir 2007 yılı Gelir Vergisi beyannamesiyle beyan edilmesi gerekir."

5.2. İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 29.7.2008 tarih ve 16467 sayılı özelgesi

"Bir işin, yıllara yaygın inşaat işi olarak kabul edilebilmesi için, taahhüde bağlı olarak başkaları hesabına yapılması ve birden fazla takvim yılına sirayet etmesi gerekmektedir. Özel inşaat işleri ise bünyesinde istihkak ve hakedişe bağlı taahhüt unsuru taşımayan ancak, birden fazla takvim yılına sirayet edebilen niteliktedir. Gerek kendi arsası üzerine gerekse başkasının arsası üzerine kat karşılığı bina inşa ederek satma işinin yıllara yaygın inşaat ve onarma işleri ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu sebeplerle arsa malikleri ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan şirketin, bu sözleşmeye istinaden kendi payına düşen bağımsız bölümleri satış vaadi sözleşmesi ile başka şirkete satması işleminin taahhüde bağlı bir inşaat işi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kat karşılığı inşaat işine bağlı olarak yapılan ve inşa edilen bina veya bağımsız bölümlerin satışını içeren satış vaadi sözleşmesi uyarınca yapılan ödemeler üzerinden vergi kesintisi yapılmasına gerek bulunmamaktadır."

5.3. İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 11.9.2009 tarih ve 7566 sayılı özelgesi

"KVK'nın 6. ve GVK'nın 38. maddesi hükümleri gereğince, kurum kazancı, ticari kazanç niteliğindedir ve elde etme yönünden tahakkuk esası

geçerlidir. Bu arada dönemsellik ilkesi gereğince, işletmenin sürekli kabul edilen ömrü belli dönemlere bölünür ve her dönemin faaliyet sonuçları diğer dönemlerden bağımsız olarak saptanır. Gelir ve giderler tahakkuk esasına göre muhasebeleştirilerek hasılat, gelir ve kârlar aynı döneme ait maliyet, gider ve zararlarla karşılaştırılır. Tahakkuk ise gelirin ve giderin miktar ve mahiyet itibariyle kesinleşmesini ifade eder. Bu itibarla yapılan inşaat tamamen bitirilmediği müddetçe maliyet oluşmayacağından inşaatın devamı süresinde alınan hak edişler avans olarak değerlendirilecek ve söz konusu hak ediş alımları nedeniyle kâr/zarar beyan edilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle aynı yıl içinde başlayıp bitirilen inşaata ilişkin olarak; inşaatın bitirildiği dönemde maliyet bedelinin tespit edilmesi ve alınan hak edişlerle arasındaki farkın (inşaat devam ederken alınan hak edişler dahil) inşaatın tamamlandığı dönem kurum kazancına dolayısıyla geçici vergi matrahına dahil edilerek beyan edilmesi gerekmektedir."

5.4. Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 10.3.2009 tarih ve 7473 sayılı özelgesi

"GVK'nın 43. maddesi; işletme bünyesinde oluşan 'müşterek genel giderlerin' inşaat ve onarma işleri ile diğer işlerin bir arada yapılması durumunda bu işler arasında nasıl dağıtılacağını, VUK 'un 275. maddesi ise imal edilen emtianın maliyet bedelinin hangi giderlerden müteşekkil olduğuna ilişkindir. Buna göre; yıllara sari, inşaat taahhüt işi 'hizmet üretimi' niteliğini haiz olduğundan, GVK'nın 43. maddesi gereğince müşterek genel idare giderlerinden hizmet maliyetine pay verilmesi gerekmektedir. Ancak, gerek kat karşılığı inşaat yapımı ve gerekse kendi arsası üzerine inşaat yapımı ve satımı işleriniz 'mamul üretim' niteliğinde olduğundan bu işlere isabet eden müşterek genel idare giderlerinden mamul maliyetine pay verilmesi veya doğrudan gider kaydedilmesi konusunda VUK' un 275/4. maddesi gereğince tercih hakkı bulunmaktadır. Her türlü gayrimenkul alım satımı ve kiralaması işine isabet eden müşterek genel giderlerin ise doğrudan gider kaydedileceği tabiidir. Öte yandan; GVK'nın 43/3. maddesi birden fazla inşaat ve onarma işlerinde veya bu işlerle sair işlerde müşterek kullanılan tesisat, makine ve ulaştırma vasıtalarına ilişkin amortismanların dağıtılmasını hüküm altına aldığından inşaat ve onarma işi ile sair işlerde müştereken kullanılmayan, sadece sair işlere tahsis edilen tesisat makine ve ulaştırma vasıtalarına ait amortismanlardan inşaat ve onarma işine pay verilmesi mümkün değildir."

6- ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT İŞLERİNDE VERGİ:

6.1- Konuya İlişkin Görüşler:

a) Maliye Bakanlığı'nın Görüşü:

Arsa karşılığı inşaat işinde iki ayrı teslim söz konusudur. (30 Nolu KDV G.T.)

Birincisi; arsa sahibi tarafından müteahhite arsa teslimi,

İkincisi ise; müteahhit tarafından arsaya karşılık olarak arsa sahibine bağımsız birim (konut veya işyeri) teslimidir.

Bilindiği üzere Müteahhit firma ile Arsa Sahibi arasında Noterde düzenlenen "Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat ve Gayrimenkul Satış Vaadi Sözleşmelerinde" tarafların birbirlerine karşı yükümlülükleri belirtilirken; "Mal sahibi, sözleşme hükümlerine göre yüklenici **firmanın uhdesinde kalan dairelerin ve diğer ticari vasıfta mekânların tapu dairesi nezdinde gerekli ferağını vermeyi** ve **yüklenici firma da bahis konusu arsa üzerine bu sözleşme esasları dairesinde bina inşa etmeyi** ve bu iş için mal sahibinden bir bedel talep etmemeyi karşılıklı olarak tamamen kabul ve taahhüt ederler." şeklinde belirlenmektedir.

Bu nedenle ikinci ifade; **"arsaya karşılık olarak müteahhit tarafından arsa sahibine ait arsa payı üzerine inşaat (konut veya işyeri) yapılmasıdır."** şeklinde olmalıdır.

b) Katma Değer Vergisi Kanunu Hükmü:

Yukarıda belirtilen tebliğdeki ifade, önerildiği şekilde değiştirilmesi halinde KDVK'nun 4/2'nci maddesine uygun hale gelecektir. Bilindiği üze-

re, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 4/2'nci maddesi; **"Bir hizmetin karşılığının bir mal teslimi veya diğer bir hizmet olması halinde bunların her biri ayrı işlem olup, hizmet veya teslim hükümlerine göre ayrı ayrı vergilendirilmesi gerekir."** şeklindedir.

Arsa Payı = İnşaat Maliyeti

c) Danıştay'ın Görüşü:

"Arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin para karşılığı satış içermedikleri, trampa sözleşmesi olarak da tanımlanamayacakları, yalnız bağımsız bölümler inşası ve bir kısmının arsa sahibine teslim edilmesi karşılığında, arsanın müteahhit tarafından değerlendirilmesini öngören kendine özgü bir işlem olduğu anlaşıldığından, katma değer vergisinin konusunu oluşturan bir işlem olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır." **(Danıştay 9. Daire'sinin 11.12.2002 Tarih ve E:2000/3395, K: 2002/5057 Sayılı Kararı)**

6.2- Vergiyi Doğuran Olay ve Fatura Düzenleme Tarihi:

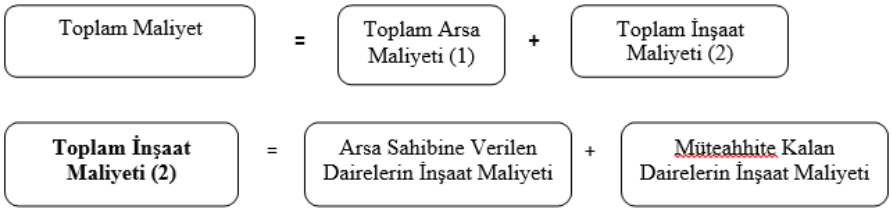
"Arsa karşılığı inşaat işlerinde vergiyi doğuran olay, müteahhitin arsa karşılığı konut, iş yeri gibi bağımsız birimleri arsa sahibine teslimiyle gerçekleşmektedir. Bu tarih itibariyle arsa açısından da vergiyi doğuran olay vuku bulmaktadır." (2011/1 Nolu KDV Sirküleri)

"Vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu tarihte, müteahhitten arsa sahibine yapılacak bağımsız birim teslimleri için müteahhit tarafından düzenlenecek faturada bağımsız birimin niteliğine göre emsal bedeli (arsa payı dahil) üzerinden %1 veya %18 arasında KDV hesaplanması gerekmektedir." (2011/1 Nolu KDV Sirküleri)

Bu ifade esasen yanlıştır. Doğru ifade; "Müteahhit tarafından düzenlenecek faturada arsa sahibine yapılan konut/işyeri inşaat maliyet bedelleri üzerinden %18 oranında KDV hesaplanması gerekmektedir." şeklinde olmalıdır.

6.3- Düzenlenecek Fatura Bedeli:

Bilindiği üzere bir konut/iş yeri maliyeti iki temel unsurdan oluşmaktadır.



Arsa karşılığı inşaat işlerinde, mütahhite verilen arsa payının emsal bedelinin belirlenmesi esas olması gerekirken, Gelir İdaresince müteahhit tarafından arsa sahibine verilen konut/iş yeri emsal bedeli arayışına girilmektedir.

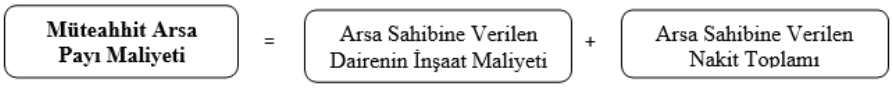
Dolayısıyla Gelir İdaresiyle asıl anlaşmazlık konusu; NEYİN EMSAL BEDELİNİN tespit edilmesi gerektiği hususudur. Diğer bir ifade ile, emsal bedeli tespit edilmesi gereken, arsa sahibi tarafından teslim edilen "arsa payı" mıdır, yoksa müteahhit tarafından arsa sahibinin arsası üzerine inşa edilen dairelerin inşaat maliyeti midir?

İdarenin yanılgısı; olaya müteahhitin arsa sahiplerine yaptığı teslim yönünden bakıyor olması ve yapılan teslimi tüm unsurlarıyla birlikte konut teslimi olarak değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Bu tür bir yaklaşım ve değerlendirme olayın gerçek mahiyetiyle örtüşmemektedir.

Olaya arsa sahibinin müteahhite teslim ettiği arsa payının emsal bedelinin ne olduğu yönüyle bakılması gerekmektedir. Karşılıklı teslimde bilinmeyen arsa payının bedelidir. Burada açıklığa kavuşturulması gereken husus, müteahhit bu arsayı satın alsaydı ne kadar BEDEL ödemesi gerekirdi sorusunun cevabıdır. Bu cevap Gelir İdaresi Başkanlığınca 09.09.2011 tarih ve 1553 sayılı özelge ile verilmiştir. Söz konusu özelge hükmüne göre;

"Müteahhit açısından arsa maliyet bedelini arsa payı karşılığında arsa sahibine teslim edilen daire ve işyerlerinin yapımı için yapılan harcamaların toplamı oluşturmaktadır. Buna göre, arsa karşılığında müteahhit firma tarafından arsa sahibine verilecek daireler için yapılan harcamalar veya ödenen nakit para müteahhit firma açısından arsa sahibinden alınan arsa payının maliyet bedeli olacaktır." Gelir İdaresi Başkanlığı'nın konuya ilişkin görüşü hiçbir tereddüte yer bırakmayacak kadar açıktır.

Yukarıdaki özelgeden anlaşılacağı üzere; emsal bedel olarak, arsa sahibine verilen dairelerin inşaat maliyeti dikkate alınacaktır.



6.4- Konuya İlişkin Örnek Açıklama:

Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak; (A) şahsı **arsasını** (B) Ltd. Şirketi'ne inşaat karşılığı vermiştir.

Konut Adedi	:	10
Müteahhite Kalan	:	6
Arsa Sahibine Verilen	:	4
Toplam İnşaat Maliyeti	:	1,200,000
1 Adet Konut İnşaat Maliyeti	:	120,000
1 Adet Konut Arsa Payı Maliyeti	:	80,000
1 Dairenin Toplam Maliyeti	:	200,000
1 Dairenin Satış Fiyatı	:	250,000

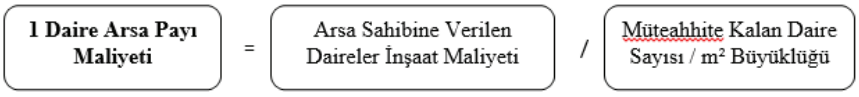
a) Maliyet Bedeli Esası:

Bu durumda müteahhitin muhasebe kayıtlarındaki maliyetler aşağıdaki gibi olacaktır.

	Arsa Payı	İnşaat Maliyeti	Toplam Maliyet
Müteahhit	480,000	720,000	1,200,000
Arsa Sahibi	?	480,000	?

b) Arsa Payı Dahil Maliyet Esası:

2011/1 nolu KDV sirkülerinde müteahhit tarafından arsa sahibine düzenlenecek faturada, bağımsız birimin niteliğine göre emsal bedeli (arsa payı dahil) üzerinden katma değer vergisi hesaplanması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda arsa payı maliyeti aşağıdaki gibi hesaplanacaktır.



Örneğimize göre, 1 dairenin arsa payı maliyeti aşağıdaki gibi olacaktır.

1,200,000 / 10 x 4 = 480,000 / 6 = 80,000 TL Arsa Payı Maliyeti

Arsa Payı Maliyeti + İnşaat Maliyeti = Konut Maliyeti

80,000 + 120,000 = 200,000 TL

c) Ortalama Satış Fiyatı Esası:

Daha önceki aylarda taşınmaz (bağımsız birim) satışlarının bulunması halinde emsal bedeli belirlenecek olan taşınmazın (bağımsız birimlerin) daha önceki aylardaki satış bedelleri ve miktarlarına dayanılarak VUK'nun 267'nci maddesine göre ortalama fiyat esasına göre emsal bedelinin tespit edilmesi mümkün olacağından ilk olarak bu usulün kullanılması gerekmektedir.

7-ARSA SAHİBİNİN DAİRELERİNİ SATMASI DURUMUNDA VERGİLENDİRME

7.1- İktisap Tarihinin Tespiti:

Arsa olarak iktisap edilen gayrimenkul üzerine bina inşa edilmesi veya söz konusu gayrimenkulün kat karşılığı verilmesi sonucu alınan gayrimenkullerin tapuya tescili, cins tashihi sayılarak tapuya tescil tarihinin iktisap tarihi olarak kabul edilmesi gerekir.

Ancak, gayrimenkulün tapuya tescil tarihinden önce sahibinin fiilen kullanımına bırakıldığı, söz konusu gayrimenkulleri fiilen kullandıklarını tahsis belgesi, teslim tutanakları, su, elektrik, telefon, doğalgaz faturaları ve benzeri belgelerle tevsik etmeleri halinde, iktisap tarihi olarak tapuya tescil tarihi yerine fiilen kullanıma bırakılma tarihinin kabul edilmesi gerekir. (GVK Sirküleri 2011/2)

7.2- Satış Şekline Göre Vergilendirme:

İktisap (tapuda tescili veya fiili teslim) tarihinden itibaren beş yıl içerisinde bir defada aynı kişiye satılması durumunda, gayrimenkullerin satışından elde edilen toplam bedele ilgili yılda geçerli olan istisna tutarı bir kez uygulandıktan sonra bakiye kazancın, değer artışı kazancı olarak vergilendirilmesi gerekir. Söz konusu birden fazla gayrimenkulün;

i) Aynı kişiye farklı tarihlerde,

ii) Farklı kişilere aynı tarihlerde,

iii) Birbirini izleyen yıllarda,

Satılması, devamlı olarak gayrimenkul alım-satım işiyle uğraşıldığına karine teşkil edeceğinden elde edilen kazancın, ticari kazanç olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. (09.06.2011 tarihli Özelge)

7.3- Konuya İlişkin:

Gelir Vergisi Kanunu'nun ticari kazanç ve değer artış kazancına ilişkin hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinde;

a) Gayrimenkul alım-satım işleriyle, belli bir ticari organizasyon içinde, kazanç sağlamak amacıyla devamlı olarak uğraşılması halinde bu işlerden bir takvim yılı içinde elde edilen safi kazancın "ticari kazanç",

b) Bunun dışındaki amaçlarla elde edilen gayrimenkullerin değerinde meydana gelen artıştan kaynaklanan kazançların ise yasa maddesinde öngörülen esaslar çerçevesinde "değer artış kazancı" olarak vergilendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla ticari organizasyon içerisinde gerçekleşmeyen birden fazla gayrimenkulün tek tek veya toplu olarak satışı, yapılan işlemden doğan kazancın unsurunu değiştirmez. Önemli olan husus, elde edilen kazancın gayrimenkulün değerinde meydana gelen artıştan mı yoksa organizasyon içinde gerçekleştirilen ve oluşturulan katma değerden kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır.

Aksi takdirde, yukarıda yer alan değer artış kazancı veya ticari kazanç unsurları arasındaki ayırıma yönelik kıstası yok sayarak, Gelir İdaresi'nin iddia ettiği gibi yapılacak vergilendirmede birden fazla işlemin olduğu her durumda, elde edilen kazancı ticari kazanç olarak nitelendirme yolunu seçecek olursak, Gelir Vergisi Kanunu'nun mükerrer 80'inci maddesinde yer alan değer artış kazançlarının uygulama alanı kalmayacaktır. Şayet yasa koyucunun bu yönde bir amacı olsaydı, mükerrer 80'inci maddede yer alan verginin konusuna giren işlemlerin "tek bir işlem" yada "tek bir yıl" için geçerli olduğu açıkça belirtilirdi.

7.4- İvazsız İktisaplarda Vergilendirme:

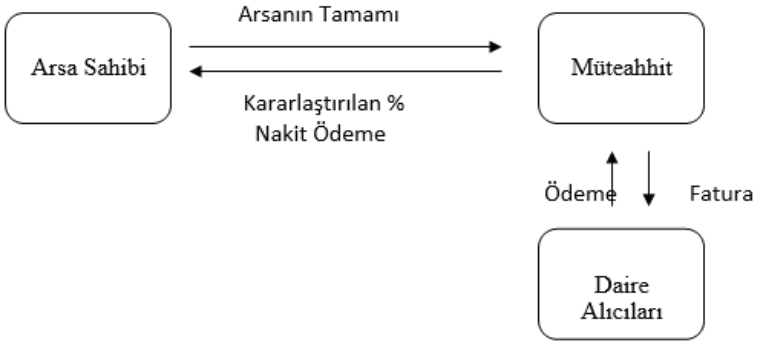
Gayrimenkullerin ivazsız şekilde iktisap edilmesi değer artışı kazancının konusuna girmemektedir. Bu çerçevede ivazsız olarak iktisap edilen gayrimenkulün üzerine, sahibi tarafından inşa edilen veya kat karşılığı

olarak alınan gayrimenkullerin, daha sonra elden çıkarılması halinde elde edilen gelir, değer artışı kazancı kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Veraset yoluyla iktisap edilen gayrimenkulün, cins tashihi yapılarak kat karşılığı verilmesi halinde, "ivazsız iktisap edilme" niteliği değişmeyeceğinden, gayrimenkulün satışından elde edilen gelir de değer artışı kazancına tabii olmayacaktır. (GVK Sirküleri 2011/2)

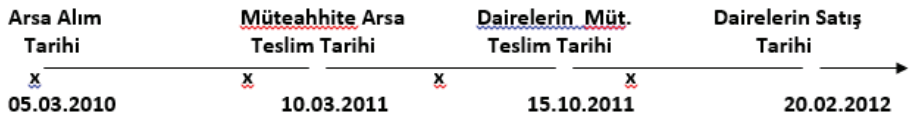
8- HASILAT PAYLAŞIMI KARŞILIĞI ARSA TESLİMİ:

a) Uygulamada **"Hasılat Paylaşımı**", yada **"Gelir Paylaşımı**" vb. şekillerde düzenlenen sözleşmeler uyarınca yapılan işlerde, **inşa edilen bağımsız birimler** yerine bunların **hasılatı paylaşılmakta** olup**,** bu tür sözleşmeler gereğince yapılan işlerin de 30 Seri Nolu KDV Genel Tebliğinde düzenlenen **"Arsa Karşılığı İnşaat"** olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. (2011/1 Nolu KDV Sirküleri)



b) Bağımsız birimlerin üçüncü şahıslara satışında, vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu tarihte **sadece müteahhit tarafından üçüncü şahıslara fatura düzenlenecek,** faturada gösterilen toplam bedel üzerinden bağımsız birimlerin niteliğine göre **%1** veya **%18** oranında KDV hesaplanarak beyan edilecektir. (2011/1 Nolu KDV Sirküleri)

c) Arsanın bir iktisadi işletmeye dahil olması veya arsa sahibinin arsa alım satımını mutad ve sürekli bir faaliyet olarak sürdürmesi halinde, vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu tarih itibariyle hasılattan kendisine kalan pay için müteahhite arsa satış faturası düzenleyecek, fatura bedeli üzerinden genel esaslara göre KDV hesaplayarak beyan edecektir. Arsa tesliminin, KDV'nin konusuna girmemesi veya KDV'den istisna edilmiş olması halinde bu teslimde KDV hesaplanmayacaktır. (2011/1 Nolu KDV Sirküleri)



d) Hasılat Paylaşımı Muhasebe Kaydı:

----------/----------

20. Alıcılar 2,525,000

600. Yurtiçi Satışlar 2,500,000
391. Hes. KDV 25,000

0 Adet Konut Satışı

----------/----------

51. Arsa Maliyeti 1,000,000

320. Satıcılar 1,000,000

ırsa Payı Bedeli (Hasılatın %40)

----------/----------

20. Satıcılar 1,000,000

102. Bankalar 1,000,000

ırsa Sahibine Ödeme

----------/----------

20. S.M.M. 2,200,000

152. İnşaat Maliyeti 1,200,000
152. Arsa Payı Maliyeti 1,000,000

atılan 10 Adet Daire Maliyeti

----------/----------

Daire Sayısı	Satış Tutarı	Maliyet	Kar
10	2,500,000	2,200,000	300,000

e) Hasılat paylaşımı sözleşmesiyle ilgili olarak;

- Asgari bir bedel+elde edilen hasılatın yüzdesi
- Arsa tapusunun devir zamanı ve şekli

(Arsa Sahibi >>>> Müteahhit >>>>>Alıcı --Kat İrtifakı

-Kat Mülkiyeti)

- Satış bedellerinin paylaşım zamanı ve şekli
- Satışın öngörülen sürede yapılamaması vb. sorunlar yaşanabilmektedir.

9- KOOPERATİFLERE YAPILAN İNŞAAT TAAHHÜT İŞLERİ:

9.1- Yasal Mevzuat:

a) "29.7.1998 tarihinden önce bina inşaat ruhsatı almış olan **"Konut Yapı Kooperatiflerine**" yapılan inşaat taahhüt işleri, katma değer vergisinden müstesnadır."(KDVK. Geçici 15. Md)

b) "29.7.1998 tarihinden sonra **bina inşaat ruhsatı alınmış inşaatlara** ilişkin olarak konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat işleri ise 2007/13033 sayılı B.K. Kararnamesine ekli (I) sayılı listenin 12. sırası uyarınca **%1** oranında KDV'ye tabi bulunmaktadır.

9.2- İstisna/İndirimli Orandan Yararlanma Koşulları:

Konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat taahhüt işlerinde istisna veya indirimli oran uygulanabilmesi için;

a) Kooperatifin konut yapı kooperatifi statüsünde olması,

b) İşin konut yapı kooperatifine yapılması,

c) Yapılan işin inşaat işi olması ve taahhüde dayanması,

*** d)** Arsanın tapu sicilinde kooperatif adına tescil edilmesi,

e) Yapı ruhsatının konut yapı kooperatifine verilmiş olması,

gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen koşullara uyulmadığı takdirde konut yapı kooperatiflerine yapılacak teslim ve hizmetler, söz konusu teslim ve hizmetler için belirlenen oranlarda KDV'ye tabi tutulacaktır.

***** Danıştay 4. Dairesi'nin **27.11.2008** tarih ve **2008/2158** Esas Nolu Kararı ile tebliğin bu hükmü durdurulduğundan, konut yapı kooperatiflerine ifa edilecek inşaat taahhüt işlerinde istisna ya da indirimli oran uygulamasında "inşaatın yapıldığı arsanın tapu sicilinde inşaat taahhüt hizmetini alan kooperatif tüzel kişiliği **adına tescil edilmiş olması" şartı ayrıca aranmayacaktır.**

9.3- Kapsama Giren İşlemler:

a) Kapsama giren inşaat taahhüt işlerinin neler olduğu 2011/1 Nolu KDV Sirkülerinde belirtilmiştir.

b) Müteahhitlerin konut yapı kooperatiflerine karşı üstlendikleri inşaat taahhüt işlerinin bir kısmını taşeronlara yaptırmaları halinde, taşeronun müteahhide verdiği hizmet genel esaslara göre KDV'ye tabi olacaktır.

c) Tasfiyeye giren konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat taahhüt işlerine istisna veya indirimli oran uygulanmayacaktır.

d) KDVK.'na göre konut yapı kooperatiflerine yapılan inşaat taahhüt işlerinde istisna veya indirimli oran uygulaması, konutların kullanılmaya başlanılmasına (yapı kullanım izin belgesi alınmasına) kadar yaptırılacak inşaat taahhüt işlerini kapsamaktadır.

e) Konut yapı kooperatiflerince üyelerinin sosyal ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere yaptırılan okul, hastane, sağlık ocağı, ibadethane gibi yapılara ilişkin inşaat taahhüt işlerinde; kooperatifin inşaat ruhsatının 29.7.1998 tarihinden önce alınmış olması halinde kısmi istisna hükümlerine göre ve ruhsatın bu tarih veya daha sonra alınmış olması halinde %1 KDV oranı uygulanmak suretiyle işlem yapılabilecektir. (14.3.2006 tarihli Özelge)

9.4- KOOPERATİFİN ARSA KARŞILIĞI İNŞAAT YAPMASI:

a) Kooperatifin Arsa Sahibi Olması:

Yapı ruhsatında adı "Yapı Sahibi" bölümünde yer alan bir konut yapı kooperatifinin, adı "Yapı Müteahhidi" bölümünde yer alan başka bir konut yapı kooperatifi ile kat karşılığı anlaşması durumunda, arsa sahibi kooperatife konut teslimi söz konusu olduğundan istisna yada indirimli oran uygulamasından söz edilemeyecektir. (2011/1 Nolu KDV Sirküleri)

b) Kooperatifin Müteahhit Olması:

Bina inşaat ruhsatının "Yapı Müteahhidi" bölümünde adı yer alan ko-

nut yapı kooperatifine bu kapsamda ifa edilen inşaat taahhüt işleri, işin sahibi söz konusu konut yapı kooperatifi olmadığından ve dolayısıyla "işin konut yapı kooperatifine yapılması"na yönelik koşul gerçekleşmediğinden genel hükümler çerçevesinde KDV'ye tabi olacaktır. (2011/1 Nolu KDV Sirküleri)

9.5- Konut Yapı Kooperatiflerinin Konut Teslimi:

a) Üyelerine Konut Teslimi:

***3.7.2009 tarihinden önce** bina inşaat ruhsatı almış olan konut yapı kooperatiflerinin üyelerine yapacakları konut teslimleri, m^2 büyüklüğüne bakılmaksızın **KDV'den istisna olacaktır.** (KDVK: Geçici 28. Madde Hükmü)

***3.7.2009 tarihinden sonra** inşaat ruhsatı alan konut yapı kooperatiflerinin net alanı 150 m^2'ye kadar konut teslimleri **%1**, diğer taşınmaz teslimleri ile 150 m^2'nin üzerindeki konut teslimleri ise **%18** oranında KDV'ye tabi tutulacaktır.

b) Üyeleri Dışındaki Kişilere Teslimleri:

* Konut yapı kooperatiflerinin üyeleri dışındaki kişilere yapacakları taşınmaz satışları (3.7.2009 tarihinden önce bina inşaat ruhsatı almış olan konut yapı kooperatifleri de dahil) genel oranda KDV'ye tabi olacaktır.

* Kooperatifin kat karşılığı yaptığı inşaatlarda arsa sahibine konut teslimlerine ilişkin düzenlenecek faturalarda emsal bedel üzerinden katma değer vergisi hesaplanacaktır. **(14.6.2007 tarihli Özelge)**

Kooperatifiniz tarafından üyeleriniz dışında üçüncü şahıslara yapılacak 150 m^2'ye kadar konut teslimlerine %1 oranında, 150 m^2'den büyük konut teslimleri ile işyeri teslimlerine ise genel oranda katma değer vergisi uygulanacaktır. **(12.4.2005 tarihli Özelge)**

Sonuç olarak, inşaat işlerini sınıflandırmakla birlikte, inşaat işlerinde vergi uygulamalarını, Danıştay ve Maliye Bakanlığı arasındaki görüş ayrılıklarını izah etmeye çalıştık.

KAYNAKÇA:

1. İLKER HASAN DUMAN, İNŞAAT HUKUKU, 7. BASKI, 2016 , İSTANBUL
2. İNŞAAT MUHASEBESİ, VERGİLENDİRME VE ASGARİ İŞÇİLİK, KAZIM YILMAZ CE-KA YAYINLARI
3. KAT KARŞILIĞI İNŞAAT MUHASEBESİ VE VERGİ UYGULAMALARI EYLÜL 2016, ÖZGÜR ÇATIKKAŞ, MEHMET ERSOY, CAFER ŞUEKİNCİ
4. Ümit Saraçoğlu, Gürol Ürel "Kat Karşılığı İnşaat İşlerinde Vergileme Sorunları" Makalesi.
5. http://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/diger/makale/kat-karsiligi-insaat-islerinde-vergileme-sorunlari.html

KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİNDEN ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞU

Av. İnci ERBİLEN

GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde kural olarak kusur sorumluluğu esas iken kanun bazı hallerde kişilerin kusuru aranmaksızın sorumlu tutabilecekleri kurumlar düzenlemiştir. Bahsi geçen kurumlarla beraber kusurlu sorumluluğun istisnası olarak bazı kusursuz sorumluluk hallerine kanunda yer verilmiştir.

Kusursuz sorumluluk hallerinden biri olarak düzenlenen 'Adam Çalıştıranın Sorumluluğu' kendi menfaati için yanında birilerini çalıştıran kimselerin, işi başkasına yaptırmakla sorumluluktan kolayca sıyrılmalarını engellemek amacıyla ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, zarar görenin zararının tazmin edilebilmesi düşüncesi de kusursuz sorumluluk hallerinin doğmasında etkendir. Zira, genellikle çalışan kimselerden uğranılan zararın tazmin edilmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Kanunda yer alan düzenleme ile, yanında adam çalıştıran kişiye özenli davranma yükümlülüğü yüklenmiş, bu özen yükümlülüğüne aykıra davranması sonucu sorumluluğunun doğacağı belirtilmiştir. Böylelikle, hem çalışma standartlarının geliştirilmesi hem de zarar göreninin zararını tazmin edebilme imkanı oluşmuştur.

Çalışmamızda, kusursuz sorumluluk hallerine kısaca değinilecek olup daha sonra da TBK'da düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinden adam çalıştıranın sorumluluğu incelenecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, adam çalıştıranın sorumluluğu kavramı, sorumluluğun niteliği, sorumluluğun borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu ile birlikte değerlendirilmesi yapılacaktır. Daha sonra, sorumluluğun şartları incelenecek, yeri geldiğinde 6098 sayılı kanunun 'Adam Çalıştıranın Sorumluluğu' bakımından getirdiği yenilikler üzerinde durulacak ve sorumluluğun sonuçlarından kısaca bahsedilecektir.

I- Genel Olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kusursuz Sorumluluk

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan haksız fiilden doğan borç ilişkileri, kural olarak kusur sorumluluğu çerçevesinde dü-

zenlenmiştir. Yani, zarar görenin zararını haksız fiil esaslarına göre tazmin etmek için başvurabilmesi için zarar verenin kusurlu olması gerekir. Ancak, kanunda istisnai olarak, bazı hallerde kusuru olmayan kişinin meydana gelen zarardan sorumlu olacağı belirlenmiştir.

Kusurun sorumluluk için yetersiz kalması yanında teknik gelişmeler de kusursuz sorumluluğu gerekli kılmış, kusur aranmazsızın hatta bazen de hukuka aykırılık bulunmaksızın sorumluluğun düzenlendiği haller olan kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin düzenlemelere mevzuatımızda yer verilmiştir[1].

Sorumluluk çerçevesine giren bir zararın meydana gelmesi halinde, gerekli özenin gösterilmemiş olduğu ve zararın meydana geldiği karine olarak kabul edilmektedir[2].

Kusursuz sorumluluk kavramı ile zarardan dolayı sorumlu olacak kişinin, zararı tazmin etmesi için kusurlu olmasının aranmayacağı haller düzenlenmiş olup3, adam çalıştıranın yardımcı kullanmak suretiyle elde ettiği yarar ve genellikle emir altında çalışanın zararı ödeme gücüne sahip bulunmaması sebebiyle, Türk Borçlar Kanunu'nda kusura dayanmayan, sorumluluk halleri düzenlenmiştir[4].

Kusursuz sorumluluk ilke olarak, zarara sebep olma düşüncesine dayanır. Bu tür sorumluluk açısından, illiyet bağının önemi büyüktür. Sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, hukuka uygunluğu ve sorumluluğu doğuran sonuç ile zarar arasında uygun sebep sonuç ilgisinin bulunması yeterlidir[5]. Kusursuz sorumluluğa, bu anlamda sebep sorumluluğu denebileceği gibi, bir kişinin subjektif yönden kınanabilecek hiçbir davranışının bulunmamasına rağmen onun sorumlu tutulması anlamında objektif sorumluluk[6] da denilebilir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 66. Maddesinde "adam çalıştıranın sorumluluğu" ile yine aynı kanunun 67. Maddesinde "hayvan bulunduranın sorumluluğu" düzenlenmiştir. İlgili maddelerde düzenlenen haller, objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması esasına dayanan kusursuz sorumluluk halleridir[7].

Adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamına giren haksız fiillerde, adam çalıştıranlara, çalıştırdıkları kişiler üzerindeki egemenlikleri sebebiyle, denetimleri altındaki kişilerin, başkalarına zarar vermemesi konusunda yükletilmiş objektif özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması, sorumluluğun temelini oluşturmaktadır[8]. Hayvan bulunduranın sorumluğunda da yine aynı şekilde, hayvan sahibinin hayvan üzerindeki egemenliği sebebiyle denetimi altındaki hayvanın başkalarına zarar ver-

memesi için gereken objektif özen gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması sorumluluğun doğmasına sebebiyet verecektir.

II- Adam Çalıştıranın Sorumluluğu:

A. Kavram

Adam çalıştıranın, çalışanlarının işlerini gördükleri sırada verdikleri zarardan sorumlu olması, kusura dayanan bir sorumluluk değildir[9]. Sorumluluğun doğması açısından çalıştıranın ve çalışanın kusuruna bakılmayacaktır[10]. Buna göre çalıştıran, çalışanının haksız bir fiille üçüncü kişilere verdiği zarardan, çalışanın kusuru olmasa da sorumlu tutulur[11].

Adam çalıştıranın sorumluluğu TBK'nın 66. maddesinde düzenlenmiştir.

TBK m.66/I uyarınca, adam çalıştıran, çalışanının kendisine verilen işi yapması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Maddenin ikinci fıkrasında ise adam çalıştıranın, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ettiği takdirde sorumlu olmayacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, bir işletmede adam çalıştıran kişinin, o işletmenin çalışma düzeninin, zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise, adam çalıştıranın, ödediği tazminatı, çalışanının bizzat sorumlu olduğu ölçüde, zarar veren çalışanına rücu etme hakkına sahip olduğuna değinilmiştir.

Burada önemli olan, adam çalıştıranın özeni göstermemede kusuru bulunmaması halinde dahi sorumlu olacağıdır[12].

B. Sorumluluğun Niteliği:

Adam çalıştıranın sorumluluğu, kusursuz sorumluluk türlerinden özen sorumluluğudur[13].

Özen sorumluluğunun dayandığı olgu, sorumlu tutulan kişinin kanunun kendisine yüklemiş olduğu objektif özen yükümlülüğünü yerine geirmemesi durumunda doğacağı gibi[14], sorumluluğun özen yükümlülüğüne aykırılık dışında başka bir esasa dayanması da mümkündür[15].

Kanun koyucu TBK'nın 66. maddesinde adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü yüklemiştir. Bununla beraber sorumluluğun kaynağı, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü, yani çalışanlar

üzerindeki denetim ve gözetim ödevlerini yerine getirmemesine ilişkindir. Adam çalıştıranın sorumluluğu, adam çalıştıranın kanun tarafından kendisine yüklenen objektif özen yükümlülüğünü ödevini ihlal etmesine dayanmaktadır[16].

C. TBK 66 ile TBK 116 Arasındaki İlişki (Adam Çalıştıranın Sorumluluğu ile Borçlunun Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumlululuğu):

TBK'da bir başka kişinin fiilinden doğan sorumluluğa ilişkin düzenlemelere örnek olarak, çalışanın davranışının haksız fiil oluşturması durumunda TBK m. 66 ve yardımcının davranışının borca aykırı davranış oluşturması durumunda TBK m. 116 örnek gösterilebilir. Belirtilen kanun maddelerinin ortak özelliği iki hükümde de, sorumlu kişinin gerçek kusurunun aranmayışıdır[17].

TBK m. 116'da borçlunun yardımcı kişiden bir borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasında faydalanılması söz konusudur ve sorumluluk, yardımcı kişinin işi yürüttüğü sırada diğer tarafa verdiği zarardan kaynaklanır[18]. Bu nedenle, adam çalıştıranın sorumluluğu ile TBK m. 116'dan doğan sorumluluğun dayanaklarının farklı olması anılan sorumlulukların temel farklılıklarını ortaya koymaktadır.

TBK m. 66'ya göre yardımcı kişi, üçüncü kişiye sözleşme dışı sorumluluk çerçevesinde zarar verir. Burada, gerçekleşen zarardan önce zarar gören üçüncü kişi ile adam çalıştıran arasında sözleşmeye dayalı bir ilişki bulunmamaktadır. Yine, TBK m. 116'da zarar gören alacaklı ile borçlu, borcun ifasında yardımcı kişi kullanmaktadır. TBK m. 116'da zarar gören alacaklı ile borçlu arasında daha önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedilebilecektir.

TBK m. 116'da borçlunun borcun ifasında veya bir borçtan doğan hakkın kullanılmasında çalıştırdığı yardımcı kişinin, işini gördüğü sırada alacaklıya vermiş olduğu zarardan sorumluluğu düzenlenmiş olup sorumluluk üçüncü kişinin davranışından sorumluluk olarak değerlendirilir ve ancak bir borca aykırılığın gündeme gelmesi halinde uygulama alanı bulur[19].

TBK m. 66'ya örnek olarak, çatıya kiremit döşeyen bir işçinin elinden düşen kiremidin yoldan geçen bir kişinin başına düşmesi sonucu meydana gelen zarar hali gösterilebilir. Burada adam çalıştıran ile yoldan geçen kişi arasında daha önce kurulmuş hiçbir hukuki ilişkinin varlığından bahsedilemez.

Buna karşılık TBK m. 116'ya ilişkin olarak, berber dükkanında tıraş olan bir müşteriyi, tıraşı yapan kalfanın gerekli dikkati göstermeyerek ustura ile yaralaması hali gösterilebilir. Burada adam çalıştıran aynı za-

manda borçlu durumunda olan berber ustasıyla tıraş olan kişi arasında mevcut bir sözleşmesel ilişki bulunmaktadır[20].

TBK'da düzenlenen iki hüküm arasındaki bir diğer fark ise, TBK m. 116 hükmünde borçluya kurtuluş kanıtı getirme hakkının tanınmamış olmasıdır. TBK m. 66 uyarınca, yardımcı kişi kusuru olsun olmasın adam çalıştıran daima sorumlu olacaktır[21].

Bunun aksine, TBK m. 116'ya göre borçlu yardımcı kişi yerine geçip, onun davranışında bulunmuş olsaydı, bu davranış kendisine kusur olarak yükletilebilecek ise sorumlu olur. Bu nedenle, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için yardımcı kişinin fiilini, onun yerine kendisi yapmış olsaydı bunun kendisine bir kusur olarak yükletilemeyeceğini ispat etmesi gerekmektedir[22]. Burada farazi kusur söz konusu olacağından borçlunun kendisinin kusursuz olduğunu ispat etmesi sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayacaktır[23].

Dolayısıyla, TBK m. 66'da adam çalıştırana sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanındığı için bu açıdan TBK m. 116 hükmünün, TBK m. 66'ya göre daha ağır bir hüküm olduğundan bahsedilebilir[24].

Belirtilmelidir ki adam çalıştıranın sorumluluğunda adam çalıştıran ile çalışan arasında bir bağımlılık ilişkisi aranırken, yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta borçlu ile yardımcı kişi arasında böyle bir ilişkinin varlığından söz edilemez.

Yine, adam çalıştıran, çalışanın kendisine verilen işin görülmesi sırasında meydana gelen zararlardan sorumlu iken, yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta, borçlu hem borcun ifası hem de bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılması sırasında alacaklıya verilen zarardan sorumludur[25].

Ek olarak, doktrindeki bir görüşe göre yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk anlamında sözleşme sorumluluğunda sorumsuzluk sözleşmesi yapmak mümkün olmakla beraber adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen madde uyarınca sorumsuzluk sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Bu görüşü savunan yazarlar, adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 66'ya göre doğan sözleşme dışı sorumluluk emredici nitelikte olup bu sorumluluktan sözleşme ile kurtulmanın mümkün olmayacağını belirtmektedirler[26].

Bu görüşe karşı olan bazı yazarlar, her iki sorumluluk açısından doğan zararlar hakkında irade serbestliği çerçevesinde adam çalıştıran ile zarar görenin sorumsuzluk sözleşmesi yapmasının mümkün olacağını belirtmektedir[27].

Kanaatimizce, kanunun emredici nitelikte düzenlediği bir sözleşme dışı sorumluluğun bir sorumsuzluk sözleşmesi ile ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığına ilişkin görüş yerindedir. Zira, sorumsuzluk sözleşmesiyle adam çalıştıranın sorumluluğundan kurtulabilmesi varsayımında, belirtilen sorumluluğun kanunda kusursuz sorumluluk başlığı altında düzenlenmesindeki kişinin kusuru olmasa da sorumlu tutulması amacına ters düşeceği açıktır.

Sorumluluklar arasındaki bir diğer fark da zamanaşımı bakımından ortaya çıkar. Adam çalıştıranın sorumluluğuna dayanan tazminat talepleri bazen iki yılda zamanışıma uğramakta iken yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta zamanaşımı süresi 10 yıl olarak düzenlenmiştir[28].

Son olarak, yukarıda karşılaştırılması yapılan iki sorumluluk halinin yarışmasının mümkün olup olmadığı hususuna değinmek gerekirse, bunun mümkün olabileceği belirtilmelidir. Zira, sözleşmeden doğan bir borcun ihlalinin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi halinde, zarar gören istediği sorumluluğa başvurabilecektir[29].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, "Özel hastanede ameliyat olan bir kimsenin, hekim hatası sebebiyle uğramış olduğu zarardan, hastane sahibinin, hem TBK m.116 hem de TBK m. 66 gereğince sorumlu olduğunu" belirtmiştir[30].

Ancak, genel olarak Yargıtay kararları incelendiğinde, Türk Yargıtayının özel hastanelerde çalışan hekimlerin, işlerini yaparken hastalara verdikleri zararlar konusunda hekim ve hasta arasındaki ilişkinin TBK. m. 66 olduğunu kabul ettikleri görülmektedir[31].

D. Sorumluluğun Şartları:[32]

a) Genel Şartlar

i. Zarar:

Tazmin yükümlülüğünün doğması için en önemli koşul olan zarar, bir eksilmeyi veya kaybı ifade etmektedir. Zararı ortaya çıkması, tazminat yükümlülüğünün doğumuna engel olur[33].

Üçüncü kişinin zarar görmüş olması sorumluluğun genel şartlarını oluşturan unsurlardan biridir. Buradaki zarar kavramı maddi ve manevi zararı kapsamaktadır[34].

Maddi zarar[35], bir kimsenin iradesi dışında, malvarlığında meydana gelen parayla ölçülebilen azalmadır. Malvarlığı aktifinin azalması ve pasifinin çoğalması yanında, yoksun kalınan kar da bu kapsamda yer alır[36]. Manevi zarar ise kişilik hakkına yönelen tecavüz sebebiyle ortaya çıkar[37].

Adam çalıştıranın sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için bi zararın meydana gelmesi şarttır. Adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında şartları gerçekleşmişse maddi ve manevi zarar talep edilmesi mümkündür38. Yargıtay'ın konuya ilişkin verdiği kararlar da aynı yöndedir[39].

TBK m. 66 hükmü talep edilecek olan zarar bakımından tür ve miktar olarak bir sınırlama getirmemiştir. Bu nedenle, sorumluluk şartları çerçevesinde sorumluluk nedeniyle ortaya çıkan bütün zararlar bakımından, adam çalıştıranın sorumluluğuna başvurmak mümkündür.

TBK m. 117/2 hükmü uyarınca haksız fiilin işlendiği ya da olayın meydana geldiği tarih itibari ile adam çalıştıran temerrüde düşmüş olur[40] ve tazminat üzerinden temerrüt faizi talep edilebilir[41].

Yine TBK m. 76'da belirlenen şartların[42] gerçekleşmesi halinde, açılacak tazminat davasında, geçici ödemeye karar verilmesi de mümkündür.

Zararın varlığını ispat yükü zarar gören üzerinde[43] olmakla beraber, zarar gören taraf gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir[44]. Doktrinde, adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında zarara uğrayan kişinin işletmeye yabancı bir kişi olması gerekmediği, işleten bakımından her bir çalışanın 3. Kişi olduğu bu nedenle işletme faaliyetinden dolayı çalışana zarar verilmesi halinde işletenin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, eBK'da düzenlenen adam çalıştıranın sorumluluğundan farklı olarak TBK'da yer verilen m. 66/III (Organizasyon Sorumluluğu) uyarınca, çalışanın uğradığı zarara mutlaka bir diğer çalışanın sebep olması zorunlu olmamakla beraber, çalışanı bir çalışan ya da bir makine vb. İşletme unsurunun zarara uğratması mümkündür[45].

İi. Uygun İlliyet Bağı:

Genel şartların ikincisi, gerçekleşen zararla yardımcı kişinin davranışı, özellikle objektif özen yükümlülüğünün ihlali arasında uygun bir illiyet bağının mevcut olmasıdır[46]. Ortaya çıkan zarar, çalışanın davranışının, özen yükümlülüğünün bir ihlalinin sonucu olmalıdır[47]. Bir başka deyişle, çalışanın üçüncü kişiye verdiği zarar, işin görülmesi sırasında ve işle ilgili olmalıdır.

Adam çalıştıranın sorumluluğunda, çalışanın hukuka aykırı fiili, zarar ve fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı aranır[48.] Söz konusu illiyet bağı, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasındaki nedensellik bağından farklıdır[49].

Bir takım sebeplerin ortaya çıkmasıyla illiyet bağını kesmesi durumunda adam çalıştıranın sorumluluktan kurtulacağı belirtilmelidir. Burada

bahsedilen illiyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ile zarar görenin kusuru olup bu sebeplerin illiyet bağını kesecek yoğunlukta olması aranır[50]. Zira, belirtilen sebeplerin illiyet bağını kesecek derecede olmaması halinde, bu sebepler sadece tazminat miktarının indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır[51].

iii. Hukuka Aykırılık:

Sorumluluğun üçüncü unsuru hukuka aykırılık unsurudur. Zarar gören, zarar verme olgusunun hukuka aykırı olduğunu ispat etmek zorundadır.

Adam çalıştıranın sorumluluğu, özen sorumluluğu olduğu için, kusur sorumluluk için şart değildir ancak yine de, adam çalıştıranın veya çalışanın davranışı kusurlu ise bu kusur ek kusur olarak değerlendirilir. Böylece bazı hallerde kurtuluş kanıtının getirilmesine, bazı hallerde ise illiyet bağının kesilmesine engel olabileceği gibi o yoğunlukta değilse, zarar görenin kusurunu ortadan kaldırarak tazminattan indirim yapılmasına da engel olabilir[52].

TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıranın veya çalışanın kusuru, gerek maddi gerek manevi zararın tazmini için gerekli değildir. Dolayısıyla, çalışanın davranışı, zarar görenin vücut bütünlüğü ihlaline veya adam öldürülmesine ya da diğer kişilik değerlerinin zedelenmesine sebep olmuşsa, bu davranış kusursuz olsa bile, adam çalıştıran manevi zararı gidermek zorundadır[53].

b) Özel Şartlar:

i. Çalıştıran ile çalışan arasında bir çalıştırma ilişkisi bulunmalıdır.

Adam çalıştıranla çalışan arasında bri çalıştırma ilşkisi mevcut olmalıdır. TBK m. 66'ya göre adam çalıştıran kavramı, işveren kavramından daha geniştir. İşlerini gördürmek amacıyla bağımlılık ilişkisi içinde üçüncü bir kişinin hizmetine başvuran, onun hizmet ediminden yararlanan, onun üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kimseye, adam çalıştıran denir54.

Bağımlılık ilişkisinin en önemli unsuru, adam çalıştırmanın, çalışanın hizmetinden yararlanmanın, adam çalıştıranın menfaatine yöneltilmesidir. Bağımlılık ilişkisi doğrudan doğruya olabileceği gibi dolaylı da olabilir55.

Adam çalıştıran, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Bir kamu tüzel kişisinin de adam çalıştıran sıfatını taşıması mümkündür. Ancak tahmin edileceği üzere, bu sorumluluğun doğabilmesi için kamu tüzel kişisi ile çalışan arasındaki ilişki özel hukuk ilişkisi olmalıdır[56].

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, iş sahibi İSKİ Genel Müdürlüğü'nün yüklenici ile birlikte, kanunda belirtilen 'adam çalıştıran' sıfatıyla ve kusursuz sorumluluk esaslarına göre zarardan sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik olmadığı belirtilmiştir[57].

Yine Yargıtay, Doğayı Koruma Derneği'nin istihdam eden sıfatıyla çalıştırdığı davalıların, işlettiği halk plajına giden kişilere görevlilerden birinin, hakaret, tehdit ve yaralama eylemlerinde bulunmak suretiyle, işletmenin müdürü diğer davalının da kendisini tehdit etmek suretiyle gerçekleştirdiği, haksız eylemlerinden sorumlu tutulması gerektiği yönünde karar vermiştir[58].

Başka bir kimsenin işlerini, onun emir ve talimatı, gözetimi yani bağımlılık ilişkisi içinde gören kimse ise çalışandır. Çalışan, adam çalıştırana bağımlı olmalı ve işi onun emirlerine göre yerine getirmelidir[59].

Hizmet sözleşmesine göre çalıştırmada işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi her zaman mevcuttur. Bağımlı eser ve vekalet sözleşmelerinde de yüklennici ve vekil ile çalıştıran arasında TBK m. 66 anlamında aranan bir bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır. Bunun aksine, yüklenici ve vekilin bağımsız olarak çalıştıkları eser ve vekalet sözleşmeleri bağımlılık ilişkisinin varlığından bahsedilemez[60]. Zira, bu halde kişiler işlerini çalıştıranın emri ve talimatına uyarak yapmayacalardır. Dostluk ilişkisi içinde yapılan işlerde de durum aynıdır[61].

Adam çalıştırmada çalıştıranla çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisi genellikle hizmet sözleşmesinden doğar. Ancak bağımlılık ilişkisinin doğması için mutlaka hizmet sözleşmesine gerek yoktur. Bu ilişki kanundan doğabileceği gibi fiili durumdan da doğabilir[62].

Çalışanın birden çok adam çalıştıranın emrinde çalışması halinde, çalışanın adam çalıştıranın işini görürken verdiği zarardan tüm adam çalıştıranlar müteselsil sorumluluk esaslarına göre sorumlu olacaklardır[63].

ii. Zarar, çalışanın işi gördüğü sırada hukuka aykırı bir davranışı sonucu meydana gelmelidir.

Zarar, çalışanın bir davranışı sonunda meydana gelmiş olmalıdır. Çalışanın davranışı hukuka aykırı olmalıdır. Zarar, çalışana verilen işin görülmesi sırasında meydana gelmelidir. Bir başka söyleyişle, çalışana verilen iş ile bunun görülmesi sırasında meydana gelen zarar arasında doğrudan doğruya işlevsel bir bağ bulunmalıdır[64]. İşin görülmesi ile zarar arasında doğrudan doğruya işlevsel bir bağ olduğundan bahsedilemiyor ise adam çalıştıranın sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Örnekle açıklamak gerekirse, manav yanında çalışan çırağın bisikletle eşya götürdüğü sırada, bunları yoldan geçmekte olan bir kişinin üzerine düşürmek suretiyle ona zarar vermesi halinde meydana gelen zarar ile görülen iş arasında işlevsel bağ bulunmakta iken, çatının kiremitlerini aktaran işçinin yoldan geçen hasmının başına kiremit atması durumunda işlevsel bağın mevcut olduğundan bahsedilemeyecektir[65].

YHGK'nın verdiği bir kararda, "İş sırasında iki işçinin birbiriyle kavga etmeleri ve bunun sonucu olarak başka bir işçinin yaralanması sebebiyle işveren yaralanan işçiye karşı sorumlu tutulamaz. Zira, bu işçilerin eylemleri ile işverene karşı yapılan işin bir ilgisi yoktur." ifadelerine yer verilmiş, çalışanın fiilinin işverenin işinin görülmesi sırasında yapılması gerektiği hususu bu kararla desteklenmiştir[66].

Çalışan, işi gördüğü sırada ayırt etme gücüne sahip olmasa bile adam çalıştıran sorumluluktan kurtulamayacaktır[67].

Görülen iş ile meydana gelen zarar arasındaki işlevsel bağ mevcut olduğu sürece çalışanın, adam çalıştıranın talimatından ayrılması veya bu talimatı yanlış yorumlamasının bir önemi yoktur. Zira, çalışan adam çalıştıranın amaç ve menfaatine yönelik hareket etmekte ise sorumluluktan kurtulmaz.

Yargıtay, Banka çalışanının zimmetine para geçirdiği iddiasına dayalı tazminat davasında; bankaya mevduat olarak bırakılan paranın bankanın güvencesinde olduğu ve davalı bankanın kendi elemanının gerçekleştirdiği zimmet suçundan dolayı kusursuz sorumlu olduğu yönünde karar vermiştir[68].

İş sırasında veya paydos aralarında verilen zararlar da bu zaman dilimleri mesleki faaliyet kapsamında değerlendirildiği için, bu zamanlarda verilen zararların da adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında değerlendirileceği söylenmelidir. Buna karşılık, çalışanın gördüğü iş ile meydana gelen zarar arasında işlevsel bir bağ olmadığı, zararın iş fırsat bilinerek verildiği durumlarda adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsedilemeyecektir[69].

iii. Adam çalıştıran kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır.

Zarar gören, çalışana verilen işin görülmesi sırasında zarara uğradığını, bu zarar ile çalışana verilen iş arasında illiyet bağının mevcut olduğunu ispat ettiği takdirde, adam çalıştıran kural olarak meydana gelen zararlardan sorumludur.

Ancak kanun koyucu, adam çalıştırana sorumluluğu kaldıracak nitelikte bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanımıştır. Kurtuluş kanıtı, nite-

liği itibariyle bir kusursuzluk kanıtı değil, sorumluluktan kurtulma kanıtıdır[70]. Adam çalıştıran zararın meydana gelmemesi için somut durumun gerektirdiği her türlü objektif dikkat ve özeni göstermiş olduğu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir[71].

Adam çalıştıranın, durumun gerekli kıldığı özeni gösterip göstermediği, kişisel durumu, bilgi ve yeteneklerine göre değil, objektif şart ve durumlarına göre değerlendirileceğinden, beklenmedik hal, adam çalıştıranın hastalığı veya ayırt etme gücünün varlığı önem taşımaz[72].

TBK m. 66'da "gerekli özen" ifadesine yer verilmiştir. Görülecek işin niteliği ve tehlikelilik derecesi de gösterilecek özen derecesinin değerlendirilmesinde büyük önem taşımaktadır[73].

Zararın önlenmesi bakımından adam çalıştıranın göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğü aşağıda açıklanacak olan dört noktaya ilişkindir :

1) Çalışanın Seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olması:

Adam çalıştıran, çalışanın seçiminde her tülrü özeni göstermiş olmalıdır. Bu nedenle, adam çalıştıran, görülecek işe uygun fiziki, fikri, mesleki ve ahlaki nitelik, bilgi ve yeteneklere sahip bir kişi seçmiş olduğunu ispat etmelidir. Adam çalıştıran çalışanın bu niteliklere haiz olduğunu bu işte mesleki tecrübesi bulunduğunu, bu hususdaki sertifika, diploma, eğitim belgesi, tavisye mektupları, teorik ve uygulamalı sınavlarla araştırıldığını, gerekli inceleme ve soruşturmaları yaptığını ispatlamalıdır. Adam çalıştıranın, çalışanın göreceği iş için çevrede ün yapmış, nitelikli yeterli eğitim görmüş, yeni bilgi, yöntem ve tekniği izlediğini kanıtlamış olması, seçiminde gösterilecek özen için yeterlidir[74].

Yargıtay'ın bir kararında belirttiği gibi bu konuda durumun gerektirdiği hallerde uzman kişilerden yardım alınması da, özen ödevi konusunda gerçekten özen gösterildiğinin göstergesi olabilecektir. Bahsi geçen kararda Yargıtay, "Banka, benim çalıştırdığım kişi gözü ile imzaları karşılaştırdı, sahte imza asıl imzaya çok benziyordu onun için kendisi yanılmıştır." diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Banka, yüksek meblağ içeren bir paranın talimat ile istenmesi halinde dışarıdan bir uzmanın yardımına başvurabileceği gibi, mudiye telefon, faks vs. ile durumu duyurmak suretiyle basiretli bir tacir gibi sahteciliği önleyici tedbirlere başvurabileceği açıktır. Bu en basit tedbirlere başvurmaması bankanın objektif özen görevini açıkça kötüye kullandığını kanıtlayan deliller olarak görülmelidir. Davalı bankanın, adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olması halinde zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi icap eder"[75].

Yargıtay'ın bir başka kararında, "Zararlandırıcı eylemde bulunan işçinin davalıya ait otelde işe girerken, ırza geçme olayını gizlemiş ise de; yeni işe girerken ayrıldığı işyerinden aldığı sigorta numarasını kullandığından buradan hareketle ayrıldığı işyerinden bu işçinin genel davranış biçimi hakkında gerekli bilgi alınması olanağı mevcut iken buna itibar edilmediği ve bu suretle adam çalıştıran davalının gerekli özeni göstermediği anlaşılmaktadır" şeklinde ifadelere yer verilerek adam çalıştıranın [76].

2) İşle ilgili talimat vermede gerekli özenin gösterilmiş olması:

Yardımcının seçimi ve işe alınırken gösterilmesi gereken özen yükümlülüğü, işin ifası sırasında da devam eder. Yani adam çalıştıran, işin özelliklerine göre çalışana işin ifası sırasında talimat vermekle (cura in instruendo) yükümlüdür. Talimatların içeriği ve oranı her işe göre farklı olup, işin niteliği ve tehlikelilik derecesi özellikle gözetilmelidir. Zira adam çalıştıran işin ifasıyla ilgili teknolojik gelişmelerin gerektirdiği şekilde, yapılacak işin en iyi şekilde yerine getirilmesi için ilgili talimatları vermekle yükümlüdür[77].

Adam çalıştıranın talimat vermede özen yükümlülüğünün kapsamına, gerekli alet ve teçhizatın sağlanması da girmektedir[78]. İşin görülmesi için talimat veren kişi işin, talimata uygun bir şekilde yapılabilmesi için çalışana o işe uygun araç ve materyali temin etmekle yükümlüdür[79].

3) Denetlemede gerekli özenin gösterilmiş olması:

Adam çalıştıran gerekli talimatları vermesi gerektiği gibi, denetim ve gözetim yükümlülüğünü de yerine getirmelidir[80]. Denetlemede ve gözetimde özen (cura in custodiendo) kapsamında, çalışanın işi yerine getirmesinden önce veya işi yerine getirmesi sırasında makul olarak beklenebilecek özen kastedilmektedir[81].

Buna göre adam çalıştıran eksik gördüğü hususlara, yanlış davranışlara müdahale ederek bunların düzeltilmesi için gerekeni yapabilir, sorunlara zamanında müdahale ederek, yeni bilgi ve emirler verebilir[82]. Zira çalışanın, işin ifası sırasında yetkilerini aşmış olması adam çalıştıranın denetim ve gözetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediğine karine oluşturabilecektir[83].

Çalışanın çalıştırılacağı yer ve iş türü, terfi ve nakiller konusunda da özen gösterilmeli[84], çalışana gerektiğinde terfi verilmeli ya da iş koşullarına göre farklı bölümlere geçirilebilmelidir. Burada gereken eğitimin verilmesi yoluyla da işçinin mevcut ve yeni iş koşullarına uyum sağlayabilmesi ile, bilgi açısından eksikliğinin giderilmesine olanak sağlanmalıdır[85].

Burada çalışanın yeteneğini, bilgilerini dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanıp kullanmadığının da denetlenmesi gerekir[86]. Örneğin, emrinde çalışan şoförün yolculara sarkıntılık yapması taksi sahibinin sorumluluğunu gerektirir[87].

Üstün yetenekli ve uzman bir çalışanın yetenek ve uzmanlık alanına giren işlerin görülmesinde, adam çalıştıranın denetim ve gözetim ödevi bir dereceye kadar azalabilecektir[88.]

Önemli olan çalışanın işin gereklerine uygun olarak denetlenmesi ve serbest bırakılmamasıdır[89].

4) İşletme düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olması:

Türk Borçlar Kanunu'nun, adam çalıştıranın sorumluluğu bakımından getirdiği en önemli yenilik, adam çalıştıranın işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü olduğunu düzenleyen 66. maddenin üçüncü fıkrasıdır[90].

TBK m. 66/III'e göre "bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür". Adam çalıştıranın sorumlu olması için, çalışanın faaliyetinin, çalıştırana ait bir iş olması ve bu işin görülmemesinin işletmede bir noksan olarak kendini göstermesi gerekmektedir[91].

TBK m. 66/III ile genel bir işletmesel organizasyon sorumluluğu kabul edilmiştir92. Organizasyon sorumluluğu, TBK m. 71'de düzenlenen genel tehlike sorumluluğundan farklıdır. Zira genel tehlike sorumluluğunda, sorumluluğun kaynağı, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti nedeniyle tipik tehlikenin gerçekleşmesidir. Organizasyon sorumluluğunda ise, işletme faaliyeti nedeniyle bir zarar meydana gelmesi ve işletmede adam çalıştıranın işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispatlamamış olması gerekir[93].

İşletme faaliyetinin söz konusu olduğu hallerde, üçüncü kişilerin işletme faaliyeti nedeniyle uğramış oldukları zararın tazmin edilmesinde, kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmış, ancak özen yükümlülüğünün kapsamı arttırılarak, kurtuluş kanıtı getirilmesinin zorlaştırılması yoluyla işletmeler bakımından sorumluluk ağırlaştırılmıştır[94.] Burada bahsedilen işletmenin, tehlike arz eden bir işletme veya ticari bir işletme olmasına gerek olmadığını belirtmek gerekir[95].

Bu hüküm sebebiyle sorumlu tutulan kişi, işletme organizasyonunun zararın doğmasını engellemeye elverişli olduğunu ispat ederek bu sorum-

luluktan kurtulabilecektir. Adam çalıştıran, öncelikle zararın çalışanın davranışından kaynaklandığı hallerde, çalışanın özenli bir şekilde seçildiğini, kendisine gerekli talimatın verilmiş olduğunu (çalışma araçları, teçhizat, vb. dahil olarak) ve etkili şekilde denetlenmiş olduğunu kanıtlamak zorundadır[96].

Bu açıklamaya istinaden klasik anlamdaki adam çalıştıranın sorumluluğunun ve bu sorumluluk hükmünün, sadece işletme faaliyeti dışındaki adam çalıştıranların sorumluluğuna indirgendiğini söylenebilecektir. Yanında temizlikçi, bahçıvan, çocuk bakıcısı çalıştıranlar için veya evinde amatör müzik gruplarına konser verdirenler gibi şahıslar için klasik anlamdaki adam çalıştıranın sorumluluğu ilkeleri uygulanacaktır ancak bir işletmede adam çalıştırılması durumunda, sorumluluktan kurtulmak için adam çalıştıranın sadece TBK. m. 66/II'yi değil; aynı zamanda TBK. m. 66/III'ü de ispatlaması gerekecektir[97].

İşletmede çalışanların yetki sınırlarının önceden belirlenmiş olması, görülen işe göre yeterli sayıda ve nitelikte kişi çalıştırılması, yönetim ve denetim kadrosunun ehil kişilerden oluşması ve bunlar için de gerekli düzenlemelerin yapılması, çalışanlara işe uygun araç-gereç verilmesi, işe ilişkin gerekli koruyucu önlemlerin alınması v.b gibi hallerde işletme organizasyonunun zarar doğmasını engelleyici şekilde kurulmuş olduğu kabul edilmektedir[98].

5) İlliyet bağının kesilmesi (Sorumluluktan Kurtulma):

Adam çalıştıranın sorumlu olması için gerçekleşen zarar ile objektif özen yükümlülüğünün ihlali arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Kanun somut olayda meydana gelen zararın adam çalıştıranın yükümlü olduğu özen ödevini göstermediği dolayısıyla özen ödevinin ihlalinin zararın uygun sebebi olduğu varsayımına dayanmaktadır[99].

Bu nedenle, adam çalıştıran, gerekli özen göstermiş olması halinde de zararın gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Burada illiyet bağının kesilmesi söz konusudur. İlliyet bağını kesen sebepler, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ile zarar görenin kusuru olabilir[100].

Örneğin, zarar gören intihar etmek kastıyla trenin altına atlarsa veya deprem ya da üçüncü bir kişinin itmesi sonunda çatıdaki kiremitleri aktaran çalışanın elindeki kiremitler yoldan geçen bir kişinin başına düşerse, bu durumlarda zararla, çalışanın davranışı arasında lliyet bağı kesildiğinden, adam çalıştıran meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaz[101].

E. Adam Çalıştıranın Çalışana Rücuu:

TBK m. 66/IV'te "Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir." denilerek rücu hakkının kapsamı, zararı vermiş olan çalışanın bizzat sorumlu tutulacağı miktarla sınırlandırılmıştır. Adam çalıştıranın ödediği tazminat için çalışanına rücu edebilmesi için çalışan ya zarar görene karşı haksız fiilden sorumlu olmalı ya da davranışı, adam çalıştırana karşı yüklendiği borca aykırılık teşkil etmelidir[102].

Adam çalıştıranın, çalışandan isteyebileceği azami miktar zarar görene ödediği tazminat tutarıdır. Tazminat miktarının, hükmün kesinleştiği tarihe kadar gerçekleşen faiz ve yargılama giderlerini de kapsamı içine aldığı belirtilmelidir[103].

Adam çalıştıranın, çalışana karşı yanlış talimat vermek vb. Kusuru varsa rücu hakkı, bu kusurun ağrlığına göre tamamen veya kısmen ortadan kalkabilir[104].

Adam çalıştıranın rücu hakkındaki zamanaşımı süresi TBK md.73'te düzenlenmiş olup buna göre rücu istemi tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişilerin öğrenildiği tarihten başlayarak 2 yılın ve her halde tazminatın ödendiği tarihten başlayarak 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Öğretide bir görüş, kanunun zamanaşımını tazminatın tamamen ödenmesinden başlatması karşısında adam çalıştıranın kısmen ödemede bulunduğu hallerde bu kısım için dahi zamanaşımının işlemeye başlamamasını eleştirmektedir[105].

SONUÇ

Kusursuz sorumluluk hallerinden adam çalıştıranın sorumluluğunun incelendiği çalışmamızda varılan sonuçlar aşağıdaki gibidir:

1) Adam çalıştıranın sorumluluğu kusursuz sorumluluk türlerinden özen sorumluluğu kapsamına girmektedir. TBK m. 66 ile adam çalıştırana genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü yüklenmiştir. Bununla beraber sorumluluğun kaynağı, adam çalıştıranın özen yükümlülüğünü yani alışanlar üzerindeki denetim ve gözetim ödevlerini yerine getirmemesiyle oluşmaktadır.

2) Adam çalıştıranın sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için bi zararın meydana gelmesi şarttır. Adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında şartları gerçekleşmişse maddi ve manevi zarar talep edilmesi mümkündür. Yargıtay'ın konuya ilişkin verdiği kararlar da aynı yöndedir.

3) Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk ile adam çalıştıranın sorumluluğu TBK'da düzenlenmiştir. Belirtilen sorumluluk hallerinin ortak

özelliği sorumlu kişinin gerçek kusurunun aranmıyor oluşudur. Ancak, bu iki ayrı düzenlemenin dayandığı esas farklılık göstermektedir. Borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu sözleşmesel sorumluluğa dayanmakta iken adam çalıştıranın sorumluluğu sözleşme dışı sorumluluğa dayanmaktadır.

4) Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk ile adam çalıştıranın sorumluluğu arasındaki bir farkın da yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta sorumsuzluk anlaşması yapılabilmekte iken adam çalıştıranın sorumluluğunda sorumsuzluk anlaşması yapmanın mümkün olmayışıdır. Doktrinde her ne kadar her iki sorumlulukta da sorumsuzluk anlaşşması yapılmasının mümkün olduğunu savunan görüşler olsa da, kanunun emredici nitelikte düzenlediği bir sözleşme dışı sorumluluğun bir sorumsuzluk sözleşmesi ile ortadan kaldırılmasının, sorumluluğun kusursuz sorumluluk başlığı altında düzenlenmesi amacıyla çelişeceğinden, mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

5) 6098 sayılı TBK m. 66/III yeni bir düzenleme olmakla beraber doktrinde organizasyon sorumluluğu olarak kabul edilmektedir. Bu düzenlemede, işletme organizasyonunun zararın doğmasını engellemeye elverişli olduğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Adam çalıştıranın, zararın çalışanın davranışından kaynaklandığı hallerde, çalışanın özenli bir şekilde seçildiğini, kendisine gerekli talimatın verilmiş olduğunu (çalışma araçları, teçhizat, vb. dahil olarak) ispatlamasının yanında işletmenin etkili şekilde denetlenmiş olduğunu da kanıtlama yükümlülüğü altına sokulmuştur.

6) TBK m. 66/IV'te "Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir." denilerek rücu hakkının kapsamı, zararı vermiş olan çalışanın bizzat sorumlu tutulacağı miktarla sınırlandırılmıştır. Adam çalıştıranın ödediği tazminat için çalışanına rücu edebilmesi için çalışan ya zarar görene karşı haksız fiilden sorumlu olmalı ya da davranışı, adam çalıştırana karşı yüklendiği borca aykırılık teşkil etmelidir.

DİPNOTLAR

1 **ANTALYA**, **O. G**. 'Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler', MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 70.

2 **OĞUZMAN**, **K**/ ÖZ, **T**. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2. Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul, 2016, s. 140.

3 **TANDOĞAN, H.** Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Aksi Mes'uliyet, İstanbul, 2010 s. 56; **NOMER**, H. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 14. Baskı, İstanbul, 2015. s. 173 ; **NARTER, S.** Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2016, s. 93.

4 **TANDOĞAN**, **H.** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981. s. 7-8. ; **EREN**, **F.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, 2017. s. 640-641 ;**KILIÇOĞLU, A**. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu'a Göre) Genişletilmiş 19. Baskı, Ankara, 2015. s. 335.

5 **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 7 vd.; İNAN A. N., Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara 1979, s. 251; **EREN**, s. 495; **KILIÇOĞLU M.** Tazminat Hukuku, Ankara, 2014. s. 339;

6 **EREN, F.** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975. s. 79; İMRE, Z. "Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler" İÜHFM. Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C. 45-47, Sayı: 1-4, 1979-1987. s. 17-18; **TANDOĞAN,** Mes'uliyet, s. 96-97, 23 nolu dn., Kusura Dayanmayan, s. 12-13; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 498; **ANTALYA**, O. G. 'Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler', s. 70. ; **AYBAY**, **A**. Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 13. Bası, İstanbul, 2011, s. 85.

7 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 140 ; **BAŞOĞLU, B**. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:6 Sayı 2 Yıl , Malatya, 2015, s. 39 vd.

8 **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 575; **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 140 ; **NARTER, s. 128** ; İNAN A./YÜCEL, Ö. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2014 s. 411 ; **ANTALYA, O. G.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul, 2015. s. 550.

9 **TANDOĞAN,** Mes'uliyet, s. 106 ; **EREN**, s. 640-641 ; **KILIÇOĞLU, A**. s. 335 ; **AYBAY**, s. 85.

10 İMRE, s. 1-5; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 108, Kusura Dayanmayan, s. 3; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 494 ve s. 510; **BAŞOĞLU,** s. 36.

11 **KILIÇOĞLU A.** s. 314 ; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 60.

12 **TANDOĞAN,** Kusura Dayanmayan, s.53 ; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 141 ; **EREN,** 162; **TUNÇOMAĞ**, s. 535 ; **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP**, A. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, 1988, İstanbul. s. 503 ; **KILIÇOĞLU, A**. s. 335.

13 **OFTİNGER/STARK**, II/1, s. 265 ; **DESCHENEAUX/TERCLER**, s. 97 ; **VON TUHR/PETER**, s. 444 vd. ; **ENGEL**, s. 533 ; **KELLER/GABİ**, s. 157 ; **KELLER**, s. 119 (naklen) **EREN,** s. 640 **KOCAMAN, S**. Türk Borçlar Kanununun 66. Maddesi Çerçevesinde Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 22, Ankara ,2015 s. 589.

14 **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 23 vd. ; **KILIÇOĞLU, A. s**. 303 ; **AYAN, M.** Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Konya, 2015. s. 221.

15 **EREN,** s. 449 ; **ANTALYA,** s. 544 ; ÜNLÜTEPE M. Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/3), İstanbul, 2016 **s.** 147 ; **AYAN,** s. 267.

16 İMRE, s. 144 ; **TUNÇOMAĞ**, **K.** Türk Borçlar Hukuku, I. C. Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976. s. 535, **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 140; Yargıtay'ın, adam çalıştıranın sorumluluğunun, objektif özen yükümlülüğüne aykırılığa dayandığını belirten kararları için Bkz. Yarg. 21. HD, E. 2004/2892, K. 2004/3822, T. 5.4.2004 ; Yarg, 21. HD, E. 2005/8617, K.2005/12554, T. 5.12.2005, ÜNLÜTEPE, s.148, 624 nolu dn.

17 **YILMAZ Necla**, Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2014. s. 22.

18 **EREN,** s. 641, ÜNLÜTEPE, s. 182 ; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 575.

19 **EREN**, s. 641 ; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 390 ; **REİSOĞLU, S.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul, 2014. s.182 .

20 **EREN**, s. 642 ; **NOMER**, s. 173..

21 **EREN**, s. 642.; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 377.

22 **EREN**, s. 642.; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 392.

23 **NOMER,** s. 173 ;**EREN**, s. 642.

24 İNAN, s. 49, **YILMAZ**, s. 26.

25 **EREN**, s. 642 ; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 390 ; **AYAN**, s. 271.

26 İNAN, s. 49, **EREN**, s. 642.; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 81.

27 **OFTİNGER, I**, s. 490; **KELLER/GABİ,** s. 165 (naklen) **EREN**, s..642 ;

28 **EREN**, s. 643 ; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 201.

29 **EREN**, s. 643. **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 379 ; ÖZDEMİR, Hayrinüsa, "Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği Ve Yargıtayın Görüşü", TBB Dergisi, Sayı 105, 2013, Ankara, s. 264.

30 Karar için Bkz: **NOMER**, s. 163 vd. , Yine, özel hastanenin ifa yardımcısı konumunda olan hekime karşı vekalet sözleşmesine ve dolayısıyla borca aykırılığa değil ancak haksız fiile dayanılabileceği ancak Yargıtay tarafınca bu değerlendirme yapılmaksızın sorumluluğun vekalet sözleşmesine dayandırılmasına ilişkin görüş için Bkz. **NOMER**, s. 164.

31 Yargıtayın bu tutumunun yerinde olmadığını savunan görüş için Bkz. "zarar gören hasta, ile özel hastane arasında TBK. m. 66'dan farklı olarak bir sözleşme bulunmaktadır. Bundan dolayı olaya TBK. m. 116 uygulanmalıdır. Gerçekten de, TBK. m. 66'da zarar gören ile adam çalıştıran arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır. Adam çalıştıranın işin görülmesinde çalıştırdığı kişilerin adam çalıştırana yabancı onunla herhangi bir ilişkisi olmayan kişiye zarar vermesi durumunda, verilen zarar haksız fiil hükümlerine göre telafi edilir. Ancak, Yargıtay özel hastane ve hasta arasındaki sözleşmeyi atlayarak verdiği kararlarda hep TBK m. 66'yı uygulamaktadır ." ÖZDEMİR, s. 265.

32 Sınıflandırma yapılırken **EREN** esas alınmıştır.

33 **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 547 vd.; **EREN**, s. 520, ; **KAYIHAN, Ş.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, 2016. s. 219, **TOPUZ**, **M.** İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 1. Baskı, İstanbul 2011. s. 120

34 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 63 ; **ANTALYA**, s. 543 ; **AYAN,** s. 273 ; **KOCAMAN**, **S.** Türk Borçlar Kanununun 66. Maddesi Çerçevesinde Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademesi Dergisi, Sayı 22, Ankara, 2015. s. 602.

35 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 65 "Müstahdemin istihdam edeni TBK md. 55 uyarınca tazminat ödeme borcu altına sokacak bir fiil işlemesi durumunda, istihdam edenin malvarlığının pasifinde çoğalma meydana getiren bir zarar söz konusu olacaktır35." ; **ANTALYA**, s. 447 ;

OĞUZMAN/ÖZ, s. 38 ; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 548; **TOPUZ**, Maddi Zarar, s. 21 vd. Konuya ilişkin verilen Yargıtay kararları için bkz; Yarg. HGK, E. 2002/2-1072, K. 2010/4328, T. 6.7.2010, Kazancı İçtihat Bankası, E. T. 08.04.2017.

36 **NOMER,** s. 108 ; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 38 vd. ; İNAN, s. 286 vd. ; **TANDOĞAN**, s. 64 vd.; **KAYIHAN**, s. 219 ; **EREN**, s. 526 vd. ; **REİSOĞLU**, **K.** İstihdam Edenin Mesuliyeti, Ankara, 1958. s. 170 ; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 548.

37 Yargıtay'ın malvarlığının zarara uğramış olmasından kaynaklı olarak kişilik hakkının ihlal edilebileceği sonucuna varıp manevi tazminat ödenmesine karar verdiği kararlar için Bkz; Yarg. 4. HD, E. 2009/3618, K. 2010/812, T. 4.2.2010, Kazancı İçtihat Bankası ; Yarg. 4. HD, E. 2008/7312, K. 2009/3894, T. 17.3.2009, Karar için Bkz. ÜNLÜTEPE, s. 348, 1527 nolu dn.

38 **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s.61 ; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s.113 ; **EREN**, s 621 ; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 133 ; **TUNÇOMAĞ**, s. 552 vd. ; İNAN, s. 303 ; **SAĞLAM,** İ. "Adam Çalıştıranın Sorumluluğu", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), MÜHF HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, 2. Bası, İstanbul, 2012. s. 161-169. s. 161; **AYAN**, s.225.

39 Konuya ilişkin karar için Bkz. Yarg. İBGK, E. 1966/7, K. 1966/7, T. 22.06.1966 ; ÜNLÜTEPE s. 350, 1532 nolu dn.

40 Temerrüde düşülmesi için ihtar gerektiğine ilişkin görüş için Bkz. **NOMER, H**. "Haksız

Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borçlunun Temerrüdü için İhtar Gerekir Mi?", Prof. DR. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 1307-1308.

41 **OĞUZMAN/ÖZ,** s.123 vd.; **KILIÇOĞLU, A.** s.417 vd; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 918 vd.

42 Geçici ödemenin şartları için Bkz. **TOPUZ, M.** "Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (3-4 Haziran 2011), MÜHFAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul ; Legal, 2012, s. 273 vd.

43 **TÜRKMEN, A.** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İÜHFM, C. 70, Sayı 2, 2013. s. 265. ; **ANTALYA**, s.536 ; İMRE, s. 10.

44 **TÜRKMEN, A.** s. 264.

45 ÜNLÜTEPE, s. 354 ; **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 142 ; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 506 ; **ANTALYA,** s. 536 ; **TUNÇOMAĞ,** s. 544.

46 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 145 ; **EREN**, s. 643 ; **KILIÇOĞLU**, s. 339.

47 **EREN**, s. 643 ; **OĞUZMAN/ÖZ** s. 146 ; **KILIÇOĞLU**, s. 339 ; **HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre.** Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul, 2012. s. 144.

48 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 116 vd. ; **EREN**, s. 643 vd. ; **NOMER**, s. 123 ; **ANTALYA**, s. 553; **REİSOĞLU, K**. s. 1192 ; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 506 vd.; **KAYIHAN**, s. 258 ; **REİSOĞLU, Safa**. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 185. 49**ANTALYA**, s. 560; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 147. ; İNAN, s.300; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 507; **NARTER,** s. 128.

50 **EREN**, s. 643 ; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 144.

51 **EREN**, s. 643 ; **TANDOĞAN,** Kusura Dayanmayan, s. 71; **REİSOĞLU, S**. Borçlar Hukuku, s. 150; İNAN, s. 303; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 510; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 144; **KILIÇOĞLU, A**. s. 327; **ANTALYA**, s. 562; **SAĞLAM** s. 171;

52 **EREN,** s. 644 ; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 108 ve s.116; **KILIÇOĞLU MUSTAFA**, Tazminat, s. 341.

53 **EREN, s**. 644 ; **AYAN**, s.273 ; **KOCAMAN,** s. 590.

54 **EREN,** s. 644 ; **TANDOĞAN,** Kusura Dayanmayan, s. 56 ; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 144.

55 **EREN, s**. 645.

56 "Kamu tüzel kişilerinin, hizmet sözleşmelerine göre çalıştırdıkları kişilerin, işlerini görürken başkalarına verdikleri zararlarından sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında değerlendirilmelidir." **EREN**, s. 645.

57 Karar için Bkz. **NARTER**, s. 135.

58 Yarg. 4. HD. 2015/16041 E. 2016/6390 K. 9.5.2016 T. **KAZANCI.**

59 **EREN,** s. 645 ; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 390.

60 **KILIÇOĞLU, A**. s. 336 ; **EREN**, s. 645 ;

61 **KELLER/GABİ**, s. 161 (naklen) **EREN,** s. 646.

62 **EREN**, s. 646 ; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 144.

63 **TANDOĞAN,** Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 58 ; **OFTİNGER,** s. 134 (naklen) **EREN**, s. 647. Konuya ilişkin olarak: "Dosya kapsamından; davalı ... ile davalı ... İnşaat ve ... Şirketi arasında yapılan sözleşme uyarınca kazı çalışması yapıldığı, bu çalışmalar esnasında davacıya ait kablolara zarar verildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, davalı ..., işinin bir bölümünü imzaladığı sözleşme ile diğer davalıya devretmiş ise de, diğer davalı tarafından yapılan işi kontrol ve denetim yükümlülüğü bulunduğundan TBK'nın 66. maddesi uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla kusursuz sorumlu, diğer davalı ise TBK'nın 49. maddesi uyarınca haksız fiil faili olarak sorumludur. Hal böyle olunca, davalılar arasında müteselsil sorumluluk vardır. Şu halde, meydana gelen zarardan davalılar müteselsil sorumlu olduklarına göre davalı yönünden de işin esasına girilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken husumet sebebiyle reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir." Yarg. 4. HD. 2016/7897 E. 2016/11774 K. T. 1.12.2016, **KAZANCI.**

64 **SCHNYDER-BSK OR**, Art. 55, N. 11 (naklen) **EREN,** s. 647 ; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 60. ; **KILIÇOĞLU**, **A.** s. 339 ; **AYAN**, s. 272 ; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 576 ; **NARTER,** s. 129.

65 **EREN,** s. 648.

66 YHGK 5.12.1962 T. 4/134-2 K., karar için Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 507.

67 **DESCHENAUX/TERCİER,** s. 104 (naklen) **EREN,** s. 648.

68 Yarg. 11. HD. E. 2012/5597 K. 2013/6983 T. 5.4.2013, **KAZANCI.**

69 **EREN**, s. 648.

70 **EREN,** s. 649.

71 **EREN,** s. 649 ; **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 150 ; **AYBAY**, s. 87 ; **REİSOĞLU, S**. s. 187.

72 **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 67. ; "Adam çalıştıranın göstermesi gereken dikkat ve özenin tayininde objektif ölçüler esas alınacaktır. Subjektif olarak gösterilmesi gereken dikkat ve özen burada ölçü alınmaz." Yarg. HGK 2.4.2014 T. 2013/4-1299 E. 2014-438 K. **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası,** E. T. 9.4.2017.

73 **EREN**, s. 649 ; **TANDOĞAN,** Kusura Dayanmayan, s. 66 ; **KOCAMAN,** s. 597.

74 T**ANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 67 ; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 151 ; **KILIÇOĞLU**, s. 340; **NARTER,** s. 132 ; ŞENYÜZ, D. Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 6. Baskı, Bursa, 2016. s. 93 ; **EREN,** s. 649 ; **ANTALYA**, s. 559 ; **AYAN,** s. 272 ; İNAN/YÜCEL, s. 417 vd.

75 Karar için Bkz. **YILMAZ,** s. 50, 279 nolu dn.

76 Karar için Bkz. **KILIÇOĞLU, M.** Tazminat, s. 348.

77 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 119, Kusura Dayanmayan, s. 68; **EREN**, s. 628; İNAN, s. 303; **NARTER,** s. 132 ; ŞENYÜZ, s. 93 ; **EREN,** s. 649 ; **ANTALYA**, s. 559 ; **AYAN,** s. 272 ; İNAN/YÜCEL, s. 417 vd.

78 **ALTAY, S.** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştıranın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK m. 66/3), 2011, İstanbul, s. 187 ; **TANDOĞAN,** Mes'uliyet, s. 121; **ANTALYA**, s. 563.

79 **TANDOĞAN,** Mes'uliyet, s. 121; **ANTALYA**, s. 563.

80 **AYAN,** s. 272.

81 **VON TUHR,** s. 394. (naklen) **YILMAZ**, s.74 ; **AYAN,** s. 272.

82 **EREN**, s. 651.

83 **ALTAY**, s. 182.

84 **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 67-68; **EREN**, s. 628.

85 **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 66; **EREN**, s. 627; **KILIÇOĞLU, M**. s. 349-350.

86 **KILIÇOĞLU, M.** s. 349.

87 **KILIÇOĞLU, M**. s. 349.

88 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 119-120; **EREN**, s. 651.

89 **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 509.

90 **ANTALYA,** s. 564.

91 **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 115 ; **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M**. s. 576; **AYAN,** s. 273.

92 ÜNLÜTEPE, s. 133.

93 **TÜRKMEN**, s. 261 ; **ANTALYA**, s. 544.

94 ÜNLÜTEPE, s. 163 ; **ALTAY**, s. 180 ; **SAĞLAM**, s. 168 ; ŞENYÜZ, s. 93.

95 **ALTAY**, s. 184 ; **TÜRKMEN**, s. 267 vd. ; **NOMER**, s.172; İNAN, s. 419 vd.

96 **ALTAY**, s. 180 ; **NOMER**, s.184 **NARTER,** s. 132 ; ŞENYÜZ, s. 93 ; **EREN,** s. 649 ; **ANTALYA**, s. 559 ; **AYAN,** s. 272 ; İNAN/YÜCEL, s. 417 vd.

97 **WIDMER/ WESSNER**, s. 128 (naklen) **SAĞLAM**, s. 171.

98 **KOCAMAN**, s. 600 ; **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 70.

99 **EREN**, s. 651.

100 **EREN**, s. 651 ; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 144 ; **AYAN**, s.272.

101 **EREN**, s. 651.

102 **SAĞLAM,** s. 171 ; **OĞUZMAN/** ÖZ, s. 601 s. 341 ; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet, s. 72; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP,** s. 511-512; **EREN,** s.652 ; **AYAN,** s. 273; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s. 145.

103 **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 512 ; **EREN**, s. 652 ; İNAN, s. 418 ; **NARTER**, s. 134, Yarg. 17. HD. 19.2.2005 T. 2005/11598 E. 2005/11613 K. Karar için Bkz. **NARTER**, s. 134 vd. 104 **EREN**, s. 652 ; **HATEMİ/GÖKYAYLA** s. 145 ; **NOMER**, s. 174.

105 **KOCAMAN,** s. 603 vd. ;**OĞUZMAN/ÖZ**, s. 154

KAYNAKÇA

- **AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya**. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri. 18. Baskı, İstanbul, 2017.
- **ANTALYA, O. Gökhan. 'Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler', MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, İstanbul, s. 63-83.**
- **ANTALYA**, **O. Gökhan.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- **AYAN**, **Mehmet.** Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Konya 2015.
- **AYBAY**, **Aydın.** Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, 13. Bası, İstanbul, 2011.
- **BAŞOĞLU, Başak.** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:6 Sayı 2 Yıl , Malatya, 2015
- **EREN**, **Fikret.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.
- **EREN, Fikret.** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975.
- **HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre.** Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul, 2012.
- İMRE, Zahit. **"Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler." İÜHFM. Doğumunun 100. yılında Atatürk'e Armağan, C. 45-47, Sayı: 1-4, 1979-1981.**
- İNAN, Ali N. /YÜCEL, Özge. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014.
- İNAN, Ali Naim. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara 1979. **KAYIHAN**, Şaban. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, 2016. **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası**, www.kazanci.com.
- **KILIÇOĞLU, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre) Genişletilmiş 19. Baskı, Ankara, 2015.**
- **KILIÇOĞLU, Mustafa.** Tazminat Hukuku, Ankara, 2014.
- **KOCAMAN, Sümeyye. Türk Borçlar Kanununun 66. Maddesi Çerçevesinde Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 22, Ankara** ,2015.
- **NARTER, Sami.** Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2016.
- **NOMER**, **Haluk N.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015.
- **NOMER, N. Haluk,** "Haksız Fiil ile Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Alacaklarda Borç-

lunun Temerrüdü için İhtar Gerekir Mi?", Prof. DR. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul, 2010.

- **OĞUZMAN**, **Kemal M./ÖZ**, **Turgut M.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2016.
- ÖZDEMİR, Hayrinüsa. **Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği Ve Yargıtayın Görüşü, TBB Dergisi,** 105. Sayı, Ankara, 2013.
- **REİSOĞLU**, **Kemal.** İstihdam Edenin Mesuliyeti, Ankara, 1958.
- **REİSOĞLU, Safa.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014.
- **SAĞLAM, İpek. "Adam Çalıştıranın Sorumluluğu", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), MÜHF HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, 2. Bası, İstanbul, 2012. s. 161-169.**
- ŞENYÜZ, **Doğan.** Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 6. Baskı, Bursa, 2016.
- **TANDOĞAN, Haluk.** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981.
- **TANDOĞAN, Haluk. Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Aksi Mes'uliyet, İstanbul, 2010.**
- **TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul, 1988.**
- **TERCIER**, P./**PICHONNAZ**, P./**DEVELİOĞLU**, H. M. Borçlar Hukuku Genel **Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2016.**
- **TOPUZ, Murat.** "Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler", 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), MÜHF HAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul, 2012.
- **TOPUZ**, **Murat.** İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- **TUNÇOMAĞ, Kenan.** Türk Borçlar Hukuku, I. C. , Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976.
- **TÜRKMEN, Ahmet.** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK M. 66/III), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt 70, Sayı 2. (2013) http://istanbul.dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9187/115142
- ÜNLÜTEPE, **Mustafa.** Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) , İstanbul, 2016.
- **YILMAZ, Necla. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2014.**

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH DIŞINDA SONA ERMESİ

Hilal GÜL[1]

GİRİŞ:

Fesih, iş sözleşmesinin taraflarından birinin tek taraflı bozucu yenilik doğuran irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmesidir. İş sözleşmeleri her durumda fesihle sona ermemektedir. İş sözleşmesinin fesih dışı sona erme halleri ikale, belirli süreli sözleşmenin sürenin dolması ile feshi ile ölüm halleridir.

Sözleşmenin sona erme hali, tazminatlar bakımından belirleyici olduğundan özel önem taşımaktadır. Feshe bağlı tazminat türleri olan kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı kural olarak fesih dışı sona erme hallerinde söz konusu değildir. Bununla birlikte işçinin ölümü, yasada kıdem tazminatını gerektirir özel bir hal olarak belirtilmiştir.

1- TARAFLARIN ANLAŞMASI İLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ (İKALE)

Tarafların anlaşması ile iş sözleşmesinin sonlandırılması yasalarda düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte Yargıtay, taraf iradeleriyle kurulan iş sözleşmesinin yine taraf iradeleri ile sona erdirilmesini kabul etmektedir. Yargıtay iş sözleşmesinin karşılıklı feshine yönelik sözleşmeyi ikale (bozma sözleşmesi) olarak adlandırmaktadır. Böylece tarafların iradeleri ile kurulan bir sözleşme tarafların iradeleri ile sona erdirilebilmektedir.

"İşçi ve işveren iradelerinin iş sözleşmesinin feshi konusunda birleşmesi, bir tarafın feshi niteliğinde değildir. İş Kanununda bu sona erme türü yer almasa da, taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren açıklamasının ardından diğer tarafın da bunun kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur." **(Yargıtay 9. HD. 2012/5869 E. 2012/4685 K. 20.02.2012)**

Tarafların anlaşması ile iş akdinin sona erdirilmesi fesih sayılmaz. Çünkü fesih, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir haktır. Buna karşılık ikale, karşılıklı ve birbirine

1 İstanbul Barosu Avukatı (Baro Sicil No: 49077)

uygun iki iradenin birbirine uyuşması ile oluşur. Bu nedenle iş akdinin feshine bağlanan hukuki sonuçlar sözleşmenin anlaşma ile sona erdirilmesinde söz konusu olmaz.[2]

İkale açık veya örtülü yapılabilir. İkalenin şekli bakımından bir geçerlilik şartı aranmamaktadır. Örneğin işçinin bir tartışma sonucu işverene işi bırakmak istediğini, işverenin de buna memnun olduğunu yazılı olarak bildirmesi halinde sözleşme tarafların örtülü anlaşması ile sona erer.[3]

İkale ile sözleşmenin sona erdirilmesinde, sözleşmenin belirli süreli yahut belirsiz süreli yapılmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Yine tam süreli çalışma gibi kısmi süreli çalışmalar bakımından da söz konusu olabilir. Taraflar sözleşmenin derhal veya belirli bir süre sonra sona ereceğini kararlaştırabilirler. İkalede, iş sözleşmesinin ne zaman sona ereceğine yönelik bir hüküm yok ise ikalenin yapıldığı gün sözleşmenin sona ereceği kabul edilir. [4]

Bozma sözleşmesinde icapta, iş ilişkisi karşı tarafın uygun irade beyanı ile anlaşmak suretiyle sona erdirmeye yönelmiştir. Bu sebeple, ikale akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshe tahvil edilemez.[5]

Yargıtay aşağıdaki kararında, işçinin ikaleye icap ile talep ettiği alacaklardan bir kısmını kabul edip bir kısmını kabul etmeyen işverenin ikale ile sözleşmeyi sona erdirdiğine yönelik savunmasını kabul etmemiştir.

"Dosya içeriğine göre; somut uyuşmazlıkta davacının el yazısı ile düzenlediği 05.11.2014 tarihli dilekçesinde "kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin haklarının tarafına ödenmesi koşulu ile" iş akdini 08.11.2014 tarihinde feshedeceğini davalı işverene bildirmesi istifa mahiyetinde olmayıp, işvereni ikaleye davet mahiyetindedir. Davalı işverenin işçiden gelen ikale talebinde öne sürülen koşulları kabulü halinde geçerli bir ikale sözleşmesinden söz edilebilecekken mevcut durumda işverenin ikaleye davet ile talep edilenlerden kıdem tazminatına ödemeyi kabul etmesine karşın ihbar tazminatı ödemeyi kabul etmemesi karşısında işçiden gelen ikale teklifinin işveren tarafından kabul edilerek tarafların iş sözleşmesini ikale yoluyla sona erdirdiklerinden de söz edilemez." **(Yargıtay 9. HD 2015/31182 E. 2016/11766 K. 11.05.2016)**

2 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 525

3 ŞAKAR, Müjdat**: İş Hukuku Uygulaması,** 11. Baskı, Ekim 2016, 149 vd.

4 ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Temmuz 2013, 201

5 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016/198 E. 2016/20610 K. 22.11.2016

Bozma sözleşmesinin şekli, yapılması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Kanunu hükümlerine göre saptanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin bozma sözleşmesi yoluyla sona erdirilmesi, iş hukukunu yakından ilgilendirdiği için ikalenin yorumunda iş sözleşmesinin yorumunda olduğu gibi, genel hükümlerin yanı sıra iş hukukundaki "işçi yararına yorum" ilkesi de göz önünde bulundurulacaktır.

Borçlar Kanunu'nda belirtilen irade fesadı hallerinin, bozma sözleşmeleri yönünden titizlikle ele alınması gerekir. Bir işçinin bozma sözleşmesi yapma konusundaki icap veya kabulde bulunmasının ardından işveren feshi haline özgü iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak istemesi ve yasa gereği en çok bir ay içinde işe iade davası açmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez.[6]

Yargıtay aşağıdaki kararında, işçiye fesihle birlikte hak ettiği alacaklarından daha fazla ödeme yapılmış olmasının sözleşmenin ikale ile sona erdirildiğini göstermeyeceğine karar vermiştir.

"Mahkemece davacının işe iade talebi ikale yapıldığı ve işçiye 5 aylık ücret tutarında makul yarar sağlandığı gerekçesiyle reddedilmiş ise de, işveren tarafından davacının iş akdinin feshine karar verildiğinde feshin tüm sonuçları doğmuştur. Başka bir anlatımla iş sözleşmesi işveren tarafından tek taraflı olarak sona erdirilmiş ve daha sonra düzenlenen protokolle iş sözleşmesinin feshinin sonuçlarına dair sulh sözleşmesi imzalanmıştır. İşçiye iş sözleşmesinin feshinden sonra yasal alacakları dışında fazladan ödeme yapılması feshin ikaleye dayandığını göstermez." ***(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2015/11259 E. 2015/23273 K. 25.06.2015)***

Yargıtay aşağıdaki karardan da görüleceği üzere; yapılan işveren feshine işçinin sonradan onay vermesinin de ikale olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Zira fesih karşı tarafa ulaşınca hukuki sonuç doğurmaktadır.

"...davacının feshe muvafakat etmesi işveren feshini ortadan kaldırmaz, bu muvafakat ikale sözleşmesi olarak değerlendirilemez, davalı işveren feshin geçerli nedene dayandığını ispatlamak zorundadır, dosya içeriğine göre işveren geçerli feshi kanıtlayamadığından feshin geçersizliğine ve işe iadeye karar vermek gerekirken..." **(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2015/10327 E. 2015/17662 K. 13.05.2015)**

6 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2015/21169 E. 2015/31279 K. 05.11.2015

Yargıtay, tarafların bozucu yenilik doğuran bir beyanla iş ilişkisini sona erdirmelerinin mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yolu ile sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde durmak gerektiğini kabul etmektedir. Zira bozma sözleşmesi yapma hususuna icapta bulunan tarafın makul bir yararının olması gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmaktadır.

Yargıtay ikale ile ilgili verdiği kararlarında konuyu, aşağıdaki şablon cümlelerini kullanarak açıklamaktadır.

"İş ilişkisi taraflardan her birinin bozucu yenilik doğuran bir beyanla sona erdirmeleri mümkün olduğu halde, bu yola gitmeyerek karşılıklı anlaşma yoluyla sona erdirmelerinin nedenleri üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce bozma sözleşmesi yapma konusunda icapta bulunanın makul bir yararının olması gerekir. İş ilişkisinin bozma anlaşması yoluyla sona erdirildiğine dair örnekler 1475 sayılı İş Kanunu ve öncesinde hemen hemen uygulamaya hiç yansımadığı halde, iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sonrasında giderek yaygın bir hal almıştır. Bu noktada, işveren feshinin karşılıklı anlaşma yoluyla sona erme gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerinin dolanılması şüphesi ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla irade fesadı denetimi dışında tarafların bozma sözleşmesi yapması konusunda makul yararının olup olmadığının da irdelenmesi gerekir. Makul yarar ölçütü, bozma sözleşmesi yapma konusunda icabın işçiden gelmesi ile işverenden gelmesi ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak ele alınmalıdır." ***(Yargıtay 9. HD. 2012/5869 E. 2012/4685 K. 20.02.2012)***

Örneğin işçinin kendisine iş kurmak ya da başka bir şehre taşınarak yaşamına orada devam etmek istemesi veyahut ailevi sebeplerle işten ayrılmak zorunda kalması gibi hallerde ikale ile sözleşmenin sona erdirilmesi ve işçiye kıdem ve ihbar tazminatı tutarında bir ödeme yapılmasında işçinin makul yararının olduğu açıktır.[7] İşçiye ikale ile sağlanacak ek menfaatin alacaklarının tam karşılığı olması şart değildir. Üst düzey yönetici statüsünde olan işçi yaptığı sözleşmenin sonuçlarını bilebilecek durumdadır. [8]

Yargıtay aşağıdaki kararda, işçinin eğitimli, vasıflı bir kişi olduğundan hareketle imzaladığı belgelerin anlamını bilebileceğini, iradesinin sa-

7 ŞAKAR, Müjdat**: İş Hukuku Uygulaması,** 11. Baskı, Ekim 2016, 151.

8 ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Temmuz 2013, 202

katlandığına yönelik iddiasını ispatlayamadığına karar vermiştir. Dikkat edilirse burada işveren tarafından ikaleye icapta bulunulmuş ve işçiye iki aylık ücret tutarında ek bir ödeme yapılmıştır. Yargıtay işçinin eğitimli olduğundan hareketle işçiye yapılan iki aylık ücret tutarındaki ek ödemenin yeterli olduğuna, makul yararın sağlandığına ve irade fesadı hallerinin bulunmadığına karar vermiştir.

"...Davacı davalı işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin geçersiz olduğunu ileri sürmüş, davalı ise karşılıklı anlaşmayla iş akdinin sona erdiğini savunmuştur. Davalı şirket tarafından 27.05.2009 tarihinde ikale amacıyla yapılan yazılı icap üzerine taraflar arasında aynı tarihli ikale protokolü düzenlenmiştir. Davacı satış kadrosunda bölge şefi olarak çalışmış eğitimli bir kişidir ve imzaladığı belgenin anlamını kavrayabilecek vasıflara sahiptir. Ayrıca iradesinin sakatlandığını da ispatlayamamıştır. Mahkemenin kabulünde olduğu üzere davacıya "ikramiyeyle kıdem ve ihbar tazminatlarına ilaveten iki maaş tutarında ek bir ödeme yapılmıştır. Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde iş sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla ikale yoluyla sona erdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır" ***(Yargıtay 22. HD, 27.09.2011).***[9]

Yargıtay aşağıdaki kararda, ikaleye icabın işverenden gelmesi ve işçiye ek bir menfaat sağlanmamış olması nedeniyle yapılan ikalenin geçersiz olduğuna, ortada işveren feshi olduğuna karar vermiştir.

"Somut olayda davacının çalıştığı şirketin başka bir şirkete satıldığı ve daha sonrasında ise yeniden yapılanmaya gidildiği, davalının yeniden yapılanma çalışmaları kapsamında iş akdini gönüllülük esası uyarınca sonlandırmak isteyen personele kıdem ve ihbar tazminatlarının ödeneceğini duyurduğu, davalının bu duyurusu üzerine davacının dilekçe verdiği ve bozma sözleşmesinde davacıya yalnızca kıdem ve ihbar tazminatlarının ödeneceğinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Ancak ikale yapılması konusundaki teklif işverence yapıldığından, yalnızca kanuni yükümlülüklerinin ödeneceği belirtilen ikale sözleşmesinin işveren feshinden farklı bir yönü olmayacaktır. Bu nedenle davacının iş güvencesinden yararlanmayı bertaraf edecek nitelikte olan bozma sözleşmesi yapması için makul yararının karşılanması gerekir. Davacıyla imzalanan bozma sözleşmesinde fesih nedeniyle yapılan yasal ödemeler haricinde herhangi bir ek menfaat sağlanmadığı görüldüğünden davacının iş sözleşmesinin karşılıklı anlaşma yoluyla sonlandırıldığını

9 ÖZDEMİR, Erdem: "İkale ve Alternatif Bir Öneri Olarak Sulh Sözleşmesi", Çimento İşveren **Dergisi,** Mayıs 2013,39

*kabul etmeye imkan bulunmamaktadır." (**Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2015/4748 E., 2015/9635 K. 09.03.2015**)*

Bozma sözleşmesi yoluyla iş sözleşmesi sona eren işçi, iş güvencesinden yoksun kaldığı gibi, kural olarak feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatına da hak kazanamayacaktır. Bu özelliği nedeni ile ikale kurumu kural olarak işverenin yararınadır. Yine 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından da yararlanamayacaktır. Bütün bu hususlar, iş hukukunda hakim olan ibranamenin dar yorumu ilkesi gibi hatta daha da ötesinde, ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında tereddüt halinde işçi lehine değerlendirmenin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle işçinin özgür iradesine dayanan ikale ile işçinin fesihten doğan hakları ve iş güvencesi hükümlerini dolanma amacı güden ve aslında işverenin feshini gizlemeye yarayan görünürdeki ikaleyi ayırt etmek gerekir. [10][11]

2- TARAFLARDAN BİRİNİN ÖLÜMÜ İLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

İşçi ile işverenin ölümünün sözleşemeye etkisi ayrı ayrı incelenecek olup, tarafların ölümü Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. İş Kanunu'nda ise düzenleme yapılmamıştır. Türk Borçlar Kanunu'nda tarafların ölümüne ilişkin düzenlemeler olan m. 440 ile 441 hükmü İsviçre Borçlar Kanunu'nun 338a ve 339. madde hükümleri dikkate alınarak yapılmıştır.

1. İşçinin ölümü

İşçinin ölümü İş Kanunu'nda düzenlenmemiş olup Türk Borçlar Kanunu'nda genel hizmet sözleşmeleri başlığı altında düzenlenmiştir. TBK m. 440 uyarınca iş sözleşmesi işçinin ölümü ile kendiliğinden sona ermektedir. Mirasçıların ya da işverenin fesih bildiriminde bulunmasına gerek yoktur.[12] Emredici nitelikteki bu düzenleme gereği iş görme borcunun mirasçılara geçmesi söz konusu değildir.

TBK

1. İşçinin ölümü

MADDE 440- *"Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir ay-*

10 Yargıtay 9. HD 2014/1888 E. 2014/12604 K. 14.04.2014

11 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 526

12 ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Temmuz 2013, 202

lık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür."

İşçinin ölümünü düzenleyen bu madde ikinci cümlesi ile işverenin, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere bir aylık(hizmet ilişkisi beş yıldan uzun süre devam etmiş ise iki aylık) ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Bu ödeme **"ölüm tazminatı"** olarak adlandırılmaktadır. Bir aylık ücret ödenmesi için işçinin kıdemi önem taşımamaktadır. İşçinin kıdeminin beş yılı aşması durumu da yalnızca iki aylık ücret ödenmesi bakımından gereklidir.[13]

Ölüm tazminatının yalnızca Türk Borçlar Kanunu kapsamında çalışanlar için mi yoksa tüm işçiler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Müjdat Şakar, bu ödemenin yalnızca Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçilerin ölümü halinde uygulama alanı bulacağını[14] ileri sürmektedir. Nuri Çelik, İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin mirasçılarının da bu ödemeden yararlanması gerektiğini[15]savunmaktadır. Sarper Süzek, her iki kanundaki düzenlemelerin amacının farklı olduğunu, ölüm tazminatının kıdem tazminatını niteliği taşımadığını, bu nedenle İş Kanunu'na tabi çalışanlar bakımından her iki tazminata birlikte hak kazanılacağını ileri sürmektedir. [16] Kanaatimce ölüm tazminatı ile kıdem tazminatının şartları, hak sahipleri farklı olduğundan İş Kanunu kapsamındaki işçiler de bu haktan faydalanmalıdır.

Ölüm tazminatına hak kazanmada iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz ya da kısmi süreli olması önem taşımamaktadır. Bu ödeme işçinin ölüm tarihindeki son temel (çıplak) ücreti üzerinden hesaplanmalıdır. Adı geçen hüküm nispi emredici nitelik taşıdığından, ölüm tazminatının sözleşme ile artırılması mümkündür.[17]

Ölüm tazminatı hak sahiplerine eşit oranda yapılmalıdır. Miras payları önem taşımamaktadır. İşçinin bakmakla yükümlü olduğu kişinin tespitinde işçinin sağlığında bu kişilere gerçekten ve fiilen bakıp bakmadığı önem taşımaz. Zira yasada, işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerden söz edilmiştir. Bu kişilerin kimler olduğu her olayın özelliği göz önünde bulundurularak yargı organı tarafından belirlenecektir. [18]

---

13 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 530

14 ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 11. Baskı, Ekim 2016, 151

15 ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Temmuz 2013, 202

16 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 772

17 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 530

18SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 530 vd

2. İşverenin ölümü

TBK m. 441 uyarınca kural olarak işverenin ölümü halinde iş sözleşmesi sona ermez. Hak ve borçlar kural olarak mirasçılara geçer. İşyerinin devri ile gerçekleşen hizmet sözleşmesinin devrine ilişkin hükümler kıyasen burada da uygulanır.

TBK

2. İşverenin ölümü

MADDE 441- İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçıları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer. Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir.

Sözleşme, işverenin kişiliği dikkate alınmak sureti ile kurulmuşsa, bu durumda işverenin ölümü ile kendiliğinden sona erer. Bu durumda kanunda emredici şekilde düzenlenmiş olup, işçinin ve mirasçıların iş sözleşmesini devam ettirmek istemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Örneğin bir kişinin anılarının yazılması için bir sekreter ile iş sözleşmesi yapılması bu niteliktedir.[19]Sözleşmenin süresinden evvel bitimi nedeniyle işçi uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat istenmesi mümkündür.

Örneğin bir hastabakıcı ile bir yıl süreli iş sözleşmesi yaptıktan üç ay sonra hastanın ölmesi üzerine, hastabakıcının aynı koşullarla başka bir iş bulamaması halinde zarara uğrayacağı açıktır. Bu durumda hastabakıcı işverenin mirasçılarından hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilir. Tazminatın miktarını hakim tayin eder. Ancak tazminatın miktarının sözleşmenin bitimine kadar olan süre için ödenmesi gereken, örneğe göre dokuz aylık ücret tutarını aşamaz.[20]

3-BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNDE SÜRENİN DOLMASI İLE SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

1. Sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi

Belirli süreli iş sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitimi ile birlikte kendiliğin-

19SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 531
20ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Temmuz 2013, 203

den sona ermektedir. Bu durumda sözleşme feshedilmeyip kendiliğinden sona erdiğinden iş sözleşmesinin feshine bağlanan hukuki sonuçlar doğmaz.[21]

TBK

G. Sözleşmenin sona ermesi

I. Belirli süreli sözleşmede

"MADDE 430- *Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.*

İş Kanunu 11. maddesine 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 sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir." Kanuni tanımdan görüleceği üzere işin süreklilik arz eden bir iş olması yahut belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif bir koşulun bulunmadığı sözleşmelerin, İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından, belirli süreli iş sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir.

İş Kanunu'na tabi işçiler için belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması bir takım koşulların varlığına bağlı ise de, Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler için yasada herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.[22]

2. Sözleşmenin sürdürülmesi

Belirli süreli iş sözleşme, sözleşme süresi bittiği halde sürdürülüyorsa veya sözleşme yenilenmiş ise, esaslı bir neden olmadıkça, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Esaslı bir nedenin bulunması durumunda, üst üste belirli süreli sözleşme yapılabilir.

---

21 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 528

22 TBK'nun açık düzenlemesi karşısında evde hizmet sözleşmesi ile çalışanların iş sözleşmeleri İş Kanunu'ndaki sınırlamalara tabi olmaksızın belirli süreli yapılabilmektedir. Kanun düzenlemesi nedeniyle işçinin aralıksız çalıştırılması, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin belirsiz süreli yapıldığını gösterecektir.

V. Sona ermesi

MADDE 468-"İşçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılır.

İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer durumlarda sözleşmenin belirli süreyle *yapıldığı kabul edilir."*

TBK

MADDE 430(2):

"Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir."

Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste yapılamaz. Kendiliğinden sona erdikten sonra, taraflarca yeniden belirli süreli iş sözleşmesi yapılarak veya çalışma ilişkisi sürdürülüp sözleşme yenilenerek işçi çalıştırılmaya devam ediliyorsa, öğreti ve uygulamada bu durum zincirleme iş sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir halde sözleşme başından beri süresi belirsiz bir sözleşme olarak kabul edilir ve buna ilişkin fesih kuralları uygulanır.[23]

İş Kanunu

Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi

Madde 11-

(2) Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.

3. Sözleşmenin sona ermesinin bildirim koşuluna bağlanabilmesi

Sözleşmenin fesih bildirimi ile sona erdirileceği kararlaştırılmış ancak fesih bildirimi yapılmamış ise sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.

Belirli süreli iş sözleşmesi on yıldan uzun sürmüş ise, en az altı ay önceden bildirimde bulunmak koşulu ile sözleşme sona erdirilebilir. Fesih, bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder.

TBK

MADDE 430(3,4):

"Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder.

23 ŞAKAR, Müjdat**: İş Hukuku Uygulaması,** 11. Baskı, Ekim 2016, 151

Sözleşmenin fesih bildirimiyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür."

Kanunda, belirli süreli iş sözleşmesinin fesih bildirimi ile sona ereceği düzenlenmiş ise de burada belirtilen fesih bildirimi, teknik anlamda bir feshi ihbar niteliği taşımaz. Bu bildirim bir "yenilememe bildirimi", sözleşmenin yenilenmeyeceğini karşı tarafa "haber verme" anlamını taşır. Zira belirli süreli iş sözleşmeleri taraflar lehine bir süreli fesih hakkı doğurmaz. [24]

SONUÇ

Fesih dışı sona erme hallerini ikale, ölüm ve belirli süreli iş sözleşmesinin sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermesi hallerini incelediğim bu çalışma feshe bağlı alacakların, bu hallerde söz konusu olmaması nedeniyle önem taşımaktadır. Zira örneğin ikale ile sona erdirilen bir sözleşme nedeniyle feshin geçersizliği ileri sürülerek bir işe iade davası açılamamaktadır. Zira ortada fesih bulunmamaktadır. Yine bu durumda işçinin işsizlik maaşından yararlanması da mümkün değildir. Zira işçi kendi iradesi ile sözleşmesini sona erdirmiştir.

İşçi de işveren de ihbar tazminatı talep edemeyecektir. Yine işçinin kıdem tazminatı talep edebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte işçinin ölümü yasada işçinin kıdem tazminatını gerektirir özel bir hal olarak belirtildiğinden burada fesih olmasa da kıdem tazminatı talep edilebilmesi mümkündür.

İkale yasada düzenlenmiş bir hal değildir. Bununla birlikte Yargıtay taraf iradelerinin uyuşması ile sözleşmenin sona erdirilebilmesini kabul etmiştir. Ancak ikalenin geçerliliğini denetlerken işçi yararına yorum ilkesi gereği işçinin makul yararı aranmaktadır. Makul yarar ikale konusundaki icabın işçiden veya işverenden gelmesine göre ve somut olayın koşullarına göre değerlendirilmektedir.

İşçinin ölümü sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmektedir. Bu durumda işveren "ölüm tazminatı" ödemek durumundadır. Ölümün ne şekilde gerçekleştiği önem taşımamaktadır. Ölüm tazminatının Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olması İş Kanunu'na tabi işçilerin –kıdem tazminatına hak kazanıyor olmaları sebebiyle- bu düzenlemeden yararlanıp yararlanamayacağı hususunda doktrinde bir tartışma açmıştır. Ölüm

24 SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017, 529

tazminatında hak sahibinin her zaman mirasçı olmayışı -işçinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin de hak sahibi olabilmesi- ve bir gün çalışan işçinin ölümü halinde dahi bu ödemenin yapılacak olması gibi hususlar İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından hem ölüm tazminatı hem de kıdem tazminatının birlikte tartışılması gerektiğini, koşulları varsa her iki alacağın da ödenmesi gerektiğini düşündürmektedir.

İşverenin ölümü ise kural olarak sözleşmeyi sona erdirmemektedir. Bu durumda işyeri devri varmış gibi mirasçılar işverenin yerine geçmektedir. Ancak işverenin kişiliği dikkate alınarak yapılan sözleşmeler bakımından durum değişmektedir. Bu halde sözleşme kendiliğinden sona ermekte ve fakat işçi de uğradığı zarar karşılığında mirasçılardan uygun bir tazminat talep edebilmektedir.

İşverenin kişiliği dikkate alınarak yapılan sözleşmeler bakımından tarafların nitelendirmesi önem taşımayacaktır. Zira bu husus emredici olarak düzenlenmiş olup, hakim tarafından resen araştırılır.

Belirli süreli sözleşmelerde sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermektedir. Taraflarca sözleşmenin sona ereceğine ilişkin bir bildirim yapılması aranmamaktadır. Bununla birlikte sözleşme sona ermesine rağmen örtülü olarak sürdürülüyor ise yahut esaslı bir neden olmadığı halde yenilenmiş ise sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli sözleşmeye dönüşecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nda on yıldan uzun süren belirli süreli sözleşmenin altı ay evvelden bildirim yapılarak sona erdirilebileceği düzenlenmiş ise de burada yapılacak bildirim teknik anlamda bir fesih bildirimi niteliği taşımamaktadır. Bu bildirim bir anlamda uzun süredir devam eden sözleşmenin devam ettirilmeyeceğinin haber verilmesi anlamı taşımaktadır.

İkalenin yapılması, geçerliliği ile ilgili içtihatlar yol göstericidir. Ölüm tazminatından kimlerin yararlanabileceği doktrinde tartışmalıdır. Ölüm tazminatının hesaplanması, hesaplamada dikkate alınacak ücret, hak sahiplerinin tespiti konusunda doktrin yol göstermektedir. İşverenin "kişiliğinin" dikkate alındığı sözleşmelerin ve bu sözleşmeler bakımından işverenin ölümünde sözleşmenin sona ermesi durumunda işçiye ödenecek tazminatın tespiti hakimin takdir edeceği konulardır. Yine belirli süreli sözleşmelerin on yıldan uzun süre devam etmesi durumunda yapılacak bildirimin hukuki niteliği konusunda tartışmalar yapılmaktadır.

İş hukukunun ayrıntılı yapıya sahip olduğu, öz olarak açıklamaya çalıştığımız bu üç konuda da görülmektedir. Bu durum bu alanda çalışan-

ların konuya ciddiyetle yaklaşmasını gerektirmektedir. Doğru yazılan bir ihtarname yıllarca sürecek bir davanın, doğru yazılan bir dava dilekçesi alınacak ek bilirkişi raporlarının önüne geçebilir, böylece en hızlı ve en ekonomik şekilde taraflar hak ve alacaklarını elde edebilir.

Emeğinden başka bir geliri olmayan işçilerin hak ve alacaklarının pazarlık konusu edilmediği, önemsendiği; uzmanlık mahkemesi olarak kurulan iş mahkemelerinde görevli hakimlerin de iş hukuku alanında uzman olduğu günleri görebilmek dileğiyle,

KAYNAKLAR:

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 26. Baskı, Temmuz 2013

OCAK, Uğur: Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, Ankara 2015

ÖZDEMİR, Erdem: "İkale ve Alternatif Bir Öneri Olarak Sulh Sözleşmesi", Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 2013

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 14. Baskı, Eylül 2017

ŞAHLANAN, Fevzi: «İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay›ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi», Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2008, Ankara 2010

ŞAKAR, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, 11. Baskı, Ekim 2016

ŞAKAR, Müjdat: «İş Hukuku›nun Yeni Meselesi: Bozma(İkale) Sözleşmelerinin Hukuki Durumu», Yaklaşım, Aralık 2009, Sayı: 204

TUNÇOMAĞ, Kenan: İş Hukukunun Esasları, Ocak 1989

FAZLA ÇALIŞMA SÜRELERİNE İLİŞKİN YÖNETMELİK DEĞİŞİKLİĞİ BAĞLAMINDA İŞÇİ MAĞDURİYETİ

Av. Gülşah GÜVEN DULAY[1]

Fazla çalışma ve fazla çalışma sürelerinin ne olduğu ne şekilde gerçekleştirileceği 4857 sayılı İş Kanunu atfı ile 06.04.2004 Tarih ve 25425 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği belirlenmiştir[2].

Ancak bu düzenlemelere ilişkin usul ve esaslar işbu çalışmanın da konusu olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 25.08.2017 Tarih ve 30165 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan **'İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'** ile yeniden düzenlenmiştir[3].

Bahse konu değişikliğin içeriği ve bu değişikliğin işçi açısından yorumlanmasından önce fazla çalışma ve değişiklik öncesi düzenlemenin ne şekilde olduğu hakkında bir kısım açıklamalarda bulunulması yerinde olacaktır.

A. Değişiklik Öncesi Fazla Çalışma Usul ve Esasları

4857 sayılı İş Kanunu madde 41 ile düzenlenen fazla çalışma; yasa ile belirlenen yazılı kurallar çerçevesinde haftalık 45 saati aşmayan çalışmalardır[4]. Belirlenen süreyi aşan her 1 saatlik çalışma fazla çalışma olup verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli (%50) fazlası oranında hesaplanarak verilir[5].

---

1 İstanbul Barosu Avukatlarından.

2 http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.6249&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch Z.T.: 28.12.2017

3 http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/08/20170825-3.htm Z.T.: 28.12.2017

4 Y. 9. HD., 04.07.2017 Tarih, 2015/25000 Esas, 2017/11552 Karar (www.kazanci.com Z.T.: 28.12.2017)

5 Fazla çalışma ücreti = MADDE 41.- Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır. 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Bu noktada herhangi bir karışıklık olmaması adına fazla çalışmadan farklı olarak "fazla sürelerle çalışma" kaleminden de söz etmek yerinde olacaktır. 4857 sayılı Kanun'un madde 41/3 düzenlemesine göre; **Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır.**

Örneğin iş akdi imza altına alınırken haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirlenmiş ise 40 saati aşan ve fakat 45 saati geçmeyen çalışmalar 'fazla sürelerle çalışma olacak ve fakat 45 saati aşan her çalışma ise fazla çalışma olacaktır.

İşbu belirlenen süreyi geçen her çalışma saati için bu çalışmasının türüne göre ücretlendirme hesabı yapılması sonucunda 5 saatlik fazla sürelerle çalışma ücreti alacak toplamda 45 saatin üstündeki her çalışması için ise fazla çalışma ücreti hesabına göre ücret alacaktır[6].

Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.

İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır.

63 üncü maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69 uncu maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz.

Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir.

Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz.

(Ek fıkra: 6552 - 10.9.2014 / m.4) Bu Kanunun 42 nci ve 43 üncü maddelerinde sayılan hâller dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılamaz.

(Ek fıkra: 6552 - 10.9.2014 / m.4 / Yürürlük / m.145/a) Yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, bu Kanunun 42 nci ve 43 üncü maddelerinde sayılan hâllerde (Değişik ibare: 6645 - 4.4.2015 / m.34) "haftalık otuz yedi buçuk saati aşan" her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere arttırılması suretiyle ödenir.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaların ne şekilde uygulanacağı çıkarılacak yönetmelikte İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma ile ilgili olarak 6.4.2004 tarihli R.G.'de yayımlanan ekteki Yönetmeliği inceleyiniz. gösterilir.

6 Doç. Dr. Cevden İlhan Günay, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi, İş Davaları Açıklama-Sava Dilekçesi-İlgili Mevzuat-Yargıtay Kararları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 878

B. Fazla Çalışma Koşulları

Fazla çalışmanın ne olduğu ve ne şekilde meydana geleceği 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiş olsa da uygulamaya yönelik usul ve esaslar 06.04.2004 Tarih ve 25425 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği ile belirlenmiştir.

B1. Fazla Çalışma Gerekçeleri

4857 sayılı Kanun'un ilgili düzenlemesi bağlamında fazla çalışma yapılması gerekçesi için çok geniş bir tanımlamaya yer verilmiştir. Yasanın emredici düzenlemesi uyarınca fazla mesai yapılması için ülkenin genel yararı veya işin niteliği ya da üretimin artırılması 'gibi' gerekçelerin mevcut olması gereklidir.

İlgili yasa maddesinin lafzından da görüleceği üzere fazla çalışma yapılması için çok geniş yorumlama alanı mümkün nedenler sayılmış ve 'gibi' sözcüğü ile bu nedenlerin çeşitli şekillerde türetilebileceği, işverenin birçok neden ile fazla çalışmaya başvurabileceği düzenlenmiştir.

B2. İşçinin Onayı

İşçinin fazla çalışma yapması konusunda yasanın emredici düzenlemesi gereği yazılı onayının varlığı gereklidir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu madde 41/7 ve keza İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmelik madde 9/1[7] ile bu durum açıkça düzenlenmiştir[8].

Her ne kadar 4857 sayılı Kanun ile fazla çalışma için işçinin onayından söz edilmiş ise de ilgili Yönetmelik ile bu onayın "yazılı" olması koşulu düzenlenmiştir. Ancak işçinin iş sözleşmesi ya da toplu ş sözleşmesi ile yazılı onayının fazla çalışma yapılmadan önce alınması da mümkündür[9].

Aşağıda ayrıntısı verilecek olmakla birlikte fazla çalışma sürelerine ilişkin olarak işçinin yazılı onayının alınmasına ilişkin olarak 25.08.2017 tarihli değişiklik **'öncesinde'** fazla çalışma onayının HER YIL BAŞINDA

7 Yönetmelik - Fazla Çalışma Yaptırılacak İşçinin Onayı

Madde 9 —Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz.

8 Y.9 HD, 26.06.2017 Tarih, 2016/26278 Esas, 2017/11008 Karar (www.kazanci.com Z.T. : 28.12.2017)

9 Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, 6. Baskı (Tıpkı Basım, Beta Yayın Evi, İstanbul, 2010, s. 749

yeniden alınması zorunluluğu bulunmakta idi. Nitekim bahse konu yönetmeliğin değişiklik öncesi madde 9/2 metninde ***"Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır"*** düzenlemesi yer aldığından işverenlerin her yıl başında işçiden fazla çalışma onayını yazılı olarak alma zorunluluğu bulunmakta idi.

B3. Fazla Çalışma Azami Süresi

Anılan yasa maddesi uyarınca fazla çalışma süresi yıllık maksimum 270 saatten fazla olamaz. Nitekim ilgili yönetmelik madde 5/1 ile de bu husus ayrıntılı olarak kaleme alınmıştır[10]. Bu düzenleme açısından önemli olan fazla çalışmanın her bir işçi özelinde yani işçilerin şahıslarına ilişkin olarak yorumlanmasıdır.

Nitekim fazla çalışma işçinin doğrudan bedensel, psikolojik yeterliliği paralelinde değerlendirilmelidir. Her bir işçinin her zaman aynı koşullar ve aynı motivasyona sahip olduğu gibi geniş bir kabulün söz konusu olmayacağı, olamayacağı açıktır. Bu nedenle işbu düzenleme ile amaç her bir işçinin sağlığının korunması amacı ile yıllık 270 saati aşmaması yönündedir.

Diğer yandan bu düzenlemenin doğrudan iş sağlığı ve güvenliği ile ilişkili olduğu da sabittir. Zira burada önemli olan husus işçinin yıllık 270 saat fazla çalışma süresini aşmadan haftalık çalışma süresinin sınırsız olarak belirlenemeyeceğidir.

Her ne kadar 4857 sayılı Kanun madde 41 bu konuda açık bir düzenlemeye yer vermemiş olsa da iş sağlığı ve güvenliği bağlamında 06.04.2004 Tarih ve 25425 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği madde 4/3[11] gereği; **Günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz.**

İşbu düzenlemenin mutlak hükmü karşısında işverenin işçiyi günlük 11 saatten fazla çalışmaya zorlaması ya da buna ilişkin bir kısım gerekli-

---

10 Fazla Çalışmada Sınır - Yönetmelik Madde 5 —Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz. Bu süre sınırı, işyerlerine veya yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sürelerinin hesabında yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat sayılır.

11 06.04.2004 Tarih ve 25425 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği madde 4/3: Günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz.

likler öne sürmesi mümkün olmayıp aksi kurguda işçinin iş akdini haklı nedenle feshi meydana gelecektir.

Zira iş hukukunda iş sözleşmesi tarafları düşünüldüğünde amaç zaten zayıf konumda olan işçinin fiziksel ve psikolojik sağlığının korunması ve uluslararası düzenlemelere uygun çalışma koşulları oluşturulmasıdır. Fakat uygulamada yasanın emredici düzenlemelerine rağmen işçi aleyhine birçok sorunsalın meydana geldiği de malumun ilanıdır.

B4. Yasak Hallerinin Bulunmaması

İşçinin fazla çalışma yapabilmesi için 4857 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik ile belirlenen yasakların bulunmaması gereklidir. Bu bağlamda aşağıdaki hallerde fazla çalışma yapılması mümkün değildir;

a) 4857 sayılı Kanun madde 63/f. son gereği sağlık kuralları açısından günce en fazla 7,5 saat ve da az çalışılması gereken işler ***(Yönetmelik madde 7)***

b) 4857 sayılı Kanun madde 69/1 uyarınca gece yürütülen işler ***(Yönetmelik madde 7)***

c) Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer altında ya da su altında yapılan işler (***Yönetmelik madde 7)***

d) 18 yaşını doldurmamış işçiler ***(Yönetmelik madde 8)***

e) İş aksi ya da toplu iş sözleşmesi ile yazılı onay verilmiş olsa da daha sonraki süreçte sağlık sorunlarının varlığı iş yeri hekimi ya da Sosyal Sigortalar Kurumu hekiminin ya da bunlar bulunmuyor ise herhangi bir hekimin raporu ile ispatlanan işçiler ***(Yönetmelik madde 8)***

f) Geve veya emziren kadınların çalışma koşullarına ilişkin yönetmelikle belirlenmiş gebe ve emziren kadın işçiler ***(Yönetmelik madde 8)***

g) Kısmi süreli iş akdi ile çalıştırılan işçiler ***(Yönetmelik madde 8)***

C. Değişiklik Sonrası Fazla Çalışma Usul ve Esasları

25.08.2017 Tarih ve 30165 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan **'İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'** ile 06.04.2004 Tarih ve 25425 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği madde 9/2 aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir;

25.08.2017 Değişiklik Öncesi	**25.08.2017 Değişiklik Sonrası**
Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır.	Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir.

Her iki düzenleme incelendiğinde görülmektedir ki bahse konu değişiklik sonrası mevcut düzenleme ile işveren iş akdi yapılırken ya da ihtiyaç ortaya çıktığında fazla çalışma yapılması konusunda işçiden yazılı onayı bir defaya mahsus olarak alıp işçinin özlük dosyası kayıtlarına girdikten sonra iş aksi devam ettiği süre boyunca işçiden fazla çalışma yapılmasına ilişkin olarak bir daha onay alma ihtiyacı duymayacaktır.

Zira işçi fazla çalışma onayı verdikten sonra iş akdi devam ettiği süre boyunca bu onay ile bağlı olacak ve işverenin yasaya uygun olarak belirttiği her fazla çalışma talebine uygun davranmakla yükümlü olacaktır.

İş hukukunun amacı ve dahi işveren karşısında zayıf konumda olan işçinin korunması ilkesi karşısında bu düzenlemenin işçi lehine yorumlanması söz konusu değildir. Değişiklik öncesinde dahi işçinin fazla çalışma konusunda her yıl başında yazılı onayının alınması zorunluluğuna rağmen ciddi boyutlarda hak ihlalleri ve buna bağlı açılmış bulunan yüzlerce işçilik alacağı davası mevcut iken bu değişikliğin işçi menfaatine hizmet ettiğinin söylenmesi mümkün değildir.

Somut olaylar açısından bu düzenlemenin uygulanılabilirliği yalnızca ve yalnızca maddi anlamda gücü elinde bulunduran işverenin işçi üzerindeki sınırsız hakimiyeti sonucuna hizmet edecektir.

İşveren zaten ekonomik konumu gereği işçiyi kendisine mahkûm edecek çalışma koşulları yaratmakta ve iş hukuku anlamında çok ciddi ve ağır hak ihlalleri yaşanmakta iken bu denli genel bir onay bağlamında yasanın emredici düzenlemesinin getirdiği yasaklamalara rağmen yine **yasa eli ile işçi mağduriyetlerine** yol açacak sonuçlarla karşı karşıya kalınacağı açıktır.

Nitekim değişiklik öncesinde işçinin yazılı onayı olmaksızın fazla çalışma yapmaya zorlanması ya da yapılan fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi işçi lehine haklı nedenle fesih sebebi olarak hayat bulmakta idi.

Esasında bu düzenleme ile fazla çalışma ücretinin ödenmemesi halinin işçi lehine haklı nedenle fesih sebebi olduğu halinde bir değişiklik söz konusu değildir. Ama asıl sorun işçinin yazılı onayı verdiği zaman ve koşullarının iş akdi devam ettiği süre boyunca sabit kalamayabileceği, koşullarda birtakım değişiklikler gösterebileceğinin göz ardı edilmesidir.

Zira işçi değişiklik sonrası verdiği yazılı onay ile iş akdi sona erinceye kadar yaşanabilecek her türlü gelişme ve değişmelerden bağımsız bir taahhüt ile bağlı hale gelecektir ki bu hususun işçinin korunması ve anayasal anlamda çalışma hakkının çağdaş uygarlık düzeyinde olması gerekliliği ile bağdaşmadığı açıktır.

Keza aynı düzenlemenin 2. cümlesinde işçi bahse konu yazılı onayı verdikten sonra fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma yapmak istemez ise bu onayını 30 gün önceden işverene yazılı olarak bildirerek geri alabilir.

Öncelikle bu düzenlemenin lafzi anlamda açıklık barındırmadığının vurgulanması gerekir. Zira uygulamada **"Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir"** düzenlemesinin ne şekilde yürürlük bulacağı muallaktır.

Yasa'nın lafzi yorumu ile işçi geri alma işlemini yazılı onayı işverene verdiği tarihten itibaren 30 gün içinde mi yapacak yoksa fazla çalışma yapılacak günden 30 gün önce bildirimle mi yapacak sarih değildir.

Her iki halde de bu durumun uygulamada vücut bulması adeta imkansızdır. Zira işçi sinallagmatik olan iş ilişkisinde ülkenin çalışma koşulları göz önüne alındığında ekonomik olarak zayıf konumda olan taraftır.

Bu nedenle hayatın olağan akışında fazla çalışma yazılı onayının işverene verilmesinden sonra geri alınması da mümkün görünmemektedir. Her ne kadar işçi lehine bir düzenleme ile onayın geri alınması hakkı tanınmış olsa da uygulamada bu hakkın kullanılması genel itibariyle imkansızlıkla eş değerdir.

D. Değerlendirme

İş Hukuku ile amacı işçinin çağdaş, özgür ve güvenilir bir alanda çalışmasının sağlanmasıdır. Bu nedenledir ki genellikle zayıf konumda olan işçinin korunması ve gözetilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmekte

ve işçi aleyhine herhangi bir değişiklik yapılmasına yasal olarak izin ve imkân verilmemektedir.

Fakat bu düzenleme ile işveren işçiden alacağı yazılı bir onay ile iş akdi devam ettiği süre boyunca işçiyi fazla çalışma yapmaya mecbur kılabilecek konumda getirilmiştir ki bu durumun işçi lehine yorumla izah edilmesi mümkün değildir.

Her ne kadar işçiye verilen yazılı onayın geri alınması hakkı da tanınmış olsa dahi uygulamada bu hakkın kullanılabilirliği işçinin ve ülkedeki iş ilişkilerinin nitelikleri bağlamında mümkün değildir. İşçiyi gelecek ile ilgili olarak sınırsız süre ile taahhüt altında bırakma hali iş hukukunun amacı ve işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Bu nedenle bahse konu değişikliğin hiçbir hal ve koşulda işçi lehine yorumlanması mümkün olmamakla birlikte Türkiye koşulları göz önüne alındığında işçiye rağmen işçinin çalıştırılması anlayışının yaygınlaştırılması ciddi hak ihlallerine neden olmakla mağdur işçilerin sömürülmesine yasa eli ile kapı aralamıştır.

SİGORTALI ÇALIŞAN AVUKATLAR VE STAJYER AVUKATLAR BAĞLAMINDA AVUKATLIK MESLEĞİNİN GÜNCEL SORUNLARI

Av. Erdi YETKİN[1]

Avukatlar; hak savunusu niteliğindeki meslekleri gereğince, müvekkillerinin haklarını gerçekleştirmek amacıyla faaliyet göstermektedirler. Örneğin İş Kanunu çerçevesinde işçilerin sahip oldukları haklar, iş hayatında ihlal edildiğinde, avukatlar vasıtasıyla yürütülen yasal sürecin sonucunda işçiler haklarına kavuşabilmektedir. Tam da bu noktada sorulabilecek şu soru yazımızın konusunu oluşturmaktadır: Avukatların kendi iş hayatlarındaki konumları ve hakları ne durumdadır?

Yazımızın genelinde görüleceği üzere; ne yazık ki yukarıda sorulan sorunun yanıtı, tabir-i caizse "bir terzi kendi söküğünü dikemez" hikâyesidir. Bu yazımızda sigortalı[2] çalışan avukatlar ile stajyer avukatların iş hayatındaki konumuna dair artan rahatsızlıkları gündeme getirmeyi amaçladık. Rahatsızlık kaynağı olan ve yazımızın genelinde sıralanan olumsuz durumların elbette ki her meslektaş bakımından geçerli olduğu iddiasında değiliz. Ancak geneli düşündüğümüzde sigortalı çalışan avukatlar ile stajyer avukatların sorunları bir gerçeklik olarak önümüzde durmaktadır. Kanaatimiz; meselenin/sorunun temelde sistemsel olduğudur[3]. Bu nedenledir ki kanaatimizce ülkenin ekonomik durumunda, hukuk eğitiminde ve meslekte gerçekleşen değişimler ile sigortalı çalışan meslektaşların çalışma koşulları arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır.

---

1 İstanbul Barosu – 51223; LL.M.

2 Sigortalı çalışan avukat ifadesi yerine bağlı çalışan avukat, işgören avukat, işçi avukat, ücretli avukat gibi çeşitli başka kavramlar da ikame edilebilir. Bu kavramlardan herhangi birinin ifade ettiği anlam ise; bir avukatın serbest bir şekilde mesleğini icra etmeyip bir başka kişiye/kuruma (bir avukata, avukatlık ortaklığına, bir şirkete gibi) bağlı, ücretli olarak çalışmasıdır. Sigortalı/bağlı/ücretli/işçi avukatın özelliklerine dair bkz.: Güneş Gürseler, "Ücretli Avukat", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** S:71, 2007, s. 228-229.

3 Sorunu sistemsel olarak ele almak gerekir derken meselenin yalnızca son yıllarda artan meslektaş sayısına indirgenemeyeceği kanısındayız. Artan meslektaş sayısı sadece bu sistemsel sorunun öğelerinden biridir ve önemli olmakla birlikte tek öğe değildir. Sorunların kaynağını meslektaş sayısındaki artış çerçevesinde ele alan görüş için bkz.: Gürseler, Ücretli Avukat, s. 227.

Biz bu yazımızda[4] gözümüzü meslektaşlara bilhassa da sigortalı çalışanlara ve stajyer avukatlara çevirdik. Neticede bu yazımız; "bu anlatılan bizim hikâyemizdir" örneğidir.

I. ARTAN SAYILARI İLE SİGORTALI ÇALIŞAN AVUKATLAR

Avukatlık Kanunu m. 1 hükmünde *"Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir"* şeklinde tanıma yer verilip 11. maddede *"Aylık, ücret, …….. gibi ödemeler karşılığında görülen hiçbir hizmet ve görev, …. avukatlıkla birleşemez."* hükmü yer alsa da 12. maddenin c bendinde *"bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığında avukatlık"* avukatlıkla birleşebilen bir iş olarak sayılmıştır. İşin ilginç kısmı, Avukatlık Kanunu temelde mesleğin serbest şekilde yapılmasını baz aldığından sigortalı çalışan avukatlara dair başkaca da düzenlemeye yer verilmemişse de uygulamada avukatların büyük bir bölümü sigortalı bir şekilde çalışmaktadırlar[5]. Bu çerçevede artan meslektaş sayısı ve sigortalı çalışan avukatlar ile stajyer avukatların çalışma koşulları ile özlük hakları; bugünlerde mesleğe dair gündeme gelen başlıca meselelerdendir[6].

Her geçen gün hukuk fakültelerinden mezunlar ordusu mesleğe katılmaktadır. Örneğin 2 yıl içerisinde İstanbul Barosu'nun mevcudu yaklaşık 5.000 kişi artmıştır. Ülke nüfusunun arttığı ve günümüzde hukuksal ilişkilerin çeşitlenip çoğaldığı doğru olmakla birlikte mesleğe başlayan avukat sayısının ihtiyacın çok üzerinde olduğu da bir vakıadır. Yine sigortalı çalışan avukatların ve bilhassa da genç olanların özlük hakları meselesi, avukatlık mesleğinin bugün için en ciddi problemleri arasında yer almaktadır.

Bu meselelere dair çeşitli çözüm önerileri ve teşebbüsleri gündeme gelmektedir. Bunlardan ilk akla gelen ikisi, avukatlık sınavının getirilmesi teşebbüsü ile sigortalı çalışan avukatların haklarını düzenleme çabasıdır.

2014 yılında Türkiye Barolar Birliği (TBB), "Türkiye Barolar Birliği

---

4 Yazımızın temel amacı ve kurgulanma şekli, mesleki problemlere sistemsel bir mesele olarak bakma ve ortaya koyma çabasıdır. Hedefimiz, bizim yani avukatların ve bilhassa da sigortalı çalışan genç meslektaşlar ile stajyer avukatların hikâyesini anlatmak olduğundan, yazının genel formu, kullanılan dil, kullanılan kaynaklar ve genel olarak tüm yazı bu amaç doğrultusunda değerlendirilmelidir.

5 Gürseler, Ücretli Avukat, s. 235.

6 Belirtmek isteriz ki kimi meslektaşların konumuzla ilgili olarak deneme formatında çeşitli yazılar kaleme aldıkları da göze çarpmaktadır. Anılan yazıların, son dönemde artan sorunlara dikkat çekmek bağlamında son derece yararlı olduğunu vurgulamak istemekteyiz.

Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"[7] ile avukatlık sınavı meselesinde adım atarak sınava dair hükümler ihdas etmiştir. - Avukatlık sınavının getirilmesinin, sorunların çözümüne yapacağı katkı tartışılır olmakla birlikte - Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine, 6552 sayılı Kanun'un[8] 94. maddesi ile eklenen fıkra dolayısıyla TBB'nin bu girişimi kanun yoluyla bertaraf edilmiştir. Anılan düzenleme ile staja kabule, staja ve avukatlık mesleğine kabule ilişkin olarak düzenleyici işlem ile sınav ve benzeri bir rejimin öngörülemeyeceği kabul edilmiştir. Netice itibariyle avukatlık sınavı gelememiştir ve fakat her geçen gün artan meslektaş sayısının farkında olmak için baroların ruhsat törenlerine katılmak bile yeterli olmaktadır.

Sigortalı çalışan avukatların haklarının düzenlenmesi hususunda ise; TBB tarafından "Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında Veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatların Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik"[9]/[10] ihdas edilerek bu konuda da bir adım atılmıştır. Ancak söz konusu yönetmeliğe karşı Adalet Bakanlığı tarafından iptal davası açılmış olup yönetmeliğin yürütmesi, Danıştay 8. Dairesi'nin 2015/15155 E sayılı ve 22.09.2016 tarihli kararı[11] ile durdurulmuştur. **Yürütmenin durdurulması kararına yönelik itiraz da** Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2017/1707 E sayılı ve 13.02.2017 tarihli kararı[12] ile reddedilmiş olup hâlihazırda anılan yönetmeliğin yürürlüğü durdurulmuş vaziyettedir.

Madalyonun bir yanında herkesin şikâyetçi olduğu aşırı meslektaş artışı varken diğer yanda mesleğe dâhil olan avukatları nelerin beklediğine

---

7 **Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik,** 17.06.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmi Gazete.

8 **6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun,** 11.09.2014 tarihli ve 29116 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

9 **Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında Veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatların Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik,** 26.12.2015 tarihli ve 29574 sayılı Resmi Gazete.

10 Esasen anılan yönetmelik, sigortalı çalışan avukatların özlük haklarını düzenleme çabalarının ilk örneği değildir. Yakın tarihte, 2006 yılında, 2006 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne hüküm konularak, sigortalı çalışan avukatlar için asgari ücret belirlenmiştir (o yıl için 1000 TL olarak). Buna karşın anılan düzenleme de Danıştay 8. Dairesi'nin 2006/76 E 2006/4896 K sayılı ve 6.12.2006 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Süreç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Gürseler, Ücretli Avukat, s. 230-232.

11 **Danıştay 8. Dairesi'nin 2015/15155 E Sayılı ve 22.09.2016 Tarihli Kararı,** Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'nın 2016/76 sayılı ve 05.12.2016 tarihli duyurusu.

12 **Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2016/1707 E sayılı ve 13.02.2017 tarihli kararı,** http://vatandas.uyap.gov.tr/danistay/portal_baslangic.uyap?param=user.

değinmek gerekmektedir. Aşağıdaki tespitlerin her birinin genel durum olduğunu söylemek mümkün olmasa da sigortalı çalışan avukatların büyük bir bölümü bakımından en azından aşağıdaki tespitlerden birkaçının geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

• Cumartesi günleri çalışma, giderek yaygınlaşmaktadır.

• Esnek çalışma saatleri, olağan mesai saatlerine dönüşmektedir. Esasen 08:30 – 09:00 civarı başlayan ve resmen 18:00 - 19:00 arasında bittiği kabul edilen mesai, pek çok meslektaş için bir hayale dönüşmüştür. Bu durum stajyer avukatlar için ise çok daha sorunlu olup bir stajyer avukat, gününün uyanık kaldığı kısmının büyük bölümünü işte geçirmektedir. Aşırı mesai saatlerinin doğal sonucu ise; meslektaşların kendilerini geliştirmeye, meslek dışı ilgi alanlarına vakit ayırmaya, sosyalleşmeye vakit bulamaması olmaktadır. Keza uzun mesai saatleri, bilhassa dilekçe yazımında hataları beraberinde getirmekte, son tahlilde meslektaşların çalışma verimliliği ciddi şekilde düşmektedir.

• Bürolardaki yetersiz sayıdaki meslektaş; iki hatta üç kişilik iş yetiştirmeye çalışmakta, her gün kapasitelerinin üstüne çıkmaları beklenmekte, işlerde bir aksaklık olduğunda ise tembellikle suçlanmaktadır.

• Pek çok işyerinde yol ve yemek ücretleri karşılanmamaktadır.

• Avukatların ücretleri diğer meslek mensuplarına, yaptıkları işin önemine ve verdikleri emeğe göre gerçekten son derece düşüktür. Bir avukatın maddi ve manevi varlığını geliştirebileceği bir ücreti alması için yılların geçmesi gerekmektedir. Genç bir avukat ise ya maddi olanaksızlıklarla boğuşmakta ya da tabir-i caizse "parasını harcayacak an bulamayacak kadar" çok çalışıp mutsuz bir şekilde para kazanmaktadır. İstanbul özelinde pek çok stajyer avukat ya da genç sigortalı çalışan avukat, aile üyelerinden maddi destek alarak hayatlarını idame ettirmektedir.

• Avukatların kendilerini mesleki yönden geliştirmeleri hemen hemen olanaksızdır ya da büyük fedakârlıklar gerektirmektedir. Örneğin yüksek lisans çalışmaları için izin almak çoğu kez mümkün olmamakta, mümkün olursa da avukatın üniversitede vakit geçirdikten sonra iş yerine dönüp fazla mesai yapması beklenmektedir. Mesleğin yanı sıra akademik çalışma yapma isteğinin, iş olanaklarını son derece sınırladığı bir gerçekliktir. Dahası stajyer avukatların, staj eğitimi çerçevesinde baroda katılmak durumunda oldukları derslere iştirakleri dahi sorun kaynağı olmaktadır.

• Sigortalı çalışan avukatların, yaptıkları işi seçme bakımından çoğu kez bir düşünce beyan etmeleri dahi söz konusu olmamaktadır.

• Sigortalı çalışan avukatların işlerin başarısından kazanç ya da itibar sağlamaları pek görünen bir durum değildir ve fakat işe dair her türlü aksaklıktan sorumlu olmaktadırlar.

• Sigortalı çalışan avukatlar, müvekkilleri için etkili bir şekilde savundukları hakları kendileri için sağlayamamaktadırlar. Örneğin sigorta primleri maaşlar düşük gösterilerek yatırılmakta, sigorta bildirimi geç yapılmaktadır. Bu durumun yaygınlaşıp kural haline geldiğini söylemek mümkündür.

• Sigortalı çalışan avukatlar ve esasen bu konuda bilhassa da stajyer avukatlar yönünden bir diğer sorun da, meslek dışı iş problemidir. Özellikle pek çok stajyer avukatın mesleki faaliyet dışı iş yapmaktan şikâyetçi olduğu görülmektedir. Bu işlere örnek olarak; ofis içi sekreterlik – yardımcı elemanlık işlerini yapma ile avukatın şahsi işlerini yapmayı örnek olarak saymak yeterli olacaktır.

• İzin hususunda ciddi problemlerle karşılaşılmaktadır. Pek çok meslektaş için izin tarihlerini kendi düşünce ve planlarına göre belirlemek mümkün olmamakta, izin tarihlerinin tespitinde işveren avukatların talepleri dikkate alınmaktadır. İzinde olunmasına rağmen e- posta ve telefon yoluyla iş ile bağlantı kesilmemektedir.

• Hemen hiçbir lehe düzenlemesine uyulmayan İş Kanunu'nun tüm aleyhe hükümlerine genel itibariyle uyulmakla birlikte lehe hükümlerin ya da diğer kanuni düzenlemelerin hatırlatılması meslek büyüğüne saygısızlık olarak kabul edilmektedir.

• Sigortalı çalışan avukatlardan, müvekkillerin her istediğine olumlu cevap vermeleri, mesai saatleri dışında – hafta sonunda – izinde dahi olsa her an müvekkil ile iletişim kurmaları beklenilmektedir.

• Pek çok meslektaş bir avukattan ziyade hukuk da bilen tercüman konumundadır. İş görüşmelerinde hukuk bilgisi önemsenmemekte, yabancı dilin iyi ya da kötü olmasına göre tercihte bulunulmaktadır. Birçok meslektaşın da ne yazık ki yapmış oldukları mesleki faaliyetin, sözleşme çevirmek ve yabancı müvekkil ile iletişime geçmekten öte gitmediği görülmektedir.

• Mobbing artmaktadır. Sigortalı çalışan avukatlar ve bilhassa da genç meslektaşlar ile stajyer avukatlar mesleklerini sürekli stres içerisinde yapmaktadırlar. Muhatap olunan üslup ve davranış şekilleri kaynaklı şikâyetler atmaktadır. Keza kadın meslektaşların da cinsiyet temelli şikâyetlerinde artma gözlemlenmektedir.

• Bağımlı çalışan avukatların haklarına dair düzenleme bulunmayışı, bürodan büroya değişen uygulamaların varlığına neden olmaktadır. Bu durumda bağımlı çalışan avukatların özlük hakları, işveren avukatın bu konuya dair duyarlılığı ölçüsünde belirlenmektedir.

Ne yazık ki çizilen tasvir abartı içermemektedir. Sigortalı çalışan özellikle de genç bir avukat; hâkimden, savcıdan, kalem memurundan, müvekkilden ve en kötüsü kendi meslektaşından saygı görmez durumundadır. Kazandığı ücret, maddi ve manevi varlığını gerçekleştirmekten çok uzaktır. Çalışma şartları, mesleğinin önemine yakışmamaktadır. Sigortalı çalışan avukatlar için maddi şartlar, çalışma ortamı şartları ve psikolojik şartlar kötü durumdadır. En nihayetinde; sigortalı çalışanlar ve stajyer avukatlar mesleğe ve hukuka yabancılaşmaktadırlar.

II. ŞİRKETLEŞEN VE FABRİKALAŞAN HUKUK BÜROLARI

Sigortalı avukatların ve bilhassa da genç avukatların ve stajyer avukatların durumunu özetledikten sonra işveren avukatların durumuna göz gezdirmek gerekmektedir. Avukatlık mesleğindeki şirketleşme eğilimi gittikçe göze çarpmaktadır. Avukatlık mesleğindeki şirketleşmeden kastımızı açıklamak gerekirse;

Bugün avukatlık ortaklıklarının sayısının her geçen gün arttığına tanık olmaktayız. Birden çok avukatın ortaklığı esasına dayanan avukatlık ortaklıklarının şirket mahiyetini kazanmaya doğru ilerlediklerini söylemek mümkündür. Bu ortaklıklardaki hiyerarşinin silahlı kuvvetler hiyerarşisine yaklaşan özelliği göze çarpmaktadır. Hiyerarşinin kabaca; ortak avukatlar, yönetici avukatlar, kıdemli avukatlar, avukatlar, stajyer avukatlar şeklinde karşımıza çıktığını ve bu kabataslak sıralamanın da daha pek çok kademe ile çetrefilleşebildiğini söylemek gerekmektedir. Böylelikle bir benzetme yapmamız mümkün ise; genç avukat ve stajyer avukatın bir işçiyi; kıdemli avukatın – yönetici avukatın ustabaşını; ortak avukatın ise patronu temsil ettiği bir fabrika sistemi ile karşı karşıya kaldığımızı söylemek olanaklıdır.

Neticede sistemin işleyişi özetle şu şekildedir: Müvekkiller, avukatı kamu hizmeti icra eden biri olarak değil kendi hukuk işlerini gören yardımcısı olarak kabul etmektedirler. Avukatlık mesleği artık kamu hizmetinden çıkmakta ve sadece müvekkile iyi hizmet sunmaya odaklanmaktadır. Bu bakımdan karın artan önemi, örgütlenme biçimi, müvekkillerle olan ilişkiler çerçevesinde hukuk bürolarında şirketleşmeye yönelik bir süreç yaşanmaktadır. Bu yeni yapıda işveren avukat, klasik

bir işveren görünümüne dönüşmektedir. Daha çok iş getirmekle ilgilenen işveren avukatın; avukatlık mesleğine dair icra ettiği faaliyet azalmakta, konumu ve faaliyetleri ile şirket yöneticisini andırmaktadır. Yönetici avukatlar; mesleki faaliyetin devamını sağlayan, işveren avukatın isteklerine ilk planda muhatap olan, kıdemsiz avukatları denetleyen ve onlara iş yaptıran özellikleriyle adeta bir müdür/ustabaşı konumundadırlar. Ofisin işlerini genel olarak yürüten, kendisinden hukuksal görüş değil yalnızca söylenen konuda dilekçe yazması, duruşmaya girmesi, keşfe katılması, bürokratik işleri yürütmesi beklenen genç bağımlı çalışan avukatlar ile stajyer avukatlar ise sistemdeki en alt düzeydeki çalışanlar/işçiler konumundadırlar.

Kanımızca sistemin temel problemi, avukatlık mesleğinin özünde kamu hizmeti ve serbest bir şekilde icra edilme niteliklerinin[13] günümüzde giderek ortadan kalkmasıdır.

III. GÜNÜMÜZDE AVUKATLIK MESLEĞİ: BİR LONCADAN FABRİKAYA ÖRNEĞİ

Lonca[14]/[15]; Avrupa'da şehirlerin ortaya çıkışına koşut şekilde bir zanaat alanındaki tüm çalışanlardan müteşekkil bir birlikteliktir[16]. Loncalar, zamanla Avrupa'da üretim sistemi haline gelmiştir. Loncaya kayıtlı olmayan bir kişi o loncanın faaliyet alanında o şehirde faaliyet göremez olup[17] loncalar da üyelerinin asgari geçim ve sosyal haklarını da garanti

13 Benzer şekilde mahiyeti itibariyle sigortalı çalışmanın avukatlık nitelikleri bağdaşmadığı keza yasal düzenlemeler itibariyle de sigortalı çalışanların statüsünün yasallıktan ziyade fiili bir uygulamaya dayandığı görüşü hakkında ayrıca bkz.: Gürseler, Ücretli Avukat, s. 229-230.

14 Lonca sistemine dair bu ve sonraki paragraflarda zikredilen bilgiler için bkz.: Henri Pirenne, **Ortaçağ Avrupası'nın Ekonomik ve Sosyal Tarihi,** 7. Baskı, Çev: Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul, İletişim, 2014, s. 198-211.; Leo Huberman, **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla,** 17. Baskı, Çev: Murat Belge, İstanbul, İletişim, 2016, s. 66-82, 126-135.

15 Yukarıda, son dönemlerde sigortalı çalışan meslektaşların sorunlarına dair deneme formatında çeşitli yazıların varlığına vurgu yapmıştık. Bu yazılardan birinde, baro=-lonca benzetmesine rast gelmemiz yazıya da dikkat çekmek uygun olacaktır. Ancak lonca kavramından yararlanma bağlamında anılan yazı ile yazımız arasındaki farka da ayrıca işaret etmek istemekteyiz. Bkz.: Ekin Görkem, İşçi Avukatlık Kimin Eseri, Çevrimiçi, http://haber.sol.org.tr/blog/serbest-kursu/ekin-gorkem/isci-avukatlik-kimin-eseri-190732,

16 Pirenne'nin tanımıyla lonca; *"Belirli bir zanaatı, kamu otoritesince konulan kurallar çerçevesinde icra etmek tekeline sahip endüstriyel bir birliktir".* Pirenne, **a.g.e.,** s. 205.

17 Pirenne, **a.g.e.,** s. 203-204.

ederlerdi[18]. Buna karşın üyeleri üzerinde önemli bir baskı unsuru oldukları da görülmektedir. Üretimin şeklinden pazara sunulmasına ve sunum şekline kadar üretimin ve satışın tüm safhaları loncaların denetiminde ve sıkı kurallara bağlı idi[19]. Böylece her üyenin asgari kazancı ve bağımsızlığı garanti edilmekte ve fakat üyeler için bu asgari düzeyin üstüne çıkmak ve teknik ilerleme, pazarlamada yenilik gibi yöntemlerle fark yaratmak mümkün olmamaktaydı[20]. Örneğin pazarlamada kendisine üstünlük tanıyacak ikramlarda bulunmak ya da ürün kalitesini artırmak, lonca kuralları uyarınca yasaktı.

Lonca sisteminde çırak, kalfa ve usta şeklinde üç sacayağı bulunmaktadır[21]. Çırak, mesleğin henüz başında, kıdemsiz, işi öğrenecek kişidir. Kalfa ise artık çıraklıktan çıkmış, mesleği belirli bir düzeyde öğrenmiş ve fakat kendi işletmesini açması için gereken yetkinlik ve/veya olanaklara sahip oluncaya kadar ustasına bağlı olarak çalışan kişidir. Usta ise tek başına bir işletmedir[22]. O, işletmesinin sahibidir yani çırakların ve kalfaların patrondur. Bununla birlikte bilfiil zanaatını icra eder yani işçidir. Üretim için gereken malzemeleri tedarik eder yani aracıdır. Ortaya çıkan ürünü satar yani bir şekilde tüccardır.

Lonca sistemi bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere küçük işletmelere dayanır. Sistemin devamı için önemli koşullar; ustalar arası eşitlik ile kalfaların ustalığa terfi etme olanaklarının varlığıdır ki sistemin yıkılışı da tam bu noktadan olmuştur[23]. Gelişen zaman ve ekonomik düzen içerisinde kalfaların usta olma olanakları gitgide azalmış, lonca kurallarının değişen ekonomik şartlara uymaması ile bu kurallar delinmeye başlamış, ustalar için mevcut ekonomik güvence ortadan kalkmıştır[24]. Böylece kimi ustalar tam anlamıyla patron olmuşlardır. Kalfalar ile patronlaşamayan ustalar ise diğer ustaların emrinde ücretli çalışan halini alacaklardır. Fabrika sisteminin ortaya çıkışı ve üretim teknolojisindeki ilerleme ve işbölümüne bağlı olarak emek verimliliğinin artışı ile de lonca sistemi tarihten silinecektir[25].

Bu bölümde şu ana değin anlatılanlar, yalnızca tarihsel olaylar değildir ve esasen zikredilen tarihsel olaylardaki süreç konumuzla doğrudan

18 Huberman, **a.g.e.,** s. 69-72.

19 Pirenne, **a.g.e.,** s. 206.

20 Pirenne, **a.g.e.,** s. 206.Dolayısıyla lonca sistemi ile hem üreten ve ürettiğini satan zanaat hem de tüketici korunmaktadır. Pirenne, **a.g.e.,** s. 200.

21 Huberman, **a.g.e.,** s. 67.; Pirenne, **a.g.e.,** s. 207.

22 Huberman, **a.g.e.,** s. 126-127.;

23 Huberman, **a.g.e.,** s. 76, 128. Pirenne, **a.g.e.,** s. 207.

24 Huberman, **a.g.e.,** s. 77-78

25 Huberman, **a.g.e.,** s. 132.

ilgilidir. Avukatlık mesleğinde son yıllarda yaşananlar gitgide loncadan fabrika sistemine geçiş sürecini anımsatmaktadır.

Avukatlık faaliyetini icra edebilmek için bir baroya kayıt olmak gerekir (baro =lonca). Geçmişte sistemin temelinde bağımsız çalışan serbest avukat vardır (usta =serbest avukat). Bu avukatın yanında, stajyeri olup yetiştirdiği ya da sonradan yanında işe başlayan, görece genç, mesleki tecrübe ve maddi olanaklar itibariyle bir süre bağlı çalışması gereken avukat çalışır (eski sistemin sigortalı çalışan avukatı=kalfa). Bu avukat, tecrübe ve maddi olanak sağlayınca kendi ofisini açacaktır. Sistemin en dibinde ise stajyer avukat vardır (stajyer avukat=çırak).

Yakın zamanda ise bu sistem artık yıkılmaya yüz tutmuştur. O kadar çok hukuk fakültesi mezunu vardır ki arz talebin çok üzerindedir. Avukat sayısındaki artışa koşut şekilde piyasada rekabet artmış, avukat arzı avukat talebinden fazla olduğundan yapılan işin değeri azalıp ücretler düşmüş, buna karşın ülkenin ekonomik durumundaki kötüleşmeye bağlı olarak bir büroyu idame ettirebilmek için gereken maddi gücün daha yüksek olması gerekmiştir. Bu durumun sonucu ise şu şekilde olmuştur: Sigortalı çalışan avukatlar artan rekabet, kötüleşen iş şartları, ofis açmanın giderek imkânsızlaşmasının sonucu olarak ya meslekten kaçmış, (hâkimlik – savcılık ve akademisyenlik mesleklerinin tercih edilirliği artmış) ya da bağımlı çalışan avukatın özel maddi olanakları ve iş çevresi yoksa – ki genelde yoktur – mesleğini uzun yıllar bağlı olarak ifa eder duruma gelmiştir.

Serbest avukatların bazıları –esasen küçük bölümü- şirketleşmekte, diğer avukatları yanında işçi olarak çalıştırmakta ve böylece meslekte fabrikalaşma eğilimi ortaya çıkmaktadır. Kimi hukuk dallarında bu büyük bürolar hâkimiyet kurmakta yani tekelleşmeye rastlanılmaya başlanılmaktadır. Diğer yanda meslekte artan rekabet ve ekonomik koşulların zorlaması ile kimi serbest avukatlar ise sigortalı çalışmaya geri dönmek zorunda kalmaktadırlar.

Fabrikalaşan hukuk bürosunun işçi avukat sayısı arttıkça karı artmaktadır. Karı artırmanın yolu daha çok iş almaktan geçmektedir. Bu nedenledir ki müvekkile daha iyi hizmet sunmak gerekir ve böylece hukuk bürosundaki çalışma saatleri esner, her şey daha fazla iş yapmaya odaklanır ve işçi avukatın emeğinden kazanma oranı artar.

Bu tablonun devamı için en önemli faktörlerden biri işçi avukatların – mümkünse talepten çok şekilde arz ile birlikte - varlığıdır. Zira istediğiniz

kadar sermayeniz olsun orada çalışacak işçi yoksa fabrika kuramazsınız şeklinde basit bir gerçek bulunmaktadır[26]. Daha fazla fakülte açıp daha fazla mezun sağlarsanız, hem çalışacak işçi mevcut olur hem de arz fazlasıyla ücretleri dolayısıyla maliyetleri azaltırsınız. Şirketler büyüdükçe piyasada serbest olarak tutunmak zorlaşır. Böylece kendi ofisini açamayan ancak ofis açmak için yetkin avukatlar da bağımlı çalışır. Böylelikle fabrikanın ustabaşıları yani yönetici avukatlar da ortaya çıkmış olmaktadır. Esasen bu paragraf, konunun sistemsel olduğu yönündeki görüşümüze yerinde bir örnektir.

Çizdiğimiz tablo uyarınca şu hususun da altını önemle çizmek gerekmektedir: Hukuk bürolarının şirketleşmesi ve fabrikalaşması olarak tanımladığımız durum çerçevesinde; sigortalı çalışan avukatlar, işçilerin geleneksel olarak karşılaştıkları ve bugün de devam eden sorunlarla karşılaşmaktadırlar. Ancak artan meslektaş sayısına bağlı olarak şirketleşmemiş, meslekte kullanılan adlandırmayla butik bürolarda çalışan avukatların da çalışma şartları kötüleşmiştir ve kötüleşmektedir. Meslektaş sayısında artış, mesleğin niteliğindeki dönüşüm, ülkenin genel ekonomik yapısı gibi etmenler birleşmekte ve yazımızın konusunu oluşturan sigortalı çalışan avukatların çalışma koşullarında olumsuz etki ortaya çıkarmaktadırlar.

Netice olarak avukatlık mesleği giderek şu hali almaktadır: Karın öncelik olduğu, müvekkile hizmetin ise belirleyici olduğu, küçük bir azınlık dışında meslektaşların mesleğe yabancılaştığı bir sistem.

IV. SONUÇ

Bu yazımızda avukatlık mesleğine dair son derece kabataslak bir resim çizdik. Elbette ki yaptığımız kategorileştirmelerin yaşamda birebir ortaya çıktığını iddia etmiyoruz. Fakat temel savımızın doğruluğuna da her geçen gün tanık oluyoruz: Avukatlık mesleği gün geçtikçe kamusal niteliğini kaybetmekte, kar odaklı olmakta, şirketleşmekte, yer yer tekelleşmektedir. Sigortalı çalışan avukatlar bu sistemin temel yapı taşıdır ve ne yazık ki çalışma şartları ve özlük hakları son derece kötü vaziyettedir.

Kanımızca olayları bu şekilde değerlendirmek tek tek bakıldığından anlaşılamayan kimi meseleleri aydınlatmaktadır. Örneğin; aşağıdaki sonuçlardan bahsedebilmek kanaatimizce mümkündür.

• Her geçen gün hukuk fakültesi ve hukuk fakültesi mezunu sayıları ihtiyacın üzerinde artmaktadır. Avukatlık sınavı getirme çabaları, kanun

26 Huberman, **a.g.e.,** s. 183.

çıkarılmak suretiyle engellenmiştir. Sigortalı çalışan avukatların asgari düzeyde de olsa haklarını düzenleme çabası, yargı yoluna başvurulması ile şu an için durdurulmuştur. Artan sayıya koşut olarak sigortalı çalışan avukatların çalışma koşulları kötüleşmiştir ve kötüleşmektedir.

• Avukatlık mesleği algısının ve yapılma şeklinin giderek kamu hizmetinden ziyade özel hizmete dönüştüğü gözlemlenmektedir. Şirket mahiyeti de gösteren büyük avukatlık ortaklıkları ortaya çıkmakta ve belirli alanlarda tekelleşme eğilimi göze çarpmaktadır. Yeni ortaya çıkan sistemin en alt kademesinde yer alan sigortalı çalışan avukatların – bilhassa genç olanlar – ve stajyer avukatların çalışma koşulları, kabul edilemez düzeydedir, bu durum ciddi bir sorundur ve acilen çeşitli düzenlemeler ile bu soruna çözüm üretilmelidir.

• Avukat sayısında artış, meslekte ortaya çıkan şirket benzeri büyük bürolar ve alanlardaki tekelleşme, bağımlı çalışan avukatların çalışma koşullarının düzeltilememesi; birbirinden ayrı değil birbirlerini tamamlayan hususlardır.

Bu sistemin yakın zamanda düzeleceğini söylemek fazla iyimserlik olur. Gidişat ne yazık ki kötüdür. Ancak bugün değilse bile yakın gelecekte, sigortalı çalışan avukatların da gözlerini dilekçe yazdıkları bilgisayarlardan kaldırıp, kendilerinin haklarını arayacakları günlerin de gelmesi olasılık dâhilindedir. Açıkçası çalışma koşulları, hak arayışını dayatmaktadır. Sigortalı çalışanlar, her ne kadar çalışma koşullarından anlaşılmasa da yargı için vazgeçilmez derecede önemlidirler. Saatlerce beklenen duruşmalara giren, en ücra köşelere keşfe giden, günde en azından birkaç dilekçe yazan, ayrıca çeşitli meselelere dair araştırma yapıp bilgi veren, müvekkille iletişime geçen, gece yarısı karakolda – savcılıkta – mahkemede ifadeye/sorguya eşlik eden ve dahası mesleki faaliyetin en fazla enerji gerektiren pek çok yönünde en ön sırada olan onlar; özlük hakları yetersiz, mesleğine yabancılaşmış, genel olarak mutsuz, geçim kaygısını daima hisseden, stresli bir biçimde iş hayatına tutunmaya çabalamaktadırlar.

Buna karşın açıkça belirtmek gerekir ki; sigortalı çalışan avukatlarda ile stajyer avukatlarda kendi özlük haklarına dair dair yeterli bilincin varlığı noktasında ciddi soru işaretleri vardır. İçinde bulunulan şartları kanıksama, özlük hakları bilincinden yoksunluk, yaşanılan olumsuzlukları daha kıdemsiz meslektaşlara yansıtmak gibi olumsuz davranışlar da yaygınlaşmaktadır. Keza meslekte yaşanılan sorunları kişisel zayıflık olarak algılama eğilimi mevcuttur. Bu çerçevede sigortalı çalışan avukatlar ile stajyer avukatların kendi özlük hakları konusundaki bilinç ve mücadele

azmi noksanlığı, yazının genelinde anılan çarpıklıkların düzelmesi bakımından en ciddi sorun olarak gözükmektedir.

Ancak çalışma koşulları bu şekilde kötüleşmeye devam ettikçe, gereken bilinci ve mücadele azmini en azından bir kısım meslektaş bakımından yakın gelecekte yaratacağı kanısındayız. Akabinde hak arama mücadelesinin geniş kitlelere yayılıp yayılmayacağını ise zaman gösterecektir. Birlikte hareket etme ve meslekte sahip olunan gücün farkında olunması ve bu gücün kullanılması durumunda, özlük haklarında önemli gelişmelerin yaşanması ve mesleğe dair çeşitli düzenlemelerin yürürlüğe girmesinin olanaklı olduğu kanısındayız. Bu çerçevede meslektaşlar arasında özlük hakları hususundaki bilincin geliştirilmesinde yine başlıca rol, meslektaşlara düşmektedir.

Neticede;

Birlikte ve bilinçli bir şekilde yapılacak mücadelenin yakın ya da orta vadede özlük haklarında önemli kazanımları getirebileceği fikrindeyiz.

• Bu bağlamda ilk planda sigortalı çalışan avukatların haklarına dair yeniden bir düzenleme yapılmasının sağlanması – mevcut düzenlemenin yürütmesinin durdurulması ve olası iptal kararı uyarınca – uygun olacaktır.

• Keza hukuk eğitimi, mesleğe giriş, staj koşulları, avukatın yargı düzenindeki genel konumuna ilişkin düzenlemelerin yapılmasının sağlanması yerinde olacaktır. Bir düzenleme yapılması ihtimali doğduğunda ise dışarda kalınmayıp sürece aktif bir biçimde katılınmalıdır.

• Özlük hakları bağlamında ne kadar ilerleme kaydedilirse kaydedilsin, sigortalı çalışma Avukatlık Kanunu m. 1 hükmünde tanımlanan mesleğin mahiyetine aykırılık arz edeceğinden, sigortalı çalışmanın avukatlar bakımından istisnai olmasını sağlayan düzenlemeler hayata geçirilmelidir. Örneğin kendi bürosunu açmak veya ortaklık kurmak isteyen avukatlara yönelik vergi başta olmak üzere çeşitli mali meselelerde kolaylık sağlamak ve yine başkaca teşviklerde bulunulması bu uğurda önem arz edebilecektir.

Elbette ki avukatlık mesleği, ülkenin genel ekonomik durumundan doğrudan etkilenmektedir. Bu bakımdan kamusallığın kaybolması, tekelleşme gibi olguların avukatlık mesleğinde etki doğurmaması olanaksızdır. Ekonomik sistemin avukatlık mesleğine de doğrudan etkisinin farkında

olduğumuzu ve fakat sigortalı çalışan avukatların kendi özlük haklarına dair mücadelelerini de önemli bulduğumuzu belirtmek istemekteyiz.

Yazımızı nihayete bağlamadan önce son olarak değinmek istediğimiz mesele; sigortalı çalışan avukatların hak taleplerini gündeme getirmesinin meslek içi gerginliğe ve birlikteliğin bozulmasına neden olup olmayacağıdır. Şurası açıktır ki tam tersine sigortalı çalışanların çalışma koşulları kötüleştikçe, mesleğe yabancılaşma arttıkça meslek içi barış ve birliktelik bozulmaktadır. Yukarıda örneğini verdiğimiz lonca teşkilatının gelişiminde de aynı durum yaşanmış, usta olma olanakları daralan ve çalışma koşulları kötüleşen kalfalar yer yer grevlere başvurmuş, kendileri teşkilatlanmış ve neticede yine yukarıda belirtildiği üzere lonca teşkilatının sonunu getiren usta – kalfa ayrışması ve çatışması yaşanmıştır[27]. Avukatlık mesleğinin temelde serbest şekilde icra edilmesini sağlayan, istisnai olarak sigortalı çalışan avukatların ise özlük haklarını hak ettikleri derecede güvence altına alan bir sistem kurulmadığı takdirde, yakın gelecekte bu meselenin ciddi sorunlar doğuracağı kanısındayız. Kaldı ki avukatlık mesleğinin kamusal niteliği ciddi tehlike altındadır. Örneğin meslek kuruluşlarının birden fazla olmasına dair yasal düzenlemenin bu bağlamda ortaya çıkaracağı sonuçlar merak konusudur. Dolayısıyla her bakımdan süreç, yazımızın üçüncü bölümünde bahsettiğimiz şekilde loncadan fabrikaya doğru evrilmektedir. Elbette ki gelişen ve değişen koşullar uyarınca mesleki faaliyetlerdeki dönüşüm de kaçınılmazdır. Bu bağlamda örneğin loncadan fabrikaya geçiş, üretim tekniği bakımından ileri bir adımdır. Ancak bu sürecin tarihte örneğini gördüğümüz ortaya çıkardığı geniş kitleler için olumsuz bazı sonuçlar da akılda tutulmalıdır. Neticede günümüzün koşullarına uyum sağlaması gereken avukatlık mesleğinin; temelde kamusal ve serbest icra edilebilir niteliğini koruyarak bu süreci gerçekleştirmesi tüm meslektaşların ortak menfaatidir ki bu çerçevede sigortalı çalışan avukatların özlük hakkı meselesi de meslek içi sorunların aşılması bağlamında son derece büyük önemi haizdir.

Bugün; sigortalı çalışan avukatlar ve stajyer avukatlar, mesleğinin icrasında son derece önemli rolleri üstlenmekte ve fakat her geçen gün şartları kötüleşmekte ve konumları, hak ettikleri değerin son derece aşağısında kalmaktadır. O halde yazımızı, Fransız Devrimi öncesi üçüncü sınıf için (aristokrasi ve din görevlileri sınıfları haricindeki herkes örneğin işçiler, köylüler, küçük burjuvalar, tüccarlar üçüncü sınıfa dâhildir) söylenen ünlü sözü sigortalı çalışan avukatlara uyarlayarak bitirmek uygun olacaktır[28]:

27 Huberman, **a.g.e.,** s. 78-82.; Pirenne, **a.g.e.,** s. 209-210.

28 Bkz.: Murat Sarıca, **100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi,** . Baskı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1993, s. 99.

Sigortalı çalışan avukatlar, avukatlık mesleği için nedir: **Hemen hemen her şeydir.**

Sigortalı çalışan avukatların, avukatlık mesleğindeki mevcut durumları nedir: **Hemen hemen hiçbir şeydir.**

Sigortalı çalışan avukatlar ne istiyorlar: **Bir şey olmak.**

KAYNAKÇA

Ekin Görkem, İşçi Avukatlık Kimin Eseri, Çevrimiçi, http://haber.sol.org.tr/blog/serbest-kursu/ekin-gorkem/isci-avukatlik-kimin-eseri-190732.

Güneş Gürseler, "Ücretli Avukat", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:71, 2007, s. 227-238.

Henri Pirenne, Ortaçağ Avrupası'nın Ekonomik ve Sosyal Tarihi, 7. Baskı, Çev: Uygur Kocabaşoğlu, İstanbul, İletişim, 2014.

Leo Huberman, Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla, 17. Baskı, Çev: Murat Belge, İstanbul, İletişim, 2016.

Murat Sarıca, 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, . Baskı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1993.

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 17.06.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmi Gazete.

6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, 11.09.2014 tarihli ve 29116 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

Bir Avukat Yanında, Avukatlık Ortaklığında Veya Avukatlık Bürosunda Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatların Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik, 26.12.2015 tarihli ve 29574 sayılı Resmi Gazete.

Danıştay 8. Dairesi'nin 2015/15155 E Sayılı ve 22.09.2016 Tarihli Kararı, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'nın 2016/76 sayılı ve 05.12.2016 tarihli duyurusu.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2017/1707 E sayılı ve 13.02.2017 tarihli kararı, http://vatandas.uyap.gov.tr/danistay/portal_baslangic.uyap?param=user.

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA KUSUR UNSURU

Av. Büşra BAŞ

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanununda haksız fiilden doğan borç ilişkilerine borcun kaynaklarından biri olarak yer verilmiştir. Geniş anlamda haksız fiil, hem kusur sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğu ifade eder. Dar anlamda sorumluluk kavramından ise kusur sorumluluğu anlaşılmaktadır.

Kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan bir davranış biçimini ifade eder. Haksız fiil sorumluluğunda kural olarak zarar veren kusurlu fiilleriyle verdiği zararı tazminle yükümlüdür. Ancak kusurlu davranışın olmadığı hallerde de tazminat ödeme yükümlülüğü söz konusu olabilir. Kusursuz sorumluluk hallerinde durum böyledir.

Kusur sorumluluğunda kusur, sorumluluğun en önemli unsurudur. Zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurlarının yanı sıra sorumluluğun doğması için zarar verenin kusuru aranır.

Bu çalışma kapsamında haksız fiil sorumluluğunda kusur unsuru incelenecektir. Öncelikle kusur teorileri çerçevesinde kusur kavramı daha sonra sorumluluk hukukunda kusurun rolü ile kusurun sübjektif ve objektif yönü üzerinde durulacaktır. Bir diğer ana konu olan kusurun çeşitleri başlığı altında ise kast ve ihmal incelenecektir. Son olarak da kusurun ispatı konusuna yer verilecektir.

I. KUSUR KAVRAMI

A. Genel Olarak

Kusur, Türk Borçlar Kanunu m. 49/f. 1'de sorumluluğunun kurucu unsuru olarak düzenlenmiştir. TBK m. 49'da yer alan düzenleme '*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*' şeklindedir. Kanunda kusur kavramının tanımına yer verilmemesi sebebiyle kusur, öğretide üzerinde görüş birliği bulunmayan bir kavramdır. Sübjektif teoriyi benimseyen görüş kusuru, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka ay-

kırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamak şeklinde tanımlamaktadır[1]. Objektif teoriyi benimseyen hakim görüş ise kusuru, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi olarak ifade etmektedir[2].

Kusurun söz konusu olabilmesi için öncelikle hukuka aykırı bir davranışın varlığı gerekmektedir. Bu sebeple kusurlu bir fiil her zaman hukuka aykırı bir fiildir. Ancak varlığı hukuka aykırı davranışa bağlı olsa da kusur hukuka aykırı davranıştan bağımsız bir unsurdur[3]. Hukuka aykırılık fiilin hukuk kuralına aykırı olması iken kusur, hukuka aykırı fiilin hukuk düzeni tarafından kınanmasını ifade eder[4].

Sözleşme dışı sorumluluk hukukundaki kusur kavramı ceza hukukundaki kusur kavramından farklıdır. Sorumluluk hukukunda bir davranış ceza hukukuna nazaran daha kolay kusurlu kabul edilmesi sebebiyle kusur kavramı sorumluluk hukukunda daha geniştir. Ceza hukukunda sübjektif kusur teorisi hakimken sorumluluk hukukunda kusur objektifleştirilmiştir[5]. TBK m. 74'de hukuk hakiminin zarar verenin kusurunun ve ayırt etme gücünün olup olmadığına ilişkin kararında, ceza hakiminin kararında yer alan belirlemeyle bağlı olmayacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere ceza mahkemesinin beraate ve kusur oranına ilişin kabulü hukuk hakimini bağlamayacak ise de ceza yargılamasında ki belirlenen maddi olgular hukuk hakimi bağlayacaktır[6].

B. Kusur Teorileri

1) Sübjektif Kusur Teorisi

Sübjektif teori kusuru, zarar verenin haksız fiil gerçekleştiği anda içinde bulunduğu psikolojik şartlara, zarar verenin eğitim ve öğretim düzeyi-

---

1 **OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M.T.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 54.

2 **EREN, F.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 591; **ANTALYA, O. G.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 21.

3 **NOMER, H. N.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015, s. 152-153; **ANTALYA,** s. 22.

4 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 55.

5 **ANTALYA**, s. 22.

6 Yarg. 4. HD. T. 24.11.2016, E. 2015/8964, K. 2016/11581; '818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. (TBK/74) maddesi gereği ceza mahkemesinde verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamaz ise de hukuk hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız olmayıp ceza mahkemesinin maddi vakıaların belirlenmesine dair mahkumiyet kararı hukuk hakimi yönünden bağlayıcı olup taraflar yönünden kesin delil niteliği taşıyacaktır.'

ne, kişisel yeteneklerine göre değerlendirir. Bu teoriye göre kusur zarar verenin irade zayıflığından ileri geldiği için zarar verenin kişisel özellikleri göz ardı edilemez. Zarar veren kişisel özelliklerine göre fiilin zararlı sonuçlarını öngörmesine rağmen gerekli iradeyi göstermediği için kusurlu kabul edilir[7].

2) Objektif Kusur Teorisi

Objektif teoriye göre kusurun varlığı zarar verene değil objektif bir modele göre değerlendirilir. Değerlendirme yapılırken zarar verenin kişisel durumu yerine benzer koşullarda yaşayan makul, ortalama kişinin mesleki bilgisi, eğitim düzeyi, fizik ve fikri gücü esas alınır. Zarar verenin davranışı model davranıştan saptığı takdirde kusurlu kabul edilir[8].

II. SORUMLULUK HUKUKUNDA KUSURUN ROLÜ

Kusurun, sorumluluğu kurucu ve sorumluluğu sınırlayıcı iki temel fonksiyonu vardır. Kurucu fonksiyonu sorumluluğun doğması, sınırlayıcı fonksiyonu ise tazminatın kapsamının belirlenmesinde önem taşımaktadır[9].

Kusur sorumluluğunun doğması için öncelikle kusurlu bir fiilin varlığı gerekmektedir. Roma hukukundan beri geçerli olan 'Casum sentis dominus' ilkesi gereğince zarara, zarar gören katlanır. Kusur kavramı ise zararın, zarar görenden başkasına yükletilmesine olanak sağlar. TBK m. 49'a göre genel kural zarar veren kusurlu fiiliyle verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Yani kusur olmadıkça sorumluluk söz konusu değildir[10].

Kusur ayrıca tazminat kapsamının belirlenmesinde önemli rol oynar. Burada kusurun sorumluluğu sınırlandırıcı fonksiyonu gündeme gelir. Kusursuz sorumlulukta ise kusur, sorumluluğun kurucu şartlarından biri olmamakla birlikte tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır. Kusursuz sorumluluk halinde zarar verenin kusurunun varlığı illiyet bağının kesen sebeplere başvuruyu engelleyecektir. Bu halde mücbir sebep veya üçüncü kişinin kusuru sebebiyle sorumluluktan kurtulmak mümkün ol-

7 **ANTALYA,** s. 25; **EREN,** s. 592.

8 **EREN,** s. 593; **ANTALYA,** s. 26.

9 **ANTALYA,** s. 22-23; **KAHVECİ, N.,** "Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları", DAAD, C. 2, S. 3, Y. 2002, s. 131.

10 ANTALYA, O. G., 'Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler', MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008,

s. 68; TOPUZ, M., İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar

Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 237.

mayacaktır[11]. Aynı şekilde zarar gören ile zarar verenin birlikte kusuru bulunmaları halinde de zarar veren sorumluluktan kurtulamayacaktır[12]. Zarar görenin kusuru teknik anlamda kusur değildir. Çünkü teknik anlamda kusur, bir şahsın diğer bir şahsa hukuk düzenince kınanan zarar verici davranışını ifade eder. Zarar gören kusurunda ise zarar başka bir şahsa değil zarar görenin kendisine verilmektedir[13].

Zarar verenin kusuru ek kusur olarak nitelendirilir ve varsa zarar görenin kusurunu o oranda kaldırır. Bu halde zarar gören indirim yapılmadan tazminatı alır. Görüldüğü üzere ek kusur kusursuz sorumluluk hallerinde tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşımaktadır[14]. Aynı zamanda ek kusur, kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtulmayı da engeller[15].

Kusur unsuru, müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkide zararın paylaştırılmasında da gündeme gelmekte ve iç ilişkide zararın paylaştırılmasında kusur oranı önem taşımaktadır. Aynı şekilde Yargıtay kararlarında hakimin rücuya ilişkin takdir yetkisini kullanırken kusur oranlarını göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir[16].

III. KUSURUN OBJEKTİF VE SUBJEKTİF YÖNÜ

A. Kusurun Objektif Yönü

Kusurun objektif yönü, zarar verenin davranışının aynı şartlar altında bulunan kişiden beklenen davranış biçiminden sapmasını yani zararı önceden öngörmesine rağmen önlemek için gerekli özeni göstermemesini ifade eder[17]. Burada zarar verenin mensup olduğu sosyal ve mesleki grupta bulunan makul, orta zekada bir kişi esas alınmaktadır[18].

---

11 **KILIÇOĞLU, A. M.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre) Genişletilmiş 19. Baskı, Ankara 2015, s. 330.

12 **TOPUZ,** s. 249; **KARAN, Y.,** Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından Zarar Görenin Kusuru, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 5 vd.

13 **EREN, F.,** Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Teorisi, Ankara 1975, s. 189-190.

14 **ANTALYA,** s. 23; **EREN,** s. 594; **ACAR, B.,** "Yargıtay'ın, 'Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi' İşlevini Tanımazlığı Görüşünün Eleştirisi', TBBD, S. 3, Y.1991, s. 341 vd.

15 **KILIÇOĞLU,** s. 330.

16 **TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 583; **AKDOĞANER, E.,** Haksız Fiil Halinde Müteselsil Sorumluluk, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 55.

17 **TANDOĞAN, H.,** Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 45; **AYAN, M.,** Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Konya 2015, s. 252.

18 **EREN**, s. 594.

B. Kusurun Sübjektif Yönü

Kusurun sübjektif yönü, sorumluluk ehliyetine ilişkindir. Kusur sorumluluğunda zarar verici fiilin, zarar verene yükletilebilmesi için zarar ile fiil arasında sübjektif bir bağın kurulması gerekmektedir[19].

Bir kimsenin kusurlu sayılması için ayırt etme gücüne[20] sahip olması gerekmektedir[21]. Türk Medeni Kanunu m. 15 düzenlemesi *'Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.'* şeklindedir. Bu sebeple haksız fiilin gerçekleştiği tarihte zarar veren kişinin sorumlu tutulabilmesi için fiilin sonuçlarını ve etkilerini anlayabilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir[22]. Kusursuz sorumluluk hallerinde ise kusur kurucu unsur olmadığından kusur ehliyetinin varlığı aranmaz[23].

Kusur ehliyetine için ayırt etme gücüne sahip olmak yeterlidir. Ayrıca ergin olma şartı aranmaz[24]. TMK m.16/f. 2'de yer alan düzenleme, *'Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.'* şeklindedir.

TBK m. 59'a göre ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu kaybetmede kusuru olmadığını, örneğin kendisinden habersiz içeceğine uyuşturucu madde katıldığını ispat ederse sorumluluktan kurtulur[25]. Ancak kişi kendi kusuru ile ayırt etme gücünü kaybediyorsa, örneğin içki içerek sarhoş oluyorsa bu halde işlediği haksız fiilden sorumlu olur.

Ayırt etme gücü zihni ve iradi unsurdan oluşmaktadır. Zihni unsur davranışın sonuçlarını değerlendirme iradi unsur ise buna uygun davranmayı ifade eder. Ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması sebebiyle zihni ve iradi unsurların varlığı her olayın özellikleri göz önünde bulundurularak tespit edilir[26].

19 **EREN,** s. 594-595; **ANTALYA,** s. 23-24; **DEUTSCH, E.,** (çev. ERTAŞ, Ş.) 'Sorumluluk Hukukunun temel İlkeleri', DEÜHFD, S. 2, Y. 2(1981), s. 246-247.

20 Ayırt etme gücü TMK m. 13'de 'Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.' şeklinde tanımlanmıştır.

21 **HELVACI, S.,** Gerçek Kişiler, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 69.

22 **ERKAN, V. U./YÜCER, İ.,** 'Ayırt Etme Gücü', AÜHFD, C. 60, S. 3, Y. 2012, s. 488-489; **KOÇHİSARLIOĞLU, C.,** 'Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi', AÜHFD, C. 53, S. 3, Y. 2004, s. 2.

23 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 61.

24 **KILIÇOĞLU,** s. 323; **NOMER,** s. 154.

25 **HELVACI,** s. 72.

26 İNAN, A. N./YÜCEL, Ö., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 398.

Tüzel kişilerde ise kusur haksız fiili işleyen organda aranır. TMK m. 50'de organların işlediği haksız fiilden tüzel kişinin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Tüzel kişiyi sorumlu tutabilmek için haksız fiilin organın görevini ifa ettiği, tüzel kişiyi temsil ettiği sırada meydana gelmiş olması gerekir[27]. Organın iç ilişkide kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşarak gerçekleştirdiği haksız fiilden de tüzel kişi sorumlu olacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında sekreterin başkanın imzasını taklit ederek üçüncü kişiden aldığı para ödüncünden dolayı tüzel kişiyi sorumlu tutmuştur. Çünkü sekreterin paraya ilişkin işlemleri yapabilme yetkisi tüzük tarafından tanınmıştır[28]. Organın görevle bağlantılı olmayan kişisel davranışı sonucu meydana gelen haksız fiil söz konusu ise tüzel kişi sorumlu olmaz. Örneğin organ sıfatına sahip kişinin tüzel kişinin işini gördüğü sırada yaptığı hırsızlıktan tüzel kişi sorumlu olmaz[29].

Tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesi için haksız fiilin diğer şartlarının da gerçekleşmiş olması gerekir. Yani organın fiilinin hukuka aykırı olması, fiil sonucu üçüncü kişinin zarara uğraması, organ sıfatını taşıyan kişinin kusurlu olması ve zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının olması gerekir[30].

TMK m. 50/f. 3 organ sıfatına sahip kişinin kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumlu olacağını düzenlemiştir. Zararın tazmini için tüzel kişiye başvurabileceği gibi kusurlu organa da başvurulabilir. Tüzel kişi ile kusurlu organ müteselsil sorumlu tutulmuştur[31].

IV. KUSURUN ÇEŞİTLERİ

Kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Haksız fiilin varlığı açısından kusurun derecesi önem taşımaz. Bu ayrım ceza hukukunda daha büyük önem taşımaktadır. Bazı suçlarda cezai sorumluluğun olması için kast derecesinde kusurun varlığı aranmaktadır. Sorumluluk hukukunda ise zarar veren kast ve ihmal fark etmeksizin tazmin borcuyla yükümlüdür. Ayrım sorumluluğun kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır[32]. Ağır kusur var ise zararı tazmin etme sorumluluğun kapsamı

27 **DURAL, M./ÖĞÜZ, T.,** Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, Cilt II, İstanbul 2011, s. 245-246; **HATEMİ, H./GÖKYAYLA, E.,** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 138.

28 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 64.

29 **DURAL/ÖĞÜZ,** s. 246.

30 **DURAL/ÖĞÜZ,** s. 246; **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 63-34.

31 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 63.

32 **EREN,** s. 596; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 56; **NOMER,** s. 153; **HATEMİ/GÖKYAYLA,** s. 140.

daha geniş olacak; hafif kusuru var ise daha dar kapsamlı olacaktır[33]. Ancak sorumluluğunun ölçütü bakımından kişi kusuru olmadan sorumlu tutulabiliyorsa sorumluluğu daha ağırdır. Bu halde ağır ihmali ile sorumlu tutulan kişinin sorumluluğu hafif; hafif ihmalinden sorumlu tutulan kişinin sorumluluğu ise daha ağırdır[34].

Haksız fiil sorumluluğunda kast, ihmal ayrımı yapılmadan sorumlu tutulmanın tek istisnasını TBK m. 49/f. 2 düzenlemiştir. Düzenlemeye göre, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin sorumlu tutulabilmesi için kastın varlığı aranmıştır.

A. Kast

Kast, hukuka aykırı sonucu öngörerek ve isteyerek davranmaktır. Tasarlama ve isteme olarak iki unsurdan oluşmaktadır. Tasarlama, zarar verenin davranışının sonucunu öngörmesidir. İsteme ise hukuka aykırı sonucun istenmesini ifade eder[35].

Kast, doğrudan kast ve dolaylı kast olarak ikiye ayrılır. Doğrudan kast, zarar verenin hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya isteyip, kabul etmesini ifade eder. Örneğin araçtaki sürücünün kızdığı kişiye isteyerek çarpmasında, sürücü meydana gelecek sonucu tasavvur edip bunu isteyerek arabayı kişinin üstüne sürmüştür. Bu sebeple olayda doğrudan kast vardır[36].

Dolaylı kast halinde ise zarar veren hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber göze almış, kabul etmiştir. Örneğin bir kimsenin yalnızca hasmının evini yakmak isterken onun da yangında ölebileceğini düşünerek evi ateşe verdiği olayda dolaylı kast mevcuttur[37].

Zarar verenin, hukuka aykırı neticeyi istemiş olması yeterli olup doğacak bütün zararları öngörmesi gerekmemektedir. Zarar veren kasıtlı davranışı sonucu meydana gelen diğer zararlardan da sorumlu olacaktır[38].

33 **KILIÇOĞLU,** s. 320-321.

34 **TOPUZ,** s. 237.

35 **ATAMER, Y.,** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması - Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 31**; HATEMİ,** § 7, N. 12;

ANTALYA, s. 28-29; **EREN,** s. 596.

36 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 57; **ANTALYA,** s. 29.

37 **TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 493; **EREN,** s. 597**; TANDOĞAN,** s. 46-48; **HATEMİ,** § 7, N. 13.

38 İNAN/YÜCEL**,** s. 395.

Hata halinde ise kasıt söz konusu olmaz. Hata gerçeği bilmemek iken kast bilmeyi gerektirir. Örneğin başkasına ait arabayı kendisinin sanarak yakan kişinin davranışı kast olarak değerlendirilemez. Zarar verenin kusuru bu halde ihmaldir[39].

Zarar veren, ihlal ettiği kuralın varlığını bilmese de isteyerek gerçekleştirdiği sonuca ilişkin fiil hukuka aykırı ise kastın varlığı kabul edilir[40].

B. İhmal

İhmal, hukuka aykırı sonucu istememekle beraber sonucun meydana gelmemesi için şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesidir. Zarar veren bu halde hukuka aykırı sonucu öngörmekte ancak önlemek için önlem almamaktadır. İhmal, olumlu veya olumuz bir davranış sonucu gerçekleşebilir[41]. Yargıtay verdiği bir kararda vergi mahkemesi kararını tebellüğ eden davalıyı, tebliğ tarihini bir sonraki gün yazması sebebiyle temyiz süresinin kaçırılıp, kararın temyiz edilmeden kesinleşmesinde kusurlu bulmuştur. (Yarg. 4 HD. T. 24.11.2006, E. 2003/793, K. 2006/149)

İhmalin belirlenmesinde gösterilmesi gereken özen objektif ölçüye göre belirlenecektir. Bu sebeple makul yani ortalama bir üçüncü kişinin aynı durum ve şartlarda yapacağı davranış şekli göz önünde bulundurulur[42]. Objektifleştirilmiş kusur anlayışında zarar verenin kişisel durumları, zihni ve manevi farklılıkları dikkate alınmaz[43]. İhmal kavramı objektifleştirilmiş olmakla beraber her olayda esas alınacak ölçü mutlak ve kesin değildir. Davranış modeli belirlenirken olayın somut şartları, zarar verenin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve mesleki dikkate alınır. Örneğin zarar veren çocuksa aynı yaşlardaki orta seviyeli bir çocuğun göstereceği davranış esas alınır. Aynı şekilde bir maden işçisinin davranışı normal bir maden işçisinin davranışı ile kıyaslanır. Eğer makul bir maden işçisi zararı öngörüp önleyebiliyorsa olayda ihmalin var olduğu kabul edilir[44]. Örnek kişinin davranışının zarar verenin davranışından tamamen soyutlanmaması sebebiyle ihmal kavramı sübjektifliğini korumaktadır[45]. Objektifleştirme

39 **EREN,** s. 598.

40 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 57.

41 **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 494; **EREN,** s. 598; **TANDOĞAN,** s. 48; OĞUZMAN/ÖZ, s. 57**; HATEMİ,** § 7, N. 14**; ATAMER,** s. 31..

42 **REİSOĞLU, S.,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011, s. 170; **ANTALYA,** s. 30; **NOMER,** s. 153; **HATEMİ, H./GÖKYAYLA**, s. 141.

43 **KOÇHİSARLIOĞLU, C.,** Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi, AÜHFD, C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 1-2.

44 **EREN,** s. 600; **TANDOĞAN,** s. 52.

45 **KOÇHİSARLIOĞLU,** s. 2-3.

kusurun sübjektif yönünü oluşturan kusur ehliyeti açısından ise gündeme gelmez. Çünkü kusur ehliyeti nispi bir kavramdır[46].

Kusurun objektifleştirilmesi doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Zarar verenin davranışı değil örnek tipin aynı şartlardaki davranışı esas alındığında zarar veren her türlü çabayı göstermesine rağmen davranışı örnek kişinin davranışından sapıyorsa bu sapma kusur teşkil edecektir. Bu şekilde bir objektifleştirilmenin kusur kavramıyla bağdaşmayacağı bu halde kusur olmadan kusura dayanan sorumluluğun gündeme geleceği savunulmuştur[47]. Diğer bir görüş ise kusurun objektifleştirilmesinin zarar görenle zarar veren arasında var olan yarar dengesini en iyi sağlayacak araç olduğunu belirtmiş, borçlar hukukunun amacı dikkate alındığında ceza hukukundan farklı olarak kusurun objektifleştirilmesi gerektiğini savunmuştur[48].

Özenin derecesi belirlenirken gerçekleştirilen işin zorluğu, taşıdığı tehlike de göz önünde bulundurulur. Örneğin bir uçak işletmesi ile ayakkabı atölyesinde gösterilecek özen aynı değildir. Uzmanlık isteyen mesleklerde gösterilecek özen derecesi de daha yüksektir. Örneğin uzman hekim pratisyen hekimden daha dikkatli olmalıdır[49]. Nitekim Yargıtay verdiği bir kararda doktorların meslek alanı içersindeki bütün kusurlarından hafif de olsa sorumlu olacağı belirtmiştir[50].

Zarar veren, makul kişiden daha üst düzeyde bilgi ve yeteneğe sahip ise makul kişinin özen yükümlülüğü ihmalin belirlenmesinde esas alınmaz. Aynı kural kast için de geçerlidir[51].

İhmalin belirlenmesinde zarar verenin mazeretleri dikkate alınmaz. Örneğin çocuğu ölen kişinin üzüntüsü, yorgun kişinin uykusuzluğu kusuru ortadan kaldıran bir sebep değildir[52] .

---

46 **ANTALYA,** s. 31.

47 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 60.

48 **ANTALYA,** s. 35.

49 **EREN,** s. 600.

50 Yarg. 13 HD. T. 18.09.2008, E. 2008/4519, K. 2008/10750; *'Hastanın tedavisini üstlenen hastane ve doktorlar, meslek alanı içinde olan bütün kusurlarından hafif de olsa sorumludur, doktor ve hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi belirleyip uygulamak zorundadır.'*

51 **EREN,** s. 600.

52 **TANDOĞAN**, s. 52.

Zabıtaya ilişkin kanun, tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler toplumun, trafiğe katılan kişilerin ve işçilerin korunmasına ilişkindir. Özen ölçütü getiren bu kurallara aykırılık sorumluluk hukuku açısından ihmal sayılır[53]. Yargıtay verdiği bir kararda yeşil ışığın yandığını görünce kontrolsüz ve hızlı şekilde kavşağa giren davalının gerçekleşen trafik kazasında kusurlu olduğuna belirtmiştir. (Yarg. 4 HD. T. 08.04.2008, E. 2007/5375, K. 2008/4837)

İhmal ağırlık derecesine göre çeşitli türlere ayrılır. Bunlardan biri tamamen teorik bir ayrım olan bilinçli ihmal bilinçsiz ihmal ayrımıdır. Bilinçli ihmalde zarar veren hukuka aykırı sonucu öngörmekte ve bunu göze almaktadır. Zarar verenin gerekli özeni göstermemesi halinde bilinçsiz ihmal söz konusudur[54]. Esas ayrım ise ağır ihmal ve hafif ihmal ayrımıdır.

1) Ağır İhmal

Ağır ihmal, aynı şartlar altındaki her insanın göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesini ifade eder. Örneğin bankada gerçekleştirilen yolsuz ve usulsüz işlemler ile ilgili herhangi bir yasal işlem yapmayarak bankayı zarara uğratan yetkilinin fiilinde ağır ihmal vardır[55].

2) Hafif İhmal

Hafif ihmal, aynı şartlar altındaki dikkatli ve tedbirli kişinin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesini ifade eder. Örneğin evinin penceresinden bahçesine tahta parçası fırlatan kişinin tesadüfen bahçeden geçen şahsa zarar vermesinde hafif ihmal vardır. Çünkü tedbirli bir kimsenin kendi bahçesi de olsa tahtayı atarken aşağıyı kontrol etmesi gerekir[56].

V. KUSUR UNSURUNUN İSPATLANMASI

Haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispat yükümlülüğü zarar görene aittir. Bu kuralın istisnası olarak kusur karinesinin mevcut olduğu bazı haller vardır[57]. TBK m.59'a göre geçici ayırt etme gücünü kaybeden kişi bu haldeyken verdiği zararlardan sorumludur. Ayırt etme gücünün kaybında kişi karine olarak kusurlu sayılır[58]. Ancak adi kanuni karine olması sebebiyle aksinin ispat edilmesi halinde sorumluluktan kurtulmak mümkündür[59].

---

53 **ANTALYA,** s. 34.

54 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 59.

55 **KILIÇOĞLU,** s. 322; **TANDOĞAN,** s. 54-55; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,** s. 496; **ANTALYA,** s. 37; **NOMER,** s. 153.

56 **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 58.

57 **REİSOĞLU,** s. 172.

58 **NOMER,** s. 154.

59 **KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.,** Medeni Usul Hukuku, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara 2013, s. 359.

SONUÇ

Haksız fiil sorumluluğunda kusur unsurunun incelendiği çalışmada varılan sonuçlar aşağıdaki gibidir:

1) Kusur, hukuk düzeninin kınadığı davranış biçimini ifade eder. Kavram olarak hukuka aykırılık ile karıştırılmaya müsait ise de kusur bağımsız bir unsurdur. Hukuka aykırılıkta fiil açısından objektif değerlendirme yapılırken, kusur da zarar veren açısından sübjektif bir değerlendirme yapılmaktadır.

2) Kusur unsurunun iki temel fonksiyonu vardır. İlk olarak kusur, sorumluluğun doğması bakımından kurucu unsurdur. Sorumluluğun zarar verene yükletilebilmesi için kusurlu bir fiilin varlığı gerekmektedir. Kusurun ikinci fonksiyonu ise tazminat kapsamının belirlenmesi aşamasında söz konusu olur. Kusursuz sorumlulukta ise kusur kurucu unsur olmasa da tazminatın belirlenmesinde önemli rol oynar. Bu hallerde zarar verenin kusuru; mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru veya zarar görenin kusuru sebebiyle sorumluluktan kurtulmayı engelleyecektir.

3) Bir kimsenin kusurlu sayılması için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Tüzel kişilerde ise organın işleyeceği haksız fiillerden tüzel kişi sorumlu tutulmaktadır.

4) Kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım sorumluluğun doğması bakımından değil kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

5) Kusurun objektifleştirilmesi yönünde doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kusurun objektifleştirilmesi ile kusur sorumluluğunun belli ölçüde kusursuz sorumluluğa yaklaştırıldığı bunun ise sorumluluk hukukunun sübjektif ve ahlaki unsurunun geri plana atılması sonucu doğurduğu savunulmuştur. Ancak eşitlik ilkesi ve hukuk güvenliği gereği kusurun objektif ölçütlere bağlanması daha isabetlidir.

KAYNAKÇA

ACAR, B. "Yargıtay'ın, 'Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi' İşlevini Tanımazlığı Görüşünün Eleştirisi', TBBD, S. 3, Y. 1991, s. 341 vd.

AKDOĞANER, E. Haksız Fiil Halinde Müteselsil Sorumluluk, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

ANTALYA, O. G. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul 2015.

ANTALYA, O. G. 'Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler', MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 68, (Sorumluluk Hukuku).

ATAMER, Y. Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması - Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.

AYAN, M. Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Konya 2015.

DEUTSCH, E. (çev. ERTAŞ, Ş.) 'Sorumluluk Hukukunun temel İlkeleri', DEÜHFD, S. 2, Y. 2(1981), s. 246-247.

DURAL, M./ÖĞÜZ, T. Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, Cilt II, İstanbul 2011.

EREN, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.

EREN, F. Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Teorisi, Ankara 1975, s. 189-190, (İlliyet Teorisi).

ERKAN, V. U./YÜCER, İ. 'Ayırt Etme Gücü', AÜHFD, C. 60, S. 3, Y. 2012, s. 488-489.

HATEMİ, H. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998.

HATEMİ, H./GÖKYAYLA, E. Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012. **HELVACI, S.** Gerçek Kişiler, 3. Baskı, İstanbul 2010.

İNAN, A. N./YÜCEL, Ö. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014.

KAHVECİ, N. "Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları", DAAD, C. 2, S. 3, Y. 2002, s. 131.

KARAN, Y. Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından Zarar Görenin Kusuru, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

KILIÇOĞLU, A. M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre) Genişletilmiş 19. Baskı, Ankara 2015.

KOÇHİSARLIOĞLU, C. 'Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi', AÜHFD, C. 53, S. 3, Y. 2004, s. 2, (Objektifleştirme).

KOÇHİSARLIOĞLU, C. Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi, AÜHFD, C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 1 vd.

KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E. Medeni Usul Hukuku, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara 2013.

NOMER, H. N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015.

OĞUZMAN, M. K./ÖZ, M.T. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul 2016.

REİSOĞLU, S. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011.

TANDOĞAN, H. Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.

TEKİNAY, S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

TERCIER, P./PICHONNAZ, P./DEVELİOĞLU, H. M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul 2016.

TOPUZ, M. İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, 1. Baskı, İstanbul 2011.

İŞE İADE DAVASI DERDEST İKEN İŞÇİNİN YENİ BİR İŞTE ÇALIŞMAYA BAŞLAMASI HALİNDE "4 AYLIK BOŞTA GEÇEN" SÜREYE İLİŞKİN HAKKI

Stj. Av. Adnan İLKİS

1. ÖZET

Yazımda açıklamaya çalıştığım husus: 4857 sayılı kanuna tabi olarak çalışan bir işçinin haklı bir sebebe dayanamadan iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde ; 4857 sayılı kanunun 20.maddesi uyarınca açılan işe iade davası devam ederken yeni bir işte çalışmaya başlaması sonucunda ilgili kanunun 21. maddesinde zikredilen boşta geçen süreye ilişkin 4 aylık ücrete hak kazanıp kazanamayacağıdır.

2. İLGİLİ MEVZUAT

Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları

Madde 21 –

İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

(Ek fıkra: 12/10/2017-7036/12 md.) Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelere ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

(Ek fıkra: 12/10/2017-7036/12 md.) Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları hâlinde;

a) İşe başlatma tarihini,

b) Üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakların parasal miktarını,

c) İşçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarını, belirlemeleri zorunludur. Aksi takdirde anlaşma sağlanamamış sayılır ve son tutanak buna göre düzenlenir. İşçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.

3. AÇIKLAMALAR

A. Hakkın Mahiyetine dair:

Haksız bir sebeple yahut herhangi bir gerekçe gösterilmeden iş akdine son verilen işçilerin kanunda yazılı koşulları yerine getirmek kaydıyla açtıkları işe iade davası neticesinde; mahkeme, davanın kabulü halinde işverenin işçiyi işe başlatmadığı süreye ilişkin en çok 4 ay tutarında ücretin ödenmesine mahkum eder.

Ücret ödemesinin en çok 4 aya kadar olmasının nedeni , kanun ihdas edilirken; işe iade davalarının ivedilikle neticelendirilerek güçsüz durumda olan işçinin daha fazla mağdur edilmemesiydi. (4857 s.k. 20.madde Dava ivedilikle sonuçlandırılır. Mahkemece verilen karar hakkında istinaf yoluna başvurulması hâlinde, bölge adliye mahkemesi ivedilikle ve kesin olarak karar verir.) Hatta; 12/10/2017 tarih ve 7036/11 sayılı değişiklikten önce ilgili fıkra “Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.” halinde idi. Ancak günümüzde iş yükünün fazla olası ve bu minvalde adli porsenelin yetersizliği kanun koyucuyu böyle bir değişikliğe iterek herhangi bir süre kısıtlaması getirmeyerek “ivedilikle” ibaresi işin aciliyeti adına yeterli görülmüştür. Her hangi bir süre kısıtlamasının olmaması da işe iade davalarının normal bir dava haline getirmiştir.

Yukarıda izah etmeye çalıştığım durum, işe iade davalarının 1-1,5 yılda ancak neticelenmesini intac etmiştir. Davaların bu sürelerde karar aşamasına gelmesi de işçiyi mağdur etmektedir. Hayatını idame ettirmeye çalışan bir kimsenin atıl kalıp davanın neticelenmesini beklemesi de hayatın olağan akışına aykırıdır.

B. İşe İade Davası Devam Ederken İşçinin Başka Bir Yerde Çalışması Boşta Geçen Süreye Dair 4 Aylık Ücretinin Kaybına Sebebiyet Verir mi?

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere; İşe iade davasında mahkeme kararının İstinaf kanun yolundan da geçerek kesin ve uygulanabilir bir karar haline gelmesi süreci, çok uzun bir süreçtir. Bu süreçte işçinin başka bir işte çalışmayıp dava sonucunu beklemesi hiç bir koşulda beklenemez.

Bu konuda doktrinde bir grup yazar, işçinin başka işten kazandığı miktarın bu dört aylık ücretten düşülmesi gerektiğini kabul etmekte ise de davacının işveren feshinden sonra boşta geçen süre içinde başka bir işveren nezdinde çalışmış ve bu işten gelir elde etmiş olması, işverenin 4 aya kadar ücret ve diğer hakları ile ilgili yükümlülüğünü haleldar etmez. Zira kanun metninde de sarih olduğu üzere "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için" bir nevi işverene verilmiş bir ceza mahiyetinde olup, işçinin işe iade davasını açmakta samimi olmadığına yahut işçinin zaten bir iş bulup herhangi bir hak kaybı olmadığına dair bir çıkarım kanunun ruhuna ve amacına terstir. Burada haksız bir nedenle veya herhangi bir sebep göstermeden iş akdini fesheden işveren sonucuna katlanacaktır.Bu konuda Yargıtay da aynı görüşte olup:

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ Esas No : 2005/12592 Karar No : 2005/19362 Tarih : 26.05.2005

".....Ayrıca davacının fesihten 15 gün sonra başka bir işverende is bulması boşta geçen süre ücret alacağını etkilemediğinden ve davalı feshin geçersizliği ile temerrüde düştüğünden yasal sınır olan 4 aya kadar ücret ve diğer hakların hüküm altına alınması gerekir....."

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ Esas No : 2006 / 942 Karar No : 2006 / 2409 Karar Tarihi : 06.06.2006

"..Somut uyuşmazlıkta davacının, iş sözleşmesinin feshinden sonra 12.05.2004 tarihinde yeni bir işyerinde işe başladığı sabittir. SSK kayıtlarına göre de, davalı işyeri 30.04.2005 tarihinde kapatılmıştır. Belirtmek gerekir ki, feshin geçersizliği ve işe iade isteminde bulunan işçinin, boşta geçen süre içerisinde yeni bir iş bulması, feshin geçersizliğini ve işe iadeyi

etkileyen bir unsur değildir. Kanunda bu yönde düzenleme olmadığı gibi, çalışma halinde bu sürenin boşta geçen süreden mahsup edileceğine dair bir kurala da yer verilmemiştir. Mahkemece, bu nedenle işe iadeye karar verilmemesi ve boşta geçen süre ücretinin 41 günle sınırlandırılması hatalıdır..."

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ Esas No : 2006 / 27673 Karar No : 2007 / 117 Karar Tarihi : 22.01.2007

"...görüldüğü gibi gerek işe başlatmama tazminatının belirlenmesi ve gerekse boşta geçen süre ücret ve diğer hakların ödenmesi, işe başlatmama ve başvuru şartlarına bağlanmıştır. İşçinin yargılama sırasında yada boşta geçen süre içerisinde başka bir işyerinde çalışması, bu tazminat ve boşta geçen süre ücret alacağını hiçbir şekilde etkilememektedir. Bir başka anlatımla işçinin boşta geçen süre içinde işe başlaması, işe başlatmama tazminatı ve boşta geçen süre ücretinin daha az miktarda belirlenmesini gerektirmez..."

YARGITAY İCTİHADI BİRLEŞTİRME GENEL KURUL KARARLARI

YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME BÜYÜK GENEL KURUL KARARLARI* **

ÖZET: 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile eğitim ve öğretiin, öğrenciler bakımından kesintisiz devam etmesi amaçlandığından, "en az bir takvim yılı süreli" sözleşme imzalanmasını öngören 5580 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi, diğer maddelerle birlikte değerledirildiğinde özel öğretim kurumları personeli ile yapılan sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır.

Esas No: 2017/1 - Karar No 2018/2

ÖZET: İhtiyati haciz, "icra işlemi" değil, özel geçici hukuki koruma müessesi olup, ancak İcra ve İflas Kanunu'nun 257'nci maddesindeki şartlar çerçevesinde sadece "para alacakları" için öngörüldüğünden, teminat alacakları için ihtiyati haciz kararı verilemez.

Esas No: 2016/1-Karar No: 2017/6

ÖZET: Alacaklının yasal süresi içinde uygun olarak yaptığı satış talebinin icra müdürünce reddine ilişkin kararın şikayet yolu ile ortadan kaldırılmaması halinde yasal süresinin geçmesi ile özellikle sıra cetveline esas alınacak haciz düşmeyecektir.

Esas No: 2016/4 - Karar No 2018/1

---

* Kararların tam metinleri için Resmi Gazete'nin 29.06.2018 günlü sayısına bakınız.

** Gönderen: Av. Esra Danışman - Av. Cihangir Saraç

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

SÖZLEŞMENİN İHLALİ • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Salt sözleşmenin ihlali manevi tazminat için yeterli değildir.

Sözleşmenin ihlaliyle birlikte kişilik haklarının da hukuka aykırı biçimde saldırıya uğramış olması gerekir.

Y. HGK E.2013/3-56, K.2013/1525, T.06.11.2013

Taraflar arasındaki "maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 4.Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 20.07.2011 gün ve 2009/1360 E- 2011/1342 K. sayılı kararın incelenmesi davalı asil tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 14.02.2012 gün ve 2011/19450 E-2012/3473 K. Sayılı ilamı ile;

(...Davacı dava dilekçesinde, çalıştığı işyerinden haksız olarak çıkarılması nedeniyle işe iade ve kıdem-ihbar tazminatı davaları açması için davalı avukata vekalet verdiğini, davalının davaları yetkisiz mahkemede açtığını, mahkemenin yetkisizlik kararı üzerine yetkili mahkemeye süresinde başvurmadığını, bu nedenle hak kaybına uğradığını belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 100 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı cevabında, davacının tüm tazminatlarını aldığını, zararı olmadığını beyan etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile 100 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiş, hükmü davalı temyiz etmiştir.

Dosya kapsamına göre, davacının yönetici sıfatıyla çalıştığı dava dışı şirketten 18.08.2008 tarihinde işten çıkarılması nedeniyle gerekli davaların açılması için davalı avukata 28.08.2008 tarihinde vekaletname verildiği, davalının süresinde davaları açtığı, ancak davaların görüldüğü İstanbul 2.İş Mahkemesi ve 7.İş Mahkemesinin yetkisizlik kararlarına rağmen davalının HUMK'nın 193/3.maddesi gereğince yetkili

mahkemeye başvurmadığından, davacının hak kaybına uğramasına neden olduğu ve davalının bu konuda İstanbul 5.Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanıp ceza aldığı anlaşılmaktadır.

Davada, vekalet akdine dayalı maddi ve manevi tazminatın davalı avukattan tahsili talep edilmektedir.

Vekil, müvekkiline karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükellef olup, yürürlükteki mevzuatı bilmek, müvekkilinin haklarını gözetmek, yüklendiği görevi özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek zorundadır. BK.nun 390.maddesi gereğince vekilin vekaleti icrada özen ve sadakat göstermek borcu bulunmaktadır.

Vekalet sözleşmesi ile avukat işini doğruluk kurallarına göre özenle yapıp, mesleğinin gerektirdiği biçimde yerine getirdiği takdirde ancak o zaman sorumluluktan kurtulur. Davalı avukatın HUMK'nın 193/3. maddesine göre süresinde yetkili mahkemeye başvurmaması nedeniyle davacının maddi zarara uğradığı açıktır.

Davacının uğradığı maddi zararın bilirkişi marifetiyle 1.200 TL olduğu belirlenip taleple bağlı kalınmak suretiyle hüküm altına alınmasında bir isabetsizlik yoktur.

Ancak, BK'nun 49.maddesi gereğince manevi tazminatın istenebilmesi için davacının kişilik haklarının hukuka aykırı olarak saldırıya uğramış olması gerekir. Davada, davalı tarafından davacının kişilik haklarının ihlal edildiği ispatlanamamıştır.

Bu durumda, mahkemece; manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, vekalet akdine aykırılık nedeniyle maddi ve manevi tazminatın davalı avukattan tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar davalının temyizi üzerine, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Direnme hükmünü, davalı temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı avukatın (vekilin), davacı müvekkili adına açtığı iki ayrı davayı takip etmeyerek, sözkonusu davaların açılmamış sayılmalarına karar vermesinden ötürü, davacı yararına manevi tazminata hükmedilmesi gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 09.04.1982 gün ve E:1981/4-56, K:1982/348 sayılı ilamında da belirtildiği üzere, kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve kaynağını Anayasa'dan alan; yani Anayasa'nın teminatı altında bulunan mutlak bir haktır.

Hemen belirtilmelidir ki, 2709 sayılı T.C.Anayasası ve yasalarında kişinin kişilik değerleri güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın "Temel Haklar ve Hürriyetlerin Niteliği" başlığını taşıyan 12.maddesinde, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmekte olup, 17.maddesinde ise herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 24.maddesinde;

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar yada kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Aynı Kanun'un 25.maddesinde de;

"Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldı-

rı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir."denilmiştir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 49.maddesinde ise;

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir." hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, 4721 sayılı TMK'nun 24.maddesinde; hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırı karşısında, saldırılan kimseye hukuki koruma sağlanacağı, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu belirtilmiş; aynı Kanunun 25.maddesinde de, hukuka aykırı bir şekilde kişilik haklarına saldırı karşısında hangi hukuki çarelere başvurulabileceğine işaret edilmiş; mülga 818 sayılı BK'nun 49. maddesinde ise, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişinin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunda kişilik hakkının tanımı yapılmadığı gibi, nelerin kişilik haklarına dahil olduğunu da belirtmemiştir.

Kişilik hakları, hukuki bir işlemle ya da haksız bir fiil ile saldırıya uğrayabileceği gibi, sözleşmenin ihlali (borca aykırılık) dolayısıyla da ihlal edilebilir.

Nitekim, Türk ve karşılaştırmalı hukuk öğretisinde, sözleşmenin ih-

lalinin (borca aykırılığın), kişilik haklarına saldırı oluşturması halinde, manevi tazminatı gerektireceği kabul edilmiştir (S.Sulhi Tekinay:Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, Sahife:265 vd.;K. Emre Gökyayla:Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, Sahife:119; Hatemi/Gökyayla:Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, Sahife:171 vd.; Arzu Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, XII.Levha Yayınları, İstanbul 2008, sh.99-100; Serozan, Rona:İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5.Bası, İstanbul 2009, Sahife:202; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop:Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993, Sahife:857 vd.; Saymen/Elbir:Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1958, Sahife:711; Oğuzman/Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2012, Sahife:435;Aral, Fahrettin:Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, Sahife:194; von Tuhr, Andreas:Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt:1-2, Çeviren:Avukat Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, Sahife:569; Becker, Herman:İsviçre Medeni Kanunu Bern Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I.Kısım, Genel Hükümler, III.Fasikül (Madde:64-103), Dr.Saim Özkök Tercümesi, Ankara 1972, Sahife:529 vd.).

Bunun yanında, İsviçre Federal Mahkemesi de, sözleşmeye aykırı davranışların, kişilik haklarını ihlal edebileceğini kabul etmektedir (BGE 87 II 290=JdT 1962 I 290; BGE 87 II 249=JdT 1962 I 245. Aktaran S.Sulhi Tekinay:Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.267).

Manevi tazminat isteminde bulunmak için, bir manevi zararın doğması şarttır. Bunun için, kişilik haklarına saldırı sonucunda kişinin ruhsal çöküntüye uğraması, elem ve üzüntü duyması gibi durumlarla karşılaşması gerekir. Ayrıca, uğranılan manevi zararın usulünce ispatlanması da gerekir.

Sonuç itibariyle; yalnızca sözleşmenin ihlali, manevi tazminat için yeterli olmayıp, kişilik haklarının hukuka aykırı bir biçimde saldırıya uğraması sonucu manevi bir zarar doğmalı ve bu durum da usulünce ispatlanmalıdır.

Yukarıda yapılan hukuki saptama ve açıklamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesinde; davacının, çalıştığı dava dışı şirketten işten çıkarılması nedeniyle gerekli davaların açılması için davalı avukata vekaletname verildiği, davalının, süresinde davaları açtığı, ancak davaların görüldüğü İstanbul 2.İş Mahkemesi ve 7.İş Mahkemesi'nin yetkisizlik kararlarına rağmen, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun

193/3.maddesi gereğince yetkili mahkemeye süresinde başvurmaması nedeniyle davaların açılmamış sayılmasına karar verilerek, davacının hak kaybına uğramasına neden olduğu dosya kapsamından anlaşılmakta olup, davacının bu eylem nedeniyle kişilik haklarının manevi zarar gördüğü kanıtlanamamıştır. Bu bakımdan, bu eylemin yalnız başına manevi tazminatı gerektirmeyeceği kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmede bir kısım üyelerce, "iş edinmenin, hayatı onurlu bir birey olarak yaşamak için gerekli olduğu, işe iade edilme hakkını yitiren davacının bu durumdan manevi zarar gördüğü, bu nedenle davacının manevi tazminat talebinin kabul edilmesi gerektiği" ileri sürülmüş ise de; bu görüş, Kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen gerekçelerle kabul edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar göz ardı edilerek, yerinde bulunmayan gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı G.D.'in temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 1086 sayılı HUMK'nun 440/III-1.maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 06.11.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

TAŞINMAZ SATIŞI • TÜKETİCİ HAKLARI • BATIL SÖZLEŞME

ÖZET: Tüketici ile akdedilen sözleşmeye konulan haksız şartlar batıldır. Taşınmaz satış sözleşmesinin satıcı tarafından feshedilmesi üzerine konutun toplam satış bedelinin %2'sinin aylık kira olarak ödeneceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.

Y. HGK E.2016/245, K.2016/330, T.16.3.2016

Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 3. Tüketici Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 26.10.2010 gün ve 2007/334 E. - 2010/820 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 16.03.2012 gün ve 2011/8732 E., 2012/6821 K. sayılı kararı ile;

"Davacı, davalı ile 1.10.2002 tarihli konut satış vaadi sözleşmesi imzaladıklarını, sözleşmeye konu konutu 49 ay önce davalıya teslim ettiklerini, konutun bedelinin tamamının ödenmemesi üzerine 12.4.2006 tarihli ihtarname ile sözleşmeyi haklı nedenle feshettiklerini, ihtara rağmen davalının haksız işgalinin halen devam ettiğini, sözleşmenin 9/f maddesine göre sözleşmenin fesih edilmesi durumunda konutun teslim edileceği tarihe kadar satış bedelinin %2'si kadar aylık kullanım bedeli ödeneceği hususunun kararlaştırıldığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla konutun teslim tarihinden fesih tarihine kadar sözleşme hükümlerine göre kullanım bedelinin tespiti ile, fesih tarihinden dava tarihine kadar sözleşme hükümlerine göre şimdilik 7.500TL ayrıca konutun yıpranma ve değer kaybı nedeniyle talebini şimdilik 5.000TL'nin davalıdan tahsilini istemiş; 23.8.2010 tarihli ıslah dilekçesiyle de talebini 100.000 TL'na çıkarmıştır.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, sözleşmenin resmi şekilde yapılması nedeniyle geçerli olduğu, davalının sözleşmenin 9/f maddesine göre konutun peşin satış bedelinin %2'si oranında aylık kullanım bedeli ödemesinin gerektiği gerekçesiyle davanın kabulü ile, davacının fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 100.000TL ecrimisilbedelinin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı ile imzaladıkları konut satış vaadi sözleşmesi gere-

ğince davalının konut bedelinin tamamını ödemediğini, bu nedenle sözleşmeyi feshettiklerini ileri sürerek,haklı fesih nedeniyle sözleşmenin 9/f maddesi gereğince satış bedelinin %2'si oranında aylık kullanım bedelinin davalıdan tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır. Mahkemece bu talebin kabulüne karar verilmiştir.4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile sözleşmelerdeki haksız şart düzenlenmiş ve "Satıcı ve sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir…" hükmü ile 4077 Sayılı Kanunun değişik 6. ve 31. maddelerine dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde "satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır" hükmü getirilmiştir.

Taraflar arasında 1.10.2002 tarihli Konut Satış Vaadi Sözleşmesi düzenlenmiştir. Sözleşmenin 9/f maddesinde "…Alıcı, sözleşmenin feshi iradesini havi fesih ihtarının Sinpaş tarafından keşide edildiği tarihten itibaren işbu madde hükümleri uyarınca kira olarak değerlendirilecek sürelerdeki kullanımı için Sinpaş'a konutun toplam satış bedelinin %2'si tutarında aylık kira bedeli ödeyecektir…" hükmü yer almaktadır. Az yukarda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri dikkate alındığında, sözleşmenin bu hükmünün haksız şart olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda anılan sözleşme hükmü nedeniyle davalı tüketici sorumlu tutulamaz. Öyle olunca mahkemece bu talebin reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir…"

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava alacak istemine ilişkindir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık taraflar arasındaki sözleşmenin 9/f maddesinin haksız şart olup olmadığı ve buradan hareketle davalı-tüketicinin bu maddeye göre hesaplanacak kullanım bedelinden sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

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 gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** 16.03.2016 gününde oy birliği ile karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • YÖNETİCİNİN DAVA AÇMA YETKİSİ • ECRİMİSİL

ÖZET: Kat malikleri kurulunca yöneticiye yetki verilmesi durumunda, yöneticinin ortak yerlerin haksız kullanılmasından doğan haksız işgal (ecrimisil) davasını açabileceği kabul edilmelidir.

Y. HGK E.2017/1282, K.2017/604, T.5.4.2017

"...Dava, ecrimisil isteğine ilişkindir.

Davacı vekili 24.09.2010 tarihli dilekçe ile; müvekkilinin 6651 ada 25 parsel sayılı taşınmazda bağımsız bölüm maliki ve apartman yöneticisi olduğunu, davalılardan ... ve ... tarafından 21 numaralı bağımsız bölümün ortak alanla birlikte Kiler Mağazacılık A.Ş'ne kiraya verildi-

ğini, anılan şirket tarafından ortak alanında kullanıldığı ve apartman aidatlarının ödenmediğini ileri sürerek toplam 3.500.-TLecrimisil ve 1.000.-TL aidat isteğinde bulunmuştur..

Mahkemece, apartman aidatına ilişkin istek ayrıldıktan sonra davacının bağımsız bölüm maliki olduğu halde payına yönelik dava açmadığı, yönetici sıfatıyla diğer kat maliklerini temsilen ecrimisil isteğinde bulunamayacağı, aktif husumet ehliyetinin olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; 6651 ada 25 parsel sayılı kat mülkiyeti kurulu taşınmazdaki Kardelen Apartmanda 21 bağımsız bölüm, 1 işyeri ve ortak alanların bulunduğu, davacının apartman yöneticisi olduğu, K. Apartmanı Genel Kurulunun 09.01.2010 günlü kararı ile yönetici olan davacı ...'a apartmana ait ortak alanı kullandığı iddia edilen Kiler Ankara Mağazacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş aleyhine ecrimisil ve aidat alacağı yönünden dava açma yetkisi verildiği, 21 nolu bağımsız bölümün önceki malikleri olan ... ve ... ile Kiler Ankara Mağazacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş arasında yapılan 1.5.2006 başlangıç tarihli 10 yıl süreli kira akdinin 25.01.2006 tarihinde yapıldığı, kira akdinin konusunun 6651 ada 25 parseldeki 21 nolu depolu dükkan olduğu, apartmana ait bağımsız bölümlerin kira akdinin kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği ve 634 sayılı Yasa'nın 35.maddesinde düzenlendiği üzere, apartman yöneticisinin görevleri arasında "kat malikleri kurulunca verilen kararların yerine getirilmesi" de yer almakta olup, buna göre, kat maliklerinin olurlarının alınması halinde yöneticinin dava açabileceğinde kuşku yoktur.

Somut olayda, K. Apartmanı Genel Kurulunun 09.01.2010 günlü kararı ile yönetici davacı ...'a Kiler Ankara Mağazacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş aleyhine aidat alacaklarının tahsili ve ecrimisil davası açılması yönünde yetki verilmiş, ...'ın tayin ettiği avukat tarafından eldeki dava açılmıştır.

Hal böyle olunca, işin esasının incelenmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir..."

gerekçesi ile oyçokluğuyla 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 görüşüldü:

Dava, üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş ana taşınmazın ortak alanlarının işgal edildiği iddiasına dayalı olarak açılan ecrimisil istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin apartman yöneticisi olduğunu, apartmandaki 21 numaralı bağımsız bölümün iş yeri vasfında olup, bu bölümün davalı önceki malikleri tarafından ortak alanlardan ısı merkezi ile otoparkı da kapsayacak şekilde davalı şirkete kiraya verildiğini, yaptırılan tespit ile davalı şirketin ortak alanları kullandığının saptandığını, iş yerinin eski maliklerince davalı GŞ'e satıldığını, haksız işgalden tüm maliklerin sorumlu olduklarını, ayrıca davalıların bir kısım ortak giderleri de ödemediklerini ileri sürerek, ecrimisil ile ödenmeyen aidat bedelinin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Bir kısım davalılar vekilleri, apartman yönetiminin ortak alanlar için ecrimisildavası açma sıfatının bulunmadığını, her malikin ayrı ayrı dava açması gerektiğini, ayrıca kiraya verilemeyen ve gelir elde edilmesi mümkün olmayan ortak alanlar için ecrimisil istenemeyeceğini belirterek, davanın usul ve esas yönden reddine karar verilmesini istemişlerdir.

Yerel Mahkemece, ortak giderler bakımından açılan dava tefrik edilmiş, ecrimisilistemi bakımından ise ecrimisilin mülkiyet hakkına dayalı olarak kat maliklerince istenmesi gerektiği, apartman yönetimine mülkiyet hakkına bağlı ecrimisili talep hakkının devredilemeyeceği, Kat Mülkiyeti Kanunu gereğince vekil gibi sorumlu olan yöneticinin vekillik durumunun maliklerin mülkiyete bağlı haklarını kapsamayacağı, dolayısıyla yetki verilmiş olsa bile yöneticinin malikler adınaecrimisil talep edemeyeceği, yönetici sıfatıyla dava açan ...'ın taşınmazda maliki olduğu bağımsız bölüme ait pay nedeniyle ecrimisil talep hakkı bulunmakta ise de kendi payına yönelik herhangi bir talebinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın aktif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıya metni aynen alınan gerekçe ile bozulmuştur.

Mahkemece önceki gerekçelerle ilk hükümde direnilmiş, direnme kararı davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Direnme kararının, Hukuk Genel Kurulunca usulüne uygun direnme hükmü kurulması için esasa yönelik inceleme yapılmaksızın bozulması üzerine, mahkemece Hukuk Genel Kurulunun bozma kararına uyulmuş ve usulüne uygun şekilde direnme kararı verilmiştir.

Karar davacı vekilince temyize getirilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş olan ana taşınmazdaki ortak alanların işgal edilmesi durumunda, kendisine ecrimisil davası açmak üzere kat malikleri kurulunca yetki verilen apartman yöneticisinin (yönetim adına) ecrimisil talebiyle dava açma ve taraf olma sıfatının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere ecrimisil, iyiniyetli olmayan zilyedin geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız olarak alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında ödemek zorunda olduğu tazminat olup, yasal dayanağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 995. maddesinden almaktadır.

Diğer taraftan, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun "tarifler" başlıklı 2. maddesinin (b) bendinde, bu kanuna göre anagayrimenkulun bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerler "ortak yerler"; kat maliklerinin ortak malik sıfatıyla paydaşı bulundukları bu yerler üzerindeki faydalanma hakları da "kullanma hakkı" olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma paralel olarak kat mülkiyeti kurulu olan anagarimenkulün ortak yerleri üzerinde kat maliklerinin hakları Kanununun 16. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş ve kat maliklerinin anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik oldukları hüküm altına alınmıştır.

Kat Mülkiyeti Kanununun 32. maddesinde ise anagayrimenkulün kat malikleri kurulu tarafından, sözleşme, yönetim planı ve kanun hükümleri uyarınca verilecek kararlara göre yönetileceği, 34. maddesinde de kat maliklerinin, anagayrimenkulün yönetimini kendi aralarından veya dışarıdan seçecekleri bir kimseye (yönetici) veya üç kişilik bir kurula (yönetim kurulu) verebilecekleri belirtilmiştir. Bu maddeye göre seçilen yöneticinin görevleri ise Kanunun 35. maddesinde ayrı ayrı sayılmış ve maddenin (a) bendinde "kat malikleri kurulunca verilen kararların yerine getirilmesi" de yöneticinin görevleri arasında gösterilmiştir. Sözü edilen Kanunun 38. maddesinde de yöneticinin, kat maliklerine karşı aynen bir vekil gibi sorumlu bulunduğu düzenlenmiştir.

Apartman yönetimlerinin tüzel kişiliği bulunmadığından, kural olarak apartman yöneticisi ya da yönetim kurulunun dava ve taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Yönetici ya da apartman yönetimi ancak 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun tanıdığı yetkiler dahilinde dava açma hakkını kullanabilir. Kat malikleri kurulunca yöneticiye yetki verilmesi durumunda, kat maliklerini temsil yetkisine giren işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yöneticinin ya da yönetim kurulunun dava açılabileceği belirgindir. Böyle bir durumda yönetici vekaletname ile tayin edilen bir vekil gibi değildir. Temsil yetkisini az yukarıda açıklanan özel yasa maddesinden alan bir temsilcidir. Özellikle, günümüz hayatının getirdiği toplu site yapılaşmaları ya da çok katlı yapılarda kat malikleri sayısının oldukça fazla olması ve maliklerin ortak kullanımına ayrılmış olan tesis ve alanların bir disiplin için bakılması, korunması ve onarılması, başka bir deyişle ortak kullanımdaki yerlerin yönetilmesi gereği karşısında, tüm maliklerin birlikte dava açabileceğinin veya tüm maliklere karşı dava açılması gerektiğinin kabulü uyuşmazlıkları çözümsüzlüğe terk etme sonucunu doğuracağı gibi usul ekonomisi ilkesine de uygun değildir. Ortaya çıkan ihtiyaçların hakkaniyete uygun biçimde giderilmesi, hak ve adalete, hakkaniyet ile usul ekonomisi ilkelerine uygun bir çözümün bulunması gerektiği kuşkusuzdur. Bu durumda, ortak yerlerin amacına uygun olarak kullanılması ve korunması için kat maliklerince kendisine yetki verilmesi halinde yöneticinin temsil yetkisi kapsamında ortak yerlerin haksız olarak kullanımından (işgalinden) kaynaklanan ve bir tür tazminat olan ecrimisil davası açabileceği Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca kabul edilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olaya gelindiğinde, davacının K. Apartmanı yöneticisi olduğu, dava konusu apartmana ait Yönetim Planının 31. maddesinde yöneticinin görevlerinin düzenlendiği, maddenin (a) bendinde kat malikleri kurulunca verilen kararların yerine getirilmesinin de yöneticinin görevleri arasında sayıldığı, K. Apartmanı Genel Kurulunun 09.01.2010 ve 27.02.2010 günlü kararları ile yönetici olan davacı ...'a apartmana ait otopark ile ısı merkezini işgal ettiği ileri sürülen davalı ... Ankara Mağazacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş ile diğer malik ve ilgililere karşı ecrimisil davası açmak ve her türlü işlemleri yapmak üzere yetki verildiği, eldeki davanın da yöneticiye verilen bu yetki kapsamında apartman yönetimi adına açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, mahkemece davanın esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda yöneticinin görev alanına giren

işlerde taraf ehliyetinin bulunduğunun Yargıtay içtihatları ile kabul edildiği, somut olayda ise davanın tarafları arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı, davanın ortak alanların işgali iddiasına dayalı olarak açıldığı, ortak alanların ise tüm kat maliklerinin ortak mülkiyeti altında bulunduğu, dolayısıyla davanın kat maliklerinin mülkiyet hakkından kaynaklandığı, davadaki istemin Kat Mülkiyeti Kanununun 35. maddesinde sınırlı olarak sayılan yöneticinin görev ve işleri ile bir ilgisinin bulunmadığı, 35. maddenin (a) bendinde ifade edilen kat malikleri kurulunca verilen kararın ise sadece anılan yasa maddesinde sayılan görev ve işlerle ilgili olarak alınan kararlar olduğu, bu nedenlerle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu açık olmak üzere 05.04.2017 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

ISLAH SÜRESİ • MAHKEMENİN VERDİĞİ SÜRE

ÖZET: Yasada değişik süre olsa da, mahkemenin verdiği süre içerisinde yapılan ıslahın geçerli olduğu kabul edilmelidir.[1]

Y. HGK E.2015/9-3666, K.2018/244, T.21.2.2018

"...1-Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine.

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. Sulh Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

2-Davacı, davalıya ait misafirhanede taşeron elemanı olarak çalıştığı ve kat görevlisi olduğu, iş akdinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğinden bahisle, kıdem ve ihbar tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının ödetilmesini istemiştir.

Davalı, davacının kendi işçisi olmadığını, iş akdinin kendisince davanın husumetten reddi gerektiğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davalı tarafından haklı feshin ispat edilemediği gerekçesiyle davacı tarafından yapılan ıslah da dikkate alınarak davanın, kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı tarafından yapılan ıslahın, süresinde olup olmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

6100 sayılı HMK'nun 176 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan ıslah müessesesi, mahkemeye yöneltilmesi gereken tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya talep sonucunu değiştirebilmesi imkânını sağlamaktadır. İki taraf da duruşmada hazır iseler ıslah sözlü olarak yapılabilir. Usule ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür. Ancak, her iki durumda da usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Başka bir anlatımla ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılmalıdır. Bu bağlamda, yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir talepte bulunma olanağı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusunu değiştirebilirse de, yeni dava konusu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur. Ancak, davacının peşin harç yanında başvuru harcını da yatırarak yeni bir talep de bulunması hallerinde ise bir ek dava olarak nitelendirilme hali olayımız dışındadır.

Somut olayda davacı vekili, bilirkişi raporunun dosyaya sunulmasında sonra 20.9.2012 tarihli celsede davasını ıslah etmek üzere mahkemeden talepte bulunmuş, mahkemece kendisine duruşmadan 5 gün öncesine kadar süre verilmiştir. HMK 181. maddesinde kısmi ıslah için, bir haftalık süre verileceği ve süresi içinde yapılmaması durumunda ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Davacı, kendisine verilen süre içinde ancak yasal bir haftalık süre geçtikten sonra 2.10.2012 tarihinde davasını ıslah etmiş ve harcını da aynı gün yatırmış, mahkemece de ıslah edilen değerler üzerinden hüküm kurulmuştur. Ne var ki süresinde yapılmayan ıslaha değer ve-

rilerek hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır..."

gerekçesiyle oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin davalılardan ...Tekstil İşl. Hiz. İhr. İth. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin işçisi olarak diğer davalıya ait iş yerinde çalıştığını, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin, yol parası, aylık ücret, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil çalışma ücretlerinin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... vekili, davalılar arasındaki sözleşmenin bir yıl süreli olarak yapıldığını, sözleşme süresinin sona ermesi ile davalı şirketin işçisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin de sona erdiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... Tekstil İşl. Hiz. İhr. İth. San. ve Tic. Ltd. Şti. davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğu, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğine dair delil sunulmadığından davacının kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazandığı, fazla çalışma yapıp ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı, son aya ait ücret ve yol parası alacakları ile yıllık izin ücretinin de ödenmesi gerektiği gerekçesi ile davalı ... hakkındaki davanın kısmen kabulüne, davacı vekilince geri alındığı beyan edildiğinden diğer davalı şirket yönünden dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Hükmün davalı ... vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenle bozulmuştur.

Mahkemece karşı oy yazısında dile getirilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nın 181'inci maddesinde belirtilen sürenin kesin

süre niteliğinde olup artırılıp eksiltilemeyeceği ancak hâkim tarafından bu sürenin kesin süre olduğu belirtilip sonuçlarının hatırlatılması gerektiği, 20/09/2012 tarihli celsede bu hükme uygun kesin süre verilmediği, kaldı ki bu konuda davalı tarafından itirazda bulunulmayıp temyiz konusu da yapılmadığı, usul ekonomisi ve kesin sürenin sonuçlarının hatırlatılmaması göz önüne alındığında yapılan ıslah işleminin usulüne uygun yapıldığı gerekçesi ile direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacı vekilinin mahkemece verilen süre içinde ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 181'inci maddesinde öngörülen 1 haftalık süre geçtikten sonra yaptığı ıslahın usulüne uygun bir ıslah olup olmadığı, mahkemece verilen süre içinde ıslah yapılmamasının sonuçlarının hatırlatılmaması ve davalı tarafın ıslaha itiraz etmeyip, temyiz konusu da yapmamış olması karşısında bu hususun resen bozma nedeni yapılıp yapılamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce, mahkemenin bozma kararı öncesi kararında fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil çalışma ücretlerinin en yüksek banka mevduat faizi ile tahsiline karar verdiği hâlde, direnme kararında bu iki alacağa yasal faiz işletildiği ve bu yöne ilişkin açık temyiz olmadığı dikkate alındığında, usulüne uygun direnme kararı bulunup bulunmadığı ön sorun olarak tartışılıp değerlendirilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmede ilk kararda fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil çalışma ücretlerine işletilen faizin en yüksek banka mevduat faizi olduğu, direnme kararında bu iki alacağı yasal faiz işletildiği, bu durumun davalının lehine olduğu, "usuli kazanılmış hak" ve "aleyhe bozma yasağı" ilkeleri dikkate alındığında kararın davalı aleyhine bozulması mümkün olmadığından ön sorun bulunmadığı ikinci görüşmede oy birliği ile kabul edilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

Uyuşmazlığın açıklanan niteliğine göre "ıslah" müessesi ile "hak arama özgürlüğü" kavramı üzerinde kısaca durmakta fayda vardır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, ıslah tarihinin 02.10.2012 olması nedeni ile 6100 sayılı HMK'nın ıslaha dair hükümleri dikkate alınacaktır.

6100 sayılı HMK'nın 176'ıncı maddesine göre;

"(1) Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir.

(2) Aynı davada, taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir."

Madde metninden anlaşılacağı üzere ıslah kısmen ya da tamamen yapılabilir.

Kanunun 180'inci maddesi uyarınca davasını tamamen ıslah ettiğini bildiren taraf, bu bildirimden itibaren bir hafta içinde yeni bir dava dilekçesi vermek zorundadır. Aksi hâlde, ıslah hakkı kullanılmış sayılır ve ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir.

Davanın tamamen ıslah edilmesi hâlinde, dava dilekçesi dâhil yapılmış olan bütün usul işlemleri yapılmamış sayılır. Bunun doğal sonucu olarak, dava dilekçesinde yer alan ilk talep içeriği değil, ıslah yoluyla açıklanan talep içeriği nazara alınarak araştırma ve inceleme yapılması ve mahkemece verilecek hükümde de ıslahla ileri sürülen istemin karşılanması gerekir (HGK, 29.06.2011 gün ve 2011/1-364 E., 453 K.).

Davanın kısmen ıslahında ise; davada yapılmış olan belli bir usul işlemi ıslah edilir (düzeltilir) ve bundan sonraki usul işlemlerinin (ıslah edilen usul işlemi ile ilgili oldukları ölçüde) yapılmamış sayılması sağlanır (Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C: IV, İstanbul 2006 s. 4014). Davacının talep sonucunu (müddeabihi) arttırması, talep sonucunu terditli dava haline dönüştürmesi ve talep sonucunun daraltılması gibi işlemler kısmen ıslaha örnek olarak sayılabilecek usule ilişkin işlemlerdir.

Kısmen ıslah, 6100 sayılı HMK'nın 181'inci maddesinde;

"(1) Kısmen ıslaha başvuran tarafa, ıslah ettiği usul işlemini yapması için bir haftalık süre verilir. Bu süre içinde ıslah edilen işlem yapılmazsa, ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere ıslah, davacı veya davalının, iddianın ve savunmanın değiştirilmesi yasağı kapsamındaki usul işlemlerini, karşı tarafın iznine ve hâkimin onayına bağlı olmaksızın belli kurallar çerçevesinde bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmesini sağlayan bir usul hukuku kurumudur.

2709 sayılı T.C. Anayasası'nın 36'ncı maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

Yine Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40'ıncı maddesi uyarınca;

"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."

Maddeye 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanunun 16'ncı maddesi ile eklenen ikinci fıkra uyarınca, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilerine başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" düzenlemesi getirilmiştir.

Bu bağlamda anılan madde hükmüyle hak arama özgürlüğü Anayasal bir kurum olarak, diğer temel haklar gibi düzenlenmiş ve Anayasa güvencesine bağlanmış, Anayasa'da kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik değerleri güvence altına alınmıştır.

Vatandaşlara hak arama özgürlüğü konusunda anayasal bir hak tanınırken, devlete de, onların bu haktan yararlanmayı sağlayacak şartları hazırlama görevi yüklenmiştir. Devlet için öngörülen bu zorunluluk ilgilinin anayasal haklar içinde yer alan hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilmesini sağlayacaktır.

Bu anayasal görevin yerine getirilmesi için getirilen yasal düzenlemeler ve kurulan kurumların görevleri de bu bilinçle değerlendirilmelidir.

Bu kapsamda anayasal teminat altına alınmış hak arama özgürlüğünden bahsedebilmek için, devletin işlemlerinde işleme karşı başvuru yollarını ve süresini açıkça, ilgililerde kuşku ve tereddüt uyandırmayacak şekilde göstermesi gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 20.01.2016 gün ve 2013/7114 Başvuru numaralı kararında "...Yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri çerçevesinde izah edildiği gibi davaya iş mahkemesi sıfatı ile bakan Asliye Hukuk Mahkemesinin, kararında bu sıfatı kullanmadığı gibi kanun yolu ve süresini de doğru bir şekilde belirtmediği; mahkemenin kısa kararını, usul hükümlerine uygun olarak tefhim etmediği; ayrıca gerekçesiz verilen kısa kararda, temyiz süresinin gerekçeli kararın tebliğ tarihinden itibaren başlaması gerektiğine ilişkin Kanun hükmü ve mahkemenin kanun yolunu ve süresini taraflara doğru gösterme yükümlülüğü göz önüne alındığında, temyiz süresini tefhimden başlatarak dilekçenin reddine karar veren HGK'nın değerlendirmesinin, mevzuat hükümleri çerçevesinde ve öngörülebilirlik sınırları içerisinde olduğunun kabul edilemeyeceği; yapılan yorumun, başvuruculaların temyiz hakkını kullanmalarını imkânsız kılacak ölçüde ve kanun hükümlerine olağanın dışında bir anlam vermek suretiyle elde edildiği; bu açıdan kararın, başvuruculaların mahkemeye erişim hakkının özünü zedelediği sonucuna varılmıştır." şeklindeki tespiti

ile başvurucuların Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile diğer işçilik alacaklarının asıl işveren-alt işveren ilişkisi içinde bulunan davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, dava konusu edilen işçilik alacaklarının miktarının tespiti ile ilgili bilirkişi hesap raporu alınmıştır.

Davacı vekili bilirkişi raporunun dosyaya sunulmasından sonra 20.09.2012 tarihli duruşmada rapora bir itirazının olmadığını, ıslah için süre talep ettiğini belirtmiştir.

Bunun üzerine mahkemece aynı tarihli duruşmada;

"1-Davacı vekiline dava dilekçesini ıslah etmesi harçlandırması ve karşı yana tebliğ ettirmesi hususunda duruşma gününden 5 gün öncesine kadar kesin süre verilmesine,

2- Davalı vekilinin rapora karşı itirazlarının davacı vekilinin ıslah dilekçesini sunduktan sonra karar verilmesine,

Duruşmanın bu nedenle 26/12/2012 günü saat 10.00'a bırakılmasına karar verildi." şeklinde oluşturulan ara kararı ile davacı vekiline ıslah yapmak üzere bir sonraki duruşma günü olan 26.12.2012 tarihinden beş gün öncesine kadar süre vermiştir.

Bu ara kararı gereği davacı vekili, 02.10.2012 harç ve havale tarihli ıslah dilekçesi ile dava konusu ettiği alacakların miktarını bilirkişi raporu doğrultusunda arttırmıştır. Islah dilekçesi davalı ... vekiline 12.10.2012 tarihinde tebliğ edilmiş; davalı vekili 23.10.2012 havale tarihli dilekçesi ile ıslaha karşı itirazlarını sunmuştur.

Mahkeme, verilen süre içinde yapılan ıslaha değer vererek alacakları ıslah edilmiş şekli ile hüküm altına almıştır.

Bu hâlde, davacı vekili mahkemece kendisine verilen süre içinde kısmen ıslaha başvurup harcını yatırdıktan sonra ıslah dilekçesinin karşı tarafa tebliğini de sağladığına göre, artık bu şekilde mahkeme ara kararına uygun biçimde gerçekleştirilen ıslaha değer verilmesi gerekir.

Hâl böyle olunca, yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ

Davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA,** karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 21.02.2018 gününde ikinci görüşmede oy birliği ile karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: Davanın açıldığı tarihte tartışmalı olan ve miktarı bilirkişi raporuyla tespit edilebiecek alacaklar için belirsiz alacak davası açılması mümkündür. Bu durumda alacakların tümü için zamanaşımı kesilecektir. Alacakların tümüne dava tarihinden itibaren faiz işletilecektir.*

Y. HGK E.2015/3162, K. 2018/369, T.28.2.2018

Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Sakarya İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 06.01.2015 gün ve 2014/393 E. 2015/27 K. sayılı kararın temyizen incelenmesi davalı ... Belediyesi vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12.03.2015 gün ve 2015/4981 E. 2015/10428 K. sayılı kararı ile;

(... Davacı işçi, daimi kadroya geçtiği aşamada geçici işçi statüsünde çalıştığı sürelerin dikkate alınması gerektiğini ileri sürerek, geriye dönük 5 yıl içinde eksik ödenen bir kısım fark işçilik alacaklarının belirsiz alacak davası olarak tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının taleplerinin zamanaşımına uğradığını belirterek taraf sıfatı yokluğu nedeniyle ve esastan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili bilirkişi raporundan sonra ibraz ettiği dilekçe ile talep ettiği alacak miktarlarını artırmak suretiyle bilirkişi raporunda belirtilen alacak miktarlarının hüküm altına alınmasını karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davanın türü belirsiz alacak davası olarak kabul edil-

* Gönderen Av. Hacer TUNA EŞİTGEN

mek suretiyle isteklerin kabulüne karar verilmiş, hükmü davalı temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davaya konu işçilik alacalarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı ile zamanaşımı ve faiz başlangıcı yönlerinden taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Belirsiz alacak davası 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile öngörülen ve alacaklıya bazı avantajlar sağlayan yeni bir dava türüdür. Sözü edilen hükme göre "Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir". Şu hale göre davanın açıldığı tarihte alacak miktarının belirlenmesi imkansız ise belirsiz alacak davası açılabilir. Öte yandan alacaklı tarafından alacağın miktar veya değerinin tam olarak belirlenmesi beklenemez ise yine belirsiz alacak davası açılabilir.

Belisiz alacak davasını düzenleyen HMK'nun 107. maddesinin gerekçesinde, birçok kez hak arama özgürlüğüne vurgu yapılmıştır. Yine alacaklının hukuki ilişkiyi, muhatabını ve talep edebileceği asgari tutarı bilmesine rağmen "alacağın tamamını tam olarak" tespit edemeyecek durumda olması da davanın nedenleri arasında sayılmıştır. Bu itibarla belirsiz alacak davasıyla ilgili yoruma gidildiğinde, alacaklının hak arama özgürlüğünün değerlendirilmesi gerekir. Bunun aksine ilgili hükmün, alacaklının hakkına ulaşmasını kısıtlayan şekilde ele alınması doğru olmaz.

Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecekse, alacak belirsiz kabul edilmelidir. Karşılaştırmalı hukukta geçerli olan bu kriter 107. maddenin 2. fıkrasının başlangıcında "karşı tarafın vereceği bilgi sonucu" yargılama sırasında belirlenme olarak kabul edilmiştir.

Konuyu iş mevzuatı açısından ele aldığımızda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3, 8, 22, 28, 32, 37, 67. maddelerinde işverene çalışan her bir işçi yönünden kayıt tutma ve işçiye belge verme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Bütün yasal yükümlülüklere uyan işveren bakımından kural olarak işçi alacaklarının belirsiz olduğundan söz edileme-

yecektir. Zira işçinin çalışma süresinin tam olarak kayda geçirildiği, iş sözleşmesi ile ücreti, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlendiği, işçiye her ay ücret hesap pusulası verildiği, günlük ve haftalık iş sürelerinin işçiye önceden bildirildiği, işçinin yaptığı olağanüstü çalışmalar için kendisine belge verildiği durumlarda, işçinin bir çok alacağı belirli ya da belirlenebilir durumdadır. Sadece hakimin taktirine kalan bazı alacaklar bakımından yine de başlangıçta bir belirsizlikten söz edilebilecektir.

İşçilik alacaklarının hesabı genelde iki kritere tabidir. İşçinin işyerinde geçen çalışma süresi ve ücreti ile ekleri bilindiğinde işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Bu yüzden özellikle kamu kurumlarında işçinin çalışmalarının tam olarak Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilmesi ve işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin ücreti ile eklerinin toplu iş sözleşmesinde yer alması sebebiyle işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Yine de hakimin taktir alanına giren manevi tazminat, taktiri indirime tabi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve genel tatil ücreti, cezai şart, sözleşmenin kalan süresine ait ücret gibi alacakların başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün değildir. Nitekim 107. maddenin Adalet Komisyonu gerekçesinde de, alacaklının "talep edebileceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağın tamamını tam olarak tespit" edememesi halinde belirsiz alacak davası açılabileceği ifade edilmiştir.

Gerekçede örnek olarak "keşif ve bilirkişi raporu" ile alacağın miktarının tespit olunmasından söz edilmiştir ki, iş yargısında bilirkişi hesap raporu alınması çok yaygın bir uygulamadır. Yine 107. maddenin 2. fıkrasında "karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu" alacak miktarının belirlenmesinden söz edilmiştir ki, yukarıda sözü edilen yasal yükümlülükler sebebiyle işçiye çalışırken belge vermekle yükümlü olan işveren bunu yerine getirmediğinde, işçinin alacağın miktarını tam olarak belirlemesini beklemek doğru olmaz.

Belirsiz alacak davasını öngören hükümde biri sübjektif, diğer objektif iki unsur karşımıza çıkmaktadır. Alacağın veya dava değerinin belirlenmesini objektif olarak imkansız olması halinde belirsiz alacak davası açılabilecektir. Örneğin iş kazası geçiren işçinin açacağı davada işveren ve işçinin karşılıklı kusur oranları, kusursuz sorumluluk olup olmadığı ve varsa kaçınılmazlık durumu ve maluliyet oranlarının dava açma aşamasında belirlenmesi imkansızdır.

Sübjektif unsur ise alacaklının talep konusu miktarı belirlemesinin

alacaklıdan beklenememesidir. İşçinin yasal hakları ödenmeksizin işten çıkarıldığı bir durumda yukarıda belirtilen masraflara ek olarak uzman hesap raporu aldırarak olası işçilik alacaklarını belirlemesi de hak arama özgürlüğü önünde engel olarak değerlendirilebilir.

Talep sonucunun rakam olarak ifadesinin imkansızlığı, davacının tam olarak miktarını bilmediği ve bu bilgisizliğini davalının sahasında bulunan vakıalardan kaynaklandığı durumlarda söz konusudur.

İşyerinde sendikasız çalışan ve yasal işçilik alacakları konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olması beklenmeyen bir işçinin, alacakları doğru şekilde adlandırması dahi mümkün olmazken doğru hesap yöntemiyle birlikte ve tam olarak belirlemesi mümkün görülmemelidir. Ancak işyerinde hukuk müşaviri, personel uzmanı, muhasebe müdürü gibi konumda çalışan bir işçi bakımından aynı sonuca varmak mümkün olmayacaktır.

Belisiz alacak davası hukuk sistemimize girmeden önce icra inkar tazminatına hak kazanma yönünden likit (belirli) olma kriteri içtihat olarak kabul edilmiştir. Bu kriterin, alacağın belirli olup olmamasında da dikkate alınabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Yargıtay'a göre; "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 gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez"(HGK. 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 E, 2010/397 K, HGK, Y.HGK. 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K).

Belirsiz alacak davası ise mevcut yasal düzenleme çerçevesinde üç değişik şekilde açılabilir. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davasının açılabileceği HMK'nun 107. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörülmüştür. Tespit niteliğinde belirsiz alacağı tespit davası ise aynı maddenin 3. fıkrasına dayanmaktadır. Maddenin gerekçesine göre ise alacaklı kısmi eda külli tespit davası da açabilir. Her bir dava türünün farklı özellikleri bulunmaktadır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, alacaklı belirleyebildiği miktarı davaya konu etmelidir. Bu konuda rastgele bir miktarı talep etmesi doğru olmaz. Örneğin, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında 10 yıl ve asgari ücretten hizmeti görünen bir işçi, çalışma süresini 12 yıl ve ücretini net 2.000,00TL olarak açıklamak suretiyle

kıdem tazminatıyla ilgili belirsiz alacak tahsil davası açabilir. Bu davada, kayıtlarda geçen süre ve asgari ücrete göre belirlenebilen miktar talep edilmelidir. Başka bir anlatımla tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında alacaklı belirleyebildiği kadarıyla bir hesaplama yapmalı ve bu miktarı talep etmelidir. Dava dilekçesinde şimdilik kaydıyla farazi bir miktar (100,00TL) gösterilmesi halinde, davanın, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak kabulü doğru olmaz.

Tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında, işverenin vereceği cevap, ön inceleme aşamasında bu yönde uzlaşı veya tahkikat aşamasında belirsizlik ortadan kalktığında, 107/2. maddeye göre davacı miktarı arttırabilir ve alacağın tümünün tahsilini talep edebilir. Bu aşamada iddianın genişletilmesi yasağı devreye girmez.

HMK'nun 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak belirli hale geldiğinde artırım, sadece bir kez yapılabilir. İkinci kez artırım yapılmak istenirse, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, dava tarihinde alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. Faiz başlangıcı, davadan önce temerrüt söz konusu değilse dava tarihi olmalıdır. Alacak belirlendikten sonra arttırılan kısım için faiz başlangıcı temerrüt ya da dava tarihidir. Belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davasının alacaklıya sağladığı bütün imkanlar bir tek tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında ortaya çıkar.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabileceği HMK'nun 107/3. maddesinde kabul edilmiş olmakla, davanın miktar belirtmeden açılması da imkan dahilindedir. Bu halde hukuki yarar yokluğu ile ilgili tartışmalara mahal vermemek için, 107. maddenin son cümlesinde, belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasında hukuki yararın bulunduğu ifade edilmiştir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabilmesinin en önemli sonucu, belirsiz alacak tespit davasının da alacak için zamanaşımını kesmesidir. Bu husus, 107. maddenin gerekçesinde açıklanmıştır.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasının ardından, alacağın yargılama sırasında belirlenmesi üzerine HMK'nun 107/2. maddesine göre miktarın arttırılması mümkün değildir. Zira sözü edilen hüküm, belirsiz alacak davasının miktar belirtilmesi yoluyla eda davası biçiminde açılması halinde uygulama alanı bulabilir. Ancak belirsiz alacak tespit davasında yapılan yargılama ile alacak belirlendikten sonra, davanın tamamen ıslahı suretiyle alacağın tahsili talep edilebilir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılması ve ardından ıslahla eda davasına dönüştürülmesinin, davanın belirli bir miktar üzerinden açılmasından farkı, faiz başlangıcı noktasında kendisini gösterir. Belirsiz alacak davası tespit davası olarak açıldığında faiz başlangıcı, alacakların rakam olarak talep edildiği ıslah tarihi olmalıdır.

HMK 107. maddesinin gerekçesine göre belirsiz alacak davasının, kısmen eda davasıyla birlikte külli tespit davası olarak da açılabilmesi imkan dahilindedir. O halde belirsiz alacak davasında bir miktarın tahsili yanında, kalan tutarın tespiti istenebilecek ve yargılama sırasında belirlendiğinde kalan miktar da talep edilebilecektir.

Bunun tam eda davasından farkı, belirlenebilen miktarın talebi yerine, kısmi bir miktarın istenebilmesidir. Örneğin belirsiz bir alacak için alacaklı tarafından belirsiz alacak davası açıldığında ve 100,00 TL için tahsil, kalan miktarı için ise alacağın tespiti istendiğinde kısmi eda külli tespit davasından söz edilir. Zira alacaklı işveren veya resmi kurum kayıtlarında geçen belirleyebildiği miktarı davaya konu etmek yerine, farazi bir miktar için talepte bulunmuştur. Sözü edilen davanın kısmi davadan farkı ise, alacaklının kısmi dava açtığını belirtmeksizin belirsiz alacak davasından söz ederek taleplerde bulunmasına dayanır. Yukarıda açıklandığı üzere belirsiz bir alacak için alacaklının açıkça kısmi dava açtığını belirterek talepte bulunması veya belirsiz alacaktan söz edilmeksizin kısmi taleplerde bulunulması halinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilir.

Kısmi eda külli tespit davasının açıldığı anda alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. Ancak faiz başlangıcı açısından tahsil amaçlı belirsiz alacak davasından farklı bir durum vardır. Davaya konu edilen miktar bakımından faiz başlangıcı olarak dava tarihi kabul edilmelidir. Alacağın kalan kısmın sadece tespiti istenmiş olmakla, belirlenen bakiye alacak miktarının ilerde talep edildiği tarihten itibaren faize karar verilmelidir.

Somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacı işçinin 2001 yılında daimi kadroya alındığı anda, daha önce mevsimlik statüde çalıştığı sürelerin dikkate alınıp alınmayacağı noktasındadır. 2001 yılında gerçekleşen kadroya alınma aşamasındaki intibak sorununa bağlı olarak davaya konu dönem içinde hak kazanılabilecek yevmiyelerin belirlenmesi ve buna göre ücret farkı, ikramiye farkı, ilave tediye farkı ve yıpranma primi farkı isteklerinin tespiti işçinin dava açtığı aşamada kendisinden beklenemez. Bu konuda işyeri özlük dosyası ile ücret bordroları ve işveren kayıtlarına göre hesaplama bilirkişi hesap raporu

alınmak suretiyle yapılmış olup, davanın belirsiz alacak davası olduğu yönünde mahkemece yapılan tespit dosya içeriği ile uyumludur.

Öte yandan dava dilekçesinde belirsiz alacak davası açıldığı vurgulanmış ve davaya konu işçilik alacaklarına ayrıştırılmak suretiyle şimdilik 1000,00TL olarak talepte bulunulmuştur. Yargılama sırasında alınan hesap raporu sonrasında, davacı vekili, belirsiz alacak davasına vurgu yaparak talep arttırım dilekçesi vermiştir. Dava dilekçesindeki talep şekli ve istek konusu miktarla değerlendirildiğinde davanın, belirsiz alacak davası türlerinden kısmi eda külli tespit davası olarak açıldığının kabulü gerekir. Zira davacı taraf iddiaları doğrultusunda belirleyebildiği asgari alacak miktarlarını talep etmek yerine, kısmi bir miktar belirleyerek isteklerde bulunmuştur. Bu durumda belirsiz alacak davası türlerinden kısmi eda külli tespit davasının sonuçlarına göre hüküm kurulması gerekir. Davanın özelliği gereği alacağın tamamı için dava tarihinde zamanaşımın kesildiğinin kabulü yerindedir. Ancak, tahsil amaçlı belirsiz alacak davasından farklı olarak talep artırım dilekçesi ile talep edilen alacaklar yönünden sözü edilen dilekçenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren faiz yürütülmelidir. Mahkemece hüküm altına alınan alacakların tamamı için dava tarihinden faize karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, kadroya geçirilmeden önce mevsimlik işçilikte geçen hizmet süresi dikkate alınarak belirlenecek derece ve kademeye göre ücret, akdi ve yasal ilave tediye ve yıpranma primi fark alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, mülga Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait işyerinde mevsimlik işçi olarak çalışmakta iken 2001 yılında kadroya alınan müvekkilinin kadroya geçirilmesi sırasında mevsimlik işçilikte geçen hizmet süresi dikkate alınmayarak eksik derece ve kademeye intibakının yapıldığını, bu nedenle ücretinin düşük belirlendiğini, buna bağlı olarak da sosyal haklarının eksik ödendiğini iddia ederek 750-TL ücret farkı, 100-TL akdi ilave tediye farkı, 100-TL yasal ilave tediye farkı ve 50-TL yıpranma prim farkı olmak üzere toplam 1000-TL fark işçilik alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının taleplerinin zamanaşımına uğradığını, ayrıca müvekkili belediyenin taraf sıfatı bulunmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacının talep ettiği fark işçilik alacakları davanın açıldığı tarihte tartışmalı olup miktarı bilirkişi raporu ile tespit edildiğinden, davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceği, hükme esas alınan bilirkişi raporundaki hesaplamalara göre fark alacaklarının hüküm altına alınması gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı ... Belediyesi vekilinin temyizi üzerine karar, yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenler ile bozulmuştur.

Mahkemece, önceki gerekçe tekrar edilerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun 107'nci maddesinde belirtildiği üzere davacının talep sonucunu belirleyemediği hâllerde asgari bir miktar belirtmek sureti ile belirsiz alacak davası açabileceği, bozma kararında davanın belirsiz alacak davası olduğu kabul edildiğine göre, davacının bu dava türü ile hukukî menfaatinin korunmasına yönelik düzenleme yapıldığından faiz başlangıç tarihinin de dava tarihi olması gerektiği, bu kabulün kanunun düzenlemesi ve gerekçesine de uygun olduğu, ayrıca aynı gün temyiz incelemesi yapılan dava konusu ve sebepleri aynı olan, aynı şekilde karar verilen çift esas numaralı dosyaların onandığı, tek esas numaralı bu dosyaların ise bozulduğu, içtihat birliğini sağlamakla görevli olan Yargıtay'ın bu farklılığı gerekçelendirmeden bu yönde karar verdiği gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı davalı ... Belediyesi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmak ve dava konusu alacaklar ayrıştırılmak sureti ile toplam 1.000-TL olarak açılan, bilirkişi raporundan sonra talep arttırım dilekçesi verilerek alacak miktarlarının arttırıldığı ve belirsiz alacak davası olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmayan eldeki davada, arttırılan miktarlar dahil alacağın tümü bakımından faiz başlangıç tarihinin dava tarihi mi yoksa dava ile istenen kısımlar için dava, arttırılan kısımlar için talep arttırım tarihi mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle belirsiz alacak davasının hukuki niteliğinden bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107'nci maddesiyle mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinde yer alan;

"1-Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

2-Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

3-Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir." şeklindeki hüküm ile belirsiz alacak davası düzenlenmiştir.

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi ile ihdas edilmiş ve kanunlaşmıştır.

Madde gerekçesinde, "Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir. Özellikle, zararın baştan belirlenemediği, ancak bir incelemeden sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durumla karşılaşılabilmesi söz konusudur. Hukuk sistemimiz içinde, böyle bir durumla karşılaşan kişinin hak araması bakımından birçok güçlük söz konusudur. Öncelikle kendisinden aslında tam olarak bilmediği bir alacak için dava açması istenmekte, ayrıca, daha sonra kendi talebinden daha fazla bir miktar alacağının olduğu ortaya çıktığında da bunu davayı genişletme yasağı çerçevesinde ileri sürmesi mümkün olabilmekteydi. Böyle bir durumda, gerçekten bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlamak gibi, hak aramanın özüyle izah edilemeyecek bir yol ve aslında tarafın kendi ihmali ya da kusuru olmadığı hâlde bir yasakla karşılaşması gibi de bir engel söz konusuydu. Oysa, hak arama özgürlüğü, böyle bir sınırlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek "etkin hukukî koruma"nın

gündeme gelmiş olması da bunu gerektirir. Kaldı ki, miktar ya da değeri belirsiz bir alacak için dava açılması gerektiğinde bir takım sınırlamalar getirmek, dava içinde yeni taleplere veya o davanın dışında yeni davalara yol açarak, usûl ekonomisine aykırı bir durum da meydana getirecektir. Ayrıca, miktarı veya değeri bilinmeyen bir alacak için klasik kısmî davanın da tam bir çözüm üretmediği gerçektir.

Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez. Belirsiz alacak davası veya tespit davası açılması hâlinde, alacaklı, tüm miktarı belirtmese dahi, davanın başında hukukî ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgarî miktarı göstermek durumundadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, belirsiz alacak veya tespit davası açılabilen durumlarda, miktar ya da değerin tespit edildiği anda, alacaklının iddianın genişletilmesi yasağından etkilenmeksizin talebini artırabileceği belirtilmiştir. Kural olarak, bir davada başlangıçta belirtilen miktar veya değerin artırılması, iddianın genişletilmesi yasağına tâbidir. Bunun amacı, davacının dava açarken hakkını kötüye kullanmaması, daha özenli davranması, yargılamayı gereksiz yere uzatmamasıdır. Oysa, baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmal ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Davacı, sınırlama ve yasağa tabi olmadan, sadece talepte bulunmak suretiyle yeni miktar üzerinden yargılamaya devam edilmesini isteyebilecektir. Şüphesiz, alacağın belirli hâle

gelmesini müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmişse, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Çünkü, bu hâlde belirsizlik değil, davacının kendi ihmalinden kaynaklanan bir durum söz konusudur.

"Eda davasının açılabildiği hâllerde tespit davası açılamaz" yollu önermenin hak-arama özgürlüğünün ulaştığı kapasite ve hukuki yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliği yoktur.

Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin varolduğu hâllerde yalnızca tespit yahut kısmi edâ ile birlikte tespit davasının açılabileceği genel olarak kabul edilmektedir.

Davacı, söz gelimi bir tazminatın tahsili yerine alacağın miktarının ve borçlunun sorumlu olduğunun tespitini hedefleyen bir dava açabilir, açabilmelidir. Bu dava, zamanaşımını kesecek, davada istihsal olunan ilam genel haciz yoluyla takibe konabilecek, itiraz hâlinde borçlunun göze alamayabileceği icra-inkâr tazminatı yaptırımı devreye girebilecektir. Öte yandan tespit davası, dava ekonomisi yönünden eda davasına nazaran taraflar için daha avantajlıdır. Tespit davasının taraf barışını kolaylaştıran bir karakteri de vardır.

Alacaklı, yalnızca eda davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi eda ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahiptir. Hak-arama özgürlüğünün (...m.36, İHAS.m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz. Model, belirtilen seçenekleri alacaklıya usuli bir hak olarak tanımaktadır.

Esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her eda davasının temelinde bir külli tespit unsuru vardır. Başka deyimle eda hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur.

Tasarıda öngörülen modelde, tespit davasının hukuki ilişkilerin tespiti yanında hakkın tespitinin de istenebilmesi, eda davasının açılabildiği hâllerde hukuki menfaat koşulunun gerçekleşmiş sayılması kabulü çözümünü (paradigmayı) güçlendirmektedir.

Bir davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zaman aşımının kesilmesi ve diğerleri) tespit davalarında aynen geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Önerge ile varolması gereken bir usuli imkân hukukumuza kazandırılmış olacaktır." şeklinde açıklamalar yapılarak, belirsiz alacak davasının Kanuna konuluş amacı ayrıntıları ile belirtilmiştir.

O hâlde davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hâli, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır. Bu şartların bulunması hâlinde davacının davasını 6100 sayılı HMK'nın 107'nci maddesi kapsamında belirsiz alacak davası olarak açması mümkün olacak; davacı bu dava türü ile getirilen imkânlardan yararlanacaktır.

Dava açılmasının sonuçlarından birisi de zamanaşımının kesilmesidir. Zamanaşımı dava dilekçesinde belirtilen talep sonucu miktar için kesilecektir. Belirsiz alacak davasında zamanaşımının dava dilekçesinde belirtilen geçici talep sonucu için mi yoksa yargılama sonucunda miktarı tam olarak belirlenen kesin talep sonucunun tümü için mi dava tarihinde kesileceği konusunda 6100 sayılı HMK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Belirsiz alacak davasının düzenlenme nedeni, davacının dava açarken alacağının tümü için dava açmak istediği hâlde, alacağının miktarını belirlemesi imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. Davacının belirsiz alacak davası açarken amacı alacağının tümünü dava etmek ve tümü hakkında karar verilmesini sağlamaktır. Kısmî dava açmakta olduğu gibi, alacağının bir kısmını dava etmek değildir. Dava dilekçesinde belirttiği talep sonucu da geçicidir, dava açarken asıl amacı alacağının belirlenir belirlenmez bu miktar üzerinden karara bağlanmasıdır. Belirsiz alacak davasında davacıya alacağını belirlemesinin imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek olduğu istisnai bir durumda böyle bir dava açma olanağı tanınmıştır. Kanun koyucu alacağın belirlenmesinin imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek durumda olması hâlinde belirsiz alacak davası açma imkânı tanıdığına göre, böyle bir davanın sonuçlarının da amaca uygun olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle talep sonucu hangi tarihte kesin olarak belirtilirse belirtilsin, dava açıldığı tarihte kesin talep sonucu miktarınca zamanaşımı süresi kesilmiş sayılmalıdır (Pekcanıtez, H.: Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107), Ankara 2011, s. 59).

Belirsiz alacak davası açan davacı, alacağı belirlenebilir hâle geldikten sonra kesin talep sonucunu mahkemeye bildirecektir. Bu belirleme, dilekçelerin değişiminden yani davalı tarafın delillerini mahkemeye sunmasından sonra söz konusu olabileceği gibi, tahkikat sırasında, özellikle delillerin incelenmesi aşamasında da olabilir. Her hâlde talep sonucunun belirlenmesi tahkikat sonuna kadar yapılabilir ise de, bu belirlemenin daha önceki aşamada yapılmasına da engel yoktur.

Öte yandan yine belirsiz alacak davasının Kanuna konuluş amacı ve davanın niteliği dikkate alındığında, dava tarihinden önce gerçekleşen bir temerrüt olgusunun bulunmadığı durumlarda belirsiz alacak davasında yargılama sonucunda miktarı tam ve kesin olarak belirlenen alacağın tümü için temerrüt, davanın açıldığı tarihte gerçekleşeceğinden faize de dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir.

Belirsiz alacak davasında zamanaşımı süresi alacağın tamamı için davanın açıldığı tarihten itibaren kesilmekte yine temerrüd sebebiyle faiz talebi de davanın açıldığı tarihten itibaren istenebilmektedir. Alacağın geri kalan kısmının talep edilebilmesi için ise davalı tarafın iznine veya ıslah yoluna başvurulmasına gerek bulunmamaktadır (Pekcanıtez, H.: İşçilik Alacaklarında Belirsiz Alacak Davası, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, 1. İş Hukuku Uluslarası Kongresi, s. 224).

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesine gelince; davacı vekili müvekkilinin mülga Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait işyerinde mevsimlik işçi statüsünde çalıştığı sürenin 2001 yılında kadroya alınması sırasında derece ve kademe intibakında dikkate alınmadığını ileri sürerek mevsimlik işçilikte geçen hizmet süresi hesaba katılarak belirlenecek derece ve kademeye göre fark işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini belirsiz alacak davası açarak talep etmiştir.

Mahkemece dava konusu edilen alacakların davanın açıldığı tarih itibari ile tartışmalı olup miktarı bilirkişi raporu ile tespit edildiğinden, davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceği benimsenmiş ve bu kabul doğrultusunda dava görülüp sonuçlandırılmış; alacakların tümü için dava tarihinde zamanaşımının kesildiği kabul edildiği gibi, talep arttırım dilekçesi verilerek arttırılan miktarlar dâhil alacakların tümüne dava tarihinden itibaren faiz işletilmiştir.

Özel Dairece mahkemenin davayı belirsiz alacak davası olarak görüp sonuçlandırması yerinde bulunmuş, bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.

O hâlde davanın 6100 sayılı HMK'nın 107'inci maddesi anlamında belirsiz alacak davası olduğu yönünde mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Bu durumda dava belirsiz alacak davası olduğuna göre, bu davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zamanaşımının kesilmesi ve diğerleri) bu dava için de geçerli olması gerekeceğinden, mahkemece talep arttırım dilekçesi verilerek arttırılan miktarlar dâhil alacakların tümüne dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi doğru olmuştur.

Her ne kadar Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, davacının belirleyebildiği asgari miktar yerine cüzi miktarlar üzerinden dava açtığı, bu hâlde davanın 6100 sayılı HMK'nın 107'nci maddesinin gerekçesinde belirtilen "kısmi eda külli tespit" davası olarak nitelendirilmesi gerektiği, bu durumda talep arttırım dilekçesi verilerek arttırılan alacak kısımlarına talep arttırım tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerektiği, bu nedenle Özel Daire bozma kararı yerinde olup direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğu tarafından bu görüş benimsenmemiştir.

Hâl böyle olunca, direnme kararı yukarıda açıklanan nedenlerle onanmalıdır.

SONUÇ

Davalı ... Belediyesi vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA,** aşağıda dökümü yazılı (671,74 TL) harcın temyiz edenden alınmasına, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 28.02.2018 gününde ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

HİZMET TESPİTİ • FERAGAT

ÖZET: Bu durumda hizmet tespiti davalarında sosyal güvenlik hakkından vazgeçilemez ilkesi öne sürülerek feragatin sonuç doğurmayacağını belirtmek Hukuk Muhakemeleri Kanunun 309. maddesinin yanlış uygulanmasına sebep olacaktır. Hizmet tespiti davası da olsa feragatin muvafakate bağlı olmadığı ve sonuç doğurması gerektiği aşikardır.*

Y. HGK E.2016/2621, K. 2017/249, T. 15.02.2017

Taraflar arasındaki "tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Muğla 1. Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince davanın feragat nedeniyle reddine dair verilen 10.02.2015 gün ve 2011/1853 E.-2015/55 K. sayılı kararın temyizen incelenmesi davalı Kurum vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 07.03.2016 gün ve 2015/5576 E., 2016/2480 K. sayılı kararı ile;

* Gönderen: Av. Volkan Böke

"...Dava, Tarım Bağ-Kur sigortalılığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkeme, ilâmında belirtildiği şekilde feragat nedeniyle davanın reddine karar vermiştir.

11.09.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 81. Maddesi ile 5510 sayılı Kanuna eklenen Geçici 60. Maddenin 5. Bendinde, "Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar ile tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu mülga hükümlerine ve mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa göre tescilleri yapıldığı hâlde prim borçları nedeniyle daha önceki ilgili kanunları uyarınca sigortalılık süreleri durdurulmuş olanlardan bu maddenin yayımlandığı tarih itibarıyla ihya edilmemiş olanların kendileri veya hak sahipleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden ay başından itibaren üç ay içinde Kuruma müracaat ederek, durdurulan sigortalılık süreleri için ödeyecekleri prim tutarının, sigortalılık süreleri durdurulmamış gibi değerlendirilerek bu madde hükümlerine göre hesaplanmasını talep edebilirler. Hesaplanan borcun tamamının ilk taksit ödeme süresi içinde ödenmesi hâlinde durdurulan süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Hesaplanan borcun tamamının ilk taksit ödeme süresi içinde ödenmemesi hâlinde ihya işlemi geçerli sayılmaz ve bu madde kapsamında ödenmiş olan tutarlar ilgilinin bu madde kapsamı haricinde başkaca prim borcunun bulunmaması kaydıyla faizsiz olarak iade edilir." hükmüne yer verilmiş olup anılan yasal düzenleme ile Kurumca sigortalı olarak kabul edilen ve prim borcu nedeni ile sigortalılığı durdurulan kişilerin prim borçlarını ödeme kolaylığı getirilmiştir. Eldeki dava ise, sigortalılık süresinin tespitine yöneliktir ve dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre davacının Kurumca kabul edilen 2926 sayılı Kanuna tabi sigortalılık süresi de bulunmamaktadır. Bu halde, eldeki davaya konu uyuşmazlığın 6552 sayılı Kanun kapsamına girdiğinden bahsedilemez.

Sigortalı olmak, kamu düzenine ilişkin, kişiye bağlı, vazgeçilemez ve kaçınılamaz hak ve yükümlülük doğuran bir hukuksal statü meydana getirmektedir. Kişilerin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının bu statünün oluşumundaki rolü, yenilik doğurucu ve iradi bir durum değil, Kanun gereği kendiliğinden oluşan statüyü belirlemekten ibarettir. Dolayısıyla, Sosyal Güvenlik hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanununun 307. maddesi kapsamında feragat olanaksızdır ve açıklanan sigortalılığın ve sigortalı hizmetlerin tespitine ilişkin davadan da vazgeçilemez.

Davacı ancak, anılan Kanunun 123. maddesinde düzenlenen hakkını kullanabilir ve ileride yeniden dava açabilme hakkını saklı tutarak, davalının rızası ile davanın takibinden vazgeçebilir veya Kanunun 150. maddesi hükmü gereğince, davayı takip etmeyerek yenileninceye kadar dosyanın işlemden kaldırılması ve giderek davanın açılmamış sayılması sonucunu elde edebilir.

Bu nedenle; inceleme konusu davada mahkemece, davadan vazgeçilemeyeceği davacıya bildirilmeli, feragat beyanının Hukuk Muhakemeleri Kanununun 123 veya 150. maddelerinde düzenlenen haklardan birinin kullanımı niteliğinde olup olmadığı kendisine sorulmak suretiyle belirlenmeli; beyanın, anılan anlamlarda kullanıldığı saptandığı takdirde, duruma göre, 123 veya 150. maddesinde öngörülen prosedür işletilmeli, aksi durumda ise, elde edilecek sonuca göre dava konusu istem hakkında karar verilmelidir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Kabule göre de; yasadan kaynaklanmayan feragatlerde Kurum lehine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği dikkate alınarak, söz konusu feragatin 6552 sayılı yasadan kaynaklanıp-kaynaklanmadığının usulünce araştırılmaması yerinde görülmemiştir.

O hâlde davalı Kurumun avukatının 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 görüşüldü:

Dava, davacının Tarım Bağ-Kur sigortalılık süresinin tespiti istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkilinin köyde geçimini tarım ve hayvancılıkla temin ettiğini, yetiştirdiği ürünlerden prim tevkifatının yapıldığını, kurum tarafından ilk prim tevkifatından itibaren sigortalılığına karar verilmesi gerektiği halde tescil edilmediğini, bu nedenle ilk prim tevkifatının Kuruma aktarıldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren şekilde Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Kurum vekili evli kadınların kanun gereği 02.08.2003 tarihinden önce sigortalı sayılmasının mümkün olmadığını, davacının üretmiş olduğu ürünlerden yapılan tevkifatlarla ilgili belgelerin kurumda bulunmadığını belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacı vekilinin 05.01.2015 tarihli dilekçe ile 6552 sayılı Kanundan yararlanmak amacıyla davadan vazgeçtiğini beyan ettiği ve bu kapsamda araştırılacak başka bir husus bulunmadığı gerekçesiyle davanın feragat sebebiyle reddine karar verilmiştir.

Davalı Kurum vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnimle kararı verilmiştir.

Direnme kararını, davalı Kurum vekili temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Tarım Bağ-Kur sigortalılık süresinin tespitini talep eden davacının 6552 sayılı Kanundan yararlanmak için davadan feragatinin sonuç doğurup doğurmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Feragat, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 307. maddesinde, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanmış; 310. maddesinde ise hükmün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebileceği açıklanmıştır.

Hiçbir kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi, davacı da açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Usul hukukumuzda kural olarak hüküm kesinleşinceye kadar her davadan feragat edilebilir ve bir usul hukuku kavramı olarak davadan feragatin açık, kesin ve koşulsuz olması, yasa gereğidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 309. maddesi aynen; "(1) Feragat ve kabul, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. (2) Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir. (3) Kısmen feragat veya kabulde, feragat edilen veya kabul edilen kısmın, dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekir. (4) Feragat ve kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır" şeklindedir.

Davaya son veren taraf işlemlerinden biri olan feragat davacının mahkemeye karşı yapacağı tek taraflı bir irade beyanı ile olur. Feragatin geçerliliği için bunun davalı ve mahkeme tarafından kabul edilmesine gerek yoktur. Davacının davasından feragat etmesi ile dava konusu uyuşmazlık sona erer. Bu nedenle mahkeme henüz feragat nedeniyle davanın reddine karar vermemiş olsa bile, davacı feragatten dönemez; feragati ile bağlıdır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, üzerinde durulması gereken husus ise açılan hizmet tespiti davasında feragatin sonuç doğurup doğurmayacağıdır.

Sosyal güvenlik hakkı niteliği itibariyle ekonomik ve sosyal haklar arasında yer alan bir hak olmakla birlikte, insan haklarına dair bütün milletlerarası belgelerde kabul edilen bir insan hakkıdır. Ekonomik ve sosyal bir hak olarak sosyal güvenlik hakkı devlete bu hakkı hayata geçirmek için gereken tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak gibi yükümlülük yükler. (Arıcı, Kadir, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Sosyal Güvenlik Hakkı, Sosyal İnsan Hakları Uluslar arası Sempozyumu, Kocaeli, 2015, s. 184-185.)

Sosyal güvenlik hakkının vazgeçilmez ve devredilmez nitelikli temel insan haklarından olduğu başta Anayasa olmak üzere mevzuat hükümlerinde yer aldığı gibi, uyuşmazlıkların çözümü nedeniyle verilen yargısal kararlardaki genel bir yaklaşımı da ifade etmektedir. (Turan, Ercan, Sosyal Güvenlik Hakkı, Kamu-İş, C:7, S:3/2003, s. 13.)

1982 Anayasasının 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, 60. madde de ise herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hükmü birlikte değerlendirilecek olursa sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulamaz ve feragat edilmez bir hak olduğu sonucuna ulaşılır.

2926 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasında "bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemez ve kaçınılamaz." şeklinde ki düzenleme sosyal güvenlik hakkından feragat edilemeyeceğine dair Anayasa ile paralel düzenleme getirmektedir. Ancak bu durumda dikkat edilmesi gereken nokta somut olayda davadan feragat etmenin sosyal güvenlik hakkından vazgeçmek anlamına gelmeyeceğidir.

6552 sayılı Kanunun Geçici 60. maddesinde "Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların, bu maddelerde belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu durumda davacının 6552 sayılı Kanundan yararlanmak talebiyle Kuruma başvurması için davadan feragat etmesi kanun gereğidir.

Hizmet tespiti davalarının amacı kişinin hizmetlerinin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Kaldı ki sosyal devlet ilkesinin gereği olarak hizmet tespiti davalarında kurumun sigortalı olması gereken kişiyi resen tescil etme yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu dosyada

davadan feragat eden davacı sadece açtığı davadan vazgeçmektedir. 6552 sayılı Kanundan yararlanmak amacıyla davadan feragat edilmesi kişiye sıkı sık bağlı Anayasa ile korunan sosyal güvenlik hakkının varlığını ortadan kaldırmayacaktır. Davacının 6552 sayılı Kanundan yararlanmak için kuruma yapmış olduğu başvurunun reddi halinde "sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceğinden" bu davada ki feragate rağmen her zaman dava açma hakkı bulunduğu gibi feragat olsa dahi kurumun resen tescil yetkisi bulunmaktadır.

Öte yandan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 309. maddesinde " Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durumda hizmet tespiti davalarında sosyal güvenlik hakkından vazgeçilemez ilkesi öne sürülerek feragatin sonuç doğurmayacağını belirtmek Hukuk Muhakemeleri Kanunun 309. maddesinin yanlış uygulanmasına sebep olacaktır. Hizmet tespiti davası da olsa feragatin muvafakate bağlı olmadığı ve sonuç doğurması gerektiği aşikârdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, hizmet tespiti davalarının amacının hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunması olduğu ve davadan feragat eden davacının sadece açtığı davadan değil, "sigortalı olduğunun tespitinden" yani sosyal güvenlik hakkından vazgeçmiş sayılacağı, davadan feragatin kesin hükmün hukuki sonuçlarının doğuracağından feragat halinde hakkın özünden vazgeçileceği, artık Anayasal hak ve yükümlülük olan sosyal güvenlik hakkının mahkemeler önünde ileri sürülme imkanının ortadan kalkacağı, bu nedenle somut olayda olduğu gibi hizmet tespiti davalarında feragatin sonuç doğurmamasının gerektiği belirtilmiş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Şu durumda, yukarıda belirtilen ilke ve maddi olgular dikkate alındığında, yerel mahkemenin davanın feragat nedeniyle reddine ilişkin kararı yerinde olup; usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı Kurum vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerle **ONANMASINA,** karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 15.02.2017 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

ECRİMİSİL • BİRDEN FAZLA KİŞİNİN SORUMLULUĞU

ÖZET: Ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup, bu süre davanın açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Taşınmaza birden fazla kişinin tecavüzü halinde kendi taşınmazlarındaki arsa payları oranın ecrimisil borcu hesaplanmalıdır.

Y. I. HD. E. 2017/4299, K.2017/5484, T.18.10.2017

Dava, ecrimisil istemine ilişkindir.

Davacı, maliki olduğu 1040 ada 1 ve 10 parsel sayılı taşınmazların bir bölümünü bitişik sitede daire sahibi olan davalıların bahçe ve otopark olarak kullanmak suretiyle işgal ettiklerini, belediyenin 2009 yılında yıkım kararı alması üzerine tecavüzün son bulduğunu ileri sürerek her daire için 3.000,00 TL olmak üzere geçmiş beş yıllık dönemi kapsayan 72.000,00 TL tutarındaki ecrimisilin davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece bir kısım davalılar hakkında davanın atiye bırakılmasına, bir kısım davalılar hakkında davanın feragat nedeniyle reddine, bir kısım davalılar hakkında ise davanın reddine ilişkin verilen karar, Yargıtay 3. Hukuk Dairesince; "...Davacının tecavüz edilen arsasını bir duvar ile kendi bahçe alanına alan ... Yapı Kooperatifi binaları maliklerine teslim ettikten sonra davalı kat malikleri tarafından Belediyece bahçe duvarının yıkım tarihi olan 28.05.2009 tarihine kadar fuzuli şagil olarak kullanıldığı Belediyenin tesbit raporları, tecavüzün men'i yazıları ve duvarın yıkılması tutanakları ile anlaşılmaktadır. 09.03.2011 tarihli teknik bilirkişi raporunda davalılara ait 2 nolu parselin bahçe duvarının dava konusu olan 1 nolu davacı parseline 12.71 m2, 10 nolu parsele ise 38.42 m2 olmak üzere toplam 51.13 m2 tecavüzlü olduğu, vaki tecavüzün 28.05.2009 tarihli yıkım tutanağı ile ortadan kaldırıldığı tesbit edilmiştir. Tecavüz ettiği

yeri bahçe duvarı ile çevirip kendi hakimiyet alanına alan davalıların bu yeri fiilen kullandıklarının kabulü gerekir. Mahkemece davacının ecrimisil talep etmekte haklı olduğu gözetilmeksizin davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, mahkeme hükmünün bu nedenle bozulması gerekirken, zuhulen onandığı anlaşılmakla, davacının karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin yerel mahkeme hükmünün onanmasına ilişkin 14.12.2011 gün ve 2011/13813 E.-2011/20604 K.sayılı kararının kaldırılması ve mahkeme kararının bu nedenle bozulması gerektiği.." gerekçesiyle bozulmuştur.

Bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda mahkemece ispatlandığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 6.227,64 TL tutarındaki ecrimisilin birkısım davalılardan tahsiline, bir kısım davalılar yönünden davanın feragat nedeniyle reddine, bir kısım davalılar yönünden ise davanın atiye bırakılmasına karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillere göre, ... Yapı Kooperatifi kat maliklerinin maliki olduğu 2 nolu parselin bahçe duvarının dava konusu olan 1 nolu davacı parseline 12.71 m2, 10 nolu parsele ise 38.42 m2 olmak üzere toplam 51.13 m2 tecavüzlü olduğu, vaki tecavüzün 28.05.2009 tarihli yıkım tutanağı ile ortadan kaldırıldığı, mahkemece davalıların arsa pay oranı gözetilmeksizin ecrimisilin tamamından sorumlu tutuldukları anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, 25.05.1938 tarih ve 29/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtay'ın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatları uyarınca ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup bu beş yıllık süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Ne var ki, davacının zamanaşımı defi, süresinden sonra yapıldığı için mahkemece davacının talebi doğrultusunda ecrimisile hükmedilmesinde isabetsizlik yoktur.

Hal böyle olunca; temyiz eden davalıların payları oranında ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

Bir kısım davalıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerle(6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 18.10.2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

PAYLI MÜLKİYET • ELATMANIN ÖNLENMESİ • ECRİMİSİL

ÖZET: Taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar tarafından belirlenmiş ya da taşınmazda fiili bir taksim oluşmuş ise, iyiniyet kuralı devreye sokulmalı ve müşterek mülkiyet kurallarına göre sonuca gidilmelidir.

Y. I. HD E.2017/4897, K.2017/6854, T.29.11.2017

Dava, paydaşlar arası el atmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir.

Davacılar, mirasbırakanları...'nun 04/05/1974 tarihinde ölümü ile maliki olduğu 22 parsel sayılı taşınmaza davalı ... ile malik olduklarını ancak taşınmazın diğer mirasçıların muvafakati olmaksızın davalı ... tarafından diğer davalı şirkete kiralandığını, kendilerine bedel ödenmediğini, davalı şirkete ihtarname gönderildiği ancak ödemelerin usule uygun yapılmadığını ileri sürerek, davalı şirketin taşınmaza el atmasının önlenmesine, ve fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla şimdilik 73.350,00 TL ecrimisilin işlemiş faiziyle birlikte miras payları oranında davalılardan tahsili isteminde bulunmuşlar, davacılardan Sabahat'ın yargılama sırasında ölümü ile mirasçıları olan diğer davacılar davaya devam etmişler ve mahkemece terekeye temsilci atanmıştır.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davacı ... yönünden davanın açılmamış sayılmasına, diğer davacıların ise kira bedellerini almış olmaları karşısında artık davalı şirketin haksız bir kullanımından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle el atmanın önlenmesi veecrimisil taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; tarafların ortak mirasbırakanı...'in 04/05/1974 tarihinde ölümü ile geriye mirasçı olarak dava dışı eşi ... ve kendisinden sonra ölen oğlu ...i'nin mirasçıları olan davacılar ... kaldığı, ...'in de 1990 yılında öldüğü, çekişme konusu 22 parsel sayılı, beş adet dükkan ve pasaj nitelikli taşınmazın miras bırakan... adına kayıtlı olduğu, mahkemece yapılan keşif uygulaması sonucunda, taşınmaz üzerinde 31/A, 31/B, 31/C, 31/D ve 31/E numaralı

dükkanların bulunduğunun tespit edildiği, çekişme konusu 31/E numaralı dükkanın davalı ... tarafından 01/07/2002 tarihli beş yıllık kira sözleşmesi ile diğer davalı ... LTD Şti'ye kiralandığı anlaşılmakta olup, aynı dükkan ile ilgili aynı taraflar arasında 01/08/2002 tarihli bir yıllık kira sözleşmesinin de bulunduğu, davacılar tarafından davalılara ... 2. Noterliği 12/07/2007 tarih 3985 yevmiye numaralı ihtarname gönderildiği, davalı şirket tarafından davacıların hesabına Temmuz, Ağustos ve Eylül aylarına ilişkin olarak 125,00'er TL havale yapıldığı, belediye başkanlığı ve vergi dairesinden taşınmaz üzerindeki dükkanların kullanımına ilişkin kayıtların celp edildiği görülmektedir.

Paylı mülkiyette taşınmazdan yararlanamayan paydaş, engel olan öteki paydaş veya paydaşlardan payına vaki elatmanın önlenilmesini her zaman isteyebilir. Hatta elbirliği mülkiyetinde dahi paydaşlardan biri öteki paydaşların olurlarını almadan veya miras şirketine temsilci atanmadan tek başına ortak taşınmazdan yararlanmasına engel olan ortaklar aleyhine elatmanın önlenilmesi davası açabilir. Ancak, o paydaşın, payına karşılık çekişmesiz olarak kullandığı bir kısım yer varsa açacağı elatmanın önlenilmesi davasının dinlenme olanağı yoktur. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına ve aynı doğrultudaki bilimsel görüşlere göre, payından az yer kullandığını ileri süren paydaşın sorununu elatmanın önlenilmesi davası ile değil, kesin sonuç ge...n taksim veya ortaklığın satış yoluyla giderilmesi davası açmak suretiyle çözümlemesi gerekmektedir.

Öte yandan, yurdumuzda sosyal ekonomik nedenlerle kırsal kesimlerden kentlere aşırı akım, nüfus çoğalması, büyük mesken ve işyeri ihtiyacı nedeniyle hızlı yapılaşma karşısında görevli mercilerin aciz kalmaları veya çeşitli nedenlerle göz yummaları sonucu, izinsiz, ruhsatsız, resmi kayıtlara bağlanmayan büyük yerleşim alanları oluştuğu, bu arada paylı taşınmazların tapuda resmi ifrazları yapılmadan paydaşlar arasında haricen veya fiilen taksim edilip üzerlerine büyük mahalleler hatta beldeler yapıldığı bir gerçektir.

Bilindiği üzere 4721 s. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 706., Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 237., Borçlar Kanunu'nun (BK) 213.), Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri hilafına tapulu taşınmazlarda harici veya fiili taksim ile payların mülkiyeti ana taşınmazdan ayrılamaz. Ne var ki, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş yada fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıtta paylı, eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya ortaklığın satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına

kadar korunması, "ahde vefa" kuralının yanında TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralının da bir gereğidir. Aksi halde, pek çok kimse zarar görecek toplum düzeni ve barışı bozulacaktır.

O halde, paydaşlar arasındaki elatmanın önlenilmesi davalarında öncelikle tüm paydaşları bağlayan harici bir taksim sözleşmesi ve özel bir parselasyon planının olup olmadığı veya fiili kullanma biçiminin oluşup oluşmadığı üzerinde özenle durulmalı, varsa çekişmeli yerin kimin kullanımına terk edildiği saptanılmalı, harici veya fiili taksim yoksa uyuşmazlık yukarıda değinildiği gibi, TMK'nın müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmelidir.

Hal böyle olunca; yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda paydaşlar arasında fiili kullanımın oluşup oluşmadığının saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere karar verilmesi isabetsizdir.

Tarafların bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 29.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL • MUVAFAKATIN GERİ ALINMASI

ÖZET: Davacının muvafakatı ile taşınmazda bulunan kişiden ecrimisil istenebilmesi için muvafakatın geri alınmış olması gerekir.

Y. I. HD E.2017/5084, K.2017/6993, T.30.11.2017

Dava, elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir.

Davacı, kayden maliki olduğu 316 ada 59 parsel sayılı taşınmazdaki 12 nolu bağımsız bölümün davalı ile aralarında herhangi bir kira akdi bulunmamasına rağmen davalı tarafından işgal edildiğini ileri sürerek davalının dava konusu taşınmaza haksız el atmasının önlenmesine ve 01/01/2007-01/01/2012 tarihleri arasındaki dönem için 10.000 TL ecrimisilin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının birlikte yaşadığı kişi olup resmi nikah kıyacağını belirterek yıllarca kendisini oyaladığını, beş yılı davacı ile birlikte olmak

üzere toplam dokuz yıldır bu evde oturduğunu, davalının 15/11/2011 tarihli bir kira kontratını imzalayarak kendisine verdiğini, aylık kirayı da davacıya her ay elden ödediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddianın ispatlandığı gerekçesiyle ecrimisil talebi yönünden davanın kabulüne, elatmanın önlenmesi talebi yönünden ise konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu 12 bağımsız bölüm numaralı taşınmazın davacı adına kayıtlı iken davacının söz konusu taşınmazı yargılama sırasında 06.06.2012 tarihinde dava dışı Turgut Böyük'e satış yolu ile devrettiği, davalının dava konusu taşınmazda kayıttan ve mülkiyetten kaynaklanan bir hakkının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, taraf sıfatı davanın konusu olan hak ile tarafların bağlantısını ifade eden kamu düzeniyle ilgili bir husustur.

Bilindiği üzere; dava açıldıktan sonra da sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanın da doğal bir sonucudur. Usul Hukukumuzda da ayrık durumlar dışında dava konusu mal veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebileceği kabul edilmiş, 1086 sayılı HUMK.'nun l86. ve 6100 sayılı Yasanın 125. maddesinde dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devir ve temliki halinde yapılacak usulü işlemler düzenlenmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasasının 125/2. maddesi, dava konusunun davacı tarafından üçüncü kişiye devredilmesi halinde devralan kişinin davacı sıfatı ve buna bağlı olarak dava takip yetkisi kazanacağı ve davanın yeni davacı ile süreceği esasını getirmiştir.

Ne var ki; somut olayda davacı adına kayıtlı 59 parsel 12 bağımsız bölüm numaralı taşınmazın yargılama sırasında el değiştirdiği, ancak yeni malikin davaya katılmadığı görülmüştür. Mahkemece yapılacak iş, 6100 sayılı HMK'nun 125/2. maddesinin öngördüğü usuli işlemlerin yapılmasıdır.

Öyle ise; davacının yargılama sırasında taşınmazları 3.kişiye devretmesi karşısında HMK'nın 125/2. maddesi uyarınca yukarıda değinilen usulü eksikliklerin giderilmesi, ondan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeden hüküm kurulması doğru değildir.

Öte yandan, dosya içeriğinden, davalının savunmalarından ve tanık beyanlarından tarafların dava konusu taşınmazda yaklaşık 5 yıl süre ile birlikte yaşadıkları, davacının daha sonra söz konusu yerden ayrıldığı,

davalının ise taşınmazı kullanmaya devam ettiği, bu durumda başlangıçta davacının muvafakati ile dava konusu taşınmazın davalı tarafından kullanıldığı anlaşılmakta olup davacı tarafından daha sonra bu muvafakatin geri alınıp alınmadığı konusunda bir araştırma yapılmadığı görülmekle, belirtilen hususta gerekli araştırmanın yapılması ve varılacak sonuca göre ecrimisile hükmedilmesi gerekirken eksik inceleme ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

Davalının temyiz itirazları değinilen yönler itibari ile yerindedir.Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 30/11/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL ALACAĞININ KAPSAMI

ÖZET: Davacının satın aldığı taşınmaz üzerindeki binaların üçüncü kişiler tarafından yapıldığı tespit edilir ise, davacı sadece toprak değerine göre ecrimisil isteyebilecektir.

Y. I. HD E.2017/4957, K.2017/7355, T.14.12.2017

Dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteklerine ilişkindir.

Davacı, davalıların haklı ve geçerli bir neden bulunmaksızın maliki olduğu 101 ada 148 ve 149 parsel sayılı taşınmazlar üzerinde bulunan evlerde oturmak suretiyle müdahale ettiklerini ileri sürerek elatmanın önlenmesi ile 7.000,00 TL ecrimisilin tahsilini istemiş, yargılama sırasında istemini 13.681,53 TL olarak artırmıştır.

Davalılar, dava konusu taşınmazları dava dışı 3. şahıslardan haricen satın aldıklarını, yıllardır kullandıklarını belirtip davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, iddianın kanıtlandığı gerekçesiyle davanın kabulü ile elatmanın önlenmesine, dava tarihinden geriye dönük 5 yıllık dönem için toplam 13.681,53 TL ecrimisilin yasal faiziyle birlikte müştereken ve müteselsilen davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, davacıya ait çekişme konusu 101 ada 148 ve 149 parsel sayılı taşınmazların davalılar tarafından haklı ve geçerli bir neden olmaksızın kullanıldığı, davalıların taşınmazları 3. kişiden haricen satın aldıklarını savunmuş iseler de harici satıştan kaynaklanan haklarını ancak haricen satın aldıkları kişiye karşı ileri sürebilecekleri gözetilerek elatmanın önlenmesine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Davalıların bu yöne değinen temyiz itirazlarının reddine.

Davalıların ecrimisile yönelik temyiz itirazına gelince;

Somut olayda, davacı çekişme konusu 101 ada 148 ve 149 parsel sayılı taşınmazları 22.07.2013 tarihinde satın alma suretiyle edinmiştir.

Ne var ki mahkemece, davacının malik olmadığı dönemi de kapsar şekilde 27.01.2009-27.01.2014 tarihleri arasındaki dönem için belirlenen ecrimisile hükmedilmiştir.

Öte yandan, davalılarca dava konusu 101 ada 148 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan evlerin kendileri tarafından yapıldığı savunulmasına rağmen mahkemece bu husus üzerinde durulmaması da doğru değildir.

Hal böyle olunca, dava konusu 101 ada 148 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan evlerin davalılar tarafından yapılıp yapılmadığının açıklığa kavuşturulması, davalılar tarafından yapıldığı saptanır ise davacının satın aldığı 22.07.2013 tarihi ile dava tarihi arasındaki dönem için sadece arz üzerinden belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken değinilen hususlar gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.

Davalıların bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde bulunduğundan kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerle (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine,14.12.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ARSA ÜZERİNE YAPILAN BİNA • ECRİMİSİL

ÖZET: Çekişme konusu taşınmaz arsa olarak kayıtlı olup, davalılarca işgal edilmiş ve üzerine bina yapılmıştır. Bu durumda dairelerin değil arsanın sağlayacağı yarar dikkate alınarak ecrimisil hesaplanmalıdır.*

Y. I HD E.2015/6624, K.2018/55, T.8.1.2018

Dava, paydaşlar arası elatmanın önlenmesi ve ecrimisil istemine ilişkindir.

Davacılar, davalılar ile birlikte 16 parsel sayılı taşınmazın paydaşı olduklarını, izin almaksızın davalılar tarafından arsa üzerine çok katlı bir bina inşa edildiğini, bu binanın yıllardır davalılar tarafından kullanıldığını ileri sürerek, elatmanın önlenmesine,dava tarihinden geriye dönük 5 yıl için 30.000TL ecrimisil bedelinin davalılardan tahsiline ve davalı ...'nun haksız zenginleşmesi sebebiyle, ileride arttırılmak üzere 1.000TL tazminata mahkum edilmesine karar verilmesini istemişlerdir.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, mülkiyet hakkına üstünlük tanınarak elatmanın önlenmesi talebinin kabulüne, ecrimisil talebinin kısmen kabulüne, haksız kazanca ilişkin talebin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığından reddine karar verilmiştir.

Çekişme konusu taraflar adına paylı mülkiyet olarak tapuda kayıtlı arsa vasıflı 16 sayılı parsele, davalılardan...tarafından bina yapıldığı, her bir davalının binadaki dairelerde oturduğu, davacıların kullandığı ya da kullanabileceği bölüm olmadığı saptanarak davacıların payları yönünden elatmanın önlenmesi isteğinin kabulünde isabetsizlik yoktur.

Davalıların bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine.

Davalıların ecrimisile yönelik temyiz itirazlarına gelince ,yukarıda ifade edildiği gibi çekişme konusu taşınmaz arsa olarak kayıtlı olup ,bina davalılardan ... tarafından yapılmıştır.Bu durumda arsanın getirebileceği ecrimisil hesaplanarak, davacıların payı da gözetilerek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken, dairelerin getirebileceği ecrimisil miktarına hükmedilmesi doğru değildir.

---

* Gönderen: Av. Hakan SÖNMEZ

Davalıların yerinde bulunan temyiz itirazlanın kabulüyle, hükmün açıklanan nedene hasren (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince B**OZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 08/01/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL • KÖTÜ NİYETLİ ZİLYET

ÖZET: Ecrimisil zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötü niyetli zilyetten isteyebileceği haksız işgal tazminatıdır.

Y. I HD E.2018/27, K.2018/402, T.18.1.2018

Dava, haksız işgal nedeniyle ecrimisil alacağının tahsili için başlatılan icra takibine karşı yapılan itirazın iptali ve icra inkar tazminatı isteğine ilişkindir.

Davacı, 3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/7 sayılı ortaklığın giderilmesi satış dosyasından paydaşı olduğu dava konusu 451 parsel sayılı taşınmazı üzerindeki bina ile birlikte 04.07.2011 tarihinde yapılan ihale neticesinde satın aldığını, daha önce taşınmazda paydaş olan dava dışı...'ndan taşınmazı kiralayan davalı tarafından açılan ihalenin feshi davasının reddedilip kesinleştiğini, ihale tarihinden, taşınmazın tahliye edildiği 02.05.2013 tarihine kadar taşınmazı davalının haklı ve geçerli bir neden olmaksızın kullandığını ve herhangi bir bedel de ödemediğini, davalı hakkında ecrimisil alacağının tahsili için icra takibi yaptığını, ancak takibe haksız yere itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptaline, takibin devamına ve %20 'dan aşağı olmamak üzere icra ve inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı şirket, ihalenin feshi davası süresince taşınmazı geçerli kira sözleşmesine dayanarak kullandığını, kira sözleşmesi eski tarihli olduğu için temin edemediğini, kira bedellerini kiralayan paydaş dava dışı İrfan'a ödediğini, istenen ecrimisil bedelinin fahiş olduğunu belirtip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının ihalenin feshi davası açmakta kötüniyetli olduğunun ispatlanamadığı, davalının ihalenin kesinleştiği tarihe kadar tazminattan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, çekişme konusu 451 parsel sayılı taşınmaz (3.674,68 m2, tarla) paylı mülkiyet üzere davacı ile dava dışı ... ve ... adlarına kayıtlı iken ... İcra Müdürlüğünün 2008/7 sayılı izaleyi şuyu satış dosyasında 04.07.2011 tarihinde 2.010.000,00 TL bedelle davacıya ihale edildiği, 28.09.2011 tarihinde davalı şirkete tebliğ edilen ... 23. Noterliğinin 07.09.2011 tarihli 21324 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile ihale tarihinden itibaren ödenmesi gereken kira bedellerinin tebliğden itibaren 7 gün içinde davacıya ya da satış dosyasına ödenmesi gerektiği hususunun bildirildiği, davalı şirket tarafından 18.07.2011 tarihinde açılan ihalenin feshi davasının ... 6. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/813 Esas, 2011/1083 Karar sayılı 20.12.2011 tarihli kararıyla reddedildiği, kararın Yargıtay denetiminden geçerek 21.03.2013 tarihinde kesinleştiği, ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/225 değişik iş sayılı tevdi mahalli tayini dosyasında, davalı şirketin talebi üzerine 11.10.2011 tarihinde mahkemece, ihalenin feshi davası süresince taşınmaza ilişkin kira bedellerinin ... Bankası ... Şubesinde davacı adına açılacak bir hesaba yatırılmasına karar verildiği, satış dosyasında yer alan tutanağa göre taşınmazın 02.05.2013 tarihinde davacıya boş olarak teslim edildiği anlaşılmaktadır.

... 10. İcra Müdürlüğünün 2013/9253 Esas sayılı icra takip dosyasında alacaklı davacı tarafından borçlu davalı şirket aleyhine 04.07.2011-02.05.2013 tarihleri arasındaki dönem için 55.000,00 TL ecrimisil ile işlemiş faiz olmak üzere toplam 60.617,60 TL alacağın tahsili amacıyla ilamsız icra takibi başlatıldığı, takibe yapılan itiraz neticesinde 02.09.2013 tarihinde takibin durdurulmasına karar verildiği görülmektedir.

Bilindiği, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminattır.

Somut olayda, davacı 04.07.2011 tarihinde yapılan ihale ile kayden tamamına malik olduğu çekişme konusu 451 parsel sayılı taşınmaza davalının haklı ve geçerli bir neden olmaksızın elattığını ileri sürerek ecrimisil istemiyle eldeki davayı açmış olup davalının, taşınmazı kiracı sıfatıyla kullandığı ve kira bedellerini kiralayan daha önceki paydaş ...'a ödediği savunmasında bulunduğu anlaşıldığından iyiniyetli kabul edilemeyeceği gözetilerek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Davacının bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 18.01.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL • DİYANET İŞLERİ

ÖZET: Ecrimisil kötüniyetli zilyedin taşınmaz malikine ödemekle yükümlü olduğu bir tür haksız işgal tazminatıdır. Diyanet İşlerinin kuruluş amacı din hizmetlerinin düzenli şekilde yürütülmesi anlamında olup, mülkiyet hakkı kapsamında unsur içermemektedir.

Y. I HD E.2017/5223, K.2018/444, T.18.01.2018

Dava, ecrimisil isteğine ilişkindir.

Davacı, maliki olduğu 271 ada 1 parsel sayılı taşınmazın bir kısmının davalı ... tarafından Kuran kursu bahçesi olarak kullanıldığını ileri sürerek, 10.561.-TLecrimisilin davalıdan tahsilini istemiş, yargılama aşamasında 6100 sayılı HMK'nun 124. maddesi uyarınca davayı Diyanet İşleri Başkanlığı'nı temsilen ... İlçe Müftülüğü'ne yöneltmiştir.

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davanın reddine ilişkin olarak verilen karar Dairece; "... tarafların sıfatı ile 3533 sayılı kanunun 1. ve 4. maddeleri hükümleri dikkate alınarak uyuşmazlığın hakem sıfatı ile çözümlenmesi gerektiği gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, genel hükümlere göre incelenerek sonuca gidilmiş olması doğru değildir..." gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece dava konusu taşınmazın tamamının ... Vakfına ait olduğunu Vakıflar Genel Müdürlüğünün kendi payı bulunmayıp mazbut ... Vakfına ait taşınmaz olduğu, uyuşmazlığın 3533 sayılı Yasaya göre çözümlenmesi vakıflar yönünden mümkün olmadığı, davaya genel mahkeme sıfatıyla bakılması gerektiği gerekçesiyle önceki kararda direnilmiş, direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Bilindiği üzere; 3533 sayılı Zorunlu Tahkim Yasasının 4.maddesi uyarınca; katma bütçe ile idare edilen daireler, belediyeler, özel bütçe ile idare olunan daire ve müesseselerden biriyle genel bütçeye dahil dairelerden biri arasında çıkan uyuşmazlıklar, o yerdeki yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı veya hakimi tarafından hakem sıfatıyla çözümlenir.

Ne var ki somut olayda; dava konusu taşınmazda davacı ... Genel Müdürlüğünün değil onun idaresindeki mazbut vakfın mülkiyet hakkı bulun-

duğundan uyuşmazlığın 3533 sayılı Yasaya göre değil genel mahkemede çözülmesi gerektiği kuşkusuzdur. (Hukuk Genel Kurulu'nun 23.08.2008 tarih 2008/3-10 Esas 2008/32 Karar sayılı kararı)

Bu durumda mahkemenin direnme kararının doğru olduğu anlaşıldığından, Dairenin 12.01.2015 gün, 2014/19348 Esas, 2015/100 Karar sayılı BOZMA KARARININ KALDIRILMASINA,

Davacı vekilinin esasa ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu 3.130,00 m2 yüz ölçümlü kargir kahve, üç dükkan ve çeşme nitelikli 271 ada 1 parsel sayılı taşınmazın tapuda... Vakfı adına kayıtlı olduğu, dava konusu taşınmazın 126,00 m2'lik kısmının davalı tarafından Diyanet İşleri Başkanlığı ... Müftülüğü ... Camii Kız Kur'an Kursu binası ve bahçesi olarak kullanıldığı sabittir.

Bilindiği üzere, ecrimisil kötüniyetli zilyetin taşınmaz malikine ödemekle yükümlü olduğu bir nevi haksız işgal tazminatıdır.

Somut olayda, dava konusu yerin ... Camii Kız Kuran Kursu'na tahsis edilmediği anlaşılmaktadır.

Öte yandan 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri hakkındaki kanuna göre de cami ve mescitlerin Diyanet İşleri Başkanlığınca yönetilmesinden maksat sadece din hizmetlerinin düzenli şekilde yürütülmesine ilişkin bir takım mali ve idari tedbirlerin alınması olup mülkiyet hakkı kapsamında düşünülebilecek herhangi bir unsur içermemektedir. (YHGK 3.2.2010 gün 2010/4-4-56 sayılı kararı)

Hal böyle olunca; belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Davacının temyiz itirazı değinilen yön itibariyle yerindedir. Kabulü ile hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 18.01.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAMULAŞTIRMA İŞLEMLERİ • ECRİMİSİL

ÖZET: Kamulaştırma kararı almadan veya kamulaştırma işlemleri tamamlanmadan taşınmaza elkoyan idare haksız işgalci konumundadır. Bu nedenle taşınmazın maliki taşınmazın dava tarihindeki değerini ve ayrıca ecrimisil de isteyebilir.

Y. I HD E.2017/5516, K.2018/504, T.29.1.2018

Dava, ecrimisil isteğine ilişkin olup, mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacılar, paydaşı oldukları 6557 ve 6558 parsel sayılı taşınmazlara herhangi bir ayni ya da şahsi hakka dayanmaksızın, davalı Belediye tarafından yer yer sokak, yol, trafo ve çocuk parkı yapılmak suretiyle müdahale edildiğini ileri sürerek, 25.000,00 TL ecrimisil bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemişlerdir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 13.911,77 TL ecrimisil bedelinin yasal faiziyle birlikte davalı ... Belediye Başkanlığı'ndan tahsiline karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillere göre; çekişme konusu 5649 (yeni 6557 ve 6558) parsel sayılı taşınmazların kayden davacılar ve dava dışı kişiler adına paylı mülkiyet üzere kayıtlı olduğu, davacıların kamulaştırmasız elatmadan kaynaklanan bedel isteğiyle 5649 (yeni 6557 ve 6558) parsel sayılı taşınmazlar hakkında davalı Belediye aleyhine 11.07.2012 tarihinde açtıkları dava sonucunda, ... 3.Asliye Hukuk Mahkemesinin 28.01.2014 tarih, 2012/360 esas, 2014/17 karar sayılı ilamı ile, davalı ... Belediye Başkanlığı aleyhine tazminata ve fen bilirkişi krokisinde yeşil renk ile gösterilen 2.330,31 m^2'lik kısmın tapu kaydının iptali ile yeşil alan olarak, gri renk ile gösterilen 4.92,00 m^2'lik kısmın iptali ile otopark alanı olarak, açık mavi renk ile gösterilen 103.14 m^2'lik kısmın iptali ile trafo alanı olarak, kırmızı renk ile gösterilen 4.265,90 m^2'lik kısmın yol olarak terkinine karar verildiği görülmektedir.

Hemen belirtilmelidir ki, dosya kapsamı ve toplanan delillere göre, kayden davacılara ve dava dışı kişilere ait çekişme konusu taşınmazlara haklı ve geçerli bir nedeni olmaksızın davalı ... Belediye Başkanlığının yeşil alan, otopark, trafo ve yol yapmak suretiyle elattığı tespit edilmek suretiyle ecrimisile karar verilmiş olmasında kural olarak bir isabetsizlik

yoktur. Davalı ... Belediye Başkanlığının bu yöne ilişkin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddine.

Davalı ... Belediye Başkanlığının öteki temyiz itirazlarına gelince;

Bilindiği gibi, kamulaştırma kararı almadan veya kamulaştırma işlemlerini tamamlamadan taşınmaza el koyan idarenin haksız işgalci konumunda olacağı sabittir.

Öte yandan, kamulaştırmasız elatma nedeniyle taşınmaz mal malikinin, idarenin bu fiili durumuna razı olup, bedeli mukabilinde taşınmazın mülkiyetini idareye devretme iradesini ortaya koyduğu, eş söyleyişle kamulaştırmasız el koyma karşılığının tahsili talebiyle dava açtığı tarihe kadar idarenin taşınmaza el atması haksız fiil niteliğindedir. Sonuç olarak kamulaştırmasız elatma nedeniyle mal sahibi, taşınmazın dava tarihindeki değerini isteyebileceği gibi, ecrimisil de isteyebilir. Ancak kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davasından sonraki dönem için ecrimisil istenemeyeceği de kuşkusuzdur.

O hâlde, davacıların kamulaştırmasız elatma nedeniyle bedel davasını açtıkları tarih olan 11.07.2012 tarihine kadar olan dönem için ve el atılan yer bakımından yöntemine uygun biçimde hesap edilerek davacıların ecrimisil istekleri hakkında bir hüküm kurulması gerekirken bu tarihten sonraki dönemi de kapsar biçimde fazla ecrimisile hükmedilmiş olması doğru değildir.

Davalı ... Belediye Başkanlığının yerinde bulunan temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 29/01/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL TALEBİ • BEKLETİCİ MESELE

ÖZET: Ecrimisil istenen taşınmazın tapusunun iptaliyle tescil davası açıldığına göre, bu dava ecrimisil davasında bekletici mesele olmalıdır.

Y. I HD E.2018/306, K.2018/848, T.12.2.2018

Taraflar arasında görülen dava, çaplı taşınmaza elatmanın önlenmesi ve yıkım istemine ilişkindir.

Davacı, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait olan 3861 parsel sayılı taşın-

mazın davalı ... tarafından ev ve bahçe yapılmak suretiyle kullanıldığını ileri sürerek, müdahalenin men'ine ve muhdesatın kal'ine karar verilmesini istemiştir.

Davalı,dava konusu taşınmazın yaklaşık olarak 30 seneden beri dedesi tarafından kullanıldığını, sonrasında babasına ve kendisine intikal ettiğini, dedesi zamanında geçici olarak yapılan toprak damın yıkılmasından sonra 2015 yılında yeni prefabrik bina yaptığını, dava konusu taşınmazla ilgili olarak davacı hazineye ecrimisil bedeli ödediklerini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu taşınmaza davalının hiçbir haklı nedene dayanmaksızın bina ve bahçe yapmak suretiyle haksız müdahalede bulunduğunun keşfen saptandığı gerekçesiyle müdahalenin men'ine,bina ile bahçenin kal'ine karar verilmiştir.

Çekişme konusu 3861 parsel sayılı taşınmaz hazineye aitken üzerinde davalı ...'ya ait ev ve bahçenin bulunduğu,davalı tarafından temliken tescil talebiyle ... .Asliye Hukuk Mahkemesinde 2016/1490 esasla görülmekte olan davanın açıldığı ve bu davanın da aynı taşınmazla ilgili dava dışı kişilerce açılan ... .Asliye Hukuk Mahkemesinin 2016/202 esas no'lu dosyasıyla birleştirilmesine karar verildiği ve davanın derdest olduğu anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, eldeki davada yıkım isteği de olduğundan,ileride telafisi imkansız zarar meydana gelmemesi için ... .Asliye Hukuk Mahkemesinin 2016/202 esas sayılı dosyasının sonucu beklenerek oluşacak duruma göre karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirmeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir.

Davalının temyiz itirazı bu yönüyle yerindedir. Kabulüyle,hükmün açıklanan nedenlerle (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 12/02/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL • MURİS MUVAZAASI

ÖZET: Muris muvazaasında muriin ölümü ile terekenin mirasçılara geçeceği dikkate alınarak, murisin ölümü tarihinden itibaren ecrimisil hesabı yapılmalıdır.

Y. I HD E.2017/4581, K.2018/905, T.13.2.2018

Asıl ve birleştirilerek görülen dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali-tescil ve ecrimisil isteklerine ilişkindir.

Asıl ve birleşen davanın davacıları, muris ...'ın 652 nolu parseldeki 2/3 payını mirastan mal kaçırmak amacıyla oğlu ... satış şeklinde temlik ettiğini ileri sürerek payları oranında tapu iptali-tescile ve ecrimisile karar verilmesini istemişler; dava açıldıktan sonra taşınmazın ...'a ve ondan da ...'a devredildiğinin anlaşılması üzerine, ... yönelik ecrimisil isteklerini sürdürmüşler, tapu iptali-tescil isteklerini ise ... yöneltmişlerdir.

Davalı ... davaya cevap vermemiş; dahili davalı ..., iyiniyetli olduğunu belirtip davanın reddini savunmuştur.

Davanın kabulüne ilişkin olarak verilen kararın Dairece, araştırma eksikliğinden ve usulden bozulması; mahkemenin direnme kararının da Hukuk Genel Kurulunca bozulması üzerine, mahkemece bozmaya uyularak tamamlanan yargılama sonunda 1/3 pay yönünden tapu iptali-tescil isteğinin ve ecrimisil isteğinin kabulüne karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

Gerçekten de, bozma kararları doğrultusunda yapılan araştırma sonucunda, murisin 1/3 pay bakımından davalı oğlu ... yapmış olduğu temlikin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu, sonraki malikler ... ve ... da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacakları benimsenmek suretiyle tapu iptali-tescile karar verilmesinde kural olarak bir isabetsizlik yoktur. Tarafların bu hususa yönelik temyiz itirazları yerinde değildir, reddine.

Ancak, hemen belirtilmelidir ki, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan tapu iptal ve tescil davaları sonucunda kurulan kabul hükmü inşai (kurucu) nitelikte olmayıp izhari(açıklayıcı) nitelik taşıdığından ve muvazaa ile illetli olan temlik işlemi baştan itibaren geçersiz sayılacağından, temlik konusu edilen taşınmazın murisin terekesinden maddi anlamla çıktığı düşünülemez. Bunun sonucu olarak da, murisin

ölümü ile terekesinin mirasçılarına intikal edeceği ve ölüm tarihi itibarıyla mirasçılarının hak sahibi olacağı gözetildiğinde, taşınmazı haksız olarak kullanan kişinin ecrimisil sorumluluğunun da murisin ölüm tarihinden itibaren başlayacağı açıktır.

Hal böyle olunca, ecrimisil hesabının murisin ölüm tarihinden itibaren yapılması gerekiken, daha önceki bir tarihten başlatılması isabetsizdir.

Diğer taraftan, davacıların tapu iptali-tescil istekleri davalı ...'a, ecrimisilistekleri ise davalı ...'a yöneltildiğine göre, anılan istekler bakımından harç, vekalet ücreti ve yargılama masrafının her bir davalı hakkında ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru olmadığı gibi; kabule göre, davacıların miras payları oranında tapu iptali-tescil isteğinde bulunmalarına karşın, tüm mirasçıları kapsar biçimde tapu iptali-tescile karar verilmesi de doğru değildir.

Davalıların yerinde bulunan temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, 30.12.2017 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince temyiz eden taraflardan gelen davalılar (birleştirilen davada davalılar) vekilleri için 1.630.00.-'ar TL. duruşma vekâlet ücretinin diğer temyiz eden davacılar ve birleştirilen davacıdan alınmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 13.02.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL • HESAPLAMA SÜRESİ

ÖZET: Davacının taşınmazın mülkiyetini kazandığı gün ile davalının taşınmazı terk ettiği gün arasındaki süre için ecrisimile hükmedilmelidir.

Y. I HD E.2018/198, K.2018/838, T.12.02.2018

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, yurtdışında yaşadığı için 1675 ada 7 parsel sayılı taşınmazda bulunan 9 nolu bağımsız bölümü satın alması amacıyla davalı ...'a para gönderdiğini ancak davalının taşınmazı kendi adına tescil ettirmesinden dolayı tapu iptali ve tescil davası açtığını, dava sonucunda çekişme konusu taşınmazın adına tesciline karar verildiğini, ancak davalıların 2003 tarihinden itibaren taşınmazı mesken olarak kullanmaya devam ettiklerini ileri sürerek ecrimisile karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davaya cevap vermemişler, aşamalardaki beyanlarında 2013 senesi ramazan ayının birinci günü evi boşalttıklarını bildirmişlerdir.

Mahkemece, tapu iptali ve tescil kararının kesinleşmesinden itibaren davacının mülkiyet hakkını kazandığı gerekçesiyle kısmen ecrimisile karar verilmiştir.

Karar, davacı tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla, Tetkik Hakimi ...'ın raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

-KARAR-

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle; davacının çekişmeli taşınmazı 31.05.2013 tarihinde kesinleşen tescil ilamı ile edindiği, anılan tescil ilamının inşai(kurucu) nitelikte olduğu ve karar tarihinden sonrası için etkili olabileceği, davalıların da taşınmazı 09.07.2013 tarihinde boşalttıkları gözetilerek tapu iptali ve tescil kararının kesinleşme tarihi ile davalıların taşınmazı boşalttıkları tarihler arasındaki dönem için ecrimisile hükmedilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davacının temyiz itirazı yerinde değildir. Reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı 8.20.-TL. bakiye onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 12/02/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİSİMİL • KÖTÜ NİYET

ÖZET: Somut olayda, davacı 04.07.2011 tarihinde yapılan ihale ile kayden tamamına malik olduğu çekişme konusu 451 parsel sayılı taşınmaza davalının haklı ve geçerli bir neden olmaksızın elattığını ileri sürerek ecrimisil istemiyle eldeki davayı açmış olup davalının, taşınmazı kiracı sıfatıyla kullandığı ve kira bedellerini kiralayan daha önceki paydaş ...'a ödediği savunmasında bulunduğu anlaşıldığından iyiniyetli kabul edilemeyeceği gözetilerek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Y. I HD E.2018/27, K.2018/402, T.18.01.2018

Dava, haksız işgal nedeniyle ecrimisil alacağının tahsili için başlatılan icra takibine karşı yapılan itirazın iptali ve icra inkar tazminatı isteğine ilişkindir.

Davacı, ...3. İcra Müdürlüğü'nün 2008/7 sayılı ortaklığın giderilmesi satış dosyasından paydaşı olduğu dava konusu 451 parsel sayılı taşınmazı üzerindeki bina ile birlikte 04.07.2011 tarihinde yapılan ihale neticesinde satın aldığını, daha önce taşınmazda paydaş olan dava dışı...'ndan taşınmazı kiralayan davalı tarafından açılan ihalenin feshi davasının reddedilip kesinleştiğini, ihale tarihinden, taşınmazın tahliye edildiği 02.05.2013 tarihine kadar taşınmazı davalının haklı ve geçerli bir neden olmaksızın kullandığını ve herhangi bir bedel de ödemediğini, davalı hakkında ecrimisil alacağının tahsili için icra takibi yaptığını, ancak takibe haksız yere itiraz edildiğini ileri sürerek, itirazın iptaline, takibin devamına ve %20 'dan aşağı olmamak üzere icra ve inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı şirket, ihalenin feshi davası süresince taşınmazı geçerli kira sözleşmesine dayanarak kullandığını, kira sözleşmesi eski tarihli olduğu için temin edemediğini, kira bedellerini kiralayan paydaş dava dışı İrfan'a ödediğini, istenen ecrimisilbedelinin fahiş olduğunu belirtip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının ihalenin feshi davası açmakta kötüniyetli olduğunun ispatlanamadığı, davalının ihalenin kesinleştiği tarihe kadar taz-

minattan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden, çekişme konusu 451 parsel sayılı taşınmaz (3.674,68 m2, tarla) paylı mülkiyet üzere davacı ile dava dışı ... ve ... adlarına kayıtlı iken ... İcra Müdürlüğünün 2008/7 sayılı izaleyi şuyu satış dosyasında 04.07.2011 tarihinde 2.010.000,00 TL bedelle davacıya ihale edildiği, 28.09.2011 tarihinde davalı şirkete tebliğ edilen ... 23. Noterliğinin 07.09.2011 tarihli 21324 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile ihale tarihinden itibaren ödenmesi gereken kira bedellerinin tebliğden itibaren 7 gün içinde davacıya ya da satış dosyasına ödenmesi gerektiği hususunun bildirildiği, davalı şirket tarafından 18.07.2011 tarihinde açılan ihalenin feshi davasının ... 6. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/813 Esas, 2011/1083 Karar sayılı 20.12.2011 tarihli kararıyla reddedildiği, kararın Yargıtay denetiminden geçerek 21.03.2013 tarihinde kesinleştiği, ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/225 değişik iş sayılı tevdi mahalli tayini dosyasında, davalı şirketin talebi üzerine 11.10.2011 tarihinde mahkemece, ihalenin feshi davası süresince taşınmaza ilişkin kira bedellerinin ... Bankası ... Şubesinde davacı adına açılacak bir hesaba yatırılmasına karar verildiği, satış dosyasında yer alan tutanağa göre taşınmazın 02.05.2013 tarihinde davacıya boş olarak teslim edildiği anlaşılmaktadır.

... 10. İcra Müdürlüğünün 2013/9253 Esas sayılı icra takip dosyasında alacaklı davacı tarafından borçlu davalı şirket aleyhine 04.07.2011-02.05.2013 tarihleri arasındaki dönem için 55.000,00 TL ecrimisil ile işlemiş faiz olmak üzere toplam 60.617,60 TL alacağın tahsili amacıyla ilamsız icra takibi başlatıldığı, takibe yapılan itiraz neticesinde 02.09.2013 tarihinde takibin durdurulmasına karar verildiği görülmektedir.

Bilindiği, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzereecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminattır.

Somut olayda, davacı 04.07.2011 tarihinde yapılan ihale ile kayden tamamına malik olduğu çekişme konusu 451 parsel sayılı taşınmaza davalının haklı ve geçerli bir neden olmaksızın elattığını ileri sürerek ecrimisil istemiyle eldeki davayı açmış olup davalının, taşınmazı kiracı sıfatıyla kullandığı ve kira bedellerini kiralayan daha önceki paydaş ...'a ödediği savunmasında bulunduğu anlaşıldığından iyiniyetli kabul edilemeyeceği gözetilerek ecrimisile hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Davacının bu yöne ilişkin temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hük-

mün açıklanan nedenden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 18.01.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

YABANCI UYRUKLU KİŞİNİN ÖLÜMÜ • TAŞINMAZ MALLAR

ÖZET: Yabancı uyruklu kişinin öldüğü tarih itibariyle karşılıklığının olmadığı anlaşıldığından, taşınmaz mallar hakkında mirasçılık belgesi verilmemelidir.

Y. 2 HD E.2007/3163, K.2007/4133, T.15.03.2007

Davacı; taşınmaz mallar yönünden miras bırakan annesi Efrosini'den mirasçılık belgesi verilmesini istemiştir.

Mirasçılık ve mirasın geçişi, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir. (4722 S.K. md.17)

2644 Sayılı Tapu Kanununun 35. maddesi; karşılıklılık olmak koşulu ile yabancı gerçek kişilerin Türkiye'deki taşınmaz mallara sahip olabilecekleri ve bunları miras yolu ile iktisap edebileceklerini hükme bağlamıştır. Bu yasa hükmü 19.07.2003'te 4916 sayılı Yasa ile değiştirilerek, Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının , kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmazların intikal işlemlerinin yapılarak tasfiye edilip bedele çevrileceğini öngörmüştür.

Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk Hukuku uygulanır. (2675 S.K. md. 22) Miras, miras bırakanın ölüm günündeki hükümlere göre mirasçılara intikal eder. (4722 S.K. md. 17) Miras ölümle açılır. Hiçbir işleme tabi olmadan kendiliğinden mirasçılarına intikal eder. (743 S. M.K. md. 517) Mirasçı olabilmek için, mirasbırakanın vefatı anında sağ ve mirasçılığa da ehil olması gerekir. (743 S.MK. md. 522) Bir kişinin mirasçılığa ehil olup olmadığı mirasın açıldığı gündeki hukuki statüsüne göre belirlenir.

Mirasbırakan ve davacının Arnavutluk vatandaşı olduğu tartışmasızdır. 28.04.1961 gün ve 5/1142 sayılı kararname ile Arnavutluk uyruklu gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'deki taşınmazlar üzerindeki tasarruf hakları kısıtlanmıştır. Bu kararname 6.1.2005'te yürürlükten kaldırılmıştır. Mirasbırakan 21.03.1984'te vefat etmiştir. Daha sonra 19.07.2003'te yü-

rürlüğe giren 4916 sayılı yasanın ve kararnamenin yürürlükten kaldırılmasının, ölüm tarihindeki Tapu Kanununun 35. maddesinin uygulanmasına engel oluşturmaz.

Yapılan araştırma sonucu Türkiye ile Arnavutluk arasında ölüm günü itibarıyla karşılıklığın olmadığı anlaşılmaktadır. Menkuller yönünden bir isteğin bulunmadığı da dikkate alınarak davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.15.03.2007

YABANCI MAHKEME İLAMI • TANIMA • KESİN DELİL

ÖZET: Tanıma işlemi yabancı mahkeme ilamını kesin delile dönüştürür. Yabancı mahkeme ilamında taraflar için kusur belirlenmediğine göre, bu noktadan sonra taraflar için kusur belirlemesi yapılamaz.

Y. 2 HD E.2017/4266, K.2017/10299, T.2.10.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Davacı kadın dava dilekçesinde, eski eşi olan davalının evlilik birliği sırasında ortak hesaptan aldığı ve çektiği kredi ile elde ettiği paraları kardeşine verdiğini ve bu kredilerin yarısının kendisi tarafından ödendiğini iddia ederek maddi tazminat talebinde bulunmuş, mahkemece her hangi bir gerekçe belirtilmeksizin bilirkişi tarafından hesap edilen miktarın davacıya maddi tazminat olarak ödenmesine karar verilmiştir. Olayları açıklamak taraflara hukuki nitelendirme hakime aittir. Davacının, dava konusu talebi Borçlar Hukukundan kaynaklanmaktadır. Maddi tazminat genel hükümlere göre talep edilmiş olup, Türk Medeni Kanunu 174. maddesi kapsamında bir talep bulunmamaktadır. Maddi tazminat isteği Aile

Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4787 sayılı Kanunun 4, maddesinde yer alan aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerden değildir. Genel mahkemeler görevlidir. O halde mahkemece görevsizlik kararı vermek gerekirken, işin esasının incelenip yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

2-Davacı kadının Türk Medeni Kanunu'nun 174/2. maddesinde düzenlenen manevi tazminat talebine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Davacı kadının manevi tazminat isteği, boşanmadan sonra açılan boşanmaya bağlı manevi tazminat (TMK m.174/2) talebine ilişkindir. Tarafların ... Mahkemesinin 01.04.2010 tarihinde kesinleşen yabancı mahkeme kararıyla boşandıkları, bu kararın tanındığı ve tanıma kararının 07.09.2011 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Tanıma işlemi, bir yabancı mahkeme ilamının "kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi" sonucunu doğurur (5718 sayılı MÖHUK m.58). Boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme ilamında taraflara ilişkin bir kusur belirlemesi yapılmamıştır. Bu durumda davalı eşe kusur yüklenemez. Boşanma sonucu maddi ve manevi tazminata hükmedilebilmesi için, tazminat yükümlüsünün kusurunun varlığı gerekir. Hal böyleyken davalı erkeğin boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olduğunun kabulü ve bu yanılgılı kusur belirlemesine bağlı olarak davacı kadın lehine manevi tazminata (TMK m. 174/2) hükmedilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 1. ve 2. bentlerde gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 02.10.2017 (Pzt.)

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

ZAMANAŞIMI SAVUNMASI ŞARTLARI

ÖZET: Davaya yasal süresi içinde cevap vermemiş olan ya da davaya cevap verip de zamanaşımı def'i ileri sürmemiş olan davalı taraf davacı tarafın açık muvafakat etmesi halinde zamanaşımı def'i ileri sürebilecektir.

Y. 3HD E.2017/15015, K.2017/16719, T.29.11.2017

Davacı; davalıdan tekne satın aldığını, 7.500,00 TL borçlandığını, dört adet bono ile ödendiğini, asıl malikin davalının eşi olduğunu, teknenin bakımı için bedel ödediğini, sigortasını yaptırdığını, 17/5/2001 tarihinde teknenin yandığını, masraflarını kendisinin karşılayarak davalının eşi tarafından sigorta şirketine açılan davanın kabul edildiğini, davalının daha sonra bonolara dayanarak icra takibi başlattığını, avalistin evinin satışını engellemek için dosya hesabının ödendiğini, davalının haksız tahsil ettiği parayı iade etmesi ve tekne için zaruri giderlerin ödenmesi için çekilen ihtarın sonuçsuz kaldığını, daha sonra açtığı davada taleple bağlı kalınarak 10.000,00 TL üzerinden davanın kabul edildiğini, belirterek talep fazlası 1.946,88 TL nin ayrıca davalıya nakden ve ...3 İcra Müdürlüğü'nün 2003/4648 sayılı dosyasından ödenen harç ve diğer masrafların önceki dava konusu olan 7.500 TL düşürüldükten sora geriye kalan toplam 8.053,12 TL nin dava tarihinden faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı; taraflar arasındaki borç alacak ilişkisinin 2000-2001 yıllarına dayalı olduğunu, esas sözleşmenin 06.06.2000 tarihinde düzenlendiğini, dava tarihi itibariyle zaman aşımı süresinin dolduğunu, bildirmiş, ayrıca ...4 Asliye Hukuk Mahkmesinin 2007/246 esas sayılı dosyasında bu konuyla ilgili hüküm verildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; sebepsiz zenginleşmede zaman aşımı süresinin geri isteme hakkını öğrenme tarihinden itibaren 1 yıl olduğu, davacının geri isteme hakkını öğrenme tarihinin ise en geç ...4 Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/246 esas sayılı dosyasının kesinleşme tarihi olan 05.09.2010 tarihi olduğu, bu tarihten geçerli olmak üzere 1 yıllık zaman aşımı süresinin

ise 05.09.2011 tarihinde yeni BK yürürlüğe girmeden dolduğu, dava tarihininde 20.01.2012 olduğu sonucuna varılmakla davanın zaman aşımı nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm süresi içerisinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Zamanaşımı def'i HMK 'da ilk itirazlardan sayılmamış olup zamanaşımı def'inin hangi sürede ileri sürüleceği yasada açıkça düzenlenmemiştir. Bu yönden zamanaşımı def'i, tüm maddi vakıalara ilişkin beyanlarda olduğu gibi, savunmanın değiştirilmesi yasağının başladığı ana kadar ileri sürülebilir. HMK 141. maddesine göre ise savunmanın değiştirilmesi yasağı davanın yazılı ve basit yargılama usulüne tabi olmasına göre farklılık arz etmekle, yazılı yargılama usulünde savunmanın genişletilmesi yasağı ikinci cevap dilekçesi verilme süresinin dolması ile başlayacağından zamanaşımı def'i ikinci cevap dilekçesinin verilme zamanına kadar yapılabilecektir. Eğer dava basit yargılamaya tabi davalardan ise, bu davalarda cevaba cevap ve ikinci cevap söz konusu olmadığı için zamanaşımı def'inin cevap dilekçesi ile verilmesi gerekecektir. Ancak cevap dilekçesi ile böyle bir savunma yapılmaması durumunda, HMK 139/1 maddesine göre davacının ön inceleme duruşmasını takipsiz bırakması ve davalının buna rağmen davanın müracaata bırakılmasını istemek yerine, bu davayı takip edeceğini bildirerek, davaya devam yönünde alınacak kararla birlikte zamanaşımı def'inde bulunabilecektir.

Davaya yasal süresi içerisinde cevap vermemiş olan davalının süresinden sonra vereceği cevap dilekçesi ile zamanaşımı def'inde bulunabilmesi ancak davacının muvafakat etmesi ile mümkündür. Aksi halde savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşan zamanaşımı def'ine değer verilemez. HUMK'nın 202. maddesi uyarınca davacının açık ya da zımni muvafakati yeterli iken, 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğünden sonra tarafların açık muvafakati olmadığı sürece iddia ve savunma genişletilemeyeceğinden, davacının açık muvafakati olmadığı sürece zamanaşımı savunması dikkate alınamaz.

Dosyanın incelenmesinde; davalıya dava dilekçesinin 28/05/2013 tarihinde tebliğ edildiği, 08/10/2013 tarihli celsede verilen dilekçeyle zamanaşımı definde bulunulduğu, davacı vekili tarafından 9/10/2013 tarihinde ibraz edilen dilekçeyle zamanaşımı defini kabul etmediklerinin belirtildiği, bu şekilde davalının süresinde zamanaşımı definde bulunmadığı ve davacının açık muvafakati olmadığı görülmekle zamanaşımı savunmasının dikkate alınamayacağı anlaşılmaktadır.

O halde; mahkemece; davanın esasına girilip, taraf delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, mahkemece zamanaşımı ne-

deniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'nun 428.maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29/11/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GEÇERSİZ TAŞINMAZ SATIŞI • SEBEBSİZ ZENGİNLEŞME • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Geçersiz taşınmaz satışı sebebiyle taraflar aldıklarını iade ederken, satıcıya ödenmiş olan paranın iade tarihi itibariyle güncellemesi yapılacak iade kararı verilmelidir. Satışa konu taşınmazın zilyetliği alıcıya devredilmiş ise, zilyetlik devam ederken zamanaşımı işlemez.

Y. 3 HD E.2017/16337, K.2017/16884, T.30.11.2017

Davacıların murisi ... dava dilekçesiyle; 26.09.1978 tarihli satış senedi ile davalıların murisi ...'dan 22.000 TL karşılığında arsa satın aldığını, davalıların murisinin sözleşme hükümlerini yerine getirmediğini bu haliyle davalıların sebepsiz zenginleştiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 22.000 TL alacağının 26.09.1978 tarihinden itibaren güncellenmiş değerinin şimdilik 8.000 TL'sinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar; zamanaşımı itirazında bulunarak davanın reddine karar verilmesini dilemişlerdir.

Mahkemece; davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olup; hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, adi yazılı taşınmaz satış sözleşmesinden kaynaklı alacağın, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi talebine ilişkindir.

Davacı ile davalıların murisi arasında akdedilen "harici satış senedi" resmi şekilde yapılmadığı için hukuken geçersizdir. (TMK. m 706, BK. m 213, Tapu Kanunu 26 ve Noterlik Kanunu 60)

Bu nedenle de geçerli sözleşmelerde olduğu gibi taraflarına hak ve borç doğurmaz. Davacı (alıcı) ancak ödediği satış bedelini sebepsiz zenginleşme kuralları gereğince geri isteyebilir.

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.

Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin 61 ve ardından gelen maddelerindeki (TBK'nın 77 ve ardından gelen 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.

Tapulu taşınmazın satışına ilişkin sözleşme, resmi biçimde yapılmadığından, hukuken geçersizdir (TMK'nun md.706, BK.md.213, Tapu Kanunu md.26 ve Noterlik Kanunu md.60). O nedenle, geçerli sözleşmelerde olduğu gibi taraflarına hak ve borç doğurmaz. Bu durumda taraflar, verdiklerini haksız iktisap kuralları gereğince geri isteyebilirler.

Geçersiz satış sözleşmesi gereğince; diğerinin mal varlığına kayan değerlerin iadesi "Denkleştirici Adalet" düşüncesine dayanmaktadır. Denkleştirici Adalet İlkesi ise, haklı bir sebebe dayanmadan başkasının mal varlığından istifade ederek, kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği kazanımı geri verme zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğünü ifade eder.

Bu bakımdan, sebepsiz zenginleşmeye konu alacağın iadesine karar verilirken, taşınmazın satış bedelinin alım gücünün ilk ödeme günündeki alım gücüne ulaştırılması ve bu şekilde iadeye karar verilmesi gerekir. Bu güncelleme yapılırken, güncellemeye esas alınan somut veriler tek tek uygulanarak, ödeme tarihinden ifanın imkânsız hale geldiği tarihe kadar paranın ulaştığı değer her bir dönem için hesaplanmalı, sonra bunların ortalaması alınmalıdır.

Başka bir deyişle, denkleştirici adalet kuralı gereğince iadeye karar verilirken, satış bedeli olarak verilen paranın alım gücünün, ifanın imkansız hale geldiği tarihteki alım gücüne uyarlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Satışa konu taşınmazın zilyetliği alıcıya devredilmiş ise, zilyetlik devam ettiği sürece zamanaşımı işlemez. Zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi; satış bedeline ilişkin paranın verildiği tarih değil, sözleşme geçersiz olsa da satıcının rıza ve ihtiyari ile taahhüdünü her zaman yerine getirebileceği gözönüne alınarak bunun ifasını beklemek durumunda bulunan alıcı için ancak davaya konu taşınmazın tapuda ferağ ümidinin ortadan kalktığı veya ifanın imkansız hale geldiği tarihtir. Taraflar arasında harici de olsa bir sözleşme bulunduğundan dava 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. (07.06.1939 tarih 1936/31 E ve 1939/47 Karar sayılı Yargıtay İçt. Bir. Kararı)

Somut olayda; yargılama sırasında davacı vefat etmiş, davacının mirasçıları davaya devam etmiştir.Davacıların murisi ile davalıların murisi arasında akdedilen satış senedi başlıklı 26.09.1978 tarihli senet incelendiğinde, senette ilgili taşınmazın fiilen alıcısına teslim edildiğinin belirtildiği, keşif sonucu alınan bilirkişi raporundan da anlaşılacağı üzere, davacının taşınmazı kullandığı, zilyet olduğu anlaşılmaktadır.Mahkemece 22.02.2013 tarihli keşifte dinlenilen davalı tanıklarından ... ve..., dava konusu yerde davacı ...'ın, eşi ile birlikte oturduğunu beyan etmişlerdir. Kaldı ki; mahkemece 07.05.2013 tarihli duruşmada ara kararıyla davalılar vekilinin zamanaşımı definin reddine karar verilmesine rağmen bu ara kararından dönülmeden, sebebi açıklanmadan davanınzamanaşımı nedeniyle reddi kararı doğru değildir.

Hal böyle olunca, mahkemece; yukarıda ifade edilen yasa hükümleri ve açıklamalar dikkate alınmak suretiyle, ilgili taşınmaz davacı tarafın kullanımında olduğu, şu durumda zamanaşımı süresinin işlemeyeceğinin gözetilmesi; dosya kapsamına göre inceleme ve değerlendirme yapılması suretiyle hüküm tesisi gerekirken,eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş,bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'nun 428. maddesi gereğince davacılar yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.11.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİ • KİRACININ TACİR OLMASI

ÖZET: Kira sözleşmesinde "kira sözleşmesinin her yıl yenilenmesi halinde kira bedelinin %30 oranında arttırılamacağına" ilişkin hüküm tacir olan kiracıyı bağlar.

Y. 3 HD E.2017/16658, K.2017/17273, T.7.12.2017

Davacı, davalı ile aralarında düzenlenen 01/08/2004 başlangıç tarihli kira sözleşmesi gereğince, davalının kiracı olarak bulunduğunu ancak davalı tarafından , kira sözleşmesinde hükme bağlanan kira artış şartına uyulmayarak kira başlangıç dönemlerinde keyfi artışlar yapıldığını bu sebeple fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 1.000 TL kira alacağının muaccel olduğu tarihten itibaren işlemiş ve işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı,zamanaşımı def'inde bulunmuş,tarafların üzerinde anlaştığı bedelinin ödendiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının kira bedelinin tespitine ilişkin herhangi bir dava açmadığı ve ödenen kira bedellerini itirazsız teslim aldığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında düzenlenen 01/08/2004 başlangıç tarihli 1 yıl süreli aylık 850 TL bedelli kira sözleşmesi hususunda anlaşmazlık bulunmamaktadır. Davacı kiraya veren, 20/04/2015 tarihinde açtığı işbu dava ile sözleşmede yer alan artış şartı uyarınca ödenmesi gereken ancak ödenmeyen kira farkı alacağının tahsilini talep etmiştir.Sözleşmenin Hususi Şartlar 5. maddesinde öngörülen kira sözleşmesinin yenilenmesi halinde kira bedelinin her yıl %30 oranında arttırılacağına ilişkin düzenleme,davalı kiracının tacir olduğu nazara alındığında,geçerli olup tarafları bağlar. Mahkemece, davalının ileri sürdüğü zamanaşımı def'i hakkında da bir karar verilmesi ve artış şartının geçerli olduğu gözetilmek suretiyle konusunda uzman bilirkişi raporu aldırılarak sonucuna göre belirlenecek kira farkının tahsiline hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik araştırma ile karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'nun 428. maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 07/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMI

ÖZET: Davaya yasal süresi içerisinde cevap vermemiş olan davalının süresinden sonra vereceği cevap dilekçesi ile zamanaşımı def'inde bulunabilmesi ancak davacının muvafakat etmesi ile mümkündür. Aksi halde savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşan zamanaşımı def'ine değer verilemez. HUMK'nın 202. maddesi uyarınca davacının açık ya da zımni muvafakati yeterli iken, 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğünden sonra tarafların açık muvafakati olmadığı sürece iddia ve savunma genişletilemeyeceğinden, davacının açık muvafakati olmadığı sürece zamanaşımı savunması dikkate alınamaz

Y. 3 HD E.2017/15005, K.2017/16719, T.29.11.2017

Davacı; davalıdan tekne satın aldığını, 7.500,00 TL borçlandığını, dört adet bono ile ödendiğini, asıl malikin davalının eşi olduğunu, teknenin bakımı için bedel ödediğini, sigortasını yaptırdığını, 17/5/2001 tarihinde teknenin yandığını, masraflarını kendisinin karşılayarak davalının eşi tarafından sigorta şirketine açılan davanın kabul edildiğini, davalının daha sonra bonolara dayanarak icra takibi başlattığını, avalistin evinin satışını engellemek için dosya hesabının ödendiğini, davalının haksız tahsil ettiği parayı iade etmesi ve tekne için zaruri giderlerin ödenmesi için çekilen ihtarın sonuçsuz kaldığını, daha sonra açtığı davada taleple bağlı kalınarak 10.000,00 TL üzerinden davanın kabul edildiğini, belirterek talep fazlası 1.946,88 TL nin ayrıca davalıya nakden ve ...3 İcra Müdürlüğü'nün 2003/4648 sayılı dosyasından ödenen harç ve diğer masrafların önceki dava konusu olan 7.500 TL düşürüldükten sora geriye kalan toplam

8.053,12 TL'nin dava tarihinden faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı; taraflar arasındaki borç alacak ilişkisinin 2000-2001 yıllarına dayalı olduğunu, esas sözleşmenin 06.06.2000 tarihinde düzenlendiğini, dava tarihi itibariyle zaman aşımı süresinin dolduğunu, bildirmiş, ayrıca ...4 Asliye Hukuk Mahkmesinin 2007/246 esas sayılı dosyasında bu konuyla ilgili hüküm verildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; sebepsiz zenginleşmede zaman aşımı süresinin geri isteme hakkını öğrenme tarihinden itibaren 1 yıl olduğu, davacının geri isteme hakkını öğrenme tarihinin ise en geç ...4 Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/246 esas sayılı dosyasının kesinleşme tarihi olan 05.09.2010 tarihi olduğu, bu tarihten geçerli olmak üzere 1 yıllık zaman aşımı süresinin ise 05.09.2011 tarihinde yeni BK yürürlüğe girmeden dolduğu, dava tarihininde 20.01.2012 olduğu sonucuna varılmakla davanın zaman aşımı nedeniyle reddine karar verilmiş, hüküm süresi içerisinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Zamanaşımı def'i HMK 'da ilk itirazlardan sayılmamış olup zamanaşımı def'inin hangi sürede ileri sürüleceği yasada açıkça düzenlenmemiştir. Bu yöndenzamanaşımı def'i, tüm maddi vakıalara ilişkin beyanlarda olduğu gibi, savunmanın değiştirilmesi yasağının başladığı ana kadar ileri sürülebilir. HMK 141. maddesine göre ise savunmanın değiştirilmesi yasağı davanın yazılı ve basit yargılama usulüne tabi olmasına göre farklılık arz etmekle, yazılı yargılama usulünde savunmanın genişletilmesi yasağı ikinci cevap dilekçesi verilme süresinin dolması ile başlayacağından zamanaşımı def'i ikinci cevap dilekçesinin verilme zamanına kadar yapılabilecektir. Eğer dava basit yargılamaya tabi davalardan ise, bu davalarda cevaba cevap ve ikinci cevap söz konusu olmadığı için zamanaşımı def'inin cevap dilekçesi ile verilmesi gerekecektir. Ancak cevap dilekçesi ile böyle bir savunma yapılmaması durumunda, HMK 139/1 maddesine göre davacının ön inceleme duruşmasını takipsiz bırakması ve davalının buna rağmen davanın müracaata bırakılmasını istemek yerine, bu davayı takip edeceğini bildirerek, davaya devam yönünde alınacak kararla birlikte zamanaşımı def'inde bulunabilecektir.

Davaya yasal süresi içerisinde cevap vermemiş olan davalının süresinden sonra vereceği cevap dilekçesi ile zamanaşımı def'inde bulunabilmesi ancak davacının muvafakat etmesi ile mümkündür. Aksi halde savunmanın genişletilmesi itirazı ile karşılaşan zamanaşımı def'ine değer verilemez. HUMK'nın 202. maddesi uyarınca davacının açık ya da zımni muvafakati yeterli iken, 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğünden sonra tarafların

açık muvafakati olmadığı sürece iddia ve savunma genişletilemeyeceğinden, davacının açık muvafakati olmadığı sürece zamanaşımı savunması dikkate alınamaz.

Dosyanın incelenmesinde; davalıya dava dilekçesinin 28/05/2013 tarihinde tebliğ edildiği, 08/10/2013 tarihli celsede verilen dilekçeyle zamanaşımı definde bulunulduğu, davacı vekili tarafından 9/10/2013 tarihinde ibraz edilen dilekçeylezamanaşımı defini kabul etmediklerinin belirtildiği, bu şekilde davalının süresinde zamanaşımı definde bulunmadığı ve davacının açık muvafakati olmadığı görülmekle zamanaşımı savunmasının dikkate alınamayacağı anlaşılmaktadır.

O halde; mahkemece; davanın esasına girilip, taraf delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, mahkemece zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK'nun 428.maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29/11/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

TEDAVİ GİDERİ • GEÇİCİ İŞ GÖRMEZLİK ÜCRETİ

ÖZET: Davacı, çalışamaması nedeniyle geçici iş gücü zararı ve tedavi giderlerini de kapsar şekilde maddi tazminat isteminde bulunduğuna göre; öncelikle davacının dava konusu olay nedeniyle oluşan yaralanmasının iyileşme süresi ve bu yaralanma nedeniyle yapabileceği tedavi giderleri hususunda doktor bir bilirkişiden rapor alınmalı, geçici iş gücü kaybı ve tedavi giderlerinden oluşan maddi zarar kapsamı bu şekilde belirlenerek hüküm altına alınmalıdır.

Y. 4 HD E.2016/5076, K.2016/1347, 28.02.2018

Dava, haksız eylemden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; davalının tarla sulama sırası nedeniyle çıkan tartışma sırasında el feneri ile vurmak suretiyle davacıyı çenesinde kırık oluşacak şekilde yaraladığını, davalının bu nedenle kasten yaralama suçundan cezalandırıldığını, davacının olay nedeniyle geçici süre çalışamadığını, tarladaki mahsulünün telef olduğunu, tedavi, ulaşım ve yardımcı giderlerinin olduğunu belirterek, maddi ve manevi zararının tazmini isteminde bulunmuştur.

Davalı, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece, davalının eylemleri ile davacının kişilik haklarına saldırıda bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat istemlerinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.Davacı, çalışamaması nedeniyle geçici iş gücü zararı ve tedavi giderlerini de kapsar şekilde maddi tazminat isteminde bulunduğuna göre; öncelikle davacının dava konusu olay nedeniyle oluşan yaralanmasının iyileşme süresi ve bu yaralanma nedeniyle yapabileceği tedavi giderleri hususunda doktor bir bilirkişiden rapor alınmalı, geçici iş gücü kaybı ve tedavi giderlerinden oluşan maddi zarar kapsamı bu şekilde belirlenerek hüküm altına alınmalıdır. Bu yön gözetilmeksizin

herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmadan, gerekçesiz şekilde maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenle taraflar yararına **BOZULMASINA,** tarafların diğer temyiz itirazlarının (1) sayılı bentte gösterilen nedenlerle reddine ve taraflardan peşin alınan harçların istekleri halinde geri verilmesine 28/02/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YAYIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARI İHLALİ

ÖZET: İzin alınmaksızın ve toplum tarafından kolayca tanınabilecek şekilde kişinin fotoğrafının "ilgili foto galeri" başlığı altında sergilenmesi fotoğrafların olayla ilgisinin bulunmamaması, yayınlanan fotoğrafların davacının özel hayatı ve kişiliği ile ilgili olması nedenleriyle kişilik haklarının ihlal edildiği tespit edilmiştir.

Y. 4 HD E.2018/552, K.2018/1338, T. 28.02.2018

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... TV Hizmetleri A.Ş. ve diğerleri aleyhine 03/04/2013 gününde verilen dilekçe ile basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 14/11/2017 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Davalıların diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava, basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; müvekkilinin cinsel taciz suçuna maruz kaldığını ve rızası olmaksızın alıkonulduğunu, bu olay ile ilgili yargılama devam ederken, ... Gazetesinde ve ... resmi internet sitesinde "Yatakta biten ... gecesine

19 yıl istendi", ... Kadının Türk Erkeği İle İmtihanı" manşetleri ile haber yapıldığını, kendisinden izin alınmaksızın ve toplum tarafından kolayca tanınabilecek şekilde yaklaşık 60 adet fotoğrafının "ilgili foto galeri" başlığı altında sergilendiğini, fotoğrafların olayla ilgisinin bulunmadığını, yayınlanan fotoğrafların davacının özel hayatı ve kişiliği ile ilgili olduğunu, yapılan haksız ve kötüniyetli haber nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini belirterek manevi tazminat talep etmiştir.

Davalılar, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, Dairemizin 10/05/2017 gün, 2017/427 esas, 2017/2703 karar sayılı bozma ilamına uyulduğu belirtilerek, davanın kısmen kabulü ile 30.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Bozma ilamı öncesi verilen 22/04/2014 günlü ilk karar ile davanın reddine dair hüküm kurulmuştur. Kararın davacı vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizce, 30/11/2015 gün, 2014/10452 esas, 2015/13739 karar sayılı ilam ile; 5187 sayılı Kanun'un 13.maddesi gereğince hukuki sorumlulukları bulunmayan davalılardan ..., ..., ..., ... ve ...'e yönelik istemin, pasif husumet yokluğu nedeniyle reddi gerektiği, ancak kararın sonuç itibarıyla doğru olduğu belirtilerek bu davalılara ilişkin temyiz isteminin reddine, diğer davalılar ..., ... Gazetecilik A.Ş. ve ... ...TV Hiz. A.Ş.'ye yönelik istemin ise sorumlulukları bulunduğu gerekçesiyle kabulünün gerektiği belirtilerek, kararın davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir.Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda 18/10/2016 tarihli ikinci karar ile davalılar ..., ... Gazetecilik A.Ş. ve ... ...TV Hiz. A.Ş. karar başlığında gösterilerek, davanın kısmen kabulü ile 50.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir. Davalıların temyizi üzerine Dairemizce, 10/05/2017 gün, 2017/427 esas, 2017/2703 karar sayılı ilam ile hükmedilen manevi tazminatın çok olduğu gerekçesiyle ikinci bozma kararı verilmiştir. Bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda bu kez davalılar ... ... TV Hizmetleri A.Ş., ..., ..., ..., ..., ..., ... ve ... karar başlığında gösterilerek davanın kısmen kabulü ile 30.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline dair temyiz incelemesine konu olan 14/11/2017 tarihli hüküm kurulmuştur.

Davalılardan ..., ..., ..., ... ve ... hakkındaki davanın reddine ilişkin karar ilk bozma kararının kapsamı dışında kalmakla kesinleşmiş ve bu nedenle ikinci kararda da bu davalılar gösterilmemiştir. Mahkemece üçüncü kararda bu davalılar karar başlığında gösterilmiş olup, bu durumda bu davalılar bakımından "Daha önce verilen ret kararı kesinleştiğinden

yeniden hüküm kurulmasına yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi gerekirken aleyhe manevi tazminata ve vekalet ücretine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerle davalılar ..., ..., ..., ... ve ... yararına **BOZULMASINA,** davalıların diğer temyiz itirazlarının (1) numaralı bentte gösterilen nedenlerle reddine ve davalılardan ..., ..., ..., ... ve ...'den peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 28/02/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ İŞLEMİ SAYILMA KOŞULLARI
•
GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Eldeki uyuşmazlığın temelinin haksız fiilden kaynaklanması ve taraflar arasında Kanun'da tarif edilen şekilde bir hukuki ilişki bulunmaması nedeniyle davaya bakma görevi genel görevli Asliye Hukuk Mahkemesidir. Davanın görevli olmayan Tüketici Mahkemesi sıfatı ile bakılıp sonuçlandırılması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Y. 4 HD E.2016/7245, K.2018/1351, T.28.02.2018

Davacı ... tarafından, davalı ... aleyhine 11/08/2015 gününde verilen dilekçe ile haksız eylemden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 14/01/2016 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.Dava, haksız eylemden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının su sistemlerinin tamiri amacıyla tazyikli su verdiğini, evini su bastığını, dairesinin ve eşyalarının zarar gördüğünü, tadilat yapıl-

ması nedeniyle evde bir süre oturamadığını belirterek, maddi ve manevi zararlarının tazmini isteminde bulunmuştur.Davalı, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.Mahkemece, Tüketici mahkemesi sıfatıyla yapılan yargılama sonunda, meydana geldiği iddia edilen zararın davalının eylemleri nedeniyle oluştuğu ispatlanamadığından davanın reddine karar verilmiştir.Olay ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemek şeklinde açıklanmış, aynı kanunun "Tüketici Mahkemeleri" başlığını taşıyan 73/1. maddesinde; "Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir." hükmü düzenlenmiştir. 3/1-l maddesinde tüketici işlemi, "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" olarak tanımlanmıştır.Bir hukuki işlemin olay ve dava tarihinden yürürlükte olan 6502 sayılı Kanun kapsamında kaldığının kabul edilebilmesi için, taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki ilişkinin olması gerekir. Eldeki uyuşmazlığın temelinin haksız fiilden kaynaklanması ve taraflar arasında Kanun'da tarif edilen şekilde bir hukuki ilişki bulunmaması nedeniyle davaya bakma görevi genel görevli Asliye Hukuk Mahkemesidir. Davanın görevli olmayan Tüketici Mahkemesi sıfatı ile bakılıp sonuçlandırılması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davacının diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 28/02/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

VESAYET KARARI • KISITLANACAK OLAN KİŞİNİN İFADESİ

ÖZET: Kısıtlanması istenen kişi yargılama sırasında dinlenmeden verilen vesayet kararı usul ve yasaya uygun değildir.*

Y. 8 HD E.2017/3030, K.2018/2528, T.20.2.2018

Dava dilekçesinde, davacının anne-babasının hasta ve yaşlı oldukları ileri sürülerek vasi atanması istenmiş; mahkemece...'in ölümü sebebi ile vasi tayinine yer olmadığına, ...'in ise vesayet altına alınmasına dair verilen karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 408.maddesi kapsamında yaşlılık ve hastalık sebeplerine dayalı kısıtlanma kararı verilmesi istemine ilişkindir.

Vesayet, velâyet altında bulunmayan küçüklerin ve istisnaî olarak velâyet altına alınmamış bazı erginlerin korunması amacıyla kabul edilen bir hukukî kurumdur.

Kısıtlanmayı gerektiren haller kanunda tahdidi olarak sayılmış olup ergin bir kişi hakkında kısıtlama kararı verilerek, kendisine vasi atanabilmesi için, Türk Medenî Kanununun 405-408. maddelerinde öngörülen kısıtlama sebeplerinden birinin varlığı gerekir.

Ergin bir kisi, yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat ederek, kısıtlanmasını isteyebilir (TMK. md.408).

Kısıtlama kararı verilmesi usulü, Türk Medenî Kanununun 409. maddesinde düzenlenmiş olup maddenin birinci fıkrasına göre, savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yasama tarzı ve kötü yönetimi veya isteğe bağlı kısıtlama hâllerinde, kısıtlanması istenilenin dinlenmesi zorunludur.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda somut olay değerlendirildiğinde; yaşlılığı ve hastalığı nedeniyle kısıtlanması istenilen ...'in yargılama sırasında dinlenilmediği, kısıtlanmak isteyip istemediğinin sorulmadığı an-

* Gönderen: Kazım Güzelgün İstanbul Anadolu 3. Sulh Hukuk Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

laşılmaktadır. O halde Mahkemece, kısıtlanması istenilen Hatice dinlenerek sonucuna göre karar verilmesi yerine, beyanı alınmadan vesayet altına alınmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, davacı vekilnin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nın 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** HUMK'nın 440/III-1, 2, 3 ve 4. bentleri gereğince ilama karşı karar düzeltme yolu kapalı bulunduğuna, 20.02.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

MUVAZAALI İLİŞKİLER • İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: Muvazaalı işverenlik ilişkisinde gerçek işveren olmayıp da, kayden işçinin işvereni görünen kişi de işçilik alacaklarından sorumludur.

Y. 9 HD E.2016/24080, K.2016/20944, T.28.11.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının iş sözleşmesinin haksız feshedildiği 14.08.2015 tarihine kadar asıl işveren davalı banka, alt işveren davalı ... bünyesinde kesintisiz şekilde Kobi Pos Görevlisi Satış Takım Lideri olarak çalıştığını, davalılarca herhangi bir geçerli neden bildirmeksizin gerçeklere aykırı şekilde iş sözleşmesinin feshedildiğini, davacı ile aynı pozisyonda Pos Satış Elemanı veya Takım Lideri olarak çalışan birçok işçinin davalılar bünyesinde çalışmaya devam ettiğini, davalı ... ihtarnamesiyle davacı işçinin görev yerinde işin bitmesiyle iş sözleşmesinin feshedildiğinin bildirildiğini, davalıların davacı işçiyi aynı ücret, eğitim ve görev alanına uygun bir işte çalıştırabileceklerken kendisine yeni bir işin teklif edilmediğini, çalışanlar arasında eşit davranma yükümlülüğüne ve feshin son çare olması ilkesine aykırı davranıldığını iddia ederek fesih işleminin geçersizliğinin tespitine ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı .... vekili cevap dilekçesinde özetle; davacı işçinin davalı banka personeli olmadığını, iş sözleşmesinin davalı ... Şirketi tarafından feshedildiğini savunmuştur.

Davalı ... ve Danışmanlık Anonim Şirketi cevap dilekçesinde özetle; davalı ... firmasının davacı işçinin işvereni olmadığını, davalı ... firmasının işyerlerinde istihdam edilmek üzere işçi arayan şirket ve kuruluşlara portföyünde bulunan kişilerden aranan niteliklere uygun işçi sağlayan ve bordrolama hizmeti sunanözel istihdam bürosu niteliğinde bir aracı kurum olduğunu, ayrıca davacı işçinin istihdam edildiği diğer davalı banka ile aralarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin de olmadığını savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, feshin geçerli olmadığı gerekçesi ile davalı .... hakkındaki davanın kabulüne, diğer davalı ... ve Danışmanlık Anonim Şirketi hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili ve davalı .... vekili yasal süresi içinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

İş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun'un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "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.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtilen unsurları taşımayan alt işveren uygulaması, fesih için geçerli neden kabul edilemez. İş Kanunu'da yardımcı işlerin alt işverene verilmesinin herhangi bir koşula bağlanmaması nedeniyle, bu nevi işlerin muvazaa olmaması kaydıyla alt işverene devri sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi hâlinde, feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilebilir. Buna karşılık, 6'ncı fıkra gereğince, asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene devredilebilecektir. Anılan düzenlemede baskın öğe, "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren" işlerdir. Başka bir anlatımla işletmenin ve işin gereği ancak teknolojik nedenler var ise göz önünde tutulur. Dolayısıyla, söz konusu hükümdeki şartlar gerçekleşmeden asıl işin bölünerek alt işverene verilmesi hâlinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi geçersiz olacağından iş sözleşmesinin feshi de geçersiz olacaktır.

Bilindiği üzere, alt işveren asıl işveren karşısında bağımsız hizmet sunan bir işveren durumundadır. Alt işveren, asıl işverenin emir ve talimatlarına göre değil, alt işverenlik sözleşmesinde belirtilen proje ve teknik şartlara göre işi yürütür. Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı yönetim veya işin ifasını isteme hakkı olamayacağı ancak işçi sağlığı ve güvenliği

ile ilgili olarak asıl işverenin genel nitelikli talimatlar verebileceği bilinmektedir.

İş Kanunu'nun 2 inci maddesinin altıncı fıkrası; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet ücretine ilişkin yardımcı işlerde veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde 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 çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasından kurulan ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğu açıkça belirtilmiştir. Yasal düzenlemeye uygun olarak alt işverenin üstlenebileceği işler geçici nitelikte olabileceği gibi devamlılık gösteren işlerde olabilir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları, iki ayrı işverenin bulunması, mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması ve asıl işveren ile alt işverenin muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri olarak sayılabilir.

Gerçek işverenin tespitinde hukuki ilişkinin değerlendirilmesinin yapılması gerektiğinden muvazaa konusu da doğal olarak irdelenir, bu husus konunun içindedir. Bu husus tespit edilirken alt-asıl işveren ilişkisinde kanun gereği hizmet alımı yapılmalıdır. Personel alımı değil, çıkarılan/çalıştırılan personelin hizmet alımı çerçevesinde çalıştırılması gereken personelden olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda alt işverene işin tamamı verilebilir, verilmelidir. Ancak o işle ilgili bir ya da birkaç personel temini şeklinde bir uygulama yapılamaz. Şoförlerin, büronun tamamı iş olarak başka işverene verilebilir. Tek bir şoför, sekreter vb. personelin temini için hizmet alımının yapıldığı halde yapılan işin İş Kanunu 2.madde anlamında bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmuş olmaz.

Somut uyuşmazlıkta, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının davalılardan .... nezdinde işine iadesine dair verilen karar isabetli ise de, kayden işveren olarak görünen ve muvazaalı işlemin tarafı olması nedeniyle kendine menfaat sağlayamayacak olan diğer davalı ... ve Danışmanlık A.Ş.'nin işe iade kararının mali sonuçlarından diğer davalı .... ile birlikte sorumlu tutulması gerekirken sorumlu tutulmaması ve lehine vekalet ücretine hükmedilmesi hatalı olup kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM:

Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2. Feshin GEÇERSİZLİĞİNE ve davacının davalı .... nezdinde İŞE İADESİNE,

3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni ve davacının talebi de dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,

4- Davacının süresi içinde başvurması halinde kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin tespitine,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6- Davacının yaptığı harçlar dahil toplam 128.50 TL yargılama giderinin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine,

7. Davalı tarafından yapılan yargılama gideri olmadığından bu konuda hüküm kurulmasına yer olmadığına, gider avansından kullanılmayan kısmın karar kesinleştiğinde davalıya iadesine,

8. Davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan A.A.Ü.T. si uyarınca belirlenen 1.800,00 TL. maktu vekalet ücretinin davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine,

9. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine,

Kesin olarak 28.11.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMALAR • YAZILI DELİL KOŞULU

ÖZET: 40-45 saat aralığındaki fazla sürelerle çalışmalardan söz edilebilmesi için, iş sözleşmesi, personel yönetmeliği gibi yazılı düzenlemelerin olması gerekir.

Y. 9 HD E.2016/30246, K.2016/17091, T.3.10.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle kendisi tarafından haklı olarak feshedildiğini bildirerek kıdem tazminatı ile izin ve fazla çalışma ücretleri alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının istifa etmek suretiyle işten ayrıldığını davacının, fazla çalışma yapmasının işverenin talimatı dışında gerçekleşmesi halinde ücret ödenemeyeceğini kaldı ki davacının haftalık çalışma saatinin 45 saati aşmadığını, davacının yıllık izin ücreti ödemesini almaktan kaçındığını bu konuda dava açılmasına sebebiyet vermediklerini ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece verilen davanın kısmen kabulüne dair karar tarafların temyizi üzerine; Dairemizin 10.11.2015 tarih ve 2015/31392–2015/31885 sayılı kararı ile "..açıklanan hüküm sonucunda davacının hangi taleplerinin reddedildiği, yargılama giderlerinin (masraf ve vekalet ücretleri) ne şekilde hüküm altına alındığı, kanun yoluna başvurma süresinin ne kadar olduğu Yasanın emredici hükmüne rağmen açıkça belirtilmediği, duruşmada açıklanan hüküm sonucu ile gerekçeli kararın hüküm sonucunun da aynı olmadığı, hükmün 6100 sayılı Yasanın 297, 298/2 ve 321. maddelerinde belirtilen zorunlu unsurları taşımadığı" gerekçesiyle bozulmuş, bozma ilamına uyularak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni ge-

rektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının yerinde olmaması nedeni ile reddine,

2-İşçinin fazla sürelerle çalışma karşılığı ücret alacağını talep edebilmesi içi, haftalık 40 saat çalışma esasının iş sözleşmesi veya eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri iş düzenlemeleri ile kurala bağlanması gerekir. İşyerinde bu şekilde bir yazılı kural olmadan haftalık çalışmanın fiilen 40 saat olduğu belirtilerek 40-45 saat arasında geçen sürenin fazla sürelerle çalışma alacağı olarak kabul edilmesi yasaya aykırıdır.

Mahkemece yapılacak iş; davacı açısından haftalık 45 saati aşan çalışmasının fazla mesai ücreti olarak hesaplanıp hüküm altına alınmasından ibarettir. Yazılı olduğu şekilde fazla mesai alacağının hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, 03.10.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BANKA PERSONELİ • FAZLA ÇALIŞMA • AYLIK MAKTU ÜCRET

ÖZET: İşyerinin banka oludğu dikkate alındığında davacının haftada beş gün çalıştığı kabul edilmelidir. İş sözleşmesinde "... normal çalışma süresi haftada 45 saattir. Personele fazla çalışma için ayrıca bir ücret ödenmez" cümlesi fazla çalışmaların yıllık 270 saatlik bölümünün aylık maktu ücrete dahil olduğu anlamındadır.[3]

Y. 9 HD E.2017/11148, K.2017/3214, T.6.3.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 01.09.2006 tarihinden iş akdinin sona erdiği 27.03.2012 tarihine kadar davalı işyerinde çalıştığını, normal mesaisinin 08.00 ile 18.00 olmasına karşın normal mesai kavramının ortadan kalktığını ve fazla çalışmanın olmadığı gün kalmadığını, fazla mesai

* Gönderen: Av. Hulki ÖZEL Mersin Barosu

alacaklarının davacıya ödenmediğini, hafta tatillerinde genel tatillerde ve dini bayramların birinci günü hariç çalıştığını, yıllık izin hakkını kullanmadığını, hak ve alacaklarının ödenmediğini iddia ederek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 18.000,00 TL kıdem tazminatı, 25.000,00 TL. fazla çalışma ve 3.000,00 TL yıllık ücreti izin alacağı olmak üzere toplam 46.000.00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 01.09.2006 tarihli hizmet sözleşmesi ile operasyon yetkilisi sıfatıyla 01.09.2006 tarihinden fiilen ve istifaen işten ayrıldığı 09.04.2012 tarihine kadar çalıştığını, davacının 27.03.2012 tarihli yazı ile ayrıntılı gerekçe bildirmeksizin 06.04.2012 tarihinden geçerli olmak üzere İş Kanununun 24/2-c maddesi gereği işten ayrıldığını bildirdiğini, banka yetkililerince 06.04.2012 tarihinde davacıya iddialarının kabul edilmediğinin ve 8 haftalık ihbar süresince çalışmaya devam etmesinin aksi halde ihbar tazminatı ödeyerek ayrılabileceğine ilişkin bildirim yapılmak istendiğini, davacının bu bildirimi tebellüğden imtina ettiğini, genel müdürlüğü terk ettiğinden tutanak tutulduğunu, Beşiktaş 14. Noterliği kanalıyla 09.04.2012 ve 3674 yevmiye sayılı ihtarın davacıya gönderildiğini, davacının bu ihtarnameye Beyoğlu 41.Noterliği kanalıyla 16.04.2012 tarih ve 14105 yevmiye sayılı ihtarname ile cevap verdiğini, haksız ve asılsız iddialarla iş akdini haklı nedenle feshettiğini bildirdiğini ve fazla çalışma ücreti ile kıdem tazminatı taleplerinde bulunduğunu, bankanın Beşiktaş 14.Noterliği kanalıyla 20.04.2012 tarih ve 4247 yevmiye sayılı ihtarnameyi gönderdiğini, ihtarname ile davacıya bankayla ilişiğinin 09.04.2012 tarihi itibariyle kesildiğinin ve 43 günlük ihbar süresine uyan 4.486.00 TL ihbar tazminatını ödemesinin istendiğini, davacının iş sözleşmesini kendi isteğiyle feshettiğinden kıdem tazminatı talebinin haksız ve hukuki dayanaktan yoksun olduğunu, davacıya hak ettiği yıllık izin ücretlerinin ödendiğini, bankanın davacıdan herhangi bir fazla mesaiye kalma talebi olmadığını, davacı tarafından imzalanan bordro teslim tutanaklarında tahakkuk etmiş fazla mesai ücretinin bulunmadığı, hizmet sözleşmesinin IV. bölümünün 3. ve 4. Maddelerinde davacının ayrıca bir ücret ödenmeyeceğini kabul ettiğini, davacının fazla çalışma ücreti talebinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Karşı davada davacının bankada çalışma süresine, kıdemine binaen işi mesnetsiz bıraktığı tarihten itibaren 8 haftalık ihbar süresince çalışına zorunluluğuna uymadığını iddia ederek kanuni ihbar süresince çalışmaya devam etmemesi nedeniyle 4.486,00 TL ihbar tazminatının davacıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, Dairemiz 'in 2013/10160 Esas, 2015/5153 Karar nolu "Davalı vekili son celse bilirkişi raporuna karşı beyanda bulunmak üzere mehil talep etmiş olup, mahkemece bu sürenin verilmemesi HMK'nın 281/1 maddesine göre savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir." şeklindeki bozma ilamına uyulmak sureti ile davacının kıdem tazminatı, fazla mesai ve yıllık izin ücreti talep edebileceği, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti talepleri yönünden kök raporda yapılan hesaba göre ve fazla mesai ücreti talebi yönünden takdiren %40 indirim yapılarak yıllık izin ücreti talebi yönünden ise ek raporda yapılan hesaba göre davanın kısmen kabulüne ve karşı davanın 04/04/2013 tarihinden sonra 24/12/2015 tarihinde ikinci kez takipsiz bırakılması nedeni ile HMK 320. gereğince açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı karşı davacı vekili yasal süresi içinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı karşı davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Fazla çalışma ücretlerinin hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 63 üncü maddesinde çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiştir. Ancak tarafların anlaşması ile bu normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ilkesi benimsenmiştir. Yasanın 41 inci maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar olup, 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda taktiri indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 11.2.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K; Yargıtay, 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K.). Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime

gidilmemektedir. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan fazla çalışma miktarına göre takdir edilmelidir. Hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda bir indirime gidilmemelidir(-Yargıtay 9.HD. 21.03.2012 gün, 2009/48913 E, 2012/9400 K).

Davacı vekili, normal mesaisinin 08.00 ile 18.00 olmasına karşın normal mesai kavramının ortadan kalktığını ve fazla çalışmanın olmadığı gün kalmadığını, fazla mesai alacaklarının davacıya ödenmediğini iddia etmiştir.

Fazla mesai saatleri bakımından açıklamada bulunan davacı tanığı ... son 1,5- 2 yıl süre ile hafta içi her gün akşam 22.00- 23.00 saatlerine kadar çalışma yapıldığını, diğer tanık ... ise son 2 yıldır 22.00- 23.00 saatlerine kadar çalışma yapıldığını belirtmiştir.

Davalı iş yerinin banka olması ve davacının görevi de gözetildiğinde davacının çalışmasının haftada 5 gün 09.00- 22.00 saatleri arasında olduğu ve bu şekilde çalışmanın son 1,5 yılla sınırlı olduğu kabul edilerek sonuca gidilmesi gerekmektedir.

3. Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir.

Taraflar arasında düzenlenen 01.09.2006 tarihli hizmet akdinin "parasal ve sosyal haklar" başlıklı bölümünün 3. maddesinde " Normal çalışma süresi haftada 45 saattir. Personele fazla çalışma için ayrıca bir ücret ödenmez." hükmü uyarınca fazla mesai çalışmasının açıkça ücrete dahil olduğu anlaşılmakta olup, yukarıda yazılı ilke kararı uyarınca yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekmektedir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 06.03.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMALAR • İSPAT YÖNTEMİ

ÖZET: 40-45 saat aralığındaki fazla sürelerle çalışmalardan söz edilebilmesi için, yazılı delil olması gerekir. Bu iddia tanık ifadesiyle ispat edilemez.

Y. 9 HD E.2015/18567, K.2017/22055, T.21.12.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin 01.02.2005-12.01.2011 tarihleri arasında davalı işverenlikte çalıştığını, davalı işverenle yapılan anlaşmada haftada 40 saat çalışılacağı, hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalışılmayacağının kararlaştırıldığını ancak mesai saatlerinin en az haftada 4 gün 23.00'e hatta 01.00, 02.00'ye kadar uzadığını, ayda üç Cumartesi ve bir Pazar günü çalışmasına ek olarak yılda en az 7-8 kez hafta sonları düzenlenen seminerlere katılmak zorunda bırakıldığını, yarım gün olan 28 Ekim'de tam gün çalıştırıldığını, 2-3 kez genel tatil günlerinde çalıştırıldığını iddia ederek, fazla mesai ve fazla sürelerle çalışma alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; yoğun dönemlerde zaman zaman fazla mesaiye kalan davacıya fazla mesai ücretinin aylık ücretinin içinde kendisine ödendiğini, taraflar arasında akdedilen 02.04.2008 tarihli hizmet sözleşmesinin 5. maddesinde kararlaştırılan ücrete fazla çalışma ücreti dahil tüm çalışma ücretlerinin dahil olduğunun belirtildiğini, taraflar arasında akdedilen sözleşmede de belirtildiği üzere işyerinde haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğunu, ayrıca taleplerin zamanaşımına uğradığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

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

D) Temyiz:

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni ge-

rektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Fazla sürelerle çalışma ücreti alacağını düzenleyen İş Kanunu'nun 41/3. maddesine göre, işyerinde fazla sürelerle çalışmadan söz edebilmek için işyerindeki haftalık çalışma saatinin 45 saatin altında olduğunu gösteren yazılı delil olmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta davacı, bu hususun bireysel iş sözleşmesi ile düzenlendiğini iddia etmiş, ancak dosyada mevcut bireysel iş sözleşmesinde böyle bir hükmün bulunmadığı görülmüştür. Davalı tanıklarından birisi iddiayı doğrulamış ise de bu husus, yukarıda açıklandığı üzere ispat için yeterli değildir. Açıklanan nedenle davacının haftalık 40-45 saat aralığında çalışması için talep ettiği fazla sürelerle çalışma koşullarının oluşmadığı gözetilerek sonuca gidilmesi gerekirken talebin yazılı gerekçeyle kabulü hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.12.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ ŞARTLARININ DEĞİŞMESİ • İŞÇİNİN YAZILI ONAYI • İKRAMİYE ÖDEMELERİ

ÖZET: İşçinin yazılı muvafakati olmadan çalışma şartlarında aleyhe değişiklik yapılamayacağı yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Yıllık ikramiyelerin işçinin aylık ücretine ilave edilerek ödenmesi işçi aleyhine değişiklik değildir.[4]

Y.9 HD E.2015/14011, K.2017/16756, T.26.10.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı işyerinde 02.11.2004 yılından itibaren çalışmaya başladığını, haftanın 6 günü çalıştığını, yılda 3 kez ikramiye ödendiğini, 2011 yılından itibaren ikramiye ödenmediğini, 2005 yılından bu yana yakacak yardımı almadığını, İş Kanunu'nun 5. ve 13. madde-

* Gönderen: A. Kürşat Orhan ŞİMŞEK

si gereğince işverenin aynı konumda bulunan işçilerine eşit davranmak zorunda olduğu ve esas bir neden olmadıkça işçilere zam yapıldığını ancak davacıya zam yapılmadığını ileri sürerek, ayrımcılık tazminatı, fazla mesai ücreti, ulusal ... genel tatil ücreti, ücret farkı, ikramiye ve yakacak yardımı ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının taleplerinin zamanaşımına uğradığını, fazla çalışma ücreti ve tatil ücretlerinin bordrolarda görüldüğü gibi ödendiğini, bunun yanında davacının 2011-2012 yıllarında kapsayan ibraname imzaladığını, ikramiyelerin ve sosyal yardımların ödendiği ve 2011 yılında maaşlara zam olarak yansıdığını, Yönetim Kurulu kararı gereğince ikramiyelerin işçi ücretlerine yansıtılmak suretiyle kaldırıldığını, ... arasında oluşan maaş farklarının İş Kanunu anlamında eşitsizlik sayılmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının 02.11.2004 tarihinden itibaren davalı işyerinde çalıştığı, davalı işyeri tarafından alınan Yönetim Kurulu kararı gereğince iki ikramiyenin brüt ücretlere yansıtılarak 2011 Kasım ayından itibaren ...e ödenmesine karar verildiği, ibraz edilen bordrolarda davacıya üç ikramiye verilmediği, 2011 ve 2012 yıllarında ikramiye ödenmediği ve Yönetim Kurulu kararında belirtildiği gibi 2011 Kasım ayından itibaren bordrolara yansıtılan bir ikramiye ödemesinin gerçekleşmediği, işveren tarafından yapılan üç maaş şeklinde gerçekleştirilen ikramiye ödemesi uygulamasının davacı işçinin yazılı onayı olmaksızın önce iki ikramiyeye düşürülmesi, sonra ikramiye ödemesi uygulamasının tamamen kaldırılmasının davacıyı bağlamayacağı, davacıya ödenmemiş olan 2011 ve 2012 yılları için üç ikramiye alacağının bulunduğu, 2005 yılına ait yakacak yardımının ödenmediği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında uyuşmazlık konusu, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı ve buna bağlı olarak davacının

ikramiye alacaklarına hak kazanıp kazanamayacağı noktalarında toplanmaktadır.

Taraflar arasında uyuşmazlık konusu, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

İş hukukunun en tartışmalı alanlarından biri çalışma koşullarının tespiti ile bu koşulların uygulanması, değişiklik yapılması, en nihayet işçinin kabulüne bağlı olmayan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizginin ortaya konulmasıdır.

İş hukuku, işçi hakları yönünden sürekli ileriye yönelik gelişimci bir karaktere sahiptir. Bu anlayıştan hareket edildiğinde, işçinin haklarının iş ilişkisinin devamı sırasında daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun temel amaçları arasındadır. Çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılamaması gerekir.

İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma koşulları" olarak değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanununun 22 nci maddesindeki, "işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki ... yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle 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 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" şeklindeki düzenleme, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur.

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

Sözü edilen 22 nci maddenin yanı sıra Anayasa, yasalar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, ... 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 koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara

dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ... yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir (Yargıtay 9.HD. 27.10.2008 gün 2008/29715 E, 2008/28944 K.).

Kanunların içinde ve üstünde bir yere sahip olan Anayasa'da çalışma koşullarına ilişkin bir takım genel düzenlemeler yer almaktadır. Anayasa'nın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik haklar, bütün çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde etkilidir. Bu açıdan Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik hakları çalışma koşulları belirlenirken göz önünde bulundurulmalıdır (Yargıtay 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/23508 E, 2008/20604 K.).

Anayasa'nın 48 inci maddesinde öngörülen, çalışma yerini serbestçe seçme hakkı, 49 uncu maddedeki çalışma hakkı ve ödevi, 50 nci maddedeki çalışma şartları bakımından öngörülen özel koruma ile dinlenme hakkı, 51 inci maddedeki sendika kurma hakkı, 53 üncü maddedeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile 54 üncü maddedeki grev ve lokavt hakları iş ilişkisine etkileri olan anayasal haklardan en belirginleri olarak karşımıza çıkar.

Anayasal temeli olan yıllık izin hakkı yönünden bir örnek vermek gerekirse, işverenin işçinin bu dinlenme hakkını kısıtlayan uygulamalara gitmesi durumunda, çalışma koşulları işçi aleyhine ağırlaştırılmış olmaktadır.

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklardan en önemlisi şüphesiz 4857 sayılı İş Kanunu'dur. İşçinin ücretinin alt sınırının gösterildiği (m 39), günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği (m 41 ve 63), hangi hallerde günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların yapılabileceğinin ve bu durumda ödenmesi gereken ücretlerin ve daha pek çok konunun açıklandığı İş Kanunu, çalışma koşularının temelini oluşturur. İş ilişkisinde bu gibi emredici hükümlerin dışında, işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi aksine uygulama iş koşulu haline gelmez. Örneğin tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması iş koşulunu oluşturmaz.

Hafta Tatili Kanunu, Ulusal ... ve Genel Tatiller Hakkında Kanun hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde etkilidir.

Toplu iş sözleşmeleri çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan diğer bir hukuk kaynağıdır. Çalışma koşullarının işçi lehine ola-

rak değiştirilebileceği ve bunun iş sözleşmesi hükmü olarak geçerli olduğu 2822 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinde öngörülmüştür.

Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairemizin kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz (Yargıtay 9. HD. 21.2.2006 gün 2005/38473 E, 2006/4428 K., 18.7.2008 gün 2007/23508 E, 2008/ 20604 K.). Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla "protokol" adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur (Yargıtay 9.HD. 18.2.2009 gün, 2007/36366 E, 2009/2936 K).

Borçlar hukukunda olduğu gibi iş hukukunda da genel kural sözleşme serbestisidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı Yasada, yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı Kanunda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez.

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 yapılıp yapılmadığı konularında ispat sorunlarını beraberine getirmektedir. Çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik yapıldığı konusunda ispat yükü işçidedir.

İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir (9. HD. 7.7.2008 gün, 2007/24548 E, 2008/19209 K.).

Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında, iş sözleşmesinin

eki sayılan ... yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de yerini alır. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış ... yönetmeliği, iş sözleşmesi hükmü niteliğindedir. İşyerinde öteden beri uygulanmakta olan ... yönetmeliğinin kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekir. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin de işçiye duyurulması bağlayıcılık açısından gereklidir. Yasal veya sözleşme gereği bir zorunluluk olmadığı halde, işyerinde uygulana gelen "işyeri uygulamaları" da çalışma koşullarının belirlenmesinde etkindir.

İşyerindeki uygulamaların tüm işçiler yönünden ortak bir nitelik taşıması mümkün olduğu gibi, eşit konumda olan bir ya da birkaç işçi açısından süregelen uygulamalar da çalışma koşullarını oluşturabilir.

Çalışma koşullarının değiştirilmesi, işçiye hiç iş verilmemesi ya da daha az iş verilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin parça başı ücret usulüne göre çalıştığı durumlarda bu durumun işçi aleyhine olduğu tartışmasızdır. Ancak işçiden iş görmesi istenmemekle birlikte, ücret ve diğer aynî veya sosyal haklarının aynen devam ettirilmesi de çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilir. Gerçekten, işçinin çalıştığı sürece kendisini geliştirme imkanına sahip olduğu kabul edilmelidir.

İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçiye bir başka işyerinde görev verilmesi, kural olarak çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılmaz. Örneğin işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, kabul edilebilir sınırlar dahilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.

Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, ... yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler. Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidinin üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa dahi daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir. 4857 sayılı Yasanın 21 inci maddesinin son fıkrası hükmü bu konuda örnek olarak verilebilir. Feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki hükümler yasada mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır.

Yasada mutlak emredici herhangi bir hüküm bulunmaması şartıyla, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında çatışma olması durumunda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulamanın, çalışma koşulunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Örneğin yasada haftalık 45 saati aşan çalışmaların %50 zamlı olarak ödeneceği kuralına rağmen, işverenin bu yönde hiç ödeme yapmamış olması, fazla çalışmanın ödenmeyeceği yönünde bir çalışma koşulu oluştuğu şeklinde yorumlanamaz. Aynı şekilde işverenin % 50 zamlı ücret yerine daha az bir oranda ödeme yapmış olması da, işçi aleyhine olduğundan bağlayıcılık taşımaz. Buna karşın, işçiye fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı ücret üzerinden ödenmesine dair iş sözleşmesi ya da süreklilik gösteren işyeri uygulaması geçerli olup, bu yönde bir çalışma koşulu ortaya çıkmış olur.

Çalışma koşullarındaki değişiklik, işverenin yönetim hakkı ile doğrudan ilgilidir. İşveren işyerinin kârlılığı, verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesinin şeklini, zamanını ve hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.

Aynı şekilde işyerinin devri de işverenin yönetim hakkının son aşamasıdır. İşyeri devri kural olarak çalışma koşullarında değişiklik olarak nitelendirilemez. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı araştırılmalıdır (Yargıtay 9.HD. 11.7.2008 gün 2007/23953 E, 2008/ 19878 K., 27.10.2005 gün 2005/5396 E, 2005/34825 K).

Acil ve arızî durumlarda işçinin görev tanımının dışında çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması olanaklıdır. İşverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında, işçinin işverenin göstereceği her türlü işi, iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dahilinde yerine getirmesi beklenir. Öte yandan, 4857 sayılı Yasanın 42 nci maddesi çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma işçinin kabulüne bağlı değildir ve yasal sınırlar gözetilerek işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerekir.

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 b...de objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin sap-

tanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınamaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür.

İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.

Yasanın 22 nci 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. Yazılı olarak bir kabul olmamakla birlikte işçinin değişikliği kuşkuya yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halinde, işçinin bu davranışı 22 nci maddenin ikinci fıkrası anlamında, çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik olarak değerlendirilmelidir. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilir.

Yapılan değişiklik önerisi, altı işgünü içinde işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamaz. Bu sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisini kabul etmesi, işçi tarafından işverene yöneltilen yeni icaptır. İşveren iş sözleşmesini ancak altı işgünlük sürenin geçmesinden sonra feshedebilir. İşçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı kabul beyanı üzerine işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelir.

İşçi çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam edilirse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır. Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını isteyebilir ya da çalış-

ma koşullarında değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilir.

Fesih bildiriminin şarta bağlanamayacağı kuralının istisnasını, gerçekleşmesi muhatabın iradesine bırakılan iradî şart oluşturur. İradî şartın tipik örneğini, fesih bildirimin sonuç doğurmasının değişiklik önerisinin kabulü veya reddi şartına bağlanmasıdır. Bu anlamda, fesih bildiriminin geciktirici veya bozucu şarta bağlanması mümkündür.

Geciktirici şarta bağlı fesih bildiriminde işveren, fesih bildiriminin, işçinin değişiklik önerisini reddetmesi veya zamanında kabul etmemesi durumunda hüküm ve sonuçlarını doğuracağını ifade ederek, değişiklik fesih bildiriminde bulunabilir. Feshin hüküm ve sonuçları değişiklik önerisinin işçi tarafından kabul edilmemesi durumunda doğar.

Geciktirici şarta bağlı değişiklik feshinde, değişikliğin yazılı olarak kabulü için altı gününden az süre tanınamaz. Aynı zamanda değişikliğin dayanağı ile fesih için geçerli neden işverence yazılı olarak açıklanmalıdır.

İşçinin değişiklik önerisini kabul etmesi halinde iş sözleşmesinin feshinin, geçersiz olacağının açıklandığı durumlarda, bozucu şarta bağlı değişiklik feshi söz konusudur. Belirtilen uygulama biçiminde, işveren işçinin sözleşmesinin bildirim süresine uygun olarak feshedildiğini bildirmekle birlikte, çalışma koşullarında değişiklik önerisini getirmekte ve değişikliğin kabul edilmesi durumunda feshin geçersiz olacağını açıklamaktadır. Bu durumda da işçiye en az altı iş günü süre tanınmalı ve bozucu şarta bağlı bildirim yazılı olarak yapılmalıdır. İşçinin değişiklik teklifini kabul etmesi halinde, fesih geçersiz olur ve iş ilişkisi yeni çalışma koşullarında çalışma şeklinde devam eder. Aksi halde fesih, bildirimin işçiye tebliği ile birlikte geçerli olur ve bildirim önelinin geçmesiyle iş ilişkisi sona erer.

Değişiklik feshinde geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılmalıdır. İlk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli bir neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde fesih için aranan geçerli nedenler, değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, değişiklik feshine gidebilmek için işçinin yeterliliğinden, davranışından veya işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir. Belirtilen geçerli nedenlere ilişkin denetim burada da aynen yapılmalıdır. Denetimin ağırlığı ve ölçüsü farklılık arz etmez. Yapılacak denetimde, değinilen 18 inci madde anlamında geçerli bir nedenin varlığı tespit edilmezse, ikinci aşamaya geçmeden değişiklik feshi geçersiz kabul edilmelidir.

İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada fiilen teklif edilen sözleşme değişikliğinin kanuna, toplu iş sözleşmesine ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenip beklenemeyeceğinin, bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Diğer bir anlatımla ikinci aşamada değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla somut olayın özelliklerine göre ölçülülük denetimi yapılmalıdır (Yargıtay 9. HD. 7.7.2008 gün 2007/24548 E, 2008/19209 K.). Değişiklik feshi, ancak çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise (ultima-ratio) gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir. İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin daha makul bir teklifte bulunmalıdır. Değişiklik teklifi, iş hukukuna ilişkin eşit davranma ilkesini ihlal ediyorsa, işçi bu teklife katlanmak zorunda olmadığından, değişiklik feshi geçersiz sayılır.

İş sözleşmesinin içeriğinin birkaç unsur açısından değiştirilmesi teklif edilmişse, işçi tarafından kabul etmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi, her bir unsur açısından ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir. Değiştirilmesi teklif edilen birkaç unsurdan sadece birisinin kabulünün işçi açısından beklenemez olduğuna karar verilirse, değişiklik feshinin tamamının geçersizliğine hükmedilmelidir. Mahkeme, sözleşme değişikliğinin kısmen geçerli kısmen geçersiz olduğuna karar veremez.

İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır. Şüphesiz, işverenin önerdiği değişiklik teklifinin feshin tek alternatifi olduğu, başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, işçi tarafından teklifin kabul edilmesinin beklenebilir olup olmadığının denetimi yapılmaz.

4857 sayılı Kanunun 22 nci 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 üncü maddesinin (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 sözleşme-

sinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğar.

Somut uyuşmazlıkta, dosyada mevcut ücret bordroları, zamlı ücret listeleri, tanıkların beyanları ile aynı davalı işverene karşı benzer iddialarla açılan ve Dairemizce daha önce temyiz incelemesi yapılan 2015/31845 ilâ 2015/31851 Esas sayılı dosyaların birlikte incelenmesinden; davalı işyerinde 2003-2006 yılları arasında yılda üç kez birer aylık ücret miktarında ikramiye ödemesi yapıldığı, 2006-2011 yılları arasında ise yılda 2 kez birer aylık ücret miktarında ikramiye ödemesi yapıldığı, 25.11.2011 tarihinde yönetim kurulu kararı ile ikramiye ödemesinin kaldırılarak bunun ücretin içinde ödenmeye başlandığı anlaşılmaktadır. 25.11.2011 tarihli yönetim kurulu kararı ile yıllık iki ikramiye ödemesinin ücret içinde ödenmesi işçi aleyhine değişiklik getirmediğinden uyuşmazlık konusu dışındadır. Yerleşik uygulamalarımıza göre 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kalan dönemde işçinin yazılı muvafakati olmadan çalışma şartlarında aleyhe değişiklik yapılamayacaktır. Bu açıdan işverenin 2006 yılında ikramiye ödemesinin periyodunun üçten ikiye düşürülmesi kararı dosyada işçiden alınmış herhangi bir yazılı muvafakat olmadığı için geçerli değildir.

Mahkemece; davacıya 2011 ve 2012 yıllarında yılda 2 kez birer aylık ücret miktarında ikramiyenin ücretin içinde ödendiğini gözden kaçırarak, bu yıllarda hiç ikramiye ödemesi yapılmadığını belirtip bu dönemler için yılda üç kez birer aylık ücret miktarında ikramiye hesaplaması yapan hatalı bilirkişi raporuna itibarla karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

Mahkemece, 2010 yılında olduğu gibi 2011 ve 2012 yılları için de davalı işverence ödenmeyen birer aylık ücret miktarında ikramiyenin hesaplatılarak hüküm altına alınması gerekmektedir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜCRETİN FAZLA ÇALIŞMALARI DA KAPSAMASI
•
FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMALAR

ÖZET: İş sözleşmesinde yer alan "aylık maktu ücrete fazla çalışmaların dahil oludğuna" ilişkin hüküm, 40 ile 45 saat arasındaki fazla sürelerle çalışmaları da kapsar.

Y. 9 HD E.2015/15605, K.2017/17946, T.9.11.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin, davalı bankada 22.01.2003-17.08.2012 tarihleri arası dış ticaret ve kredi operasyonları bölümüne bağlı ticari krediler bölümünde kesintisiz çalıştığı, davacının hizmet süresince yapmış olduğu fazla çalışmalar karşılığı fazla mesai ücretlerinin ödenmediği belirtilerek ve fazlaya dair haklar saklı tutularak; fazla mesai ücretinin davalıdan tahsili talep ve dava edilmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; bankaya ait fazla çalışma talimatında fazla çalışma yapabilecek ünvanların açıkça belirtildiği, bankada yönetmen olarak görev yapan davacının fazla çalışma yapabilecek ünvanlar kapsamında bulunmadığı, iş sözleşmesi gereği fazla mesai ücretlerinin aylık ücrete dahil olduğu, dava tarihinden geriye doğru beş yıldan öncesine ait fazla mesai ücretlerinin zamanaşımına uğradığı savunularak haksız davanın reddine karar verilmesi talep edilmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın Kısmen Kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı ve davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir. Sözleşmede fazla mesai ücretinin, ücretin içinde kararlaştırılması halinde yılda 270, ayda 22,5 ve haftada 5.2 saatlik haftalık 45 saati aşan fazla mesai ücretin içinde kararlaştırılmış olur. Aynı zamanda bu hüküm 40 ile 45 saat arasındaki fazla sürelerle çalışma süresini de kapsar. Taraflar arasındaki sözleşmede fazla mesainin ücrete dahil olduğu kararlaştırılmıştır. Hükme esas Bilirkişi raporunda davacının haftalık çalışmasının 48.63 saat hesaplandığı anlaşılmaktadır. Sözleşme hükmü dikkate alındığında haftalık 5.2 saati aşan fazla mesai olmadığı için davacı fazla mesai alacağına hak kazanmaz. Fazla mesai ücretinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY BOZMASINDAN SONRA YAPILAN ISLAH

ÖZET: Her ne sebeple verilirse verilsin bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Y. 9 HD E.2017/24187, K.2018/3295, T.19.2.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, ... tarafı olan ... Sendikasına üye olarak ...'ten yararlanmaya başladığını, sendika üyesi olmadan önce günlük aldığı yevmiyenin ...'ten yararlanmaya başlamasını takiben, davalı ile ... Sendikası arasındaki protokol gereğince düştüğünü, yapılan bu indirimin İş Kanunu m.38'e aykırı olduğunu, ücrette indirimin ücret baz alınarak hesaplanan fazla mesai, hafta ve genel tatil ücretleri, ikramiye, ilave tediye, iş (güçlüğü) riski tazminatı, bakım tazminatı, vardiya tazminatı gibi ödemelerin de eksik ödenmesi sonucunu beraberinde getirdiğini, İş Kanunu m.62, 2822 sayılı ...GLK. m.5, 6 uyarınca ücrette bu surette bir indirime gidilemeyeceğini, sendika üyeliği nedeniyle ücretin indirilmesinin 2821 sayılı K. m.32 ve İş K. m.5'e aykırı olduğunu, birbirini takip eden ...'ler uyarınca öngörülen artışların yapılmakla birlikte, ilk hareket noktası ücretin eksik olması ne-

deniyle hukuka aykırılığın devam ettiğini, bu hukuka aykırı işlemi olmasaydı aldığı ücret ve eklerinin daha farklı olacağını, ... yapım aşamasında baskı sonucu sendika üyesi olduğunu ileri sürerek, fark aylık ücret, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti ve yine fark ikramiye, ilave tediye, iş (güçlüğü) riski tazminatı, bakım tazminatı, vardiya tazminatı alacaklarının alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, dava konusu alacakların zamanaşımına uğradığını, davacının ... Sendikasına üyelik başvurusunda bulunduğunu sendika yönetim kurulu kararı ile üye olduğunu, üyelik ile birlikte yürürlükteki ...'ten yararlanmaya başladığını, işçilerle kayıp kaçak kontrol işlerinde çalıştırılmak üzere İ... öncesi işe alınan tekniker ve teknisyenlere, ... ile ... Sendikası arasındaki 31.05.2004 tarihli Protokol m.2 uyarınca, 01.03.2003-28.02.2005 süreli 10. dönem İ...'in Ek 2 cetvelinde yer alan 4. derecenin karşılığı olan unvan ile İ...'in uygulama esasları başlıklı 6.maddesinin c fıkrası uyarınca sendika üyeliklerinin işverene bildirildiği tarihten itibaren Ek 2 cetvelinde yer alan 4. derecenin karşılığı yevmiyenin verilmesine, yine işbu bildirim tarihinden itibaren sözleşmenin tüm hükümlerinden 25.06.2004 tarihinden geçerli olmak üzere yararlandırılmalarının kararlaştırıldığını, Protokolün bu hükmü ve ... Ek 2 cetvel uyarınca söz konusu tekniker ve teknisyenlerin ücretlerinin günlük 24,44 TL olarak uygulandığını, davacının taleplerinin taraflar arasındaki iş sözleşmesi m.6'daki, "İşçinin esaslı bir nedene dayalı fasılalı veya teselsül eden iş sözleşmesinden mütevellit bir hak iddia edemez" kuralına aykırı olduğunu, dava konusu olayın İş Kanunu m.22,62 ve 2821 sayılı K. m.31 ile bir ilgisinin olmadığını, sendikaya üye olmaya zorlandığı iddiasının ciddi olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece ilk kararda, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının sendika üyesi olduktan sonra ... Sendikası ile davalı işveren arasında yapılan protokol uyarınca İ... Ek-II cetvelinde 4. derecinin karşılığı olan ücretin ödendiğini, toplu iş sözleşmesi ile işçinin başka haklara da kavuştuğunu, yevmiyesinin indirilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş,

Hükmün davacı tarafca temyizi üzerine Dairemizin 28/04/2014 tarih ve 2013/11930 E., 2014/13363 K. sayılı ilamı ile özetle; " . . . İ ş v e r e n tarafından toplu iş sözleşmelerinin uygulanması neticesinde iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin davacının sendikaya üyeliği ve ...'den

yaralanmaya başlanması üzerine düşürülmesi 2822 sayılı ...GLK'nın 6. maddesi uyarınca işçi lehine şart ilkesinin ihlali niteliğinde olup, kanuna aykırıdır. Mahkemece davalının zamanaşımı savunması nazara alınarak hesap dönemine ilişkin tüm ücret bordroları dosyaya getirtilmek suretiyle gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davacının ücret farkından kaynaklı taleplerine ilişkin yeniden bir karar verilmelidir." gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya direnilmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu kararı ile Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamada bozma sonrası davacı tarafça dosyaya sunulan 29/02/2016 tarihli ıslah dilekçesindeki talepler dikkate alınarak davanın kısmen kabulüne hükmedilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Açılan dava belirsiz alacak davası türlerinden kısmi eda külli tespit davası niteliğindendir. Belirsiz alacak davasının kısmi eda külli tespit davası olarak açılması halinde sonradan miktarın arttırılması "ıslah" niteliğindedir. Davacı bozmadan sonra bu şekilde 29/02/2016 tarihinde ıslah dilekçesi vermiştir.

Bozmadan sonra ıslah yapılıp, yapılamayacağı hususunda Yargıtay Hukuk Daireleri arasındaki içtihat uyuşmazlığının giderilmesi amacı ile içtihatların birleştirilmesi gündeme gelmiş, konu Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulunda değerlendirilmiş ve Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu' nun 06/05/2016 tarih ve 2015/1 E. 2016/1 K. sayılı kararı ile " Her ne sebeple verilirse verilsin bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına dair 04/02/1948 tarih ve 1944/10 E. 1948/3 K. sayılı YİBK. nın değiştirilmesine gerek olmadığına" karar verilmiştir.

Yargıtay Kanunu' nun 45/5. maddesi "İçtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve Adliye Mahkemelerini bağlayacağı" hükmünü içermektedir.

Yargıtay Kanunu'nun 45/5. maddesi karşısında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu'nun bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına ilişkin 06/05/2016 tarih ve 2015/1 E. 2016/1 K. sayılı kararına göre bozmadan sonra yapılan ıslaha değer verilmemesi gerekir.

Bozma sonrası ıslah olmayacağından mahkemece anılan dilekçeye itibar edilerek karar verilmesi hatalı olup, dava dilekçesinde talep edilenin tahsiline, karar verilerek kalan miktarın ise tespiti ile yetinilmesi gerekmektedir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine, 19/02/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HAFTA TATİLİ VE GENEL TATİL ÜCRETİ • SERBEST ZAMAN

ÖZET: Hafta tatili ve genel tatil ücretleri bakımından İş Kanununda serbest zaman uygulaması bulunmamaktadır. İş sözleşmesinde aylık maktu ücrete fazla mesailerin de dahil oluduu belirlenmiş ise de; bordrolarda tahakkuk ettirilen fazla mesailere göre işverenin söz konsu sözleşme hükmünü uygulamadığı anlaşıldığından, fazla mesai ücreti hesaplanmalı ve bordrolardaki miktarlar mahsup edilmelidir.

Y. 9 HD E.2017/27553, K.2017/22015, T.21.12.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 03.04.2012 tarihinde davalı işyerinde jeoloji mühendisi olarak işe başladığını ve 20.08.2013 tarihinde iş akdinin feshedildiğini, şantiyedeki mesai saatlerinin davalı şirket tarafından 08:00-18:00 olarak belirlendiğini, öğle arasının 1 saat olduğunu, müvekkilinin 45 saati aşan çalışmasının bulunduğunu, karşılığının ödenmediğini iddia ederek fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 03.04.2012-20.08.2013 tarihleri arasında çalıştığını, çalıştığı süre içerisindeki tüm fazla mesai ücretlerinin ödendiğini, müvekkili şirketle davacı arasında imzalanan iş sözleşmesi uyarınca davacının aldığı ücrete 270 saate kadar olan fazla çalışmanın dahil olduğunu, müvekkili şirketin ödemelerini İş Bankası kanalı ile yaptığını ve davacı tarafın bu ödemelere ilişkin ihtirazi kayıt ileri sürmediğini, davacının 20.08.2013 tarihli tüm alacaklarını aldığına dair ibraname imzaladığını, pazar günleri yaptığı çalışmanın karşılığında işçilere izin kullandırıldığını savunarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının günde 9 saat çalıştığı ve Şubat 2013 tarihinden itibaren fazla mesai ücreti aldığı, 03.04.2012-20.08.2013 tarihleri arasında 270 saat fazla mesai kapsamında çalıştığı ve 12,5 pazar karşılığında izin kullandığının tespit edildiği, bu tarihten sonra davacının banka hesabına fazla mesai karşılığında ücret yatırıldığı ve davacının daha fazla mesai yaptığına ilişkin sunmuş olduğu deliller içerinde ihtirazi kayıt bulunmadığı, davacı tarafın delilerinin incelenmesinde ücret bordrolarında belirtilen fazla mesaiden daha fazla mesai yaptığına dair herhangi bir yazılı belge bulunmadığı gerekçesiyle davacının fazla mesai ücreti alacağı ve hafta tatili ücreti alacağı bulunmadığı, resmi tatillerdeki çalışmalarına karşılık fazla mesai ücreti almadığı tespit edildiğinden, % 30 hakkaniyet indirimi sonrası 676,44 TL. resmi tatil ücreti alacağı bulunduğuna karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 23.6.2009 gün 2007/40862 E, 2009/17766 K).

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesine göre, günde yedibuçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedibuçuk saati aşan çalışma süreleri ile yedibuçuk saatten az çalışılması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5 inci maddesinde sözü edilen

günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar, doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırkbeş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur.

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanununun 41 inci maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.).

Fazla çalışmanın belirlenmesinde, 4857 sayılı Yasanın 68 inci maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin de dikkate alınması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı davalı işyerinde 03.04.2012 tarihinde işe başlamış, iş sözleşmesi devam ederken 10.05.2013 tarihinde yazılı iş sözleşmesi ve 27.05.2013 tarihinde de fazla mesainin ücretin içinde kararlaştırıldığına dair yeni bir iş sözleşmesi imzalanmıştır. Hükme esas bilirkişi raporunda davacının hafta tatili çalışması hariç günde 9 saat, haftalık 54 saat çalıştığı tespit edilmiştir. Davalı işveren tarafından sunulan bordrolarda 27.05.2013 tarihli sözleşme imzalanmasına rağmen bazı aylar 22 saat fazla mesai tahakkuk ettirildiği anlaşılmaktadır. Bu ödemeler karşısında sözleşme hükmünün uygulanmadığı işvereninde kabulündedir. O halde davacının haftalık 54 saat çalışması nedeniyle haftalık 9 saat fazla mesai ücreti hizmet süresine göre hesaplanmalı, ödenen miktar mahsup edilmeli (bordroların imzasız olması) ve kalan bakiye fazla mesai ücretine karar verilmelidir.

3- Hükme esas bilirkişi raporunda davacının hafta tatilinde çalıştığı, ancak bunun karşılığında izin kullandırıldığı belirtilmiştir. Hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil günleri dinlenme hakkı kapsamında kaldığından, tatilde yapılan çalışma karşılığı serbest zaman kullandırılması yasaya aykırılık teşkil eder. Serbest zaman ancak fazla mesai karşılığı verilebilir. Tatilde yapılan çalışma karşılığında izin verilmişse bu ancak mazeret izni olarak kabul edilebilir. Davacının çalıştığı hafta tatili karşılığı ücret alacağının hesaplanması gerekirken bu talebin yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine, 21.12.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMALAR • İSPAT YÖNTEMİ

ÖZET: Haftalık 45 saatin altındaki fazla sürelerle çalışmaların ücretlerinin hesaplanması için açık bir kabul beyanı veya yazılı bir belge ya da eşdeğerde yazılı bir kanıt bulunmalıdır.

Y. 9 HD E.2017/26572, K.2017/19480, T.30.11.2017

A) Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, 02/10/2006 tarihinde işe başladığını,davalı işyerinde mesai saatlerinin 08:00-17:00 saatleri arasında olup yürüttüğü büyük müşteriler bölüm başkanlığı görevi nedeniyle mesai saatlerinin çok üzerinde çalışmasına rağmen fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, her mali yıl sonunda kısa vadeli teşvik planı çerçevesinde düzenli olarak prim ödenmiş olmasına rağmen son olarak Nisan 2009-Nisan 2010 dönemine ilişkin olarak Haziran 2010'da yapılan prim ödemesinden yararlandırılmadığını, bir kısım işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek fazla mesai ücreti, kısa vade teşvik planı primi(ikramiye) alacaklarını istemiştir.

B)Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacının mesai saatlerini kendisinin belirlediğini, aylık ücretinin 12.000 TL olduğunu, sosyal hakları ile bu miktarın çok üzerinde aylık gelire sahip olan davacının gerek mesai saatlerini kendisinin ayarlayacak konumda olması ve gerekse yöneticilik görevi gereği yaptığı normal çalışma saatleri dışındaki çalışmaları nedeniyle fazla çalışma ücreti talep hakkı olmayacağını, ayrıca şirkette uygulanan fazla mesai prosedürüne göre çalışanların fazla mesai ücretlerinin fazla mesai bildirim formu ile yaptıkları fazla mesaiyi belgeleyip hiyerarşik üstlerine onaylatmaları ve ilgili birime vermeleri halinde ödendiğini, davacının çalıştığı dönemde insan kaynakları birimine sunduğu bir fazla mesai formu bulunmadığını, ayrıca giriş çıkış kayıtları incelendiğinde davacının haftalık 45 saati aşan bir çalışmasının bulunmadığını ve fazla mesai ücretine hak kazanamadığının görüleceğini, şirketteki prim ve ikramiye uygulamasının her yıl düzenli olarak yapılan genel bir uygulama olmadığını, bu nedenle davacıya 2009 yılında herhangi bir prim ve ikramiye ödemesi yapılmadığını, iddia ve taleplerin yersiz olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C)Yerel Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, Yargıtay boz-

ma ilamına uyularak yeniden yargılama yapıldığı, Yargıtay bozma ilamı doğrultusunda aynı bilirkişiden ek raporlar alındığı, bilirkişi tarafından sunulan 22.10.2016 tarihli 2.ek rapor ile 27.06.2017 tarihli 3.ek bilirkişi raporu açık, yeterli ve denetime elverişli olması nedeni ile mahkememizce hükme dayanak yapıldığı, davacının 02.10.2006-01.12.2009 tarihleri arasında satış menajeri olarak davalı şirkette çalıştığı ve en son sıfatının müşteriler bölüm başkanlığı olduğu, bu sıfata sahip davacının üst düzey yönetici olarak kabul edilemeyeceği, alınan bilirkişi raporu ve iş yeri giriş çıkış kayıtlarından davacının fazla mesai alacağı ve prim alacaklarının davalı tarafça davacıya ödenmediğinin sabit görüldüğü gerekçesi ile fazla mesai ücreti ve teşvik primi alacağı taleplerinin kabulüne karar verilmiştir.

D)Temyiz:

Karar süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E)Gerekçe:

1- Dava tarihinin 10/01/2011 olmasına rağmen gerekçeli karar başlığında 11/01/2011 olarak yazılması mahallinde düzeltilebilir maddi hata olduğundan bozma nedeni yapılmamıştır.

2-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

3- İşçinin normal çalışma süresinin sözleşmelerle haftalık kırkbeş saatin altında belirlenmesi halinde, işçinin bu süreden fazla, ancak kırkbeş saate kadar olan çalışmaları "fazla sürelerle çalışma" olarak adlandırılır (İş Kanunu, Md. 41/3). Bu şekilde fazla saatlerde çalışma halinde ücret, normal çalışma saat ücretinin yüzde yirmibeş fazlasıdır.

Somut uyuşmazlıkta, fazla süreler ile çalışma alacağı bakımından, davalı vekili, davacının iş aktine göre haftalık çalışma saati 45 saat olup 40-45 saat arası çalışma için fazla süreler ile çalışma alacağı hesaplanamayacağı yönünde temyiz nedeni ileri sürmüştür.

Davacının iş aktinde davacının fazla mesai yapmayı kabul ettiği, bu sözleşmede hüküm yoksa İş Kanunu'nun uygulanacağı, personel yönetmeliği, ekleri, çalışma ilkeleri gibi şirket içi düzenlemelerin uygulanacağı belirtilmiş olmakla birlikte haftalık çalışma saatine dair açık düzenleme bulunmamaktadır.

Fazla süreler ile çalışma alacağının, yani 45 saat haftalık çalışma altında kalan sürelerin hesaplanması için buna dayanak olarak taraflar arasında açık bir kabul yada yazılı bir belge bulunmalıdır.

İş aktinde bahsedilen ve ayrıca çalışma saatlerini belirleyen şirket içi belgeler getirtilerek 40-45 saat arası haftalık çalışmayı fazla süreler ile çalışma olarak nitelemeye uygun dayanak yazılı belge olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu konuya ilişkin belge olup olmadığı taraflardan sorularak varsa bildirecekleri belgeler de celbedilmelidir. Haftalık çalışma saatinin 45 saatin altında olduğunu belirten böyle bir dayanak yazılı belge yok ise sadece varsa 45 saat üzeri fazla mesai olarak hesaplanarak hüküm altına alınmalı, fazla süreler ile çalışma hesaplanmamalıdır. Haftalık çalışma saatinin 45 saat altında olduğunu belirten bir işyeri belgesi ya da sözleşme var ise ancak bu durumda fazla süreler ile çalışma da varsa fazla mesai yanında hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, 30/11/2017 tarihinde oybirliği ile kabul edildi.

YURT DIŞINDA ÇALIŞAN İŞÇİLER • İŞVEREN SIFATI

ÖZET: Yurt dışındaki ülkede o ülkenin yasalarına göre kurulan şirketle organik bağı bulunan Türkiye'deki şirketin davacı işçinin işvereni olduğu kabul edilmelidir.

Y. 9 HD E.2017/28074, K.2018/916, T.22.1.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının 01.05.2008-23.08.2015 tarihleri arasında davalı işverenliğin ....bulunan fabrikasında üretim teknisyeni olarak en son net 2.230,00 USD ücretle çalıştığını, ayrıca 450 USD yemek ücreti ödendiğini, müvekkilinin günde 12 saat, iki hafta 08.00-22.00, iki hafta 20.00-08.00 saatleri arasında çalıştırıldığını, 1 saat yemek arası olduğunu, vardiya dönüşümlerine bağlı olarak ayda iki hafta tatilinde çalıştığını ancak karşılığı ücretin ödenmediğini, tüm dini-milli bayramlarda aralıksız çalıştığını ancak tahakkuk eden genel tatil ücreti alacağının ödenmediğini, çalıştığı sürede herhangi bir ücretli izin kullanmadığı gibi kullandırılmayan izin ücreti alacaklarının ödenmediğini, vize dönemlerinde Türkiye'ye döndüğünü ancak İş Kanunu'nda düzenlenen şekilde izin kullanmadığını iddia ederek, kıdem tazminatı ile yıllık izin, tatil ve fazla mesai ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; husumet itirazında bulunarak, davacının 06.04.2009 tarihinde davalı şirkete ait... emekli olduğunu, işten ayrıldıktan sonra 01.09.2009-31.07.2015 tarihleri arasında.... fabrikasında çalıştığını, 31.07.2015 tarihinde Üretim Teknisyeni olarak çalışırken kendi isteğiyle işten ayrıldığını, davacının dava konusu çalışmasının ....'de geçmediğini, bahsi geçen şirketin .... Kanunlarına göre kurulmuş bir şirket olduğunu, davanın bu şirkete karşı .... açılması gerektiğini, Türk Mahkemelerinin yetkili olmadığını, alacakların zamanaşımına uğradığını, davanın belirsiz alacak davası olarak açılamayacağını, davacının fazla mesaiye dair iddialarının mesnetsiz olduğunu, davacının çalıştığı şirketin Rusya'da faaliyet gösterdiğinden orda geçerli olan bayram ve genel tatil günlerinin tespit edilmesi gerektiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) İlk derece Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, "her ne kadar davacı tarafça bir takım işçilik alacağının tahsili amacıyla dava açılmış ise de, dosya içerisinde bulunan iş sözleşmesi, ücret bordroları ve diğer tüm belgeler incelendiğinde, davacının dava dışı yabancı bir şirket olan Posuda şirketinde çalıştığı, iş sözleşmesinin bu şirketle yapıldığı, davacının ücretinin dava dışı bu şirket tarafından ödendiği ve davalı şirketle arasında organik bağ bulunduğuna dair somut bir delil de bulunmadığı" gerekçesiyle davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir.

D) İstinaf Dairesi Kararı:

Davacı vekilinin istinafa yoluna başvurması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılan inceleme sonunda, " istinafa başvuran davacı vekilinin gerekçeli kararın tebliğinden sonra 6100 sayılı HMK'nın yukarıda söz edilen maddelerinde açıklanan nitelikleri içerir gerekçeli istinaf kanun yoluna başvuru dilekçesini 8 günlük yasal süresi içinde sunmamış olduğu, süre tutum dilekçesinin de gerekçe içermediği" gerekçesi ile davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK 353/1-b1 ve 355. maddeleri gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

E) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

F) Gerekçe:

6100 sayılı HMK.'un 114/1.d maddesi uyarınca "Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları" dava şartıdır. Dava şartının, yargılamanın

her aşamasında dikkate alınması gerekir. Taraf sıfatı usul hukuku sorunu olmayıp, dava konusu sübjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunu olduğundan; taraf sıfatının yokluğu, davada taraf olarak gözüken kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel teşkil etmekle def'i değil, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülmesi mümkün ve mahkemece de kendiliğinden nazara alınması zorunlu bir itiraz niteliğindedir.

Yurt dışında hizmet alanında faaliyet yürütmek için bulunduğu ülke mevzuatına göre işyeri açan ve işveren olan Türk vatandaşlarının, bu işyerinde çalışmak üzere ...'den çalışmak üzere Türk vatandaşı gerçek kişileri işçi sıfatı ile götürdükleri ve bunun genelde ....vasıtası ile yapıldığı bilinmektedir. Ancak çoğu zaman Türk vatandaşı işçiler Türkiye bağlantılı şirketler vasıtası ile kurum kayıtları yerine getirilmeden turist vizesi ile çalıştırmak üzere götürülmekte ve yurt dışındaki ülke mevzuatı ile kurulan şirket işçisi olarak çalıştırılmaktadır. İş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bu tür uyuşmazlıklarda açıklandığı gibi Türk vatandaşı olan işçinin kamu düzeni de dikkate alınarak yurt dışına gönderilmesinde gönderen kişi yada şirketin yurt dışındaki yabancı şirket ile organik bağı delillendirildiğinde .... uygulanmakta ve organik bağ içinde olan ....'de kişi veya kişiler işçinin işvereni kabul edilerek sorumlu tutulmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, dosyadaki bilgi ve belgeler, özellikle taraf tanıklarının müşterek anlatımları, davacının iddia ettiği çalışma süresi içerisinde davalı işverenlik tarafından verilen işe giriş ve işten ayrılma bildirgeleri ile davalı işverenliğin internet sitesinde yer alan davalının fabrikalarına yönelik açıklamalar değerlendirildiğinde, davacının Rusya Posuda'da bulunan fabrikada çalıştığı dönemden doğrudan doğruya davalı işverenin taraf olduğu ve dava şartı olması nedeniyle husumetin re'sen gözetilmesi gerektiği gözden kaçırılarak, yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

G) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı 6100 sayılı HMK.'un 373. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22/01/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

24 SAATLİK ÇALIŞMA • DİNLENME ARASI • GEMİ ADAM • FAZLA ÇALIŞMA

ÖZET: İşçinin 24 saatlik çalışma süresinde uyku imkanıda bulunuyor ise, 10 saat dinlenme arası verilmelidir. Uyku ihtiyacı giderilmeyen 24 saatlik çalışma süresinde dinlenme süresi 4 saat olarak kabul edilmelidir. Gemi adamının günlük yasal çalışma süresi 8 saat olup, bu süreyi aşan çalışmalar fazla çalışmadır.

Y. 9 HD E.2017/25782, K.2017/17082, T.31.10.2017

A) Asıl Dava Birleşen Davalar Davacısı İsteminin Özeti:

Davacı vekili asıl davada davacının davalıya ait deniz otobüslerinde gemi adamı olarak 06.00-22.00 saatleri arasında 2 vardiya üst üste çalıştıktan sonra iki vardiya dinlendiğini, bu çalışma biçiminde fazla mesai yaptığını ancak fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, ayrıca 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 43. maddesine göre milli bayram ve genel tatil günlerinde çalışma yapılmadan 2 yevmiye ödenmesi gerektiğini, bir yevmiyenin maktu ücret içinde ödendiğini, 1 yevmiyenin ise ödenmediğini, işyerinde 3 öğün yemek yerine 1 öğün yemek verildiğini iddia ederek fazla mesai, milli bayram ve genel tatil mesai ücreti ile yemek ücretinin davalıdan tahsiline; birleşen davalarda ise bozma sonrası asıl davada tespit edilen fazla çalışma, milli bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının tahsiline ve yine bu alacakların tahsili için başlatılan takibe vaki itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Asıl Dava Birleşen Davalar Davalısı Cevabının Özeti:

Davalı vekili asıl ve birleşen davalarda iddia edildiği şekilde fazla çalışma yapılmadığını, gemi adamlarının fiilen çalıştıkları sürenin geminin sefere hazırlandığı, sefer yaptığı ve sefer sonrası işlemlerin tamamlandığı süre olduğunu, bunun dışındaki zamanlarda gemi adamının serbest olduğunu, davacının fiilen iş başında geçirdiği sürenin toplam 8 saat olduğunu, davacıya hak ettiği fazla mesai ve gece nöbeti ücretlerinin eksiksiz olarak ödendiğini, maaşı içinde çalışmadığı günler için ücret ödemesi yapıldığını, gemi adamlarına iaşe bedelinin tespit kurulu tarafından belirlenen miktara göre her çalıştığı gün için ödendiğini, alacaklarının zaman aşımına uğradığını savunarak davanın reddini istemiştir..

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davacının Deniz İş Kanunu hükümlerine tabi olduğu, Deniz İş Kanununun 26.maddesinde açıkça günlük ve haftalık kanuni çalışma süresi belirlendiğinden, deniz otobüsünde çalıştığı süre içinde, günlük 8 saati aşan çalışmalar fazla saatlerle çalışma olarak değerlendirilerek % 50 zamlı saat ücreti üzerinden yapılan hesaplama sonucuna göre fazla mesai ücret alacağı olduğu, gemi adamı olarak maktu aylık ücretinin içinde o ay içinde bulunan milli bayram ve genel tatil ücretinin çalışılmadan ödenmesi gereken bir yevmiyesini aldığından davacı için hesaplama dönemi içindeki milli bayram ve genel tatil günleri için çalışılmadan ödenmesi gereken bir yevmiye alacağının daha hesaplanması sonucunda genel tatil ücret alacağının da olduğu, Çalışma Bakanlığı İaşe Bedelleri Tespit Kurulu kararlarına göre belirlenen iaşe bedelinin ödendiği anlaşılmakla yemek ücreti alacağının olmadığı gerekçesiyle asıl ve birleşen ... 13.İş Mahkemesi'nin 2014/734 esas sayılı davaların kısmen, birleşen ... 23.İş Mahkemesi'nin 2014/1181 esas sayılı davanın ise tamamen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı asıl dava/birleşen davalar davalısı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, asıl dava/birleşen davalar davalısının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Deniz İş Kanunu'nun 26/2 maddesine göre "iş süresi, gemiadamının işbaşında çalıştığı ve vardiya tuttuğu süredir. Gemiadamının fiilen çalıştığı veya fiilen çalışmamakla birlikte gücünü işverenin emrinde bulundurduğu, iş verilmesi veya çıkması için beklediği süreler çalışma süresinden sayılmalıdır. Gemiadamının gemide (işyerinde) bulunmakla birlikte serbestçe kullandığı (yemek yeme, yatma, dinlenme, muayene ve bakım gibi) süreler çalışma süresi sayılamaz. Kısaca gemiadamının işyerinde bulunduğu zaman değil, "işte geçirilen zaman" esas tutulmaktadır.

Deniz İş Kanunu'nun 28/1 maddesine göre "Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma sayılır". 4857 sayılı İş Kanunu kural olarak haftalık çalışma süresinin (45 saat) aşılması halinde aşılan süreyi fazla saatlerle çalışma olarak belirlemişken, Deniz İş Kanunu hem günlük (8 saat) hem

haftalık (48 saat) çalışma süresinin aşılmasını fazla saatlerle çalışma olarak kabul etmiştir. 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. Deniz İş Kanunu'ndaki günlük veya haftalık çalışma esası nedeni ile gemiadamının günlük çalışma süresi 8 saati aşıyor ise haftalık çalışma süresinin 48 saatlik normal çalışma süresinin aşılmasına gerek olmaksızın o gün için fazla saatlerle çalışma yaptığı kabul edilmelidir. Haftalık çalışma, gemiadamının haftanın 7 günü ve günlük çalışmasının 8 saati aşmaması halinde ortaya çıkar. Gemiadamlarının 26. maddeye göre saptanmış haftalık iş süresini işbaşında ya da vardiya tutarak tamamladıktan sonra, hafta tatili gününde de aynı biçimde çalıştırılması halinde, fazla çalışmadan sözedilebilir. Kısaca 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'nda açık bir şekilde ara dinlenmeleri düzenlenmiş değildir. Bu sürelerin çalışma süresinden olup olmadığı da belirtilmemiştir. Ancak gemiadamının ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılmayacağı 26. maddenin 2. ve 3. fıkralarından çıkarılabilir. Zira anılan düzenlemelerde 2. fıkrada "işbaşında geçirilen sürenin" çalışma süresi sayılacağı, 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. Ara dinlenme konusunda özellikle Gemiadamlarının İkamet Yerleri, Sağlık ve İaşelerine Dair Yönetmeliğin 30. maddesi dikkate alınmalıdır. Zira bu düzenlemelerde yemek zamanları düzenlenmiş ve 4 öğün (ki her öğün için 1 saat 30 dakika öngörülmüştür) olacağı belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre; Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılamada alınan bilirkişi raporunda günlük 16 saat çalışma için 1,5 saat, günlük 24 saat çalışmada ise 2 saat ara dinlenmesinin tenzili ile 8 saati aşan kısım için fazla çalışmanın hesaplandığı görülmüştür.

Somut uyuşmazlıkta; davacının günlük çalışma saatlerine göre hesaplamada ara dinlenme süresinin ne kadar olduğunun belirlenmesi gereklidir. İlke olarak işçinin uyku ihtiyacını gideremediği 24 saat esaslı çalışmada yemek ve sair ihtiyaçları nedeniyle 4 saat ara dinlenme yaptığı kabul edilmelidir. Bu yönüyle davacının çalışma şekli açıklığa kavuşturulmadır.

Davacının 24 saatlik çalışmasında uyku ihtiyacını giderdiğinin tespiti halinde 10 saat ara dinlemesi yaptığı, şayet gidermeden çalıştığının tespiti halinde ise 4 saat ara dinlemesi yaptığı kabul edilerek sonuca gidilmelidir. 16 saatlik çalışma için de 1,5 saat yerine 2 saat ara dinlenmesi düşülmelidir. Mahkemece yapılacak iş açıklanan bu ara dinlenme sürelerine göre yeniden ek rapor alıp davalının usulü müktesap hakkı da gözetilerek karar verilmesinden ibarettir.

Ayrıca, birleşen ... 13. İş Mahkemesi'nin 2014/734 esas ve birleşen ... 23. İş Mahkemesi'nin 2014/1181 esas sayılı dava konusu alacakların dayanağı asıl davadan kaynaklandığından hüküm fıkrasında "tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla" ibaresine yer verilmemesinin infazda tereddüde yol açabileceğinin düşünülmemesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GECE ÇALIŞMALARI • FAZLA ÇALIŞMA • HESAP YÖNTEMİ

ÖZET: Gece çalışmalarında 7,5 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olup, işçinin her gece çalışmasında 7,5 saati aşan çalışması günlük olarak fazla çalışma sayılarak fazla çalışma ücreti alacakları hesaplanmalıdır. Bu noktada haftada 45 saatin aşılması gerekmez.

Y. 9 HD E.2017/26762, K.2017/19556, T.30.11.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili müvekkilinin davalılara ait....Limanı işletmesinde özel güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, müvekkili ve diğer iş arkadaşlarının puantaj kayıtları ve çizelgelerde görüldüğü üzere işyerinde gece ve gündüz dönüşümleri olacak şekilde 12 saat gündüz, 12 saat gece olmak üzere vardiyalı bir biçimde çalışma yaptıklarını, ara dinlenme hakkı verilmediğini, müvekkiline ödenen ücretlerinin davalıların aralarında yaptıkları ihale sözleşmesi ve teknik şartname ile belirlendiğini, davalıların müvekkili ve diğer arkadaşlarının ücretlerini eksik ödedikleri gibi kesintiye git-

tiklerini, bu nedenle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile fazla mesai ücreti, ücret alacağı ve haksız kesinti alacaklarının davalılardan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalılar Cevabının Özeti:

Davalı ... Genel Müdürlüğü vekili özetle; müvekkili şirketin talep edilen alacaklardan sorumluluğu bulunmadığını, ihale makamı olduğunu, kendilerine karşı açılan davanın reddini savunmuştur.

Davalı...Özel Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti. vekili; kendilerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında ihale yoluyla yüklendiği iş kapsamında idare ile aralarında yapılan şartnamelere uygun olarak işçilerinin ücretlerini ödediklerini, bu şartların dışına çıkmalarının sözleşmede belirtilen ücretlerin ödenmemesinin, eksiltilmesinin veya artırılmasının mümkün olmadığını savunmuştur.

C) Bozma Kararı ve Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere dayanılarak, bozmaya uyularak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı ve davalılar vekilleri 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- Mahkemenin ilk kararı dairemizin 2015/36234 Esas - 2016/2659 Karar sayılı 15.02.2016 tarihli ilamı ile fazla mesai açısından bozulmuş, bozma kararında yıllık 270 saate dikkat çekilmiş ve özellikle gece çalışmalarından kaynaklanan fazla mesai hesabına ilişkin bozma yapılmıştır.

Hükmüne uyulan ve usulü kazanılmış hak oluşturan bozma ilamının gece çalışmasına ilişkin kısmına göre davacının çalışma düzeyine göre 1. 2. ve 4. Haftalarda 2 kez 3. Haftada ise 1 kez olmak üzere ayda 7 kez gece çalışması yaptığı ortadadır. Ayda 7 kez yapılan gece çalışması sayısı ve her çalışmanın 12 saat olduğu kesinleşmiştir.

12 saatlik çalışmada 1.5 saat ara dinlenme düşüldüğünde fiili çalışma süresi 10.5 saat olup yapılan gece çalışmasındaki 7.5 saati aşan 3 saat, haftalık çalışma süresine bakılmaksızın fazla çalışmadır. Buna göre davacının gece çalışmasından kaynaklanan toplam süre 3 x 7 = 21 saat olup,

her ay için 21 saatlik fazla çalışma hesaplanması gerekirken gece çalışmasına ilişkin İş Kanunu'nun 69. maddesi ve dairemiz içtihatları gözetilmeden davacının fazla çalışma ücretinin tamamen reddi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI • İŞ GÖREMEZLİK ORANINDA DEĞİŞİKLİK

ÖZET: İş kazası olmadığı belirlendiği tardirde ise, 5510 sayılı Yasanın 95. maddesinde öngörülen prosedür doğrultusunda inceleme yapılarak, davaya konu iş kazasına bağlı olarak sigortalının sürekli işgöremezlik oranının kesin biçimde belirlenmesi, sürekli işgöremezlik oranı konusunda değişiklik ortaya çıkması durumunda, bu değişikliğin dava konusu ilk peşin sermaye değerli gelir üzerindeki etkisinin, davalının tazminle sorumlu olduğu miktara yansıtılması gereğinin gözetilmemiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Y. 10 HD E.2015/16392, K.2016/2073, T.16.02.2016

Dava, geçirdiği iş kazası sonucu sürekli iş göremez hale gelen sigortalıya bağlanan peşin değerli gelir ve yapılan sosyal yardımlardan oluşan kurum zararının davalıdan rücûan tahsilini istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilâmında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, taraf 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.

Kazalı S..., T...E...'ta sigortalı olarak çalışmaktayken 19.10.1987 tarihinde iş kazası geçirmiş, %15,2 malûliyet oranına göre kendisine gelir bağlanmıştır. Sigortalı aynı iş yerinde çalışmaktayken 06.08.2000 tarihinde ikinci bir iş kazası geçirmiş, kendisine %56,07 birleştirilmiş maluliyet oranına göre gelir bağlanmıştır.

Davacı Kurum, ikinci kaza sonrası birleştirilmiş maluliyet oranına göre bağlanan gelirin peşin sermaye değeri ile, tedavi gideri ve geçici iş göremezlik ödeneğinden oluşan kurum zararının 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi uyarınca davalıdan tahsilini talep etmiş, Mahkemece hak sahibi

dosyasında alınan davalı işverenin %70 kusurlu olduğuna ilişkin rapora itibar edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

1)Davanın yasal dayanağı olan 506 sayılı Yasa'nın 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 fıkrada geçen "sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden 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 rücû edilir." düzenlemesine göre; davaya konu iş kazasında kusurlu olanlar davacı Kurum'un rücû alacağından kusurları karşılığı sorumludur.

Kusur raporlarının, 506 sayılı Yasa'nın 26., 4857 sayılı Yasa'nın 77. ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğünün 2 vd maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir. 4857 sayılı Yasa'nın 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 bulundukları 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 üstündeğer 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.

Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi hükmü gereğince, hukuk hakimi ke-

sinleşen ceza mahkemesi kararındaki maddi olgu ile bağlıdır. Ceza mahkemesi kendine has usuli olanakları nedeniyle hükme esas aldığı maddi olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle ceza mahkemesinde saptanacak maddi olayın yargısal bir kararla saptanmış olması gerçeğinin hukuk hakimini de bağlaması gerekir. Bu hal; Kamunun yargıya olan güveninin korunmasının bir gereği olduğu gibi, söz konusu Borçlar Kanununun 53. maddesinde öngörülen kuralın da doğal bir sonucudur. Nitekim bu husus, Yargıtay'ın yerleşmiş ve kökleşmiş görüşleri ile de kabul edilmiş bulunmaktadır.

Diğer taraftan, tarafları ve konusu farklı olan sigortalının açtığı tazminat dosyasında verilen karar, rücûan tazminat davalarında kesin hüküm teşkil etmez. Dolayısıyla, hak sahibi dosyasında alınan kusur raporu da eldeki davada kesin delil teşkil etmeyecektir. Şayet kesinleşmiş ise ancak, güçlü delil teşkil edebilir.

2) Birden çok iş kazasına uğrama halinde sigortalıya gelir bağlanırken "Balthazard" formülü uygulanmakta olup, sigortalıda oluşan sürekliişgöremezlik derecesi ayrı ayrı zamanlarda meydana gelen iş kazası sonucu ortaya çıkan işgöremezlik derecelerinin toplamı olarak kabul edilemez. Bu nedenle Kurum'un ilk peşin değerli gelire ilişkin rücu alacağı belirlenirken Balthazard formülünün her kazaya yansıyan oranının saptanması gereklidir.

Mahkemece, bu durumda yapılacak iş, sigortalının önceden geçirdiği kazanın, iş kazası olup olmadığı araştırılarak iş kazası ise; gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak Balthazard formülü uyarınca, ikinci iş kazasına düşen sürekli işgöremezlik oranı belirlenerek, bu oran nedeniyle sigortalıya bağlanan gelirde yaratılan artışın ilk peşin sermaye değeri Kurumdan da sorulmak suretiyle saptanarak, kusur karşılığına hükmetmektir.

İş kazası olmadığı belirlendiği takdirde ise, 5510 sayılı Yasanın 95. maddesinde öngörülen prosedür doğrultusunda inceleme yapılarak, davaya konu iş kazasına bağlı olarak sigortalının sürekli işgöremezlik oranının kesin biçimde belirlenmesi; sürekli işgöremezlik oranıkonusunda değişiklik ortaya çıkması durumunda, bu değişikliğin dava konusu ilk peşin sermaye değerli gelir üzerindeki etkisinin, davalının tazminle sorumlu olduğu miktara yansıtılması gereğinin gözetilmemiş olması, usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

3)Mahkemece, 92. madde uygulaması araştırılmadan karar verilmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi, "Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir." düzenlemesini içermektedir.

Kurum'un, sigortalıya bağladığı ilk peşin sermaye değerli gelirden fazlasını isteme hakkı bulunmadığı gibi; bağlanan gelirin kesildiği veya kesilmesi gereğinin, yargılama sürecinde ortaya çıktığı durumlarda; Kurum'un ödemediği veya ödemeyecek olduğu gelir kesimini rücuan isteyemeyeceği yönü de, tazmine yönelik davada gözetilmesi gereken genel ilkeler arasında bulunmaktadır.

Dava konusu edilen gelirlerin, 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi (5510 sayılı Yasa'nın 54. madde) uyarınca indirildiğinin anlaşılması halinde; davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarının; gelirin başladığı tarih itibariyle 506 sayılı Yasa'nın 92. maddesi (5510 sayılı Yasa'nın 54. madde) uyarınca indirilmiş hali üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerli gelir miktarına, indirme tarihine kadar yapılan fark fiili ödeme miktarının da eklenmesi suretiyle belirlenmelidir.

Mahkemece; her iki kazadaki kusur oranları ile karşılığı ilk peşin sermaye değerleri belirlenmeli, 92. maddenin her iki kaza yönünden etkisi irdelenmelidir. Dava konusu edilen gelirlerin, 506 sayılı Kanunun 92. maddesi (5510 sayılı Yasa'nın 54. madde) uyarınca yarıya indirilmesi nedeniyle gelirin başlangıç tarihi itibariyle 506 sayılı Yasanın 92. madde (5510 sayılı Yasa'nın 54. madde) uygulaması gözetilerek belirlenmiş (yukarıda anlatılan şekilde hesaplanmış) miktarını gösterir ilk peşin sermaye değeri Kurum'dan sorulmalı, davalının tazminle sorumlu olduğu ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde belirlenmeli ve hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir.

Mahkemenin, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki esaslar doğrultusunda yargılama yaparak, elde edilecek sonuca göre karar vermesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgı sonucu yazılı şekilde hüküm kurması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, taraf avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalı T...A.Ş'ye iadesine, 16.02.2016 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • GERÇEK ÜCRET

ÖZET: Gerçek ücretin işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarından saptanacağı, işçinin imzasının bulunmadığı işyeri ve sigorta kayıtlarının nazara alınamayacağı, işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarının bulunmaması durumunda işçinin yaşı, kıdemi, meslek durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret göz önünde tutularak belirlenmesi gerekir. Sigorta Primine Esas Kazanca göre hesap yapılamaz. Anılan kazancın asgari ücretin üzerinde olması durumunda, bu fazlalık oranı sonradan yürürlüğe giren asgari ücretlere de yansıtılmalıdır. Brüt değil, net ücret hesaplamada esas alınmalıdır. Aktif dönemi için gerçek ücret, pasif dönem için ise asgari ücret esas alınarak zarar hesabı yapılmalıdır.

Y. 10 HD E.2016/12100, K.2016/12309, T.11.10.2016

Rücuan tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen davanın kısmen kabulüne ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar vekillerince istenilmesi ve davalı vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 11.10.2016 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davalı adına Av. ... ile karşı taraf adına Av. ... geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı günde Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, 24.06.2009 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirlerin 5510 sayılı Yasanın 21/1 maddesi uyarınca rücuan tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, gerçek zarar yapılmaksızın, hak sahiplerine bağlanan ilk peşin değerli gelirlerin %70 davalı işveren kusuru üzerinden davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır.

1-Davada öncelikle halledilmesi gereken sorun; zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan sigortalıyı çalıştırdığı ifade edilen davalı ... Nkl. Spor Kültür A.Ş.'nin işverenlik sıfatının olup olmadığının saptanmasıdır.

İş kazasına ilişkin 12.11.2009 gün ve 21 sayılı Sigorta Müfettişi raporu tespitlerine göre; davaya konu iş kazasının, Büyük Bölcek Mah.Kültür Park İçi/... adresinde kurulu olan ve davalı kurumda "İlhan Gerim" adına "Lünapark" işletmesi olarak işlem gören 2.8431.1006809.68 no'lu işyerinde meydana geldiği; söz konusu Lünapark işletmesi işyeri ... Uluslararası Nkl. Spor Kül. Eğt. Tes. A.Ş. adına 25209.68 işyeri sicil numarasıyla işlem görürken bu işyeri dosyasının 10.07.2006 tarihi itibarıyla kapatıldığı ve aynı işyerinin 11.07.2006 tarihi itibarıyla anılan Anonim Şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı olan dava dışı ... adına 6809.68 numarayla işlem görmeğe başladığı; iş kazasına maruz kalan sigortalı ...'ın 25209.68 no'lu işyerinden 1992 yılında başlayan bildirimlerinin 10.07.2006 itibarıyla sonlandırılarak çıkışının yapıldığı ve 11.07.2006 tarihinden itibaren ... adına kayıtlı olan 6809.68 no'lu işyerinden bildirimlerin devam ettiği ve en son 6809.68 no'lu işyerinde çalışırken kazaya maruz kaldığının bildirilmesi karşısında; anılan her iki işyerine ilişkin işyeri dosyaları da getirtilerek davalı Şirketin işverenlik sıfatının varlığı belirlenmeli, işverenin İlhan Gerim olduğunun anlaşılması halinde taraf teşkili sağlanarak yapılacak yargılamaya göre karar verilmelidir.

2-Yukarıda öngörülen bozma uyarınca işverenlik durumu açıklığa kavuşturulduktan sonra;

Davanın yasal dayanağını oluşturan ve işverenin iş kazası veya meslek hastalığından sorumluluğunu düzenleyen 5510 sayılı Kanunun 21/1'inci maddesinde; sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan ya da ileride 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 işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği öngörülmüştür. Bunun bir gerçek zarar hesabını gerektireceği açıktır. 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 Kanununun 45 ve 46, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54 ve 55'inci maddeleri) hesabı dikkate alınmalıdır.

2-5510 sayılı Kanunun "İş Kazası ve Meslek Hastalığı ile Hastalık Bakı-

mından İşverenin ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu" başlıklı 21. maddesine göre; İş 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. Anılan madde ile tazmin sorumlularının Kurum karşısındaki sorumluluğu bir tavanla sınırlandırılmış olup, bu sorumluluk "...sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı..." bulunmaktadır. Maddenin açık hükmü karşısında; ilk peşin sermaye değerli gelirin, Kurum yararına tazmini mümkün kısmının belirlenebilmesi için gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Gerçek zarar hesabı tazminat hukukuna ilişkin genel ilkeler doğrultusunda yapılmalıdır. Sigortalı, sürekli iş göremezlik durumuna girmiş ise bedensel zarar hesabı, ölümü halinde destekten yoksun kalma tazminatı (Borçlar Kanununun 45-46, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54-55. maddeleri) hesabı dikkate alınmalıdır.

Gerçek zarar hesaplanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş görmezlik ve karşılık kusur oranları, destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı, gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerekir.

Gerçek zarar miktarı; işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Sigortalı veya hak sahiplerinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda ...'dan alınan 1931 tarihli "PMF" cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, ... Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, ... Danışmanlık, ... Üniversitesi ve ... Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tablolarının uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin

kullanılması esastır. Bu durumda ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH-2010 tablosunun bakiye ömrün belirlenmesinde esas alınması gerekecektir.

İşçinin 60 yaşına kadar aktif dönemde günlük net geliri üzerinden, 60 yaşından sonra bakiye ömrü kadar pasif dönemde asgari ücret üzerinden,

her yıl için ayrı ayrı hesaplama yapılacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Tazminat hesabında gözetilecek ücret, işçiye ödenen günlük veya aylık çıplak ücrete ek olarak sağlanan, parayla ölçülmesi mümkün bütün ekonomik faydaları kapsar. Diğer bir anlamda, işverence sağlanan para ve para ile ölçülebilen bütün hak ve menfaatlerin "giydirilmiş" olduğu gelirdir. Bu anlamda da zarar hesabına esas ücret, a) Günlük veya aylık çıplak ücret, b) İşyerinde sağlanan yemek yardımı, c) Ödenen her türlü ikramiye ve teşvik primleri, d) İşe gidiş gelişte sağlanan olanaklar veya yol ücreti, e) Bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle sağlanan giyim, aile, yakacak, ısınma parası gibi süreklilik gösteren haklar, gözetilerek belirlenmelidir. Gerçek ücretin ise işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarından saptanacağı, işçinin imzasının bulunmadığı işyeri ve sigorta kayıtlarının nazara alınamayacağı, işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarının bulunmaması durumunda işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret göz önünde tutularak belirlenmesi gerekir. Sigorta Primine Esas Kazanca göre hesap yapılamaz.

Anılan kazancın asgari ücretin üzerinde olması durumunda, bu fazlalık oranı sonradan yürürlüğe giren asgari ücretlere de yansıtılmalıdır. Brüt değil, net ücret hesaplamada esas alınmalıdır. Aktif dönemi için gerçek ücret, pasif dönem için ise asgari ücret esas alınarak zarar hesabı yapılmalıdır.

İşçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanmakta, bilinmeyen dönemdeki kazancı ise; önceki uygulamalarda yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulmakta idi. Tazminatların peşin olarak hesaplanması, buna karşılık gelirin taksit taksit elde edilmesi, bu nedenle peşin belirlenen tazminatın her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire artırım ve iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre önceki uygulamalardaki gibi %10 artırım ve iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak %5 oranının uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır.

Gerçek zarar hesaplanması yönteminde, hak sahibi eşin bakiye ömür süresi daha uzun olsa bile, destek süresi, işçinin bakiye ömrü ile sınırlıdır. Önceki hesap yöntemlerinde, kız çocuklarının bakım ihtiyaçları, evlenme çağlarının kural olarak kentlerde geldiği kabul olunan 22 yaşla,

köylerde ise 18 yaşla sınırlı tutulması gereği varsayımsal olarak kabul olunmakta idi. Kız çocuklarının evlenme yaşlarının, aile bağlarına, sosyal ve ekonomik durumuna, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına göre değişiklik arzettiği gözetildiğinde, Türkiye İstatistik Kurumunca bölgelere göre düzenlenen evlenme yaşı istatistiklerinden yararlanılarak belirlenmesi, tazminat hesap ilkelerine daha uygun olacaktır. Erkek çocuklar için 18 yaşla, orta öğretim halinde 20 yaşla, yüksek öğretim halinde 25 yaşla sınırlı tutulması gerekir. Ancak orta öğretimin zorunlu hale geldiği gözetilerek erkek çocukların 20 yaşına kadar destekten yararlandırılmalarının gerekeceği kabul olunmalıdır.

Dul kalan eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde aile bağlarına, sosyal ve ekonomik durumuna, kişiliğine, çocuk sayısına, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına bakılarak bir sonuca varılması gerekir. Bu hususta, gerektiğinde konusunun uzmanı bilirkişilerin görüş ve düşüncesine de başvurulabilir. Uygulamada, dul eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde daha çok, hazır tablolardan yararlanılmaktadır. En sık başvurulan ... 'in tablosuyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablodur. Moser'in Tablosu 1940'tan önceye ait olup, günümüz koşullarına ve ülkemiz şartlarına uyduğu söylenemez. Yine, İsviçre kaynaklı Stauffer / Schaetzle tablosu daha yakın tarihli ise de, bu tablonun da Türkiye koşulları dikkate alınarak hazırlanmadığı açıktır. Bu durumda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablonun mevcut koşullarda ülkemiz koşullarına daha çok uyumlu olduğu değerlendirilebilir. (Hukuk Genel Kurulunun 02.02.2011 gün; 2010/4-712 Esas, 2011/4 Kararı) Yukarıdaki yüzdeler, çocuksuz eşler için olup, AYİM uygulamasında 18 yaşından küçük her çocuk için %5 indirim yapılmaktadır. Yalnızca kadınlar için düzenlenmiş bu tabloların erkeklere uygulanmasında, DİE'nin (TÜİK'in) erkeklerin kadınlara oranla %77,13 daha fazla evlenme şansları olduğuna ilişkin saptamasından yararlanılmaktadır. Dul eşin yeniden evlenme olasılığı, olay tarihindeki yaşına göre değil, hüküm tarihine en yakın rapor tarihindeki yaşına göre saptanmalıdır.

Yukarıda belirtilen ilkelere gözetilmeden ve her bir hak sahibi yönünden anılan ilkelere göre tespit edilecek gerçek zarar ile her bir hak sahibine bağlanan ilk peşin sermaye değerli gelirle karşılaştırması sonucu düşük olanın kusur karşılığına isabet eden miktarına karar verilmesi gereği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması, 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**, davalı Avukatı yararına takdir edilen 1.350,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıya yükletilmesine, davacı Avukatı yararına ise takdir edilen 1.350,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 11.10.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ARTAN ve AZALAN İŞ GÖRMEZLİK

ÖZET: Bu hallerde, peşinsermaye değerli gelirin, gelir başlangıç tarihi itibarıyla, artan veya azalan iş göremezlik oranına göre ayrı ayrı belirlenmesi; yeni oran üzerinden belirlenmiş olan bu peşin sermaye değerli gelir(den), gelir başlangıç tarihinden sürekli iş göremezlik derecesinin arttığı/azaldığı tarihe kadar ödenen gelirin, düşük/yüksek iş göremezlik oranı ile artan/azalan iş göremezlik oranı arasındaki fark iş göremezlik oranına karşılık gelen miktarının ilavesi/mahsubu gerekecektir.

Y. 10 HD E.2015/22808, E.2016/9894, T.14.06.2016

Dava, meslek hastalığı nedeniyle sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan gelirlerin 506 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece, uyulan bozma ilamı uyarınca davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün taraf vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Meslek hastalığı sonucu 24.08.1991 tarihi itibarıyla %16,21 oranında sürekli iş göremezliğe maruz kalan sigortalının, sürekli iş göremezlik oranı 01.12.1993 tarihinden itibaren artmayla %37,2 oranına, 01.07.1997 tarihinden itibaren %43 oranına, 01.07.1999 tarihi itibarıyla %47 oranına yükselmiş, 01.07.2001 tarihi itibarıyla azalmayla %18 oranına düşerken,

en son sigortalının itirazı üzerine alınan ... raporuyla 01.10.2004 tarihi itibarıyla da bu oran %0 olmuş, sigortalının geliri kesilerek fiili ödemeye dönüşmüştür.

Davacı kurum yönünden bağlayıcılığı bulunan...raporuna rağmen, dava sırasında alınan ..13.07.2007 günlü raporuyla, sigortalıdaki sürekli iş göremezlik derecesi %13,1 olarak belirlenmiştir.

Davacı Kurum, %43 sürekli iş göremezliğe göre bağlanan gelirdeki artışın 4.159,02 TL olduğunu, 01.07.1999 tarihinden itibaren bu oranın %47 olması nedeniyle %4'lük fark karşılığı olan 472,37 TL peşin değerli gelirle birlikte artışlı gelirlerin 4.631,40 TL'ye ulaştığını, kesinleşen ilk rücu davası da gözetilmek suretiyle; %80,475 kusur farkı olan 1.532,30 TL ilk peşin değerli gelir ile artışlara ilişkin olarak 627,29 TL 'nin rücuan tahsilini istemiştir.

Mahkemece, ilk rücu davasında talep edelen ve sırasıyla artmayla %16,21, %37,20 ve %47 oranlarına ulaşan gelirlerin ayrı ayrı ilk peşindeğerlerini toplamak suretiyle davaya konu gelirin ilk peşin değerini 1.904,10 TL olarak

belirlemiş; bunun %80,475 kusur farkı olan 1.532,30 TL ile %4'lük fark orana ilişkin 472,37 TL ilk peşin değerin %81 kusur karşılığı olan 382,62 TL'ye hükmetmek suretiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Mahkemenin hükmü eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır.

Sürekli işgöremezlik derecesindeki artma veya düşmeye bağlı olarak değişime uğrayan gelir, düşük veya yüksek işgöremezlik oranınedeniyle bağlanmış olan başlangıçtaki gelir olup; gelir hesabındaki unsurlardan biri olan işgöremezlik oranındaki değişim karşısında, başlangıçtaki gelirin, değişen işgöremezlik oranına uyarlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu hallerde, peşin sermaye değerli gelirin, gelir başlangıç tarihi itibarıyla, artan veya azalan iş göremezlik oranına göre ayrı ayrı belirlenmesi; yeni oran üzerinden belirlenmiş olan bu peşin sermaye değerli gelire(-den), gelir başlangıç tarihinden sürekli iş göremezlik derecesinin arttığı / azaldığı tarihe kadar ödenen gelirin, düşük/yüksek iş göremezlik oranı ile artan/azalan iş göremezlik oranı arasındaki fark iş göremezlik oranına karşılık gelen miktarının ilavesi/mahsubu gerekecektir.

Şu halde, 01.10.2004 tarihi itibarıyla sürekli iş göremezlik derecesini %0 olarak belirleyen...raporu davacı Kurum yönünden bağlayıcı olduğu hususu da gözetilerek, yukarıdaki ilkeler çerçevesinde ilk peşin değerli gelir belirlenmeli; gelirin 01.10.2004 tarihi itibarıyla %0'a düşmesi nedeniyle saptanacak fiili ödeme tutarıyla ilk peşin değerli gelir karşılaştırıl-

malı; ilk rücu davasıyla hükmedilen tutar da dikkate alınarak yapılacak hesap ve değerlendirme sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki ilkeler uyarınca araştırma yapılarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** 14.06.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MESLEK HASTALIĞI • MALULİYET ORANI

ÖZET: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 58'inci ve 95'inci maddesinde sigortalılar hakkında mesleke kazanma gücü kayıplarının tespitinde izlenecek yol açıklanmıştır. Buna göre Kurum sağlık tesislerince düzenlenen raporlara dayanılarak verilen kararlara karşı Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'ndan rapor alınmalı, söz konusu kurul raporlarının Kurumu bağlayacağı, ancak, diğer ilgilileri bağlamayacağı dikkate alınarak, itiraz halinde, Adli Tıp Kurumundan alınacak rapora göre karar verilmeli; Yüksek Sağlık Kurulu Raporu ile Adli Tıp Kurumu raporu arasında çelişki bulunması halinde ise, Adli Tıp Genel Kurulundan alınacak raporla, bu çelişki giderilip, varılacak sonuca göre karar verilmelidir.

Y. 10 HD. E.2017/1096, K.2017/4425, T.23.05.2017

Dava, rücuan tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece bozmaya uyularak, davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davacı Kurum ve davalı vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi

... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan ve Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasını isteyen davalı 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi delaletiyle 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438. Maddesi uyarınca, duruşma için gerekli tebligat giderlerini vermediği anlaşıldığından, duruşma isteminin bu nedenle reddine karar verildikten sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Eldeki davada Mahkemece verilen 14.06.2011 tarihli karar Dairemizin bozma ilamı ile, "...sigortalının sürekli iş göremezlik oranındaki düşmeye bağlı olarak, sigortalıya bağlanan gelirlerin kesilip kesilmediği, bağlanan gelirin fiili ödemeye dönüşüp dönüşmediği, hangi tarih itibarı ile sürekli iş göremezlik derecesinin %10 oranı altına düştüğü de araştırılarak, fiili ödemenin mevcudiyeti halinde, fiili ödeme ile bu tarihteki ilişkin olduğu gelirin ilk peşin sermaye değerinin karşılaştırılması sonucu, şayet ilk peşin sermaye değerli gelirin kusur karşılığı, fiili ödeme miktarının kusur karşılığından düşük ise o takdirde ilk peşin sermaye değerine itibar edilmesinin gerekmesine, aksine fiili ödeme miktarı ilk peşin değerden düşük ise o takdirde de fiili ödeme miktarının esas alınması gereği ile, sigortalının açtığı tazminat davasında alınan kusur ve hesap raporunun, rücu davası yönünden bağlayıcı olmayıp, kesinleşmesi halinde güçlü delil niteliğinde sayılması gerektiği için, sigortalının açtığı tazminat davası da dikkate alınarak karar verilmesi" gereğine işaret edilerek bozulmuştur.

Mahkemenin, Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine, o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. "Usuli kazanılmış hak" olarak tanımlayacağımız bu olgu; mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirdiği gibi, mahkemenin kararını bozmuş olan Yargıtay Hukuk Dairesince; sonradan, ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara usuli kazanılmış hakka aykırı bir şekilde, ikinci bir bozma kararı verilememektedir (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, Hukuk Genel Kurulu'nun 12.07.2006 gün, 2006/9-508 E., 2006/521 sayılı kararı).

Mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usuli kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usuli kazanılmış hak gerçekleşebilir. (Prof. Dr. Baki KURU, Usuli Müktesep Hak (Usule İlişkin Kazanılmış Hak) Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, ... Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 351 ..., 1974, sayfa 395 vd.)

Eldeki davada, Mahkemece bozmaya uyulmuş ise de, bozma gereklerinin yerine getirildiğinden bahsetmek mümkün değildir. Öncelikle, Mahkemece bozma öncesinde allınan kusur raporlarında %75 işveren, %25 kazalının kusurlu olduğu kabul edilmiş iken, bu kusur raporları ile çelişki oluşturacak şekilde ve çelişkiyi gideren yeni bir rapor aldırılmaksızın %30 kusur karşılığı ile davalının sorumlu tutulması isabetsiz olup, çelişkiyi gderecek şekilde ve tazminat ve var ise ceza davalarındaki maddi olgu ve kusurları da irdeleyen şekilde olayın meydana geldiği iş kolunda iş güvenliği hususunda uzman bilirkişilerden aldırılacak rapora göre davalının 506 Sayılı Yasanın 26'ncı maddesi kapsamındaki kusuru belirlenmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir.

2-Sigortalı sayılanlar ve bunların bakmakla yükümlü oldukları veya hak sahibi çocuklarının çalışma gücü veya meslekte kazanma gücü kayıp oranlarının tespitine ilişkin, Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği 01.10.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 11.10.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak; Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği ise 01.09.2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 03.08.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 58'inci ve 95'inci maddesinde sigortalılar hakkında mesleke kazanma gücü kayıplarının tespitinde izlenecek yol açıklanmıştır. Buna göre Kurum sağlık tesislerince düzenlenen raporlara dayanılarak verilen kararlara karşı Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'ndan rapor alınmalı, söz konusu kurul raporlarının Kurumu bağlayacağı, ancak, diğer ilgilileri bağlamayacağı dikkate alınarak, itiraz halinde, Adli Tıp Kurumundan alınacak rapora göre karar verilmeli; Yüksek Sağlık Kurulu Raporu ile Adli Tıp Kurumu raporu arasında çelişki bulunması halinde ise, Adli Tıp Genel Kurulundan alınacak raporla, bu çelişki giderilip, varılacak sonuca göre karar verilmelidir.

Eldeki davada, kazalı hakkında 29.04.2016 tarihinde alıdırılan Yüksek Sağlık Kurulu raporu ile bu rapora dayanak olan 12.06.2007 tarihli ilk rapora karşı sigortalı tarafından -gelirlerinin kesilmiş olması nedeniyle- herhangi bir dava açılıp açılmadığı hususu araştırılmalı, açılmış ise sonucunun bekletici mesele yapılması, açılmamış ise sigortalının sürekli iş göremezlik derecesi hakkında Yüksek Sağlık Kurulu ile Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu arasında meydana gelen bariz çelişkinin yukarıda anılan prosedür çerçevesinde Adli Tıp Genel Kurulundan aldırılacak rapor ile sürekli iş göremezlik derecesinin hangi tarih itibari ile veyahut başlan-

gıçtan itibaren varlığı/yokluğu ve oranının belirlenmesi suretiyle, giderilmesi sağlandıktan sonra, sigortalının gelirlerinin kesilip kesilmediği ve kesildiği tarih itibari ile sigortalıya yapılan fiili ödemelerin Kurum alacak kalemleri içerisinde yer aldığı dikkate alınmak suretiyle rapor sonucuna göre yapılacalk değerlendirme ile bir karar verilmelidir.

Diğer taraftan, mahkemece, kazalıya yapılan geçici iş göremezlik ödemeleri yönünden de çelişki oluşturan 3. İhtisas raporunun esas alınması suretiyle karar verilmesi de usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

3-Kabule göre de rücuan tazminata dayalı alacak davalarında vekâlet ücretinin nispi vekâlet ücreti hükümlerine göre belirlenmesi gereği dikkate alınmaksızın maktu vekâlet ücreti tayini isabetsizdir.

O hâlde, taraf avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 23.05.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

RÜCU DAVASI GERÇEK ZARAR HESAP YÖNTEMİ
•
ÜCRET KAZANÇ UNSURU

ÖZET: Tazminat hesabında gözetilecek ücret, işçiye ödenen günlük veya aylık çıplak ücrete ek olarak sağlanan, parayla ölçülmesi mümkün bütün ekonomik faydaları kapsar. Diğer bir anlamda, işverence sağlanan para ve para ile ölçülebilen bütün hak ve menfaatlerin "giydirilmiş" olduğu gelirdir. Bu anlamda da zarar hesabına esas ücret, a) Günlük veya aylık çıplak ücret, b) İşyerinde sağlanan yemek yardımı, c) Ödenen her türlü ikramiye ve teşvik primleri, d) İşe gidiş gelişte sağlanan olanaklar veya yol ücreti, e) Bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle sağlanan giyim, aile, yakacak, ısınma parası gibi sürekllik gösteren haklar, gözetilerek belirlenmelidir.

Gerçek ücretin ise işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarından saptanacağı, işçinin imzasının bulunmadığı işyeri ve sigorta kayıtlarının nazara alınamayacağı, işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarının bulunmaması durumunda işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret göz önünde tutularak belirlenmesi gerekir. Sigorta Primine Esas Kazanca göre hesap yapılamaz.

Y. 10 HD. E.2016/12100, K.2016/12309, T.11.10.2016

Rücuan tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen davanın kısmen kabulüne ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi taraflar vekillerince istenilmesi ve davalı vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 11.10.2016 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmiştir. Duruşma günü davalı adına Av. ... ile karşı taraf adına Av. ... geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı günde Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, 24.06.2009 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirlerin 5510 sayılı Yasanın 21/1 maddesi uyarınca rücuan tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, gerçek zarar yapılmaksızın, hak sahiplerine bağlanan ilk peşin değerli gelirlerin %70 davalı işveren kusuru üzerinden davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır.

1-Davada öncelikle halledilmesi gereken sorun; zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan sigortalıyı çalıştırdığı ifade edilen davalı ... Nkl. Spor Kültür A.Ş.'nin işverenlik sıfatının olup olmadığının saptanmasıdır.

İş kazasına ilişkin 12.11.2009 gün ve 21 sayılı Sigorta Müfettişi raporu tespitlerine göre; davaya konu iş kazasının, Büyük Bölcek Mah.Kültür Park İçi/... adresinde kurulu olan ve davalı kurumda "İlhan Gerim" adına "Lünapark" işletmesi olarak işlem gören 2.8431.1006809.68 no'lu işye-

rinde meydana geldiği; söz konusu Lünapark işletmesi işyeri ... Uluslararası Nkl. Spor Kül. Eğt. Tes. A.Ş. adına 25209.68 işyeri sicil numarasıyla işlem görürken bu işyeri dosyasının 10.07.2006 tarihi itibarıyla kapatıldığı ve aynı işyerinin 11.07.2006 tarihi itibarıyla anılan Anonim Şirketin ortağı ve yönetim kurulu başkanı olan dava dışı ... adına 6809.68 numarayla işlem görmeğe başladığı; iş kazasına maruz kalan sigortalı ...'ın 25209.68 no'lu işyerinden 1992 yılında başlayan bildirimlerinin 10.07.2006 itibarıyla sonlandırılarak çıkışının yapıldığı ve 11.07.2006 tarihinden itibaren ... adına kayıtlı olan 6809.68 no'lu işyerinden bildirimlerin devam ettiği ve en son 6809.68 no'lu işyerinde çalışırken kazaya maruz kaldığının bildirilmesi karşısında; anılan her iki işyerine ilişkin işyeri dosyaları da getirtilerek davalı Şirketin işverenlik sıfatının varlığı belirlenmeli, işverenin İlhan Gerim olduğunun anlaşılması halinde taraf teşkili sağlanarak yapılacak yargılamaya göre karar verilmelidir.

2-Yukarıda öngörülen bozma uyarınca işverenlik durumu açıklığa kavuşturulduktan sonra;

Davanın yasal dayanağını oluşturan ve işverenin iş kazası veya meslek hastalığından sorumluluğunu düzenleyen 5510 sayılı Kanunun 21/1'inci maddesinde; sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan ya da ileride 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 işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği öngörülmüştür. Bunun bir gerçek zarar hesabını gerektireceği açıktır. 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 Kanununun 45 ve 46, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54 ve 55'inci maddeleri) hesabı dikkate alınmalıdır.

2-5510 sayılı Kanunun "İş Kazası ve Meslek Hastalığı ile Hastalık Bakımından İşverenin ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu" başlıklı 21. maddesine göre; İş 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. Anılan madde ile tazmin sorumlularının Kurum karşısındaki sorumluluğu bir tavanla sınırlandırılmış olup, bu

sorumluluk "...sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı..." bulunmaktadır. Maddenin açık hükmü karşısında; ilk peşin sermaye değerli gelirin, Kurum yararına tazmini mümkün kısmının belirlenebilmesi için gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Gerçek zarar hesabı tazminat hukukuna ilişkin genel ilkeler doğrultusunda yapılmalıdır. Sigortalı, sürekli iş göremezlik durumuna girmiş ise bedensel zarar hesabı, ölümü halinde destekten yoksun kalma tazminatı (Borçlar Kanununun 45-46, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54-55. maddeleri) hesabı dikkate alınmalıdır.

Gerçek zarar hesaplanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş görmezlik ve karşılık kusur oranları, destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı, gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerekir.

Gerçek zarar miktarı; işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Sigortalı veya hak sahiplerinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda ...'dan alınan 1931 tarihli "PMF" cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, ... Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, ... Danışmanlık, ... Üniversitesi ve ... Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tablolarının uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH-2010 tablosunun bakiye ömrün belirlenmesinde esas alınması gerekecektir.

İşçinin 60 yaşına kadar aktif dönemde günlük net geliri üzerinden, 60 yaşından sonra bakiye ömrü kadar pasif dönemde asgari ücret üzerinden, her yıl için ayrı ayrı hesaplama yapılacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Tazminat hesabında gözetilecek ücret, işçiye ödenen günlük veya aylık çıplak ücrete ek olarak sağlanan, parayla ölçülmesi mümkün bütün ekonomik faydaları kapsar. Diğer bir anlamda, işverence sağlanan para ve para ile ölçülebilen bütün hak ve menfaatlerin "giydirilmiş" olduğu gelirdir. Bu anlamda da zarar hesabına esas ücret, a) Günlük veya aylık çıplak ücret, b) İşyerinde sağlanan yemek yardımı, c) Ödenen her türlü ikramiye ve teşvik primleri, d) İşe gidiş gelişte sağlanan olanaklar veya yol ücreti, e) Bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle sağlanan giyim, aile, yakacak, ısınma parası gibi süreklilik gösteren haklar, gözetilerek belir-

lenmelidir. Gerçek ücretin ise işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarından saptanacağı, işçinin imzasının bulunmadığı işyeri ve sigorta kayıtlarının nazara alınamayacağı, işçinin imzasının bulunduğu ücret tediye bordrolarının bulunmaması durumunda işçinin yaşı, kıdemi, mesleki durumu dikkate alınarak, emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret göz önünde tutularak belirlenmesi gerekir. Sigorta Primine Esas Kazanca göre hesap yapılamaz.

Anılan kazancın asgari ücretin üzerinde olması durumunda, bu fazlalık oranı sonradan yürürlüğe giren asgari ücretlere de yansıtılmalıdır. Brüt değil, net ücret hesaplamada esas alınmalıdır. Aktif dönemi için gerçek ücret, pasif dönem için ise asgari ücret esas alınarak zarar hesabı yapılmalıdır.

İşçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanmakta, bilinmeyen dönemdeki kazancı ise; önceki uygulamalarda yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulmakta idi. Tazminatların peşin olarak hesaplanması, buna karşılık gelirin taksit taksit elde edilmesi, bu nedenle peşin belirlenen tazminatın her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire artırım ve iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre önceki uygulamalardaki gibi %10 artırım ve iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak %5 oranının uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır.

Gerçek zarar hesaplanması yönteminde, hak sahibi eşin bakiye ömür süresi daha uzun olsa bile, destek süresi, işçinin bakiye ömrü ile sınırlıdır. Önceki hesap yöntemlerinde, kız çocuklarının bakım ihtiyaçları, evlenme çağlarının kural olarak kentlerde geldiği kabul olunan 22 yaşla, köylerde ise 18 yaşla sınırlı tutulması gereği varsayımsal olarak kabul olunmakta idi. Kız çocuklarının evlenme yaşlarının, aile bağlarına, sosyal ve ekonomik durumuna, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına göre değişiklik arzettiği gözetildiğinde, Türkiye İstatistik Kurumunca bölgelere göre düzenlenen evlenme yaşı istatistiklerinden yararlanılarak belirlenmesi, tazminat hesap ilkelerine daha uygun olacaktır. Erkek çocuklar için 18 yaşla, orta öğretim halinde 20 yaşla, yüksek öğretim halinde 25 yaşla sınırlı tutulması gerekir. Ancak orta öğretimin zorunlu hale geldiği gözetilerek erkek çocukların 20 yaşına kadar destekten yararlandırılmalarının gerekeceği kabul olunmalıdır.

Dul kalan eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde aile bağlarına, sosyal ve ekonomik durumuna, kişiliğine, çocuk sayısına, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına bakılarak bir sonuca varılması gerekir. Bu hususta, gerektiğinde konusunun uzmanı bilirkişilerin görüş ve düşüncesine de başvurulabilir. Uygulamada, dul eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde daha çok, hazır tablolardan yararlanılmaktadır. En sık başvurulan ... 'in tablosuyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablodur. Moser'in Tablosu 1940'tan önceye ait olup, günümüz koşullarına ve ülkemiz şartlarına uyduğu söylenemez. Yine, İsviçre kaynaklı Stauffer / Schaetzle tablosu daha yakın tarihli ise de, bu tablonun da Türkiye koşulları dikkate alınarak hazırlanmadığı açıktır. Bu durumda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablonun mevcut koşullarda ülkemiz koşullarına daha çok uyumlu olduğu değerlendirilebilir. (Hukuk Genel Kurulunun 02.02.2011 gün; 2010/4-712 Esas, 2011/4 Kararı) Yukarıdaki yüzdeler, çocuksuz eşler için olup, AYİM uygulamasında 18 yaşından küçük her çocuk için %5 indirim yapılmaktadır. Yalnızca kadınlar için düzenlenmiş bu tabloların erkeklere uygulanmasında, DİE'nin (TÜİK'in) erkeklerin kadınlara oranla %77,13 daha fazla evlenme şansları olduğuna ilişkin saptamasından yararlanılmaktadır. Dul eşin yeniden evlenme olasılığı, olay tarihindeki yaşına göre değil, hüküm tarihine en yakın rapor tarihindeki yaşına göre saptanmalıdır.

Yukarıda belirtilen ilkelere gözetilmeden ve her bir hak sahibi yönünden anılan ilkelere göre tespit edilecek gerçek zarar ile her bir hak sahibine bağlanan ilk peşin sermaye değerli gelirle karşılaştırması sonucu düşük olanın kusur karşılığına isabet eden miktarına karar verilmesi gereği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması, 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,** davalı Avukatı yararına takdir edilen 1.350,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıya yükletilmesine, davacı Avukatı yararına ise takdir edilen 1.350,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 11.10.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

ANONİM ŞİRKET GENEL MÜDÜRÜ • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Anonim şirket genel müdürüne hizmet ilişkisi sebebiyle açılan davaya Ticaret Mahkemesinde bakılacaktır.

Y. 11 HD E. 2016/15085, K.2017/285, T.16.1.2017

Taraflar arasında görülen davada ... 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 17/09/2015 tarih ve 2015/482-2015/580 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi taraf vekilleri 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 dilekçesinde, ... Turistik Yatırım İşletmeciliği Gıda San. ve Tic. A.Ş. genel müdürü olan davalının iş aktinin feshedilmesine rağmen şirket otosunu geri vermediğini belirterek oto nedeniyle şimdilik 4000 TL tazminatın tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davalının işçi ve genel müdür olduğunu belirterek, otonun gerçekte kendisine ait olduğunu savunmuş ve davanın reddini istemiştir.

Mahkemece taraflar arasında hizmet sözleşmesi bulunduğu belirtilerek iş mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir.

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

1- Davacı dava dilekçesinde anonim şirket genel müdürü olarak hizmet sözleşmesiyle çalışan davalının şirkete ait otomobili iade etmediği nedeniyle maddi tazminat istemiş olup mahkemece görevsizlik kararı verilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi belge ve açıklamalar incelenip değerlendirildiğinde uyuşmazlık TTK. 553 (eski TTK. 342) maddesine dayalı olarak şirketi temsilen yetkili bulunan yöneticinin sorumluluğuna ilişkindir. Anonim şirket yöneticisinin sorumluluğu Ticaret Kanun'unda düzenlenmiş bulunduğundan TTK 4. ve 5. maddeleri uyarınca ticaret mahkemesi görevli olduğundan işin esasının incelenmesi gerekirken mahkemece görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.

2- Yukarıda açıklanan bozma nedenine göre davalının temyiz itirazının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulüyle kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenle davalı temyizinin incelenmesine yer olmadığına, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 16/01/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İNTERNET BANKACILIĞI • BANKANIN SORUMLULUĞU

ÖZET: İnternet bankacılığında müşterinin oluşan zararından hafif kusurlu da olsa banka sorumludur.

Y. 11 HD E.2016/2409, K.2017/5249, T.11.10.2017

Taraflar arasında görülen davada ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen tarih ve 2015/148-2015/947 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; müvekkilinin davalı bankanın müşterisi olduğunu, 03.08.2006 tarihinde müvekkilinin mevduat hesabına internet üzerinden üçüncü kişiler tarafından giriş yapılarak mevcut 9.759,74 TL'nin 3.500,00TL'sinin ... isimli şahsa havale edildiğini, aynı tarihte aynı şahsa 2.700,00 TL daha havale yapıldığını, banka tarafından gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle müvekkilinin mağdur olduğunu sürerek, 6.200,00 TL'nin 03.08.2006 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalı bankadan alınarak müvekkiline verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; zamanaşımı definde bulunmuş ve müvekkili tarafından gerekli tüm önlemlerin alındığını ancak davacının kişisel bilgisayarıyla ilgili önlem almamasından müvekkilinin sorumlu tutulamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına

göre; davalı banka tarafından davacının internet bankacılığı şifrelerinin davacı müşteriden ve onun kullandığı bilgisayarlardan ele geçirildiği hususunun ispatlanamadığı, objektif özen borcu altında olan bankanın gerekli güvenlik önlemlerini almadığı ve hafif kusurundan dahi sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 6.100,00 TL'nin 03/08/2006 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı bakiye 311,69 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 11/10/2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

KÖTÜ NİYETLİ TEMYİZ • DİSİPLİN CEZASI

ÖZET: Yerel mahkeme kararını kötüniyetle temyiz eden tarafa disiplin cezası verilmelidir.

Y. 12 HD E.2012/10759, K.2012/27879, T.25.9.2012

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:

1) Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dayandıkları belgelere, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere göre yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun mahkeme kararının İİK. 366. ve HUMK. 438. maddeleri uyarınca (ONANMASINA),

2) HMK'nun 368. maddesi gereğince temyiz talebinin kötü niyetle yapıldığı anlaşılırsa, Yargıtay'ca 329. madde hükümleri uygulanır. Borçlu vekilinin talebi üzerine mahkemece yetki itirazının kabulüne karar verilmesine rağmen borçlu vekilinin kararı kötü niyetle temyiz ettiği anlaşıldığından HMK'nun 368. maddesi yollaması ile 329/2. maddesi gereğince borçlu vekilinin takdiren 5.000,00 TL disiplin para cezası ile **CEZALANDIRILMASINA,** ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25/09/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZ HACZİ • TAPU SİCİLİ • MESKENİYET İDDİASI

ÖZET: İcra Müdürlüğünün haciz haciz kararıyla haciz gerçekleşmiş olur. Haczin tapu siciline tescil edilmemiş olması gerçekleşmesine engel olmaz. Meskeniyet yedi gün içinde ileri sürülmesi gerekir.

Y. 12 HD. E.2015/2789, K.2015/14586 T.28.5.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki taraflarca 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:

Alacaklının kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla başlattığı takipte borçlu vekili, müvekkiline ait taşınmazın haline münasip meskeni olduğunu ve İİK'nun 82/1-12. maddesi gereğince haczedilemeyeceğini ileri sürerek haczin kaldırılması istemi ile icra mahkemesine başvurduğu; mahkemece, şikayetin kabulü ile borçlunun haline münasip meskeni alabilmesi için gereken 90.000,00 TL'den az olmamak üzere satılmasına, bu bedelin haline münasip mesken alması için borçluya verilmesine, artanın ise alacaklıya ödenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Hüküm alacaklı ve borçlu tarafından temyiz edilmiştir.

1-Borçlunun temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Tarafların iddia ve savunmalarına, dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere ve kararın gerekçesine göre borçlu vekilinin temyiz itirazlarının REDDİNE;

2- Alacaklının temyiz itirazlarının incelenmesine gelince:

İİK'nun 82/1-12. maddesinde yer alan haczedilmezlik şikayeti, İİK'nun 16/1. maddesi kapsamında yedi günlük süreye tabidir. Bu süre öğrenme tarihinden başlar.

Somut olayda, borçluya taşınmazının (meskeninin) haczine ilişkin 103 davetiyesi tebliğ edilmemiştir. Ancak, borçluya ait ....'lu taşınmazın icra müdürlüğünce alacaklı vekilinin talebi ile 13.10.2014 tarihinde ihtiyaten haczine karar verilip aynı tarihte bu hususta...'ne haciz müzekkeresi gönderildiği, temyiz dilekçesi içeriğine göre borçlu vekilinin müvekkilinin

icra takip dosya fotokopisini aldığını beyan ettiği, 16.10.2014 tarihinde icra müdürlüğünün haciz kararına ait icra tutanağı ile haciz müzekkeresinin icra dosyasında bulunduğu görülmektedir. Taşınmazın ada ve parsel numarası da belirtilmek sureti ile icra müdürlüğünce taşınmazın haczine karar verilmekle haciz tamamlanmış olur. Bundan başka, haczin Tapu Siciline tescil edilip edilmemesi haczin tamamlanmış sayılması için zorunlu bulunmamaktadır.

Konuya ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlamalarının tapu kütüğüne şerh verilebileceğini hükme bağlayan TMK'nun 1010. maddesi emredici nitelikte olmayıp, aynı maddenin son fıkrasına uyarınca haciz şerhi verilmekle, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Ancak bu düzenleme, haczin geçerliliği ve tamamlanmış sayılması için tapuya şerh verilmesinin bir zorunluluk olduğunu göstermemektedir. İİK'nun 79. maddesinde; "Resmi Sicile kayıtlı malların haczinin, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işlenmek sureti ile doğrudan da yapılabileceğine" yönelik hüküm ise bu konuda

taşınmazın bulunduğu yerin icra dairesine haciz talimatı yazılması konusundaki zorunluluğu ortadan kaldıran bir seçenek olarak düşünülmelidir. Hal böyle olunca, İİK'nun bu maddesinden kaynaklanan ve taşınmaz haczinin geçerliliği ve tamamlanması için tapuya tescilini öngören bir zorunluluk da söz konusu değildir. Ne var ki üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için haczin tapu siciline işlenmesi gerekmektedir.

O halde, mahkemece; borçlunun içinde haciz kararı ve haciz müzekkeresi bulunan takip dosya fotokopisini alarak 16.10.2014 tarihinde taşınmazına haciz konduğunu öğrendiği halde İİK'nun 16.maddesi uyarınca yedi günlük şikayet süresini geçirdikten sonra 05.11.2014 tarihinde meskeniyet şikayetinde bulunduğu anlaşılmakla, şikayetin süreden reddi yerine işin esasına girilerek haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 28.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZ HACZİ • TAPU SİCİLİ • İHALENİN FESHİ

ÖZET: Taşınmaz haczinin tamanlanması için tapu siciline şerh verilmesi gerekli değildir. İcra Memurunun haciz kararıyla haciz gerçekleşmiş olur. Geçerli bir haciz olmadan satış kararı verilerek yapılan ihalenin feshi gerekir.

Y.12 HD E.2015/28857 K.2015/31140, T.10.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 02/04/2015 tarih, 2014/33581 Esas - 2015/8169 Karar sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen 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 :

Sair karar düzeltme nedenleri yerinde değil ise de;

Borçlunun diğer fesih nedenleri ile birlikte yasal süresi içinde satış istenmediğinden .. İcra Müdürlüğü'nün 2009/6791 Esas ve 2009/6789 Esas sayılı icra takip dosyalarında 02.10.2014 günü yapılan taşınmaz ihalelerinin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurduğu; mahkemece davanın ispat edilmediği gerekçesiyle istemin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Takip tarihi itibariyle uygulanması gereken İİK'nun 106. maddesi hükmü uyarınca; ''Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden nihayet bir sene ve taşınmaz ise nihayet iki sene içinde satılmasını isteyebilir.'' Aynı Kanun'un 110. maddesine göre ise; ''Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar.''

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda değinilen maddelerde yer alan satış isteme süreleri hak düşürücü nitelikte olup; icra müdürü satış talebinin öngörülen süreler içinde yapılıp yapılmadığını re'sen gözetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, İİK'nun emredici nitelikteki anılan maddelerine aykırı bir durum yaratır.

Öte yandan, taşınmazın usulüne uygun olarak haczedildiğinin kabulü için icra müdürlüğünce haciz kararı verilmesi yeterli olup, haczin geçer-

liliği ve tamamlanmış sayılması için ayrıca tapu siciline şerh verilmesi zorunlu değildir. Konuya ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlamalarının tapu kütüğüne şerh verilebileceğini hükme bağlayan ...'nun 1010. maddesi emredici nitelikte olmayıp, aynı maddenin son fıkrası uyarınca haciz şerhi verilmekle, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Tapuya işlenmesi, haczin kurucu unsuru olmayıp bildirici nitelik taşır. Ne var ki 3. kişilere karşı ileri sürülebilmesi için haczin tapu siciline işlenmesi gerekmektedir.

Somut olayda, ihale konusu taşınmazların her iki icra takip dosyasından 09.07.2009 tarihinde haczine karar verildiği ve aynı tarihte haciz müzekkeresi yazıldığı, ...tarafından 12297 ve 12298 yevmiye ile 20.07.2009 tarihinde haciz şerhinin verildiği 11.07.2011 tarihinde satış talebinde bulunulduğu ve satış masrafının 15.07.2011 tarihli makbuzla yatırıldığı görülmektedir. Bu durumda, 09.07.2009 olan haciz tarihinden itibaren 2 yıl olan satış isteme süresi geçmiş olduğundan ihale konusu taşınmazlar üzerindeki haciz düşmüş bulunmaktadır.

O halde, mahkemece, İİK'nun 110. maddesi gereğince, 2009/ 6791 ve 2009/6789 Esas sayılı takip dosyalarında 02.10.2014 günü ihaleleri yapılan mahcuz taşınmazlar üzerindeki haczin yasal sürede satış istenmediğinden kalktığı hususu dikkate alınarak, geçerli bir haciz olmaksızın satış kararı verilmek sureti ile yapılan ihalelerin feshine karar verilmesi gerekirken haciz kararının verildiği tarih yerine haczin tapuya şerh verildiği tarihin haciz tarihi olarak kabulü ile satış isteminin yasal süresinde yapıldığından bahisle ihalenin feshi isteminin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup mahkeme kararının bu nedenlerle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmakla borçluların karar düzeltme isteminin kabulüne karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ : Borçluların karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 02.04.2015 tarih ve 2014/33581 E. ve 2015/8169 K. sayılı onama ilâmının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 10/12/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

BORÇLAR KANUNU • KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: Taraflar arasındaki sözleşme Borçlar Kanunu hükümlerine tabi oluduğuna göre, bu sözleşmeden dolayı kıdem tazminatı istenemez.

Y. 13 HD E.2014/28037, K.2015/29934, T.13.10.2015

Davacı, 01/04/1994 tarihinden itibaren davalıların babalarının evinde aşçı ve hizmetli olarak çalıştığını, davalıların babasının hastalığının ilerlemesi üzerine bakımının uzman hemşire gerektirdiği gerekçesiyle davalılar tarafından işine son verildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 10.000-TL işçilik alacaklarının faizi ile davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davacının babalarının yanında aşçı olarak çalıştığını, işçi sıfatının bulunmadığını savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın kabulü ile kıdem tazminatından 38.642.40 TL. İhbar tazminatından 4.335,75 TL. İzin ücretinden 16.566,65 fazla çalışmadan 18.655,15 TL. ' nin davalılardan müştereken ve müteselsilen alınıp davacıya verilmesine, kıdem tazminatının en yüksek banka mevduat faizi ile dava tarihinden itibaren uygulanmasına, diğer alacaklara dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına, genel tatil ve hafta tatili ile ilgili talepler bilirkişi tarafından hesaplanamadığı ve ispatlanamadığından reddine karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalıların babasının evinde aşçı ve hizmetçi olarak çalıştığını, davalıların babasının hastalığının ilerlemesi üzerine bakımının uzman hemşire gerektirdiği gerekçesiyle davalılar tarafından işine son verildiğini ileri sürerek yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı istemi ile eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca, ev hizmetlerinde çalışan davacı hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı mahkemenin de kabulündedir. Taraflar arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir hizmet sözleşmesidir. Dolayısıyla davacı, İş Kanunu kapsamında düzenlenen kıdem tazminatı adı altında bir tazminat isteyemez. Mahkemece bu yön göz ardı edilerek

yanlış değerlendirme ile kıdem tazminatı talebinin de kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalıların temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 13.10.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ASIL İŞVERENİN HAKLARI • RÜCU DAVASI • SORUMLULUKLAR

ÖZET: Asıl işverenin alt işverenin işçisine ödediği bedel sebebiyle alt işverene rücu etmesi halinde taraflarca imzalanan sözleşmede özel bir hüküm bulunmuyorsa doğan zarardan taraflar yarı yarıya sorumludurlar. Kıdem tazminatından son işveren de dahil her alt işveren kendi işverenlik dönemiyle sorumludur. İhbar tazminatı ve izin ücretinden son işveren sorumludur.

Y. 13 HD E.2017/2637, K.2017/11388, T.21.11.2017

Davacı... dava dışı'ın Numune Hastanesi'nde (Kanunu Eğitim ve Araştırma Hastanesi) temizlik işini ihale alan taşeron şirketler bünyesinde 09.08.2002-31.12.2009 tarihleri arasında temizlik elemanı olarak çalıştığını, kıdem tazminatını, ihbar taznimatı ve yıllık ücretli izin alacağının kendisine ödenmediğinden .... İş Mahkemesi'ne alacak davası açtığını, açılan davanın kabulüne ve işçilik ücretlerinden davalılar ile asıl işveren sıfatıyla ...'ın değişen organ e mitarlarla sorumlu olmasına hükmettiğini, alınan mahkeme kararı gereği aleyhine .... 1.İcra Dairesinde icra takibine başlanıldığını, söz konusu takip kapsamında taraflarına gönderilen icra emri nedeniyle alacaklı tarafa 26.04.2012 tarihinde, 11.784,25 TL, 15.05.2013 tarihli taraflarına gönderilen bakiye borç muhtırası nedeniyle de alacaklı tarafa 29.05.2013 tarihli taraflarına gönderilen borç muhtırası nedeniyle de alacaklı tarafa 20.05.2013 tarihinde 649.18 TL ödeme yapmak zorunda kaldıklarını, anılan kararın taraflarınca temyiz edildiğini, borcun tamamının ...'nca imza dosyasına ödendiğini, davalı yüklenici şirketler ile imzalanan hizmet alımı sözleşmelerine göre yüklenicilerin ça-

lıştırdıkları işçilere dair tüm yasal yükümlülükleri, işveren ve işçi arasındaki ilişkiden doğabilecek sosyal ve mali hak ve sorumluluklar ve cezaların yüklenici fırmalara ait olacağı hüküm altına alındığından, Bakanlıkça tümü ödenen işçilik alacaklarının tazminini temin etmek maksadıyla rücu davasının açılmasının zorunluluğu olduğunu belirterek davanın kabulü ile 12.433,43 TL toplam kitraddan 11.784.25 TL alacağa ödeme tarihi olan 26.04.2013 tarihinden itibaren, 649.18 TL alacağa ise ödeme tarihi olan 29.05.2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı .... Makine İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd.Şti. davanın reddini dilemiş, davalı .... İnşaat Turizm Nakliyat Güvenlik Temizlik ve Yemekhane Hizmetleri Tic.Ltd.Şti. davaya herhangi bir cevap vermemiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile davalı ... Makine İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd.Şti.'den 11.117,42 TL'sinin 10.537,48 TL için 26.04.2013 tarihinden ve 579,94 TL'sinin 29.03.2013 tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalı .... İnşaat Turizm Nakliyat Güvenlik ve Temizlik ve Yemekhane Hizmetleri Tic.Ltd.Şti.'den 1.316,01 TL'nin 1.246,77 TL için 26.04.2013 tarihinden ve 69.24 TL için 29.05.2013 tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalı ... Makine İnşaat Sanayi ve Ticaret Ltd.Şti. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacı, hizmet alım ihalesinin davalı taraflarca üstlenildiğini, ihale şartnamesine göre davalı yüklenicilerin çalıştırdığı işçilerin iş hukukundan doğan her türlü işçilik hakları ile ilgili tazminatlarından sorumlu oludğunu ileri sürerek eldeki davayı açmış olup, dava dışı işçinin işçiliz tazminatlarının tahsili için açtığı dava sonunda hesaplanan tazminatın eldeki davanın tarafı olan davacı ve davalılardan müştereken ve müsetelsilen tahsiline karar verildiği ve icra takibi sonunda da, davacı tarafından ödendiği ihtilafsızdır. Taraflar arasınaki uyuşmazlık dava dışı işçilere ödene kıdem ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağından hangi tarafın veya tarafların ne oranda sorumlu olduklarına ilişkindir. Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine, aynı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili verilmiş mahkeme kararları ve genel hukuk prensipleri dikkate alınarak bir sonuca gidilmelidir. Bu nedenle, davacı ile davalı arasında düzenlenen sözleşmenin "Yükleni-

cinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları" başlıklı 22. maddesinde; yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları, ilgili mevzuatın bu konuyu düzenleyen emredici hükümleri ve Genel Şartnamenin altıncı bölümünde belirlenmiş olup yüklenicinin bunları aynen uygulamakla yükümlü olduğu belirtilmiş ise de, Genel Şartnamenin 6. bölümünde dava konusu ile ilgili bir hüküm bulunmadığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki Hizmet alım sözleşmeleri ve ekleri olan şartnamelerin diğer hükümleri incelendiğinde, davacı Bakanlığın çalıştırılacak işçiler ile ilgili işe başlama, çalışma koşulları, denetleme, mali haklarının ödemesi ile ilgili denetim ve kontrolü tamamen elinde bulundurduğu, ancak taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinde, işçilerin iş akitlerinden doğacak tazminattan hangi tarafın ne oranda sorumlu olduğu hususunda bir düzenlemenin bulunmadığı, görülmektedir. Hal böyle olunca, tacir olan davalının çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik dışında sair tazminat haklarından sorumlu olacaklarını bilebilecek durumda oldukları ancak, davacı Bakanlığın da asıl işveren durumunu muhafaza etmesi nazara alındığında doğan zararlardan tarafların yarı yarıya sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca davacının kıdem tazminatı alacağına konu ödediği işçilik haklarından doğan bedelden, davalı şirketlerin dava dışı işçiyi çalıştırdığı dönemle sınırlı sorumlu olacağı, ihbar tazminatı yönünden ise davalı ... Ltd.Şti'nin son işveren olarak haklı bir neden olmadan iş akitlerine son verdiği dava dışı işçinin bu alacak talebinin tamamından sorumlu olmadan iş akitlerine son verdiği dava dışı işçinin bu alacak talebinin tamamından sorumlu olması gerektiği gözetilecek ve işçilik alacakları davası neticesinde davacının ödediği yargılama giderleri, faiz ve vekalet ücreti açısından da davacının davalılara rücu edibileceği kıdem, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağının miktarına göre bir oranlama yapılarak davalının bu ilkeler çerçevesinde sorumluluğunun belirlenmesi gerekirken, eksi düşüncelerle dava dışı işçiye ödenen tazminat miktarının tamanının davalıya rücu edilebileceği kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte yazılı nedenlerle davalının ikinci bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan 163,70 TL harcın istek halinde davalı .... Mak. İnş. San.Tic.Ltd.Şti'ye iadesine, HUMK'nun 440/111-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 21/11/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

ALACAKLIYI OYALAYAN DAVRANIŞLAR • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Olayın kendisine ihbar edilmesinden sonra sigortalıyı oyalayan ve araştırma raporunun beklenmesini sağlayan sigorta şirketinin açılan davada ileri sürdüğü zamanaşımı def'ine itibar edilmemelidir.

Y.17 HD E.2014/1642, K.2014/8794, T.02.06.2014

Davacı vekili, müvekkiline ait, davalıya kasko sigortalı yarı römorkun, park edildiği yerden çalındığını, başvuruya rağmen davalı sigorta şirketinin ödeme yapmadığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 2.500,00 TL iş kaybı zararı ile 7.500,00 TL römork bedelinin temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, ıslah dilekçesi ile römork bedeli taleplerini 32.500,00 TL'ye yükselttiklerini bildirmiştir.

Davalı vekili, davalının iş kaybı zararı talep edemeyeceğini, römorkun bulunup bulunmadığı hususunun araştırılması gerektiğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davacının iş kaybı zararı talebinin reddine, 7.500,00 TL römürk bedelinin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, ıslah ile artırılan 25.000,00 TL'lik kısmın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

6762 sayılı TTK.nun 1268. maddesi, genel kural olarak, sigorta sözleşmelerinden doğan bütün taleplerin iki yılda zamanaşımına uğrayacağı hükmünü getirmiştir. İşbu iki yılın başlangıç tarihi ise, Borçlar Kanunu'nun, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu tarihten başlayacağını belirten 128/1. maddesindeki genel hüküm karşısında ve TTK.nun 1299 ve 1292. maddeleri gözönüne alındığında, rizikonun gerçekleştiğinin sigortalı tarafından haber alınmasından itibaren, ihbar yapılması gereken beşinci günün sonudur. Ancak sigorta şirketinin tazminatın ödeneceği intiba yara-

tarak zamanaşımı süresinin dolmasına neden olması halinde zamanaşımı başlangıcının somut olaya özgü şekilde belirlenmesi gerekir. Dosyadaki belgelere göre kaza, 05/06/2009 tarihinde meydana gelmiş olup aynı gün olay karakola müracaat edilerek bildirilmiş, ekspertiz raporuna göre da aynı gün davalı sigorta şirketine olay ihbar edilmiştir. Davalı sigorta şirketi, olaya ilişkin araştırma raporu tanzim ettirmiş, 23/09/2009 tarihinde tanzim edilen bu raporda, çalıntı römorka ilişkin görüşün olumlu olduğu, şüpheli bir durumun tespit edilmediği belirtilmiş, buna rağmen davalı sigorta şirketi, 22/10/2009 tarihinde davacı sigortalıya rizikonun teminat dışında kaldığı gerekçesiyle ödeme yapmayacağını bildirmiştir. Bu durumda, davalı sigorta şirketinin, olayın kendisine ihbar edilmesinden sonra ödeme yapma konusunda davacı sigortalıyı oyaladığı, sigortalının araştırma raporu sonucunu beklemesini sağladığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, iki yıllık zamanaşımı süresinin ödeme yapılmayacağının bildirildiği 22/10/2009 tarihinde başladığı, buna göre ıslah ile artırılan kısım yönünden iki yıllık zamanaşımı süresinin dolmadığının kabulü ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 2.6.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SİGORTA ŞİRKETİ • RÜCU DAVASI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Sigorta şirketinin sigorta poliçesine dayanarak kendi akidine karşı açtığı davada zamanaşımı süresi ödemeden itibaren iki yıldır.

Y. 17 HD E.2016/18808, K.2017/1276, T.9.2.2017

Davacı vekili, müvekkiline zorunlu mali sorumluluk sigortalı, davalıya ait aracın alkollü sürücünün kullanımında iken gerçekleşen trafik kazasında malul kalan kişi için ödenen tazminatın rücuan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, zamanaşımının dolduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere göre, davanın zamanaşımı nedeni ile reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, zorunlu mali sorumluluk sigortasından kaynaklanan rücuan tazminat istemine ilişkindir.

KTK'nun 109/son maddesinde; "Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar." denilmiştir. Bu düzenleme Trafik Sigortası Genel Şartlarının C.8. maddesinde de açıkça ve aynen yer almaktadır. Temyize konu dava, haksız fiil faili aleyhine açılan bir tazminat davası olmayıp trafik sigortası poliçesine dayalı olarak sigorta şirketinin kendi akdinin aleyhine açılmış olduğundan yeni TTK'nın 1420. maddesi (eski TTK 1268. maddesi) gereğince bu davada zamanaşımı süresi ödeme tarihinden itibaren 2 yıldır.

Davaya konu kazanın 29.07.2002 tarihinde meydana geldiği, yargılama sonucunda ödemenin 29.05.2015 tarihinde yapıldığı, davanın ise 21.08.2015 tarihindezamanaşımı süresi dolmadan açılmış olduğu gözetilerek işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 09/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ GÜCÜ KAYBI • YARALANMA • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Yaralanmadan doğan zararda tıbbi yönden "gelişen durum" sözkonusu olup, işgücü kaybı oranı kesin olarak tespit edilemiyor ise, zamanaşımı "gelişen durumun" sona erdiği tarihten itibaren başlar.

Y. 17 HD E.2016/17927, K.2017/1867, T.23.2.2017

Davacı vekili, davalı tarafa ait araç sürücüsünün kusurlu hareketi ile gerçekleşen kazada müvekkilinin yaralandığını ve malul olduğunu açıklayıp tazminat talebinde bulunmuştur.

Davalılar zamanaşımı def'inde bulunarak davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davanın zamanaşımı nedeni ile reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava trafik kazası nedeni ile cismani zarara dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, gerçekleşen kazada müvekkilinin yaralandığını, bir kaç kez ameliyat olduğunu ve tedavisinin uzun süre devam ettiğini açıklayıp tazminat talebinde bulunmuş, davalılarca ayrı ayrı zamanaşımı def'i ileri sürülmüştür. Mahkemece KTK 109/2. maddesi, 5237 sayılı TCK'nın 89. ve 66/1-e maddesi uyarınca 8 yıllıkzamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesi ile davanın zamanaşımı nedeni ile reddine karar verilmiştir.

Somut olayda kaza 09.11.2006 tarihinde gerçekleşmiş, dava ise 19.01.2015 tarihinde açılmıştır. Mahkemece zamanaşımı süresi yönünden uygulanan kanun maddeleri ve zamanaşımı süresi yönünden bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Uyuşmazlık; zamanaşımının hangi tarihten itibaren başlayacağı noktasında toplanmaktadır. Bazı hallerde, zararın öğrenilmesi, onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamındadır, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir.

Buna karşılık ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için 8 yıllık zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığının öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. (HGK, 15.11.2000 gün ve: 2000/21-1609 K: 2000/1699, 4.HD 13.05.1980 gün ve 1980/3493-6206 sayılı; 26.01.1987 gün, 1986/7532 esas, 1987/485 karar sayılı kararı).

Gelişen durumun olmadığı bir durumda olay tarihi ve dava tarihi dikkate alındığında 8 yıllık zamanaşımı süresi dolmuştur. Ancak gelişen durumun varlığı halinde gelişen durumun sona ermesinden itibaren zamanaşımı süresi içinde dava açılması gerekir. Gelişen durum; olay sonucu meydana geldiği halde, başlangıçta bilinen yaralanmalar dışında, sonradan ortaya çıkan veya gelişen, olaya bağlı vücut bütünlüğünü bozan

sonuçlar olarak tanımlanabilir. Gelişen durumun olup olmadığı ise her olaya özgü olarak kanıtlara göre değerlendirilir.

Dosya kapsamından davacıya ortopedi bölümünde 02.04.2007 giriş-11.04.2007 çıkış tarihli cerrahi tedavi yapıldığı, salah ile taburcu edildiği, bu ameliyattan 1.5 ay sonra kontrolünün gerektiği belirtilmiş, yine davacının 14.03.2011 tarihinde ameliyat edilerek salah ile taburcu edildiği belirtilmiştir.

Davacıdaki yaralanmanın hangi tarihte tedaviyle tamamen sona erdiği, bu yaralanmadan dolayı gelişen bir durum olup olmadığı, varsa hangi tarihte gelişen durumun sona erdiği; diğer bir anlatımla, daimi iş gücü kaybının kesin olarak belirlenebilmesi için tedavilerinin ne zaman sona ereceği ve

kesin maluliyet oranının hangi tarihte belirlenebileceğinin zamanaşımı tarihinin başlangıç tarihinin tespiti açısından önemlidir.

Mahkemece dosya tümü ile Adli Tıp Kurumuna gönderilerek; davacının yaralanması nedeniyle tedavileri tamamlanarak hangi tarihte sağlığına kavuşmuş sayılacağı, gelişen bir durum bulunup bulunmadığı,tedavilerinin ne zaman sona ereceği, vücut çalışma gücü kaybının hangi tarihte kesin olarak belirlenebilir duruma geldiği konusunda rapor alınmalıdır. Mahkemece bu hususta gerekli araştırmalar yapıldıktan sonra gelişen durumun varlığı olup olmadığı da dikkate alınarak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının tartışılmak üzere kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 23/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

ÖZET: Dava açılması, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurulması ya da icra takibi yapılması zamanaşımını keser.

Y. 17 HD E.2016/16333, K.2017/3763, T.6.4.2017

Davacı vekili; davacı ... şirketi nezdinde kasko sigortalı aracın 16/04/2011 tarihinde seyir halinde iken ters şeritten gelen ... ...'ın sevk

ve idaresindeki sigortalı araca çarptığını ve aracın hasar gördüğünü, müvekkili şirketçe sigortalıya 5.805,00TL'nın 09/06/2011 tarihinde ödeme yapıldığını, tahsil amacıyla ... 14. İcra Müdürlüğünün 2012/3912 sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını ancak davalıların takibe itiraz ettiklerini, açıklanan nedenlerle davalı borçluların itirazlarının iptaline, takibin devamına, asıl alacağa ödeme tarihi olan 09/06/2011 tarihinden itibaren faiz işletilmesine, davalıların %100 oranında icra inkar tazminatı ödemesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... (...) Sigorta A.Ş. vekili; davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan delillere göre; zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava; kasko poliçesinden kaynaklanan rücuen tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

6098 sayılı TBK'nın 155. Maddesine göre "Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur" Ancak zamanaşımı def'i müteselsil sorumlular için ortak savunma değildir. Zamanaşımı definden yalnızca defi ileri süren yararlanır. Bu nedenle; davalı ...'in zamanaşımı def'inde bulunmadığı anlaşıldığından, ...'in de bu savunmadan yararlandırılmasını gerektirmez. Davalı ... yönünden yargılamaya devam edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

2-6098 sayılı TBK'nın 154/2 maddesine göre; "Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa" zamanaşımının kesileceği düzenlenmiştir.

Somut olayda; icra takibi ile alacağını takip ettiğinden zamanaşımı süresi kesilmiştir. İcra dosyasında davalıların itirazı ise 27.2.2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Buna göre; zamanaşımı süresi dolmadan geçerli bir icra takibi yapılmış olması ve devamında İİK'nın 67.maddesine göre süresinde itirazın iptali davası açılmış olmasına göre; zamanaşımı def'inin reddine karar verilerek, işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 06.04.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ZAMANAŞIMI • İCRA TAKİBİ • MÜTESELSİL BORÇLULAR

ÖZET: İcra takibi zamanaşımı süresini keser ve zamanaşımı süresi tekrar işlemeye başlar. Zamanaşımı müteselsil sorumlular için ortak savunma değildir. Zamanaşımı def'inden sadece def'i ileri süren borçlu yararlanır.

Y. 17 HD E.2016/16333, K.2017/3763, T.6.4.2017

Davacı vekili; davacı ... şirketi nezdinde kasko sigortalı aracın 16/04/2011 tarihinde seyir halinde iken ters şeritten gelen ... ...'ın sevk ve idaresindeki sigortalı araca çarptığını ve aracın hasar gördüğünü, müvekkili şirketçe sigortalıya 5.805,00TL'nın 09/06/2011 tarihinde ödeme yapıldığını, tahsil amacıyla ... 14. İcra Müdürlüğünün 2012/3912 sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını ancak davalıların takibe itiraz ettiklerini, açıklanan nedenlerle davalı borçluların itirazlarının iptaline, takibin devamına, asıl alacağa ödeme tarihi olan 09/06/2011 tarihinden itibaren faiz işletilmesine, davalıların %100 oranında icra inkar tazminatı ödemesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... (...) Sigorta A.Ş. vekili; davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan delillere göre; zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava; kasko poliçesinden kaynaklanan rücuen tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

6098 sayılı TBK'nın 155. Maddesine göre "Zamanaşımı müteselsil borçlulardan veya bölünemeyen borcun borçlularından birine karşı kesilince, diğerlerine karşı da kesilmiş olur" Ancak zamanaşımı def'i müteselsil sorumlular için ortak savunma değildir. Zamanaşımı definden yalnızca defi ileri süren yararlanır. Bu nedenle; davalı ...'in zamanaşımı def'inde bulunmadığı anlaşıldığından, ...'in de bu savunmadan yararlandırılmasını gerektirmez. Davalı ... yönünden yargılamaya devam edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

2-6098 sayılı TBK'nın 154/2 maddesine göre; "Alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuş-

sa ya da iflas masasına başvurmuşsa" zamanaşımının kesileceği düzenlenmiştir.

Somut olayda; icra takibi ile alacağını takip ettiğinden zamanaşımı süresi kesilmiştir. İcra dosyasında davalıların itirazı ise 27.2.2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Buna göre; zamanaşımı süresi dolmadan geçerli bir icra takibi yapılmış olması ve devamında İİK'nın 67.maddesine göre süresinde itirazın iptali davası açılmış olmasına göre; zamanaşımı def'inin reddine karar verilerek, işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün B**OZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 06.04.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ZAMANAŞIMI • KISMİ ÖDEME

ÖZET: Borçlunun bir miktar ödeme yapması zamanaşımını keser.

Y. 17 HD E.2017/525,K.2017/6308, T.1.6.2016

Davacı vekili, davalıya sigortalı araç sürücüsünün kusurlu hareketi ile gerçekleşen kazada müvekkilinin yaralandığını ve malul kaldığını açıklayıp 1.000,00 TL maddi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın zamanaşımı nedeni ile reddine karar verilmesini, davacıya 22.04.2014 tarihinde ödeme yaptıklarını ve sorumluluklarının kalmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere göre, davanın zamanaşımı nedeni ile reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin meydana gelen kazada yaralandığını, davalıya başvuru neticesinde kısmi ve yetersiz ödeme yapıldığını açıklayıp bakiye maddi tazminatın tahsilini talep etmiştir.

2918 sayılı KTK'nun 109. maddesi hükmü gereğine, "motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar gö-

renin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak 10 yıl içinde zamanaşımına uğrar".

BK'nun 154/1. maddesi hükmüne göre borçlunun kısmi ifada bulunmasızamanaşımını kesen işlemlerdendir.

Somut olayda, davaya konu trafik kazası 09.08.2006 tarihinde meydana gelmiş; 22.04.2014 tarihinde davalı ... şirketi tarafından kısmi ödemede bulunulmuş, 18.11.2015 tarihinde dava açılmıştır.

Yapılan kısmi ödeme tarihinde zamanaşımı kesilmiş ve 2 yıllık süre yeniden işlemeye başlamıştır. Bu halde 18.11.2015 tarihinde açılan davanın süresi içerisinde yapıldığını kabulü ile işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 01/06/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HAKSIZ FİİL • CEZA ZAMANAŞIMI • SÜRENİN SONA ERMESİ

ÖZET: Dava konusu kazada birden fazla kişi ölmüş olup, bu duruma göre, olaya uygulanacak olan ceza zamanaşımı süresi on yıldır. Tatil gününde sona eren zamanaşımı süresi o tatil gününü izleyen mesai gününe kadar uzar.

Y. 17 HD E.2017/2589, K.2017/7087, T.20.6.2017

Davacılar vekili, davalıya sigortalı araç sürücüsünün kusurlu hareketi ile gerçekleşen kazada desteğin öldüğünü açıklayıp maddi tazminat talebinde bulunmuştur.

Davalılar vekili, davanın zamanaşımına uğradığını ileri sürerek davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davanın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle davanın red-

dine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazası sebebi ile ölüme dayalı tazminat istemine ilişkindir.

Somut olayda; kaza 28.12.2004 tarihinde gerçekleşmiş, davaya konu trafik kazası sonucunda davacıların desteği ile birlikte birden fazla kişi ölmüştür. Buna göre eylem için(765 sayılı TCK 455/2) kaza tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nın 66/1-e maddesinde öngörülen ceza zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğu,zamanaşımı süresinin son günü olan 28.12.2014 gününün Pazar gününe denk geldiği dikkate alındığında dava tarihi olan 29.12.2014 tarihinde zamanaşımısüresinin dolmadığı anlaşılmaktadır.

Bu hale göre zamanaşımı süresinin dolmadığı dikkate alınmak suretiyle işin esasına girilip, tarafların delilleri toplanıp, sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılara geri verilmesine 20/06/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ARACIN PERT OLMASI • ARAÇ MAHKUMİYETİ ZARARI • POLİÇE LİMİTİ • İŞLETEN SIFATI

ÖZET: Sigortalı aracın pertinin uygun görülmesi halinde yeni bir araç alınması için gerekli makul süre tespit edilerek araç mahrumiyeti zararı hesaplanmalıdır. Maddi zarar poliçe limitini aşmayacak şekilde tespit edilmelidir. Trafik kaydına rağmen işletenin üçüncü kişi olması mümkündür.

Y. 17 HD E.2016/15457, K.2017/7984, T.20.9.2017

Davacı vekili, 18.01.2013 talihinde davalı ... yönetimindeki çekici ile buna bağlı römorkun, davacı şirkete ait kamyona (römork çeker) çarparak hasar verdiğini, çekicinin ... A.Ş.'ye. römorkun ise ...A. Ş.'ye ait

olduğunu, kaza sonucu araçta 101.861,68 TL'lik hasar meydana geldiğini, araçta ciddi değer kaybı oluştuğunu ve 3 ay 27 gün boyunca davacı şirketin aracını kullanamadığını, araçtaki hasarın aracın değerine oranının %58 olduğunu belirterek, değer kaybı için şimdilik 10.000,00 TL'nin davalılardan, araç mahrumiyet zararı için ise şimdilik 5.000,00 TL'nin davalılardan ticari faizi ile birlikte tahsilini talep etmiş, 15.09.2015 tarihli ıslah dilekçesiyle araç mahrumiyeti talebini 10.000,00 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı ...Ş. vekili, davalı şirket ile ... A.Ş. arasında 03.03.2006 tarihinde Finansal Kiralama sözleşmesi imzalandığını, çekicinin anılan şirketine kiralandığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Davalı ...Ş., poliçe limiti dahilinde ödeme yapıldığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalı ... ihbar olunan vekilleri, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; 6.000,00 TL değer kaybı alacağının davalı ... Sigortanın ... teminat limiti ile sınırlı olmak üzere dava tarihinden itibaren, diğer davalılar ... A.Ş, ...Kiralama Şirketi ile ... yönünden kaza tarihi olan 18/01/2013 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, 10.000,00 TL 'nin davalılar... A.Ş., ... Şirketi ile ... yönünden kaza tarihi olan 18/01/2013 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ile davalılar ... ... A.Ş., ... A.Ş.,...A.Ş. vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasına dayanan değer kaybı ve araç mahrumiyeti talebine ilişkindir.

1-Davalı ...Ş. vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Somut olayda kaza 18.01.2013'te meydana gelmiştir. Dava, 15.09.2015'te ıslah edilmiştir. Davalı vekili de süresi içerisinde ıslah zamanaşımı itirazında bulunmuştur. Mahkemece anılan itirazla ilgili olumlu ya da olumsuz herhangi bir hüküm kurulmamıştır.

2918 sayılı ....nun 109/1. maddesinde "Motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl ve her halde, kaza gününden başlayarak 10 yıl içinde zamanaşımına uğrar." denilmektedir. Aynı kanunun 109/2. maddesinde ise, "Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve Ceza Kanunu bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi

öngörmüş ise, bu süre maddi tazminat talepleri için de geçerlidir." hükmüne yer verilmiştir. Mahkemece, anılan hükümler doğrultusunda, davalı vekilinin zamanaşımı itirazının değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulmaması doğru görülmemiştir.

2-Kabule göre de; davacı ... davalı ...Ş. vekilinin değer kaybı yönünden, davalı ...Ş. vekilinin ise gelir kaybı yönünden temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Davacı tarafından aracın %58 hasarlı olduğu ve 3 ay 27 gün serviste kaldığı iddia edilmiştir. Onarım masrafları, taşıtın riziko tarihindeki değerinin belli bir oranına ulaşır ya da taşıt onarım kabul etmezse taşıt tam hasara uğramış sayılır.

Değer kaybı ise, aracın trafik kazası sonucu hasarlanıp, onarılmasından sonraki değeri ile hiç hasarlanmamış haldeki değeri arasındaki farka ilişkin olup, araçtaki değer kaybı belirlenirken, aracın markası, yaşı, modeli ve hasar gördüğü kısımları dikkate alınarak aracın kaza tarihinden önceki 2. el satış değerinin tespiti ile aracın tamir edildikten sonra ikinci el satış değerinin tespiti ve arasındaki fark göz önüne alınmaktadır.

Somut olayda, değer kaybı yönünden hükme esas alınan 15.04.2015 tarihli bilirkişi raporunda araçta oluşan değer kaybı, yukarıda açıklanan ilkelere ve Dairemizin yerleşik uygulamasına aykırı şekilde 6.000 TL olarak belirlenmiş, ayrıca aracın kaza tarihindeki piyasa değeri belirlenmediği gibi aracın hasar durumuna göre pert total sayılmasının ekonomik olup olmadığı da raporda tartışılmamıştır. Aracın pertinin uygun olması halinde davalı taraf ayrıca değer kaybı zararından sorumlu olmaz. Yine bu durumda araç mahrumiyetinin tespiti için, aracın makul ve gerekçeli olarak belirlenmiş tamir süresi içinde oluşacak gelir kaybı değil, aynı özellikte yeni bir araç alınması için gerekli makul süre tespit edilerek,bu süre yönünden gelir kaybı hesabı yapılması gerekir. Dosyada alınan bilirkişi raporu hüküm kurmaya elverişli değildir.Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz.

Bu durumda mahkemece, davacı aracının modeli, yaşı, kaza sonucu meydana gelen hasar durumu, km'si, kullanım tarzı vs de gözönünde bulundurularak aracın onarımının mı, pertinin mi uygun (ekonomik) olduğu, onarımının ekonomik olması halinde yukarıda açıklanan değer kaybı hesabı esaslarına uygun şekilde araçta oluşan değer kaybının ve makul onarım süresinin tespiti, pertinin ekonomik olması halinde davacı tarafın aynı model ve özellikle yeni bir araç alması için gerekli makul sürenin

tespit edilerek bu doğrultuda araç mahrumiyeti zararının belirlenmesi hususlarında, hasar konusunda uzman yeni bir bilirkişi heyetinden açıklamalı, ayrıntılı, denetime elverişli şekilde rapor alınarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Davacının gelir kaybının hesaplanması yönünden ise, davacının ticari defterlerinin, vergi kayıtlarının ve hasarlanan kamyonun çalıştığı firma kayıtlarının getirtilmesi ve kamyonun çalıştırılmasından kaynaklı amortisman, yakıt vb. giderler de düşüldükten sonra kamyonun ortalama günlük net gelirinin tespit edilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir.

3-Davalı ...Ş. vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde; davalı ...Ş., karşı aracın ... ... şirketidir. 27.04.2012-2013 tarihli poliçedeki maddi hasar poliçe üst limiti 25.000,00 TL'dir. Davalı vekilince, dava açıldıktan sonra 27.08.2013 tarihinde poliçe limiti olan 25.000,00 TL'nin hasar olarak ödendiği belirtilmiştir. Mahkemece, anılan ödemenin ve poliçe limitinin değerlendirilerek, ... hakkında açılan dava ile ilgili olarak ödeme nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekirken, davanın kısmen kabulü ile 6.000,00 TL değer kaybı alacağının poliçe limiti ile sınırlı olmak üzere tahsili şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

4-Davalı ...Ş. vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde; davalı vekilince ...plakalı çekicinin 2006 yılında davalı ...Ş.'ye uzun süreli finansal kiralama sözleşmesi ile kiralandığı belirtilmiştir. Mahkemece anılan iddia ile ilgili olumlu ya da olumsuz herhangi bir hüküm kurulmamış, trafikte çekicinin davalı ...Ş.'ye kayıtlı olduğu belirtilmiştir. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz.

2918 sayılı ... hükümlerine göre, trafik kaydı "işleteni" kesin olarak gösteren bir karine değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak, trafik kaydına rağmen işletenliğin 3. kişi üzerinde bulunmasını engelleyen bir yasa hükmü yoktur. Aynı yasanın 3. maddesinde, "İşleten: Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alacı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak, ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve

tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır." şeklinde tanımlanmıştır. Aynı kanunun 85. maddesinde ise, "Bir motorlu aracın işletil-

mesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün ünvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen bilet ile işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar." hükmüne yer verilmiştir.

Bu yasal düzenleme karşısında, kazaya karışan araçların meydana getirdikleri zararlardan araç sahiplerinin hukuken sorumlu olacağı ilkesi benimsenmiş ise de, araç malikleri tarafından herhangi bir sebeple yararlanılması için bir başka kimseye devir edilmesi halinde (kısa bir süre için kiralanmaması kaydıyla) artık üzerindeki fiili hakimiyeti kalmaması ve bu sebeple ekonomik yönden de bir yararlanma olanağının kalktığı durumlarda, o araca kaza sırasında fiili hakimiyeti altında bulunduran ve ondan iktisaden yararlanan kimsenin işleten sıfatıyla meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerekir. Bunun sonucu olarak da, araç maliki sorumlu tutulmamalıdır. Gerek doktrinde, gerekse ...'ın uygulamalarında, kiracının işleten sıfatının belirlenmesinde, kira sözleşmesinin uzun süreli olması, araç üzerinde fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir.

Somut olayda, davalı vekili müvekkilinin uzun süreli finansal kiralama işi yaptığını, müvekkilinin hukuken işleten olmadığını, müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini, ... plakalı çekicinin 2006 yılında davalı ...Ş.'ye finansal kiralama sözleşmesi ile kiralandığını ve sonraki yıllarda sözleşmenin revize edildiğini belirterek buna ilişkin belgeleri dosyaya sunmuştur.

Bu durumda mahkemece taraflar arasında uzun süreli ve 3.kişileri bağlayacak güçte bir kira sözleşmesinin bulunup bulunmadığı, aracın fiilen teslim edilip edilmediği, ekonomik yararlanmanın kime ait olduğu, kira sözleşmesi ve kira bedelinin Maliye ve vergi dairelerine bildirilip bildirilmediği, gerektiğinde işleten ve kiracının ticari defter ve kayıtları üzerinde konusunda uzman bir bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılmak suretiyle, kira sözleşmesinin fatura, ruhsat ve cari hesap hareketleri gibi yan delillerle desteklenip desteklenmediği, davalı ...Ş.'nin işletenlik sıfatının devam edip etmediği hususları tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hatalı gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir.

5-Bozma neden ve şekline göre davacı vekilinin vekalet ücreti hakkındaki temyiz temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1),(2),(3) ve (4) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekili, davalı ...Ş. vekili, davalı ...Ş. vekili ile davalı ...Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün **BOZULMASINA,** (5) nolu bentte açıklanan nedenlerle bozma nedenine göre davacı vekilinin vekalet ücreti hakkındaki temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacı ile davalılar ... ... A.Ş., ... A.Ş. ile ... A.Ş.'ne geri verilmesine 20/09/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ARAÇ İŞLETENİN VEYA SÜRÜCÜNÜN KUSURU
•
MİRASÇILARIN HAKLARI

ÖZET: Aracı işleten veya kullanan tüm kusurlu olsalar da, destekten yoksun kalan mirasçıları üçüncü kişi konumunda olduklarından zorunlu mali mesuliyet sigortasından dolayı sigorta şirketinden tazminat isteyebileceklerdir. Burada alacaklı ve borçluluk sıfatlarının birleştiğinden söz edilemez. Zararın oluşumundaki kusur mirasçılara yansıtılamaz.

Y. 17 HD E.2016/150404, K.2017/9789, T.30.10.2017

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; Müvekkilinin eşi, ... ve ...'nin babası ...'ın ölümü ve yanında birden fazla kişinin yaralanması ile sonuçlanın 23.12.2011 tarihinde müteveffanın yönetimindeki ... plakalı araçla karıştığı maddi hasarlı kaza meydana geldiğini, kazada davalının sorumlu olduğu ... sigortası bulunmayan araç sürücüsü müteveffa ...'ın tam kusurlu olduğunu, Davalı kurumunun mevzuat gereği yaptığı ödemelerden dolayı rücu hakkı olan araç malikine ve araç ile ilgili kişilere rücu hakkı bulunduğundan bahisle ödeme yapmayacağını belirterek başvuruları reddedildiğini, dosya kapsamı, deliller ile müteveffanın tam kusurlu olduğunu,inceleme yapılmasına gerek olmadığını, aktüerya incelemesi yapılması gerektiğini, müvekkillerinin desteğinin kazadan önce belgeli bir işte çalışmadığını, tazminat hesabına esas kazanç miktarının asgari ücret tutarları üzerinden belirlenmesinin gerektiğini, bu nedenlerle belirlenecek olan destekten yoksun kalma tazminat tutarlarının temerrüt (25.06.2012) tarihinden işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava

etmiştir. Davacılar vekili 06/05/2016 havale tarihli ıslah dilekçesi ile talebini toplam 200.000,00 TL ye artırmıştır.

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; Davanın ceza zamanaşımı yönünden zamanaşımına uğradığını, 01.07.2007 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonucunda ölen ...'ın hak sahipleri davadan önce davalı kuruma tazminat talebinde bulunduğunu, müvekkili kurumun ret ettiğini, dava konusu kazanın oluşunda davacıların desteği ...'ın % 100 kusurlu olduğunu, desteğinden yoksun kalan davacı taraflar aynı zamanda mirasçı konumunda olduğunu, alacaklı ve borçlu sıfatları davacılarda birleşmiş olacağından, davanın zamanaşamı, alacaklı-borçlu birleşmesi ve ödemezlik defi nedeniyle davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, Davacı ... için 142.183,78 TL, davacı ...için 16.020,06 TL ve davacı ... için 41.796,16 TL destekten yoksun kalma tazminatının temerrüt tarihi olan 25.06.2012 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacılara verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde, bir usulsüzlük bulunmamasına; davacılar ...ndan 3. kişi sıfatıyla tazminat talep ettiklerinden somut olayda TBK.'nın 135. maddesi anlamında alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının birleştiğinden söz edilemeyeceğine ve ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılamayacağına; dolayısıyla araç sürücüsünün veya işletenin tam kusurlu olmaları halinin, desteğinden yoksun kalan davacıları etkilemeyeceğine; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ve ...Yönetmeliğine göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmadığından davalı ...nın, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacılar da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalının sorumlu olacağına (HGK.'nun 15.6.2011 gün ve 2011/17-142 esas-411 karar; 2011/17-787 esas-2012/92 karar; 16.1.2013 gün ve 2012/17-1491 22.2.2012 gün esas-2013/74 karar sayılı ilamları uyarınca) göre, davalı ...vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda dökümü yazılı 10.244,00 TL kalan onama harcının temyiz eden davalı ...ndan alınmasına 30/10/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FARKLI İKİ KAZA • MALULİYET ORANI

ÖZET: Ancak davacının geçirdiği 1. kaza nedeniyle .... sayılı davada alınan .... raporunda, davacının geçirdiği 1. kaza nedeniyle %53 oranında, 2. kaza nedeniyle ise %64 oranında malul kaldığı belirtilmiş olması karşısında mahkemenin 1. kazanın yargılamaya konu olduğu .... sayılı dosyasının ve dolayısıyla bu dosyadaki davacının maluliyet oranının kesinleşmesi beklenerek, bunun sonucunda davacının 1. ve 2. kaza sonucu arasındaki maluliyet oranı arasındaki fark kadar yani 2. kaza sonucu oluşan maluliyet oranın da ki artış kadar maddi tazminattan davalıların sorumlu olacağı kabul edilerek bir karar verilmelidir.

Y. 17 HD. E.2013/15044, K.2016/1946, T.18.02.2016

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalılar vekilleri ile davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

Davacı vekili, davalıların işleten, sürücü ve zorunlu mali mesuliyet sigortacısı olduğu aracın yaya olan müvekkiline çarparak ağır yaralanmasına neden olduğunu ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 70.000,00 TL maddi ve 10.000,00 TL manevi tazminatın, (davalı ... şirketinin sadece maddi tazminattan sorumlu olması kaydı ile) 02.07.2002 kaza tarihinden ve maddi tazminat için en yüksek mevduat faizi ve manevi tazminat için yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar vekilleri, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan delillere göre, kaza tarihi itibariyle araç malikinin.... olduğu gerekçesiyle davalı ...yönünden davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine, 64.431,38 TL maddi tazminatın davalı ... ve davalı ... şirketinden 02.07.2002 kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte tahsiline, 3.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı ...'dan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalılar vekilleri ile davacı vekili tarafından katılma yoluyla temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde görülmeyen davalılar vekilleri ile davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Davacı dava konusu 02.07.2002 tarihli trafik kazasından önce 30.04.2001 tarihli başka bir trafik kazası geçirmiştir. Davacının geçirdiği birinci trafik kazası .... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin .... sayılı davada yargılamaya konu olmuştur. ....sayılı dava 6.6.2013 tarihinde karara çıkmış, taraf vekillerince temyiz edilmiş henüz kesinleşmemiştir. Mahkemece alınan ....raporunda davacının %64 oranında meslekte kazanma gücünü kaybettiği belirlenmiştir. Hükme esas alınan hesap bilirkişisi raporunda ise davacının %64 maluliyet oranı ve 5/8 oranındaki müterafik kusuru nazara alınarak maddi tazminat miktarı 64.431,38 TL olarak bulunmuştur. Ancak davacının geçirdiği 1. kaza nedeniyle .... sayılı davada alınan .... raporunda, davacının geçirdiği 1. kaza nedeniyle %53 oranında, 2. kaza nedeniyle ise %64 oranında malul kaldığı belirtilmiş olması karşısında mahkemenin 1. kazanın yargılamaya konu olduğu .... sayılı dosyasının ve dolayısıyla bu dosyadaki davacının maluliyet oranının kesinleşmesi beklenerek, bunun sonucunda davacının 1. ve 2. kaza sonucu arasındaki maluliyet oranı arasındaki fark kadar yani 2. kaza sonucu oluşan maluliyet oranın da ki artış kadar maddi tazminattan davalıların sorumlu olacağı kabul edilerek bir karar verilmelidir.

Mahkemece, davalı ... şirketinin iş göremezlikten kaynaklı sorumlu olduğu poliçe teminat miktarı 18.000 TL olmasına rağmen, davalı sigortanın hükmedilen maddi tazminatın tamamından diğer davalı ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması doğru olmamıştır. Davalı ... şirketi yönünden dava tarihinden önce başvuru yapıldığına dair bir bilgi olmamasına rağmen faiz başlangıcının temerrüdün başladığı tarih olan dava tarihinden önce kaza tarihinden itibaren hükmedilmesi de isabetli değildir.

Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de gözönünde tutularak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, M.K.nun 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, davacı için takdir olunan manevi tazminatın az olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmek üzere de kararın bozulması gerekmiştir.

Mahkemece talep edilen tedavi masraflarına ilişkin belge sunulmadığı gerekçesi ile davacının talebi reddedilmiş ise de bu yöne ilişkin inceleme ve araştırma da yetersizdir. 25.02.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 13.02.2011 tarih 6111 Sayılı Yasanın 59. maddesi ile 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98. maddesi değiştirilmiş, anılan değişiklik ile Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın ....tarafından karşılanacağı;

Trafik kazalarına sağlık teminatı sağlayan zorunlu sigortalarda, sigorta şirketlerince yazılan primlerin ve .... tahsil edilen katkı paylarının %15'ini aşmamak üzere, münhasıran bu teminatın karşılığı olarak H.... sigortacılık ilkeleri çerçevesinde maktu veya nispi olarak belirlenen tutarın tamamı sigorta şirketleri ve 3/6/2007 tarihli ve 5684 Sayılı Sigortacılık Kanununun 14. maddesinde düzenlenen durumlar için Güvence Hesabı tarafından..... aktarılır. Söz konusu tutar, ilgili sigorta şirketleri için sigortacılık ilkelerine göre ayrı ayrı belirlenebilir. Aktarım ile sigorta şirketlerinin ve ....bu teminat kapsamındaki yükümlülükleri sona erer. ....n bağlı bulunduğu .... teklifi üzerine .... söz konusu tutarı %50'sine kadar artırmaya veya eksiltmeye yetkilidir" hükmü getirilmiştir.6111 Sayılı Kanunun, yayımı tarihinde yürürlüğe giren Geçici 1. maddesi ile de. "Bu kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet. bedelleri .... tarafından karşılanır. Söz konusu sağlık hizmet bedelleri için bu Kanunun 59. maddesine göre belirlenen tutarın %20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona erer" hükmü öngörülmüştür. 2918 sayılı.... Kanununun 91. maddesi ve ....ı Genel Şartları A-1. Maddesinde, sigortacı poliçede belirtilen aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı 2918 sayılı ....Kanununa göre işletene düşen hukuki sorumluluğu zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceği, düzenlenmiştir..... Kanununa göre zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorunludur.

Sigorta poliçesinde belirtilen, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan kaza nedeniyle sigorta şirketi zarar görenlerin tedavisi için ödenen

giderleri zorunlu olarak teminat altına alır. Sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. Buna karşın belgesiz tedavi giderlerinden sorumlulukları devam etmektedir.

Bu durumda, mahkemece tarafların delillerinin toplanması, davacı tarafından talep edilen tedavi giderlerinden 2918 sayılı Kanunun 98. maddesi kapsamında kalanların ve ....'nın sorumluluğuna esas olanların belirlenmesi için uzman doktor bilirkişiden alınacak raporla, 2918 sayılı Kanunun 98. maddesi kapsamında kalan tedavi giderleri olduğunun tespit edilmesi halinde....nın davaya dahil edilmesi ve bu tedavi giderleri yönünden ....'nın sorumlu tutulması geriktiğinin dikkate alınmaması doğru değildir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalılar vekilleri ile davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalılar vekilinin ve davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden taraflara geri verilmesine 18.02.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HATIR TAŞIMASI

ÖZET: Hatır taşıması, ... teminatı kapsamında ise de, hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığından, bu gibi taşımalarda BK.nun 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse ... İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Somut olayda, mahkemece, davacının araçta hatır için taşındığı kabul edilmekle birlikte bilirkişi tarafından hesaplanan tazminattan %25 oranında hatır taşıması indirimi yapılmış ise de takdir edilen indirim oranı somut olaya uygun olmadığı gibi %25 oranda indirim yapılmasının gerekçesi de izah edilmemiştir. Bu itibarla somut olayın özelliğine ve Dairemizin yerleşik uygulamasına göre %20 oranında hatır taşıması indirimi yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Y. 17 HD. E.2015/16269, K.2017/2529, T.09.03.2016

Davacı vekili, 05.....2010 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonucunda davalı şirkete ... nolu poliçe ile 31.08.2010-2011 tarihleri arasında sigortalı, ... plakalı araç sürücüsünün kusuru sonucu müvekkilinin malul kaldığını belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla ....000 TL maddi tazminatın avans faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş; yargılama sırasında talebini toplam 96.970,00 TL (bakiye limit) olarak ıslah etmiştir.

Davalı ... şirketi vekili; ... plakalı aracın 31.08.2010-2011 tarihleri arasında müvekkiline sigortalı olduğunu, dava konusu kaza nedeni ile davacıya 03.08.2011 tarihinde 51.161 TL, 02.....2013 tarihinde ....869 TL ödendiğini, ibraname ile de davacı yanın alacağı kalmadığını beyan ettiğini, sigortalı araç sürücüsünün kusur oranının, maluliyet miktarının belirlenmesi gerektiğini, kazanın hatır taşıması esnasında meydana geldiğini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, Davanın kısmen kabulü ile belirlenen 75.948,31 TL zarardan TBK 52.maddesi gereğince %... oranında hatır taşıması indi-

rimi yapılarak 56.961,... TL'nin 03.08.2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ile davalı ... şirketi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı ... şirketi vekilinin ve davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

-Dava, trafik kazasından kaynaklanan geçici ve kalıcı işgöremezlik tazminatı istemine ilişkindir.

Hatır taşıması, ... teminatı kapsamında ise de, hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığından, bu gibi taşımalarda BK.nun 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse ... İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Somut olayda, mahkemece, davacının araçta hatır için taşındığı kabul edilmekle birlikte bilirkişi tarafından hesaplanan tazminattan %25 oranında hatır taşıması indirimi yapılmış ise de takdir edilen indirim oranı somut olaya uygun olmadığı gibi %25 oranda indirim yapılmasının gerekçesi de izah edilmemiştir. Bu itibarla somut olayın özelliğine ve Dairemizin yerleşik uygulamasına göre %20 oranında hatır taşıması indirimi yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Mahkemece, hatır taşıması nedeniyle tazminattan %25 oranında indirim yapılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kısmen reddedilen miktar Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinden kaynaklanan bir indirim olup yasadan kaynaklandığından hatır taşıması indirimi nedeni ile davalı taraf yararına vekalet ücreti takdir edilmemesi gerekirken davalı taraf yararına ....522,53 TL veklet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiş ve bozma nedeni yapılmıştır.

- 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 olacağının kabulünün gerektiği Dairemizin yerleşmiş içtihatlarındandır.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,

hesaplanan rakamların denetlenebilir olması ve davadan önce ödenen bir rakam var ise bu rakamın ödeme tarihi ile rapor tarihi arasında güncellenerek hesaplanan tazminatın en son tenzil edilerek sonuç rakama ulaşılması gerekmektedir.

Somut olayda hükme esas alınan 05.05.2015 tarihli aktüer raporunda, aktif dönem hesabında hesaplama sonucu bulunan rakam 257.579,07 TL iken ancak sonuç hesaplamada, aktif, pasif dönem hesabı toplanırken aktif dönem hesabı sonucu olarak 405.342,... TL yazılması hatalı olduğu gibi; davadan önce ödenen rakamın güncelenmiş değerinin sonuç tazminatın tenzil edilmesi gerekirken, poliçe limiti olan 175.000,00 TL den tenzil edilmesi ve sonuca bu şekilde ulaşılması da hatalı olmuştur. Hal böyle olunca mahkemece, aktüer hesaplama yöntemine aykırı, yeterli ve denetime elverişli olamayan bu rapora göre karar verilmesi bozma nedeni yapılmıştır.

-Mahkemece, ATK ....İhtisas Dairesinden maluliyet oranının tespitine ilişkin rapor alınması için davacı tarafça yatırılan 611,50 TL masrafın yargılama gideri olarak hüküm altına alınmaması da doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda ... nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ... şirketi vekilinin ve davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE;** ... nolu bette açıklanan nedenlerle davalı ... şirketi vekilinin ve davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** ... ve ... nolu betlerde açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacı ve davalıya geri verilmesine 09.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi

TRAFİK KAZASI • EKONOMİK GELECEĞİN SARSILMASI

ÖZET: Mahkemece davacının kaza nedeniyle uğradığı geçici işgöremezliği sebebiyle uğradığı mevcut zararı konusunda kısmen kabul kararı verilmesinde bir usulsüzlük bulunmamakla birlikte, ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle uğradığı maddi zararı konusunda yeterli bir araştırma yapılmadan kaza sonrası aldığı maaşının kaza öncesindeki maaşına göre daha fazla olduğu ve kaza sebebiyle ileriye dönük olarak kazanç kaybı yaşamadığı gerekçesiyle talebinin reddi doğru olmamıştır.

Y. 17. HD E: 2015/1277 K: 2017/7834 T:18/09/2017

Davacı vekili; davacının 29/03/2005 tarihinde davalı ...'nin sürücüsü, davalı ...'ün maliki ve davalı ... A.Ş.'nin işleteni olduğu otobüste geçirdiği kaza sebebiyle yaralandığını, uzun süre tedavi gördüğünü, bu kaza sebebiyle bir daha aynı işine devam edemeyeceğini belirterek 2.000,00 TL maddi ve 8.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen yasal faizleri ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili; 01/07/2014 tarihli dilekçe ile dava değerini toplam 30.000,00 TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı ... vekili; açılan davayı kabul etmediklerini, davalının kazanın oluşmasında kusurlu olmadığını ve talep edilen tazminatların çok fahiş olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı... A.Ş. Vekili; davalı şirkete husumet yöneltilemeyeceğini, kazaya karışan aracın ne işleteni ne de maliki olduğunu, davacının talebinin zamanaşımına uğraması sebebiyle reddinin gerektiğini, manevi tazminat talebinin fahiş olduğunu ve davanın ... şirketine ihbarını talep ettiklerini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ...; usulüne uygun tebligata rağmen davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 5.571,20 TL geçici iş göremezlik zararının davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, bu miktarın 2.000,00 TL'si için dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine, 4.000,00 TL ma-

nevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş; hüküm davacı vekili ve davalı...A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde ve özellikle, mahkemece aldırılan 31.07.2013 tarihli ... raporunda belirlenen geçici işgöremezlik süresi doğrultusunda yapılan hesaplamanın hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına (2 nolu bent hariç olmak üzere) ve manevi tazminatın takdirinde B.K.nun 47. maddesindeki özel haller dikkate alınarak hak ve nesafet kuralları çerçevesinde hüküm kurulmuş olmasına göre davacı vekilinin sair ve davalı...A.Ş. vekilinin (3) nolu bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazası sonucu cismani zarara uğrayan davacının, işgücü kaybına uğradığı iddiasına dayanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Sorumluluğu doğuran olayın, zarar görenin vücut bütünlüğünü ihlâl etmesi hali BK m. 46/1'de özel olarak hükme bağlanmıştır (6098 sayılı TBK m. 54). Bu hüküm gereğince "Cismani bir zarara düçar olan kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir". Bu hüküm gereğince, vücut bütünlüğünün ihlâli halinde mağdurun malvarlığında meydana gelmesi muhtemel olan azalmanın ve dolayısıyla maddî zararın türleri; masraflar, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybından doğan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar şeklinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinde belirtilen "bütün masraflar" deyimi çok geniş kapsamlıdır. Bu giderlere zarara uğrayanın katlanmak zorunda kaldığı bütün giderler dahildir.

Davacı vekili, dava ve ıslah dilekçesinde maddi tazminat talebine ilişkin olarak davacının kaza öncesinde çalıştığı hastanenin 'MR bölümü'nde sağlık çalışanı olarak görev yaptığını, kaza sonrasında bir yıldan uzun bir süre kırıkları sebebiyle işe devam edemediğini ve bu nedenle maaşını alamadığını belirterek geçici işgöremezlik nedeniyle maddi tazminat; tedavisi tamamlandıktan sonra kırıklarına takılan metal parçalar sebebiyle maaş haricinde tazminat aldığı, emeklilik süresinin ve günlük mesai süresinin daha kısa olduğu ve teknisyenliği konusunda uzmanlaştığı bölümüne dönmesinin mümkün olmadığını belirterek ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan maddi tazminat talebinde bulunmuştur.

Mahkemece davacının kaza nedeniyle uğradığı geçici işgöremezliği sebebiyle uğradığı mevcut zararı konusunda kısmen kabul kararı verilmesinde bir usulsüzlük bulunmamakla birlikte, ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle uğradığı maddi zararı konusunda yeterli bir araştırma yapılmadan kaza sonrası aldığı maaşının kaza öncesindeki maaşına göre daha fazla olduğu ve kaza sebebiyle ileriye dönük olarak kazanç kaybı yaşamadığı gerekçesiyle talebinin reddi doğru olmamıştır.

Cismani zarar nedeniyle uğranılan gelecekteki zararın karşılığı olan tazminat miktarının tespit edilebilmesi bakımından davacının gerçekten maluliyeti nedeniyle çalıştığı bölümden farklı bir bölüme alınıp alınmadığı konusunda yeterli araştırma yapılmamıştır. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz.

Mahkemece öncelikle davacının iddia ettiği gibi bir görev değişikliğinin var olup olmadığı hususunda yeterli bir araştırma ve değerlendirme yapılarak, sonucuna göre bu görev değişikliğinin oluşan yaralanmaya bağlı olduğunun tespit edilmesi durumunda daha önceki görev nedeniyle aldığı ücret ve tazminatlar v.s. gelirleri ile yeni görevi nedeniyle aldığı ücret ve tazminatlar v.s. gelirler hesaplanarak davacının gerçek kazanç kaybı ile eski görevi de kalmış olsaydı kendisine sağlayacağı yararlar tartışılarak (ekonomik geleceğinin sarsılması) hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile bu yöndeki talebin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

3-Kabule göre, davalı... A.Ş. kendisini vekil ile temsil ettirmesine rağmen gerekçeli kararda diğer davalı ... lehine vekalet ücreti hükmedilmesine rağmen, davalı...A.Ş. lehine vekalet ücretine hükmedilmemiş olması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin ve davalı ...A.Ş. vekilinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ve (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı...A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacı ile davalı ... A.Ş.'ye geri verilmesine, 18/09/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ARAÇ HASAR ZAMANAŞIMI

ÖZET: Fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak kısmi dava açılması halinde, zamanaşımı sadece kısmi davada talep edilen kısım yönünden kesilmiş olup varsa bakiye zarar için zamanaşımı süresi kesilmez, işlemeye devam eder. Kısmi davada fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması, zamanaşımı süresi içinde talep edilecek zarar yönünden önem taşır.

Y. 17 HD. E.2016/19039, K.2017/10425 T.13.11..2017

Davacı vekili, 21.05.2012 tarihinde davalı ... AŞ'ye kasko poliçesi ile sigortalı, müvekkiline ait aracın meydana gelen trafik kazasında hasarlandığını, davalının aracın kiralık (rent a car) olarak kullanıldığı gerekçesiyle hasar bedelini ödemediğini belirterek, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 6.000,00 TL'nin kaza tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini istemiş, 06.04.2016 tarihinde harcını yatırmak suretiyle istemini 11.000,00 TL'ye ıslah etmiştir.

Davalı vekili, aracın kiralık olarak kullanıldığını beyanla davanın reddini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre; davanın kabulü ile, 11.000,00 TL tazminatın 11.07.2012 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan araç hasar bedelinin davalıdan tahsili istemine ilişkindir.Kasko sigorta sözleşmesinden kaynaklanan maddi tazminat talepleri sigorta ettiren ile sigortacının tarafı olduğu sözleşmeye dayanmakta olup, bu davalar 6762 Sayılı TTK'nın 1268. maddesi (6102 Sayılı TTK'nın 1420. maddesi) gereğince 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu düzenleme Kara Taşıtları Kasko Sigortası Genel Şartlarının C.9. maddesinde de açıkça ve aynen yer almaktadır. 6762 Sayılı TTK'nın 1292. ve 1299. maddeleri hükmü uyarınca zamanaşımı süresinin başlangıcı alacağın muaccel olduğu gün, yani sigortalının rizikonun gerçekleştiğini öğrendiği günden itibaren başlayan 5 günlük ihbar tarihinin son günüdür. Kısmi davada, zamanaşımı yalnızca dava açılan kısım için kesildiğinden ve geriye kalan meblağ için işlemeye devam ettiğinden, ek dava ile talep edilecek (ya da ıslahla artırılacak kısım yönünden) miktar için de zamanaşımı süresinin dolmamış olması gerekir.Somut olayda 21/05/2012 tarihinde trafik kazası meydana gelmiş; davacı sigortalı ta-

rafından, riziko, 26.05.2012 tarihinde davalı ... şirketine ihbar edilmiştir. Fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak kısmi dava açılması halinde, zamanaşımı sadece kısmi davada talep edilen kısım yönünden kesilmiş olup varsa bakiye zarar için zamanaşımı süresi kesilmez, işlemeye devam eder. Kısmi davada fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulması, zamanaşımı süresi içinde talep edilecek zarar yönünden önem taşır. Bu nedenle zamanaşımının başladığı tarihten itibaren yine aynı zamanaşımı süresi içinde, bakiye zarar için ek dava açılabileceği gibi kısmi davada talep edilen zarar miktarı ıslah yolu ile de artırılabilir. Davacı vekili, 07/04/2014 tarihinde açtığı kısmi davada, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak müvekkilinin aracında oluşan hasar bedelinin davalı tarafından karşılanmaması nedeniyle uğradığı hasar nedeniyle şimdilik 6.000,00 TL'nin davalıdan tahsilini talep etmiştir. 06/04/2016 tarihinde harcını yatırdığı ıslah dilekçesi ile de hasar bedeline ilişkin talebini 5.000,00 TL daha artırarak toplam 11.000,00 TL'nin davalıdan tazminini istemiştir. Davalı vekili süresi içinde, ıslah edilen talebin (kısmın) zamanaşımına uğradığını ileri sürmüştür.

Mahkemece, ıslah ile artırılan miktara karşı ileri sürülen zamanaşımı def'i hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın, bilirkişi raporunda tespit edilen 11.000,00 TL hasar bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmiştir O halde; mahkemece, davalı vekilinin zamanaşımı defi konusunda ıslah edilen miktar yönünden yukarıda bahsi geçen yasa maddeleri kapsamında bir değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA, BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 13/11/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

SATIM SÖZLEŞMESİ • ZAMANAŞIMI • CARİ HESAP

ÖZET: Satım sözleşmesinde zamanaşımı on yıldır. Cari hesabın varlığından söz edilebilmesi için yasaya uygun şekilde oluşmuş bir cari hesap ilişkisi olmalıdır.

Y. 19 HD E.2017/2196, K.2017/4731, T.8.6.2017

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

- K A R A R -

Davacı vekili, taraflar arasındaki mal alım satım ilişkisi nedeni ile ticari ilişki bulunduğunu, davalı ile müvekkili şirket arasında cari hesap ilişkisinden ve faturadan doğan borcun tahsili amacıyla davalı aleyhine ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2011/18236 E sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını, davalının takibe itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline ve davalının %20 icra inkar tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı temsilcisi, davacıya ait fatura bedellerinin banka havalesi yolu ile ödendiğini, davacıya borcu bulunmadığını ayrıca borcun zaman aşımına uğradığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacı tarafından yapılan takibin dayanağının takip talebinde cari hesap ekstresi olarak gösterildiği, cari hesap sözleşmesine dayanan davaların sözleşmenin sona ermesinden itibaren beş yıl geçmekle zaman aşımına uğrayacağı, davalının süresinde zaman aşımı definde bulunduğu, cari hesap ekstresinin 2006 yılına ilişkin olduğu, cari hesap ilişkisi nedeni ile yapılan takipte zaman aşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava ticari satım sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsiline yönelik itirazın iptaline ilişkindir. Mahkemece ticari ilişkinin cari hesap

sözleşmesinden kaynaklandığı yönündeki kabulü yerinde değildir. Zira taraflar arasında TTK 88 madde ve davamında öngörülen usulüne uygun yapılmış bir cari hesap sözleşmesi bulunmamaktadır. Satım sözleşmelerinde zamanaşımı süresi TBK 146. madde uyarınca 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olup mahkemece zamanaşımı itirazı reddedilerek davanın esası hakkında bir hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine, 08/06/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İFLAS KARARI • TÜZEL KİŞİLİK • DAVA AŞMA YETKİSİ

ÖZET: İflas sebebiyle tüzel kişiliği olmayan şirketin dava açma hak ve yetkisi bulunmamaktadır.

Y. 19 HD E.2017/3467, K.2017/7497, T.1.11.2017

Davacı vekili, müvekkilinin tırlara kredili yakıt temin eden bir ... firması olduğunu, davalı tarafın fatura içeriğinden de belli olan muhtelif tarihlerde müvekkilinden yakıt ikmali yaptığını ve icra takibi yapılan faturalar bakiyesi için ... adet fatura ile toplam ....964,32 Euro tutarında borç oluştuğunu, ...964,32 EURO nun tahsili için ... 24. İcra Müdürlüğü'nün 2013/7089 E nolu dosyası ile icra takibine geçildiğini, borçlunun itiraz etmesi neticesinde takibin durduğunu beyan ederek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile ....964,32 EURO alacağın davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ettiği anlaşılmıştır.

Davalı ... vekili, davacı şirketin yabancı bir şirket olduğu ve bulunduğu ülkedeki yerel mahkeme kararı ile şirketin iflasına ve kapatılmasına karar verildiğini, davacı şirketin iflas ettiğini dolayısı ile müflis şirketin davayı takip yetkisinin bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı ... Tic. San. A.Ş. vekili, müvekkilinin fatura bedellerini ödediğini, davacı şirket tarafından ibraname düzenlendiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılamada toplanan delillere göre, davacı şirket hakkında yabancı mahkeme tarafından verilmiş olan tercümesi yaptırılmış iflas kararının bulunduğu, bu nedenle iflas nedeniyle kapatılmış, tü-

zel kişiliğe sahip bulunmayan şirketin dava açma hak ve yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle davanın usulden 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,** vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davalı ... Tic. San. A.Ş. yararına takdir olunan ....480,00 TL. duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı ... Tic. San. A.Ş.'ne ödenmesine, 01.11.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

ÖZEL İSTİHDAM BÜROSU • İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: Özel istihdam bürosu aracılığı ile bir işyerinde çalışan işçinin işçilik alacaklarından özel istihdam bürosu da sorumludur.

Y. 22 HD E.2016/27626, K.2016/22233, T.03.10.2016

DAVA...Davacı, maddi, manevi tazminat, ücret ... fazla mesai ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir.

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

Davacı vekili, müvekkili ... davalılar arasında davalıların ...'taki... yerinde çalışmak üzere.....2013 tarihinde ... ... süreli hizmet sözleşmesinin yapıldığını, müvekkilinin... yerinde kalıp ustası olarak çalışırken... akdinin işveren tarafından.....2013 tarihinde haklı neden olmadan feshedildiğini beyanla müvekkilinin çalıştığı sürelere ilişkin ücret alacağı ... sözleşmenin feshinden kaynaklanan bakiye ücret alacaklarının tespitini talep etmiştir.

Davalılar vekili, müvekkili şirketin...-...'a bağlı... .....' ... ... Lisans numarası ... alınan lisansla faaliyet gösteren Özel istihdam Bürosu olduğunu, müvekkili şirket ..... şirketi arasında Türk işçi bulmakta aracılık etmek hususunda yapılmış ... sözleşme bulunduğunu... ...sözleşme uyarınca .... adına davacı ... sözleşme yapıldığını, husumetin... şirkete yöneltilmesi gerektiğini, sözleşmeyi müvekkili ...'...şirket yetkilisi olarak... sadece şirketi temsilen imzaladığını, beyanla davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalılar ... davacı arasında ... ...ilişkisi bulunmadığı... nedenle dava konusu alacaklar yönünden davalıya husumet yöneltilemeyeceği kabulü ... davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, dava konusu alacaklardan davalı özel istihdam bürosunun sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dosya kapsamından, davalı şirketin özel istihdam bürosu belgesi olduğu anlaşılmaktadır. .....işçi bulmaya aracılık hizmeti veren özel istihdam bürolarının kanuni dayanağı 4857 sayılı Kanun... 90. maddesi ... .2013 tarih... 28592 sayılı Resmî Gazete... yayımlanarak yürürlüğe giren Özel İstihdam Büroları Yönetmeliğidir. ... konusu Kanun... Yönetmeliğe göre, özel istihdam büroları, ...işçi bulmaya aracılık etmek... ...faaliyete yönelik işgücü piyasası, istihdam... insan kaynakları hizmetlerinde bulunmakla görevlidir.

Somut olayda, dava dışı .... işyerinde çalışan davacının davalı şirket ... dava dışı ... arasında yapılan sözleşme kapsamında ...İstihdam Eğitim... Danışmanlık .... tarafından aracılık faaliyeti neticesinde temin edildiği anlaşılmaktadır.....akdini ...firmasının sözleşme imzalamaya vekil tayin ettiği ...İstihdam Eğitim... ....'... temsilcisi ... tarafından imzalandığı, ... konusu sözleşmenin.... maddesinde...İşveren ... işçi arasında ister... ...sözleşmesinden ister... sözleşmede belirtilmeyen... ilişkilerinden doğan ihtilaflarda işveren ... birlikte işveren vekili... sorumludur." hükmüne ... verilmiştir. Taraflarca imzalanan sözleşme hükmüne göre dava konusu alacaklardan davalı ... Global İstihdam Eğitim... Danışmanlık .... sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul... kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda belirtilen sebepden B**OZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 03.10.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BELEDİYE İŞÇİSİ • ALT İŞVEREN • MUVAZAA • İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Alt işveren işçisi görünen işçinin belediyenin çeşitli birimlerinde çalıştırıldığı dikkate alınarak somut olayda asıl işveren - alt işveren ilişkisi değil işçi temini sözleşmesi bulunduğu davacının muvazaalı olarak alt işveren görünen şirkette çalıştırıldığı ve başından itibaren belediyenin işçisi olduğu kabul edilmelidir. Ancak, davacının toplu iş sözleşmesinden doğan işçilik alacaklarına hak kazanabilmesi için belediye iş sendikasına üye olması ya da dayanışma aidatı ödemesi gerekir.

Y. 22 HD E.2017/43418, K.2017/25214, T.20.11.2017

Davacı, uzun süre önce davalı İzelman A.Ş. kadrosunda işe girdiğini, ... A.Ş. bünyesinde istihdam ediliyor gözükse de gerek iş emri, gerek çalışma sahası, gerek özlük ve gerekse disiplin konusunda diğer davalı Belediyeye bağlı olarak çalıştığını, davalı Belediyenin kadrosunda olup da aynı işi yapan diğer işçilerden daha düşük ücret aldığını ve onların yararlandığı bir takım hak ve alacaklardan yararlanamadığını,... A.Ş. kadrosunda olması nedeniyle de üye olmak durumunda kaldığı sendika dolayısıyla tabi olduğu Toplu İş Sözleşmesinin, hak ve alacaklarının belirlenmesinde önem arz ettiğini, zira davalı ... işçilerinin Belediye İş Sendikasıyla imzalanan Toplu İş Sözleşmesine tabi, kendisinin ise Genel İş Sendikası ile imzalanan Toplu İş Sözleşmesine tabi olmak durumunda kaldığını, bunun sonucunda da gerek ücret ve ekleri, fazla çalışma, hafta tatili, bayram tatili, ikramiye, ek ödemeler, üretim teşvik primi, risk sorumluluk zammı, vardiya tazminatı, iş güçlüğü zammı gibi haklardan aynı işi yapan Belediye işçileri yararlandığı halde kendisi ve ... A.Ş. işçilerinin yararlanamadığını, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin hizmen alımına değil, eleman teminine ilişkin olması, dolayısıyla muvazaalı olması nedeniyle davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi mevcut olmadığının tespiti ile başından beri davalı ... işçisi sayılmasına karar verilmesini belirterek; özel hukuktan kaynaklanan maaş ve diğer hak farklarını talep ve dava etme hakkını saklı tutarak davalıların arasındaki ilişkinin işçi temini olduğundan bahisle davalılardan ...Büyükşehir Belediyesi çalışanı olduğunun tespitine karar verilmesini, ıslah dilekçesinde ise tespit talebi ile birlikte ayrıca ücret far-

kı alacağı, gece çalışma farkı alacağı, fazla çalışma ücret alacağı, genel tatil ücret alacağı, hafta tatili ücret alacağı olmak üzere her alacağı miktar olarak belirterek toplam 10.000,00 TL alacağın tahsilini talep etmiştir.

Davalı ... vekili, ... Genel Müdürlüğünün ayrı bir tüzel kişiliği olduğundan davacının 09/11/1999-10/05/2007 tarihleri arası çalışmasından idarenin sorumluluğunun bulunmadığını, muvazaa iddiasının doğru olmadığını savunarak davanın reddini istemiş, ıslah dilekçesine karşı ise muvazaa iddiasının doğru olmadığı ve zamanaşımı definde bulunduklarını belirterek davanın reddini istemiştir.Davalı ... A.Ş. vekili, davacının muvazaa iddiasının doğru olmadığını, şirketin ayrı bir tüzel kişililği bulunduğunu, ... ili genelinde otopark işletmeciliği, ana okulu ve etüt merkezi işletmeciliği gibi faaliyetlerinin yanı sıra kazandığı hizmet alım sözleşmeleri ile yüklenmiş olduğu başkaca işleri yürütmekte olduğunu, bünyesinde bulunan işçileri ihtiyaç doğrultusunda ve işçilerin de onayını almak suretiyle bu faaliyet alanları kapsamında farklı görevlerde çalıştırmakta olduğunu, davacının en son olarak davalı ... tarafından açık ihale usulü ile yapılan hizmet alım ihalesi kapsamında Kültür ve Sanat Dairesi Başkanlığında şoför olarak görevlendirildiğini, davacının şirket içi atamaları, izin hakkının kullandırılması, disiplin işlemlerinin uygulanması, puantaj kayıtlarının tutulması, ücret ve diğer haklarının ödenmesi gibi bir iş ilişkisinde işverene ait her türlü yetkinin şirket tarafından kullanılmakta ve yükümlülüklerin de yine şirket tarafından yerine getirildiğini belirterek davanın reddi gerektiğini ileri sürmüştür.Kararı davacı ve davalılar vekilleri temyiz etmiştir.Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık davalılar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığıdır.

Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin 07/12/2015 ve 2015/29162 esas-24444 karar sayılı ilamında, yapılan incelemede, Mahkemece, Belediyenin 5393 sayılı Yasa hükümlerine göre asıl işini alt işverene verebileceği, davacının da bu tür işlerde çalıştığı, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin yasaya uygun olduğu kabul edilmişse de bu kabul eksik incelemeye dayandığı, dosyada toplanan delillere göre, davacının 1999 Mayıs 2007 tarihleri arasında ... Genel Müdürlüğü bünyesinde şoför; Haziran-Aralık 2007 arasında İdari İşler Müdürlüğünde vasıfsız işçi, Şubat 2008-Ekim 2012 arası ise Kültürel ve Sosyal İşl. Müdürlüğünde şoför; Haziran-Ağustos 2013 arasında ... A.Ş. şoförlük hizmetleri biriminde şoför ve son olarak 16/08/2013 tarihinden fesih tarihine kadar davalı ... Belediyesi Kültür Spor Dairesi Başkanlığı bünyesinde şoför olarak çalıştığının anlaşıldığı, davalılar arasında 01/01/2012-30/09/2014 tarihleri arasında geçerli ve davalı Belediyenin Kültür, Sanat ve Bahçe Düzenlemesi Hizmetlerinde çalıştırılmak üzere personel hizmeti alımına ait sözleşme yapıldığı ve bu

sözleşme kapsamında 150 vasıflı, 70 vasıfsız olmak üzere 220 işçi ile görüleceğinin düzenlendiğinin görüldüğü, dosyaya sunulan çeşitli tarihleri içeren yazışma örneklerinden davalı Belediyenin alt işveren olduğu savunulan diğer şirket işçilerine yönelik düzenlemeler içerdiği, davacı işçinin davalı Belediyenin çeşitli birimlerinde görevlendirildiği ya da sağlık sorunları nedeniyle bu birimlerden alınarak başka birimlere verilmesini içerdiği de anlaşılmış, son olarak tanık beyanları dikkate alındığında davalı ...A.Ş. ile davalı Belediyenin aynı işi yapan işçileri olup yapılan iş, mesai saatleri ve çalışma şartlarının da aynı olduğu, aynı işçi yapan başka şirket işçilerinin de olduğu sonucuna varılarak davalılar arasındaki ilişkinin işçi temini olduğu ve muvazaaya dayandığının kabulü ile buna aykırı olarak verilen karar bu yönden bozmayı gerektirmiştir.Mahkemece bozma ilamına uyularak, Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Dairesinin 2015/29162 esas-24444 karar sayılı ilamı ve 20/03/2017 tarihli bilirkişi raporu birlikte değerlendirildiğinde; davalı ... A.Ş. ile davalı Belediyenin aynı işi yapan işçilerinin bulunması, yapılan iş, mesai saatleri ve çalışma saatlerinin aynı olması nedeni ile davalılar arasındaki ilişkinin hizmet alım ilişkisi niteliğinde olmadığı, yapılan ihalenin işçi teminine yönelik olduğu anlaşılmakla davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu ve davacının başlangıçtan itibaren ... Büyükşehir Belediyesinin işçisi sayılması gerektiğinin tespitine ancak Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklı fark alacaklardan faydalanabilmesi icin Belediye İş Sendikasına üye olmadığı ve dayanışma aidatı da ödemediği anlaşıldığından fark alacaklar ile ilgili ıslah ile talep edilen alacaklar bakımından davanın reddine karar vermek gerektiği belirtilmiş, hüküm fıkrasında ise davanın reddine karar verilmiştir.Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm sonucu kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin isteklerin her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi, kararın gerekçesinin de, sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir.Zira tarafların o dava yönünden, hukuk düzenince hangi nedenle haklı veya haksız görüldüklerini anlayıp değerlendirebilmeleri ve Yargıtayın hukuka uygunluk denetimini yapabilmesi için, ortada usulüne uygun şekilde oluşturulmuş; hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek

açıklıktaki bir gerekçe bölümünün ve buna uyumlu hüküm fıkralarının bulunması zorunludur.Somut olayda davacı, davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğundan bahisle müvekkilinin davalılardan ... Büyükşehir Belediyesi çalışanı olduğunun tespitini dava dilekçesi ile talep etmiş, daha sonra vermiş olduğu ıslah dilekçesi ile fark alacaklarını da talebine eklemiştir. Mahkemece yapılan değerlendirmede, davalı ... A.Ş. ile davalı Belediyenin aynı işi yapan işçilerinin bulunması, yapılan iş, mesai saatleri ve çalışma saatlerinin aynı olması nedeni ile davalılar arasındaki ilişkinin hizmet alım ilişkisi niteliğinde olmadığı, yapılan ihalenin işçi teminine yönelik olduğu anlaşılmakla davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu ve davacının başlangıçtan itibaren ... Büyükşehir Belediyesinin işçisi sayılması gerektiğinin tespitine ancak Toplu İş Sözleşmesinden kaynaklı fark alacaklardan faydalanabilmesi icin Belediye İş Sendikasına üye olmadığı ve dayanışma aidatı da ödemediği anlaşıldığından fark alacaklar ile ilgili ıslah ile talep edilen alacaklar bakımından davanın reddine karar verildiğinin belirtilmesine rağmen, hüküm kısmında bu gerekçeler ile çelişir şekilde hem tespit hem de alacak talebini de karşılar nitelikte davanın reddi yönünde karar verilmiştir. Bu durumda yapılacak iş mahkemece gerekçe ile hüküm fıkrası arasındaki çelişkinin giderilmesi olup bu nedenle mahkeme kararının bu yönü ile bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz talebinde bulunan taraflara iadesine, 20/11/2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI

FACEBOOK YAZIŞMALARINDA OLUŞAN SUÇ

ÖZET: Sanığın, katılan ... ile facebook üzerinden yazışmalarında; çektiği mesaj nedeniyle birden fazla kere özür dilediği, ancak katılan ...'in arayanın kendisini nereden tanıdığını öğrenmek amacıyla yazışmaya devam ettiği ve bu konuda ısrar ettiğinin yazışmaların bu nedenle karşılıklı olarak devam ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın sırf rahatsız etmek kastıyla ısrarlı bir şekilde hareket edip etmediğinin ve suç unsurlarının oluşup oluşmadığının tartışılması ile uzlaştırma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Y. 4. CD E: 2017/193 K: 2018/2524 T: 12/02/2018

Sanık ... hakkında tehdit ve kişilerin huzur ve sükununu bozma eylemlerine azmettirme suçlarından hükmolunan beraat kararlarının temyizinde;

Eylemlere ve yükletilen suçlara yönelik katılanlar ..., ... ve ... vekillerinin temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKÜMLERİN ONANMASINA,

Sanık ... hakkında tehdit ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarından verilen mahkumiyet hükümlerinin temyizine gelince;

1-Sanığın katılan ...'a karşı tehdit eyleminde; dosyada mevcut facebook yazışmalarında, ilk olarak katılan ...'ın sanığa "gerizekalı" şeklinde mesaj çekmesinden sonra, sanığın tehdit eylemini gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, olayın başlangıç sebebi üzerinde durularak, TCK'nın 29. maddesindeki haksız tahrik hükmünün sanık hakkında uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmaması,

2-Sanığın katılan ...'a karşı kişilerin huzur ve sükununu bozma eylemi bakımından ise;

a) Sanığın, katılan ... ile facebook üzerinden yazışmalarında; çektiği

mesaj nedeniyle birden fazla kere özür dilediği, ancak katılan ...'in arayanın kendisini nereden tanıdığını öğrenmek amacıyla yazışmaya devam ettiği ve bu konuda ısrar ettiğinin yazışmaların bu nedenle karşılıklı olarak devam ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın sırf rahatsız etmek kastıyla ısrarlı bir şekilde hareket edip etmediğinin ve suç unsurlarının oluşup oluşmadığının tartışılmaması,

b)Kabule göre de; 02/12/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunun 34. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesi ve maddeye eklenen fıkraya göre uzlaşma hükümleri yeniden düzenlenmiş ve sanığa isnat edilen TCK'nın 123/1. cümle kapsamındaki kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu önceden de uzlaşma kapsamında ise de, 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle, 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinin 24 ve 25. fıkralarındaki uzlaştırma bürosuna ilişkin düzenleme dikkate alınıp, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7. maddeleri de gözetilerek, uzlaştırma işlemi uygulanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun bu kapsamda tekrar değerlendirilip belirlenmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, katılanlar ..., ... ve ... vekillerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin HÜKÜMLERİN 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 12/02/2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

FACEBOOK ÜZERİNDEN SÖVGÜ

ÖZET: Sunulan Facebook meajları karşısından Sanığın savunması alınmalı gerektiğinde imei numarası araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

Y. 4. CD E. 2016/18087 K: 2018/2642 T.14/02/2018

Sanığın, kollukta alınan savunmasında, mağdurla facebook üzerinde karşılıklı birbirlerine küfrettiklerini belirtmesi ve dosya içerisinde bulunan facebook çıktısında suça konu tehdit içerikli sözlerin yer alması karşısında, sanığa bu husus açıklattırılarak gerektiğinde mesajların gön-

derildiği bilgisayar imei nosu araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik incelemeyle hüküm kurulması,

Mahkumiyet kararı verilmesi halinde ise;

02/12/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunun 34. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesi ve maddeye eklenen fıkraya göre uzlaşma hükümleri yeniden düzenlenmiş ve sanığa isnat edilen TCK'nın 106/1. maddesi kapsamındaki tehdit suçunun uzlaştırma kapsamında bulunduğu anlaşılmış olmakla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7. maddeleri de gözetilerek, uzlaştırma işlemi uygulanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun bu kapsamda tekrar değerlendirilip belirlenmesinde zorunluluk bulunması,

Kanuna aykırı ve o yer Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 14/02/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FACEBOOK MESAJLARI • ISRAR ÖĞESİ

ÖZET: Sanığın, farklı zamanlarda ve birden çok kez facebook üzerinden mesaj göndermek şeklinde gerçekleştirdiği suça konu eylemlerinde, TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun "ısrar" öğesinin oluşması karşısında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşulları oluşmaz.

Y.4. CD E. 2017/7243 K: 2018/3294 T.21.02.2018

Sanığın, farklı zamanlarda ve birden çok kez facebook üzerinden mesaj göndermek şeklinde gerçekleştirdiği suça konu eylemlerinde, TCK'nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun "ısrar" öğesinin oluşması karşısında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, TCK'nın 43. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza belirlenmesi,

Kabule göre de; 02/12/2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunun 34. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesi ve maddeye eklenen fıkraya göre uzlaşma hükümleri yeniden düzenlenmiş ve sanığa isnat edilen TCK'nın 106/1. maddesi kapsamındaki tehdit suçunun uzlaştırma kapsamında bulunduğu, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu yönünden bu suç önceden de uzlaşma kapsamında ise de, 6763 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle, 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinin 24 ve 25. fıkralarındaki uzlaştırma bürosuna ilişkin düzenleme dikkate alınıp, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 7. maddeleri de gözetilerek, uzlaştırma işlemi uygulanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun bu kapsamda tekrar değerlendirilip belirlenmesinde zorunluluk bulunması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık ...'nın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeksizin HÜKÜMLERİN 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 21/02/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FACEBOOK KULLANICISI KİMLİK BİLGİSİ

ÖZET: Şüphelinin facebook adlı sosyal paylaşım sitesindeki profil bilgilerinin ve diğer hususların araştırılarak şüphelinin kimlik bilgilerinin tespit edilmeye çalışılması, ABD adlî makamlarıyla istinabe yapılması ve sonucuna göre şüphelinin hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerekir.

Y. 4. CD E. 2018/819 K: 2018/4172 T.01.03.2018

Tehdit suçundan şüpheli ... hakkında yapılan soruşturma evresi sonunda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 23/03/2017 tarihli ve 2017/45695 soruşturma, 2017/24872 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yönelik itirazın reddine ilişkin mercii Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 09/09/2017 tarihli ve 2017/3424 Değişik İş sayılı kararı, Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 02/01/2018 gün ve 94660652-105-06-12483-2017-KYB sayılı istemleri ve Yargıtay Cumhuriyet Başsav-

cılığının 17/01/2018 gün ve 2018/4112 sayılı bozma düşüncesini içeren ihbarnamesiyle Daireye gönderilmiş olduğu görülmekle, dosya incelendi:

Kanun yararına bozma isteyen ihbarnamede;

5271 sayılı Kanun'un 160. maddesi uyarınca, Cumhuriyet savcısının, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması gerektiği, aynı Kanun'un 170/2. maddesi gereğince yapacağı değerlendirme sonucunda, toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu kanısına ulaştığında iddianame düzenleyerek kamu davası açacağı, aksi halde ise anılan Kanun'un 172. maddesi gereği kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar vereceği, buna karşın Cumhuriyet savcısının 5271 sayılı Kanun'un kendisine yüklediği soruşturma görevini yerine getirmediği, ortada yasaya uygun bir soruşturmanın bulunmadığı durumda, anılan Kanun'un 173/3. maddesindeki koşullar oluşmadığından, itirazı inceleyen merciin Cumhuriyet savcısının soruşturma yapmasını sağlamak maksadıyla itirazın kabulüne karar verebileceği yönündeki açıklamalar karşısında, somut olayda müşteki vekilinin şikayet dilekçesi üzerine herhangi bir soruşturma yapılmadan, facebook, twitter, ınstagram isimli sosyal paylaşım siteleri ile ilgili olarak yapılan istinabe taleplerini ABD adlî makamlarının cevaplamadığı, bu nedenle şüphelinin fiziki kimliğine ulaşılamadığı gerekçesiyle iddiaların soyut nitelikte kaldığından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, şüphelinin facebook adlı sosyal paylaşım sitesindeki profil bilgilerinin ve diğer hususların araştırılarak şüphelinin kimlik bilgilerinin tespit edilmeye çalışılması, ABD adlî makamlarıyla istinabe yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunduğu anlaşılmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

I-Olay:

Tehdit suçundan şüpheli ... hakkında yapılan soruşturma evresi sonunda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 23/03/2017 tarihli ve 2017/45695 soruşturma 2017/24872 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yönelik itirazın reddine ilişkin mercii Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 09/09/2017 tarihli ve 2017/3424 Değişik İş sayılı kararının, 5271 sayılı Kanun'un 160. maddesi uyarınca, Cumhuriyet savcısının, ihbar

veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması gerektiği, aynı Kanun'un 170/2. maddesi gereğince yapacağı değerlendirme sonucunda, toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu kanısına ulaştığında iddianame düzenleyerek kamu davası açacağı, aksi halde ise anılan Kanun'un 172. maddesi gereği kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar vereceği, buna karşın Cumhuriyet savcısının 5271 sayılı Kanun'un kendisine yüklediği soruşturma görevini yerine getirmediği, ortada yasaya uygun bir soruşturmanın bulunmadığı durumda, anılan Kanun'un 173/3. maddesindeki koşullar oluşmadığından, itirazı inceleyen merciin Cumhuriyet savcısının soruşturma yapmasını sağlamak maksadıyla itirazın kabulüne karar verebileceği yönündeki açıklamalar karşısında, somut olayda müşteki vekilinin şikayet dilekçesi üzerine herhangi bir soruşturma yapılmadan, facebook, twitter, ınstagram isimli sosyal paylaşım siteleri ile ilgili olarak yapılan istinabe taleplerini ABD adlî makamlarının cevaplamadığı, bu nedenle şüphelinin fiziki kimliğine ulaşılamadığı gerekçesiyle iddiaların soyut nitelikte kaldığından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, şüphelinin facebook adlı sosyal paylaşım sitesindeki profil bilgilerinin ve diğer hususların araştırılarak şüphelinin kimlik bilgilerinin tespit edilmeye çalışılması, ABD adlî makamlarıyla istinabe yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle kanun yararına bozmaya konu edildiği anlaşılmıştır.

II-Kanun Yararına Bozma İstemine İlişkin Uyuşmazlığın Kapsamı:

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 23/03/2017 tarihli ve 2017/45695 soruşturma, 2017/24872 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın yasaya uygun olup olmadığının ve buna bağlı olarak itirazın reddine ilişkin mercii kararında isabet bulunup bulunmadığının belirlenmesine ilişkindir.

III-Hukuksal Değerlendirme:

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinin 1. fıkrasında, "Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. "2. fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza

altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." 170. maddesinin 2. fıkrasında, "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısı, bir iddianame düzenler." 172. maddesinin 1. fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir." hükümleri düzenlenmiştir.

CMK'nın 173. maddesi "(1) Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.

(2) İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir.

(3) (Değişik fıkra: 18/06/2014-6545 S.K./71. md) Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.

(4) (Değişik fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./26.mad) Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.

(5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu Madde hükmü uygulanmaz.

(6) (Değişik fıkra: 2/1/2017 - 680 S.K.H.K./11. md) İtirazın reddedilmesi halinde aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için 172 nci maddenin ikinci fıkrası uygulanır." biçimindedir.

Yukarıda yer verilen düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Ceza Muhakemesi Kanununun "soruşturma" başlıklı 2. kitabında, Cumhuriyet Savcısının suç soruşturmasına ilişkin süreci nasıl yürüteceği ve kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi durumunda, itirazı incelemekle görevli mahkemenin görevleri açık bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu çerçevede, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı itiraz üzerine inceleyen mahkeme, kamu davası açılması için yeterli delil bulunmaması

durumunda itirazın reddine, yeterli delil bulunması durumunda itirazın kabulüne veya eksik soruşturma nedeniyle soruşturmanın genişletilmesine karar verebilecektir.

CMK'nın 170/2. maddesine göre kamu davası açılabilmesi için soruşturma aşamasında toplanan delillere göre suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması gerekir. Suç ihbar veya şikayeti yoluyla soruşturma yaparak maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet Savcısı, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığını takdir edecektir. Ancak soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısının delil değerlendirmesiyle, kovuşturma aşamasında hakimin delilleri değerlendirmesi birbirinden farklı özelliklere sahiptir. CMK'nın 170/2. maddesine göre soruşturma aşamasında toplanan deliller kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturup oluşturmadıkları çerçevesinde incelemeye tabi tutulurken, kovuşturma aşamasında, isnad edilen suçun işlenip işlenmediği hususunda mahkumiyete yeter olup olmadığı ve tam bir vicdani kanaat oluşturup oluşturmadığı çerçevesinde değerlendirilmektedir.

İncelenen dosyada;

Şikayetçi vekili tarafından sunulan 14/03/2017 havale tarihli şikayet dilekçesinde, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Prof Dr. Metin Feyzioğlu'nun facebookta yer alan Metin Feyzioğlu isimli hesabından paylaştığı canlı yayın videosunun altına, 12/03/2017 tarihinde ... kullanıcı ismiyle "Metin Feyzioğlu, seni öyle bir döverim ki vücudunda kırılmadık kemik bırakmam. Adam ol aklını başına al" şeklinde tehditte bulunulduğunun belirtildiği, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca 23/03/2017 tarihli ve 2017/45695 soruşturma, 2017/24872 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verildiği ve şikayetçi vekiline 05/04/2017 tarihinde tebliğ edildiği, anılan karara şikayetçi vekili

tarafından eksik incelemeyle karar verildiği gerekçesiyle 20/04/2017 tarihinde itiraz edildiği, itirazın, mercii Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 09/09/2017 tarihli ve 2017/3424 Değişik İş sayılı kesin nitelikteki kararıyla reddedildiği anlaşılmıştır.

Dosya kapsamı, kanun yararına bozma istemi ve tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde;

Her ne kadar facebook, twitter, ınstagram isimli sosyal paylaşım siteleri ile ilgili olarak yapılan istinabe taleplerini ABD adlî makamlarının cevaplamadığı, bu nedenle şüphelinin fiziki kimliğine ulaşılamadığı, ilgili sitenin bağlı olduğu internet servis sağlayıcılarının ve yer sağlayıcılarının

yurtdışı kaynaklı olduğu ve yabancı ülke şirket ve sunucularının kullanılması nedeniyle elektronik delil elde etme imkânının da mevcut olmadığı, bilişim suçlarının yapısı gereği İnternet ortamında elde edilebilecek delillerin yokluğu ve şüpheli ya da şüphelilerin teşhis edilememesi halinde başka türlü delil elde etme olanağının bulunmadığı, bu aşamada soruşturmanın devamı halinde yeni delillere ulaşmanın teknik ve hukukî açıdan mümkün olmadığı, müştekinin şikâyetine konu edindiği olay ile ilgili olarak şüpheli ya da şüphelilere ulaşılmasına imkân veren hiçbir delil de sunmadığı gerekçeleriyle şikayetçinin iddiaların soyut nitelikte kaldığından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar karar verilmiş ise de, şüphelinin facebook adlı sosyal paylaşım sitesindeki profil bilgilerinin ve diğer hususların araştırılarak şüphelinin kimlik bilgilerinin tespit edilmeye çalışılması, ABD adlî makamlarıyla istinabe yapılması ve sonucuna göre şüphelinin hukuki durumunun tayin ve takdir edilmesi gerekirken, eksik soruşturma neticesinde kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle itirazın reddine dair mercii Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 09/09/2017 tarihli ve 2017/3424 Değişik İş sayılı kararında isabet bulunmadığı anlaşılmıştır.

IV-Sonuç ve Karar:

Yukarıda açıklanan nedenlerle,

Kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, mercii Ankara 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 09/09/2017 tarihli ve 2017/3424 Değişik İş sayı ile verilip kesinleşen kararının, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, bozma nedenine göre sonraki işlemlerin, CMK'nın 309/4-a maddesi gereğince mahallinde merci mahkemesince yerine getirilmesine, 01/03/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İDARİ YARGI KARARLARI

AVUKATIN, ESKİ MÜVEKKİLİ ALEYHİNDE İŞ ÜSTLENMESİ

ÖZET: Müvekkilin sırlarının ve zaafiyetlerinin bilinmesi muhtemel olan ve sır saklama yükümlülüğünün yoğun hissedildiği boşanma davasından kısa süre sonra, bu defa bir başka boşanma davasında müvekkili aleyhine karşı tarafın avukatlığı üstlenilmez.*

(ANKARA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ 12. İDARİ DAVA DAİRESİ 2018/354 E. 2018/433 K.)

İSTİNAF BAŞVURUSUNDA

BULUNAN (DAVALILAR) : 1-İSTANBUL BAROSU BAŞKANLIĞI

VEKİLİ : Av. ATİLLA ÖZEN

Şahkulu Mah. Serdarı Ekrem Sok. No:7 Beyoğlu- İSTANBUL

2-TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI

VEKİLİ : Av.

KARŞI TARAF (DAVACI) : T.T.

İSTEMİN ÖZETİ **:**İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olan davacının, aynı uyuşmazlıkta menfaati zıt olan tarafların vekaletini üstlenmek suretiyle, 1136 sayılı Kanunun 34. ve 38/b maddesi ile Meslek Kurallarının 2, 3, 4 ve 36. maddelerine aykırı davrandığından bahisle, aynı Kanunun 134 ve 136. maddeleri uyarınca uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 19.12.2015 tarihli ve E:2015/818, K:201/1006 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptaline ilişkin olarak Ankara 16. İdare Mahkemesince verilen 05/05/2017 gün ve E:2016/1996, K:2017/1344 sayılı kararın hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek kaldırılması istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek istinaf isteminin reddi gerektiği savunulmuştur.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12. İdari Dava Dairesin-

* Gönderen: Av. Atilla ÖZEN

ce 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesi uyarınca dava dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

Dava, İstanbul Barosuna kayıtlı olarak avukatlık yapan davacının, aynı uyuşmazlıkta menfaati zıt olan tarafların vekaletini üstlenmek suretiyle, 1136 sayılı Kanunun 34. ve 38/b maddesi ile Meslek Kurallarının 2, 3, 4 ve 36. maddelerine aykırı davrandığından bahisle, aynı Kanunun 134 ve 136. maddeleri uyarınca uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun ../../2015 tarihli ve E:2015/..., K:2015/.... sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, Avukatlar, yüklendikleri 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 hükmüne yer verilmiş, 38. maddesinin (b) bendinde de; avukatların aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olması halinde teklifi reddetmek zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 36. maddesinde ise, "Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz." kuralı getirilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, İstanbul Barosu avukatı olan davacının, şikayetçi F.G.'in eski eşi F.B.A'a karşı açmış olduğu Ümraniye 1. Aile Mahkemesinin 2011/... Esasına kayıtlı boşanma davası ile Ümraniye 2. Aile Mahkemesinin 2011/... Esasına kayıtlı iddet müddetinin kaldırılması davalarında vekilliğini üstlendiği, sonrasında şikayetçinin yeni eşi N.G. aleyhine açılan Ümraniye 1. Aile Mahkemesinin 2011/... Esasına kayıtlı boşanma davası ile şikayetçinin N.G.'den şiddet gördüğü iddiasıyla Kartal 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 2012/... Esasına kayıtlı kamu davasında bu defa N.G.'in vekilliğini üstlendiğinden bahisle İstanbul Barosuna yapılan şikayet başvurusu sonucunda, hakkında yapılan disiplin kovuşturması sonucunda daha önce vekilliğini yaptığı kişi ile çıkar çatışması olan kişilerin vekilliğini almış olması nedeni ile 1136 sayılı Kanunun 38/b maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 36.maddesinin ihlal edildiğinden bahisle uyarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun ../../.2015 gün ve E:2014/D..., K:2015/... sayılı kararının alındığı, bu karara yapılan itiraz sonucunda Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun ../../2015 tarihli ve E:2015/..., K:2015/.... sayılı kararı ile onandığı, bu işlemlerin iptali istemiyle dava açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince, bir şahsın vekilliğini üstlenen avukatın, aynı şahsın menfaati ile çatışan başka bir şahsın vekaletini almasının yasaklanması, bu şahıslara ait menfaat çatışmasının aynı işten dolayı yargıya veya hukuki mütalaaya konu edilmiş olması gerekmediği, bu durumda, şikayetçinin avukatlığını üstlenen davacının vekillik görevi sona erdikten sonra şikayetçi ile menfaati çatışan kişinin vekilliğini üstlendiği sabit olmakla birlikte zıt taraflara avukatlık etmesi aynı işten kaynaklanmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Olayda 2011 yılında davacı avukatın şikayetçi F.G.'in (B.F.A'dan) boşanma davasında ve boşanma sonrası bekleme süresinin kaldırılması davalarında vekilliğini üstlendiği, F.G.'in yeni eşi N.G.'e karşı 2012 yılında açtığı boşanma davası ve N.G.'den şiddet gördüğü iddiası ile açılan ceza davasında T.T.'ın bu defa F.G.'in karşısında yer alan N.G.'in avukatlığını üstlendiği, Kartal 8.Asliye Ceza Mahkemesinin E:2012/... dosyasının ../../2012 tarihli duruşmasında şikayetçi F.G.'in karşısında yer alan N.G.'in avukatlığını yaptığı, bu durumun doğru olmadığı hususunun F.G.'in avukatı tarafından duruşmada söylendiği ve T.T.'ın ../../2012 tarihli noter belgesiyle F.G. tarafından azledildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda müvekkilinin sırlarının ve zaafiyetlerinin bilinmesi muhtemel olan ve sır saklama yükümlülüğünün yoğun hissedildiği boşanma davasından kısa süre sonra bu defa bir başka boşanma davasında müvekkili aleyhine karşı tarafın avukatlığının üstlenilmesi yukarıda belirtilen meslek kuralları ile bağdaşmadığından, dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık, aksi yöndeki mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalılar İstanbul Barosu Başkanlığı ve Türkiye Barolar Birliğinin istinaf istemlerinin KABULÜ ile Ankara 16. İdare Mahkemesinin 05/05/2017 gün ve E:2016/1996, K:2017/1344 sayılı kararının KALDIRILMASINA, 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca esastan incelenen davanın REDDİNE, aşağıda dökümü yapılan Mahkeme aşamasına ait 203,70-TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, istinaf aşamasına ait davalı İstanbul Barosu Başkanlığına ait 132,45 TL, davalı Türkiye Barolar Birliğine ait 132,45 TL yargılama gideri ve karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT uyarınca belirlenen 1.660,00-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere verilmesine, posta gideri avansından artan miktarın taraflara iadesine, dosyanın mahkemesine gönderilmesine, 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesinin 6. fıkrası uyarınca kesin olarak 10/04/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BÖLGE İDARE MAHKEMESİ BİRİNCİ İDARE DAVA DAİRESİ

Esas No: 2018/220 - Karar No: 2018/419

İSTEMİN ÖZETİ: Davacı tarafından, İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nde Şube Müdürü olarak görev yapmakta iken, 2017 yılı Bölge Hizmetine Bağlı Yer Değiştirme kapsamında Edirne İli, Uzunköprü İlçe Milli Eğitim Şube Müdürlüğü'ne atanmasına ilişkin 22.06.2017 tarih ve 26389 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddine ilişkin İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nce verilen 28/12/2017 tarih ve E.2017/1209, K.2017/2521 sayılı karara, hukuka aykırı oludğu, kronik hipertansiyon ve istemik kalp rahatsızlığının bulunduğu, söz konusu sağlık sorunu ile takip ve tedavisini kesintisiz ve istenilen her seviyede sürdürmesine olanak sağlayacak bir yere atanması gerekirken, tüm bu hususlar gözardı edilerek, davacının sağlık durumunda olumsuzluklar yaratabilecek şekilde Uzunköprü ilçesine atanmasında hukuka uyarlık bulunmadığı iddialarıyla itsinaf başvurusunda ulunularak kaldırılması istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ

Dava konusu işlemin mevzuata uygun olarak tesis edildiği, davacının birinci bölge hizmet süresini tamamladığı ve bölge hizmetine bağlı yer değiştirmeye tabi olduğu, bu bağlamda elektronik ortamda tercihde bulunduğu, davacının yaptığı tercih dikkate alınarak dava konusu atama işleminin tesis edilidği, istinaf yoluyla incelenmesi istenen mahkeme kararında, usul ve esas bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı, davacının ileri sürdüğü hususların da istinaf sebeplerinden olmadığı, istinaf başvurusunun reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren İstanbul Birinci İdare Dava Dairesince işin gereği görüşüldü:

Davalı idare tarafından, davacının istinaf başvuru talebine cevap dilekçesinde Dairemizce verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 22/03/2018 tarih ve E:2018/220 sayılı kararın yürütülmesinin durdurulmasının da talep edildiği anlaşılınakta ise de; istinaf başvurusunun tekemmül etmiş olduğu anlaşıldığından, asıl karar aşamasına gelmiş dosyada ara karar verilıneyerek işin esasına geçildi.

Dava; davacı tarafından, İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğü'nde Şube Müdürü olarak görev yapmakta iken, 2017 yılı Bölge Hizmetine Bağlı Yer Değiştiıme kapsamında Edirne İli, Uzunköprü İlçe Milli Eğitim Şube

Müdürlüğü'ne atanmasına ilişkin 22.06.2017 tarih ve 26839 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Milli Eğitim Bakanlığı Personelinin Görevde Yükselme, Unvan Değişi kl iği ve Yer Değiştirme Suretiyle Atanması Hakkında Yönetmeliğin 10.12.2014 tarih ve 2920 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklik yönetmeliği ile değişik 30. maddesinde; yöneticilerin, sağlık mazeretlerine veya engelilik durumuna bağlı yer değişikliği talepleri ile hizmetin gereği olarak yapılabilecek yer değiştirmeler hakkında; Devlet Memurları

Kanunu ile Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanınalarına İlişkin Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan kuralda atıf yapılan Devlet Meınurlarırun Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin meseleye dair 12. maddesinde ise; Sağlık mazeretinin belgelendirilmesi halinde, lıizmet bölgelerindeki ve/veya hizmet alanlarındaki zorunlu çalışma süreleri tamamlanmadan memurun isteği üzerine yer değiştirme suretiyle atamasının yapılabileceği sağlık mazeretine dayalı olarak yapılacak yer değiştinne suretiyle atamaların, atanma dönemine tabi olmadığı, Yönetmeliğin 13. maddesinde de; memurun sağlık mazeretine dayanarak yer değiştirme talebinde bulunabilmesi için; hastalığının görev yaptığı yerde tedavisinin mümkün ol madığı veya mevcut görev yerinin öz konusu kişilerin sağlık durumunu tehlikeye düşüreceğini eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporu ile belgelendirmesi gerektiği, kuralına yer verilmişür.

Dava dosyasmm incelenmesinden; 2017 yılı atama döneminde İstanbul İlinde Milli

Eğitim Şube Müdürlüğü görev süresini tamamlayan davacının, Bölge Hizmetine Bağlı Yer Değiştirme Elektronik Tercih Fonnu ile yirmi ayrı yere atanma tercihinde bulunduğu yapılan değerlendirme sonucunda 22.06.2017 tarih ve 26839 sayılı işlem ile altıncı sıradaki tercihi olan Edirne İli, Uzunköprü İlçe Milli Eğitim Şube Müdürlüğü'ne atamasının yapılması üzerine, söz konusu atama işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda sağlık mazereti bulunan davacının işaret edilen bir sıhhi marazaya duçar kaldığında ihtiyacı olan sağlık hizmetine erişimi güç bulunan Edirne İli, Uzunköprü İlçe Milli Eğitim Şube Müdürlüğü'ne atanmasına ilişkin dava konusu işlemde, aktarılan mevzuat hükümlerine uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; istinaf başvuru unun kabulüne, davanın reddine ilişkin İstanbul 7. idai:e Mahkemesinin 28/12/2017 tarih ve E:2017/ 1209 K:2017/2521 sayılı kararın kaldırılmasına, dava konusu işlemin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 548,50-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyannca belirlenen 1.090,00.- TL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine artan tebligat ücretinin mahkemesince davacıya iadesine, kararın taraflara tebliği için dosyanın mahkemesine gönderilınesine, temyiz yolu kapalı olmak m üerekesin olarak, 18/05/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

YARARLI BİLGİLER

REESKONT VE AVANS FAİZ ORANLARI

Reeskont; iskonto edilmiş, diğer bir deyişle bir bedel karşılığı el değiştirmiş (iskonto) olan kıymetlerin, bir bedel karşılığında yeniden el değiştirmesini (reiskonto) ifade eder.

Reeskont ve avans işlemleri, Merkez Bankası Kanunu'nun 45. maddesine göre düzenlenmiştir.

Merkez Bankası, bankacılık kesiminin geçici likidite ihtiyaçlarının karşılanması için, bankalar tarafından verilecek ticari senet ve vesikaları reeskonta kabul edebilir. Türkiye'de reeskont işlemindeki tüm koşul ve kurallar, Merkez Bankası tarafından belirlenir. Bunun yanında, reeskont kredilerinin en yüksek sınırı ve kredi türlerine göre limitleri, para politikası ilkeleri doğrultusunda yine Banka tarafından konulur.

Bu işlemler için Merkez Bankası tarafından uygulanan faize "reeskont faiz oranı" adı verilmektedir. Merkez Bankası reeskonta kabul edebileceği senetler karşılığında avans da verebilmektedir. Avans için teminat olarak alınan bu senetler; ticari senet ve belgeler, devlet tahvilleri ve borsada kayıtlı tahvillerdir. Ekonomideki para arzı ve kredi genişlemesi dikkate alınarak belirlenen reeskont faiz oranı, mevcut durumda uygulanan para politikası kapsamında bir para politikası aracı olarak önemini kaybetmiştir.

Yürürlük Tarihi (*)	Reeskont İşlemlerinde Uygulanan İskonto Oranı (%)	Avans İşlemlerinde Uygulanan Faiz Oranı (%)
13.01.2005	32	35
25.05.2005	28	30
20.12.2005	23	25
20.12.2006	27	29
28.12.2007	25	27
09.04.2009	19	20
12.06.2009	18	19
22.12.2009	15	16
30.12.2010	14	15
29.12.2011	17	17,75
19.06.2012	16	16,50
20.12.2012	13,50	13,75
21.06.2013	9,50	11
27.12.2013	10,25	11,75
14.12.2014	9	10,50
31.12.2016	8,75	9,75
29.06.2018	18,50	19,50

(*) Vadesine en çok 3 ay kalan senetler karşılığında

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	5.33	5.22	9.59	5.50	4.96	15,66
Şubat	4.72	6.11	8.79	5.61	5.87	15,50
Mart	4.23	6.95	8.03	5.64	6.89	15,35
Nisan	3.74	7.89	7.36	5.47	8.01	15,36
Mayıs	3.27	8.66	6.98	5.19	9.02	15,80
Haziran	3.18	9.03	6.74	4.91	9.98	16,57
Temmuz	3.23	9.26	6.43	4.77	10.94	17,41
Ağustos	3.39	9.55	6.14	4,51	12.05	
Eylül	3.58	9.84	5.92	4.07	13.26	
Ekim	3.93	10.11	5.58	3.83	14.47	
Kasım	4.10	10.32	5.33	3.93	15,38	
Aralık	4.48	10.25	5.28	4.30	15,82	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR										
	2014	2015	2016	2017	2018	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	3.32	0.33	0.55	3,98	0,99	1.98	1.10	1.82	2,46	1,02
Şubat	1.38	1.20	-0.20	1,26	2,68	0.43	0.71	- 0.02	0,81	0,73
Mart	0.74	1.05	0.40	1,04	1.54	1.13	1.19	- 0.04	1,02	0.99
Nisan	0.09	1.43	0.52	0,76	2.60	1.34	1.63	0.78	1,31	1.87
Mayıs	-0.52	1.11	1.48	0,52	3,79	0.40	0.56	0.58	0,45	1,62
Haziran	0.06	0.25	0.41	0,07	3,03	0.31	-0.51	0.47	-0,27	2,61
Temmuz	0.73	-0.32	0.21	0,72	1.77	0.45	0.09	1.16	0,15	0,55
Ağustos	0.42	0.98	0.08	0,85		0.09	0.40	-0,29	0,52	
Eylül	0.85	1.53	0.29	0,24		0.14	0.89	0.18	0,65	
Ekim	0.92	-0.20	0.84	1,71		1.90	1.55	1.44	2,08	
Kasım	-0.97	-1.42	2.00	2,02		0.18	0.67	0.52	1,49	
Aralık	-0.76	-0.33	2.98	1,37		-0.44	0.21	1.64	0,69	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2014	2015	2016	2017	2018	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	3.32	0.33	0.55	3,98	0,99	1.98	1.10	1.82	2,46	1,02
Şubat	4.75	1.53	0.34	5,29	3,69	2.41	1.82	1.80	3,29	1,76
Mart	5.52	2.60	0.75	6,38	5,29	3.57	3.03	1.75	4,34	2.77
Nisan	5.61	4.06	1.27	7,19	8,03	4.96	4.71	2.55	5,71	4.69
Mayıs	5.06	5.22	2.77	7,74	12,12	5.38	5.30	3.15	6,18	6,39
Haziran	5.12	5.49	3.19	7,82	15,52	5.70	4.76	3.63	5,89	9,17
Temmuz	5.89	5.15	3.41	8,60	17,56	6.18	4.85	4.84	6,05	9,77
Ağustos	6.33	6.19	3.49	9,52		6.28	5.27	4,53	6,60	
Eylül	7.24	7.81	3.79	9,78		6.43	6.21	4.72	7,29	
Ekim	8.22	7.59	4.66	11,66		8.45	7.86	6.23	9,52	
Kasım	7.18	6.06	6.76	13,91		8.65	8.58	6.78	11,16	
Aralık	6.36	5.71	9.94	15,47		8.17	8.81	8.53	11,92	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	**ÜFE**					**TÜFE**				
	2014	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**
Ocak	10.72	3.28	5.94	13,69	12,14	17.75	7.24	9.58	9,22	10,35
Şubat	12.40	3.10	4.47	15,36	13,71	7.89	7.55	8.78	10,13	10,26
Mart	12.31	3.41	3.80	16,09	14,28	8.39	7.61	7.46	11,29	10.23
Nisan	12.98	4.80	2.87	16,37	16,37	9.38	7.91	6.57	11,87	10.85
Mayıs	11.28	6.52	3.25	15,26	20,16	9.66	8.09	6.58	11,72	12,15
Haziran	9.75	6.73	3.41	14,87	23,71	9.16	7.20	7.64	10,90	15,39
Temmuz	9.46	5.62	3.96	15,45	25,00	9.32	6.81	8.79	9,79	15,85
Ağustos	9.88	6.21	3,03	16,34		9.54	7.14	8,05	10,68	
Eylül	9.84	6.92	1.78	16,28		8.86	7.95	7.28	11,20	
Ekim	10.10	5.74	2.84	17,28		8.96	7.58	7.16	11,90	
Kasım	8.36	5.25	6.41	17,30		9.15	8.10	7.00	12,98	
Aralık	6.36	5.71	9.94	15,47		8.17	8.81	8.53	11,92	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR										
	2014	2105	2016	2017	2018	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	5.22	9.59	5.50	4,96	15,66	7.53	8.80	7.87	7,76	11,23
Şubat	6.11	8.79	5.61	5,87	15,50	7.60	8.77	7.97	7,88	11,23
Mart	6.95	8.03	5.64	6,89	15,35	7.70	8.70	7.96	8,21	11.14
Nisan	7.89	7.36	5.47	8,01	15,36	7.97	8.57	7.84	8,66	11.06
Mayıs	8.66	6.98	5.19	9,02	15,80	8.23	8.45	7.71	9,09	11,10
Haziran	9.03	6.74	4.91	9,98	16,57	8.31	8.28	7.74	9,36	11,49
Temmuz	9.26	6.43	4.77	10,94	17,41	8.35	8.07	7.91	9,44	12,00
Ağustos	9.55	6.14	4,51	12,05		8.46	7.88	7,98	9,66	
Eylül	9.84	5.92	4.07	13,26		8.54	7.80	7.92	9,98	
Ekim	10.11	5.58	3.83	14,47		8.65	7.69	7.89	10,37	
Kasım	10.32	5.33	3.93	15,38		8.80	7.61	7.79	10,87	
Aralık	10.25	5.28	4.30	15,82		8.85	7.67	7.78	11,14	

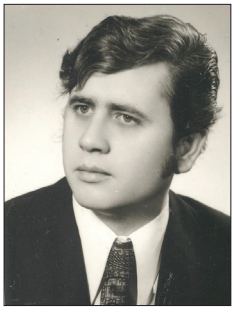
YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 45164 sicil sayısında kayıtlı
Av. ÇİĞDEM MİRZA

27/06/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1984 yılında İstanbul'da doğmuş, 2011 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
2013 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhumye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4383 sicil sayısında kayıtlı
Av. VECİHE KOREL

18/07/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1929 yılında İstanbul'da doğmuş, 1958 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 8476 sicil sayısında kayıtlı
Av. TURGUT ÇAKICI

10/07/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1946 yılında Adapazarı'nda doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 22367 sicil sayısında kayıtlı
Av. MURAT ERSÖZ

07/07/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1973 yılında Ordu'da doğmuş, 1997 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 1988 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5971 sicil sayısında kayıtlı
Av. GÜNGÖR KAYA

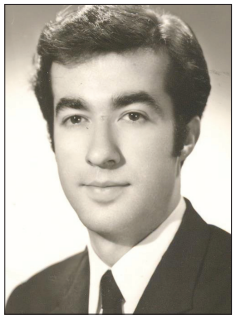
09/07/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1940 yılında Denizli'de doğmuş, 1666 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1968 Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10633 sicil sayısında kayıtlı
Av. TUĞRUL OĞUZ

06/07/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1951 yılında İstanbul Beşiktaş'da doğmuş, 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 1977 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

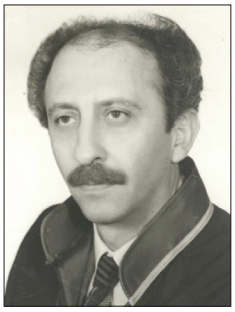
Baromuzun 6037 sicil sayısında kayıtlı
Av. METİN ARİYEL

23/06/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1939 yılında İstanbul'da doğmuş, 1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 19968 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9226 sicil sayısında kayıtlı
Av. EMRE SAKA

21/06/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1945 yılında İzmir'de doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 14582 sicil sayısında kayıtlı
Av. İBRAHİM HALİL EKİNCİ

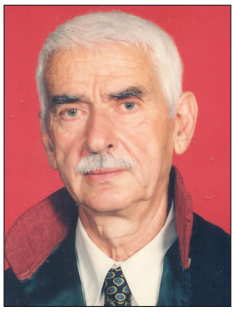
10/06/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1949 yılında Van'da doğmuş, 1986 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1987 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4375 sicil sayısında kayıtlı
Av. ŞÜKRAN BİNGÜL

08/06/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1930 yılında Ağrı'da doğmuş, 1956 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak
1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6352 sicil sayısında kayıtlı
Av. OKTAY GERÇEKER

31/05/2018 tarihinde vefat etmiştir. Merhum 1941 yılında Karacabey'de doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1970 Baromuz levhasına kaydolmuştur.
1985-1988, 2002-204, 2010-2012, 2012-2014, 2014-2016 ve 2016-2018 tarihleri arasında Türkiye Barolar Birliği Delegeliği görelerinde bulunmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 25686 sicil sayısında kayıtlı
Av. ŞAHİN CENGİZ

29/05/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1933 yılında Rize Fındıklı'da doğmuş,
1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını baromuzda yaparak, 2002 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7946 sicil sayısında kayıtlı
Av. İSMET ATAY

22/05/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1938 yılında Urfa Birecik'de doğmuş,
1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11743 sicil sayısında kayıtlı
Av. HİLMİ TUFAN ÇAKIR

10/05/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1952 yılında Zonguldak'da doğmuş, 1979 yılında
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş,
stajına Baromuzda yaparak, 1980 yılında
Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10897 sicil sayısında kayıtlı
Av. SEMRA BİÇER

14/05/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1952 yılında Kars'da doğmuş,
1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1978 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9759 sicil sayısında kayıtlı
Av. ŞADİ SIRGÜVEN

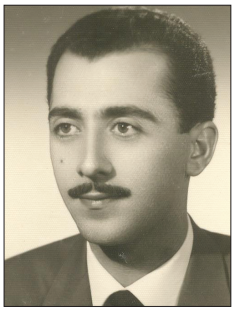
09/05/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1942 yılında Kayseri'de doğmuş,
1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden
mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
MerhumaTanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 38568 sicil sayısında kayıtlı
Av. ALİ METİN MARMARA

09/05/2018 tarihinde vefat etmiştir. Merhum 1947 yılında Malatya'da doğmuş, 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da tamamladıktan sonra 1978 yılında Malatya Barosu'ndan avukatlığa başlamıştır. 1979 yılında hakimliğe başladıktan sonra 2009 yılında hakimlikten emekli olup, 2009 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6276 sicil sayısında kayıtlı
Av. ZÜLEYHA IŞIN OLCAY

28/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1944 yılında Düzce'de doğmuş,
1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajına Baromuzda yaparak, 1969 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5249 sicil sayısında kayıtlı
Av. ERTUĞRUL ELİUZ

23/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1937 yılında İstanbul'da doğmuş,
1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1964 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	45881	ZEKİ	ERBAŞ	26.04.2018	SAKARYA BAROSU
2	41492	CUMHUR	MEYDAN	26.04.2018	İZMİR BAROSU
3	51821	EZGİ	YILDIRIM	26.04.2018	EDİRNE BAROSU
4	56144	HİLAL	GÜR	26.04.2018	SAKARYA BAROSU
5	52680	CEREN	BOZYEL	26.04.2018	İZMİR BAROSU
6	60566	AHMET	PAKET	26.04.2018	MERSİN BAROSU
7	47519	CANSU	BİRBİLEN	26.04.2018	ANKARA BAROSU
8	55454	UĞUR	ÇİMEN	26.04.2018	ORDU BAROSU
9	53941	MESUT	BİLGİN	26.04.2018	ANKARA BAROSU
10	53628	ŞAFAK	TÜRKEN	26.04.2018	EDİRNE BAROSU
11	49643	HAKAN	DENİZ	26.04.2018	ANKARA BAROSU
12	47107	SONGÜL	BASANK	26.04.2018	MERSİN BAROSU
13	53454	SEÇKİN	KESKİN	26.04.2018	İZMİR BAROSU
14	59907	A. MUHAMMED	TUŞ	03.05.2018	KONYA BAROSU
15	51059	AYSEL	ERDOĞAN	03.05.2018	KOCAELİ BAROSU
16	16077	HACI AHMET	EVİN	03.05.2018	BALIKESİR BAROSU
17	34829	BAHATTİN	ÇELİK	03.05.2018	İZMİR BAROSU
18	48306	YILDIZ	SÜNGÜ	03.05.2018	İZMİR BAROSU
19	55519	EZGİ	ODABAŞI	03.05.2018	İZMİR BAROSU
20	29695	EVGİN	TUNÇBİLEK	03.05.2018	ÇANAKKALE BAROSU
21	22428	SEVGİ	AKBENLİOĞLU	10.05.2018	MUĞLA BAROSU
22	26848	M.NAZAN	OYAL	10.05.2018	MUĞLA BAROSU
23	32119	MÜGE	PEKCAN	10.05.2018	ANKARA BAROSU
24	55152	M. KEMAL	ŞİMŞEK	10.05.2018	ORDU BAROSU
25	45334	ARZU	A. SALMANER	10.05.2018	MUĞLA BAROSU
26	40346	SİNEM	ÖZER AKSOY	10.05.2018	ANKARA BAROSU
27	34295	SELİM	YILDIZ	17.05.2018	ANTALYA BAROSU
28	59471	DİLAN	TAŞ	17.05.2018	DİYARBAKIR BAROSU
29	30328	BUKET	Y. DÖŞEMECİ	17.05.2018	MANİSA BAROSU
30	60243	CANTEKİN	KARADENİZ	17.05.2018	ADIYAMAN BAROSU
31	60807	M. NESİH	GÖZCÜ	17.05.2018	ŞANLIURFA BAROSU
32	57448	AKIN	YÜCEL	24.05.2018	ANTALYA BAROSU
33	41757	UĞUR	AKKILIÇ	24.05.2018	ÇANAKKALE BAROSU
34	44034	CEMRE	ARAS	24.05.2018	BURSA BAROSU
35	33555	DERYA	TAŞDEMİR	24.05.2018	MUĞLA BAROSU
36	52480	NİL SEREN	ÇAPAR	24.05.2018	MERSİN BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
37	43468	MEHMET AKİF	KALAMAN	24.05.2018	MERSİN BAROSU
38	57793	M.UĞUR	ÖNCEL	24.05.2018	GAZİANTEP BAROSU
39	54656	ALİ	ÖZCAN	24.05.2018	İZMİR BAROSU
40	30083	KURTULUŞ	AYKAL	24.05.2018	ANTALYA BAROSU
41	54574	E. MEHMET	AVCI	24.05.2018	SAMSUN BAROSU
42	59923	MELİH	ŞİRİN	24.05.2018	KIRKLARELİ BAROSU
43	57973	M.SERHAN	ALTAY	24.05.2018	DENİZLİ BAROSU
44	57519	ADEM	GENGEÇ	24.05.2018	ŞANLIURFA BAROSU
45	57462	ONUR	İSMAİLOĞLU	24.05.2018	KARS BAROSU
46	55162	ENES	YAMAN	24.05.2018	KOCAELİ BAROSU
47	53355	BURAK	ELMAS	24.05.2018	MALATYA BAROSU
48	45275	PINAR	KIRAY	31.05.2018	AYDIN BAROSU
49	52207	MÜNİR	KAMAN	31.05.2018	ANKARA BAROSU
50	60854	YAŞAR	KALMIŞ	31.05.2018	IĞDIR BAROSU
51	56105	SEMİH	KILIÇ	31.05.2018	BURSA BAROSU
52	56818	SALİH BARAN	MURATBEYOĞLU	31.05.2018	ANKARA BAROSU
53	55874	DAMLA	EREN	31.05.2018	TEKİRDAĞ BAROSU
54	57083	YUSUF	BİNİCİ	31.05.2018	ŞIRNAK BAROSU
55	56284	OKAN ADEM	ÖZGEN	31.05.2018	ANKARA BAROSU
56	53330	ELİF	ŞENSOY	31.05.2018	SİNOP BAROSU
57	47069	DUYGU	MANDACI	31.05.2018	ÇANAKKALE BAROSU
58	56826	DENİZ	KAL	31.05.2018	ANKARA BAROSU
59	58626	M.UÇAR	DANIŞMAN	07.06.2018	İZMİR BAROSU
60	34933	HALİL BENER	HANÇERLİOĞLU	07.06.2018	İZMİR BAROSU
61	60842	MERVE ECEM	ALTIN	07.06.2018	MANİSA BAROSU
62	46280	MİRAÇ ECE	AĞAOĞLU	07.06.2018	ANKARA BAROSU
63	32250	PINAR	ÖZSOY HALICI	07.06.2018	İZMİR BAROSU
64	46068	DUDU	ERKOL	07.06.2018	SİVAS BAROSU
65	56127	ÜMRAN	BARKIR	07.06.2018	BALIKESİR BAROSU
66	48166	NÜKET	KULABAŞ	07.06.2018	İZMİR BAROSU
67	29377	SERAP	KAYAR YAĞIZ	07.06.2018	TRABZON BAROSU
68	59512	HAŞİM	TAPANCI	13.06.2018	TEKİRDAĞ BAROSU
69	54271	ÇİĞDEM	ŞİMŞEK	13.06.2018	GAZİANTEP BAROSU
70	58422	ÇAĞLA	KUZHAN	13.06.2018	KIRKLARELİ BAROSU
71	57097	SİMGE SELEN	KILIÇLI	21.06.2018	BURSA BAROSU
72	55320	GÖKHAN	MACİT	21.06.2018	GAZİANTEP BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
73	27341	MURAT	KILIÇ	21.06.2018	K.MARAŞ BAROSU
74	60360	GÜLÇİN	YILDIRIM	21.06.2018	ANTALYA BAROSU
75	53425	MUSTAFA	KÖSE	21.06.2018	K.MARAŞ BAROSU
76	61042	ÖMER KAĞAN	KAPTAN	21.06.2018	BURSA BAROSU
77	44221	DUYGU	UZUN	21.06.2018	ESKİŞEHİR BAROSU
78	43331	MERVE FİDEM	BARUT	21.06.2018	MUĞLA BAROSU
79	51420	EZGİ	ARSLAN KİRAZ	21.06.2018	BURSA BAROSU
80	42958	ŞEBNEM	KÖKSAL	21.06.2018	MUĞLA BAROSU
81	47073	BURCU	KÜNTECİ ÖZKUL	28.06.2018	SAKARYA BAROSU
82	57949	ABDULHAKİM	AYHAN	28.06.2018	ŞANLIURFA BAROSU
83	42135	OKTAY	ÖZTÜRK	28.06.2018	TEKİRDAĞ BAROSU
84	51040	ALTUN	İPEK	28.06.2018	KOCAELİ BAROSU
85	40636	HAKAN	KARAHAN	28.06.2018	İZMİR BAROSU
86	48807	CANER	ÇELEBİ	28.06.2018	SAMSUN BAROSU
87	19644	CANAN	IŞIK KARABEY	28.06.2018	ANTALYA BAROSU
88	55892	AYŞENUR	AYDOĞDU	28.06.2018	DENİZLİ BAROSU
89	35463	EVREN	ÇILDIR	28.06.2018	İZMİR BAROSU
90	32919	HALİT	ATA	28.06.2018	OSMANİYE BAROSU
91	28462	MUSA	ÖZGÜNER	28.06.2018	OSMANİYE BAROSU
92	54701	ÇİSEM	ÖZOĞUL	05.07.2018	ANKARA BAROSU
93	46691	M.GÜNAY	YILMAZ	05.07.2018	ANKARA BAROSU
94	59546	ÖZGÜR	ÖZGÜN	05.07.2018	HATAY BAROSU
95	33468	EVRİM	ATASOY ÜRÜK	05.07.2018	KOCAELİ BAROSU
96	55535	YILMAZ	TUNA	05.07.2018	EDİRNE BAROSU
97	50082	ZİYA	BAYRAM	05.07.2018	OSMANİYE BAROSU
98	44031	KÜBRA	KAPILI	05.07.2018	ANKARA BAROSU
99	60623	YUSUF	AKKİRMANLI	05.07.2018	KOCAELİ BAROSU
100	60582	EFECAN	YÖRÜK	05.07.2018	MUĞLA BAROSU
101	60295	HANDAN	GÜNER	05.07.2018	ANKARA BAROSU
102	57449	SONER	KOCA	05.07.2018	K.MARAŞ BAROSU
103	48438	HİLAL	ALTAŞ	05.07.2018	ANKARA BAROSU
104	47016	CANSU	TEKİRDAĞ	05.07.2018	HATAY BAROSU
105	57948	ASLIHAN CAN	GÜLLÜOĞLU	05.07.2018	KOCAELİ BAROSU
106	38303	SEDA	TANSAL	05.07.2018	HATAY BAROSU
107	57183	BÜŞRA NUR	DAYAR	12.07.2018	ESKİŞEHİR BAROSU
108	58142	CAN	İMREN	12.07.2018	ANTALYA BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
109	49477	ÖZLEM	PİLGİR AYMAN	12.07.2018	ADANA BAROSU
110	40337	HÜLYA	GÜNEY ERTEN	12.07.2018	İZMİR BAROSU
111	59661	CANSU	KOÇAK	12.07.2018	MANİSA BAROSU
112	57510	BÜŞRA TUĞÇE	KAYA	12.07.2018	ADANA BAROSU
113	30227	GÜLŞEN	TUNÇ	12.07.2018	BATMAN BAROSU

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	44978	ELİF	KESKİN	26.04.2018
2	13657	HATİCE	ERDOĞRU	03.05.2018
3	7767	HALİL İBRAHİM	ARSLANER	10.05.2018
4	36327	NESRİN	KELLECİ	17.05.2018
5	60091	NUR DİLARA	YILMAZ	17.05.2018
6	53725	OĞUZHAN	ÇELİK	17.05.2018
7	14913	ERTAN	YENER	31.05.2018
8	14911	MURAT	TEZEL	07.06.2018
9	6565	ATİLA	PURUT	07.06.2018
10	60422	ADEM	ÇAKIR	07.06.2018
11	34394	KEMAL	ÖZGÜL	07.06.2018
12	46771	ECEM	DERİCİ	13.06.2018
13	56183	MELİKE	ORÇİN	13.06.2018
14	53421	MEHMET	KARABULUT	21.06.2018
15	32744	LEYLA	EVCİLİ	21.06.2018
16	51685	İDRİS	KAVAK	21.06.2018
17	27815	RUKİYE	DİNCAY	21.06.2018
18	10832	KAMİL	ERGÜL	28.06.2018
19	58897	YAĞMUR	DEMİR	28.06.2018
20	43058	HABİBE	DİNÇ	28.06.2018
21	23049	ASLI	ERKAN	28.06.2018
22	54290	ŞEYDANUR	KİBAROĞLU	28.06.2018

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

24 SAATLİK ÇALIŞMA 361
ALACAKLIYI OYALAYAN DAVRANIŞLAR 399
ALT İŞVEREN 432
ANONİM ŞİRKET GENEL MÜDÜRÜ 387
ARACIN PERT OLMASI 408
araç hasar zamanaşımı 425
ARAÇ İŞLETENİN VEYA SÜRÜCÜNÜN KUSURU 413
ARAÇ MAHKUMİYETİ ZARARI 408
ARSA ÜZERİNE YAPILAN BİNA 294
ARTAN ve AZALAN İŞ GÖRMEZLİK 376
ASIL İŞVERENİN HAKLARI 396
AVUKATIN, ESKİ MÜVEKKİLİ ALEYHİNDE İŞ ÜSTLENMESİ 447
AYLIK MAKTU ÜCRET 332

B

BANKANIN SORUMLULUĞU 388
BANKA PERSONELİ 332
BATIL SÖZLEŞME 253
BEKLETİCİ MESELE 300
BELEDİYE İŞÇİSİ 432
BELİRSİZ ALACAK DAVASI 267
BİRDEN FAZLA KİŞİNİN SORUMLULUĞU 286
BORÇLAR KANUNU 395

C

CARİ HESAP 427
CEZA ZAMANAŞIMI 407

D

DAVA AŞMA YETKİSİ 428
DİNLENME ARASI 361
DİSİPLİN CEZASI 390
DİYANET İŞLERİ 297

E

ECRİMİSİL 255, 286, 288, 290, 294, 295, 299, 302, 303

ECRİMİSİL ALACAĞININ KAPSAMI 292
ECRİMİSİL TALEBİ 300
EKONOMİK GELECEĞİN SARSILMASI 422
ELATMANIN ÖNLENMESİ 288

F

FACEBOOK KULLANICISI KİMLİK BİLGİSİ 439
FACEBOOK MESAJLARI 438
FACEBOOK ÜZERİNDEN SÖVGÜ 437
FACEBOOK YAZIŞMALARINDA OLUŞAN SUÇ 436
FARKLI İKİ KAZA 415
FAZLA ÇALIŞMA 332, 361, 364
FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMALAR 331, 336, 348, 356
FERAGAT 280

G

GECE ÇALIŞMALARI 364
GEÇERSİZ TAŞINMAZ SATIŞI 313
GEÇİCİ İŞ GÖRMEZLİK ÜCRETİ 320
GEMİ ADAM 361
GERÇEK ÜCRET 371
GÖREVLİ MAHKEME 323, 387

H

HAFTA TATİLİ VE GENEL TATİL ÜCRETİ 352
HAKSIZ FİİL 407
HATIR TAŞIMASI 419
HESAPLAMA SÜRESİ 303
HESAP YÖNTEMİ 364
HİZMET TESPİTİ 280

I

ISLAH SÜRESİ 260
ISRAR ÖĞESİ 438
İCRA TAKİBİ 405
İFLAS KARARI 428
İKRAMİYE ÖDEMELERİ 337
İNTERNET BANKACILIĞI 388
İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMESİ 432
İŞ GÖREMEZLİK ORANINDA DEĞİŞİKLİK 367
İŞ GÜCÜ KAYBI 401

İŞ KAZASI 367, 371
İŞÇİLİK ALACAKLARI 267, 327, 430
İHALENİN FESHİ 393
İŞLETEN SIFATI 408
İSPAT YÖNTEMİ 336, 356
İŞÇİNİN YAZILI ONAYI 337
İŞ ŞARTLARININ DEĞİŞMESİ 337
İŞVEREN SIFATI 358

K

KAMULAŞTIRMA İŞLEMLERİ 299
KAT MÜLKİYETİ 255
KESİN DELİL 309
KIDEM TAZMİNATI 395
KISITLANACAK OLAN KİŞİNİN İFADESİ 325
KİRACININ TACİR OLMASI 316
KISMİ ÖDEME 406
KİRA SÖZLEŞMESİ 316
KÖTÜ NİYET 305
KÖTÜ NİYETLİ TEMYİZ 390
KÖTÜ NİYETLİ ZİLYET 295

M

MAHKEMENİN VERDİĞİ SÜRE 260
MALULİYET ORANI 378, 415
MANEVİ TAZMİNAT 247
MESKENİYET İDDİASI 391
MESLEK HASTALIĞI 378
MİRASÇILARIN HAKLARI 413
MUVAFAKATIN GERİ ALINMASI 290
MUVAZAALI İLİŞKİLER 327
MURİS MUVAZAASI 302
MÜTESELSİL BORÇLULAR 405
MUVAZAA 432

O

ÖZEL İSTİHDAM BÜROSU 430

P

PAYLI MÜLKİYET 288
POLİÇE LİMİTİ 408

R

RÜCU DAVASI 396, 400
RÜCU DAVASI GERÇEK ZARAR HESAP YÖNTEMİ 381

S

SATIM SÖZLEŞMESİ 427
SEBEBSİZ ZENGİNLEŞME 313
SERBEST ZAMAN 352
SORUMLULUKLAR 396
SÖZLEŞMENİN İHLALİ 247
SÜRENİN SONA ERMESİ 407
SİGORTA ŞİRKETİ 400

T

TANIMA 309
TAPU SİCİLİ 391, 393
TAŞINMAZ HACZİ 391, 393
TAŞINMAZ MALLAR 308
TAŞINMAZ SATIŞI 253
TEDAVİ GİDERİ 320
TRAFİK KAZASI 422
TÜKETİCİ HAKLARI 253
TÜKETİCİ İŞLEMİ SAYILMA KOŞULLARI 323
TÜZEL KİŞİLİK 428

U

ÜCRETİN FAZLA ÇALIŞMALARI DA KAPSAMASI 348
ÜCRET KAZANÇ UNSURU 381

V

VESAYET KARARI 325

Y

YABANCI MAHKEME İLAMI 309
YABANCI UYRUKLU KİŞİNİN ÖLÜMÜ 308
YARALANMA 401
YARGITAY BOZMASINDAN SONRA YAPILAN ISLAH 349
YAYIN YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARI İHLALİ 321
YAZILI DELİL KOŞULU 331

YÖNETİCİNİN DAVA AÇMA YETKİSİ 255
YURT DIŞINDA ÇALIŞAN İŞÇİLER 358

Z

ZAMANAŞIMI 313, 317, 399, 400, 401, 405, 406, 427
ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ 403
ZAMANAŞIMI SAVUNMASI ŞARTLARI 311