



İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



MAYIS - HAZİRAN 2016

CİLT: 90 - SAYI: 2016/3 ISSN 1304-737X

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

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

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

Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 130.00 TL'dir.

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

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

dekontun Derginin gönderileceği

adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.

Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 251 63 25-179

(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile

12. 000 adet basılmıştır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayınlanır.

Sahibi

İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Hüseyin ÖZBEK

Yayından Sorumlu Yönetim Kurulu Üyeleri

Av. Şahin EROL
Av. Süreyya TURAN

YAYIN KURULU

Başkan

Av. Yörük KABALAK

Genel Yazman

Av. A. Coşkun ONGUN

Üyeler

Av. Osman KUNTMAN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Ali Turan HÜR
Av. M. Şeref KISACIK
Av. Çiğdem KORKMAZ
Av. Hakan MURAN

Yönetim Yeri

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

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

Yayın Kurulu: (0216) 427 37 22

www.istanbulbarosu.org.tr

dergi@istanbulbarosu.org.tr

Yayıncı Sertifika No: 12457

Baskı

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

www.egebasim.com.tr

HAZİRAN 2016

İÇERİK DİZİNİ

Yayın Kurulu'ndan	9
Ekonomiyi Kilitleyen ve Açan Aynı Anahtar Faiz Değil Mi?	
Prof. Dr. Mehmet ÖZKAN.....	15
Yargıtay Kararlarına Göre Tazminat Hesaplama İş Kazası Trafik Kazası-SGK Rücu	
Av. İbrahim YILMAZ.....	40
Destekten Yoksun Kalma Tazminat Hesaplamalarında Aktüaryel Yöntem	
Av. Fahri TAN	106
Avukatların Mahsuben ve Nakten İade Taleplerinde Usul ve Esaslar İle İzlenecek Yol	
Av. Kahraman ATAY - A. Fuat ÖZKAN.....	111
Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Sınırdış Tarımsal Arazi Malikinin Önalım Hakkı	
Av. Recep ADIGÜZEL.....	121
Sahte Ve Tahrif Edilmiş Çeki Ödeyen Bankanın Sorumluluğu	
Av. Abbas BİLGİLİ.....	130
3213 Sayılı Maden Kanunu Kapsamında İdari Para Cezalarının Değerlendirilmesi	
Av. Nilüfer ÖZDEMİR.....	143
Ölüm Aylığında Borçlanma Durumu	
Mert EKŞİ	161
Uygulamada Malikler Arasında Satış Yöntemi İle Ortaklığın Giderilmesi	
Av. Cüneyd ALTIPARMAK	175
Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk New York Sözleşmesi Madde II İle Birlikte Değerlendirilmesi	
Hasibe GÜLŞAH KENAR.....	181
Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi	
Prof. Dr. E. Sabâ ÖZMEN - Araş. Gör. Müge ÜREM.....	193

Kentsel Dönüşüm ve Ortaklığın Giderilmesi Davası	
Av. Nafi PAKEL	219
İnşaat Hukukunda Yorumun Önemi (İnşaat Sözleşmelerinin Yorumu)	
Av. İlker Hasan DUMAN	226
Gemilerin İhtiyati Haczinde Mahcuz Geminin İşletilmesi	
Av. Ozan ORAN	299
Milletlerarası Unsurlu Bireysel İş Sözleşmelerinde Objektif Bağlama Kuralları	
Av. Oğuzhan DALKILIÇ	316
Ticari İşletme Rehni	
Yavuz AKBULAK	337
Bozkurt-Lotus, Mesajeri Maritim, Irkçılık	
Doç. Dr. Şaduman KARAGÖZ HALICI.....	350
YARGITAY KARARLARI	355
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu	357
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi	425
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi	427
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi	431
Yargıtay 6. Hukuk Dairesi	437
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi	442
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi	456
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi	532
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi	575
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi	618
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi	627
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi	630
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi	667
Yargıtay Ceza Dairesi Kararları	690

UYGULAMADAN DOSYALAR

Uygulamadan Dosya I.....	715
Uygulamadan Dosya II.....	723

YARARLI BİLGİLER

Tablo ve Çizelgeler	727

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz	761
Nakiller	766
Ayrılmalar	769

KİTAP TANITIMI	775

KAVRAM DİZİNİ

Kavramlara Göre Arama Dizini	783

YAYIN KURULU'NDAN

Trafik Sigortası Düzenlemeleri

Son sayılarımıza göre hacimli sayılabilecek bir Dergi ile daha karışınızdayız.

Dergimizin sayfa sayısının artması tazminat hukukuna dair son dönemde gelişen bazı olaylarla doğrudan ilgili...

Bilindiği üzere Trafik kazalarında maddi tazminat hesaplaması kamuoyunun da gündemini meşgul etmeye başladı. Yargıtay tarafından zararın hesabında esas tutulan tazminat yöntemi 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda yapılan bir dizi değişiklikle en azından trafik kazalarıyla sınırlı olmak üzere değişikliğe uğratıldı.

Karayolları Zorunlu Mali Mesuliyet (Trafik) Sigortası primlerinin sigorta şirketleri tarafından artırılması sonrasında konuya çözüm bulunması adına Yasal adımlar atıldı ve özellikle daha önce Trafik Sigortası Genel Şartlarında yer alan maddeler bu kez Yasa'ya da kondu.

Bu sayımızda hem konunun uzmanlarının yazılarına yer veriyoruz

hem de Yargıtay'ın çeşitli dairelerinin tazminat hukuku ve özellikle iş kazalarında Sosyal Güvenlik Kurumu -SGK- tarafından açılan rücu davalarına Yüksek Mahkemenin getirmiş olduğu bakış açısını bol miktarda kararlar siz okur ve meslektaşlarımızın yararlanmasına sunuyoruz.

Yargıtay'ın uzun yıllar “**denetimle elverişli değil**” diyerek kabul etmediği tazminat hesaplama yönteminin bundan sonra ne şekilde uygulanacağı ve Yargıtay'ın konuya yaklaşımlarını da diğer sayılarımızda sıklıkla yer alacağını şimdiden belirtelim.

Yazı ve karar çeşitliliğimiz sadece bu konu ile sınırlı değil elbette. İş hukuku başta olmak üzere Borçlar, Ticaret ve Medeni Hukuka dair düzenlemeler de konuyla ilgili hükükçuların dikkatine sunuyoruz. Yararlı olmasını umarak...

Yeni yayınlarda buluşmak umuyla...

Yayın Kurulu

YAZILAR

EKONOMİYİ KİLİTLEYEN VE AÇAN AYNI ANAHTAR FAİZ DEĞİL Mİ?

Prof. Dr. Mehmet ÖZKAN¹

GİRİŞ

Günümüzün ve günlük yaşantımızın en önemli sorunlarından birisi; borç ve hesaplanan faizdir. Borç-kredi kullanmak (yabancı sermaye) kullanmak bir yandan gerçek ve tüzel kişilerin sermaye gereksinimini gidermekte ve böylece büyümesini sağlamakta, diğer yandan ödenmesi gereken faiz (ve diğer maliyet unsurları açısından) gelirlerini azalttığı gibi ürün ve hizmet maliyetleri ile fiyatlarını yükseltmektedir.

Bu açıdan bakıldığında faiz; finansal sistem tarafından belirlenmekle beraber, ekonominin geneli üzerinde etkili olan önemli bir makro değişkendir. Oluşumu ve etkileri açısından finansal karaktere sahip olup; gerçek ve tüzel kişilerin kaynak yapısını ve bağlı olarak varlık yapısını belirlemesine rağmen, ekonomik yapı içindeki etkileri, sadece finansal sistemle sınırlı kalmamakta, anlam ve önemini genel ekonomik yaşamda oluşturduğu değişimler ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle de yazılı ve sözlü basında, TV. kanallarında sürekli gündem oluşturmaktadır.

Faiz, günümüz ekonomilerinde makroekonomik hedeflerin gerçekleştirilmesinde ele alınmakta; faiz oranları tüketim, tasarruf, yatırım kararlarını etkilediği gibi merkez bankalarının para politikalarını yürütmesinde önemli rol oynaması nedeniyle de analizler daha çok bu yönde yapılmaktadır. Finansal sistemin reel sektöre olan tamamlayıcılığı faiz gibi, finansal karakterli değişkenlerle işlemektedir. Faiz ve oluşum sürecinde ortaya çıkan aksaklıklar, doğal olarak öncelikle; finansal sistemin işleyişinde etkinliğin bozulması anlamında, önemli sorunlar doğuracaktır. Faiz oranlarındaki değişikliklerin ekonomide çok çeşitli etkileri olması, bu oranların yakından takip edilmesini gerektirmekte olup; aksi hallerde sorunlu ve etkinlikten uzak bir işleyişe sahip finansal sistemin reel sektörü tamamlayıcılık fonksiyonunu gereği gibi yerine getiremeyecektir.²

Faizin; ekonomik yapı ile finansal sistem içindeki bu çok önemli yeriniyansı sıra, hukuksal açıdan da farklı bir yeri vardır. Özellikle borç-a-

1 Marmara Üniversitesi-İşletme Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi

2 Aslı Afşar, Nuray İslatince, Bengül Gülümser Arslan, Nilgün Çağlarırnak Uslu, Feride H. Baştürk Finansal Ekonomi: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2611, Acık Öğretim Fakültesi Yayını No: 1579, S.84, erişim tarihi: 29 mart 2016.

lacak ilişkilerinde belirleyiciliği, işletme kaynaklarının etkin dağılımının sağlanması bağlamında, sermayenin etkin ve üretken yatırımlara yönelti- lerek iş yada şirket ortaklıkların büyümesini hızlandırması, tasarruf sa- hiplerine gelir sağlaması bunun en önemli ve olumlu göstergeleridir. Öte yandan aynı zamanda da borçlunun (ana para + faiz) tutarını ödeyememe- si durumunda taraflar arasında anlaşmazlıklarıneden olması ve bu an- laşmazlıkların, Mahkeme'lerde davakonusu olması, icra takibine geçilerek para ve mal gibi ekonomik değerlerin haciz edilmesi, borçlunun zamana bağlı olarak, ana paradan daha çok faiz ödemesi de olumsuz yanlarıdır. Hatta anlaşamayan taraflar arasında borçlunun yada alacaklının ölümüyle biten olaylaradaraştırılmaktadır.

1. TANIMI VE TÜRLERİ

1.1. Tanımı

Faiz, ekonomik hayatın vazgeçilemeyen hemen hemen her faaliyette doğrudan yada dolaylı bir biçimde karşılaşılan en önemli unsurlarından birisi olup; çok değişik açılardan tanımlanmaktadır. Bu tanımlar faize özel bir anlam yükleyerek faizi bir gelir kaynağı yapmaktadır.³

“Ekonomik açıdan faiz; sermayenin yada paranın kullanılmasının fiyatı; bir diğer ifadeyle kullanılan sermaye yada paranın kullanılma kirasıdır.”

“Bankacılık açısından; bankaların mevduat olarak topladıkları pa- raların saklanması karşılığı mevduat-hesap sahibine ödenen bedel-gi- der, kredi olarak kişisel yada kurumsal yatırımlarda değerlendirilme- sinin getirisi yada geliridir.”

“Finansal açıdan; hemyabancı kaynak olarak kullanılan sermaye- nin maliyetidir, hem de, paranın zaman değeridir.⁴

“Maliyet hesaplamaları açısından, işletme faaliyetlerinde kullanı- lan yabancı sermayenin maliyetinin, ürün fiyatına yansıtılan payıdır. Ya da Kar-Zararda giderleştirilen kısımdır.”

“Hukuksal açıdan; alacağın semeresidir.”⁵

3 <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/zinsen.html>, <http://www.wissen.de/wort-herkunft/zins>, erişim tarihleri: 22 Mart 2016 ve 25 Mart 2016.

4 Paranın zaman değeri, paranın kullanımından belli bir süre boyunca mahrum kalma sonucu uğranılabilecek zararın giderilmesi anlamındadır.

5 <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/zinsen.html> erişim tarihi: 22 Mart 2016. Ülkemizde faiz; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu başta olmak üzere, bazı ka- nunlarda yer alan hükümlerle düzenlenmiştir.

2. ANLAM VE ÖNEMİ

2.1. İşletmecilik Açısından

Gerçek veya tüzel kişi işletmelerin, faaliyetlerini gerçekleştirebilmek amacıyla gereksinim duyduğu yabancı kaynak-sermayenin kullanım süresine bağlı olarak ortaya çıkan ve yabancı kaynak sahibinin alacaklılık hakkının karşılığı ödenen bedeldir. Ortaya çıkış biçimine göre; maliyet hesaplamalarında dikkate alınır. Üretim faaliyetlerinde kullanılması durumunda üretilen ürün ve hizmetlerin maliyetine, satın alma faaliyetlerinde kullanılması durumunda satın alınan demirbaş, makine teçhizat ve tesislerin maliyetine, satış faaliyetlerinde kullanılması durumunda satış maliyetlerine, yönetim faaliyetlerinde kullanılması durumunda ise; finansman maliyetleri olarak Kar -Zarar hesabında yer alır.

İşletme yönetimi açısından, finansman bölümünce izlenmekle beraber; tüm işletme bölümlerinin faaliyetlerini etkilemekte ve işletme planlaması açısından kısa, orta ve uzun dönemli plan ve bütçelerin konusunu oluşturmaktadır. Günümüzde yabancı kaynak sermayesi kullanılmaksızın büyüme ve gelişme olanaksız olup, gerçek ve/veya tüzel kişi işletmelerin tümüne yakınında yabancı kaynak kullanılmakta ve bu kullanımın maliyetine katlanılmaktadır.

Kullanılan yabancı kaynak-sermayesinin tutarına, vadesine, maliyetine (faiz ve diğer giderler) kaynak sahibi ile olan ilişkilere göre; III. Kişilere karşı sorumluluk yüklenilmektedir.

2.1.1. Varlık ve Sermaye Yapısı Açısından

İşletmeye gerekli sermaye belirlenirken, kullanılacak yabancı kaynağın yanı sıra öz kaynak sermayesi de dikkate alınmalıdır. Bir diğer ifade ile, sağlanacak yabancı kaynağın karşılığında döner ve duran varlıkların bileşimi ve öz kaynak yapısı belirlenmelidir. Zira tüzel kişilik ilkesi gereği, şirket ortaklarının koydukları sermayeye de (öz sermaye) faiz uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Burada asıl önemli husus, öz sermayeye yürütülen faizin, hem Kar-Zarar hemde Maliyet ve Verimlilik hesaplamalarında dikkate alınmasıdır. Ancak bunun için iyi bir planlama (ve bütçeleme) yapılmalı ve gerçekleşen faaliyet sonuçları ile bütçelenenler mukayese edilerek işletme faaliyetlerinin amaçlarına uygun gerçekleşip gerçekleşmediği ve kaynakların etkin kullanıp kullanılmadığı analiz edilerek düzeltici önlemler alınmalıdır.⁶

6 <http://www.controllingportal.de/Fachinfo/Kostenrechnung/Kalkulatorische-Zinsen.html>, erişim tarihi: 28 Mart 2016.

Her ne kadar; faiz yasalarda hüküm altına alınmış olsa dahi, gerçek ve tüzel kişi işletmelerin varlıklarında azalma, yabancı kaynaklarında artış yaratmakta olup; bir diğer ifadeyle, **aktifin artmasını, pasifin-borç sermaye kısmının azalmasını, öz sermaye kısmının artmasını** engellemektedir. Bunun sonucu, elde edilecek gelirlerde oluşan azalmaya bağlı olarak; zarar-yitinçlere yani haksız fiile dayalı haksız kazançların ortaya çıkmasına paralel olarak beraberinde ek yükümlülükler de neden olmaktadır.

Borç sermaye kullanan hem faiz ödemekte, hem de ödediği bu faizi ürün ya da hizmet maliyetine dâhil ederek ürün yada hizmeti satın alarak tüketene yansıtmaktadır. *Buna bağlı olarak ta hem maliyet artışı hem de fiyat artışı ortaya çıkmakta ve piyasalar olumsuz biçimde etkilenmektedir.* Çünkü faiz ekonomistlerce paranın yada sermayenin kira-sı-kullanım bedeli olarak nitelendirilmektedir.

Gerçek kişiler açısından ise;(işçi-işgören, memur, hizmetli, esnaf, sanatkâr, serbest meslek mensubu vb. gelir düzeyleri sabit yada dar gelirli olanlar) serbest meslek kazancı, ücret, maaş, götürü ücret ve benzeri isimler ile elde edilengelirlerde azalma demektir. Bu, doğru bir yaklaşım tarzı yada açıklama biçimi olmayıp, asıl sermaye insanın üretme-yaratma gücüdür ve para, bina, arsa, arazi, mal, makine teçhizat vb. **(maddi ve gayri maddi tüm varlıklar) sermaye araçlarıdır.** Çünkü; bu varlıkların insan olmadığı sürece bir anlamı yoktur, dinamik değişimlerdir ve kendi kendilerine de kullanılamazlar. Arsa-tarla ekilmediği yada üzerinde herhangi bir tesis veya fabrika veya işyeri kurulmadığı sürece sadece bir toprak parçasıdır. Bu yönüyle de **Doğal Kaynak Sermayesidir.**

Üretim yapılmadığı sürece fabrikalar ve işyerleri, oturulmadığı yada kullanılmadığı sürece binalar, değerlendirilmediği sürece para ve parasal araçların hiçbir anlamı yoktur. Bu yönüyle de bu araçlar **Maddi Sermayedir.**

İşgücü üretime yönlendirilmediği, değer zincirine/yaratılmasına katılmadığı sürece anlamsızdır ve **Beşeri Sermayedir.**⁷

Şu halde, faiz sermayenin değil, parasal sermayenin kullanımının karşılığı ödenen bedeldir. Gereksinim duyuldukça işletme faaliyetlerinin gelişmesi ve genişlemesine bağlı olarak kullanılan parasal sermayenin; *kullanana maliyeti kullandırana ise; getirisi olmak üzere iki yönlüdür.* Güzel Türkçemiz de **“Kapıyı kilitleyen de açanda aynı anahtar değil-mi?”**özdeyişi bu durumun en güzel ifadesidir.

7 <http://knol.google.com/k/wirtschaftslexikon> /erişim tarihi: 15 mart 2010.

2.1.2.Üçüncü Kişiler ile İlişkiler Açısından

Öte yandan borçlunun (anapara +faiz) tutarını ödeyememesi taraflar arasında anlaşmazlıklara nedenolmakta,bu anlaşmazlıklar Mahkemele-re intikal etmekte, davalar açılmakta, icra takibine geçilerek mal ve eko-nomik değerler haciz edilmekte,borçlu; zamana bağlı olarakanaparadan daha fazla faiz ödemektedir. Bunun nedeni, alacaklının (B.K./ Eski Md.84 ve Yeni Md.100 hükmü uyarınca) **Toplam alacağa (borçlunun borcu-na) takip tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi, icra, harç ve gi-derleri ile avukatlık ücretinin tahsili taleplidir. BK. Md./84 hükmü gereği öncelikle kısmi ödemelerde alacağın faizinin düşümü ile faz-laya ilişkin haklarımız saklı kalmak kaydı ile...** “şerhinin düşülmesi ile yapılan tahsilatların(borçlu ödemelerinin); işletilecek yasal faiz, icra, harç ve giderleri ile avukatlık ücretine mahsup edilmesidir. Bu durumda ödeme aczine düşen borçlu, her ödemesinin ana para yerine faiz ve diğer masraflara mahsup edilmesi sonucu borçtan kurtulamamaktadır. Bir di-ğer ifade ile faiz sürekli yavrulamakta ve anapara borcunu arttırmakta, borcun bitmesi olanaksızlaşmaktadır. **Borçlu; maddi ve manevi yön-den zarar görmekte haksız fiile dayalı haksız kazanç borçluyu ezip bitirmektedir.**

Maddi yönden zarar, gerçek yada tüzel kişinin varlıklarında ortaya çıkan değer eksilmeleridir. Bu eksilmeler-zararlar gerçek zarar veya elde edilecek kazançtan-kardan yoksun kalmak biçiminde ortaya çıkar. Her iki durumda da gerçek yada tüzel kişinin iş yapabilme gücünü, bir diğer ifade ile maddi sermayesini azaltır.

Manevi yönden zarar, gerçek ve tüzel kişilerde imaj ve prestij kaybı olarak ortaya çıkar. Kişilerde psikolojik bozukluklara, yaşamsal faaliyet-lerini kaybetmelerine, acı, keder ve ızdırap duyguları içinde kaybolmaları-nave en önemlisi güven duygularının yitirilmesine neden olur. Bu durum intiharlara kadar gidebilir ve hatta alacaklının borçlusu tarafından öldü-rüldüğü durumlarla dahi karşılaşmaktadır.

“Bugün ülkemizde her üç kişiden birisi borçlu ve faiz yükü altın-da eziliyor...” ifadesi örnek oluşturmakta olup,Türkiye Bankalar Birliği verilerine göre, durum şöyledir: **“Bireysel kredi kullanan kişi sayısı 2015 yılında 2 milyon artarak 25 milyon 848 bin kişiye çıkmış olup; ortalama bireysel kredi miktarı 16 bin TL. düzeyinde ger-çekleşmiştir. Bankalar ve banka dışı kredi kurumları tarafından kullandırılan bireysel krediler geçen yıl %9.5 artarak 413 milyar liraya yükselmiş olup; bireysel krediler içinde en yüksek artış %21.5 ile taşıt kredilerinde görülürken, en düşük artış % 2.0 ile**

ihtiyaç kredilerinde gerçekleşmiştir. Kredi kurumları tarafından doğrudan kullandırılan nakit krediler 2015 yılında %29 artarak 1 trilyon 773 milyar liraya yükselmiştir.”⁸

Bunun yanı sıra, vatandaşın en çok ihtiyaç duyduğu konut, taşıt ve çeşitli ihtiyaçlar; bireysel krediler ve kredi kartları ile yada her ikisinin birlikte kullanımı ile giderilmektedir. Yine; BEDAŞ, İSKİ, İGDAŞ, PTT, gibi kurumlara olan borçlarda da aynı durum söz konusu olup; ayrıca açma-kapama, bakım-onarım, sayaç değişimi, kaçak-kayıp bedeli vb. işlemler adı altında faturaya yansıtılan giderlerde etkilidir. Bu tür harcamalarda gecikme faizi işletilmekte olup; kamu borçlarından farkı; isteğe bağlı kullanımlar olmasıdır.

Ocak 2016 itibarıyla; bireysel kredi kullanımlarında ise; **(Milyar TL. olarak)** durum şöyledir:

26.068.000 kişi bireysel kredi borçlusu olup, toplam kredi borcu tutarı 412,

2.217.000 kişi konut kredisi borçlusu olup, toplam kredi borcu tutarı 150.9,

783.000 kişi taşıt kredisi borçlusu olup, toplam kredi borcu tutarı 29,

17.782.000 kişi ihtiyaç ve diğer krediler borçlusudur olup, toplam kredi borcu tutarı 155. olup; Bireysel kredi kartı kullanan sayısı ise; 22.2 Milyon kişi ve kredi kartı borcu tutarı 77. dir.⁹

Hem kredi kartı kullanan; hem ayrı ayrı bireysel kredi, konut kredisi, taşıt kredisi, ihtiyaç ve diğer kredileri kullanan; hem de kredi kartı ve bireysel kredi kullanan borçluların çoğu borçlarından dolayı yasal takipte olup, durum aşağıdaki tabloda verilmiştir.¹⁰

Kredi Türü 2015 Yıllık 2016 Ocak

Bireysel kredi kartı borçlu sayısı 1.638.691

8 <http://www.haberler.com/turkiye-de-26-milyon-kisi-kredi-borclusu-8185374-haberi/> erişim tarihi: 28 Mart 2016

9 TBB. “Risk Merkezi Ocak 2016” Aylık Bülten, Sayı:5 Mart 2016, S.:12 ve 16 erişim tarihi: 30 mart 2016.

10 TBB. “Risk Merkezi Ocak 2016” Aylık Bülten, Sayı:5 Mart 2016, S.:26 ve Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi/İstatistikler/Negatif Nitelikli Bireysel Kredi ve Kredi Kartı Ocak 2016 Erişim tarihleri 30 mart 2016 ve 31 mart 2016

Bireysel kredi borçlu sayısı 1.936.913

Bireysel kredi vebireysel kredi kartı borçlusu(yasal takipteki) kişi sayısı 1.331.305 145.000

Bireysel kredi kartı borcunu ödemeyen (yasal takipteki) kişi sayısı 725.27894.210

Bireysel kredi borcunu ödemeyen(yasal takipteki)kişi sayısı 1.002.30572.953

Faiz gerçek ve tüzel kişi işletmeler ile Kamu Otoritesi arasında da zaman zaman sorunlar yaratmakta olup; bu sorunlar özellikle vergi alacağının belirlenmesi ve ödenmesi esnasında oluşmaktadır. Burada oluşan kamusal borç, kamunun cebri alacağıdır ve ödenmemesi söz konusu değildir ve ödemenin gecikmesi durumlarında faiz işletilir. Ayrıca mükellefin diğer kamu kurumları ile arasında da; örneğin SGK. ile sigorta prim borcunun tahsili gibi, ortaya çıkmaktadır. Ancak burada uygulanacak faiz oranı yasalar ile belirlendiği için, sorun faizin oranı ve tutarında değil ödenme biçimlerinde oluşmaktadır.

2.2.Hukuksal Açıdan

Hukukumuzda faize ait hükümler aşağıdaki kanunlarda düzenlenmiştir:

- 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu,
- 818 sayılı Borçlar Kanunu,
- 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun,
- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun,
- 4857 sayılı İş Kanunu
- 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu
- 4077 sayılı Tüketicin Korunması Hakkında Kanun,
- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu.

Bu kanunlarda yapılan düzenlemelere göre; faizin anlamı,özellikle; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanunu,3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu açılarından ayrı bir önem taşımakta olup; inceleme konusu olarak seçilmiştir. Ancak inceleme faiz ve faizi doğrudan ilgilendiren ilgili madde hükümlerinin incelenmesi biçiminde olacak gerekmedikçe detaylara girilmeyecektir.

2.2.1. Türk Ticaret Kanunu Açısından

TTK. Md./3 **“Ticari İşleri”**, Md./8-10 **“Temerrüt Faizi ve Miktarı”**, Md./19 **“Tüccarın Borçlarını”** düzenlemiş olup, **“Faiz konusu para olan borçlarda, alacaklıya parasından mahrum kaldığı süre için sağlanan medeni-hukuki semeredir.”**¹¹ Parasal borcun olması taraflar arasında sözleşmenin varlığına bağlı olarak faiz ödenmesi kararlaştırılmadığı sürece faiz ödenmesi söz konusu değildir. Ancak bir sözleşme varsa ve sözleşmede hüküm yoksa 3095 sayılı Kanun Md.1/1 hükmü gereği faiz oranı % 9 dur. Bu durum; TTK. Md./22 de şöyle düzenlenmiştir. **“Ticari işlerde, taraflar arasında öngörülmemiş olsa bile faize hak kazanılır.”**

Faiz; alacağı asıl alacağa bağlı ferî niteliğe haiz, oluşan bir hak olması nedeniyle, bu alacağın doğması ve geçerliliği asıl alacağın varlığına bağlı olmakla beraber; önem taşıyan asıl husus, **“Bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiillerin”** kapsamı olup; tacir olmayan bir kimsenin ticari bir işletmeye zarar vermesi halinde bu fiilin ticari iş değil adi iş sayılmasıdır.¹²

Temerrüt halinde; ticari işlerde temerrüt faizi sözleşmede hüküm varsa, belirlenen faiz oranı uygulanır. Sözleşmede hüküm yoksa faiz oranı belirlenmemişse % 9 (3095 sayılı Kanun Md.2/1) uygulanmakla birlikte, kısa vadeli avanslar için uygulanan faiz oranı üzerinden faiz talep edilebilir.¹³

2.2.2. Borçlar Kanunu Açısından

Borçlar Kanunu açısından yapılan düzenlemeler şöyledir:

Md./49 **“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”**

Md./50 **“Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.”**

“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”

11 Nurdan Orbay Ortaç:6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz-Ankara Barosu Dergisi 2014/2 S.121 içinde, (POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012, s. 76).

12 Nurdan Orbay Ortaç:6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz-Ankara Barosu Dergisi 2014/2 S.121 içinde, (POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012, s. 76).

13 (3095 sayılı Kanun Md.2/2).

Md./88“**Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz, borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.**”

Burada dikkat edilecek en önemli husus; **Eski BK.Md/84 hükmü ile, Yeni BK.Md/100 ve BK. Md/101 hükümlerinin faizin anlam ve önemi açısından uygulamayı belirleyerek, borçlu ile alacaklısı arasında ilişkileri olumlu ve özellikle olumsuz bir biçimde çift yönlü olarak etkilemesidir.**

Bu maddelerde yer alan hükümler şöyledir:

“1 - Kısmen Tediye Halinde; Borçlu faiz veya masrafları tediye de gecikmiş değil ise; kısmen icra eylediği tediye resülmale mahsup edebilir. Alacaklı, alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya sair teminat almış ise borçlu kısmen icra eylediği tediye temin edilen veya teminatı daha iyi olan kısma mahsup etmek hakkını haiz değildir.

2. Birden çok borçta

a. Borçlu ve alacaklının bildirimine göre.”¹⁴

“1. Kısmen ödemede; Borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir. Aksine anlaşma yapılamaz.

Alacaklı, alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almış ise, borçlu kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsup etme hakkına sahip değildir.”¹⁵

“a. Borçlu ve alacaklının bildirimine göre,

Birden çok borcu bulunan borçlu, ödeme gününde bu borçlardan hangisini ödemek istediğini alacaklıya bildirebilir. Borçlu bildirimde bulunmazsa, yapılan ödeme, kendisi tarafından derhâl itiraz edilmiş olmadıkça, alacaklının makbuzda gösterdiği borç için yapılmış sayılır.

¹⁴ (Eski BK.Md./84)

¹⁵ (Yeni BK.Md./100)

b. Kanuna göre.”¹⁶

“Kanunen geçerli bir açıklama yapılmadığı veya makbuzda bir açıklık bulunmadığı durumda ödeme, muaccel borç için yapılmış sayılır. Birden çok borç muaccel ise ödemenin, borçluya karşı ilk olarak takip edilen borç için yapılmış olduğu kabul edilir. Takip yapılmamış ise ödeme, vadesi ilk önce gelmiş olan borç için yapılmış olur.

Birden çok borcun vadesi aynı zamanda gelmişse, mahsup oranlı olarak; borçlardan hiçbirinin vadesi gelmemişse ödeme, güvenesi en az olan borç için yapılmış sayılır.¹⁷

“Borcu ödeyen borçlu, bir makbuz ve borcun tamamı ödenmişse, buna ilişkin borç senedinin geri verilmesini veya iptalini isteyebilir. Borcun tamamı ödenmemiş veya borç senedi alacaklıya başkaca haklar da vermekte ise; borçlu, ancak makbuz verilmesini ve ödemenin borç senedine işlenmesini isteyebilir.¹⁸

“Faiz veya kira bedeli gibi, dönemsel edimlerden biri için; alacaklı tarafından çekince belirtilmeksizin makbuz verilmişse, önceki dönemlere ait edimler de ifa edilmiş sayılır. Alacaklı anaparanın tamamı için makbuz vermişse, faizlerini de almış olduğu kabul edilir. Borç senedi borçluya geri verilmişse, borç sona ermiş sayılır.¹⁹

“Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur. Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur.”²⁰

“Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir.”²¹

“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise; zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş

16 (BK.Md./101)

17 (BK.Md./102)

18 (BK. Md./103)

19 (BK. Md./104)

20 (BK. Md./106)

21 (BK. Md./107)

olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.”²²

“Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.”²³

“Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.

Akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkra da belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdifaiz oranı geçerli olur.”²⁴

Bu maddeler incelendiğinde özellikle; “Eski BK. Md.84-Yeni BK. Md./100 de yer alan hükümlerde alacaklı korunmaktadır. Zira; **burada faiz ve giderler-masraflardan oluşan alacak, asıl alacağın bir parçası olmayıp, ona bağlı fer’i ve fakat bağımsız alacak haklarıdır.** Aynı şekilde, yargılama gideri-masrafı veya cezai şart borcu gibi bağımsız borç sebebinden doğan edimlerin asli edimden-ana borçtan bağımsız olarak alacaklıya sunulması/teklif edilmesi mümkündür ve kısmi ifa oluşturmaz. Oysa 100/1. madde hükmü, borçlu gider borcu ve faiz borcunu ödemedi gecikmişse, borçlunun niceliksel tam ve doğru (gereği gibi) ifasının **“(gecikmiş) faiz ve giderler ile birlikte ana borcun tamamı yerine getirdiğinde”** gerçekleşeceği sonucunu ortaya koyar.”²⁵

2.2.3. Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun Açısından

Bu kanunda yer alan hükümler şunlardır:

Md./1 Kanuni Faiz: “BK. ve TTK.’na göre, faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme; yıllık, TCM-B.’nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden yapılır.

²² (BK. Md./117)

²³ (BK.Md./118)

²⁴ (BK.Md./120)

²⁵ M.Alper Gümüş “Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.100 (e BK m.84)’ün Mahsup Kuralına İlişkin Bir İnceleme” s.1254 ve 1256, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/7-Mustafa-Alper-G%C3%9C%C3%9C%C5%9E.pdf>.

Söz konusu reeskont oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan veya daha çok farklı ise, yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.”

Md./2 Temerrüt Faizi: “Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

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

Md./3 Mürekkep Faiz: “Kanuni faiz ve temerrüt faizi hesaplanırken mürekkep faiz yürütülemez. Bu konuya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.”

Md/4a Yabancı Para Borçlarında Faiz: “Sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır.”

2.2.4.6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun

“Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur. Türk Ceza Kanununun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur.”²⁶

“İhtiyati haciz aşağıdaki hallerden herhangi birinin mevcudiyeti takdirinde hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın alacaklı amme idaresinin mahalli en büyük memurunun kararıyla, haczin ne suretle yapılacağına dair olan hükümlere göre, derhal tatbik olunur:

➤ 9.madde gereğince teminat istenmesini mucip haller mevcut ise,

➤ Borçlunun belli ikametgahı yoksa,

- **Borçlu kaçmışsa veya kaçması, mallarını kaçırmaması ve hileli yollara sapması ihtimalleri varsa,**
- **Borçludan teminat gösterilmesi istendiği halde belli müddette teminat veya kefil göstermemiş yahut şahsi kefalet teklifi veya gösterdiği kefil kabul edilmemişse,**
- **Mal bildirimine çağrılan borçlu belli müddet içinde mal bildiriminde bulunmamış veya noksan bildirimde bulunmuşsa,**
- **Hüküm sadır olmuş bulunsun bulunmasın para cezasını müstelzim fiil dolayısı ile amme davası açılmış ise,**
- **İptali istenen muamele ve tasarrufun mevzuunu teşkil eden mallar, bu mallar elden çıkarılmışsa elden çıkaranın diğer malları hakkında uygulanmak üzere, bu kanunun 27, 29, 30 uncu maddelerinin tatbikini icap ettiren haller varsa.”²⁷**

“Borçlunun malı bulunmadığı veya borca yetmediği takdirde amme alacağının bir kısmının veya tamamının tahsiline imkan bırakmamak maksadıyla borçlu tarafından yapılan bir taraflı muamelelerle borçlunun maksadını bilen veya bilmesi lazım gelen kimselerle yapılan bütün muameleler tarihleri ne olursa olsun hükümsüzdür.”²⁸

“Tasfiye memurları veya tasfiyeyi yürütenler, tasfiyenin başladığını üç gün içinde ilgili tahsil dairelerine bildirmek mecburiyetindedirler. Tasfiye memurları veya tasfiyeyi yürütenler, amme idarelerinin her türlü alacaklarını ödemedi veya ödemek üzere ayırmadan önce tasfiye sonucunda elde edileni dağıtamazlar veya bunlar üzerinde her hangi bir şekilde tasarrufta bulunamazlar.

Aksi halde tahakkuk etmiş ve edecek amme alacaklarından tasfiye memurları veya tasfiyeyi yürütenler şahsan ve müteselsilen mesul olurlar. Bu mesuliyet yapılandırmasarrufların ifade ettiği para miktarını geçemez. Bunların ödedikleri borçlar için amme alacağı ödenmeden kendilerine dağıtım yapılmış olanlara rücu hakları mahfuzdur.”²⁹

“Borçluya ait mal bulunmadığı veya amme alacağını karşılamaya yetmediği yahut borçlu veya ortaklık tarafından bu kanuna

27 (Md./13)

28 (Md./30)

29 (Md./33)

göre teminat gösterilmediği takdirde, borçlunun sermayesi eshama münkasım olmayan ortaklıklardaki hisselerinden amme alacağının tahsili için genel hükümler dairesinde ortaklığın feshi istenebilir.

Sermayesi eshama münkasım komandit şirketlerinin komandite şeriklerinin borçları için bu madde hükmü mezkur şirketler hakkında da tatbik olunur.”³⁰

“Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/3 Md.) Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/3 Md.) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.”³¹

“Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

Bu madde hükmü, yabancı şahıs veya kurumların Türkiye’deki mümessilleri hakkında da uygulanır. Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz.

Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler.”³²

30 (Md./34)

31 (Md./35)

32 (Mükerrer Md./35)

“(Değişik birinci fıkra: 30/5/1985 - 3209/1 Md.) Amme borcunun vadesinde ödenmesi veya haczin tatbiki veyahut haciz olunmuş malların paraya çevrilmesi amme borçlusunu çok zor duruma düşürecekse, borçlu tarafından yazı ile istenmiş ve teminat gösterilmiş olmak şartıyla, alacaklı amme idaresince veya yetkili kılacağı makamlarca; amme alacağı 36 ayı geçmemek üzere ve faiz alınarak tecil olunabilir.

(Ek: 4/6/2008-5766/6 Md.) Şu kadar ki, amme borçlusunun alacaklı tahsil daireleri itibarıyla tecil edilen borçlarının toplamı elli bin Yeni Türk Lirasını (bu tutar dahil) aşmadığı takdirde teminat şartı aranılmaz. Bu tutarın üzerindeki amme alacaklarının tecilinde, gösterilmesi zorunlu teminat tutarı Elli Bin Yeni Türk Lirasını aşan kısmın yarısıdır. Bakanlar Kurulu; bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye, yeniden kanuni tutarına getirmeye ve alacaklı amme idareleri itibarıyla bu hadler arasında farklı tutar belirlemeye yetkilidir.

(Ek: 31/1/1984 - 2975/6 Md.) Borcunun tecilini talep eden ancak, talepleri uygun görülmeyle reddedilen borçlular söz konusu borçlarını reddin tebliği tarihinden itibaren idarece 30 güne kadar verilebilecek ödeme süresi içinde ödedikleri takdirde bu amme alacağı ödendiği tarihe kadar faiz alınmak suretiyle tecil olunur.

Tecil salahiyyetini kullanacak ve bu salahiyyeti devredecek olanlar, Devlete ait amme alacaklarında ilgili vekiller, vilayet hususi idarelerine ait amme alacaklarında valiler, belediyelere ait amme alacaklarında belediye reisleridir.

(Değişik fıkra: 4/6/2008-5766/6 Md.) Haciz yapılmışsa mahcuz mal, değeri tutarınca teminat yerine geçer. Tecil edilen amme alacakları ile ilgili olarak daha önce tatbik edilen ve borcun tamamını karşılayacak değerde olan hacizler, yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır ve buna isabet eden teminat iade edilir. Ancak, mahcuz malların değeri tecil edilen borç tutarından az, zorunlu teminat tutarından fazla olması halinde, tatbik edilen hacizler, tecil şartlarına uygun olarak yapılan ödemeler neticesinde kalan tecilli borç tutarı mahcuz mal değerinin altına inmediği müddetçe kaldırılmaz. Tecilli borca karşılık alınan teminat ise, tecil şartlarına uygun olarak yapılan ödemeler neticesinde kalan tecilli borç tutarının zorunlu teminat tutarının altına inmesi durumunda, yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır.”³³

“Amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına

33 (Md./48)

vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında gecikme zammı tatbik olunur. Ay kesirlerine isabet eden gecikme zammı günlük olarak hesap edilir. Gecikme zammı bir liradan az olamaz.(Ekte gecikme zammı oranları sunulmuştur.)

Gecikme zammı; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na göre uygulanan vergi ziyai cezalarında bu madde uyarınca belirlenen oranda, mahkemeler tarafından verilen veceza mahiyetinde olan amme alacaklarında ise bu oranın yarısı ölçüsünde uygulanır. Bunların dışındaki ceza mahiyetinde olan amme alacaklarına gecikme zammı tatbik edilmez.

Bakanlar Kurulu, gecikme zammı oranlarını aylar itibarıyla topluca veya her ay için ayrı ayrı, yüzde onuna kadar indirmeye, gecikme zammı oranı ile gecikme zammı asgari tutarını iki katına kadar artırmaya, ayrıca gecikme zammı oranını aylar itibarıyla farklı olarak belirlemeye ve gecikme zammını bileşik faiz usulüyle aylık, üç aylık, altı aylık veya yıllık olarak hesaplatmaya yetkilidir.”³⁴

2.2.5. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu Açısından

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu Açısından, borçlunun borcunu ödemesi yada itiraz etmesi durumunda alacaklının alacağını tahsil edebilmesi için dava açarak icra takibi yapması bu kanun ile düzenlenmiş olup; makale konusu açısından;icra takibinin yapılması ve borçlunun borcunu ödememek için hileli yollara başvurabilmesinin,söz konusu olup; bu hükümler; icra tebliğleri ³⁵-icranın durdurulması³⁶, - kanundaki istilahlar³⁷-icra emri ve muhtevası³⁸- icranın geri bırakılması³⁹,-takibin başlaması⁴⁰-para borcu ve teminat⁴¹ - iflasa tabi şahıslar hakkında takip⁴² - haciz yoluyla takip (umumiyetle)⁴³- icra tebliğleri⁴⁴- ödeme emri ve muhtevası ⁴⁵

34 (Md./51)

35 (İİK. Md./21)

36 (İİK. Md./22)

37 (İİK. Md./23)

38 (İİK. Md./32)

39 (İİK. Md./33)

40 (İİK. Md./35)

41 (İİK. Md./42)

42 (İİK. Md./43)

43 (İİK. Md./46)

44 (İİK. Md./57)

45 (İİK. Md./60)

ve ödeme emrinin tebliği ⁴⁶ başlıkları ile düzenlenmiş olup; sürüp gitmektedir. Burada 23. ve 59 hükümleridikkat çekicidir ve şöyledir:

“Bu Kanunun uygulanmasında;

1.İpotek, tabiri ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar üzerindeki hususî imtiyazları ve taşınmaz eklenti üzerine rehin muamelelerini,

2.Taşınır rehni, tabiri, teslim bağı rehinleri, Türk Medenî Kanununun 940. maddesinde öngörülen rehinleri, ticarî işletme rehni, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri,

3. Sadece Rehin tabiri, ipotek ve taşınır rehni tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini, ihtiva eder. Açıkça öngörülen istisnalar dışında, bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler hakkında bu Kanunun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır. Bu Kanun uyarınca gemi siciline verilecek şerhler,TTK. Md./977 hükmüne tâbidir.”(Md.23)

“Takip masrafları borçluya aittir. Alacaklı, yapılmasını talep ettiği muamelenin masrafını ve ayrıca takip talebinde bulunurken borçlunun 62. maddeye göre yapabileceği itirazın kendisine tebliğ masrafını da avans olarak peşinen öder. Alacaklı ilk ödenen paradan masraflarını alabilir.”(Md.59)

Öte yandan, İİK. 277-284 maddelerinde yer alan hükümlerde ise; iptal davası ve davacılar ile borçlunun malvarlığını azaltıcı nitelikteki tasarruf işlemlerine yer verilmiştir.

2.3. Faizin Hesabı

Ekonomik açıdan, faizin hesaplanması; yatırılan para yada parasal-maddi sermayenin yatırıldığı-bağlandığı dönem üzerinden (gün olarak) saptanan getirisi=faizi veya saptanan para hesabının getirisi-faizinin belirlenmesidir. Burada getirinin hesaplanmasında;

- **Faiz oranı,**
- **Faiz süresi-vadesi ve**
- **Yatırılan sermaye-paranın tutarı**

önemli olmakla beraber, faizin tutarını belirleyen faktörler:

⁴⁶ (İİK. Md./61)

-Normal faiz oranı,(basit faiz)belirlenen sürede yatırılan paranın getirisi,

-Bileşik faiz oranı,(faizin faizi)belirlenen sürede yatırılan paranın getirisi ve getirinin getirisidir.Birinci durumda; toplam faiz;

Dönem Sonu Sermaye=Başlangıç Sermayesi [(1+Faiz Oranı)/(100xYıl)]olarak,

ikinci durumda; toplam faiz;

Dönem Sonu Sermaye=Başlangıç Sermayesi [(1+Faiz Oranı)/(100x)] ^{yıl}

olarak, hesaplanır.Burada asıl amaç sermayenin-yatırılan paranın korunması ve arttırılmasıdır. Faiz hesabına örnek verelim. 10.000 Euro sermayesi olan bir kişinin yıllık % 4.5 faiz oranı üzerinden 10. yıl sonunda elde edeceği getiri-yi-faizi, basit ve bileşik faiz ile hesaplayalım.

a)Basit Faiz:Toplam Sermaye =10.000 x [(1+4.5)/(100x10)] = 14.500-€

Faiz Tutarı=14.500-10.000=**4.500-€ dur.**

b)Bileşik Faiz:Toplam Sermaye =10.000 x [(1+4.5)/(100)]¹⁰ = 15.529.69-€

Faiz Tutarı=15.529.69-10.000=**5.529.69-€ dur.**

Faizin faizi sermaye sahibine; 5.529.69-4.500 = **1.029.69-€ fazla-ek getiri** sağlamıştır.⁴⁷

3.FAİZ TÜRLERİ

Faiz değişik açılardan bölümlenebilmekte olup en yaygın bölümlemesi şöyledir:⁴⁸

a)Anapara / Sermaye Faizi-Temerrüt Faizi

Anapara Faizi:Alacaklının geçici bir süre için yani **vadeye kadar** borç verdiği paradan mahrum kalması nedeniyle, talep etme hakkına sahip olduğu fazladan paradır.

47 "Zins- undZinseszins-effekt bei Festgeld und Tagesgeld", <http://www.tagesgeldvergleich.net/ratgeber/zins-und-zinseszins.html>, erişim tarihi: 24 mart 2016 .47Nurdan Orbay Ortaç:6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz-Ankara Barosu Dergisi 2014/2 S.123.

48 (TTK. Md./8-1)

Temerrüt Faizi:Para borcunun borçlusunun, borcunu vadesinde ödemesi sebebiyle gecikmeiçin alacaklıya ödemesi gereken fazladan paraya denir.

b) İradi Faiz-Kanuni Faiz

İradi Faiz:Tarafların mahrum kalınan paraya karşılık mahrumiyet süresiyle orantılı olarak serbestçe kararlaştırabilecekleri faize denir.⁴⁹

Kanuni Faiz: Taraflar bir faiz oranı belirlememişlerse çeşitli kanunlarda tamamlayıcı ve bazen de emredici hükümler yoluyla bazı faiz oranları belirlenmiştir.

c)Basit Faiz -Bileşik Faiz

Basit Faiz: Gerek anapara gerekse temerrüt faizinde, **sadece anapara** üzerinden faizin işletilmesi (oranlanması) anlamına gelir.

Bileşik Faiz: Hesaplanan faiz tutarının anaparaya eklenerek ortaya çıkan yeni miktara (yeni anapara) faiz yürütmek anlamına gelir.Kural olarak yasaklanmış olup; Türk Ticaret Kanunu'nda bazı istisnaları vardır.⁴⁹

d) Adi İşlerde Faiz -Ticari İşlerde Faiz

Adi İşlerde Faiz: Mevzuat gereği ticari sayılmayan işlerde uygulanacak faize denir. Adi işlerde uygulanacak iradi faiz hakkında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

Ticari İşlerde Faiz:Ticari işlerde uygulanacak iradi veya kanuni faize denir. Bunun için asıl borcun **ticari bir işten** doğması gerekir.

4.SONUÇ VE ÖNERİLER

Makro düzeyde ülke ekonomileri ve dünya ekonomisinin; mikro düzeyde gerçek ve tüzel kişi işletmelerin büyümesinde en önemli faktörlerin başında üretim,tasarruf ve gelir(kar) ve maliyetler yer almakta bu faktörlere bağlı olarak; sermayenin kullanımı, bileşimi-yapısı ve yapılan yatırımların maliyetleri mikro ve makro düzeydeki getirileri tüm dünyanın geleceğini belirlemektedir. Kullanılan sermayenin yabancı sermaye olması durumunda, ayrıca finansman maliyetleri-giderleri adını verdiğimiz ve en önemli paya sahip faiz ve diğer maliyet-giderleri ürün ve hizmet maliyetlerini etkileyerek borç ve alacak ilişkilerinin belirleyicisi olmaktadır.

⁴⁹ (TBK. Md./ 388, 3095 Sayılı Kanun Md./3.)

Özellikle; borçlunun, borcunu ödeyememesi durumunda uygulanan faiz ve diğer giderlerin payı ve borçlu ödemelerinin öncelikle; bu maliyetleri-giderleri karşılamak üzere işleme tabii tutulması, borçlunun zorluk içinde kalmasının yanı sıra manevi yapısını da etkilemektedir. Borcundan dolayı sıkıntılı olan ve ödeme yapmasına rağmen, (burada toplu ve büyük tutarlı ödemelerden ziyade taksitli ve küçük tutarlı ödemeler söz konusudur.) borcundan kurtulamayacağını düşünen borçlu her şeyi göze alarak faizin durdurulmasını talep etmekte, ancak alacaklılar bu talebi ret etmektedir. Bunun sonucu; davalar açılmakta, icra takipleri yapılmakta, borçlunun neyi var neyi yoksa cebren alınarak borcun tahsiline gidilmektedir. Bu arada borçlu ve alacaklı arasında çıkan tartışmalar zaman zaman yaralanmalarla hatta ölümle sonuçlanabilmektedir. Bunun tek nedeni yasalarımızdaki;

“Toplam alacağa (borçlunun borcuna) takip tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi icra, harç ve giderleri ile avukatlık ücretinin tahsili taleptir. Yeni BK. Md.100 ve Eski BK. Md./84 maddesi gereği, öncelikle kısmi ödemelerde alacağın faizinin düşümü ile fazlaya ilişkin haklarımız saklı kalmak kaydı ile....” biçiminde hüküm verilmesi (İİK: Md.59 hükmü desteklemektedir.) olup; borçlunun ve alacaklının beraberce korunmasından ziyade alacaklının alacağının ve ayrıca alacağa uygulanan faiz ve diğer giderlerin korunmasına (hatta sadece alacaklının korunmasına) öncelik verilmesidir.

Gerçekte bu, haksız fiile dayalı haksız bir kazançtır. Alacaklı bunun farkında olmayabilir, doğal olarak alacağını semeresi ile almak hakkına da sahiptir. Ancak faiz sürekli işleyerek borcun kapanmasına müsaade etmemekte, alacaklının borçludan sadece alacağını değil, faiz adına her şeyini almasına neden oluşturmaktadır.

Yani alacaklı burada bilerek yada bilmeyerek; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil içerisindedir. Bu durumda ise; **“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”**⁵⁰

Burada; faizin süresinin belirsiz olması, borçlunun ödeme yapması halinde dahi, faizin işletilmesinin ekonomik açıdan da faydasının bulunmaması önem taşımaktadır. Çünkü ürün veya hizmet üretimi yoktur, yeni bir yatırım yoktur, tasarruf ve sermaye oluşumu söz konusu değildir. Bir

50 (TBK. Md./49)

diğer ifade ile; hiçbir değer(mal ve hizmet) yaratılmamakta, sadece alacaklının haksız bir biçimde; üretmeksizin, yatırım yapmaksızın borçlunun aleyhine kendi lehine zenginleşmesi söz konusu olup;haksız bir fiile dayalı haksız kazanç vardır.Her ne kadar faiz alacağı yasal olarak hükme bağlanmış olsa dahi, ekonomik yaşam ve finansal sistem yönünden tıkanıklığa neden olacak nedensiz zenginleşme söz konusudur.

Öte yandan,bu ve benzeri durumlarda; borçlunun anapara ve özellikle faiz ödemelerinden kaçınmak amacıyla; alacaklının dava açarak icra yoluyla takibe geçmesi, para ve mallarının haciz edilmesinden yada iflas kararı alınmasından önce hileli işlemlere başvurduğu da görülmektedir. Borçlunun bu tasarrufu; alacaklılarına zarar vermek için III. Kişilerle yapmış olduğu her türlü işlemlerdir. Hukuki işlem olması gerekmeyenbu işlemler, borçlunun alacaklı/alacaklılarına zarar vermek amaçlı olarak, taşınır ve taşınmaz mallarının üçüncü kişilere devri, taşınmaz ipoteği, borç ikrarı, alacağın temliği, ticari işletme devri, marka hakkı devri, mirası reddi vb. tasarruf işlemleri iptale tabidir. Çünkü bu işlemler; iptale bağlı tasarruflar,malvarlığı,borçlarına yetmeyen bir borçlunun alacaklı/alacaklılarına zarar vermek kastı ile yaptığı işlemler olup;alacaklının/alacaklılarının alacağını ödememek yada ödemekten kaçınmak vardır. Ancak burada önemli olanhusus, yapılan tasarruf işleminin-hileli işlemlerin iptali için, borcun ortaya çıkmasından sonra yapılmış olmasıdır.

Zira tasarrufun yapılmasından sonra borçlanılmış olması halinde ise; iptal davası açılrsa dahi Mahkeme tarafından kabul edilmeyecektir.Ayrıca;

➤ Borçlunun son iki yıl içinde yapmış olduğu bağışlamalar ve ivazsız (karşılıksız) tasarruflar iptale tabidir. İvazsız tasarrufların iptale tabi olması için, lehine tasarruf yapılan III.Kişinin, borçlunun bu ivazsız tasarrufu yaparken gerçekten borca batık olduğunu bilip bilmemesinin önemi yoktur. Burada iptal konusu olan bağışlamalardır, yoksa bağışlama vaatleri iptale tabi değildir.⁵¹

➤ Borçlunun son bir yıl içinde aciz halinde iken yapmış olduğu Md./279' da sayılı tasarruflar iptale tabidir. Aciz hali, borçlunun pasifinin aktifinden fazla olmasıdır.

➤ **Zarar verme kastından dolayı iptal"** başlığını taşıyan Md./280 uyarınca borçlunun yaptığı tasarruf işlemleri;

51 (İİK. Md./278)

- Öncelikle borçlunun malvarlığı, borçlarını karşılamaya yetmemelidir.
- Borçlu, alacaklılarına zarar verme kastı ile tasarruf işlemleri yapmış olmalıdır.
- Borçlunun tasarruf işleminde bulunduğu 3. kişi iyi niyetli olmamalıdır. Öyle ki, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, tasarruf işleminin diğer tarafınca bilinmesi veya bilinmesini gerektiren açık izler olmalıdır.
- Tasarruf işleminin yapıldığı tarihten itibaren 5 yıl içinde, borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takibe girilmiş olmalıdır.

şartlarının gerçekleşmesi halinde batıl sayılması ve

➤ Borçlunun malvarlığının borca yetmemesi, borca batık olduğunu göstermekte olup;

önem taşımaktadır.

Tüm bunlara ek olarak; en kötüsü de borçlu ve alacaklı/alacaklılararasındagüven ortadan kalkmaktadır. Bu durumundüzeltilmesi, iyi niyet ve hakkaniyet kurallarına göre, hareket edilebilmesi ile sosyal adaletintesisi açısından; borçlu ve alacaklıyı birlikte koruyan,aralarındaki anlaşmazlıklara çözüm üreten, uygulamalardaki aksaklıkları giderenve gerçeklerle kanun hükümlerininibütünleştirenyeni yasal düzenlemeler süratle yapılmadıkça ve mevcut düzenlemelerdeki boşluklargiderilmedikçe sorun ortadan asla kalkmayacak ve duyduğumuz üzücü haberlere yenilerek eklenecek sürecektir.Bu hususla ilgili olarak;

a)Öncelikle; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 3095 sayılı Kanun-i Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunlar ile özellikle; 818 sayılı Borçlar Kanununda borçlunun ilk ödemesini yapıncaya kadar geçen süre için faiz hesaplanmalı,ancak borçlu ödeme yaptıkça ödemeler sadece faiz ve diğer giderler ile mahsup edilmek yerine, faizin durdurularak anapara, faiz ve diğer giderlerden oluşan toplam borçtan düşülerek borçluya ödeme olanağının sağlanmalıdır. Çünkü BK. Md. 100 hükmünün her iki fıkrası ile sadece alacaklı korunmaktadır.

b)Ancak, borçlunun borcunun tamamını ödemeye istekli olması ve bu durumu kötüye kullanmasını da önlemek için iyi niyetli olduğunu ispat yükümlülüğü getirilmelidir.Zira zaman zaman borçlunun alacaklının iyi niyetli olması halinde, borçlu bu durumdan alacaklı aleyhine tasarruflarda bulunmaktadır.”

c)Ayrıca,ülkemiz uygulamalarında bankaların alacaklarını alacağıın temlik yoluyla gerçek ve tüzel kişilere devrettikleri ve bu durumdan borçlunun bilgisi ve rızasının olmadığı görülmektedir. Bu durumda BK. Md./100 hükmüne paralel olarak alacağın temlik önlenmeli yada ağırlaştırılmalıdır. Çünkü bankalarca yapılan bu devir işlemlerinde faiz ve masraflar indirilerek III. Kişilere alacak devredilmekte, borçluya böyle bir indirim seçeneği dahi sunulmamaktadır. Bankalar ise; bunu alacağın temlikinde, borçlunun rızasının aranmaması kanun hükmüneyandırıarak yasal zemine oturtmaktadır. Sonuçta alacağıı temlik alan yeni alacaklı ise; tahsilatı toplam alacak üzerinden(anapara + masraflar + faiz) yapmaktadır. Bu ise; haksız fılden doğan haksız kazançtır. Zira indirim yapılarak (indirim konusu yapılarak), aslında karşılığı ödenmemiş faiz ve masraflar da tahsilatta talep edilmektedir.

d)İİK. Md./59”..... Alacaklı ilk ödenen paradan masraflarını alabilir.”

hükümleri dikkate alınarak, bu haksız uygulamaların önlenmesi, yasal düzenlemelerin bir an önce yapılarak uygulamaya geçirilmesi uygun olacaktır.

5.KAYNAKÇA

5.1.Makale ve Kitaplar

- Aslı Afşar, Nuray İslatince, Bengül Gülümser Arslan, Nilgün Çağlarırma-kUslu, Feride H. Baştürk-Finansal Ekonomi: T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2611, Acık Öğretim Fakültesi Yayını No: 1579, S.84, erişim tarihi: 29 Mart 2016,
- <http://www.wissen.de/wortherkunft/zins>, erişim tarihleri: 22 ve 25 Mart 2016
- <http://www.controllingportal.de/Fachinfo/Kostenrechnung/Kalkulatorische-Zinsen.html>, erişim tarihi: 28 Mart 2016
- <http://www.haberler.com/turkiye-de-26-milyon-kisi-kredi-borclusu-8185374-haberi/> erişim tarihi: 28 Mart 2016,
- <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/zinsen.html> erişim tarihi: 22 Mart 2016,
- <http://www.haberler.com/turkiye-de-26-milyon-kisi-kredi-borclusu-8185374-haberi/> erişim tarihi: 28 Mart 2016,
- TBB. “Risk Merkezi Ocak 2016” Aylık Bülten,Sayı:5 Mart 2016, S.:12 ve 16 erişim tarihi: 30 mart 2016,

- TBB. “Risk Merkezi Ocak 2016” Aylık Bülten, Sayı:5 Mart 2016, S.:26 ve Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi/İstatistikler/Negatif Nitelikli Bireysel Kredi ve Kredi Kartı Ocak 2016 Erişim tarihleri 30 mart 2016 ve 31 mart 2016,
- Bozer Ali-Ticari İşlere İlişkin Faiz Hükümlerine Toplu Bakış,
- Poroy Reha/Yasaman Hamdi –Ticari İşletme Hukuku),
- Nurdan Orbay Ortaç- “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”-Ankara Barosu Dergisi 2014/2 S.123,
- “ZinsundZinseszinsseffektbeiFestgeldundTagesgeld”,[http:// www.tagesgeld-vergleich.net/](http://www.tagesgeld-vergleich.net/ratgeber/zins-und-zinseszins.html) ratgeber/zins-und-zinseszins.html, erişim tarihi: 24 mart 2016
- M. Alper Gümüş-“Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.100 (e BK m.84)’ün Mahsup Kuralına İlişkin Bir İnceleme” s.1254 ve 1256, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/7-Mustafa-Alper-G%C3%9CM%C3%9C-C5%9E.pdf>.

5.2.Kanunlar

- 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu,
- 818 sayılı Borçlar Kanunu,
- 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun,
- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun,
- 4857 sayılı İş Kanunu
- 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Kanunu
- 4077 sayılı Tüketicin Korunması Hakkında Kanun,
- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu.

6. DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

Eski ve Yeni Borçlar Kanunundaki hükümler;

“1-Kısmen Tediye Halinde; Borçlu faiz veya masrafları tediyede gecikmiş değil ise; kısmen icra eylediği tediyei resülmale mahsupedebilir. Alacaklı alacağın bir kısmı için kefalet, rehin ve yasa ir teminat almış ise, borçlu kısmen icra eylediği tediyei temin edilen veya teminatı daha iyi olan kısma mahsup etmek hakkını haiz değildir.(Eski BK. Md./84)

“1.Kısmen ödemede; Borçlu, faiz veya giderleri ödemede gecikmemiş ise, kısmen yaptığı ödemeyi ana borçtan düşme hakkına sahiptir. Aksine anlaşma yapılamaz.

Alacaklı, alacağın bir kısmı için kefalet, rehin ve ya başka bir güvence almış ise, borçlu kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsupetme hakkına sahip değildir.”
(Yeni BK. Md./100)

Yeni önerilen şekil:

“1-Kısmen Ödeme Halinde; Borçlu faiz ve giderleri ödemede gecikmiş olsun veya olmasın kısmen icra eylediği tediyeği asıl borcundan mahsup edebilir. Ödeme yapıldıkça faiz hesaplanması durur, borçlu ödemede imtina edinirse veya ödeme yapmazsa faiz yeniden hesaplanır.

Faizin hesaplanmasında başlangıçta borçlunun borcunu ödeme tarihinden itibaren ilk ödemeyi yaptığı tarihe kadar geçen süre dikkate alınır. Ödemeler sürdükçe faiz hesabı durur. Ödemelerin kesilmesi halinde; kesilme tarihinden yeni ödeme yapıluncaya kadar geçen süreler için, yeniden faiz hesaplanır. Uygulanacak faiz oranı sözleşme ile belirtilmiş ise; sözleşmede yazılı temerrüd faiz oranı, belirtilmemiş ise; yasal temerrüd faiz oranıdır.

2. Birden çok borçta;

a. Borçlu ve alacaklının bildirimine göre, yukarıda belirlenen esaslar uygulanır.

YARGITAY KARARLARINA GÖRE TAZMİNAT HESAPLAMA İŞ KAZASI TRAFİK KAZASI-SGK RÜCU

Av. İbrahim YILMAZ¹

GİRİŞ

Bu çalışmamızda maddi tazminat hesaplama yöntem ve ilkelerine ilişkin olarak Yüksek Yargıtay'ın ilgili dairelerinin farklı görüşleri ve bu husustaki son gelişmeler ele alınmıştır.

İş kazası nedeniyle açılan maddi tazminat davalarının temyiz incelemesi Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesi tarafından yapılmaktadır. İş kazalarına ilişkin tazminat davalarının temyiz incelemesi ile görevli Yüksek **Yargıtay 21. Hukuk Dairesi** tazminat hukukunun **amiral gemisidir**.

Trafik kazası nedeniyle açılan maddi tazminat davalarının temyiz incelemesi Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin görevidir. Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ile 17. Hukuk Dairesi arasında tazminat hesaplama yöntemine ilişkin çok az görüş farklılığı bulunmaktadır.

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21/1. maddesine göre SGK'ca işveren aleyhine açılan rücu davalarında, Kurumun rücu alacağı sigortalının ya da hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri maddi zarar (rücu alacağının sınırı-dış tavan) ile sınırlandırıldığından, SGK'ca işveren aleyhine açılan rücu davalarında tıpkı sigortalı ya da hak sahipleri tarafından dava açılmış gibi maddi zarar hesaplanmaktadır. Son yıllarda Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından sigortalı işçinin ya da geride kalan hak sahiplerinin maddi zararlarının hesaplanma yöntem ve ilkelerine ilişkin önemli görüş değişikliklerine gidilmiştir. Her ne kadar, Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin SGK rücu davalarında uygulanmasını istediği bu görüşler, sigortalı işçi veya hak sahipleri tarafından açılan davalarla ilgili Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve trafik kazaları ile ilgili Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesi tarafından benimsenmemiş ise de, tazminat hukuku ile ilgilenen hukukçular tarafından bilinmesinde ve değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

1 İstanbul Barosu, Sicil No:16955

İş kazası nedeniyle açılan maddi tazminat davalarında öncelikle olayın iş kazası olup olmadığına ilişkin olarak SGK'ca yapılacak tahkikat ile maluliyet tespiti ve gelir bağlama işlemlerinin sonucunun beklenmesi gerekmektedir.

Bir an için, davacıların gelir bağlatma hakkından vazgeçmeleri durumunda SGK'ca bağlanması gereken gelirler mahsup edilmeksizin hesaplanacak maddi tazminatın tamamının sigortalı işçiye ya da hak sahiplerine ödenmesinin mümkün olup olmayacağı akla gelebilirse de, 5510 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 92/1. maddesine göre Sosyal Güvenlik Yasalarımız tarafından sigortalıya ya da hak sahiplerine sağlanan haklar **kamu düzenine ilişkin olup**, bu haklardan **vazgeçilemez**.

*“Mahkemece yapılacak iş; davanın niteliği gözönünde tutularak; **davacıya olayın iş kazası olduğunun ve maluliyet oranının tespiti için Sosyal Sigortalar Kurumuna başvurulması**, aksi yanıt alınması halinde ise kurum aleyhine belirtilen hususlar hakkında dava açması için önel verilmesi, açılacak davanın **sonucunun beklenmesi**, verilen önelin sonucuna göre davacının manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi; sağlık harcamaları ve geçici iş göremezlik ödemelerine ilişkin talebinin ise; olayın **iş kazası olduğunun saptanması halinde**; sorunun kurum tarafından hallinin gerekeceği karşısında bu kalem istemle ilgili olarak duruma göre karar verilmesi gerekeceği ortadadır.”*(Y.21. HD.24.02.2004/955-1446)

I. BÖLÜM

İŞGÜCÜ KAYBI (MALULİYET) ZARARLARI

GEÇİCİ İŞGÜCÜ KAYBI ZARARI

(MALULİYET GEREKMEMESİ DURUMU)

İş kazalarında geçici işgücü kaybı zararı

Tedavi, istirahat, iyileşme ve geçici işgöremezlik dönemi olarak ifade edilen dönemde sigortalı işçinin çalışması mümkün bulunmadığından, bu döneme ilişkin maddi zararın tam (%100) işgöremezlik oranı üzerinden hesaplanması gerekmektedir.

*“Sigortalının zararlandırıcı olay nedeni ile tedavisinin devam ettiği ve **çalışmadığı sürelerde %100 iş gücü kaybına uğradığı kabul edilerek** bilrkişi aracılığıyla maddi zarar tespit edilip SGK'ca öden-*

mesi gereken geçici iş göremezlik ödeneği düşüldükten sonra elde edilecek sonuca göre bu dönemdeki maddi zarar belirlenmelidir.”(Y.21.HD.30.09.2013/10568-17684)

Trafik kazalarında geçici işgücü kaybı zararı

Trafik kazası sonucu geçici işgücü kaybı nedeniyle açılan maddi tazminat davalarında kazanç kaybının yanında **bakım gideri de talep edilmiş ise**, davacının istirahatli bulunduğu geçici işgöremezlik süresi için %100 işgücü kaybı oranı üzerinden hesaplanacak **işgücü kaybı zararının yanında**, ayrıca yasal asgari ücretlerin brüt tutarı üzerinden **bakım (bakıcı) gideri hesaplanmalıdır**. Bakıcı tutulmuş ve ödenen ücret belge ile kanıtlanabiliyorsa belgelenen ücret bakıcı gideri hesabına esas alınmalıdır.

“Mahkemece yapılması gereken iş, davacının tüm tedavi evraklarının da eklenerek, tıp alanında uzman bir bilirkişiden, davacının geçirdiği kafa travmasına bağlı **iyileşme süresinin ne kadar olacağının tespitinin istenmesi**, akabinde yine konusunda uzman bir bilirkişiden **bu dönemde çalışamamasına bağlı maddi zararı ile ihtiyacı olacak bakıcı giderlerinin ne kadar olacağının tespiti hususunda rapor aldırılarak**, sonucuna göre karar verilmesi iken, bu hususta yetersiz olan 07.07.2011 tarihli rapora itibar edilerek hüküm verilmiş olması doğru görülmemiştir.” (Y.17.HD.17.09.2013/6618-12361).

SÜREKLİ İŞGÜCÜ KAYBI (MALULİYET) ZARARI

Zarar görenin olay tarihindeki yaşı ve muhtemel bakiye ömür süresi

İş Kazası ve Trafik Kazalarında

Sigortalının hem geçici işgöremezlik hem de sürekli işgöremezlik (maliyet) durumu bulunmakta ise, geçici işgöremezlik dönemine ilişkin maddi zararın %100 işgöremezlik oranı üzerinden, sürekli işgöremezlik dönemine ilişkin maddi zararın ise belirlenen sürekli işgöremezlik oranı üzerinden hesaplanması gerekmektedir.

“...Somut olayda, hükme esas alman hesaba ilişkin bilirkişi raporunda davacının **geçici iş göremezlik dönemi olan 10.01.2003-11.02.2004 tarihleri aralığındaki zararı** hesaplanırken **%100 iş gücü kaybına uğradığı** kabul edilerek değil % 12,1 olan sürekli işgücü kaybı oranına göre hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu açıklamalardan

yola çıkılarak, davacının yaralanmasına bağlı olarak, raporlu kaldığı dönemde (geçici işgöremezlik dönemi) 100 oranında maluliyetinin bulunduğu kabul edilerek maddi zararının hesaplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (Y.21.HD.30.09.2013/10568-17684)

Sürekli işgöremez (malul) durumda kalan kişinin olay tarihindeki yaşı ve PMF Tablosuna göre muhtemel bakiye ömür süresi belirlenmelidir.

Yüksek Yargıtay’ın bazı kararlarında işçinin hesap tarihi itibarıyla fiilen yaşıyor olması gerekçesiyle işçinin olay tarihindeki değil de hesap tarihindeki yaşı ve bakiye ömür süresinin belirlenmesi gerektiği belirtilmekte ise de, benimsenen hesaplama yöntemi ve bu husustaki Yüksek Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ilke kararı davacının olay tarihindeki yaşı ve bakiye ömür süresi üzerinden hesaplama yapılması gerektiği şeklindedir.

“Diğer yandan tazminat miktarı, işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu tartışmasızdır.” (Y.21.HD.11.03.2010/E.2009/2406-K.2010/2693)

“Öte yandan tazminat miktarının, işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez.” (Y.21.HD.08.03.2016/E.2015/8807-K.2016/3789)

İşçinin aktif çalışma hayatının 60 yaşına kadar süreceği kabul edilmektedir. **Aktif dönemde** iş kazası sonucu malul kalmayıp **beden ve ruh bütünlüğü tam ve sağlıklı şekilde çalışmaya devam etmiş olsa idi elde edebileceği gerçek ücret ve kazanç miktarları** üzerinden hesaplama yapılmaktadır.

Sigortalı işçinin 60 yaşını dolduracağı tarihten sonraki pasif dönemdeki maddi zararı hizmet akdi ile bir işverene bağlı çalışma karşılığı değil, **ekonomik bir değer taşıyan salt yaşamsal faaliyetleri sürdürmede yaşatlarına göre daha fazla güç ve efor harcayacak olması nedeniyle** bilinen en son yasal asgari ücretin AGİ ilave edilmemiş net tutarı üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir.

Zaman zaman pasif dönemin Sosyal Güvenlik Yasalarındaki emeklilik yaşı esas alınarak kadınlar için farklı erkekler için farklı tespit edilmesine ilişkin Yargıtay kararları çıksa da, Yüksek Yargıtay’ın bu konuda-

ki yerleşmiş içtihatlarında, aktif dönemden amaçlananın “işgörebilirlik çağı” ve olağan bir biçimde iş görebilme (çalışabilme) gücünün devam etme süresi olduğu, bu nedenle Sosyal Güvenlik Yasaları’nda sosyal amaç ya da istihdam politikaları gözetilerek kadın ve erkekler için farklı belirlenen emeklilik yaşlarının aktif dönem sonu olarak ele alınamayacağı belirtilerek, kural olarak aktif çalışma hayatının kadın erkek ayırımı yapılmaksızın 60 yaşına kadar süreceği benimsenmiştir (Y.10.HD.05.07.2004/4728-6385).

“Uyuşmazlık, tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Tazminatın saptanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, PMF 1931 yaşama tablosundan tespit olunan bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş görmezlik ve karşılık kusur oranları, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan tazminat miktarının, işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez.

Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı, hesap raporunun Yargıtay denetimine elverişli olması gerektiği Yargıtay’ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindenir. Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi hesap raporunda muhtemel yaşama süresinin Dairemizce kabul görmeyen TRH-2010 yaşama tablosuna göre tespit edilmesi doğru bulunmamıştır. Yapılacak iş; taraflar yararına oluşan kazanılmış haklar dikkate alınarak, muhtemel yaşama süresinin PMF 1931 tablosuna göre tespit edilerek maddi zarar hesabı yaptırılması ve çıkacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir.”(Y.21.HD.08.03.2016/E,2015/8807-K.2016/3789)

“Aktif devre 60 yaşı kadar, pasif devre 60 yaşından bakiye ömür sonuna kadar olan devredir. **Aktif dönemden amaçlanan “iş görebilirlik çağı”dır.** Yani; sigortalının, olağan olarak işinde çalışabilme gücünün devam süresidir ki, bu da Yargıtay’ca benimsenen görüşe göre, **kural olarak “60” yaşa kadar sürer. Sosyal Güvenlik Yasalarında,**

sosyal amaç ya da istihdam politikaları gözetilerek değişik yaşlar ile tanınan emeklilik yaşının, aktif dönem sonu olarak ele alınması uygun değildir.” (Y.21.HD.02.11.2015/16013-18631)

SGK rücu davalarında bakiye ömür süresinin belirlenmesi (TRH-2010)

SGK rücu davalarında sigortalının veya hak sahiplerinin bakiye ömür sürelerinin PMF tablosu yerine ülkemize özgü ve daha güncel verilere dayanan **TRH-2010 Kadın ve Erkek Yaşam Tablolarına göre** tespit edilmesi istenmektedir.

“Uygulamada, sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürleri 1931 tarihli “PMF (Population Masculine et Feminine)” Fransız yaşam tablosundan yararlanılmakta ise de; Başkanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, bnb Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent 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 tabloların 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 nazara alınmalıdır.”** (Y.10. HD.31.01.2014/E. 2012/5525-K. 2012/5525)

TRH-2010 tablosunda kadınların ve erkeklerin muhtemel bakiye ömür süreleri farklı tablolar halinde düzenlenmiş olup, kadınların muhtemel bakiye ömür süreleri erkeklerden daha uzundur.

TRH-2010 tablosunda dikkatimizi çeken husus erkeklerin;

4-30 yaş arası 74 yaşına kadar,

31-47 yaş arası 75 yaşına kadar,

48-54 yaş arası 76 yaşına kadar,

55-59 yaş arası 77 yaşına kadar yaşayacağı kabul edilmiş olmasıdır.

SGK rücu davalarında maddi zarar hesabının sigortalının sürekli işgöremezlik durumuna ya da sürekli işgöremezlik gelirin girdiği tarihten başlatılması gerekmektedir.

Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bu konudaki yerleşmiş içtihatlarına göre, dış tavan hesabının, sigortalının sürekli işgöremez-

lik gelirine girdiği tarihten itibaren başlatılması gerekmektedir. (Y.10. HD. 13.04.2004/2964-3115; Y.10.HD.29.03.2004/1096-2511; Y.10. HD.05.07.2005/3804-7826).

KUSUR DURUMU

İş kazalarında kusur durumunun belirlenmesi

İş kazası nedeniyle açılan tazminat davalarında kusur durumunun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ile 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine göre iş kazasının meydana geldiği iş kolu ile ilgili “iş sağlığı ve iş güvenliği uzmanı” teknik bilirkişi ya da bilirkişiler tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, iş kazasının meydana geldiği iş makine mühendisliği ilgi ilgili ise raporun makine mühendisi iş güvenliği uzmanı tarafından, inşaat ise inşaat mühendisi iş güvenliği uzmanı tarafından düzenlenmesi gerekir.

“...İnsan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işveren işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli alanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 73. maddesinin açık buyruğudur. Karara dayanak alınan 17.9.2003 tarihli raporda olayın kaçınılmazlıktan kaynaklandığı belirtilmiştir. Oysa hükme dayanak alınan **iş güvenliği uzmanı olmayan kişiler** tarafından düzenlenmeyen bu raporda İş Kanunu'nun 73. maddesinin öngördüğü koşullar gözönünde tutularak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğüne ilgili maddelerini incelemek seretiyle işverenin işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu hangi önlemleri aldığı hangi önlemleri almadığı alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptamadıkları anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca kusur raporunun İş Kanunu'nun 73. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği gidererek **hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.**”(Y.21. HD.09.03.2004/1130-2162)

Olay iş kazası ve aynı zamanda trafik-kazası ise, **yani trafik-iş kazası ise** “trafik-iş güvenliği uzmanı” bilirkişiden ya da bilirkişilerden kusur raporu alınması gerekir.

“...Yapılacak iş; **trafik iş güvenliği** ve ilgili işkolunda iş güvenliği uzmanı olan bilirkişilere konuyu yeniden yapılan işin niteliğine göre

İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddeleri çerçevesinde incelemek, 1979 model çekici ile 21.760 kg yükün taşınıp taşınamayacağı, rampadan çekici ile iniş sırasında 21.760 kg yükün çekicinin hızını artırıp artırmayacağı, hız artar ise sürücünün bu nedenle direksiyon hakimiyetini kaybedip kaybetmeyeceği, 1977 model olan çekicide yıpranma nedeniyle bilinmeyen arızaların olup olmayacağı gözetilerek düzenlenecek raporu dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirmek ve çıkacak sonuca göre karar vermektir. (Y.21.HD.12.02.2007/E.2006/14258-K.2007/1770)

Trafik kazalarında kusur tespiti

Trafik kazası nedeniyle açılan tazminat davalarında kusur oranları Trafik Konusunda Uzman Bilirkişi tarafından ya da Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi tarafından belirlenmelidir.

MÜTESELSİL SORUMLULUK İLKESİ

Alacaklı taraf müteselsil talep hakkında açıkça vazgeçilmedikçe kusurlu veya sorumlu kişi sayısı birden fazla ise, bunların birinden, birkaçından veya tamamından zararın tamamını müştereken ve müteselsilen sorumluluk ilkesine göre talep edileceği kabul edilmeli ve zarar görenin müterafik (karşıt) kusuru dışında kalan ve davalı ve dava dışı kişilerin kusur oranlarının toplamı üzerinden hesaplama yapılmalıdır.

*“Hükme dayanak alınan kusur raporunda davalı işverenlerin % 30 dava dışı üçüncü kişilerin ise % 70 oranında kusurlu bulunduğu açıktır. Öte yandan, birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi ya da birden çok kimsenin değişik nedenlerle meydana getirdikleri zarardan sorumlulukların düzenleyen aynı kanunun 51. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 142. maddesi hükmü gereği, **alacaklı. müteselsil borçluların tümünden veya birinden borcun (zararının) tamamını veya bir bölümünü istemekte muhayerdir.** Ana kural bu olmakla beraber, dava dilekçesinde açıkça müteselsil sorumluluktan söz edilmiş ve kusurları oranında tahsil işleminde bulunulmamış ise dava dilekçesinde ki sözlerden ileri sürülen olaylardan ve bunların yorumundan, dosyadaki diğer bilgi ve belgelerden davacının müteselsil ödetme isteği anlaşıldığı takdirde Borçlar Kanunu'nun 18. ve Medeni Kanunu'nun 2. maddesi de düzenlenen (gerçek maksat ve afaki iyiniyet kuralları) göz önünden tutularak davacının müteselsilen ödetme isteği kabul edilerek sonuca varılmak gerekir. Sırf dava dilekçesinde müteselsil sözcüğü yok diye kusur oranında sorumluluğa gidilirse HUMK'un 74. maddesine aykırı olarak talepten farklı sonuca varılmış olur.*

Somut olayda, 1.3.2001 tarihli dava dilekçesinde davacının ölümü ile sonuçlanan iş kazasında söz edilerek herhangi bir kusur yada kusur oranından söz edilmeksizin zararın tamamı davalı işverenden talep edilmiştir. Hal böyle olunca da davacıların kusur oranında tazminat talebinde bulundukları kabul edilemez. Zira **alacaklı yasanın tanıdığı müteselsil talep hakkından açıkça vazgeçmedikçe kusura dayalı sorumluluk talep ettiğini ileri sürmek mümkün değildir.** Dava tek davacıya açıldığına göre davacılardan müteselsil sözcüğünü kullanmasını istemek de Türk dil kurallarına aykırı düşer.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde ve özellikle davacıların müteselsil sorumluluğa dayandığı ve davalının zararının tümünden sorumlu olduğunun kabulü ile tazminatı belirlemek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”(Y.21.HD.24.05.2005/3538-5401)

Yasal düzelme ve benimsenen ilke bu şekilde olmakla birlikte; müteselsil sorumluluk ilkesine ilişkin olarak zaman zaman farklı kararlar çıkabildiği dikkate alınarak, dava dilekçesinde müteselsil sorumluluk ilkesine dayanıldığı hususunda bir açıklama yapılmasında yarar vardır.

KAÇINILMAZLIK VEYA KÖTÜ TESADÜF

Kaçınılmazlık veya kötü tesadüf faktörüne isabet eden maddi zarardan işveren sorumludur. Ancak; bu **özel durumda** kaçınılmazlık faktörüne isabet eden maddi zarardan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51 ve 52'nci (818 Sayılı BK'nın 43 ve 44'ncü) maddeleri gereğince Mahkemece takdir olunacak makul ve uygun oranda **“takdiri indirim”** yapılması gerekmektedir. Bu indirimin oranı %20-%50 arasında olabilir. Yani, kaçınılmazlık faktörüne isabet eden maddi zararın %50'si ile %80'i arasında takdir olunacak makul ve uygun bir bölümünden işveren sorumlu tutulabilir.

“Kuşkusuz, açıklanan zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde, pasif devre de herhangi bir işte çalışılmasa bile, sigortalının salt yaşamsal faaliyetlerinin sürdürülmesinin de ekonomik bir değer taşıması nedeniyle bundan yoksun kalan hak sahipleri bakımından zarar oluşacağı, bu nedenlerle de pasif devre zararın asgari ücret esas alınarak ve asgari geçim indirimi uygulanmaksızın hesaplanması gerekeceği, **kaçınılmazlık**, kusursuzluk veya kusurun ağırlığı gibi nedenlerden ötürü **Türk Borçlar Kanunu'nun 51-52. maddeleri gereğince zarardan indirim yapılacağı** ve en son olarak da, aktif ve pasif dönemde, elde

edilen kazançlar toplamından, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bildirilen ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilir bölümünün indirileceği, böylece belirlenen tazminata olay tarihinden itibaren yasal faiz yürütüleceği gibi, hususların göz önünde tutulacağı hukuksal gerçeği de ortadadır.”(Y.21.HD.13.05.2014/E.2013/19267-K.2014/10684)

“...kaçınılmazlık, hukuksal ve teknik anlamda, fennen önlenmesi mümkün bulunmayan başka bir anlatımla, **işvence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçları ifade eder.** Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hakim, işverenin sorumluluğunu, Borçlar Kanunu’nun 43.maddesini gözönünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır....**Bu durumda, işverene % 50-60 oranında bir sorumluluk takdir etmek hakkaniyete uygun düşecektir. Yargıtay’ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir ...**”(Y.21.HD.26.02.2004/899-1629)

“Kaçınılmazlıktan **%70 oranında işverenin sorumlu tutulduğu...** ve ayrıca B.K.43. maddesi gereğince zarardan %25 oranında takdiri indirim yapıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır...” (Y.21.HD.12.06.2001/4424-4662) Bu kararda kaçınılmazlıktan yapılan indirim oranı bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiştir.

“Dairemizin önceki uygulamalarına göre; bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde işverenin sorumluluğunun, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 43. maddesi gözönünde tutularak hakkaniyet ölçüsünde saptaması gerektiği kabul edilmekle, mahkemece bu husus dikkate alınarak, olayın özelliklerine göre işveren davalı taraf açısından % 55 oranında kusur uygun görülerek, tazminat hesabında % 45 oranında indirim yapılmıştır.

Adalet Komisyonu’nun 55. madde gerekçesine göre; ‘sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi,onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bu kural gereği, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam kaçınılmazlık hallerindeki ödemeler, bu tazminatlardan indirilemez. Bağlanan gelirlerin, işçinin kusuru ve kaçınılmazlık gibi nedenlerle rücu edilemeyen kısmı da indirilemez. Bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyeceği gibi, zarar görenin kusuruna (müterafık kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar,kıs-

mi kaçınılmazlık ve teknik arıza halindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemez.’

“Öte yandan, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun 2. maddesine göre “Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır”. Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri, **bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde işverenin sorumluluğunun hakkaniyet ölçüsünde saptaması gerektiği 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 43. maddesine dayandığından, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki, 6098 sayılı Kanunun 55. maddesi de emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır.**” (Y.21. HD.17.09.2012/E.2011/4221-K.2012/14812)

BAKIM (BAKICI) GİDERLERİ

Ömür boyu sürekli işgöremez durumda kalan sigortalının aynı zamanda “bakıma muhtaç” durumda kaldığı da tespit edilmiş ise, **kaza tarihinden başlamak üzere ömür boyu bakım (bakıcı) giderinin yasal asgari ücretlerin “brüt” tutarı üzerinden hesaplanması gerekmektedir.**

Yüksek Yargıtay'ın içtihatlarında bakım (bakıcı) giderlerinin yasal asgari ücretlerin brütü üzerinden hesaplanmasının gerekçesi açıklanmamış ise de, zarar görenin işgücü kaybı zararı hesabına esas alınan ücretin sigorta primi, gelir vergisi ve damga vergisi gibi brüt ücretten yapılan kesintiler işveren tarafından ödendiği halde, bakıma (bakıcıya) muhtaç kalması nedeniyle tutacağı **bakıcının sigorta primi ve vergilerinin zarar gören tarafından karşılanması ve bunun da zarar görene ek bir mali yük getirmesi** brüt ücret üzerinden hesaplama yapılmasının nedeni olabilir. Hatta, bakıcı giderlerinin yasal asgari ücretlerin brütü üzerinden değil işverene maliyeti üzerinden hesaplanması gerektiği görüşü de haklı olarak ileri sürülmektedir. **Yasal asgari ücretin brüt tutarı halen 1.647,00 TL olmasına rağmen işverene (durumda bakıcıya ihtiyacı olan zarar görene) maliyeti 1.935,23 TL'dir.**

Bu şekilde hesaplanacak olan bakım (bakıcı) giderinden herkesin yaşamının bir bölümünde yakınlarının bakımından yararlanabileceği gözetilerek 6098 Sayılı TBK'nın 51 ve 52'nci maddelerine göre takdiri indirim yapılmalıdır.

Maddi tazminat talebinin, takdiri indirim nedeniyle reddine karar verilen bölümü üzerinden davalı yararına red vekalet ücreti takdir olunamaz.

“...başkasının yardımına muhtaç olması nedeniyle asgari ücretle bakıcı gideri hesaplanması doğru ise de, bakıcı gideri olarak asgari ücretin **brütü yerine netinin kabul edilmesi hatalı olduğu** gibi, bakıcı gideri dahil davacının tüm maddi zararı belirlendikten sonra ... Sigortalının bakımının üçüncü bir kişi tarafından yapılmamasının tek başına takdiri indirim nedeni olamayacağı da açıktır...” (Y.21. HD.07.11.2006/12910-11836)

“...yardıma muhtaç durumda olan kazalı sigortalının sürekli iş göremezlik nedeniyle hesaplanan maddi zararlarından hakkaniyet indirimi yapılabilmesi mümkün değil ise de, kazalının birinci derece yakınlarının da kendisine bakma yükümlülüğü olduğu, **hayatın olağan akışına göre yaşamının bir döneminde yakınlarının yardımından faydalanacağı**, bu nedenlerle bakıcı giderlerine ilişkin zarar miktarından **hakkaniyet indirimi yapılabilmesinin mümkün olduğu** gözetilerek, bilirkişi hesap raporunda tespit edilen bakıcı giderlerine ilişkin zarar miktarı üzerinden hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” (Y.21.HD.17.06.2013/8542-12717)

ÜCRET DURUMU

İş kazası sebebiyle açılan maddi tazminat davalarında işçinin ücreti maddi tazminatın miktarını etkileyen en önemli unsurlardan biridir. Bu nedenle, gerçek ücretin belirlenmesine özen gösterilmelidir.

İşyerinden işçinin ücretine ilişkin olarak İş Sözleşmesi ile olay tarihinden önceki ücretlerini gösteren Ücret Bordroları ve SGK Kayıtları istenmelidir.

Kayıtlarda gösterilen ücretlerin işçinin gerçek ücreti olmadığına iddia edilmesi durumunda, bu hususta varsa tanıklar dinlenmeli ve **davacı tarafın bildireceği meslek kuruluşlarından** işçinin yaşı, yaptığı işin niteliği ve deneyimi de belirtilmek suretiyle emsal ücret araştırması yapılmalıdır. Emsal ücretin sendikalardan sorulması durumunda sendika üyesi olan ve olmayan işçilerin emsal ücretlerinin ayrı ayrı bildirilmesi istenmelidir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 37. maddesine göre işverenin işyerinde ödediği veya bankaya yatırdığı ücrete ilişkin olarak imzalı Ücret Hesap Pusulası düzenleme zorunluluğu bulunduğundan, ücretin miktarını an-

cak işçinin imzasını içeren belge, ücret bordrosu veya ücret hesap pusulası ile kanıtlayabilir. Emsal ücret araştırması belgelerde gösterilen ücret miktarlarının doğru olmadığını iddia eden işçinin bu iddiasını kanıtlaması yöntemi olup, işverenlerin iddia ettikleri ücret seviyesini kanıtlamak için emsal ücret araştırması kanıtına dayanamayacakları kanaatindeyim.

“...davacının vasipli bir işçi olduğu (kalıpcı ustası) tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır. **Vasıpli bir işçinin asgari ücretle veya asgari ücretin biraz üzerindeki ücretle çalışmasının hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmeyeceği de açıktır.** Bu nedenle Yerel Mahkemece, davacın asgari ücretin üzerinde bir ücret ile çalışacağını kabulü ile olay tarihinde davacının emsali işçilerin ücretinin araştırılmasına gidilmesi isabetlidir. Ancak sendikalı olduğuna dair dosyada bir kayıt bulunmayan davacının emsal ücretinin araştırması noktasında yalnızca Devrimci Yapı İşçileri Sendikası’ndan gelen cevap esas alınarak ve olay tarihindeki asgari ücretin yaklaşık 3,10 katı civarında bir ücretle çalıştığının kabulü doğru değildir.

Yapılacak iş, maddi tazminat davası bakımından davacı işçinin, kalıpcı ustası olduğu ve bu nitelikteki bir işçinin asgari ücret ile çalışmayacağı kabulüne göre, **Çevre ve Şehircilik Bakanlığı** ile davacının yaptığı işe uygun meslek kuruluşlarından (Kalıpcılar Odası, İnşaat İşçileri Odası vs.) bilinen devrede sigortalının alabileceği ücretleri sormak, yine aynı veya başkaca iş yerlerinde çalışıp emsal işi yapanların ücretlerini daha detaylı araştırmak. Böylelikle işçinin gerçek ücretini tereddütsüz olarak belirleyerek belirlenen bu gerçek ücrete göre işçinin maddi zararını yeniden hesaplatmak ve tüm delilleri bir arada değerlendirerek sonucuna varmaktan ibarettir. (Y.21.HD.17.11.2014/10701)

“...Mahkemenin kabulüne göre de, zararlandırıcı sigorta olayına maruz kalan sigortalı ve hak sahiplerinin tazminatının hesaplanmasında, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Öte yandan, **gerçek ücretin ise, işçinin kıdemi ve yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olduğu, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret olmadığı Yargıtay`ın yerleşmiş görüşlerindendir.** Somut olayda, davacının gerçek ücret araştırılmadan, bir davacı tanığının beyanına göre ücret belirlenmiştir... işçinin yaşı, kıdemi, meslek durumu nazara alınarak emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret, meslek kuruluşundan araştırılmak meslek kuruluşu tarafından bildirilen ücret esas alınarak davacının maddi tazminatın hesaplamak ... ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.” (Y.21.HD.21.06.2007/8889-9947)

Ücretin günlük olarak bildirilmesi durumunda aylık ücretin 30 günlük ücret üzerinden, saatlik olarak bildirilmesi durumunda aylık ücretin 225 saatlik ücret üzerinden tespit edilmesi gerekmektedir.

“Öncelikle ayda 26 gün üzerinden zarar hesabı hatalı olmuştur. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı 4857 sayılı Yasa’nın 46. maddesidir. Anılan maddedeki düzenlemeye göre, “Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir. **Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir.**” Bu duruma göre de davacının haftada bir gün **izinli olduğu sürede de ücrete hak kazanacağına kabulü gerekirken, haftalık izinli olduğu dönemde ücret almayacağından aylık çalışmanın 26 gün olduğunun kabulünün isabetsiz olduğu ortadadır.**”(Y.21.HD.10.09.2013/2179-15624)

Maddi tazminatın para ile ölçülmesi mümkün sosyal yardımlar dahil giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanmalıdır

Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 05.02.1999 gün, 1999/2080 E. ve 1999/1215 K. sayılı emsal kararına göre “...Hak sahiplerinin tazminatlarının belirlenmesinde, **kıdem tazminatına esas prim ve ikramiyenin dahil olduğu ücretin esas alınması** gerekirken, çıplak ücretin alınması isabetsiz (dir).” Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 01.03.2011 gün, 2010/1839 E. ve 2011/1784 K. sayılı emsal kararına göre “Yapılacak iş,... bulunacak **giydirilmiş net ücret üzerinden** maddi zarar hesabını yaptırmaktan ibarettir.” Yine, Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 15.02.2016 gün, 2014/19111 E. ve 2016/1811 K. sayılı emsal kararına göre “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 süreklik gösteren haklar, gözetilerek belirlenmelidir.”

Fiilen yaşlılık (emekli) aylığı almaya başlayanların durumu

Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesi iş kazasından sonra yaşlılık aylığı bağlanmış ise, yaşlılık aylığının başlandığı tarihten itibaren yasal asgari ücretlerin asgari geçim indirimi (AGİ) ilave edilmemiş net tutarları üzerinden, yani **pasif dönem gibi** hesaplama yapılması gerektiği görüşündedir.

Yaşlılık aylığı bağlanmasına rağmen işçinin Sosyal Güvenlik Destek Primi ödemek suretiyle fiilen çalışmaya devam etmesi durumunda, 60 yaşına kadar sürecek aktif döneme ilişkin hesaplama yine gerçek ücret üzerinden yapılacaktır.

Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin bu konuda emsal nitelikteki 24.06.2013 gün, 2012/13223 E. ve 2013/9857 K. sayılı kararına göre “... **pasif döneme dair hesaplama yapılırken ancak çalışmaya devam edeceği ispatlanması durumunda aktif dönemde elde edeceği tespit edilen gelir üzerinden hesaplama yapılması aksi durumda asgari ücret üzerinden hesap yapılması gerekirken bu husus da göz önünde bulundurulmamıştır.**”

Diğer yandan; davacının iş kazasından önce yaptığı işin niteliğine ve ücret seviyesine göre **maluliyetinin etkisi ile yaşlılık aylığı talebinde bulunmak zorunda kaldığına** ilişkin bir iddia varsa bunun değerlendirilmesi gerekir.

Yine; davacı iş kazası sebebiyle oluşan maluliyeti nedeniyle ve buna bağlı olarak yasal düzenleme gereği erkenden yaşlılık aylığı almaya hak kazanmış ise, iş kazası meydana gelmemiş olsa idi aktif çalışma hayatının sürebileceği tarihe kadar alması gelerek gelirler üzerinden oluşan maddi zararının tespiti amaçlandığından, bu halde de iş kazası meydana gelmemiş olsa idi 60 yaşına kadar elde edebileceği gerçek kazancı üzerinden hesaplama yapılmalıdır.

Yabancı ülkede iş alan Türk şirketlerinde çalışanların ücret durumu

Yabancı ülkelerde iş alan Türk şirketlerinde çalışan işçileri bakımından, proje bitiş tarihine kadar yurt dışındaki, projenin bitiş tarihinden sonra ise Türkiye'deki emsallerinin aldığı gerçek ücretler üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir.

“...işçinin gerçek zararını belirleme ve **işçinin yurtdışında kalacağı ve çalışacağı süre**, emsal işçilerin durumuna ve yabancı ülkede

iş alan işverenin **taahhüt ettiği işi bitirme süresi** gibi unsurlardan yararlanarak tespit etmek ve tespit edilen süredeki kazanç kaybının, **yurtdışında aldığı ücreti göz önünde tutularak hesaplamak, yurt içindeki kazanç kaybının ise yurtiçinde emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret, ilgili kuruluşlardan sorulmak suretiyle belirlemek ve buna göre aktif dönem zararını saptamak...**” gerekmektedir (Y.21.HD. 27.03.2001/1217-2324).

HESAPLAMA YÖNTEMİ

İşlemiş-bilinen aktif dönem zararı

Kaza tarihinden başlamak üzere hesap tarihine kadar işlemiş ve bilinen dönemdir. Hesap tarihinden sonra belirli bir süre daha açıklanmış yasal asgari ücret ve toplu iş sözleşmesi zammı bilinmekte ise bu süre de işlemiş döneme dahil edilebilir.

Olay tarihinden itibaren hesap tarihi itibarıyla denk geldiği ay ve güne kadar tam yıl olarak hesaplama yapılması hesaplama ve denetleme kolaylığı bakımından daha uygundur. İşlemiş-bilinen dönemin hesap tarihinde kesilerek, kesirli hesap yapılmasının benimsenen hesaplama yönteminde sonuca hiçbir etkisi bulunmamakta ve üstelik hesabı karmaşık hale getirmektedir.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Rayiç İnşaat Ustası Ücretleri (AGİ hariç)

Yıllar	Günlük-Saatlik Brüt				Aylık Brüt	Aylık Net
2006	27,92 TL	X	30 Gün	=	837,60 TL	600,14 TL
2007	4,00 TL	X	225 Saat	=	900,00 TL	644,85 TL
2008	4,40 TL	X	225 Saat	=	990,00 TL	709,34 TL
2009	4,85 TL	X	225 Saat	=	1.091,25 TL	781,88 TL
2010	5,00 TL	X	225 Saat	=	1.125,00 TL	805,39 TL
2011	5,30 TL	X	225 Saat	=	1.192,50 TL	853,71 TL
2012	5,85 TL	X	225 Saat	=	1.316,25 TL	942,30 TL
2013	6,40 TL	X	225 Saat	=	1.440,00 TL	1.029,47 TL
2014	7,10 TL	X	225 Saat	=	1.597,50 TL	1.142,07 TL
2015	7,90 TL	X	225 Saat	=	1.777,50 TL	1.270,75 TL
2016	10,10 TL	X	225 Saat	=	2.272,50 TL	1.624,63 TL

Örnek işlemiş-bilinen dönem kazanç tablosu:

Tarihler		Brüt asgari ücret	Net asgari ücret	Katı		A.G.İ.					Net kazanç tutarı	
01.01.2000	01.07.2000	109,80 TL	82,42 TL	X	1		X	6	AY	=	494,52 TL	
01.07.2000	01.01.2001	118,80 TL	86,92 TL	X	1		X	6	AY	=	521,52 TL	
01.01.2001	01.07.2001	139,95 TL	102,37 TL	X	1		X	6	AY	=	614,22 TL	
01.07.2001	01.08.2001	146,95 TL	107,32 TL	X	1		X	1	AY	=	107,32 TL	
01.08.2001	01.01.2002	167,94 TL	122,19 TL	X	1		X	5	AY	=	610,95 TL	
01.01.2002	01.07.2002	222,00 TL	163,56 TL	X	1		X	6	AY	=	981,36 TL	
01.07.2002	01.01.2003	250,88 TL	184,25 TL	X	1		X	6	AY	=	1.105,50 TL	
01.01.2003	01.01.2004	306,00 TL	226,00 TL	X	1		X	12	AY	=	2.712,00 TL	
01.01.2004	01.07.2004	423,00 TL	303,08 TL	X	1		X	6	AY	=	1.818,48 TL	
01.07.2004	01.01.2005	444,15 TL	318,23 TL	X	1		X	6	AY	=	1.909,38 TL	
01.01.2005	01.01.2006	488,70 TL	350,15 TL	X	1		X	12	AY	=	4.201,80 TL	
01.01.2006	01.01.2007	531,00 TL	380,46 TL	X	1		X	12	AY	=	4.565,52 TL	
01.01.2007	01.07.2007	562,50 TL	403,03 TL	X	1		X	6	AY	=	2.418,18 TL	
01.07.2007	01.01.2008	585,00 TL	419,15 TL	X	1		X	6	AY	=	2.514,90 TL	
01.01.2008	01.07.2008	608,40 TL	435,92 TL	X	1	+	45,63 TL	X	6	AY	=	2.889,30 TL
01.07.2008	01.01.2009	638,70 TL	457,63 TL	X	1	+	45,63 TL	X	6	AY	=	3.019,56 TL
01.01.2009	01.07.2009	666,00 TL	477,19 TL	X	1	+	49,95 TL	X	6	AY	=	3.162,84 TL
01.07.2009	01.01.2010	693,00 TL	496,53 TL	X	1	+	49,95 TL	X	6	AY	=	3.278,88 TL
01.01.2010	01.07.2010	729,00 TL	521,89 TL	X	1	+	54,68 TL	X	6	AY	=	3.459,42 TL
01.07.2010	01.01.2011	760,50 TL	544,44 TL	X	1	+	54,68 TL	X	6	AY	=	3.594,72 TL
01.01.2011	01.07.2011	796,50 TL	570,22 TL	X	1	+	59,74 TL	X	6	AY	=	3.779,76 TL
01.07.2011	01.01.2012	837,00 TL	599,21 TL	X	1	+	59,74 TL	X	6	AY	=	3.953,70 TL
01.01.2012	01.07.2012	886,50 TL	634,64 TL	X	1	+	66,49 TL	X	6	AY	=	4.206,78 TL
01.07.2012	01.01.2013	940,50 TL	673,30 TL	X	1	+	66,49 TL	X	6	AY	=	4.438,74 TL
01.01.2013	01.07.2013	978,60 TL	699,61 TL	X	1	+	73,40 TL	X	6	AY	=	4.638,06 TL
01.07.2013	01.01.2014	1.021,50 TL	730,28 TL	X	1	+	73,40 TL	X	6	AY	=	4.822,08 TL
01.01.2014	01.07.2014	1.071,00 TL	765,67 TL	X	1	+	80,33 TL	X	6	AY	=	5.076,00 TL
01.07.2014	01.01.2015	1.134,00 TL	810,70 TL	X	1	+	80,33 TL	X	6	AY	=	5.346,18 TL
01.01.2015	01.07.2015	1.201,50 TL	858,96 TL	X	1	+	90,11 TL	X	6	AY	=	5.694,42 TL
01.07.2015	01.01.2016	1.273,50 TL	910,43 TL	X	1	+	90,11 TL	X	6	AY	=	6.003,24 TL
01.01.2016	01.01.2017	1.647,00 TL	1.177,46 TL	X	1	+	123,53 TL	X	6	AY	=	<u>+ 7.805,94 TL</u>
Kazalı sigortalının 17 yıllık işlemiş-bilinen aktif devre net kazançları toplamı								54	AY	=	99.745,27 TL	

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı rayiç usta ücreti asgari ücretin (1.624,63/1.177,46=) **1,37 katıdır.**

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı rayiç usta ücreti günlük net (1.624,63 TL/30 gün=) **54,15 TL'dir. Görüldüğü gibi, gerçekte Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından oluşturulan rayiç ücret listesinde belirtilen ücret seviyesinde çalışan herhangi bir usta yoktur.**

TÜİK tarafından inşaat ve ilgili işlerde çalışanların ücretlerine ilişkin 2006, 2010 ve 2014 yıllarına ilişkin sonuç bildirilmekte olup, aşağıda görüldüğü gibi **TÜİK** verileri de gerçekçi olmadığı gibi, **“inşaat ve ilgili işlerde çalışanların ortalama brüt ücretleri”** gibi bir son derece muğlak ifadeyle istatistik çalışması yapıldığı anlaşıldığından, bu ücretler inşaat ustasının gerçek emsal ücreti olarak kabul edilemez.

Nitekim **TÜİK** verilerinin altında *“Kazanç Yapısı Araştırması sonucunda sağlanan bilgiler Uluslararası Meslek Sınıflaması (ISCO) alt ana grupları (ikili düzey) bazında verilmektedir. Dolayısı ile sorgulanan mesleklerin kazancı değil, bu mesleklerin ait olduğu alt ana grup düzeyinin kazanç ve brüt ücret bilgileri sağlanmaktadır. (Örn: “doktor” sorgulaması yapıldığında 2211-Genel tıp **doktorları** seçeneği için yapılan raporlamada 22-Sağlık Profesyonellerinin (**Tıp doktorları, Hemşirelik ve ebelik, veterinerlik, paramedikal uygulayıcılar vb. sağlık profesyonelleri**) dahil olduğu alt ana grubun **ortalama brüt ücret ve kazancını verecektir.**Aranan alt ana grubun bulunmasında kolaylık sağlamak açısından ISCO dördüncü düzeyde (meslek düzeyinde) aramaya olanak sağlanmıştır.”* şeklinde bir not bulunmaktadır.

TÜİK 2010 yılı elektrikçi hariç inşaat ile ilgili işlerde çalışanların ortalama brüt ücreti 1.025,TL, AGİ hariç net 733,80 TL ve asgari ücretin 733,80 TL/544,44 TL=1,34 katı olup, günlük net tutarı (733,80 TL /30 gün=) **24,46 TL'dir.**

TÜİK 2014 yılı elektrikçi hariç inşaat ile ilgili işlerde çalışanların ortalama brüt ücreti 1.612,TL, AGİ hariç net 1.152,43 TL ve asgari ücretin 1.152,43 TL/810,70 TL=1,42 katı olup, günlük net tutarı (1.152,43 TL /30 gün=) **38,41 TL'dir.**

Asgari Geçim İndirimi (AGİ) Tutarları

<u>Yıllar</u>	<u>Bekar</u>	<u>Evli</u>	<u>1 Çocuk</u>	<u>2 Çocuk</u>	<u>3 Çocuk</u>	<u>4 Çocuk</u>
2008	45,63 TL	54,60 TL	61,60 TL	68,45 TL	73,01 TL	77,57 TL
2009	49,95 TL	59,94 TL	67,43 TL	74,93 TL	79,92 TL	84,92 TL
2010	54,68 TL	65,61 TL	73,81 TL	82,01 TL	87,48 TL	92,95 TL
2011	59,74 TL	71,69 TL	80,65 TL	89,61 TL	95,58 TL	101,55 TL
2012	66,49 TL	79,79 TL	89,76 TL	99,73 TL	106,38 TL	113,03 TL
2013	73,40 TL	88,07 TL	99,08 TL	110,09 TL	117,43 TL	124,77 TL
2014	80,33 TL	96,39 TL	108,44 TL	120,49 TL	128,52 TL	136,55 TL
2015	90,11 TL	108,14 TL	121,65 TL	135,17 TL	144,18 TL	153,19 TL
2016	123,53 TL	148,23 TL	166,76 TL	185,29 TL	197,64 TL	209,99 TL

İŞLEYECEK-BİLİNMEYEN DÖNEM ZARARI**İş kazalarında ve trafik kazalarında işleyecek-bilinmeyen dönem hesabı**

Hükme esas alınacak raporun düzenlendiği tarih itibarıyla bilinen en son net ücretin, işleyecek-bilinmeyen dönemin her yılı için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskontolama işlemine tabi tutularak işleyecek-bilinmeyen dönem net kazanç (ya da kazanç kaybı) peşin değerlerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

“Ülkemizde zarar hesapları, hakimler tarafından yapılamadığından bu hesapların işin niteliği gereği bilirkişi aracılığı ile yapılmasında ülke gerçekleri bakımından zaruret bulunmaktadır. Hüküm tarihinin önceden bilinmemesi nedeniyle bilirkişinin hüküm tarihi itibarıyla iratları sermayeleştirilmesi de mümkün değildir. Yurt sathında uygulamada birlik sağlamak için, gerek ölümler nedeniyle destek kaybı zararı, gerekse beden gücü kaybı zararının hesaplanmasında rapor tanzim tarihine kadar gerçekleşen zararın bilinen veriler nazara alınarak ve iskontoya tabi tutulmadan somut olarak, rapor tanzim tarihinden sonraki zarar da bilinen son gelir nazara alınıp **her yıl % 10 oranında artırılmak ve iskonto edilmek suretiyle hesaplanmalıdır.** (YH-GK.01.11.1995/E.1995/9-679/K.1995/898)

“...işçinin günlük net geliri tesbit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi

yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise, 60 yaşa kadar yıllık olarak **%10 artırılıp %10 iskonto**ya tabi tutulacağı, 60 yaşından sonra da bakiye ömrü kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemle başvurulmadan, her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir...” (Y.21. HD.08.12.2011/E.2010/5301/K.2011/12661)

SGK rücu davalarında işleyecek-bilinmeyen dönem zararı

SGK rücu davalarında işleyecek-bilinmeyen dönemin her yılı %5 artış ve %5 iskontolama yöntemine göre hesaplanması gerekmektedir.

“...tazminatların peşin olarak hesaplanması, oysa gelirlerin taksit taksit elde edilmesi, bu sebeple peşin belirlenen tazminattan her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre; önceki uygulamalardaki gibi %10 iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları da nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak **%5 oranı uygulanmalıdır...**”(Y.10.HD .30.01.2014/E.2013/25209-2014/1727)

PASİF DÖNEM

İş kazası ve trafik kazalarında pasif dönem zararı

İşçinin 60 yaşını dolduracağı tarihten itibaren olası yaşam süresi sonuna kadar geçen süredir.

Pasif dönemdeki zarar bir işverene bağlı olarak fiili çalışma karşılığı değil, ekonomik bir değer taşıyan salt yaşamsal faaliyetleri sürdürme karşılığı olması nedeniyle, **pasif dönem zararının bilinen en son yasal asgari ücretin asgari geçim indirimi (AGİ) ilave edilmemiş net tutarları üzerinden hesaplanması gerekmektedir.**

Pasif döneme ilişkin net kazanç kaybı peşin değerlerinin belirlenmesinde de, aktif dönemde olduğu gibi her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve iskonto

lama yöntemi uygulanmaktadır.

“Öte yandan tazminat miktarının, işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez.

Başka bir anlatımla,işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoğa tabi tutulacağı, **60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların** ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı,hesap raporunun Yargıtay denetimine elverişli olması gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir.”(Y.21.HD.11.02.2014/E.2013/21369-K.2014/1967)

“Öte yandan, pasif devre de herhangi bir işte çalışılmasa bile, sigortalının **salt yaşamsal faaliyetlerini sürdürmesinin ekonomik bir değer taşıması nedeniyle** bundan yoksun kalan hak sahipleri bakımından bir zarar oluşacağı ve bu zararın karşılanması amacıyla pasif devre zararının hesaplanması gerektiği, bu zararın hesaplanması sırasında esas alınması gereken ücretin asgari ücret olduğu Dairemizin giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Diğer bir deyişle pasif devre zararının hesaplanması sırasında esas alınan asgari ücret, bir çalışmanın karşılığı değil **ekonomik bir değer taşıyan yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinin karşılığıdır. Hal böyle olunca da ücretle fiilen çalışanlara uygulanmak için getirilen asgari geçim indiriminin, ücretli bir çalışmanın söz konusu olmadığı** pasif devre zararının hesaplanması sırasında dikkate alınamayacağı açık ve seçiktir. Hal böyle olunca da asgari geçim indiriminin dikkate alınmak suretiyle belirlenen ücretle hak sahiplerinin zararlarının hesaplanmasının isabatsiz olduğu açıktır.” (Y.21.HD.23.02.2010/E.2009/112012-K.2010/1807)

SGK rücu davalarında pasif dönem zararı

SGK rücu davalarında sürekli işgöremezlik oranı %60'tan düşük olan sigortalıların çalışarak yaşlılık aylığına hak kazanabilmeleri mümkün bulunduğundan pasif dönemi maddi zarar hesabına dahil edilemez.

Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin oturmuş ve yerleşmiş içtihatları ile emsal nitelikteki 26.09.2013 gün, 2011/16685 E. ve 2013/17483 K. sayılı emsal kararına göre “...Meslekte kazanma güç kaybı oranının %60'ın altında kaldığı durumlarda, sigortalının işgöremezlik oranına bağlı olarak emsallerine göre daha fazla efor harcamak suretiyle de olsa, çalışmasını sürdürüp yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün bulunduğundan, 60 yaş sonrası pasif dönem için zarar hesabı yapıl-

masına olanak bulunmamaktadır...” Bu nedenle, SGK rücu davalarında sürekli işgöremezlik oranı %60’tan düşük olan sigortalıların 60 yaşından sonraki pasif dönemi maddi zarar (dış tavan) hesabına pasif dönem dahil edilmemektedir.

SGK rücu davalarında hak sahiplerine yaşlılık aylığından dönüşen ölüm aylığı bağlanması durumunda pasif devre hesaplanmaz.

Sigortalı işçi yaşlılık aylığı almasına rağmen Sosyal Güvenlik Destek Primi ödemek suretiyle aktif çalışma hayatını sürdürdüğü sırada maruz kaldığı iş kazası sonucu yaşamını yitirmiş ise, geride kalan hak sahiplerine yaşlılık aylığından dönüşen ölüm aylığı da bağlanacağı için SGK rücu davalarında pasif devrenin maddi zarar hesabına dahil edilmemesi istenmektedir.

Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatları ile emsal nitelikteki 02.05.2006 gün, 2005/13903 E. ve 2006/6624 K. sayılı kararına göre “sigortalının ölümü nedeniyle hak sahiplerine, sigortalının hak etmiş olduğu **yaşlılık aylığından dönüşen ölüm aylığının bağlanmış olması durumunda, sigortalının muhtemel pasif yaşam dönemi için hak sahiplerinin destekten yoksunluğundan söz edilemeyeceği için tavan hesabından dışlanması gerekli olup**”, yine Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 25.03.2002 gün, 2002/2167 E. ve 2002/2607 K. “Sigortalıya **yaşlılık aylığı bağlanabilecek ise 60 yaştan sonrası için hesap yapılamaz; aksi taktirde yapılmalıdır.**”

Örnek işleyecek-bilinmeyen aktif ve pasif dönem net kazanç kaybı peşin değer tablosu:

Aylık net ücreti:	1.177,46 TL	x	1 Katı	+	123,53 TL(AGİ)	=	1.300,99 TL		
Yıllık Ücreti:	1.300,99 TL	x	12 Ay	=	15.611,88 TL				
			(1) liranın (n) devre		1,10 artış katsayısına		1/K ⁿ formülüne		%10 artış ve
			sonundaki baliğ		göre yıllık kazanç		göre %10 iskonto		%10 iskonto
YILLAR	Yıllık Ücret		katsayısı		tutarı		katsayısı		tabi peşin değer
1.YILDA	15.611,88 TL	x	1,1000	=	17.173,07 TL	x	0,9090909091	=	15.611,88 TL
2.YILDA	15.611,88 TL	x	1,2100	=	18.890,37 TL	x	0,8264462810	=	15.611,88 TL
3.YILDA	15.611,88 TL	x	1,3310	=	20.779,41 TL	x	0,7513148009	=	15.611,88 TL
4.YILDA	15.611,88 TL	x	1,4641	=	22.857,35 TL	x	0,6830134554	=	15.611,88 TL
5.YILDA	15.611,88 TL	x	1,6105	=	25.143,09 TL	x	0,6209213231	=	15.611,88 TL

SGK GELİRLERİNİN RÜCU EDİLEBİLECEK BÖLÜMÜNÜN TESPİTİ

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 55'nci maddesine göre **"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri...zarar ve tazminattan indirilemez."**

6101 Sayılı, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun 2'nci maddesine göre **"Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır."** Bu itibarla, 6098 Sayılı Yasanın emredici ve kamu düzenine ilişkin hükümlerinin kanunun **yürürlük tarihinden önceki olaylara da uygulanması gerekmektedir.** 6098 Sayılı Kanunun 55. maddesi de kamu düzenine ilişkin emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır (Y.21.HD.19.11.2012/E.2011/13919-K.2012/20491).

Diğer yandan, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 55'nci maddesinin gerekçesinde *"Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malüllük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam-kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemeyecektir."* denilmektedir.

Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bu konuda emsal nitelikteki 13.09.2012 gün, 2012/13182 E. ve 2012/14603 K. Sayılı içtihatlarında da **bağlanan gelirlerin ilk peşin değerleri ile geçici işgöremezlik ödeneğinin kusur karşılığının (rücu edilebilir bölümünün) maddi tazminattan mahsup edilmesi gerektiği** belirtilmektedir.

Üçüncü kişilerin rücu sorumluluğuna ilişkin görüş ayrılığı

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 21/4'ncü maddesi ile **"İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağla-**

nan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin **yarısı**, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edilir.”

SGK tarafından 506 Sayılı Yasanın 26'ncı veya 5510 Sayılı Yasanın 21'nci maddesine göre açılan rücu davalarında sigortalının halefi sıfatıyla Sosyal Güvenlik Kurumu 1. kişi, işveren 2. kişi, bunun dışında kalanlar ise **“3.kişi”** olarak tanımlanmaktadır (Y.10.HD.20.10.2005/6080-10775; Y.10.HD.06.10.2010/E.2009/7674-K.2010/15992).

SGK'ca açılan rücu davalarının temyiz incelemesi ile görevli Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin işveren ve 3. kişilerin müteselsilen rücu sorumluluğuna ilişkin olarak 08.04.2014 gün, 2013/15318 E. ve 2014/8647 K. sayılı emsal kararına göre “İş kazası veya meslek hastalığına birlikte neden olan sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda, yapılan harcama ve ödemeler yönünden ayrı bir durum söz konusu olmadığından, toplam kusurlarına düşen ödemelerden müteselsilen sorumluluklarına hükmedilir. **İşveren; sigortalı ya da hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin tümünden** ancak sigortalı ya da hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere, **üçüncü kişi ise böyle bir sınırlama olmaksızın ilk peşin sermaye değerinin yarısından sorumludur.** Bu durumda, **İŞVEREN; sigortalı ya da hak sahibinin işverenden isteyebileceği gerçek zararı aşmayan ilk peşin sermaye değerinin MÜTESELSİL SORUMLULARIN TOPLAM KUSURUNA DÜŞENİNDEN SORUMLUDUR.** Üçüncü kişinin ise ilk peşin sermaye değerinin yarısının müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşen tutarından sorumlu olması gerekecektir.

Buna karşılık sigortalı ya da hak sahipleri tarafından açılan tazminat davalarının temyiz incelemesi ile görevli Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bu konuda emsal nitelikteki 23.02.2016 gün, 2015/18310 E. ve 2016/2691 K. sayılı kararına göre;

“Dosya kapsamından; 24.10.2009 tarihli iş kazasının oluşumunda **%60 oranında davalı şirketin, %20 oranında dava dışı forklift sürücünün,** %20 oranında ise davacı kazalının kusurlu olduğu, hükme esas alınan hesap raporunda davacı D.. A..’e Kurumca iş kazası sigorta kolundan bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin %80’inin rücuya tabi olduğu değerlendirilmesi ile hesaplanan zarardan düşüldüğü anlaşılmaktadır.

Somut olayda, davacı D.. A..’in maddi zararının belirlenmesi sırasında mükerrer tahsile neden olmamak için hesaplanan maddi zararlardan rücuya tabi Kurum tahsislerinin düşülmesi gerektiği hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. İhtilaf davacı D.. A..’in hesaplanan maddi zararından düşülmesi gereken Kurum tahsisinin rücuya tabi miktarının belirlenmesi hususunda olup 5510 Sayılı Yasanın **21/4 maddesinde açıkça iş kazasının üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi halinde sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin “yarısının” rücuya tabi olacağı düzenlenmiştir.** Burada tartışılması gereken diğer bir husus da üçüncü kişi kavramından neyin anlaşılması gerektiğidir ki ilgili yasa metni ve başlığından anlaşıldığı üzere **işveren dışındaki herkes üçüncü kişidir.** Hal böyle olunca işbu dosyada yargılama konusu iş kazasında kusuru bulunan **dava dışı forklift sürücünün üçüncü kişi sıfatını taşıdığı açıktır.** Bu kapsamda davacının hesaplanan maddi zararından Kurum tahsisinin tenzili sırasında 5510 sayılı yasanın 21/4 maddesinin gözetilerek **dava dışı forklift sürücünün kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile davalı işveren şirketin kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin tamamı toplamalarının düşülmesi gerekirken** bu hususun gözetilmediği hesap raporuna itimat ile neticeye varılması doğru olmamıştır.”

Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin üçüncü kişilerin rücu sorumluluğuna ilişkin görüşü, yasanın açık hükmüne uygundur.

Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin görüşü ise üçüncü kişinin rücu sorumluluğuna ilişkin 5510 Sayılı Yasanın 21/4. maddesine uygun bulunmadığı gibi, Borçlar Kanunu’nda düzenlenen müteselsil sorumluluk ilkesine de aykırıdır.

Zira; Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi üçüncü kişilerin, kazalı sigortalı ya da hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin değerlerinin yarısının (1/2’sinin) müteselsil sorumluların toplam kusur oranına isabet eden bölümünden müteselsilen sorumlu olacağını belirttikten sonra, müteselsil sorumluların (işveren ile üçüncü kişilerin) toplam kusuruna isabet eden ilk peşin değerli gelirin kalan kısmından işverenin tek başına sorumlu olacağı görüşündedir.

Bu görüşteki isabetsizlik şöyle bir örnekle açıklanabilir:

Üçüncü kişinin %90, işverenin %10 oranında kusurlu bulunduğu bir iş kazasında sigortalı işçiye bağlanan gelirlerin ilk peşin değeri 100.000,00 TL’dir. Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin bu konudaki içtihatlarına

göre bağlanan gelirlerin ilk peşin değerinin SGK'ca rücu edilebilecek bölümü toplam (100.000,00 TL x%100 kusur=) 100.000,00 TL olup, bu rücu alacağının (100.000,00 TL x1/2 x%100 kusur=) 50.000,00 TL'lik bölümünden üçüncü kişi ile işveren müştereken ve müteselsilen, kalan 50.000,00 TL'lik bölümünden ise işveren tek başına sorumludur.

Görüldüğü gibi, kendi kusuruna isabet eden rücu alacağı sadece 10.000,00 TL olan işveren 50.000,00 TL'lik bölümü müştereken ve müteselsilen, kalan 50.000,00 TL'lik bölümü tek başına olmak üzere toplam 100.000,00 TL'lik rücu alacağından sorumlu tutulmaktadır. Fazla ödenenin, müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide (rücu ilişkisinde) değerlendirilmesi gerektiği söylene de, işverenin SGK'ya ödeyeceği 100.000,00 TL'nin sadece (100.000,00 TL x1/2 x%90 kusur=) 45.000,00 TL'lik bölümünü yani ilk peşin değerli gelirin yarısının kusur karşılığı kadar üçüncü kişiye rücu ederek talep edebilecektir. Böyle bir durumda işveren SGK'ya kendisinin ve üçüncü kişinin sorumlu bulunmadığı 45.000,00 TL'yi fazladan ve fuzuli olarak ödemiş olacaktır.

Yasal düzenlemenin bu şekilde yorumlanmasından işçi, işveren ve üçüncü kişi zarar görmektedir.

İşçi zarar görmektedir; çünkü, hesaplanan maddi zararından indirilmesi gereken SGK geliri daha yüksek olacaktır.

İşveren zarar görmektedir; çünkü, üçüncü kişinin kusuru nedeniyle üçüncü kişiye rücu edemeyeceği bir rücu alacağından tek başına sorumlu tutulmaktadır.

Yasal süresi içinde ve kaza tarihinden önce bildirge vermeyen işverenin kusur koşulu aranmaksızın (5510 S.Y.m23. ve 506 S.Y.m.10.) sorumluluğunun tazminat davalarına etkisi

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 23'ncü (506 Sayılı Yasanın 10'ncu) maddesine göre;

*“Sigortalı çalıştırmaya başlandığının **süresi içinde Kuruma bildirilmemesi halinde bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde ilgililerin sigorta yardımları Kurumca sağlanır.***

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, Kurumca yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile gelir bağla-

*nırsa bu gelirin başladığı tarihteki **ilk peşin sermaye değeri tutarı, 21. maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir.***

Bu yasal düzenlemeye göre, işe giriş bildirgesinin yasal süresi içinde ve kaza tarihi itibarıyla SGK'ya intikal ettirilmemesi durumunda işveren SGK'nın rücu alacağından "kusur koşulu aranmaksızın" sorumludur.

Ancak, **işe giriş bildirgesinin yasal süresi içinde SGK'ya intikal ettirilmemesinden kaynaklanan rücu sorumluluğu işverenin kendi kusurundan kaynaklanmakta olup, kimse kendi kusurundan yararlanamayacağından**, SGK'nın rücu alacağına işverenin 506 Sayılı Yasanın 10. maddesinden veya 5510 Sayılı Yasanın 23. maddesinden kaynaklanan SGK bölümü sigortalı işçi veya hak sahipleri tarafından açılan davalarda maddi zararlardan mahsup edilemez; sadece 5510 Sayılı Yasanın 21/1. maddesine göre işverenin kusuruna isabet eden bölümü mahsup edilebilir.

*"Davaya konu iş kazası, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce meydana geldiğinden, Kurumca rücu edilebilen peşin değer 506 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre belirlenmelidir. **İşverenin 506 sayılı Kanun'un 10. maddesine dayanan sorumluluk hali, kendisinin zamanında bildirimde bulunmamasından kaynaklandığından, hiç kimse kendi kusurundan yararlanamayacağından, bu halde dahi 26. maddeye göre rücu edilebilen miktar kadar indirim yapılması gerekecektir.**"* (Y.10.HD.10.02.2014/E. 2013/17973-K. 2014/1797)

II.BÖLÜM

DESTEKTEN YOKSUN KALMA (ÖLÜM) ZARARLARI

Müteveffanın olay tarihindeki yaşı ve bakiye ömür süresi

Müteveffa işçinin ve geride kalan hak sahiplerinin olay tarihindeki yaşı ve muhtemel bakiye ömür süreleri PMF Tablosuna göre belirlenmelidir.

Müteveffanın 60 yaşına kadar aktif çalışma dönemi, 60 yaşını dolduracağı tarihten sonra pasif dönemi olarak belirlenmelidir.

Müteveffanın 60 yaşını doldurmasına rağmen fiilen aktif çalışma hayatını sürdürdüğü sırada iş kazası sonucu vefat etmesi durumunda, yaptığı işin niteliği değerlendirilerek makul ve uygun bir süre daha aktif çalışma hayatının süreceği benimsenmelidir.

İş kazalarında destek süreleri

İş kazası sonucu vefat eden sigortalı işçinin hak sahibi eşinin yaşı sigortalıdan küçük ve bakiye ömür süresi daha uzun ise ölen eşinin muhtemel bakiye ömür süresi ile sınırlı olarak; hak sahibi eşin yaşının vefat eden sigortalıdan daha büyük ve bakiye ömür süresinin daha kısa olması durumunda kendi bakiye ömür süresi ile sınırlı olarak hesaplama yapılması gerekmektedir.

Vefat eden işçinin kette yaşayan kız çocuklarının olası ortalama evlenme yaşı olarak kabul edilen 22 yaşına kadar, erkek çocuklarının ise 18 yaşına kadar anne ve babasının desteğinden yararlanacakları kabul edilmektedir.

Köyde yaşayan kız ve erkek çocuklarının 18 yaşına kadar anne ve babasının desteğinden yararlanacakları kabul edilmektedir.

Kız ve erkek çocukları hesap tarihi itibarıyla orta öğrenime devam ediyorlarsa 20 yaşına, yüksek öğrenime devam ediyorlarsa 25 yaşına kadar anne ve babasının desteğinden yararlanacakları kabul edilmektedir(5510 S.Y.m.34/b-1).

*“Kuşkusuz, açıklanan zarar ve tazminatın hesaplanması yönteminde, hak sahibi eşin destek süresinin işçinin bakiye ömrü ile sınırlı olacağı, **kız çocukları yönünden köyde oturmaları halinde 18 yaşına, kentte oturmaları durumunda 22 yaşına kadar destek görecekleri**, kaçınılmazlık, kusursuzluk veya kusurun ağırlığı gibi nedenlerden ötürü Türk Borçlar Kanunu'nun 51-52. maddeleri gereğince zarardan indirim yapılacağı ve en son olarak da, aktif ve pasif dönemde, elde edilen kazançlar toplamından, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bildirilen ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilir bölümünün indirileceği, böylece belirlenen tazminata olay tarihinden itibaren yasal faiz yürütüleceği gibi, hususların göz önünde tutulacağı hukuksal gerçeği de ortadadır.”*(Y.21.HD.25.02.2015/E.2014/15075 K.2015/3457)

Trafik kazalarında destek süreleri

Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin son içtihatlarında (yukarıda iş kazalarına ilişkin ilkelerden farklı olarak) erkek çocuklarının eğitim ve askerlik süresini tamamlayıp evlenebileceği 22 yaşına kadar anne babasının desteğinden yararlanabileceği belirtilmiştir.

“Genel olarak bir kimse ancak ölümden önce bakmakta olduğu ve sağ kalsaydı, kuvvetli bir ihtimalle ileride bakacağı anlaşılan kişilerin

desteğidir. Öyleyse bir başkasına “bakma” destek olmanın en önemli şartıdır. Bir babanın-annenin sağlıklı çocuğuna erginlik çağına kadar bakması ona destek olması tabiidir. Erginlik çağından sonra destek olması için eğitim, askerlik gibi durumların varlığı gereklidir. Bu nedenle yetişkin ve geçimini sağlaması gereken çocuklar yönünden destek tazminatının istenmesi olanaklı değildir. Bununla birlikte günümüzde geçerli değer ölçülerinin bir sonucu olarak çocuğunun bakım ihtiyacının sonra erdiği tarih, genel olarak, eğitimin veya askerlik süresinin tamamlandığı, evlendiği yaştır. **Destekten yoksun kalan çocukların İstanbul’da yaşadığı, eğitim durumları da dikkate alındığında her iki çocuk içinde 22 yaşa kadar destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerektiği halde yazılı şekilde 18 yaşa kadar hesaplama yapan rapora itibar edilmesi de isabetli bulunmamıştır.”** (Y.17.HD.08.10.2015/E.2014/2768-K.2015/10294)

SGK rücu davalarında destek süreleri

Yüksek Yargıtay’ın bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarında kız çocuklarının olası ortalama köyde yaşıyorsa 18, kentte yaşıyorsa 22 olarak kabul edildiği halde, Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2014 yılında görüş değişikliğine giderek hesap tarihine en yakın tarihteki TÜK Evlenme İstatistiklerinin uygulanmasını istemiştir. 2015 yılı **Evlenme İstatistiklerine göre Türkiye’de kız çocuklarının olası ortalama ilk evlenme yaşı 23,9 olup, yuvarlanarak 24’tür.**

*Hak sahibi erkek çocuğun 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması hâlinde 25 yaşını doldurduğu tarihte gelirden çıkacağı gözetilmeli, **kız çocuğunun ise evlenme tarihine kadar gelire hak kazanacağı kabul edilerek, evlenme yaşının rapor tarihine en yakın TÜİK Türkiye “ortalama evlenme yaşı istatistikleri”ne göre belirlenmesi gerektiği dikkate alınmalıdır.*** (Y.10.HD.25.01.2016/E.2014/20441-K.2016/725)

PAY ORANLARI

İş kazalarında pay oranları

Tazminat hesaplarında paylaşırma işleminin ne şekilde yapılacağına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından, tazminat davalarında paylaşırma işlemlerinde *kıyas yoluyla* uygulanan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 20 ve 34’ncü maddesi ile Yüksek Yargıtay’ın bu konudaki içtihatları da dikkate alınarak, müteveffanın zararlandırıcı olay sebebiyle ölmeseydi muhtemel gelirinden ken-

disine ve eşine (MK.m.219/1, 186/3, 327/1 kıyas yoluyla uygulanarak) eşit şekilde 2'şer pay, bakımı altındaki çocuklarına 1'er pay ayırabileceğinin kabulü ile muhtemel gelirinden kendi kişisel ihtiyaçlarına ve hak sahiplerine ayırabileceği pay oranları belirlenmiştir.

“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 başvurulanan İsviçreli Hans Moser'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 / Schatzle 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** (Y.10.HD.22.02.2015/E.2014/18589-K.2015/22854).”

Eş ve çocukların destek payları tablosu (Y.21.HD)

Hak Sahipleri	İlk(15) Yıl	Müt(1)Yıl	Müt(1)Yıl	Müt(16)Yıl	Son(5)Yıl
Müteveffa Hamit	2/7	2/6	2/5	2/4	4/4
Eşi Muazzez	2/7	2/6	2/5	2/4	-
Kızı İdil	1/7	-	-	-	-
Kızı Büşra	1/7	1/6	1/5	-	-
Oğlu Rüzgar	1/7	1/6	-	-	-

Eş çocuk, anne ve baba dahil destek payları tablosu (Y.21.HD)

Hak Sahipleri	İlk(18)Yıl	Müt(5)Yıl	Müt(15)Yıl
Müteveffa Hasan	4/14	4/11	2/5
Eşi Ayşe	4/14	4/11	2/5
Oğlu Vedat	2/14	2/11	1/5
Oğlu Sedat	2/14	-	-
Babası Hüseyin	1/14	-	-
Annesi Emine	1/14	-	-

Trafik kazalarında pay oranları (Y.17.HD.)

“Yerleşik uygulamalara göre, öncelikle desteğin elde edeceği gelir olarak kabul edilen asgari ücretin % 30’unu desteğin kendisi için ayıracağı kabul edilerek geride kalan **% 70’inden başlangıçta toplam % 50’sinin anne ve babasına ayıracağı**, desteğin zamanla evlenmesi sonucunda bu oranın % 30’a düşeceği, daha sonra çocuk sahibi olmasına ve çocuk sahibine göre bu oranın % 20, % 15 veya % 10 oranına düşeceği esas alınarak bu ilkelere göre davacı ile ölen desteğin sübjektif durumları nazara alınarak, yaşamı süresince farklı oranlarda destek olacağının kabulü ve buna göre anılan oranların yarısı üzerinden davacı babaya tazminat hesabı yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir.”(Y.17.HD.12.06.2014/E.2014/1335-K.2014/9697)

Buna göre, bekar bir kişinin gelirinin %30’unu **kendisine %70’inin %50’sini anne ve babasına ayıracağı kabul edilerek yapılacak paylaştırma işlemi genel yaşam deneyimlerine ve hayatın olağan akışına aykırı olup**, böyle bir paylaştırma işlemi iş kazası nedeniyle açılan maddi tazminat davalarının temyiz incelemesi ile görevli Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesi tarafından hiçbir zaman kabul edilmemiştir.

Kaldı ki, 5510 Sayılı Yasanın 20 ve 34’nci maddesindeki düzenlemelerin trafik kazası nedeniyle açılan maddi tazminat davalarında kıyas yoluyla uygulanması isteniyorsa, **34’ncü maddede anne ve babanın toplam payı sigortalının gelirinin %70’inin 1/4’ünü (yani toplam %25’ini) geçemez**. Bu durumda, anne ve baba birlikte hak sahibi durumunda iken sigortalının gelirinin %70’inin 1/8’eri (%12,5’arı), biri desteklik durumunda çıktığında tek başına hak sahibi durumunda olanın payı %70’inin 1/4’ü (%25’i) olacaktır.

Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesi kararında ise anne ve babanın birlikte hak sahibi olmaları durumunda yasal düzenlemedeki 1/8'er (%12,5 ar) pay yerine 1/4'er (%25'er) pay ve toplamda 2/4 (%50) pay ayrılması istenmektedir.

SGK rücu davalarında pay oranları (Y.10.HD.)

SGK rücu davalarına ilişkin olarak Yüksek Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin son içtihatlarında, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 20 ve 34'nci maddelerinde düzenlenen pay oranları esas alınarak; müteveffanın gelirinin %30'nun kendisine ayrılarak kalan %70'inin hak sahipleri arasında paylaştırılması gerektiği, müteveffanın muhtemel gelirinin %70'inin çocuk yoksa %75'inin (yani 3/4'ünün), çocuk varsa %50'sinin (yani 2/4'ünün) eşi ayrılması ve her bir çocuk için %25 (yani 1/4) oranında pay ayrılması gerektiği benimsenmiştir.

“5510 sayılı Kanun'un 19. ve 34 maddeleri uyarınca, ölenin gelirinin % 70'i dağıtımına esas tutulmalı, çocuk yoksa bu meblağın % 75'i eşe bağlanmalıdır. Çocuk varsa eşin payı (% 70 üzerinden) % 50'ye düşmeli, her bir çocuk için % 25 gelir bağlanmalıdır.”(Y.10.HD.22.01.2014/E.2014/5460-K.2014/1066)

Emsal kararda sözü edilen 5510 Sayılı Yasanın 19'ncü maddesi sürekli işgöremezlik geliri bağlanma koşulları ile ilgili olup, sigortalının vefatı halinde hak sahiplerinin gelir bağlanma oranı 20'nci maddesinde düzenlendiğinden Yargıtay içtihadında pay oranlarına ilişkin olarak 20'nci maddede yerine maddi yanlgı sonucu 19'ncü maddeden bahsedildiği anlaşılmaktadır.

5510 Sayılı Yasanın 20 ve 34'ncü maddeleri ile Yüksek Yargıtay'ın bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatları da nazara alınarak, müteveffanın, bu olay sebebiyle ölmeseydi muhtemel gelirinin %70'i hak sahipleri arasında aşağıda örnek paylaştırma tablosunda görüldüğü şekilde paylaştırılacaktır.

Hak Sahipleri	İlk(8)Yıl	Müt(3)Yıl	Son(20)Yıl
Eşi Ayşe	2/4	2/4	3/4
Kızı Zeynep	1/4	14	-
Kızı Zehra	1/4	-	-

SGK rücu davasında sigortalı bekar olarak vefat etmiş ise 5510 Sayılı Yasanın 20 ve 34'ncü maddelerindeki anne ve babanın pay oranları dikkate alınarak, müteveffanın muhtemel gelirinin %70'inin hak sahipleri arasında aşağıdaki şekilde paylaştırılması gerekmektedir.

Hak Sahipleri	İlk(34)Yıl	Son(2)yıl
Babası Ali	1/8	-
Annesi Güneş	1/8	1/4

EŞİN YENİDEN EVLENME OLASILIĞI (EVLENME ŞANSI)

Yüksek Yargıtay'ın bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarına göre dul kalan eşin yeniden evlenme şansının hesap tarihindeki yaşına göre belirlenmesi gerekmektedir. (Y.10.HD.14.11.2013/E.2011/7394-K.2013/21242; Y.21.HD:26.05.2009/3166-7102; Y.21.HD.28.04.2009/1753-5913).

Evlenme şansının tespitinde, hak sahibi eşin hesap tarihindeki yaşının yanında, yaşadığı çevre, ekonomik ve sosyal durumu, yeniden evlendiği takdirde SGK'ca bağlanan gelirin kesilecek olması hususları ile AYİM tarafından ülkemiz koşullarına göre dul kalan *kadınlar* yönünden düzenlenen ve uygulamada(YHGK.02.02.2011-E.2010/4-712-K.2011/4) kabul edilen tablodan da yararlanılması ve yaşına göre belirlenecek evlenme şansından 18 yaşından küçük her çocuğu için %5 indirim yapılması gerekmektedir.

Kadınların evlenme şansı

YAŞI		Evlenme şansı
17-20	arası	52%
21-25	arası	40%
26-30	arası	27%
31-35	arası	17%
36-40	arası	9%
41-50	arası	2%
51-55	arası	1%

DİE (Devlet İstatistik Enstitüsü) tarafından 1967-1973 yılları arasını kapsayan 7 yıllık bir süreyi içeren istatistikler sonucunda 1975 yılında yayımlanan verilere göre ülkemizde eş ölen erkeklerin eş ölen kadınlara göre yeniden evlenme olasılıklarının %77,13 daha fazla olduğunun belirlendiği hususu dikkate alınarak, dul kalan kadınlar için düzenlenen AYİM tablosunun erkeklere uyarlanmış hali aşağıdadır.

Erkeklerin evlenme şansı

YAŞI		Evlenme şansı
17-20	arası	92%
21-25	arası	70%
26-30	arası	48%
31-35	arası	30%
36-40	arası	15%
41-50	arası	4%
51-55	arası	2%

ANNE BABANIN MADDİ TAZMİNATA HAK KAZANMA KOŞULLARI**İş Kazalarında anne ve babanın maddi tazminata hak kazanma koşulları**

Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarına göre, iş kazası sonucu vefat eden sigortalı işçinin, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 24'ncü maddesi ile 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun olay tarihinde yürürlükte bulunan 34'ncü maddesine göre SGK'ca gelir bağlanması için gerekli koşulları taşımadığı belirlenen anne babasının destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat talep etmesi de mümkün değildir (YHGK.27.03.2013/ E.2012/21-1047/K.2013/395; YHGK.23.10.2002/2002/21-807 E, 2002/837 K; Y.21.HD.06.04.2004/2003/10947E, 2004/3517 K.).

Bu husus, Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 17.04.2001 gün, 2001/2921 E. ve 2001/2964 K. sayılı emsal kararında “**...506 Sayılı Yasanın 24. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığının saptanması durumunda hak sahibine gelir bağlanmayacağı, giderek hak sahibinin destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkına sahip olamayacağı açık seçiktir...**” biçiminde açıklanmıştır.

“Davanın bir yönüyle yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı yasanın 24. maddesinde ana ve babaya gelir bağlanması şartları gösterilmiş olup 4958 sayılı yasanın 35. maddesi ile getirilen değişiklikten önce geçimi sigortalı tarafından sağlandığı belirlenen ana, babaya gelir bağlanacağı belirtilmesine rağmen 4958 sayılı yasanın 35. maddesi ile getirilen değişiklikle sigortalı tarafından hak sahiplerinin geçiminin

sağlaması şartının kaldırıldığı, yerine “Sosyal Güvenlik kuruluşlarına tabi çalışmayan veya 2022 sayılı Kanun'a göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almayan ana ve babasına gelir bağlanması” koşulu getirilmiştir.

Dava nitelikçe Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan maddi zararın giderilmesi istemine ilişkin olduğundan haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin belirlenen tazminattan düşülmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Bu bakımından davanın niteliği gözetilerek öncelikle hak sahiplerine SGK tarafından iş kazası nedeniyle gelir bağlanıp bağlanmadığının araştırılması gelir bağlanmış ise bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tazminattan düşülmesi gelir bağlanmamış ise bu yön hak sahibinin tazminat hakkını doğrudan etkileyeceğinden hak sahibine gelir bağlanması için SGK Başkanlığına karşı dava açması için önel verilmesinde yasal zorunluluk bulunmaktadır. **Başka bir anlatımla, hak sahibi tarafından Kurum aleyhine açılan davada 506 sayılı Yasa'nın 24. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığının saptanması durumunda, hak sahibine gelir bağlanmayacağı giderek hak sahibinin destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkına sahip olma- yacağı açık seçiktir.**

Somut olayda davacı anne ve babanın SGK'na iş kazası sigorta kolundan kendilerine gelir bağlanması için müracaatta bulunmadıklarının anlaşılmasına göre Mahkemece yapılacak öncelikli iş davacı anne ve babanın vefat eden çocuklarından ötürü kendilerine gelir bağlanması noktasında SGK'na müracaatta bulunmasını sağlamak, buraca davacı anne ve babaya gelir bağlanır ise bu davacıların destekten yoksun kalma zararlarını hesaplatıp hesaplanan tazminattan Kurum tahsislerinin ilk peşin sermaye değerinin rücuca tabi kısmını düşerek maddi tazminat davası bakımından neticeye gitmek, eğer Kurum müracaatlarına rağmen davacı anne ve babaya gelir bağlamaz ise bu kez Kurumun davacılar gelir bağlamama sebebini araştırmak, eğer davacıların Sosyal Güvenlik kuruluşlarına tabi çalışması veya 2022 sayılı Kanun'a göre bağlanan aylık hariç olmak üzere buralardan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık alması nedeniyle davacılar gelir bağlanmamışsa davacıların ölenin desteğinde olmayacakları kabulüne göre maddi tazminat davalarını şimdiki gibi reddetmek, aksi halde ise yani Kurumun ret sebebini yukarıda sayılan hususlar dışında bir nedene dayanması halinde ise yine davacıların destekten yoksun kalma zarar-

larını hesaplatıp tüm delilleri bir arada değerlendirerek neticesine göre karar vermekten ibarettir.” (Y.21.HD.24.03.2014/3944-5599)

Anne ve babanın gelir bağlama talebinin eş ve çocuklardan artan pay kalmaması nedeniyle gelir bağlanması taleplerinin SGK’ca reddedilmesi durumunda anne ve baba baba için ayrık durum olup, böyle bir durumda hiçbir geliri ve sosyal güvencesi bulunmayan anne ve babanın destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat istemleri kabul edilmelidir.

“Burada üzerinde durulması gereken diğer bir konu da, ana veya babaya 5510 sayılı Yasanın 34/d maddesinde yazılı “her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirlerinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması” koşullarını taşımalarına karşın, 5510 sayılı Yasanın 34/d maddesi hükmünün engel olması nedeniyle gelir bağlanmaması halidir. Anılan maddeye göre; “Hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde” ana ve babaya gelir bağlanır. Eğer ana veya babaya salt bu nedenle gelir bağlanmamışsa, ölen sigortalının desteğinden yoksun kalmadıkları anlamı çıkmaz. Ölenin hiçbir geliri ve sosyal güvencesi olmayan ana veya babasına da gelirinin bir kısmı ile destek olacağının kabulü ile maddi tazminata hükmolunması gerekir. Ancak, bu durumda SGK tarafından gelir bağlanmadığından gelirlerin peşin sermaye değerinin düşülmesi de mümkün değildir(Y.21.HD.02.11.2015/E.2015/8859-K.2015/19323).”

Trafik kazalarında anne babanın maddi tazminata hak kazanma koşulları

Trafik kazası nedeniyle açılan tazminat davalarına ilişkin olarak Yüksek Yargıtay’ın **oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarında**, anne ve babasının destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat talep edebilmesi için desteğin varlıklı olması, anne babanın fakir olması, anne ve babanın bir yerden gelirinin olmaması gibi koşullar aranmamaktadır. Aksine, anne baba zengin olsalar dahi (ileride çocuğun maddi yardım ve bakımına ihtiyaçları olabileceğinden) kural olarak ölen evlatlarının maddi yardım ve desteğinden yoksun kaldıkları kabul edilmektedir.

“Genel yaşam deneyimlerine göre, çocuğun ileride anne ve babasına destek olacağı beklenebiliyorsa, çocuk onlar için destek sayılmalıdır” (TURGUT UYGUR, BORÇLAR KANUNU, CİLT: 1, SAYFA 594 vd.-YH-GK,21.04.1982 T, E.4-1528- K.412)

“Borçlar Yasasının 45’nci maddesinde sözü geçen destek kavramı, hukuksal bir ilişkiyi değil eylemli bir durumu amaç tutar ve desteğin yardımlarının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli bir biçimde yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir. Evladın bayram günlerinde anne ve babayı ziyareti ve evde ailesine yardımcı olması, her türlü hastalık ve sair sıkıntılarında yardıma koşma görevi maddi desteğin kapsamında kabul edilmelidir” (Y.9.HD.06.10.1992/2629-4737-YARGITAY KARARLARI DERGİSİ-ŞUBAT/1993-SAYFA: 248).

“Destek zararının kapsamını belirlemede etken olan unsurlardan birisi de ölenin “bakma gücüne” sahip olmasıdır. Gerçek desteğin sahip bulunduğu veya sahip olacağı mali imkanlarıyla, destekten yoksun kalana sağlığında temin ettiği ve edeceği; farazi desteğin ise gelecekte sağlayabileceği yardımlar göz önünde bulundurulmalıdır. Zararı oluşturan bu yardımların tesbitinde belli zamanlarda verilen veya ileride verilmesi muhakkak olan mutad hediyeleri ve hizmet şeklinde yapılan yardımları da dikkate almak lazımdır. Desteğin yardımının yalnız parasal nitelikte bulunmasında zorunluluk yoktur. Çünkü ölenin hizmet edebilme güç ve kabiliyeti de para ile ifadesi mümkün olan bir mali imkan teşkil eder” (Y.4.HD.20.03.1986/1585-2553).

“Davacıların zengin olmaları, ileride muhtaç duruma düşme-yeceklerinin delili olamaz” (YHGK.12.12.1989 T, E.11-1233-K.2757-TURGUT UYGUR, BORÇLAR KANUNU, CİLT:1, Sayfa: 601 ve devamı).

“...Davacılar ölenin anne ve babasıdır. Bir çocuğun anne ve babasına destek olacağı varsayım olarak kabul edilmelidir. **Ölenin bir çocuğunun bulunması, bu nedenle davacıların mirasçı olmamaları destekten yoksun kalma tazminatını istemeye engel teşkil etmez.** Ayrıca, desteğin öldüğü tarihte ücretli olarak bir yerde çalışmamış olması da anne ve babasına destek olmayacağı sonucunu doğurmaz...”(Y.4.HD.13.09.2005/E.2004/13893-K.2005/9189).

Buna karşılık Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında davacılar anne ve baba yönünden destekten yoksun kalma zararının oluşup oluşmadığının belirlenmesi için destek ile davacılar anne ve babanın ekonomik ve sosyal durumları, aynı evde yaşayıp yaşamadıkları, davacıların destekten başka çocuklarının olup olmadığı, ölenin destekliğine ihtiyaçlarının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, desteğin eşi ve üç çocuğunun bulunduğu da gözetilerek anılan davacıların destekten yoksun kalma talebinin değerlendirilmesi gerektiği

belirtilmiştir. Ancak, anne baba aynı evde yaşamasa da çocuklarından bir kısmının eylemli olmasa da parasal olarak maddi yardım ve destek sağlamaları mümkün olabileceği gibi, anne babanın kalan yaşam süresinin bir bölümünde aynı evle yaşamayan çocuklarla da yaşayabilecekleri hususları ile müteveffa evli çocuk sayısının fazla olması durumunda da anne ve babasını bakıp gözetme yükümlülüğünün göz ardı edilmemesi gerektiği ve Yüksek Yargıtay'ın yukarıda arz olunan bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatları doğrultusunda kural olarak evladın anne ve babaya maddi yardım ve destek sağlayacağını kabul edilmesi ve anne ve babanın bu hususta ispat yükümlülüğü altına sokulmasının doğru olmadığı kanaatindeyim.

“...davacılar anne ve baba yönünden destekten yoksun kalma zararının oluşup oluşmadığının belirlenmesi için destek ile davacılar anne ve babanın ekonomik ve sosyal durumları, aynı evde yaşayıp yaşamadıkları, davacıların destekten başka çocuklarının olup olmadığı, ölenin destekliğine ihtiyaçlarının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, desteğin eşi ve üç çocuğunun bulunduğu da gözetilerek anılan davacıların destekten yoksun kalma talebinin değerlendirilmesi gerekirken...” (Y.17.HD.02.12.2014/E.2013/13007-K.2014/17451)

KARDEŞLERİN MADDİ TAZMİNATA HAK KAZANMA KOŞULLARI

İş kazalarında kardeşlerin maddi tazminata hak kazanma koşulları

Yukarıda da açıklandığı gibi, Yüksek Yargıtay 21. Hukuku Dairesinin bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarına göre, iş kazası sebebiyle açılan maddi tazminat davaların vefat eden sigortalı işçinin yakınlarının SGK gelirlerinin rücu edilebilecek bölümü ile karşılanmamış maddi zararlarının tazmini ilkesine dayanmakta olup, SGK'ca iş kazası kolundan gelir bağlanması için gerekli yasal koşulları taşımadığı tespit edilerek gelir bağlanmayanların destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat talep etmeleri mümkün değildir.

Sosyal Güvenlik Yasalarımızda vefat eden sigortalı işçinin kardeşlerine gelir bağlanmasını gerektirebilecek herhangi bir düzenleme bulunmadığından, müteveffanın kardeşlerine iş kazası kolundan gelir bağlanması ve giderek destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat talep edebilmeleri mümkün değildir.

Buna rağmen, **müteveffa işçinin kardeşinin ömür boy çalışmamacak derecede hasta veya sakat durumda bulunduğu** ve bu nedenle bakım ve geçiminin **sürekli ve düzenli olarak müteveffa işçi tarafından**

sağlandığı ve iş kazası nedeniyle vefat etmemiş olsa idi sağlamaya devam edeceğinin kanıtlanması durumunda, yasal düzenleme gereği gelir bağlanması mümkün bulunmasa dahi, kardeşin destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat talep edebilmesi mümkündür.

“Kardeşlerin de birbirlerine destek olmaları mümkündür. Ancak, kardeşin gerçek destekliğinden bahsedebilmek için öncelikle ölenin gelirinin yeterli olması diğer bir ifade ile desteğin refah halinde bulunması ve bunun davacılarca ispatlanması gerekir.... desteklik kavramı hukuki bir ilişkiyi değil, fiili bir durumu ifade eder. Bu yönüyle ne hısmılığa nede yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanmaz. Fakat bu durum ölüm halinde sigortalının yakınlarının kayıtsız ve şartsız onun desteğinde olduğu şeklinde de yorumlanamaz. **Hele kardeşlerin birbirlerine destekliğinden bahsedebilmek için ölenin maddi anlamda refah içinde olduğunun ispatlanması gerekir.** Olayımızda ise böyle bir durumun bulunmadığı açıktır. Zira davacılar iddiasına göre dahi **2.000,00TL net geliri olan evli ve çocuklu birinin kardeşlerine destek olacak maddi yeterlilikte olduğunun kabulü mümkün değildir.** Bu açıklamadan olarak işbu dosyada bir kısım davacı kardeşlerin maddi tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır” (Y.21.HD.02.11.2015/E.2015/8859-K.2015/19323)..

Trafik kazalarında kardeşlerin maddi tazminata hak kazanma koşulları

Türk Medeni Kanunu'nun 364'ncü maddesi ile Yüksek Yargıtay'ın bu konudaki yerleşmiş içtihatlarına göre, kardeşlerin bakım yükümlülüğü **“refah içinde”** bulunmaları koşuluna bağlıdır. Davacı kardeş yönünden ise bakım ihtiyacı, hem kendisinin hem de kendisine bakmakla yükümlü anne ve babasının çalışmayacak derecede hasta veya sakat durumda bulunmaları nedeniyle bakımının sürekli ve düzenli olarak ölen kardeşi tarafından sağlanıyor olması ya da ileride bakacağının baskın olasılık olması koşullarının bir arada gerçekleşmesine bağlıdır.

Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 28.05.1988/1453-4085 sayılı emsal kararına göre **“Trafik kazasında ölen destek kural olarak kardeşine bakmakla yükümlü değildir. Sağlığında zaman zaman yaptığı yardımları gerekçe göstererek, ölümünden sonra da destek olacağı şeklindeki yorumla tazminata hükmetmek doğru değildir....”**

Yüksek Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 09.01.1957/4590-1129 sayılı emsal kararına göre **“Ölen kardeşin refahta bulunduğu ya da ileride**

bulunacağını kanıtlanması gerekir...kanuni nafaka yükümlülüğünün refah halinde bulunması şartına bağlı olmasına... göre, kardeşler yararına maddi tazminata hükmedilmiş bulunması yasaya aykırıdır...”

“...Mahkemece, “desteğin, davacıya destek olacağını şüpheli olduğu, desteğin hali refah içerisinde bulunmadığı, düzenli bakımın ispat edilemediği” gerekçesiyle 25.10.2011 günlü kararla destekten yoksun kalma tazminatı davasının reddine karar verilmiş,

Davacının temyizi üzerine dairenin 4.12.2012 gün 2012/2922-13541 sayılı kararı ile “genel yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı gözönüne alındığında, müteveffanın hayatta kalan tek yakın akrabası olan kardeşine belirli bir düzeyde destek olacağı, ona yardımda bulunacağı kabul edilmelidir. Bu desteğin ölçüsü tarafların yaşam düzeyi, sağlık, sosyal ve ekonomik durumlarıyla orantılı olarak tutar bakımından değişebilirse de desteğin, zihinsel açıdan yetersiz ve tek akrabası olan kardeşine hiç destek olamayacağı kabul edilemez...” gerekçesiyle karar bozulmuş,

*Bu halde davacının İstanbul Adli Tıp Kurumuna sevki ile, desteğin ölümüyle davacının psikolojik rahatsızlığı arasında uygun illiyet bağı bulunup bulunmadığı, varsa desteğin ölümünün davacıdaki rahatsızlığı ne oranda etkilendiği, **davacıda saptanan psikolojik rahatsızlığın çalışarak hayatını kazanmasına engel teşkil edip etmediği, davacının başkasının desteğine muhtaç olup olmadığı, muhtaç ise süresinin ne kadar olabileceği konularında kurul raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yetersiz rapora dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.***

Bu halde bilirkişiler İbrahim Yılmaz ve Ayhan Tokat’tan ek rapor alınarak karar tarihine en yakın gündeki verilere göre davacının destekten yoksunluk zararının belirlenmesi, davadan önceki ZMSS ödemesinin güncellenerek hesaplanan tazminattan mahsup edilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi de isabetli bulunmamıştır...(Y.17.HD.16.09.2014/13849-11906)”

III. BÖLÜM

KİSMİ ÖDEMELERİN GÜNCELLEŞTİRİLMESİ

İş kazalarında güncelleştirme yöntemi

Kısmi ödemelerin gerçek zararı tamamen karşılayıp karşılamadığı (yeterli olup olmadığı) ödeme tarihindeki verilere (ücretlere) göre hesaplama yapılması sonucu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, öncelikle ödeme tarihi itibarıyla bilinen verilere (ücretlere) göre hesaplama yapılması gerekmektedir.

Ödeme tarihi itibarıyla bilinen verilere göre hesaplanan gerçek maddi zarar, ödenen miktar ile tamamen karşılanmamış ise **ödenen maddi tazminat miktarı, kısmi ödemenin yapıldığı tarih itibarıyla bilinen verilere (ücretlere) göre hesaplanacak maddi tazminat miktarı ile oranlanarak, yapılan kısmi ödeme maddi zararı yüzde (%) olarak hangi oranda karşılamış ise, hükme esas alınacak bilirkişi raporunun düzenlendiği tarihteki güncel verilere (ücretlere) göre hesaplanacak maddi tazminat miktarından da aynı oranda indirim yapılmak suretiyle** davacının kısmi ödeme ile karşılanmamış bakiye maddi tazminat alacağı belirlenmelidir.

*“Kural olarak işçiye veya hak sahiplerine yapılmış ödemenin bu miktar ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ödemenin söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Başka bir anlatımla ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlık bulunmaması koşuldur. Ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunduğu durumlarda yapılan ödeme makbuz niteliğinde kabul edilebilir. Bu durumda ödemenin yapıldığı tarih gözönünde tutularak davacının karşılanmayan zararının uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanması böylece hesaplanacak miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığını denetlemek, **açık oransızlığın bulunması durumunda maddi tazminata ilişkin ödemeyi “kısmi ifayı içeren makbuz” niteliğinde kabul etmek ve yapılan ödemenin ödeme tarihindeki gerçek zararı hangi oranda karşıladığını saptamak, son verilere göre hesaplanan tazminat miktarından, yasal indirimler yapılmak suretiyle belirlenecek karşılanmayan zarardan davalı tarafın ödeme yapılan tarihe göre zararı karşılandığı oranda indirim yapmak daha sonra kalan miktara hükmetmek gerekir. Açık oransızlığın bulunmadığının tespiti halinde maddi tazminat talebinin tümünden reddine karar vermek gerekir.***

Yapılacak iş; öncelikle dosyada mevcut tapu kaydına göre davacılar devredilen 28907 ada 7 parsel numaralı apartman dairesi vasıflı taşınmazın devir tarihindeki gerçek(rayıç) değerini belirlemek ve bu tarih gözönünde tutularak davacı eş ve çocukların karşılanmayan zararını aktüerya uzmanı bilirkişi aracılığıyla saptamak (ödemenin yapıldığı tarihe göre SGK.'ca davacılar bağlanan gelirin peşin sermaye değeri tenzil edilmek suretiyle), böylece hesaplanan miktar ile buna karşılık alman meblağ arasında **açık oransızlığın bulunup bulunmadığını denetlemek**, açık oransızlığın bulunması durumunda maddi tazminata ilişkin ödemeyi **“kısmi ifayı içeren makbuz”** niteliğinde kabul etmek ve yapılan ödemenin ödeme tarihindeki karşılanmayan zararı hangi oranda karşıladığını belirlemek, hüküm tarihine en yakın tarihteki ücret artışları da gözetilerek davacıların maddi zararını bilirkişiye hesaplatmak, bulunan miktardan SGK.'ca bağlanan gelirin peşin sermaye değerini SGK'dan sormak suretiyle **yasal indirimler yapılarak belirlenen karşılanmayan zarardan davalı tarafın taşınmaz devrinin yapılan tarihe göre zararın karşılandığı oranda indirim yapmak**, daha sonra kalan miktar ve talepte gözetilerek maddi tazminat istemi ile ilgili bir karar vermek, açık oransızlığın bulunmadığının tespiti halinde ise maddi tazminat talebinin tümünden reddine karar vermektir.” (Y.21.HD.15.11.2013/E.2013/11055-K.2014/19722)

Trafik kazalarında farklı güncelleştirme yöntemi

Trafik kazası nedeniyle açılan tazminat davalarının temyiz incelemesini yapmakla görevli Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulunun güncelleştirme yöntemine ilişkin görüşü farklıdır(Y-HGK.14.03.2012/E.2011/4-824-K.2012/134). Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin bu konuda emsal nitelikteki 30.04.2013 gün, 2012/3873 E. ve 2013/5911 K. sayılı kararına göre“...mahkemece yapılacak iş, ilk önce ödeme tarihi itibarıyla yapılan ödemenin yetersiz olup olmadığının belirlenmesidir. Bunun için **ödeme tarihi verileri dikkate alınarak yapılacak hesaplama sonucu bulunacak tutar ile ödeme miktarının karşılaştırılarak**, ödemenin yeterli bulunması halinde ibra nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekir. Şayet ödemenin yetersiz olduğu anlaşılırsa bu kez karar tarihine en yakın veriler dikkate alınarak tazminat hesaplanmalı ve zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince davalı tarafından yapılan ödemeye hesaplama yapıldığı tarihe kadar geçen süre için **yasal faiz uygulanarak, hesaplanan tutardan mahsup edilmesi...**” gerekmektedir.

IV. BÖLÜM

FAİZ BAŞLANGIÇ TARİHLERİ VE ORANLARI

İş Kazalarında faiz başlangıç tarihi ve oranı

İş kazası nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında maddi ve manevi zararın meydana geldiği tarih olan olay tarihinden itibaren yasal faiz yürütülmesi gerekmektedir.

“Yukarıda açıklanan, yönetime uygun biçimde belirlenecek tazminat miktarına da olayın haksız fiilden kaynaklandığı gözetilerek, **olay tarihinden itibaren faiz uygulaması** icabeder. Mahkemenin bu kabule uygun bulunan faiz başlangıcı ile ilgili direnmesi doğrudur.” (Y.HGK.01.11.1995 / E.9-679-K.1995/898)

İş kazasının Borçlar Hukuku yönünden bir haksız fiil olduğu, zararın ve dolayısıyla tazminat alacağının olay anında ortaya çıktığı, **haksız fiillerde temerrüdün olay tarihinde gerçekleştiği gözetilerek hüküm altına alınan tazminata zararlandırıcı** olayın (iş kazasının) gerçekleştiği tarihten itibaren yasal faiz yürütülmesi gerekir. (Y.21. HD.19.01.2012/E.2011/16319-K.2012/529)

“Tazminat, malvarlığında oluşan eksilmeden borçlunun sorumlu olduğu tutardır. Bu tutar genellikle olay tarihindeki yahut özellikle insan zararlarında olay tarihine döndürülmüş değeri ifade eder. Ne var ki, bu tazminatın ödenmesinin olay tarihinde yapılmaması nedeniyle olay tarihi ile ödeme tarihi arasındaki zamanda bu alacaktan mahrum kalınması nedeniyle bir ek zarar oluşmaktadır. İşte bu ek zarar faizle karşılanmaya çalışılmaktadır. Haksız eylemlerde temerrüt olay anında olduğundan, temerrüdün oluşması için ayrıca ihtara gerek yoktur.

“Müşterek hukukun “Gasp eden daima temerrüt halindedir” prensibi gereğince, bir şeyi iadeye veya haksız bir fiil sebebiyle zarar ve ziyan ödemeye mecbur olan kimse hakkında, hukukun umumi prensiplerine göre mütemerrit bir borçlu gibi muamele yapılacaktır. Borçlu haksız fiilin işlenmesinden itibaren zararın faizinden sorumlu olur.” (Tuhr, A.V. Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cevat Edege Tercümesi, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983 s.611, Fevzioğlu, N.F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul 1977 c.2 s.232 vd.)

Hal böyle olunca hesaplanan tüm giderlere olay tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği yönündeki mahkeme kararı doğru olup onanması gerekir.” (YHGK.20.11.2005/E.2005/4-643-K.2005/675)

Trafik Kazalarında faiz başlangıç tarihi oranı

Trafik kazalarında araç sürücüsü, araç maliki ve işleteni bakımından maddi ve manevi tazminata olay tarihinden itibaren itibaren faiz yürütülmesi gerekmektedir.

Zorunlu mali sorumluluk sigortacısı (sigorta şirketi) bakımından 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 99'ncü maddesi ile Yüksek Yargı-tay'ın bu konudaki yerleşmiş içtihatlarına göre, zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi gereğince ödenmesi gereken maddi tazminatın, daha önce sigorta şirketine başvurulmuş ise-başvuru tarihinden itibaren "8 işgünü sonraki" tarihten itibaren, sigorta şirketine başvurulmamış ise-dava ya da takip tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekmektedir.

Yine, Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin bu konuda emsal nitelik-teki 08.02.2010 gün, 2009/7591 E. ve 2010/858 K. Sayılı kararına göre "...TTK'nın 1299/1. maddesi yollamasıyla aynı kanunun 1292/1. mad-desi ve olay tarihinde geçerli olan Genel Şartları'nın B.3, B.4.a mad-desi uyarınca rizikonun, bilgi ve belgeleri ile birlikte **sigortacıya ihbar edildiği tarihten itibaren 8 iş günü içinde** sigortanın tazminatı öde-me yükümlülüğü bulunmakta, bu sürenin sonunda ödememe halinde temerrüt gerçekleşmektedir. Somut olayda, dava tarihinden önce si-gortaya başvuru yapıldığı iddia ve ispat edilememiş, buna göre ıslahla artırılan miktar bakımından ıslah tarihinden itibaren temerrüt faizine hükmedilmiştir. Ancak, yukarıda açıklanan ilke ve alacağı doğuran sebebin esasen kanundan doğan borç kapsamında haksız eylemden kaynaklanmış olmasına göre, ıslah ile istenilen tazminat için de **dava-dan önce sigortaya başvuru yapılmış ise bu başvuruyu takip eden 8 iş gününden sonra, başvuru yok ise de dava tarihinden itibaren temerrüt faizi uygulanması gerekir**. Zira, davalı sigorta ile davacı arasındaki hukuki ilişki sözleşme ilişkisi değildir. Borcun nedeni hak-sız eylemdir. Yukarıda anılan hükümlere göre, davalı sigorta şirketi bakımından temerrüt faizinin başlangıcını oluşturan ihbar yükümlü-lüğünde esas olan, zarar miktarı değil kazanın ihbarıdır. Bu itibarla, dava dilekçesi ile kazanın davalı sigortaya ihbar edilmiş olmasıyla, anılan hükümlerde öngörülen koşullar yerine getirilmiş olup, buna göre **gerek dava dilekçesinde istenilen tazminat alacağı için ve gerekse ıslahla artırılan kısım için** dava tarihinden itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekmektedir. **Dairemizin son uygulaması bu yönde-dir...**"

Yüksek Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin bu konudaki emsal kararlarında olayın ticari iş niteliğindeki yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanması durumu ile kazaya neden olan aracın bir ticarethaneye ait olması veya ruhsatnamesine göre **“ticari araç”** niteliğinde olması ya da olayın **“yolcu taşıma sözleşmesi”** gibi ticari iş niteliğindeki bir taşıma sırasında meydana gelmesi durumunda maddi ve manevi tazminata **avans faizi** yürütülmesi gerekmektedir (Y.17.HD.22.09.2011/7426-8048).

“Trafik kazasına karışan davalı şirkete sigortalı araç kamyon olup ticari niteliği bulunan bir araçtır. Davacılar vekili tarafından dava dilekçesinde hükmedilen tazminata avans faiz işletilmesi talep edilmiştir. Bu nedenle mahkemece hükmedilen tazminata avans faiz işletilmesine karar verilmesi gerekirken yasal faize hükmedilmesi doğru olmayıp bozma nedeni ise de; bu yanlışlığın giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden hükmün 6100 sayılı HMK’nın geçici 3/2. maddesi delaletiyle 1086 sayılı HUMK’un 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün (1) numaralı bendinde yer alan **“yasal faiz”** ibaresinin hükümden çıkarılarak yerine **“avans faizi” ibaresinin eklenmesi** suretiyle hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 18.02.2016 gününde oybirliği ile karar verildi. “ (Y.17.HD.18.02.2016/E.2014/7215-K.2016/1911)

“Davacı vekili, kaza tarihinden itibaren avans faizi talep etmiş; Mahkemece, temerrüt tarihinden itibaren avans faizine hükmedilmiştir. Oysa kazaya neden olan araç hususi arazi taşıtı(jeep) olup ticari araç değildir. Bu halde temerrüt faizi olarak yasal faize hükmedilmesi gerekirken avans faizine hükmedilmesi de doğru olmamıştır.” (Y.17. HD.27.01.2016/E.2014/8325-K.2016/1017)

SGK rücu davalarında faiz başlangıç tarihi ve oranı

SGK rücu davalarında; sigortalı ya da hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin değerleri nedeniyle oluşan rücu alacağına “onay” tarihinden, geçici işgremezlik ödeneği, cenaze ödeneği ve tedavi giderleri nedeniyle oluşan rücu alacaklarına ise sarf ve ödeme tarihlerinden itibaren yasal faiz yürütülmesi gerekmektedir.

“Faiz başlangıcı ilk peşin sermaye değerli gelirler yönünden onay tarihi, tedavi gideri ve geçici iş göremezlik ödeneği yönünden ise sarf ve ödeme tarihleridir. Mahkemece bu husus gözard edilerek yazılı şe-

kilde dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi isabetsiz olup, bozma nedenidir.”(Y.10.HD.26.01.2016/E.2015/16026-K.2016/891).

V. BÖLÜM

ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

İş kazalarında zamanaşımı

İş kazasından kaynaklanan davalarda davalı işverenin kusuru iş akdine aykırı davranış olarak kabul edildiğinden, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146'ncı (818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 125'nci) maddesi uyarınca **10 yıllık akdi zamanaşımı süresine tabidir.**

Ancak; iş kazası **üçüncü kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmiş ise**, üçüncü kişi ile sigortalı işçi arasında hizmet akdi bulunmadığından 10 yıllık akdi zamanaşımı süresi uygulanamaz. Bu durumda, üçüncü kişiler yönünden **Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil zamanaşımı süresi ile uzamış ceza zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekecektir.**

Bu husus, Yüksek Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 12.02.2009 gün, 2008/9509 E. ve 2009/1949 K. sayılı emsal kararında şu şekilde açıklanmıştır: “...Dava iş kazasından kaynaklanmakta ve davalının kusuru iş akdine aykırı davranıştan doğmaktadır. Hizmet akdi ile çalışırken çalıştırmanın gerekli önlemleri almaması nedeniyle meydana gelen zararlara akde aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı, hal böyle olunca da meydana gelen zararlara Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinin uygulanması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca iş kazasından doğan maddi ve manevi zararların tazmini istemine ilişkin davalarda zaman aşımı 10 yıldır...”

“Davalı M. K.vekilinin zaman aşımı itirazına gelince: **Somut olayda, davalı M.K.ile kazalı M.S. arasında hizmet akdi ilişkisi bulunmadığından, M. K.'nin sorumluluğu BK'nın 41. (TBK 49) maddesinde hükme bağlanmış olan haksız fiil sorumluluğu kapsamındadır. Bu duruma göre de davalı M. K. BK'nın 125. (TBK 146) maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması mümkün değildir.**

Davalı M. K. yönünden davanın yasal dayanağını BK'nın 41. (TBK 49) maddesinin oluşturmasına göre, bu davalının; haksız fiillerin tabi olduğu bir ve on yıllık zamanaşımı ile eylem aynı zamanda Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil ettiğinden uzamış (ceza) zamanaşımı süresine tabi olacağı kuşkusuzdur. Öte yandan

zaman aşımını kesen nedenler Borçlar Kanunu'nun 133. (TBK 154) maddesinde sayılı olup, kısmi dava açılana kadar davacıların zaman aşımını kesen bir işlemleri yoktur.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında Davalı M. K.nin ek davada istenen 27.531,36-TL maddi tazminat miktarına yönelik zamanaşımı definin değerlendirilmesine gelince:

Somut olayda davacıların ölüm olayı ile birlikte zararı öğrendikleri açıktır. Davacı tarafça zarar verenlerin ölümden sonraki bir tarihte öğrenildiği iddia ve ispatlanmış değildir. Bu duruma göre de davacıların üçüncü kişi durumundaki M.K.ye yönelik davalarını Borçlar Kanunu'nun 60/1 maddesinde öngörülen bir yıl ya da 60/2 maddesinde öngörülen beş yıllık uzamış zaman aşımı süresinde açmaları gerektiği açıktır. Ölüm olayı 13.02.2002 tarihinde meydana gelmiş olup kısmi davanın 11.04.2003, ek davanın ise 03.04.2009 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacılar tarafından, ölüm tarihinden itibaren bir ve beş yıllık süreler geçtikten, diğer bir deyişle zaman aşımı süresinden sonra ek davanın açıldığı, giderek davalı M. K.vekili tarafından ek davaya karşı da süresinde zaman aşımı savunmasının ileri sürülmüş bulunmasına göre 03.04.2009 tarihli ek davada konusu talepler bakımından anılan davalıya yönelik davanın zaman aşımına uğradığının kabulünün gerektiği açıktır.”(Y.21.HD.27.05.2014/4962-11409)

İşveren bakımından 10 yıllık zamanaşımın süresinin **başlangıç tarihi olay tarihi olup**, davacının zararının gelişmekte olan bir durum nedeniyle sürekli işgöremezlik oranında artma veya azalma oluşması olasılığı nedeniyle **kontrol muayene kaydı bulunmakta ise** zamanaşımı süresinin kontrol muayene **kaydının kaldırıldığı**, yani maluliyet oranının kesinleştiği tarihten başlatılması gerekmektedir.

Bu husus Yüksek 21. Hukuk Dairesinin 21.03.2011 gün, 2010/13828 E. ve 2011/2475 K. sayılı emsal kararında şu şekilde açıklanmıştır “Davacının,..... tarihinde oluşan iş kazasında sol el 1,2,3 ve 4. parmaklarının kesilerek iş göremezliğe uğradığı bu kaza sonrasında Kurumca belirlenen ve davacının da kabul ettiği iş göremezlik oranına göre alınan hesap raporunu davacının kabul ettiği açıktır. Bu somut olgu bir yana davacının uğradığı iş göremezlikte, zamanaşımının başlangıcı olay tarihi olup maluliyet raporunun sonradan alınması sonucu değiştirmez. Davacının iş göremezliğin tarihli kaza ile oluştuğu ve kaza sonrası oluşan iş göremezlikte zamanla gelişen bir maluliyet artışının olmayacağı açıktır. Kurumca belirlenen **maluliyet oranı**

kontrol kaydı verilmeden belirlenmiş olup ,oluşan iş göremezliğin niteliği de zamanla artış gösteren bir rahatsızlık niteliğinde de-ğildir. İş göremezlik kaza tarihi itibariyle oluşmuş ve kesinleşmiş olmakla, davacının B.K.nun 125. maddesinde belirtilen 10 yıllık zamanaşımı süresi dolmuş olmakla ıslah ile arttırılan maddi tazminat talebi yönünden istemin reddi gerekmektedir.”

“Davacıların murisi sigortalı ile davalı işveren arasında hizmet ilişkisi bulunmakta olup davacılar sigortalının halefi olarak bu davayı açmışlardır. Dava iş kazasından kaynaklanmakta ve davalının kusuru iş akdine aykırı davranıştan doğmaktadır. Hizmet akdi ile çalışırken çalıştırana gerekli önlemleri almaması nedeniyle meydana gelen zararlar **akde aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanacağı**, hal böyle olunca da meydana gelen zararlar Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinin uygulanması gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca iş kazasından doğan maddi ve manevi zararların tazmini istemine ilişkin davalarda **zaman aşımı 10 yıldır.**

Somut olayda iş kazası 25.5.1997 tarihinde vuku bulmuş,dava on yıllık süre dolmadan 29.12.2006 tarihinde açılmıştır. Hal böyle olunca,-davada yukarıda sözü geçen maddenin öngördüğü 10 yıllık zamanaşımı süresinin gerçekleşmediği açıktır.

Mahkemece,bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın davada uygulama yeri olmayan Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerde zamanaşımını düzenleyen 60/2.maddesine dayanılarak sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Y.21.HD.12.02.2009/ E.2008/9509-K.2009/1949)

“Dava, iş kazası sonucu sürekli işgöremez hale gelen davacının **manevi** zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın zamanaşımı süresi dolduğundan reddine karar verilmiştir.

Dava iş kazasından kaynaklanmakta, davalının kusuru ise iş akdine aykırı davranışından doğmaktadır. 11Somut olayda, iş kazası 14.01.2003 tarihinde vukubulmuş, dava on yıllık süre dolmadan 28.01.2011 tarihinde açılmıştır. Hal böyle olunca, davada yukarıda sözü geçen maddenin öngördüğü **10 yıllık** zamanaşımı süresinin gerçekleşmediği açıktır.

Mahkemece, işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın davada uygulama yeri olmayan Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerde zamanaşımını düzenleyen 60/2.maddesine dayanılarak sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (Y.21.HD.18.06.2012/12676-11431)

Trafik kazalarında zamanaşımı

Trafik kazalarına ilişkin zamanaşımı süresi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi ile 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109/1. maddesine göre zararın ve failin öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl ve herhalde kaza tarihinden itibaren 10 yıl ise de, Ceza Kanunlarında daha uzun zamanaşımı süresi düzenlenmiş ise uzamış ceza zamanaşımının sürücü, işleten ve sigorta şirketleri yönünden uygulanması gerekmektedir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 66/1-d ve e maddelerine göre;

“Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası;

*d) **Beş yıldan fazla** ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda **onbeş yıl,***

*e) **Beş yıldan fazla olmamak üzere** hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda **sekiz yıl,***

Geçmesiyle düşer.”

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 85'nci maddesine göre;

Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

*Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da **bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına** neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Bu durumda; 5237 sayılı TCK'nin 66. maddesine göre uzamış zamanaşımı süresi trafik kazasında 1 kişinin yaralanması durumunda 8 yıl ve birden fazla kişinin ölümü veya en az bir kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanması veya ölümü halinde 15 yıldır.

“Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 41 (6098 Sayılı TBK'nın 49.maddesi) maddesinde haksız fiil tanımlanmış, 60. maddesinde de (TBK'nın değişik 72. maddesi) haksız fiilden zarar görenin bundan kaynaklanan zararının tazmini istemiyle açacağı davaların **zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde haksız fiil tarihinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresine (TBK'nın 72. maddesinde 2 ve 10 yıllık zamanaşımısüreleri öngörülmüştür.)** tabi bulunduğu belirtilmiştir. Buna karşılık **2918 Sayılı KTK'nın 109/1 maddesinde;** motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak **2 yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak 10 yıl zamanaşımı süresi öngörülmüştür.** Bu süre maddi tazminat talepleri için de geçerlidir. Maddenin özellikle 2. fıkrasında “dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğarsa” ifadesi ile kanun koyucu taraf ayrımı yapmaksızın (davacı, davalı veya dava dışı 3. kişi) yapmış olduğu fiil cezayı gerektiriyor ise **uzamış ceza zamanaşımı uygulanacağı ifade edilmiştir.** Görüldüğü gibi, BK'nın 60 ve 2918 Sayılı KTK'nın 109/2.maddesindeki düzenlemeler, zamanaşımı süresinin başlangıcı yönünden birbirine paraleldir.

Aralarındaki tek fark, zamanaşımı süresinin trafik kazalarından doğan tazminat talepleri bakımından 1 yıl yerine, 2 yıl olarak öngörülmesidir. (TBK'nın 72. maddesi ile bu konuda da paralellik sağlanmıştır.) 2918 Sayılı Kanun'un anılan madde hükmünde gözden kaçırılmaması gereken husus, ceza kanununda öngörülen daha uzun zamanaşımı süresinin tazminat talebi ile açılacak davalar içinde geçerli olabilmesinin sadece eylemin ceza kanununa göre suç sayılması koşuluna bağlanmış bulunmasıdır. Bu düzenlemenin iki ayrı sonucu bulunmaktadır. Söz konusu yasa hükmü, ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için sadece eylemin aynı zamanda bir suç oluşturmasını yeterli görmekte; bunun dışında fail hakkında mahkumiyet kararıyla sonuçlanmış bir ceza davasının varlığı hatta böyle bir ceza davasının açılması ya da zarar görenin o davada tazminat yönünden bir talepte bulunmuş olması koşulu aranmamaktadır. Dahası söz konusu hükümde, ceza zamanaşımının uygulanması bakımından sürücü ve diğer sorumlular (örneğin işleyen) arasında bir ayrım da yapılmamış böylece kuralın bunların tümü için geçerli olduğu hepsi için aynı zamanaşımı süresinin uygulanacağı öngörülmüştür. (HGK'nın 5.6.2015 tarih 2014/17-2198 2015/1495 sayılı kararı) Açıklanan ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında, kaza sonucu davacıların desteği hayatını kaybetmiştir. **Kaza tarihinde yürürlükte olan 5237 Sayılı TCK'nın 66. maddesine göre zamanaşımı süresi 15 yıldır.** Davaya konu trafik kazası 11.7.2008 tarihinde

meydana gelmiş, dava ise 9.4.2014 tarihinde açılmıştır. Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında davada uzun ceza zamanaşımı süresinin dolmadığı gözetilerek yargılama yapıp davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanılıgılı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”

SGK rücu davalarında zamanaşımı

İşverenler aleyhine açılan SGK rücu davalarında zamanaşımı süresi bağlanan gelirlerin ilk peşin değerleri bakımından **“onay”** tarihinden itibaren, masraf ve ödemeler bakımından sarf ve ödeme tarihlerinden itibaren **10 yıldır**.

“Sigortalı ile işverenler arasındaki hukuki ilişki, **hizmet sözleşmesine dayandığından**, sigortalının halefi durumundaki Kurum ile işverenler arasındaki rücu davalarında, zamanaşımı, Borçlar Kanunu'nun 125.maddesine göre **10 yıldır**. Zamanaşımının başlangıcı ise, olay tarihi değil, Kurumca **bağlanan gelirlerin onay tarihi, tedavi gideri ve benzeri ödemelerin ise ödeme tarihidir**.”(Y.10.HD.25.01.2016/E.2014/19694-K.2016/731).

Üçüncü kişiler (işveren dışında kalanlar) aleyhine açılan SGK rücu davalarında zamanaşımı süresi Borçlar Kanunun haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süreleri ile olay aynı zamanda trafik kazası niteliğinde ise Karayolları Trafik Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

“Zararlandırııcı sigorta olayına neden olan 3. şahıslar yönünden; üçüncü kişi ile sigortalı arasında akdi bir ilişki söz konusu olmayıp 506 sayılı Kanunu'nu 26/2 maddesi ile Borçlar Kanunu'na yollamada bulunulduğundan, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde öngörülen bir ve her halükarda haksız fiil tarihinden itibaren on yıllık haksız fiil zamanaşımı süresinin uygulaması gerekir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109'uncu maddesinde; motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin istemlerin, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrayacağı; tazminat yükümlüsüne karşı kesilen zamanaşımının, sigortacıya karşı da kesilmiş olacağı hüküm altına alınmıştır.

Kurum, ceza davasına müdahil olarak katılamadığından rücu davalarında, **Borçlar Kanunu'nun 60.** maddesindeki ceza zamanaşımı ise uygulanmamaktadır.

Zamanaşımı süresi, zararın ve eylemi gerçekleştirenin (failin) öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlamakta olup, Kurumca zararın öğrenilme tarihinin, gelirlerin onay, giderlerin sarf ve ödeme günü olduğu açıktır. Tazminat yükümlüsünün öğrenilme tarihine ilişkin olarak ise, Kurumun yetkili organının faili öğrendiği tarih esas alınmalıdır. Bu kapsamda; ceza mahkemesince yargılanıp hakkında cezalandırma kararı verilen üçüncü kişi yönünden, Kurumun, ceza kararının kesinleştiği tarihte faili öğrendiği kabul edilmeli, cezalandırma kararının söz konusu olmadığı durumlarda ise yöntemince yapılacak araştırma sonunda tazminat yükümlüsünün kim olduğunun öğrenilme tarihi açıklıkla saptanmalıdır. Önemle belirtilmelidir ki, zamanaşımı süresinin, hem zararın, hem de tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren, bir başka anlatımla, ancak, her iki olgu gerçekleştikten sonra işlemeye başlayacağı dikkate alınmalıdır.”

VI. BÖLÜM

CEZA DAVALARININ SONUCUNUN BEKLENMESİ GEREKMEKTEDİR

Hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinde ceza hukuku ilkelerine göre belirlenen kusur oranları ile bağlı değil ise de, ceza yargılamasında kusurlu olduğu kişi ya da kuruluşların kusursuz olduğunun savunulamayacağı Yüksek Yargıtay'ın bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir.

Ancak, ceza davalarında ceza hukuku ilkelerine göre inceleme ve değerlendirmeler yapılmakta olup, iş mahkemesinde açılan tazminat davalarında ise iş hukuku kurallarına göre ve İş Kanunu'nun 77. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine göre kusur tespiti yapılmaktadır.

İş kazası veya trafik kazası nedeniyle açılan tazminat davalarında ceza davalarının akıbeti ve hangi aşamada olduğu araştırılsa da sonucunun ve kesinleşmesinin beklenmesi gerekmemektedir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74'ncü maddesine göre “*Hâkim zarar verenin kusurunun olup olmadığını, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararı ile de bağlı değildir. Aynı şekilde ceza hâkiminin kusurunun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz*”

“...Yapılacak iş, anılan iş kazası sonrasında açılan ceza davası akıbetini araştırmak, **ceza davasının kesinleşmesini beklemek anlamına gelmemek üzere**, bu davada kesinleşmiş vakıa var ise bu durumu da dikkate alarak İş Kanunu'nun 77 maddesinin öngördüğü koşulları taşıyan yeni bir rapor almak üzere işçi sağlığı-iş güvenliği konularında uzman ehil bilirkişi kuruluna konuyu tekrar inceletmek.... karar vermekten ibarettir.”(Y.21.HD.14.04.2014/643-7739)

“Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre hukuk hakimisi ceza davasında alınan kusur raporu ile bağlı olmayıp, kesinleşen maddi olgularla karar vermek durumundadır. Olay, iş kazası olup, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik İlkeleri çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Bu bakımdan insan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak, bu hususta gerekli şartları sağlamak ve araçları noksanz bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur.

Tazminat davalarının özelliği gereği İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları gözönünde tutarak ve özellikle yapılan işin niteliğine göre işyerinde uygulanması gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde alması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanmalıdır.

Mahkemece bu yünden yapılacak iş; işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişilere konuyu yukarıda açıklandığı biçimde inceletmek, verilen raporu dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir.” (Y.21. HD.02.02.2012/E. 2011/17159-K. 2012/1029)

VII. BÖLÜM**PMF TABLOSU**

Yaş	Bakiye Ortalama Ömür	Yaş	Bakiye Ortalama Ömür	Yaş	Bakiye Ortalama Ömür
0	56.64	30	37.50	60	14.89
1	60.60	31	36.70	61	14.23
2	60.58	32	35.90	62	13.59
3	59.97	33	35.10	63	12.97
4	59.22	34	34.29	64	12.35
5	58.41	35	33.49	65	11.75
6	57.57	36	32.69	66	11.17
7	56.71	37	31.90	67	10.51
8	55.83	38	31.10	68	10.05
9	54.93	39	30.31	69	9.50
10	54.03	40	29.73	70	8.98
11	53.11	41	28.73	71	8.47
12	52.19	42	27.95	72	7.98
13	51.28	43	27.18	73	7.54
14	50.37	44	26.40	74	7.08
15	49.49	45	25.64	75	6.88
16	48.62	46	24.78	76	6.25
17	47.78	47	24.12	77	5.86
18	46.96	48	23.36	78	5.50
19	46.15	49	22.62	79	5.15
20	45.90	50	21.88	80	4.85
21	44.59	51	21.15	81	4.52
22	43.83	52	20.42	82	5.22
23	43.03	53	19.70	83	3.95
24	42.27	54	18.98	84	3.71
25	41.49	55	18.28	90	2.71
26	40.70	56	17.82	95	2.40
27	39.90	57	16.90	100	2.00
28	39.10	58	16.10	105	1.00
29	38.32	59	15.55		

TRH-2010 YAŞAM TABLOSU

Yaş	Erkek	Kadın	Yaş	Erkek	Kadın
0	71,93	78,02	51	24,93	28,82
1	72,35	77,66	52	24,06	27,90
2	71,42	76,68	53	23,21	26,98
3	70,47	75,70	54	22,37	26,08
4	69,52	74,72	55	21,54	25,18
5	68,57	73,73	56	20,74	24,29
6	67,60	72,74	57	19,94	23,40
7	66,63	71,75	58	19,15	22,52
8	65,66	70,76	59	18,38	21,65
9	64,68	69,76	60	17,62	20,79
10	63,70	68,77	61	16,88	19,94
11	62,72	67,78	62	16,14	19,09
12	61,74	66,78	63	15,42	18,26
13	60,76	65,79	64	14,72	17,43
14	59,78	64,79	65	14,04	16,63
15	58,80	63,80	66	13,37	15,85
16	57,84	62,81	67	12,72	15,08
17	56,87	61,82	68	12,08	14,32
18	55,91	60,83	69	11,47	13,58
19	54,95	59,84	70	10,87	12,87
20	53,99	58,85	71	10,29	12,18
21	53,04	57,86	72	9,73	11,51
22	52,09	56,88	73	9,20	10,85
23	51,14	55,89	74	8,68	10,22
24	50,19	54,90	75	8,17	9,62
25	49,24	53,92	76	7,69	9,05
26	48,28	52,93	77	7,24	8,51
27	47,33	51,95	78	6,81	8,00
28	46,37	50,97	79	6,40	7,50
29	45,41	49,98	80	5,99	7,01
30	44,45	49,00	81	5,59	6,55
31	43,50	48,02	82	5,23	6,12
32	42,54	47,04	83	4,90	5,71
33	41,58	46,06	84	4,57	5,32
34	40,62	45,08	85	4,25	4,93

35	39,67	44,10	86	3,93	4,54
36	38,72	43,12	87	3,64	4,20
37	37,77	42,15	88	3,37	3,88
38	36,81	41,17	89	3,12	3,59
39	35,87	40,20	90	2,90	3,29
40	34,93	39,23	91	2,66	2,97
41	33,99	38,26	92	2,39	2,64
42	33,05	37,30	93	2,10	2,32
43	32,12	36,34	94	1,80	1,99
44	31,19	35,38	95	1,55	1,67
45	30,27	34,43	96	1,40	1,36
46	29,36	33,48	97	1,23	1,05
47	28,46	32,54	98	0,96	0,75
48	27,56	31,60	99	0,50	0,50
49	26,67	30,67			
50	25,79	29,74			

VIII. BÖLÜM

TRAFİK KAZALARINDA

HESAPLAMA YÖNTEMİNE İLİŞKİN SON GELİŞMELER

Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamındaki maddi zararlara ilişkin olarak önce Karayolları Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Genel Şartlarında 01.06.2015 tarihinden itibaren değişiklikler yapıldıktan sonra, yasal dayanağı olmayan bu değişiklikle yasal dayanak sağlamak için 14.04.2016 tarihinde yürürlüğe giren **6074 Sayılı Kanunun** ile **2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 90, 92, 97 ve 99'ncü maddelerinde değişiklik yapılmak** suretiyle Maddi Tazminat Hesaplama Yöntemine kapsamlı bir müdahalede bulunulmuştur.

Bu süreçte, Yasal düzenlemeye ve Anayasaya aykırı Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının iptali için Ankara Barosu ve Türkiye Barolar Birliği tarafından Danıştay'a başvurulması üzerine, önce trafik sigortası primleri aşırı şekilde yükseltilmiş ve daha sonra gazete ve televizyonlarda bu hususta yoğun şekilde çıkarılan haberlerle Genel Şartlarda değişiklik yapılması halinde **"trafik sigortası primlerinin düşeceği"** algısı oluşturulduktan sonra, Karayolları Trafik Kanunu'nda bedensel zararlar ve destekten yoksun kalma tazminatlarının Genel Hükümlerde

belirtildiği şekilde hesaplanacağına dair değişiklikler hayata geçirilmiştir.

Genel Şartlarda düzenlenen hesaplama yöntemi halen sigorta şirketi aktüerleri tarafından uygulanan ve davanın tarafları, Mahkemeler ve Yargıtay tarafından denetlenmesi imkansız bir hesaplama yöntemi olup, bu hesabı yapanların asla hata yapmayacak, itiraz edilemeyecek ve denetlenemeyecek mükemmel insanlar olduklarının kabulü halinde uygulanabilecek bir yöntemdir. Bu yöntemin Yüksek Yargıtay'ın denetim görevini işlevsiz hale getireceği son derece açıktır.

Gerek Genel Şartlarda gerekse Karayolları Trafik Kanununda yapılan değişiklikler tamamen zarar gören mağdurlar aleyhine ve zarar veren ve tazmin sorumlusu (zorunlu mali sorumluluk sigortacıları) lehine olacak şekilde düzenlenmiştir.

Düzenlemelerde Yargıtay'ca zarar görenler lehine yorumlanan her hüküm tırpanlanmış ve Yargıtay görüşünün tam aksine hükümler getirilmiştir.

Karayolları Trafik Kanununun değiştirilen hükümlerine kısaca göz atmamız gerekirse;

Karayolları Trafik Kanununun **90. maddesinde** “Zorunlu Mali Sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan **genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir.**” şeklinde değişiklik yapılmıştır.

Karayolları Trafik Kanununun **97. maddesinde**, tıpkı İdari Yargılama Usulü Kanununda olduğu gibi, zarar görenin önce tazminat sorumlusu sigorta şirketine “**yazılı başvurusu**” ve “**15 gün içinde**” başvuruyu **yazılı olarak cevaplamaması** veya **verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde**, zarar gören **dava açılabilceğine** veya tahkime başvurulabileceğine ilişkin olarak özel hukuk alanımıza bu dönemde giren yeni bir düzenleme yapılmıştır.

Aynı şekilde Genel Şartların “**Kapsama Giren Teminat Türleri**” c ve ç bentlerinde sürekli sakatlık (maluliyet) ve destekten yoksun kalma (ölüm) nedeniyle maddi tazminatın “**bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre**” belirleneceği belirtilmiştir.

Genel Şartlarda göndermede bulunulan eklerini incelediğimizde:

Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplanmasına ilişkin **Ek2'de;**

a) Yüksek Yargıtay'ın trafik kazası nedeniyle açılan tazminat davalarını incelemekle görevli 17. Hukuk Dairesi ile iş kazaları ile ilgili tazmi-

nat davalarını incelemekle görevli 21. Hukuk Dairesi PMF Tablosu esas alınarak hesaplama yapılmasını istediği halde, Genel Şartların **Ek 2/3** maddesinde **“Hesaplamalarda ölüm tablosu olarak TRH 2010 tablosu dikkate alınır”** şeklinde hüküm getirilerek Yargıtay’ın bakiye ömür sürelerinin belirlenmesine ilişkin görüşü etkisiz hale getirilmiştir.

b) Yüksek Yargıtay 17 ve 21. Hukuk Daireleri işleyecek-bilinmeyen dönem kazanç kaybı peşin değerlerinin, bilinmeyen dönem başlangıcındaki yıllık net kazancın bilinmeyen dönemin her yılı için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskontolama işlemine tabi tutulmasına istediği halde, Genel Şartların **Ek2/4** maddesinde **“Hesaplamalarda iskonto oranı (teknik faiz) %1,8 olarak dikkate alınır”** şeklinde düzenleme yapılmıştır.

c) Yüksek Yargıtay’ın tüm Daireleri ölen ya da malul kalan kişinin **ka-yıtlara geçen değil gerçek ücret veya kazanç durumunun araştırılarak maddi tazminat hesabına esas alınması** yönündeki oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarının etkisiz hale getirilmesi için Genel Şartlar **Ek2/5** maddesinde **“Belgelendirilmiş olması durumunda, hesaplamalarda ölen kişinin vergilendirilmiş geliri dikkate alınır. Vergilendirilmiş gelir tutarı için herhangi bir belge sunulmaması durumunda hesaplama asgari ücret kullanılarak yapılır.”** şeklinde düzenleme yapılmıştır.

d) Halen yeniden evlenme olasılığı AYİM (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi) tarafından ülkemiz koşullarına göre dul kalan kadınlar yönünden belirlenen tablodan yararlanılarak tespit edilmektedir. Buna karşılık Genel Şartlar **Ek2/6** maddesinde yeniden evlenme olasılığının “Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verileri yardımıyla” **Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek esaslar çerçevesinde oluşturulacak cetvel dikkate alınarak** hesaplamalara yansıtılacağı ve bu cetvel oluşturuluncaya kadar mevcut yargı uygulamasının esas alınacağı belirtilmiştir. Evlenme olasılığının TÜİK verileri esas alınarak tespit edilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamakla birlikte, TÜİK verilerine rağmen “Hazine Müsteşarlığınca belirleyecek esaslar” ayrıntısı gözümüzden kaçmamıştır.

e) Yüksek Yargıtay’ın tüm Dairelerinin bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarında, aktif çalışma hayatının 60 yaşına kadar süreceği, **aktif dönemden amaçlananın “işgörebilirlik çağı” ve olağan bir biçimde iş görebilme (çalışabilme) gücünün devam etme süresi olduğu, sosyal amaç ya da istihdam politikaları gözetilerek kadın ve erkekler için farklı belirlenen emeklilik yaşlarının aktif dönem sonu olarak ele alınmayacağı**, 60 yaşından sonra fiili çalışma sürmüyorsa aktif çalışma hayatının makul bir süre daha süreceğinin kabul edilebileceği, 60 yaşın-

dan sonraki pasif döneme ilişkin olarak yasal asgari ücretlerin AGİ'siz net tutarları üzerinden maddi zarar hesaplanacağı belirtildiği halde; Genel Hükümler **Ek2/7** maddesinde **“Destek süresi ile aktif ve pasif çalışma süresi Hazine Müsteşarlığının belirleyeceği esaslara göre hesaplanır.”** şeklinde düzenleme yapılmış ve Yüksek Yargıtay'ın aktif ve pasif döneme ilişkin oturmuş ve yerleşmiş içtihatları Hazine Müsteşarlığı yetkililerinin insafına bırakılmıştır.

f) Yüksek Yargıtay'ın bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarına göre işleyecek-bilinmeyen döneme ilişkin maddi zararın %10 artış ve %10 iskontolama yöntemine göre hesaplanması gerektiği halde Genel Hükümler **Ek2/9** maddesinde sigorta aktüerleri tarafından uygulanan ve tarafların, Mahkemelerin ve Yargıtay'ın denetlemesi imkansız hesaplama yöntemindeki formüle (ax,n formülüne) göre hesaplanacağı belirtilmiştir.

g) Yüksek Yargıtay'ca ihtiyaç duyulduğunda hesaplamaya ilişkin ilkelere konulabildiği halde Genel Şartların **Ek2/9** maddesinde **“Yukarıdakiler dışında hesaplamaya ilişkin diğer hususlar ile hesaplamaya ilişkin standartlar Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir.”** şeklinde düzenleme yapılmıştır.

h) Genel Şartların **“Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplanması”** başlıklı **Ek3** bölümünün ilk 5 maddesi ile 7 ve 8'nci maddelerinde destekten yoksun kalma (ölüm) tazminatına ilişkin düzenlemeler yinelenmiş olup, **“bakıcı (bakım) giderlerine”** ilişkin 6'ncı maddesinde yine Yüksek Yargıtay'ın bu konudaki içtihatlarına aykırı şekilde düzenleme yapılmıştır.

i) Yüksek Yargıtay'ın bu konudaki oturmuş ve yerleşmiş içtihatlarında bakım (bakıcı) giderlerinin **“yasal asgari ücretlerin brüt tutarları üzerinden”** hesaplanması gerektiği belirtildiği halde, Genel Hükümlerin **Ek3/6** maddesinin 1'nci cümlesinde **“yasal asgari ücretlerin net tutarları üzerinden”** ve bu madde altında gösterilen **“tablodaki katsayı nispetinde hesaplanacağı”** belirtilmiştir. Buradaki katsayı bir artış katsayısı değil, belirli aralıklarda malul kalanların **“bakıcı giderlerinden yapılacak indirim oranlarına ilişkindir.”** Böylece, Yüksek Yargıtay'ın bakıcı giderlerinin yasal asgari ücretlerin brüt tutarı üzerinden hesaplanması ilkesi ile herkesin yaşamının belirli bir bölümünde aile bireylerinin bakımına muhtaç durumda kalacağı dikkate alınarak yasal asgari ücretlerin brüt tutarları üzerinden hesaplanacak bakıcı giderlerinden Borçlar Kanununun 50 ve 51'nci maddelerine göre hakim tarafından hakkaniyet ölçüsünde indirim yapılması gerektiğine ilişkin ilkesi bertaraf edilmiş ve bu konuda **hakime verilen takdir hakkı Genel Şartlar ekine konulan, bilimsel ve yasal dayanaktan bir tablo ile ortadan kaldırılmıştır.**

j) 01.06.2015 tarihli Genel Şartlar o kadar alelacele düzenlenmiş ki, **“Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplanması”** başlıklı **Ek3/6** bölümünde **“sakat kalan”** ya da **“malul kalan”** kişi yerine maddi hata sonucu **“ölen kişinin”** vergilendirilmiş gelirinin dikkate alınacağı yazılmıştır.

TAZMİNAT HESAPLAMA İLKELERİNE İLİŞKİN OLARAK KARAYOLLARI TRAFİK KANUNUNA EKLENEN HÜKÜMLER

Maddi ve manevi tazminat:

Madde 90 – (Değişik:14/4/2016-6704/3 md.)

Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan **genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir**. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.

Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar

Madde 92 (Değişik:26/04/2016 - 6704/3 md.)

Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler,

h) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,

Doğrudan doğruya talep ve dava hakkı

Madde 97 (Değişik:26/04/2016 - 6704/3 md.)

Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde **dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir**. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren **en geç 15 gün içinde** başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.

Tazminat ve giderlerin ödenmesi

Madde 99 (Değişik:26/04/2016 - 6704/3 md.)

Sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar.

Ödemeyi yapan sigortacı, ödenen miktarın sorumluluk oranlarında paylaşılmasını diğer sigortacılarından yazılı olarak talep eder. Diğer sigortacılar talep tarihinden itibaren sekiz iş günü içinde kendilerine düşen miktarı talepte bulunana öder.

(Değişik: 21/5/1997 - 4262/4 md.) Bu madde hükmüne uymayan sigortacılar, 4.469,00 Türk Lirası hafif para cezası ile cezalandırılırlar.

Doğrudan doğruya talep ve dava hakkı

Madde 97 (Değişik:26/04/2016 - 6704/3 md.)

Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde **dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir**. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren **en geç 15 gün içinde** başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.

KARAYOLLARI ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARINDA 01.06.2015 TARİHİNDEN İTİBAREN YAPILAN İLGİLİ DÜZENMELEMER

A.5. KAPSAMA GİREN TEMİNAT TÜRLERİ

Bu genel şart kapsamındaki teminat türleri aşağıda yer almaktadır.

c) Sürekli Sakatlık Teminatı: Üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, **bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek teminatıdır**. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisinin tamamlanması sonrasında yetkili bir hastaneden alınacak özürlü sağlık kurulu raporu ile sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı giderleri bu

teminat limitleri ile sınırlı olmak koşuluyla sürekli sakatlık teminatı kapsamında. Söz konusu tazminat miktarının tespitinde sakat kalan kişi esas alınır.

Sürekli sakatlık tazminatına ilişkin sakatlık oranının belirlenmesinde, sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özörlölölere verilecek sağıık kurulu raporlarına ilişkin mevzuat doğıırltusunda hazırlanacak sağıık kurulu raporu dikkate alınır. Tazminat ödemesinde, ilgili sağıık hizmet sunucularınca tanzim edilecek trafik kazasına ilişkin belgelerde illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda bu tespitin aksini ispat sigorta şirketine aittir. Sigortacı söz konusu rapor hakkında ilgili mevzuat uyarınca itiraz usulüne başvurduğunda mağdurun itiraz üzerine yaptığı belgelenmiş harcamaları bu teminat kapsamında karşılamakla yükümlüdür.

ç) Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı: Üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla ölenin desteğıinden yoksun kalanların destek zararlarını karşılamak üzere bu **genel şart ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek tazminattır**. Söz konusu tazminat miktarının tespitinde ölen kişi esas alınır.

A.6. TEMİNAT DIŞINDA KALAN HALLER

Aşağıdaki haller sigorta teminatı dışındadır:

d) Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri,

B.2. TAZMİNAT VE GİDERLERİN ÖDENMESİ

2.4. Dava açılması halinde, sigortalının ihbarı ile sigortacı takip ve idare etmek üzere davaya her aşamada dahil olur. **Sigortalı, sigortacının göstereceğı avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır.** Sigortacı karşı taraf lehine hükmedilen dava masrafları ile mahkemece hükmedilen karşı taraf avukatlık ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde öder.

Karayolları trafik kanununun maddi tazminat hesabına ilişkin Ek2 ve Ek3 sonraki sayfadadır.

Ek:3 Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplaması

- 1) Sürekli sakatlık tazminatı, bu Genel Şartlar uyarınca belirlenen ilkeler dikkate alınarak zarar gören kişinin bireysel özelliklerine göre hesaplanır.
- 2) Tazminat, toplu para şeklinde ödenir.
- 3) Hesaplamalarda ölüm tablosu olarak TRH 2010 tablosu dikkate alınır. Tablonun belirli periyodlarla güncellenmesi halinde tazminat tutarı, kaza tarihi itibarıyla güncel versiyona göre hesaplanır.
- 4) Hesaplamalarda iskonto oranı (teknik faiz), % 1,8 olarak dikkate alınır. İskonto oranı (teknik faiz) gerekli görülen hallerde Hazine Müsteşarlığı tarafından güncellenir.
- 5) Belgelendirilmiş olması durumunda, hesaplamalarda ölen kişinin vergilendirilmiş geliri dikkate alınır. Vergilendirilmiş gelir tutarı için herhangi bir belge sunulamaması durumunda hesaplama, asgari ücret kullanılarak yapılır. Aynı kriterler pasif dönem hesaplamasında da geçerlidir.
- 6) Aşağıdaki tabloya göre maluliyet oranının denk geldiği aralıktaki katsayı nispetinde asgari net ücret dikkate alınarak bakıcı gideri hesaplanır. Bakıcı tutulduğunun belgelendirilmesi durumunda asgari brüt ücret hesaplamalarda dikkate alınır.

Maluliyet Oranı Aralığı (%)		Asgari Net Ücrete Uygulanacak Nispet (%)
0	69	0
70	79	50
80	89	75
90	100	100

- 7) Tazminat, $a \cdot x \cdot n$ formülü ile hesaplanır. Tazminat hesaplanırken "Devre Başı Ödemeli Belirli Süreli Rant" formülü esas alınır. Bu formülde kullanılacak yaş parametresi (x) hesap yapılacak mağdurun yaşını, hesaplamanın hangi süre için yapılacağını gösteren parametre (n) ise sürekli sakatlığa uğrayan kişinin muhtemel yaşam süresini göstermektedir.
- 8) Yukarıdakiler dışında hesaplama ile ilişkin diğer hususlar ile hesaplama ile ilişkin standartlar Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir.

Ek:2 Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplaması

- 1) Destekten yoksun kalma tazminatı, bu Genel Şartlar uyarınca belirlenen ilkeler dikkate alınarak zarar gören kişinin ve müteveffanın bireysel özelliklerine göre hesaplanır.
- 2) Tazminat toplu para şeklinde ödenir.
- 3) Hesaplamalarda ölüm tablosu olarak TRH 2010 tablosu dikkate alınır. Tablonun belirli periyodlarla güncellenmesi halinde tazminat tutarı, kaza tarihi itibarıyla güncel versiyona göre hesaplanır.
- 4) Hesaplamalarda iskonto oranı (teknik faiz), % 1,8 olarak dikkate alınır. İskonto oranı (teknik faiz) gerekli görülen hallerde Hazine Müsteşarlığı tarafından güncellenir.
- 5) Belgelendirilmiş olması durumunda, hesaplamalarda ölen kişinin vergilendirilmiş geliri dikkate alınır. Vergilendirilmiş gelir tutarı için herhangi bir belge sunulamaması durumunda hesaplama, asgari ücret kullanılarak yapılır. Aynı kriterler pasif dönem hesaplamasında da geçerlidir.
- 6) Yeniden evlenme olasılığı, Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verileri yardımıyla Türkiye'nin coğrafi ve demografik yapısına göre Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek esaslar çerçevesinde oluşturulacak cetvel dikkate alınarak hesaplamalara yansıtılır. TÜİK tarafından yayınlanacak resmi veriler yardımıyla hazırlanacak cetvelin kullanılmaya başlandığı tarihe kadar, mevcut yargı uygulamasında esas alınan tablo kullanılacaktır.
- 7) Destek süresi ile aktif ve pasif çalışma süresi, Hazine Müsteşarlığının belirleyeceği esaslara göre hesaplanır.
- 8) Tazminat tutarının negatif çıkması durumunda tazminat tutarı sıfır olarak kabul edilir.
- 9) Tazminat, $a \cdot x \cdot n$ formülü ile hesaplanır. Tazminat hesaplanırken "Devre Başı Ödemeli Belirli Süreli Rant" formülü esas alınır. Bu formülde kullanılacak yaş parametresi (x) hesap yapılacak mağdurun yaşı, destek süresi parametresi (n) ise mağdur ile ölenin muhtemel yaşam sürelerinin kesiştiği ve desteğin devam ettiği süreyi göstermektedir.
- 10) Yukarıdakiler dışında hesaplama ile ilişkin diğer hususlar ile hesaplama ile ilişkin standartlar Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir.

KAYNAKÇA

- 1) Selahattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku, Beşinci Bası, Cilt 1-2, İstanbul 1985
- 2) Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt 1, Ankara 1990
- 3) Tazminat Hukuku, Dr.Mustafa Kılıçoğlu, İstanbul 2005
- 4) Ali Güneren, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2010
- 5) Ahmet İyimaya, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990
- 6) Ahmet İyimaya, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1995
- 7) Çelik Ahmet Çelik, Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı, 2006
- 8) Işıl Ulaş, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1998
- 9) Gönen Eriş, Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1988
- 10) Serdar Özgüldür, AYİM Tazminat Hesaplarında Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, Sayfa 168-182, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1996
- 11) Cemal Öztürkler Ölüm ve Bedeni Zarar Hallerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, Ankara 2003
- 12) Emre Gökyayla, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı; Ankara 2004
- 13) Hasan Tahsin Gökcan, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003
- 14) Mesut Balcı İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2008
- 15) Halil Yılmaz-Ahmet Kütük, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararları, Ankara 2002
- 16) Ergun Orhunöz, Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları; İzmir 1997
- 17) Erkan Ertürk, Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, Ankara 2001
- 18) İbrahim Yılmaz, Rücu Edilebilirlik ve İndirim, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 76, Sayı 3 Yıl 2002 , Sayfa 717-733
- 19) Fahri Tan, SGK Rücu Alacağı Davalarında 5510 Sayılı Yasanın 21/1 ve 21/4. Madde Uygulamaları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 90, Sayı: 2, Yıl: 2016, Sfa 287-294
- 20) AYİM Evlenme Şansı Tablosu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, , Sayı :11, Sayfa: 59
- 21) Yargıtay Kararları Dergisi, evladın anne babaya desteğinin parasal nitelikte olması gerekmez-Y.9.HD.06.10.1992/2629-4737, Şubat 1993, Sayfa 248

DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNAT HESAPLAMALARINDA AKTÜARYEL YÖNTEM

Av. Fahri TAN¹

Bilindiği üzere;

6704 sayılı Kanun ile, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kapsamındaki tazminatların Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan **Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında** yer alan usul ve esaslara tabi olması öngörülmüştür.

Bu itibarla, **aktüeryal hesaplama yönteminin güncel bir konu olması nedeniyle çok ayrıntı içeren bu konuda kısa bir bilgilendirme yazısı paylaşma gereği doğmuştur.**

6704 sayılı Kanunun 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda değişiklik getiren 3, 4 ve 5. maddelerine göre motorlu araçlar için yaptırılan zorunlu sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminat hesaplamalarında zarar görenler tarafından açılacak tazminat davalarında hesaplama yöntemindeki değişikliklerin bilinmesi son derece önem taşımaktadır.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası **Genel Şartları ekinde** bulunan **“Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Hesaplaması” ve “Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplaması”** başlıklarında yer alan **aktüeryal hesaplama teknik ve yöntemlerine göre hesaplama yapılması ilişkin “6704 sayılı Kanun” 26.04.2016 tarihinde yürürlüğe girmiş** bulunmakta ise de;

Barolar Birliği ve Ankara Barosu tarafından **“KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARININ yasalara aykırı fıkralarının yürütülmesinin durdurulması ve iptali için Danıştay da dava açılmıştır.**

1-) YENİ TRAFİK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI

14 Mayıs 2015 gün 29355 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak 01 Haziran 2015 tarihinde yürürlüğe konulan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Trafik Sigortası Genel Şartları ve eklerinde yer alan destekten yoksun kalma ve bedensel zararlar

¹ İstanbul Barosu avukatlarından.

nedeniyle tazminat hesaplama yönteminde değişiklikler kabul edilmiştir.

Genel Şartlar'ın A.5.maddesinin (ç) bendinde:

Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı:

Üçüncü kişinin ölümü dolayısıyla ölenin desteğinden yoksun kalanların destek zararlarını karşılamak üzere bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre belirlenecek tazminattır.

Genel Şartlar ekinde yer alan koşullar

Ek: 2'de destekten yoksun kalma tazminatının

EK: 3'de sürekli sakatlık tazminatını nasıl hesaplanacağı açıklanmıştır.

2-) Tazminat Hesaplarının Nasıl Yapılacağı Konusu:

Destek tazminatının nasıl hesaplanacağına ilişkin Genel Şartlar ekinde,

Destek süresi ile aktif ve pasif çalışma sürelerinin Hazine Müsteşarlığı'nın belirleyeceği esaslara göre hesaplanacağı yer almış olup;

Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan genel şartlar içinde **aktüaryel teknik ve yöntemle göre maddi zarar hesabına hesaba esas alınacak üç önemli parametre bulunmaktadır.**

a) Teknik faiz

b) TRH-2010 yaşam tablosu

c) Devre başı ödemeli belirli süreli rant formülü

a-Teknik faiz

"Raporun düzenlendiği tarihte bilinen son gelir üzerinden her yıl için %10 artış ve yine her yıl için %10 oranında iskonto yerine"

Teknik faiz olarak % 1,8 kullanılması öngörülmüştür.

b-Yaşam tablosu (TRH 2010)

" PMF 1931 tablosu yerine "

c) Aktüaryel metod ile hesaplama da yaşam tablosu olarak TRH 2010 tablosu kullanılması

gerekmekte ise de;

**TRH 2010 Tablosu sadece muhtemel bakiye yaşam süresinin tespiti-
tinde nazara alınmamakta olup, bakiye ömür süresince her yaşın ayrı
ayrı hayatta kalma ihtimali de değerlendirilmektedir.**

3-) Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan genel şartlarda açıklanan aktüaryel teknik ve yöntemle göre maddi zarar hesaplamalarında gözetilecek hususlar;

Örnek (1)

55 yaşında kaza geçiren ve malül kalan kişinin 60 yaşına kadar zarar gördüğü 5 yıllık

Zarar süresinin %1,8 Teknik faiz ve TRH 2010 yaşam tablosundan yararlanmak suretiyle

Her yaşın hayatta kalma ihtimali ve her yaşın zarar gördüğü aktif ve pasif yaşam süresine göre hayatta kalma ihtimalinin tesbiti;

55 yaşındaki bir kişinin 55 yaşında hayatta kalma ihtimali = $55/55 = 1$

1 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $56/55 = 97,40\%$

2 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $57/55 = 94,70\%$

3 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $58/55 = 92,00\%$

4 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $59/55 = 89,30\%$ olup,

Aktüaryel metotta her yaşın yaşam olasılığı dikkate alındığında , 55-60 yaş arasında **5 yıllık** işleyecek aktif devre zarar süresi **4,734** yıllık süreye karşılık gelmektedir.

-Örnek (2)

Örneğin 40 yaşındaki kişinin 20 yıllık zarar hesabında

(60 yaşına kadar devam edecek zarar)

TRH 2010 Erkek tablosuna göre, 40 yaşındaki kişinin 20 yıl süreyle hayatta kalma şansı;

40 yaşındaki bir kişinin 40 yaşında hayatta kalma ihtimali = $40/40 = 1$

1 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $41/40 = 98,06 \%$

2 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $42/40 = 96,14 \%$

3 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $43/40 = 94,25 \%$

4 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $44/40 = 92,37 \%$,

5 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $45/40 = 90,49 \%$

6 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $46/40 = 88,62\%$

7 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $47/40 = 86,77 \%$

8 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı = $48/40 = 84,93 \%$, olup, 20 yıl sonraki hayatta kalma şansı ise $64,26 \%$ olup,

Aktüeryal metotta yaş ve süre arttıkça yıl çarpanı peşin değer kat-sayısı azalmaktadır.

Toplam 20 yıllık işleyecek aktif devreye karşılık gelen peşin değer fak-törü **16,43** olmaktadır.

-Örnek (3)

Destekten yoksunluk tazminatı hesabı;

Eş ve çocuk bakımından her yaşın hayatta kalma ihtimali ve çocuğun k destek gördüğü süre ve çocuğun destekten çıktığı süre sonunda, eşin / annenin yaşı ve hayatta kalma ihtimali ayrı ayrı değerlendirilmek suretiyle hesaplama yapılmaktadır.

Bu hesaplamada kullanılan formül:

Yıllık gelir x { (N şimdiki yaş (Eşin rapor tarihindeki yaşı) — N çocuğun destekten çıktığında eşin yaşı) / D şimdiki yaş , Eşin rapor tarihindeki yaşı) } x Eşin destek oranı + yıllık gelir x { (N çocuğun destekten çıktığın-da eşin yaşı –N destek süresinin bittiğinde eşin yaşı) / D şimdiki yaş, eşin rapor tarihindeki yaşı } x (anne destek oranı) x kusur oranı =

Diğer yandan,

Aktüeryal yöntemde maddi zarar hesabında rapor hesaplama tarihin-deki resmi evraklara göre belirlenen ücret nazara alınarak işlemiş ve işle-yecek devre zarar hesabı yapılmakta ise de;

Aktüeryal hesaplamalarda teknik faiz hesabı nedeniyle her yıl için ayrı ayrı %10 artış ve %10 iskonto katsayıları nazara alınmamaktadır.

Teknik Faizin önceki yıllarda %3 olarak uygulanmakta olduğunu hatırlatalım. Teknik faizin %3 olması durumunda peşin değer faktörü sayısı azalmakta olup, tazminat miktarları daha düşük belirlenmektedir.

Pasif devre hesaplamalarında ise 60 yaş sonrası bir an için 75 yaşa kadar sürecek pasif devre yaşam süresinde **15 yıllık** %10 artış ve %10 iskonto katsayısı yerine ,

aktüeryel hesaplamaya esas alınacak **peşin değer sayısı;**

TRH 2010 yaşam tablosu ve teknik faiz %1,8 esas alındığında;

{ (a_{x,n} = (N_x – N_{x+n}) / D_x N60-N75 / D60) } = **7,18** katsayına isabet et-mektedir.

Aktüeryal yöntem ile Yargıtay’ca benimsenen progresif rant yöntemine göre zarar hesaplarına ilişkin karşılaştırmalı bir rapor örneği imkan bulursak gelecek yazımızda ele alınacaktır.

SONUÇ :

Aktüeryal hesaplama yöntemine göre tanzim olunacak bir raporu denetlemenin ve tabloları izlemenin ve rapordaki maddi hataları belirlemenin ve formüllerinin doğruluğunu basit bir çarpma bölme ile tesbit etmenin mümkün olmadığı görülmektedir.

Diğer yandan PMF tablosu yerine TRH 2010 Tablosunun kullanılması bakiye ömür süresinin uzaması sonucu tazminat miktarının da artacağı şeklinde yanlış bir algıya neden olmakta ise de, aktüeryel yöntemde bakiye yaşam süresinin uzun olması zarar görenlerin tazminatlarında herhangi bir artış etkisi yapmamakta, aksine muhtemel hayat süresinin artması aynı zamanda tazminata uygulanan iskonto süresinin - teknik faiz hesabı uygulaması neticesinde hesaplanan maddi tazminat zarar gören aleyhine azalmaktadır.

AVUKATLARIN MAHSUBEN VE NAKTEN İADE TALEPLERİNDE USUL VE ESASLAR İLE İZLENECEK YOL

Av. Kahraman ATAY¹ - A. Fuat ÖZKAN²

I-Giriş:

Bu yazımızda; ne avukatlık tarihinden, tanımından ve bağımsızlığından, ne de avukatlarla ilgili konulmuş diğer düzenlemelerden bahsedilecektir. Çünkü bu konularda yazılmış pek değerli uzun süreli yayın ve makale bulunmaktadır. Sadece avukatların bir serbest meslek erbabı ve serbest meslek kazanç sahibi olması nedeniyle, yıllık gelir vergisi beyan-namelerinde beyan ve talep ettikleri **mahsuben veya nakden iadeler** konusunda açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Yazımızın konusu bununla sınırlı tutulmuştur. Nedeni ise önemli bulduğumuz bir olaya avukatların dikkatini çekmektir. Çünkü her ayrıntı ayrı bir makale konusu olabilir veya yazımız konusu amacından uzaklaşır.

Avukatlar, **kesinti yoluyla (tevkif edilen)** ödenen vergilerin mahsuben veya nakden iade talepleri dolayısıyla, zaman zaman ve hatta sık sık karşılaştıkları yasal veya keyfi (yasal olmayan) uygulamalara veya engellemelere maruz kalmaktadırlar. Bu konuda özel ve açıklayıcı genel bilgi verilerek avukatların dikkatine sunulacaktır. Örneğin; bir kavram kargaşasını önlemek için “kesinti”, “stopaj” ve “tevkifat” gibi vergisel terimlerin anlam ve kökenleri nedir? Bunun üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Ayrıca bir avukatın, “*vergi dairesinden alacağım var ama banka hesaplarıma ve arabama haciz uygulanmış*” dediğini arada bir duymaktayız. Avukatın mahsuben veya nakden iade alacağı ve talebi olsa bile, acaba avukat kendi ödevlerini-başvurusunu-eksiksiz yapmış mıdır?

II-Kesinti, Tevkifat ve Stopaj:

Bu terimlerinin sözlükteki kısa anlamları; Kesinti: Kesilen parça, kırıntı. Ödenen bir paradan herhangi bir sebeple kesilen bölümdür. Örnek: *Bu ücretin hiçbir kesintisi yoktur. Stopaj: Fransızca stoppage olarak*

¹ İstanbul Barosu Avukatı

² M.B. Gelir Uzmanı

yazılmakta, ön kesinti, kaynaktan –durdurma-kesme yöntemidir. Tevkifat: Arapça kökenli olup, para konusunda kesintiler anlamındadır.

Söz konusu “kesinti”, “stopaj” ve “tevkifat” vergi terimlerinin anlamları aynı olmakla beraber; çeşitli vergi kanunlarında ve alt düzenlemelerde ayrı ayrı kullanıldıklarından, çoğu kişi tarafından farklı terimlermiş gibi anlaşılmaktadır. Hatta bazı vergi uzmanlarından bile, “burada kesinti var, stopaj yok; burada tevkifat var, kesinti yok dediklerini duyabiliriz.” Halbuki bu üç terim aynı anlamdadır ve aynı şeyi ifade etmektedir. Ancak bu yanlış ve kargaşaya çoğu zaman kanun koyucu ve alt düzenlemeleri yapan organların, her bir kanunda ve alt düzenlemede ayrı ayrı kullanmaları neden olmuştur.

Örneğin;

1961 tarihli ve 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunun m. 94 “vergi tevkifatı”, m. 95 “tevkifatı tabi olmayan işlemler” m. 96 “vergi tevkifatında uyulacak esaslar” m. 97 “vergi tevkifatının gösterilmesi” m. 119 “vergi tevkifatının yatırılması” m. 121 “vergi tevkifatının mahsubu” terimlerine yer vermiştir. Aynı kanunda yedi ayrı madde hükmünde “... 94. madde uyarınca tevkif suretiyle kesilen vergi” ifadeleri; yedi ayrı madde ve bendinde “kesinti” ifadeleri kullanılmıştır. Yine aynı kanunun Geçici 73. ve 80. Maddelerinde beş ayrı yerde “gelir vergisi stopajı” terimi kullanılmıştır.

2006 tarihli ve 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunda ise 69 ayrı “kesinti” terimine yer verilmiş, “tevkifat ve stopaj” terimlerine hiç yer verilmemiştir.

1984 tarihli 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununda 5 ayrı “kesinti” terimine yer verilmiş, “tevkifat ve stopaj” terimlerine hiç yer verilmemiştir. Ancak bu kanunun ilgili bütün genel tebliğlerinde “Katma Değer Vergisi Tevkifatı” başlığı ve diğer madde ve bentlerinde sayamayacağımız kadar “tevkifat” terimi bulunmaktadır.

1961 tarihli 213 Sayılı Vergi Usul Kanunun 11. Maddesinde “vergi kesenlerin sorumluluğu ve kesinti” terimlerine yer verilmiştir. Aynı maddede iki ayrı “tevkifat” terimine yer verilmiş, stopaj terimine hiç yer verilmemiştir.

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi, yasa koyucu ve alt yasal düzenleme çıkarmaya yetkili idari organlar; aynı anlama gelen, aynı anlamda kullanılan bu üç vergi terimini halen kargaşaya neden olacak şekilde yasak düzenlemelerde kullanmaya devam etmektedir. Bunun nedeni ise;

bu terimlerin teknik terim olması ve maliye bürokrasinin ürkek, tutucu, klasik, teamülcü veya olası her değişim ve dönüşümün ucunun kendine de dokunacağı endişesinden kaynaklanmış olabileceğini düşünmekteyiz.

Bütün bu örnekleri vermemizin nedeni; yazımızın konusunun “vergi tevkifatının-kesilen vergilerin mahsubu veya iadesi olmasıdır. İlk olarak bu konudaki kavram kargaşasının giderilmesi, ürkek ve tutucu olduğunu düşündüğümüz maliye bürokrasisinin hukuki uygulamalarda istemese bile nasıl keyfi davranabileceğini göstermek gerektiğini de düşünmekteyiz.

III-Avukatların Mahsuben veya Nakden İade Taleplerinin Yasal Dayanağı:

193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunun “vergi tevkifatının mahsubu” başlıklı 121. Maddesi

şu şekildedir:

“Yıllık beyannamede gösterilen gelire dahil kazanç ve iratlardan bu kanuna göre kesilmiş bulunan vergiler, beyanname üzerinden hesaplanan Gelir Vergisi’nden mahsubedilir.

Mahsubu yapılan miktar Gelir Vergisi’nden fazla olduğu takdirde aradaki fark vergi dairesince mükellefe bildirilir ve mükellefin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde müracaatı üzerine kendisine red ve iade olunur.

Maliye Bakanlığı; iadeyi mahsuben veya nakden yaptırmaya, inceleme raporuna, yeminli mali müşavir raporuna veya teminata bağlamaya ve iade için aranılacak belgeleri belirlemeye yetkilidir.

Bu yetki; kazanç türlerine, iade şekillerine, geliri elde edenin veya ödemeyi yapanın hukuki statüsüne göre ayrı ayrı kullanılabilceği gibi belli hadler çerçevesinde de kullanılabilir.

Mahsuben iade işlemi, aranan tüm belgelerin tamamlanması koşuluyla, yıllık gelir vergisi beyannamesinin verildiği tarih itibarıyla yapılır. İkmalen veya resen yapılan tarhiyatlarda mahsup işlemi, mahsup talebine ilişkin dilekçe ve eklerinin eksiksiz olarak vergi dairesi kayıtlarına girdiği tarih esas alınarak yapılır. Aranan belgelerin tamamlanması aşamasında yapılan tahsilatlar yönünden düzeltme yapılmaz.”

Konumuzla ilgili temel yasal düzenlemeler yukarıda olmakla birlikte; alt düzenleme (tebliğ vs.) yapmaya yetkili kılınan Maliye Bakanlığı 06.04.2004 tarihli Resmi Gazete yayımlanan 252 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliğini çıkarmıştır.

Söz konusu tebliğin;

“1. Tevkif Yoluyla Kesilen Vergilerin Mahsup ve İadesi

1.1. Bölümünde yasal düzenleme;

1.2. Bölümünde “Beyanname Üzerinden Hesaplanan Vergiye Mahsup”

Yıllık beyanname ile beyan edilen gelir veya kurum kazancı üzerinden hesaplanan vergiden yıl içinde tevkif yoluyla kesilen vergiler mahsup edilir. Mahsup işleminin yapılabilmesi için, tevkif yoluyla kesilen verginin beyannameye dahil edilen gelir veya kazanca ilişkin olması gerekir.

Tevkif yoluyla kesilen vergilerin, yıllık gelir veya kurumlar vergisinden mahsubunda mükelleflerin kendilerinden yapılan vergi tevkifatı ile ilgili olarak kesintiyi yapan vergi sorumlularının adı-soyadı veya unvanını, bağlı olduğu vergi dairesini ve vergi kimlik numaralarını, kesintiye esas alınan brüt tutarları, kesilen vergileri ve kesinti yapılan dönemleri gösteren bir tabloyu (Ek:1 Tablo) yıllık beyannamelerine eklemeleri yeterlidir.

1.3. Bölümünde “Diğer Vergi Borçlarına Mahsup veya Nakden İade”

1.3.1. Bölümünde “Mahsup Yoluyla İade”

Tevkif yoluyla kesilen vergilerin yıllık beyannamedeki mahsuplar sonunda kalan kısmının diğer vergi borçlarına mahsup talebi tutarına bakılmaksızın, inceleme raporu ve teminat aranılmadan yerine getirilir.

Bunun için mahsup talebinin dilekçe (Ek:2 Dilekçe Örneği) ile yapılması ve yıl içinde yapılan tevkifatlarla ilişkin tablonun (Ek:1) dilekçe ekinde yer alması gerekmektedir. Söz konusu tablonun daha önce yıllık beyanname ekinde yer almış olması halinde, mahsup dilekçesi yeterli olacaktır. Mahsup dilekçesi ve ilgili tablonun ibraz edilmiş olması kaydıyla, mükelleflerin vergi borçlarına ilişkin mahsup talepleri yıllık beyannamenin verildiği tarih esas alınarak yerine getirilir.

Yıllık gelir veya kurumlar vergisi beyannamesinin kanuni süresinde verilmemesi ya da sair nedenlerle ikmalen veya re'sen yapılan tarhiyatlar üzerine tahakkuk eden vergiler ile ilgili olarak daha önce tevkiף yoluyla kesilen vergiler öncelikle tarhiyat aşamasında vergi dairesince dikkate alınarak yerine getirilir. Bu mahsuplar sonunda kalan kısım talep edilmesi halinde diğeri vergi borçlarına mahsup edilir. Bu durumda mahsup talepleri dilekçe ve eklerinin eksiksiz olarak vergi dairesi kayıtlarına girdiğı tarihten itibaren hüküm ifade eder. Bu tarihten itibaren mükelleflerin mahsubunu talep ettikleri vergi borçları için gecikme zammı uygulanmaz.

Mükellefler dilerlerse ortağı bulundukları adi ortaklık veya kolektif şirketlerin müteselsilen sorumlu oldukları vergi borçlarına da mahsuben iade talebinde bulunabilirler. Bu taleplerin yerine getirilebilmesi için, iade alacaklısı mükellefin muaccel hale gelmiş vergi borcunun bulunmaması ve mahsup dilekçesinde adi ortaklık veya kolektif şirketin hangi dönem borçları için mahsup talep edildiğinin belirtilmesi gerekir. Mahsup talebine ilişkin dilekçe (Ek:2) ve eklerinin vergi dairesi kayıtlarına girdiğı tarih esas alınır.

Mükellefin muaccel hale gelmiş vergi borcunun bulunmaması halinde, iade alacağının sonraki dönemlerde muaccel hale gelecek vergi borçlarına mahsubu mümkündür. Bu taktirde mahsup talebi sonraki dönemlerde doğacak verginin tahakkuku ile hüküm ifade eder.

Mahsup taleplerinin yerine getirilmesinde, Vergi Usul Kanununun 114 ve 126 ncı maddelerinde yer alan zamanaşımı hükümleri göz önünde bulundurulur.

1.3.2. Bölümünde “ Nakden İade”

Nakden iade taleplerinin dilekçe ile yapılması şarttır. Tevkif yoluyla kesilen vergilere ilişkin nakden iade edilecek tutarın 10 milyar lirayı geçmemesi halinde iade talebi, yıl içinde yapılan tevkiףatlara ilişkin tablo (Ek:1) ile birlikte;

- Serbest meslek kazancına ilişkin olarak vergilerin sorumlu adına tahakkuk ettiğini gösteren ilgili saymanlık yazısının,

ilgili kurumca onaylanan bir örneğinin dilekçeye eklenmesi koşuluyla inceleme raporu ve teminat aranmaksızın yerine getirilir.

Nakden yapılacak iade taleplerinin 10 milyar lirayı aşması halinde, 10 milyar lirayı aşan kısım Vergi Usul Kanununa göre vergi inceleme

yetkisi bulunanlarca yapılacak inceleme sonucunda düzenlenecek vergi inceleme raporuna göre iade edilir. 10 milyar liraya kadar olan kısım ise, dilekçe ekinde yukarıda belirtilen belgelerin yer alması koşuluyla teminat aranmaksızın ve inceleme raporu beklenmeksizin iade edilir.

İade talebi teminat gösterilmesi halinde inceleme sonucu beklenmeksizin yerine getirilir. Nakden iade talebinin 100 milyar liraya kadar olan kısmı mükellefle süresinde tam tasdik sözleşmesi düzenlemiş yeminli mali müşavirce düzenlenecek tam tasdik raporu uyarınca iade edilir. İade talebinin 100 milyar lirayı aşan kısmının iadesi ise denetim elemanlarınca düzenlenen vergi inceleme raporu sonucuna göre yerine getirilir.

Nakden iade edilebilir aşamaya gelen alacağın üçüncü şahısların vergi borçlarına mahsubu talep edilebilir. Bu mahsup işlemine ilişkin verilecek dilekçede (Ek:2), lehine mahsup talebinde bulunulan kişinin adı-soyadı veya ünvanı, vergi kimlik numarası, bağlı olduğu vergi dairesi ile borcun türü, miktarı ve dönemi bildirilir. Bu şekilde yapılan mahsup talepleri düzeltme fişinin onaylandığı tarih itibariyle yerine getirilir.

İade talebinin kısmen mahsuben kısmen nakden olması halinde, söz konusu talepler bu Tebliğde yer alan açıklamalar çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilir. Dolayısıyla talebin tümünün nakit iadesi olarak kabul edilerek işlem yapılması söz konusu değildir.” Hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıdaki kanun ve tebliğ hükümlerinden anlaşılacağı üzere; ilgili düzenlemeler özel ve teknik bilgiyi veya uzmanlığı gerektirdiğinden avukatların mahsuben veya nakden iade işlerini bir SMMM-YMM (Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavir veya Yeminli Mali Müşavir) ile yürütmeleri daha doğru olur. Her ne kadar avukatların beyannamelerini SMMM'lere imzalatma sınırı 2016 yılında 157.000-TL olsa bile teknik bilgi gerektiren bu husus için destek almaları doğru olacaktır. Yargı sisteminin kullandığı UYAP gibi, vergi idaresinin kullandığı E-VDO sistemi vardır. Bir başka deyişle gelenen noktada mükelleflerin bildirim ve beyanlarının neredeyse tamamı SMMM'ler tarafından elektronik ortamda verilmektedir. Bundan böyle de kâğıt ortamında yapılan bir işlem neredeyse bulunmamaktadır. Ayrıca günümüzde, “işbölümü ve uzmanlaşma” herkesçe kabul edilen gerçek izlenen bir yoldur.

Bu bölümü şöyle bir özetlersek:

-Öncelikle Gelir/Kurumlar Vergisi Kanunlarına göre, avukatların müşteri/müvekkile düzenlediği makbuzlar dolayısıyla müşteri/müvekkil tarafından kesilmiş (tevkif edilmiş) bulunan vergilerin, avukatların yıllık gelir vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan gelir vergisine mahsup edilecektir.

İkincisi müşteri/müvekkil tarafından kesilmiş (tevkif edilmiş) bulunan vergilerin, avukatların yıllık gelir vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan gelir vergisinden fazla olması halinde aradaki fark avukat mükellefin varsa diğer vergi borçlarına mahsuben, yoksa nakden iade edilecektir.

Üçüncüsü vergi borçlarına mahsuben veya yoksa nakden iade edilecek vergi tutarının yıllık gelir vergisi beyannamesinde gösterilecek, 252 Seri Nolu Tebliğdeki Ek-1 tabloların beyanname ile veya daha sonra Ek-2 dilekçe ekinde verilecek, dilekçe verilmez ise vergi dairesi bu durumu avukata bildirecek, bildirim tarihinden itibaren bir yıl içinde avukatın müracaatı üzerine kendisine red ve iade edilecektir.

Dördüncüsü diğer vergi borçlarına mahsuben yapılan iadede hiçbir sınır bulunmaksızın ve şart aranmaksızın, diğer vergi borcu yoksa, nakden yapılacak iade taleplerinin 10.000 lirayı aşması halinde, 10.000 lirayı aşan kısım Vergi Usul Kanununa göre vergi inceleme yetkisi bulunanlarca yapılacak inceleme sonucunda düzenlenecek vergi inceleme raporuna göre iade edilir. 10.000 liraya kadar olan kısım ise, dilekçe ekinde yukarıda belirtilen belgelerin yer alması koşuluyla teminat aranmaksızın ve inceleme raporu beklenmeksizin iade edilecektir.

İade talebi teminat gösterilmesi halinde inceleme sonucu beklenmeksizin yerine getirilir. Nakden iade talebinin 100.000 liraya kadar olan kısmı mükellefle süresinde tam tasdik sözleşmesi düzenlemiş yeminli mali müşavirce düzenlenecek tam tasdik raporu uyarınca iade edilir. İade talebinin 100.000 lirayı aşan kısmının iadesi ise denetim elemanlarının düzenlenen vergi inceleme raporu sonucuna göre yerine getirilir. Nakden iade edilebilir aşamaya gelen alacağın üçüncü şahısların vergi borçlarına mahsubu talep edilebilir.

Hal böyle iken yazımızın giriş bölümünde de belirttiğimiz gibi, avukatların iade taleplerinde karşılaştıkları yasal ve yasal olmayan engeller nelerdir. İşte aşağıda bunlar açıklanacaktır.

IV- Yasal Engeller:

Türk Vergi Sisteminde, çağdaş devlet sistemlerinde (Batı) olduğu gibi kural olarak beyan esası geçerlidir. Kurumlar Vergisi/Gelir Vergisi ve KDV/ÖTV gibi ana vergiler bu usulle beyan edilir. Mükellefin veya vergi sorumlusunun beyanı üzerine tarh olunur.

İşte avukatların yıllık olarak verdiği gelir vergisi de beyan esasına dayanır. Ancak tüm beyan esasına dayanan vergilerin doğruluğunun denetimi, zamanaşımı süresinde her zaman mümkündür. Bu nedenle 213 Sayılı Vergi Usul Kanunun 134. Maddesinde “*Vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır.*” 135. Maddesinde “*incelemeye yetkiler*” sayılmış ve hüküm altına alınmıştır.

Böyle olunca vergi idaresinin verilen beyanların doğruluğunu her zaman araştırmak, tespit etmek ve sağlamak en temel yasal görevidir.

Örneklerle kısaca sayarsak serbest meslek erbabı avukatın, Gelir Vergisi veya ilgili kanuna göre;

-Kazancını doğru tespit etmiş midir?

-Kazancını tespit ederken indirilecek giderleri ve varsa uyguladığı istisnalar yasaya uygun mudur?

-Beyanname üzerinden yaptığı indirimleri ve zarar mahsupları yasaya uygun mudur?

-Beyannameye eklemesi gereken belgeler eklenmiş midir?

-Ödemelerini veya tahsilâtlarını banka ile yapmış mıdır?

-Kesilen (tevkif edilen) vergiler doğru mudur, kesilen vergiler beyan edilmiş veya ödenmiş midir?

Beyanı her zaman araştırılıp tespit edilebilir.

İşte yapılacak veya yapılan vergi incelemesi sonucunda; verilen beyanamenin doğru olmaması, eksik veya hatalı olması halleri iade edilecek verginin beyanamedekinden daha az olmasına, hiç olmamasına veya ek vergi tarhına dahi neden olabilir. Ve inceleme sonuçlanıncaya kadar iadenin yapılması gecikebilir. Bütün bunlar yasal engelledir.

Ancak, sorumlular tarafından kesilen (tevkif edilen) vergilerin beyan edilmemiş veya ödenmemiş olması halinde, durumun ilgili avukatlarca

vergi idaresine bildirilerek, sorumlulara gerekli beyanının yaptırılması ve ödettirilmesi sağlanmalıdır.

V-Yasal Olmayan Engeller:

Bu tip engellere genel olarak bürokratik engeller de diyebiliriz. Bunların pek çok sayısız nedeni olmakla birlikte, bunların bir kısmını aşağıda sıralayalım. Vergi idaresi personelinin;

-Diğer kamu kurumlarına oranla iş yükünün çok ağır ve işinin doğası gereği sorumluluğunun fazla olması,

-İşi görmede çekingen ve yapıla gelişçi (teamülcü) olması, babadan kalma yöntemlerle iş görme eğilimi,

-Sık sık değişen yasal düzenlemelere ayak uydurmada zorlanması,

-İşi ağır sorumluluk gerektirdiğinden ve idari birimlerin cesaretlerini kırmalarının özgüven eksikliğine neden olması,

-Yanlış ve yasal dayanağı olmayan ancak kanunmuş gibi uygulanan “gelir-gider” oranına dayanan bir engel çıkarmasıdır.

Bu son neden en çok karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenle bunu bir örnek ile açıklayalım. Örneğin bir avukatın 2015 yılı geliri 100.000-TL, gideri de 65.000-TL olsun. Burada gider-gelir oranı %65’tir. İşte yıllar önce “*bu oran %65’in üzerinde ise serbest meslek mensuplarının iadeleri yapılsın, değilse incelensin*” şeklin sözle verilen bir talimat en büyük engel olup, keyfi uygulamalara neden olmuştur. Bu yöndeki bir talimatın yasal dayanağı olmadığı gibi, personelin bunu bir yasal düzenleme gibi onlarca yıldır uygulaması oldukça tuhaftır.

VI-Sonuç ve Özet:

Avukatlar, **kesinti yoluyla (tevkif edilen)** ödenen vergileri mahsuben ve nakden iade talepleri dolayısıyla, zaman zaman ve hatta sık sık karşılaştıkları yasal veya keyfi (yasal olmayan) uygulamalara veya engellemelere maruz kalmaktadırlar. Bu konuda özel ve açıklayıcı bilgi verilerek avukatların dikkatine sunulmuştur.

“Kesinti”, “stopaj” ve “tevkifat” vergi terimlerinin anlamları aynı olmakla beraber; çeşitli vergi kanunlarında ve alt düzenlemelerde ayrı ayrı kullanıldıklarından, çoğu kişi tarafından farklı terimlermiş gibi anlaşılmaktadır. Halbuki bu üç terim aynı anlamdadır. Ancak bu yanlış ve kargaşaya çoğu zaman kanun koyucu ve alt düzenlemeleri yapan organların, her bir kanunda ve alt düzenlemede ayrı ayrı kullanmaları neden olmuştur.

Gelir/Kurumlar Vergisi Kanunlarına göre, avukatların müşteri/müvekkile düzenlediği makbuzlar dolayısıyla müşteri/müvekkil tarafından kesilmiş (tevkif edilmiş) bulunan vergilerin, avukatların yıllık gelir vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan gelir vergisine mahsup edilecektir. Müşteri/müvekkil tarafından kesilmiş (tevkif edilmiş) bulunan vergilerin, avukatların yıllık gelir vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan gelir vergisinden fazla olması halinde aradaki farkın avukat mükellefin varsa diğer vergi borçlarına mahsuben, yoksa nakden iade edilecektir.

Ancak, avukatların beyanlarının, bildirimlerinin, ek tablolarının eksiksiz, süresinde ve doğru olması gerekir. Bir başka deyişle kazançlarının doğru tespit edilmesi, hâsılatlarından indirilecek giderleri ile beyannameleri üzerinden yapacakları indirimleri yasalara aykırı olamamalıdır. Bunun için de bildirim ve beyanlarını SMMM'lere imzalatmaları, işlerinin SMMM veya YMM'ler tarafından kontrol edilmesi ve izlenmesi en doğru olanıdır. Ayrıca günümüzde, “işbölümü ve uzmanlaşma” herkesçe kabul edilen gerçek izlenen bir yoldur.

Vergi idaresinin verilen beyanların doğruluğunu her zaman araştırmak, tespit etmek ve sağlamak en temel yasal görevidir. İşte yapılacak veya yapılan vergi incelemesi sonucunda; verilen beyannamenin doğru olmaması, eksik veya hatalı olması halleri iade edilecek verginin beyannamedekinden daha az olmasına, hiç olmamasına veya ek vergi tarhına dahi neden olabilir. Ve inceleme sonuçlanıncaya kadar iadenin yapılması gecikebilir. Bütün bunlar yasal engelledir.

Sorumlular tarafından kesilen (tevkif edilen) vergilerin beyan edilmiş veya ödenmemiş olması halinde, durumun ilgili avukatlarca vergi idaresine bildirilerek, sorumlulara gerekli beyanın yapılması ve ödettirilmesi sağlanmalıdır.

Gelir-Gider oranlaması gibi yasal dayanağı olmayan engellere hiçbir değer yüklenmemelidir.

KAYNAKÇA

- Yıldız, A. Murat, Avukatların Vergilendirilmesi, Ankara, 2005, Yaklaşım Yayıncılık.
- Kumkale, Rüknettin, Avukatlar İçin Vergi Rehberi, 2014, Seçkin/Hukuk Yayınları
- <http://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>
- <http://www.gib.gov.tr/yardim-ve-kaynaklar/rehberler> (serbest meslek kazançları vergi rehberi)

TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNDA SINIRDAŞ TARIMSAL ARAZİ MALİKİNİN ÖNALIM HAKKI

Av. Recep ADIGÜZEL¹

A-GİRİŞ

Kişi ve toplum yaşamında sosyal ve ekonomik yönden çok büyük rol oynayan toprak, bu özelliğinin yanında kıt olması, bir yerden bir yere taşınamaması, kanun koyucu tarafından diğer mal ve şeylerden farklı olarak özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Toprak hukukunun bir parçasını oluşturan tarımsal topraklar küçüldükçe verimli şekilde işletilmeye elverişli olmaktan çıkmaktadır. Bu yüzden küçük toprak parçasını tali bir geçim kaynağı halinde gören çiftçi, yeterli tarımsal üretim yapamamakta kendisi ve ülke ekonomisi zarar görmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan taksimi ile ilgili hükümler, emredici olmayıp düzenleyici olmasıyla tarımsal toprakların taksiminde bir serbesti getirmiştir. Ancak 3083 sayılı Kanun ile *"Tarım Bölgesi"* olarak ilan edilen az sayıdaki bölgelerdeki tarımsal araziler ile ilgili emredici hükümler getirerek toprağın bölünmesinin önüne sadece bu alanlarda geçilebilmiştir. Devlet, Anayasanın 44. maddesindeki *"Devlet toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek...amacıyla gerekli tedbirleri alır."* hükmüne rağmen uzun yıllar, daha çok miras yoluyla toprağın parçalanmasına göz yummuştur. Ta ki 2005 yılında yürürlüğe giren 5403 sayılı *"Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu"* ile toprakların bölünmesi ve kullanımına sınırlamalar getirilmiştir.² Nihayet dünya üzerinde tarım topraklarının öneminin artmış olması, dış ülkelerdeki toprak bölünmelerini engelleyici uygulamalar da örnek alınarak yetersiz kalmış olan 5403 sayılı Kanun hükümleri, 9.2.2007 tarihinde 2649 sayılı ve 15.5.2014 tarih 6537 sayılı değişiklikle bölünmeyi kısıtlayıcı ve toplulaştırıcı hükümler getirilerek değiştirilmiştir.

5403 Sayılı Kanun'da, tarım arazileri kullanımı yönünden ve büyüklük yönünden ayrıma tabi tutulmuştur. Kullanım yönünden tarım arazileri;

¹ Manisa Barosu üyesi, TBB Eğitim Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi

² Eren:Fikret-Başpınar: Veysel,Toprak Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 , s. 6-7

mutlak tarım arazisi, özel ürün arazisi, dikili tarım arazisi, marjinal tarım arazisi olarak sınıflandırılmıştır. Büyüklük yönünden de asgari tarım arazisi ve yeter gelirli tarım arazisi olarak ayırarak bunun ölçülerini açıklamıştır.

B-TARIMSAL TOPRAKLARIN KANUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLE NİCELİK OLARAK SINIFLANDIRILMASI,

5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, toprağın doğal veya yapay yollarla kaybını ve niteliklerini yitirmesini engelleyerek korunmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Kanundaki bu hükümler yeterli görülmeyerek değiştirilmiş son olarak da 30.4.2014 tarihinde kabul edilen ve 15.5.2014 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 6537 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte, yeni hükümler getirilmiştir. Değişikliğin amacı *“Toprağın korunması, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasları belirlemek”* olarak açıklanmıştır.

Kanun'da arazilerin nitelikleri göz önüne alınarak çeşitli sınıflandırmaya tabi tutulmuş olmakla birlikte, bu sınıflandırmalardan sadece yazı konusu ile ilgili olan *“tarımsal arazi”, “asgari tarımsal arazi”* ve *“yeter gelirli tarımsal arazi”* tanımlamaları üzerinde kısaca durmak gerekmektedir.

a-Tarım Arazileri; Tarım toprakları *“üzerinde ekim, dikim, bakım, yetiştirme yapılabilen veya orman hariç, doğrudan doğruya tabiatın yararlanmak suretiyle bitki ve hayvan üretimi yapılabilen veya ıslah suretiyle üretime elverişli hale getirilen topraklardır. Görülüyor ki, halen üzerinde ekim-dikim yapılan (kültür arazisi) ile orman hariç, mera, yaylak, kışlaklar ve ıslah yoluyla tarıma elverişli hale getirilen topraklar, bu tanım içinde yer almaktadır.”*³ şeklindeki açıklamalarla daha geniş bir alanı içine almakta iken 5403 sayılı kanunda *“Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup halihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilir”* arazi tanımını yaparak alanı kısmen daraltmıştır.⁴

3 Ünal: Ahmet, Elektronik kaynak, Kazancı Hukuk Com, Tarımsal Toprakların Miras Yoluyla Parçalanması ve Bunun Ekonomik Zararları.

4 5403 sayılı Kanun mad.3/d) Tarım arazisi: Toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüş-

b-Asgari Tarımsal Arazi Büyüklüğü; “Üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik kullanıldığı taktirde, bir tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, söz konusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi halinde elde edilemeyeceği bakanlıkça belirlenen en küçük tarımsal parsel” olarak kanunun 3/h maddesinde açıklanmıştır. 8/3 maddesinde de “asgari tarımsal arazi büyüklüğünü tarım arazilerinde 2 hektar, di-kili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0.3 hektar” olarak belirlenmiş ve Bakanlıkça bu miktarın günün koşullarına göre arttırılabileceği ifade edildikten sonra da bunun azaltılamayacağını/ indirilemeyeceğini belirtmiştir. Bakanlığın tarımsal arazi parsellerinin be-lirlenen büyüklüklerinden indirerek daha küçük parseller oluşturmasını yasaklamıştır. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen veya çay, fındıklık, zeytinlik gibi bitkilerin yetiştirildiği alanlarda arazi özellikleri nazara alı-narak Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir. Kanun koyucu, Kanunda belirtilen büyüklükteki tarımsal arazi parselle-rinin “bölünemez eşya niteliğinde” olduğunu da belirterek her hangi bir şekilde bunların bölünmesini imkansız kılmıştır.⁵ Yargıtay, bölünemez nitelikteki arazilerin tescili için açılmış olan davalarda, 5403 sayılı Kanun hükümleri kamu düzeni ile ilgili olup davanın davalı tarafından kabulü-nün hiçbir sonuç doğurmayacağını bir kararında da açıkça belirtmiştir.⁶

Ancak asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin altında kalan arazilerde rehin, ipotek işlemleri yapılabileceği gibi hissedarlara satışı veya üçüncü kişilere satışı, ihale yoluyla satışını engelleyici bir hüküm bulunmadığın-dan mümkündür.

c-Yeter Gelirli Tarım Arazi Büyüklüğü ; Kanun’un 8/A maddesinde kanun koyucu, bir çiftçi ailesinin geçimini idame ettirecek büyüklükteki tarımsal arazilerin bulundukları bölge farklılıklarını, niteliklerini de göze-terek belirlemiştir. Kanun’a eklenen (1) sayılı cetvelde, her ilin ilçelerinde de yeter gelirli tarımsal arazi miktarları ayrı ayrı gösterilmiş bulunmak-tadır.

türülebilen arazileri,

5 Melek: Bilgin Yüce, , “Taksim davasını göre hakim bunu re’sen araştırarak ve nazara alacaktır. Ancak, arazinin bu niteliği gözden kaçırılarak küçük parsellere ayrılarak ay-nen taksim kararı vermiş ve bu hüküm de Tapu Müdürlüğü tarafından infaz edilmiş ise bu her hangi bir süreye bağlı olmaksızın yolsuz tescil niteliğinde olması nedeniyle TMK.1025 mad. gereği tapu sicilinin düzeltilmesi yoluyla eski hale iadesi sağlanacak-tır.” “Torak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu İle Getirilen Kanunu Kısıtlamalar.” Makale, Elektronik Kaynak,

6 Yargıtay 14. HD E. 2009/12498, K. 2009/11836 t. 2.11.2009 kararı ve Yargıtay 6. HD. E. 2012/4165 K. 2012/6910T. 8.5.2012 kararı

Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde belirlenen parsel büyüklüğünden (*Örneğin İstanbul ili Kartal ilçesinde yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri: sulu arazide 55 dekar, kuru arazide 120 dekar, dikili arazide 10 dekar örtü altı tarımsal arazide 3 dekar*) küçük olan tarımsal arazi parselinin bölünmesini/ıfrazını yasaklamıştır.⁷ (1) sayılı cetvelde gösterilen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük tarımsal arazilerin tapu kayıtlarına Bakanlık tarafından tarımsal arazinin bu niteliği tapu kütüklerine şerh verilmek üzere bildirilmesi öngörülmüştür.⁸ Bu şerhin amacının bu büyüklüğü aşmayan parsellerin yeter gelirli tarımsal arazi olmadığı, yanlışlıkla bölünmesini önlemek ve temliklerde tarafları uyarmak olduğu anlaşılmaktadır.

Yeter gelirli tarımsal arazi ölçütünün kanunda yer almasının diğer bir amacı da, tarımsal arazi parçasının bölünmesi halinde, en küçük parça kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen büyüklükten aşağı olamayacağına belirtmiş olmasıdır. Tarımsal arazinin ifraz işlemi yapılırken nazara alınacak olan ölçüt, Kanun'un 8/A maddesi gereği (1) sayılı cetveldeki ölçütlerdir. Kanun'un 8/3 maddesinde öngörülen ölçüt (*asgari tarımsal arazi büyüklüğü*) en küçük parselin tabanını göstermektedir. Yani ifraz sonucu oluşacak en küçük parçanın büyüklüğünü göstermektedir. İfraz, 8/A maddesine göre yapılacak ancak yine de en küçük parça (*Bakanlığının izni dışında*) m.8/3 öngörülen ölçütünden daha küçük olmayacaktır. Bu arada şunu da belirtmek gerekir ki, bu ölçütler parsellerin tevhidinde/birleştirilmesinde nazara alınmayacaktır, çünkü işlem, Kanun'un tarımsal arazilerin toplulaştırma/büyütme amacına uygundur.

7 Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüMADDE 8/A - İl ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenmiştir. Tarımsal araziler bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, bölünemez. Tarımsal arazilerin bu niteliği şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlığın izni ile satılabilir. Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre bu Kanuna ekli (1) sayılı listede Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile değişiklik yapılabilir.

8 Tapu Kadastro Müdürlüğü'nce (TKGM) miras ve satış kontrol talepleri oluşturulmaktadır. Oluşturulan bu bilgiler Tarım Bakanlığı'na online iletilmektedir. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı (GTHB) ilçe personelleri "miras.tarim.gov.tr" adresine girerek online başvuru listesine ulaşabilmektedir. Başvuru listesi sayfasında TKGM'den gelen Miras ve Satış Kontrol talepleri canlı olarak listelenmektedir. Bakanlık personeli listeden işlemi onaylayabilmektedir. Onyılanan bu bilgiler TKGM'ne online iletilmektedir. Böylelikle TKGM ve GTHB arasında evrak işlemi olmadan bilgisayar ortamında onay işlemi gerçekleştirilmektedir.

Aynı kişiye ait olup da her bir parçanın ayrı ayrı yeter gelirli tarımsal araziler için öngörölmüş (1) sayılı cetveldeki miktara ulaşmaması halinde; bunların toplanıp yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünde kabul edilebilmesi için aralarında “ekonomik bütünlüğünün varlığının tespit edilmiş” olmasına bağlanmıştır.

Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün tespitinde, aynı kişiye ait olup da parçalar halinde bulunan bu arazilerin miktarlarının toplamının (1) sayılı cetvele uygun olması yeterli olmayıp, ayrıca ekonomik bütünlüğe sahip olmalıdır. Ekonomik bütünlüğe sahip tarımsal arazi parselleri, Bakanlığın izni ile satılabilecektir. Burada parseller arasında ekonomik bütünlüğün varlığından ne anlamak gerektiği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının 27.6.2014 tarih 5257 sayılı talimatında, ekonomik bütünlükten ne anlaşılması gerektiği konusunda açıklama yapılmıştır. Ekonomik bütünlük, “*Tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olarak çalışan tarımsal arazilerin bütünlüğünü*” ifade etmektedir. Örneğin, malikin toplam m.8, fıkra 3 de belirtilen miktarların üzerinde olan sınırdaş arazileri, aynı köy veya mahalle sınırları içinde veya farklı köy veya mahalle sınırları içinde olup da aralarında kuş uçuşu 5 km’den az mesafe olan araziler arasında ekonomik bütünlük var kabul edileceği talimatta belirtilmiştir. Belirtilen bu ölçülerin dışında olan araziler arasında ekonomik bütünlük olmadığı kabul edilecektir.

Malikin parçalı arazi parselleri sınırdaş olsa bile, toplam miktarı maddede (8/3) belirtilen asgari tarımsal arazi büyüklük sınırının altında ise ekonomik bütünlük teşkil etmez. Bazı tapu dairelerinde bu nitelikteki parsellerin birinin veya bir kaçının değil tamamının satışının zorunlu olduğu yönünde işlem yapılmaktadır. İzin hangi halde var olduğu açık değildir. Malikin birden fazla parselleri arasında ekonomik bütünlük varsa ve bu miktarlar da 8/A maddesine dayalı (1) sayılı cetvellerdeki yeter gelirli tarımsal arazi miktarına ulaşmakta ise, bunun dışında kalıp da ekonomik bütünlüğü olmayan tarımsal arazi parsellerinin satışı için izin verilmesi gerekmektedir. Birden fazla tarımsal arazi parsellerinin aralarında ekonomik bütünlük olsa da toplam miktarı o yöreye göre belirli yeter gelirli arazi miktarına ulaşmıyorsa, malikin bu parsellerden birinin satışına izin verilmemekte, tamamının satışının zorunlu olduğu belirtilmektedir. (Uygulamadan bir örnek, her biri yeter gelirli tarımsal arazi miktarına ulaşmayan büyüklükteki iki parselin, malik tarafından birinin satışı talep edilmiş, Tapu Müdürlüğü tarafından talebin kabulünün ancak her ikisi parselinde satışının talep edilmesi halinde mümkün olabileceği

belirtilerek izin verilmemiştir. Bu örnekte malik, aynı anda birini gerçek alıcıya diğerini de eşine satarak bu yasağı aşmıştır.)

C-SINIRDAŞ TARIM ARAZİ MALİKLERİNİN ÖNALIM HAKKI,

5403 sayılı Kanun'un başlıca amaçları arasında toprakların bütünleştirilmesi vardır. Kanun'da bu amacın gerçekleşmesi için sınırdaş tarımsal arazilerin sahiplerine ön alım hakkı tanınmaktadır. Kanun'un 8/İ maddesinin 2. fıkrasında "*Tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdaş tarım arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir.*" hükmü ile TMK. 732 vd. göre paydaşlara tanınmış olan önalım hakkı, sınırdaş arazi maliklerine de tanınmıştır.

Kanun'un 8/İ md. 1.fıkrasında, teredeki tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerde mirasçıların payları ile ilgili aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurdukları taktirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması halinde, diğer ortaklara da ön alım hakkı tanınmıştır. TMK.379/1 maddesinde aile malları ortaklığına giren mallar üzerinde ortakların elbirliği halinde maliki oldukları belirtilmiştir. Elbirliği mülkiyeti kuralları çerçevesinde zaten ortaklar tek başlarına kendi payları hakkında tasarruf yapamazlar. Bu durumda önalım hakkı nasıl kullanılacaktır? Bu konuda kanunda ve uygulama yönetmeliğinde bir açıklama bulunmamaktadır. Bunu uygulama belirleyecektir.

5403 sayılı Kanun'da değişiklik yapan 6532 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile Kanun'un 8/A maddesinde yer alan "...Bakanlığın izni ile..." ibaresinin ve 8/İ maddesinin 2. fıkrasının "*Sınırdaş tarım arazi maliklerine tanınmış önalım hakkının*" Anayasa'ya aykırılık iddiası ile iptal davası açılmıştır. Mahkeme "*8/İ maddesi son fıkrası ile önalım hakkını kullanan sınırdaş parsel maliki, satışın tarafları arasında akdedilen sözleşmede (resmi senette) gösterilen bedeli satıcıya ödemek zorundadır. Dolayısıyla taşınmaz, malikin amaçladığı kişinin dışındaki birine satılmakta ise de, malikin maddi yönden her hangi bir kaybı olmadığından menfaatinin gözetilmediği, mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale edildiği söylenemez. Ayrıca, kanun koyucu, taşınmazın sınırdaş maliklerden birine satılması durumunda, satış yapılacak sınırdaş seçmesi hususunda maliki tamamen serbest bırakmak suretiyle kamu yararı ile malikin kişisel yararı arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır.*" Gereğesi ile Kanun'un Anayasanın 13, 35 ve 44 maddelerine uygun olduğundan iptal isteminin reddine karar vermiştir.⁹

9 Anayasa mahkemesinin 30.10.2014 gün 2014/133 E. 2014/165 K. sayılı kararı,

Kanun'un son fıkrasında sınırdaş tarımsal arazi malikine tanınmış olan bu önalım hakkının kullanılmasında, Türk Medeni Kanun'u hükümlerinin uygulanacağı açıklanmıştır.

Bu noktada satıma konu tarımsal arazinin tamamının değil de bir kısım payının veya paydaşların bir veya bir kısım paylarının üçüncü kişilere satımı halinde, diğer önalım hakkına sahip ortakların bu haklarını kullanmaması halinde, sınırdaş arazi maliklerine bu hak tanınmış mıdır? sorusu akla gelmektedir. Kanun'un gerekçesindeki *“Türk Medeni Kanunu'na göre önalım hakkına sahip ortakların bu hakkını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak, arazilerin büyümesi hedeflenmiştir.”* açıklaması karşısında, satıma konu taşınmaz bir kısım paylarının satımında, TMK'ya göre diğer paydaşların önalım haklarını kullanmamaları halinde sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkına sahip olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi yukarıda belirttiğimiz 30.10.2014 günlü gerekçeli kararında *“Kanun'un 8/İ maddesinin ikinci fıkrasıyla tarımsal arazilerin satılması halinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınmaktadır. Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması halinde mevcut olduğu, tarım parselinin hissesinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.”* şeklinde yorumuyla sınırdaşın önalım hakkının tarımsal arazinin tamamının satılması halinde doğduğu, payın satışı halinde diğer paydaşların önalım haklarını kullanmamış olsalar bile, bu hakkın doğmadığını belirtmekle bu konuya açıklık getirmiştir.

Kanunda, satıma konu sınırdaş tarımsal arazi ister miras yoluyla intikal etmiş veya kişisel malı olsun, ister asgari tarımsal arazi veya yeter gelirli arazi büyüklüğünde olsun her türlü tarım arazisinin tamamının üçüncü şahıslara satılması halinde, sınırdaş tarımsal arazi malikine önalım hakkı tanınmaktadır. Sonuç olarak miktarı ne olursa olsun her türlü tarımsal arazinin sınırdaş dışında bir kişiye satılması halinde, sınırdaş tarımsal arazi malikinin önalım hakkı doğmaktadır. Tabii ki, tarımsal arazinin bir sınırdaş malike satılmasında diğer sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin ön alım hakları olamaz.

Birden fazla sınırdaş tarımsal arazisi malikinin ön alım hakkının bulunması ve kullanması halinde, hangisine bu hakkın tanınacağı da kanunda düzenlenmiştir. İkinci fıkrada *“önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması halinde hakim, “tarımsal bütünlük” arz eden sınırdaş tarımsal arazi malikine, önalıma konu ta-*

rımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.” hükmü ile birden çok önalım hakkına sahip sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin bu haklarını kullandıklarında hakim, bu hakkı kullanan maliklerin tarımsal arazilerindeki “tarımsal bütünlük” ölçütünü nazara alarak, sadece birine bu hakkı tanıyacaktır. Ancak birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin istemi halinde hakimin dikkate alacağı “tarımsal bütünlük” ölçüsü yeteri kadar açık değildir. Tarımsal bütünlük, nitelik olarak mı? kullanım tarzı olarak mı? yoksa miktar/nicelik olarak mı? Kanun’da açıklanmamıştır. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı’nın tebliğ ve talimatlarında, sadece “Ekonomik bütünlük” açıklanmış olup “Tarımsal bütünlük” açıklanmamıştır. Tarımsal bütünlük konusunda hukukçular arasında çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Satışa konu arazi ile önalım hakkını kullanan sınırdaş tarım arazisinde aynı türden tarımsal faaliyetin yapılıyor olması, satışa konu arazinin zeytinlik gibi dikili tarım arazisi olması önalım hakk

ı tanınmasını isteyen sınırdaş arazisinin bir zeytinlik olması halinde, tarımsal bütünlüğün varlığının kabulünün yerinde olacağı, önalım hakkı talep eden sınırdaş araziler arasında önalım hakkının birine tanınmasını gerektirecek bir farklılık yoksa, diğer bir deyişle hepsi aynı nitelikte ve nicelikte ise 1947 tarihli İBGK kararındaki ilkeye uygun olarak yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün sağlanması şartıyla arazi maliklerine eşit bölünerek verilmesi ile tarımsal bütünlük sağlanacağı ileri sürülmektedir. Bu konunun uygulamaya bırakıldığı anlaşılmaktadır.

5403 sayılı Kanun’da değişiklik yapan 6532 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile Kanun’un 8/A maddesinde yer alan “...Bakanlığın izni ile...” ibaresinin ve 8/İ maddesinin 2. fıkrasının “Sınırdaş tarım arazi maliklerine tanınmış önalım hakkının” Anayasa’ya aykırılık iddiası ile iptal davası açılmıştır. Mahkeme “8/İ maddesi son fıkrası ile önalım hakkını kullanan sınırdaş parsel maliki, satışın tarafları arasında akdedilen sözleşmede (resmi senette) gösterilen bedeli satıcıya ödemek zorundadır. Dolayısıyla taşınmaz, malikin amaçladığı kişinin dışındaki birine satılmakta ise de malikin maddi yönden her hangi bir kaybı olmadığından menfaatinin gözetilmediği, mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale edildiği söylenemez. Ayrıca, kanun koyucu, taşınmazın sınırdaş maliklerden birine satılması durumunda, satış yapılacak sınırdaş seçmesi hususunda maliki tamamen serbest bırakmak suretiyle kamu yararı ile malikin kişisel yararı arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır.” Gerekçesi ile Kanun’un Anayasanın 13, 35 ve 44 maddelerine uygun olduğundan iptal isteminin reddine karar vermiştir.¹⁰

10 Anayasa mahkemesinin 30.10.2014 gün 2014/133 E. 2014/165 K. sayılı kararı,

Sınırdas tarımsal arazinin bağışlama, trampa, ölünceye kadar bakiy gözetmek kaydıyla bağışlama sebeplerine bağı olarak devri, ortaklığa sermaye olarak konulması ve kamulaştırılması halinde devirlerinde önalım hakkına konu olamaz. Gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi halinde önalım hakkının tanınıp tanınmayacağı tartışmalıdır. Hakim görüşe göre, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak açılmış ve tescile karar verilmiş olması halinde, kararın kesinleşmesi ile ön alım hakkının kullanılabileceğı kabul edilmektedir.

Sınırdas tarımsal arazi malikine tanınmış olan bu önalım hakkı, TMK.732 vd. maddelerine uygun olarak kullanılabileceğı son fıkranın atfı gereğidir. Sınırdas arazinin tapudan satışının sınırdas tarımsal arazi malikine noter aracılığıyla bildirildiğı tarihten 3 ay içinde ve her halde 2 yıl içinde dava açmak suretiyle önalım hakkını kullanabilecektir. Önalım davasını görmeye HMK.2.m göre Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olup, yetkili mahkeme de HMK.12. maddesine göre, tarımsal arazinin bulunduğu mahal mahkemesidir.

SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKİ ÖDEYEN BANKANIN SORUMLULUĞU

Av. Abbas BİLGİLİ¹

1. GENEL GİRİŞ

Ticari hayattaki önemi inkar edilemeyecek olan kıymetli evrak içinde çekin özel bir yeri var. Bir çok kolaylığı beraberinde getirmesi yanında çekle ilgili hayli sorun olduğu da gözardı edilemez. Düzenlenmesi, ciro edilmesi, ciranta zinciri, muhatap bankanın tutumu gibi konularda yaşanan oldukça fazla sorunlardan biri de çekin sahte veya tahrif edilmiş olmasından kaynaklı problemlerdir. Çekin muhatabının banka olması ve bankaların da bir güven kurumu olarak kabul edilmesi karşısında sahte ve tahrif edilmiş çekin akıbetinin ne olacağı, bankanın bu konuda araştırma yapıp yapamayacağı hususu gündeme gelecektir.

Bankaların çek bedelini ödemek gibi bir yükümlülükle, basiretli bir tacir gibi davranmak zorunda olmasını nasıl dengeleyeceği sorunu aslında konumuzun özünü oluşturmaktadır. Bu nedenle sahte ve tahrif edilmiş çek kavramlarından hareketle, bunu ödeyen bankanın sorumluluğu bağlamında konuyu sınırlandırarak izah etmeye çalışacağız. Esasen konunun yasal çerçevesini oluşturan yTTK, md. 812'nin irdelenerek, sonuçlar çıkarılmaya çalışılacaktır.

2. SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEK KAVRAMI

Sahte ve tahrif edilmiş çek kavramlarının tanımına yasada rastlanmama ile birlikte, yTTK, md. 812'de keşideci ile muhatap banka arasındaki ilişkinin düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca aynı düzenlemede sorumluluğun kime ait olacağı da belirtilmiştir. İlave edelim ki, “sahte” ve “tahrif edilmiş” kavramlarının eşdeğerde sözcükler olduğu da ifade edilmektedir.²

2.1. Sahte Çek

Öğretide *sahte çek* kavramının *imza veya imzalarla beyanların sahte olması* şeklinde tanımlandığı görülmektedir.³ Sahteliğin, çekteki im-

1 Adana Barosu

2 DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2004, 2. C. s.2167

3 PULAŞLI, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, sh. 311

zanın o imzayı atan kişiye ait olmaması⁴ anlamına geldiği de söylenebilir. Çekteki sahtekarlığın; keşidecinin imzasındaki sahtekarlık, diğer imzalarındaki sahtekarlık ve beyanlardaki sahtekarlık fiilleri şeklinde üç grupta toplandığı da ifade edilmektedir.⁵ Düzenleyenin veya cirantaların imzalarının taklit edilmiş olduğu çek sahtedir. Düzenleyenden boş olarak çalınarak doldurulup imzalanmış çek de tümüyle sahtedir. Muhatap bankanın sahte çekin karşılığını keşidecinin hesabından ödemesi nedeniyle, zarara uğrayan da keşidecidir.

2.2. Tahrif Edilmiş Çek

Çekte tahrifat ise, düzenleyen tarafından düzenlenmiş gerçek çek içeriğinin; mevcut imza veya beyanlarının bozularak herhangi bir şekilde değiştirilmesidir.⁶ Başka bir anlatımla çekteki tahrifat; çek üzerindeki beyanların çekin zorunlu veya ihtiyari unsurlarının ilgilerin rızası olmadan değiştirilmesi, silinmesi veya kazınmasıdır.⁷ Bu durumda tahrif edilmiş çekteki beyanlarla, düzenleyenin asli beyanlarının uyumlu olmadığı⁸ sonucu çıkmaktadır. Çekteki tahrifat; çek tutarında yapılan tahrifat, çekteki isimlerde yapılan tahrifat ve çekin düzenleme tarihindeki tahrifat olarak üç grupta toplanabilir.⁹

Hatırlatalım ki, çek üzerindeki çıkıntı, kazıntı veya silinti gibi durumlarda HUMK'un 298. maddesinin karşılığı olan HMK'nın 207. maddesini de göz önünde bulundurmak gerekir. Yasal düzenlemede bu konuda **"Senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkar halinde göz önünde tutulmaz. Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemece senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz olur"** (HMK, md. 207)denilmektedir. Onay işlemi, değişikliğe muvafakat eden borçlunun, değişikliği imza ya da paraf etmesi şeklinde gerçekleşir.¹⁰ Senet metninde gerçekleştirilen değişiklikler, ilgililerce imza veya paraf edilerek onaylanmamakla birlikte inkar edilmemiş iseler, kendilerine karşı ileri sürülebilecektir.¹¹ Yargıtay

4 **ERİŞ, Gönen**, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, sh. 935

5 **TÖRÜNER, Ekrem**, "Ticaret Yasamız Açısından Sahtekarlık ve Tahrifat", ABD, 1980/2, sh. 207; **BİLGİN, Mahmut**, "Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması", DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, (Basım Yılı: 2010) sh. 1002

6 **PULAŞLI**, 311; **ERİŞ**, 935

7 **BİLGİN**, 1002; **ERDEM, Nuri**, Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, sh. 81, 82

8 **PULAŞLI**, 311

9 **TÖRÜNER**, 211, 212

10 **ERDEM**, 20

11 **ERDEM**, 21

da kararlarında senet üzerindeki değişikliklerin paraf edilmesine önem vermektedir. Örneğin bir kararda **"dava konusu çek ,bu davalıya takas için verilmiş olup çekin tahrifat yapıldığı ileri sürülen kısmında ise paraf bulunmaktadır. (...) sahte ve tahrif edilen çekten doğan zarardan muhatap banka sorumlu olup çekin tahrifat yapıldığı ileri sürülen kısmında ise paraf bulunması karşısında mümeyyiz davalının dava-ya konu çekle ilgili olarak ne şekilde kusurlu olduğu açıklanmadan adı geçen davalının sorumluluğuna hükmedilmesi doğru görülmemiş"**demektedir.¹² Bir başka kararda da **"takip dayanağı çekin keşide tarihinde ve miktar bölümünde düzeltmeler yapıldığı ve yanında da paraf imzanın bulunduğu görülmektedir. Buna göre imzaların keşideciye ait olması durumunda yapılan düzeltmeler geçerli olacaktır"** hükmünü vermiştir ki, aynı kararda **"öte yandan çekin keşide tarihinde ve miktar kısmında tahrifat yapılmış olması tek başına takibin iptali nedeni olmaz. Senedin tahrifatsız haline göre kambyo vasfında olup olmadığı belirlenerek sonuca gidilmelidir. Yine miktar kısmında tahrifat yapıldığının belirlenmesi halinde ise tahrifatsız miktar yönünden alacaklının talep hakkının bulunduğu kabulü gerekir"** görüşündedir.¹³ Karardan da anlaşılacağı üzere, çekin miktarında tahrifat yapıldığı takdirde, tahrifattan önceki miktar geçerli kabul edilmektedir. Bu nedenle de keşidecinin bankaya yönelik ödeme talimatı, çekin düzenlendiği andaki tutar ile sınırlıdır.¹⁴

3. YASAL DÜZENLEME

Sahte ve tahrif edilmiş çek konusunda keşideci ile muhatap banka arasındaki ilişki, hukukumuzda ilk defa 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 sayılı eTTK'nın 724. maddesinde düzenlenmiştir. Daha eski Ticaret Yasamızda bu hüküm yer almıyordu. Toplumun ve uygulayıcıların gereksinimi nedeniyle böyle bir düzenlemeye gerek duyulduğu anlaşıyor. Keşidecinin, bankanın ve lehtarın güvenlik kaygılarını gidermek amacı bu maddenin getirilmesinde rol oynamıştır.¹⁵ **Poroy**, eTTK'nın 724. maddesinin **"çeviri koktuğu"** görüşünde olup, kaynak İsviçre BK'dan **"az çok farklı"** olduğunu ifade etmektedir. Aynı yazar, maddedeki **"çek defterini iyi saklamayan keşideciye sorumluluk yüklenmesi"** hususunda, **"karne-**

12 Y. 11, HD, 27.06.2012, E.2012/8506, K.2012/11116 (<http://legalbank.net/belge/y-11-hd-e-2012-8506-k-2012-11116-t-27-06-2012/1169394>)

13 Y. 12, HD, 28.05.2013, E.2013/11063, K.2013/19889 (<http://legalbank.net/belge/y-12-hd-e-2013-11063-k-2013-19889-t-28-05-2013/1336144>)

14 **ÇEKER, Mustafa**, Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Karahan Kitabevi, 1. Baskı, Adana 2004, s. 256

15 **TÖRÜNER**, 204

nin iyi saklanmaması ile çeklerde tahrifatın önüne geçilmesi birbirine bağlı sorunlar değildir" diyerek, maddedeki ifade tarzını eleştirmiştir.¹⁶

Ancak, söz konusu eleştiriye rağmen, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yTTK'nda da sadece dili sadeleştirilerek aynı içerikte 812. madde getirilmiştir. Mevcut yeni düzenlemedeki yasa metni **"Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğerki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun"** (yTTK, md. 812) şeklindedir.

4. SORUMLULUK

Muhatap banka kural olarak kendisine ibraz edilen çeki ödemek durumundadır. Sahte olmayan veya tahrif edilmemiş bir çekin ödenmiş olması zarar doğurmayan normal bir durumdur. Ancak çek sahte veya tahrif edilmiş ise ve bu çeki muhatap banka ödemiş ise, bu ödemeyi keşidecinin banka nezdinde bulunan hesabından yaptığı için, keşidecinin zararı söz konusu olacaktır. Bankanın ödediği miktarı keşidecinin hesabına borç (zimmet) yazması ile zarar doğmuş olur. İşte 812. madde bu zararı kimin karşılayacağı ile ilgilidir. Yargıtay da eTTK md. 724'ye (yTTK, md. 812) göre açılacak davada zararın doğmuş olması gerektiğini **"TTK'nın 724'üncü maddesi uyarınca açılan davada zararın doğması gerekir"** şeklinde vurgulamaktadır.¹⁷

Sahte ve tahrif edilmiş çekle ilgili olarak keşideci ile muhatap arasındaki sorumluluğu düzenleyen yTTK, md. 812'nin metni incelendiğinde, düzenlemenin ana kural ve istisnası şeklinde iki hüküm içerdiği görülmektedir. Maddedeki ana kural, **"sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur"** hükmüdür. Görüldüğü üzere maddedeki birinci cümle ana kuralı oluşturmaktadır. Bu hükme göre, sahte veya tahrif edilmiş çeki ödeyen muhatap banka zarardan sorumludur. Maddedeki ikinci kural ise **"meğerki, senette düzenleyen olarak gösterilen kişiye, kendisine verilen çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun yüklenmesi mümkün olsun"** ibaresidir ki, bu da ana kuralın istisnasını oluşturmaktadır.¹⁸

4.1. Bankanın Kusursuz Sorumluluğu

16 **POROY, Reha**. Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 7. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, sh. 277, 278

17 Y.11. HD, 19.04.2004, E.10089/K.4214 (**ERİŞ**, 950)

18 **TÖRÜNER**, 205

Sahte veya tahrif edilmiş çeki ödeyen bankanın zarardan sorumlu olacağı (yTTK, md. 812) kuralındaki sorumluluk, kusura dayanmayan sorumluluktur.¹⁹ Buna kanundan doğan sorumluluk²⁰ ya da objektif sorumluluk²¹ da diyebiliriz. Ödemede hiçbir kusur olmasa dahi, sahtecilik veya tahrifat ne kadar dikkat edilirse edilsin anlaşılmayacak türden olsa dahi, kural olarak banka zarara katlanacaktır. Diğer bir deyişle, banka kusursuzluğunu ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır.²² Yargıtay da kararlarında bu sorumluluğun **“muhatap açısından kusursuz ve yasadan doğan sorumluluk olduğu”** görüşündedir.²³

Muhatap bankanın yTTK, md. 812’ye (eTTK, md. 724) göre sorumlu tutulabilmesi için, kendisine ibraz edilen çeki hamile ödemiş olması ve bu ödeme sonucunda da keşidecinin zararının doğmuş olması gerekir. Muhatap bankanın ödeme yapmadığı ya da ödeme yapmasına rağmen keşidecinin bir zararının doğmaması halinde md. 812’nin uygulanma imkanı yoktur.²⁴

Belirtelim ki, açık çekin durumu sahte çekten farklıdır. Açık çekin anlaşmaya aykırı olarak doldurulması, lehdarın iradesi yönünden sahtecilikle eşdeğer bulunmasına rağmen, düzenleyen açısından böyle bir sahte çek niteliğinde değildir; dolayısıyla yTTK, md. 812’nin uygulanma alanı bulunmayacak ve açık çek anlaşmasının dışında kalan muhatap bankanın sorumluluğuna gidilemeyecektir.²⁵

Keşidecinin kusursuz olduğu durumlarda veya muhatap bankaca bu tür iddiada bulunulmadığı sürece, kusursuz da olsa sorumluluğun hukuki dayanağı kusursuz sorumluluk olduğu için zarar bankaca karşılanacaktır.²⁶ Yargıtay kararında **“muhatap ve keşideci kusursuz ise, muhatap banka sahte ve tahrif edilmiş çeki ödemenin sorumluluğundan kurtulamaz”** demektedir.²⁷

19 REİSOĞLU, Seza, Çek Hukuku, Ankara 2011, sh. 311; ŞAHİNALP, Kaan, “Çekte Muhatap ve Muhatabın Sorumluluğu”, Sayıştay Dergisi, Sayı 39, sh. 109; DOĞANAY, 2167; ERİŞ, 936; TÖRÜNER, 214; ERDEM, 72

20 ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, sh. 1110, 1111; BOZER, Ali – GÖLE, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara, 2015, s. 317; PULAŞLI, 313; DOĞANAY, 2167

21 ERİŞ, 936

22 REİSOĞLU, 311; ŞAHİNALP, 109

23 Y.11. HD, 21.05.2012, E.2111/K.8385 (ERİŞ, 939)

24 ŞAHİNALP, 109; TÖRÜNER, 207

25 PULAŞLI, 312

26 ŞAHİNALP, 109

27 Y.11. HD, 31.01.2011, E.8136/K.894 (ERİŞ, 942, 943)

4.2. Keşidecinin Sorumluluğu

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde sorumluluk muhataba yüklenince, keşideciye de bu sahtelik veya tahrifat işini kolaylaştırıcı davranışlardan kaçınması mecburiyeti düşmektedir.²⁸ Keşideci bu yükümlülüklerini ihlal ederek kusurlu duruma düştüğünde sorumlu olacaktır. Konu ile ilgili olarak sorumluluğu düzenleyen yTKK, md. 812'nin ikinci cümlesinde **“senette keşideci olarak gösterilen kimseye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusur isnadı mümkün”** ise keşideciye sorumluluk yüklenmektedir. Bu yasal düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, yasa koyucu keşideciye **“çek defterini iyi saklaması”** sorumluluğunu vermektedir. Ancak burada keşideciye yüklenen görev sadece çek defterini iyi saklamaktan ibaret değildir, yasa metnindeki **“gibi”** ifadesi, benzer başka yükümlülüklerin de varlığına vurgu yapmaktadır.²⁹ Örneğin çekin gereken dikkat ve özenin gösterilmeden doldurulmuş olması, çekin lehbara tesliminde dikkatsiz davranılması, güvenilir olmayan kimseye bilerek çek verilmesi, çekte sahtecilikten sakıyası bulunan bir şahsa ödenecek meblağın sadece bir yerde ve rakamla gösterilmesi, çekte sahtekarlık veya tahrifatı kolaylaştırıcı davranışlar, şirket kaşelerinin ortada bırakılması, çek karnesinin üçüncü bir kişiye verilmesi gibi davranışlar keşidecinin sorumluluğunu gerektirir türdendir.³⁰ Bu gibi hallerde keşidecinin kusurundan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Zararın doğumuna sebep olan sahtelik veya tahrifatta düzenleyenin kusurlu olması ve buna karşın muhataba bir kusur isnad edilemiyor ise zarara tamamen düzenleyen (keşideci) katlanır.³¹

Keşidecinin tacir olması halinde kusurlu olup olmadığını belirlemek için basiretli bir tacir gibi davranıp davranmadığına bakılmalıdır, zira tacirler için basiretli bir tacir gibi davranma kriteri önemli bir kriterdir. Keşidecinin tacir olmaması halinde ise göstermesi gereken özenin ölçüsünün makul bir insanın göstermesi gereken özen kadar olduğu kabul edilmektedir.³² Hafif kusur keşidecinin sorumluluğu için yeterlidir.³³ Bu özeni göstermiş olduğunu ispat eden keşidecinin sorumluluğuna gidilemeyecektir.³⁴

28 ÖZTAN, 1104

29 ÖZTAN, 1103, REİSOĞLU, 312

30 REİSOĞLU, 312, 313

31 PULAŞLI, 314

32 TÖRÜNER, 215; ERDEM, 89;

33 ÖZTAN, 1104

34 ERDEM, 89

Keşidecinin çalıştırdığı yardımcı kişilerin sahtelik veya tahrifattan doğan zararda payları varsa, bundan da sorumlu olacaktır. TBK, keşidecinin yardımcı kişilerini **“birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılar”** (TBK, md. 116) olarak ifade etmektedir. Sahtekarlık veya tahrifat fiili, çek defterini görevi nedeni ile elinde bulunduran yardımcı kişi tarafından yapılmış ise, diğer bir deyişle yardımcı kişi sahtecilik fiilinin asli faili ise, TBK, md. 116 hükmü gereğince keşideci asil fail gibi sorumlu olacağından TTK, md. 812’nin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.³⁵ Çek defterini saklayan yardımcı kişinin fail olmamakla beraber sahtekarlık ve tahrifat eyleminin oluşmasında asli failin işini kolaylaştırıcı davranışta bulunması halinde, keşideci TTK, md. 812’ye göre kusurlu sayılabilir. Çek defteri ile görev ilişkisi bulunmayan yardımcı kişinin çek defterini çalarak kullanması halinde TBK, md. 116 uygulanmaz. Çünkü bu durumda yardımcı kişi ile herhangi bir kişi arasında fark kalmamaktadır. Böyle bir olayda keşidecinin ayrıca kusurlu olup olmadığına bakılarak TTK, md. 812 uygulanmalıdır.³⁶ Yargıtay yardımcı kişileri konusunda; **“çek defterini saklaması için muhasebecisine vermek”**³⁷, **“keşidecinin katibinin bir kısım çekleri eline geçirmiş olması”**³⁸ ve **“keşidecinin çek defterini dava dışı kendi muhasebecisine teslim etmesi”**³⁹ gibi davranışları keşidecinin kusurlu davranışı olarak kabul etmiştir. Bir kararda da Yargıtay **“sahte çeki düzenleyen, davacının çalışanı olduğu, davacının adam seçme ve denetlemede özen sorumluluğu gereğince davacının karşılıklı kusurlu bulunduğu kabulü gerektiği”** sonucuna ulaşmıştır.⁴⁰

Hatırlatalım ki, lehdar hiçbir zaman TBK, md. 116’da belirtilen yardımcı kişilerde değildir ve lehdarın kusurlu davranışının sonucundan keşideciyi sorumlu tutmak mümkün değildir.⁴¹

4.3. Bankanın Kusur Sorumluluğu

Keşidecinin kusurlu olduğunun tespiti halinde, Yargıtay muhatap bankanın da kusuru üzerinde durmaktadır. Keşidecinin kusuruna karşılık, muhatap banka sahte veya tahrif edilmiş bir çeki öderken kusurlu değil ise, kural olarak tüm zarara keşideci katlanmak zorunda kalmaktadır.

35 TÖRÜNER, 215

36 TÖRÜNER, 215, 216

37 Y.11. HD, 19.02.1976, 286/851 (REİSOĞLU, 313)

38 Y. HGK, 14.03.1973, 1971/201 (REİSOĞLU, 313)

39 Y.11. HD, 19.02.1976, 286/851 (REİSOĞLU, 313)

40 Y.11. HD, 17.05.2010, E.13684/K.5506 (ERİŞ, 943)

41 ÖZTAN, 1105

TTK md. 812 gereğince muhatap bankanın kusura dayanmayan objektif sorumluluğu söz konusu olduğu halde de, tüm zarara keşidecinin katlanması için yüzde yüz kusurlu olması gerekir. Yargıtay kararlarında çoğu zaman her iki tarafın da kusuruna değinilerek zarar taraflar arasında paylaştırılmaktadır.⁴²

4.4. Birlikte Sorumluluk

Keşidecinin sorumlu kabul edildiği hallerde muhatap bankanın sorumluluktan tamamen kurtulup kurtulamayacağı konusu öğretide tartışmalı bir konudur. Uygulamada sıkça başvuru olan yöntem, keşidecinin kusurunun tespit edilmesi halinde muhatap bankanın kusurlu olup olmadığı incelenmeksizin zarar taraflar arasında paylaştırılmaktadır. Bazı yazarlar da keşidecinin kusurlu olduğu hallerde bankanın sorumluluğunun bütünüyle ortadan kalkmayacağını, ancak keşidecinin kusuru oranında hafifleyeceğini belirtiyorlar.⁴³ Olması gereken de keşidecinin kusurlu olması halinde sorumluluğuna gidilmeli, ancak olayda muhatap bankanın kusurlu sayılabileceği haller varsa zarar taraflar arasında paylaştırılmalıdır.⁴⁴ Yargıtay da bunu **“Sahte çekin ödenmesinden muhatap banka sorumludur. Ancak, çek defteri iyi saklanmamış ise, boş çek yapraklarını iyi saklamayan da karşılıklı olarak sorumludur”** şeklinde ifade etmektedir.⁴⁵ Bir kararda da **“Eğer, keşideci sorumlu ise, muhatap banka, keşidecinin sorumluluğu oranında sorumluluktan kurtulacaktır”** şeklinde konu izah edilmektedir.⁴⁶

Keşideci ve muhatap bankanın birlikte sorumluluğuna gidilmesi halinde, taraflar arasında zararın paylaştırılmasında uygulanacak hüküm, haksız fiillere ilişkin sorumluluk hükümlerinin kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağını belirten TBK, md. 114/2'nin yollaması ile 52'dir.⁴⁷ Kusur oranları bilirkşi marifeti ile belirlenmektedir. Bankanın sorumluluğu kusura dayanmayan sorumluluk olduğu için, keşidecinin kusur oranını belirtmek yeterli olup, bankanın sorumluluğu keşidecinin kusuru oranında azalacaktır.⁴⁸

⁴² REİSOĞLU, 314

⁴³ ERDEM, 90; BOZER-GÖLE, 317

⁴⁴ ERDEM, 91

⁴⁵ Y.11. HD, 16.04.2012, E.15819/K.6169 (ERİŞ, 941, 942)

⁴⁶ Y.11 HD, 26.01.2006, E.586/K.523 (ERİŞ)

⁴⁷ REİSOĞLU, 317, ERDEM, 91; DOĞANAY, 2171; PULAŞLI, 313

⁴⁸ REİSOĞLU, 318; ÇEKER, 257

Bankalar bütün faaliyetlerinde basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorundadırlar.⁴⁹ Esasen bankalar birer güven ve itibar kurumu oldukları için onlardan, yTTK, md. 18/2'deki "basiretli hareket" ilkesinden daha ileri derecede bir dikkat ve özen beklenmesi gerekir. Bu nedenle de çalıştıracakları personeli seçmekte özneli ve dikkatli olmaları beklenir.⁵⁰ Çünkü istihdam edenler, çalıştırdığı kişinin üçüncü kişiye vermiş olduğu zarardan sorumludurlar.⁵¹ Nitekim Yargıtay kararlarında da **"... çekle ödeme yapmayı kabul eden ve müşterileri ile çek anlaşmaları yapan bankanın, herşeyden önce basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi"** hususuna vurgu yapılmıştır.⁵²

Keşideci çekteki imzası ile bankaya ödeme yetkisi vermekte olup, bunun sonucu olarak da çekteki imzanın gerçekten keşideciye ait olması gerekir. Bu nedenle banka çek anlaşması gereğince, kendisine ibraz edilen çekin imzasının gerçek olduğunu ve sahtelikten arınmış olduğunu özenli bir şekilde inceleme borcu altındadır. Elbette ki, bu incelemenin bir grafoloji uzmanından beklenen düzeyde olması istenemez. Hesabın bulunduğu şubede imza incelemesi nispeten daha kolaydır, çünkü imza örneği vardır. Diğer şubelere ibraz edilen çeklerde de bankanın dikkatli olması gerekir. Gelişen teknolojiye de yararlanarak gerekli kontrolü yapmalıdır. Diğer şubeden telefonla yapılan bir kontrol dikkatli bir kontrol değildir. İnceleme sadece imza ile sınırlı olmayıp, diğer hususlarda da, örneğin çek meblağının da göz önünde bulundurulmasında büyük yarar vardır. Şüphe uyandıran hallerde keşideciden bilgi istenmelidir. İncelenmesi gereken bir husus da bankanın keşideciye vermiş olduğu matbu formun dışında taklit edilmiş (sahte) bir çek karnesi olma ihtimalidir. Banka, çeki ibraz edenin hüviyetini de kontrol etmelidir. Nama yazılı çeklerde, çek doğrudan doğruya lehdar tarafından ibraz edilmiş ise, durum güçlük yaratmaz, çünkü banka hamilin hüviyetini çekte yazılı ad soyadıyla karşılaştırıp, aynı olduğunu tespit ettikten sonra ödemede bulunur. Çek, başka bir şahıs tarafından ibraz edilirse, ibraz edenin lehtarın mümessili veya vekili olup olmadığı, temlik durumunun söz konusu olup olmadığı araştırılmalıdır. Emre yazılı senetlerde, hamilin meşru hamil olup olma-

49 **BATTAL, Ahmet**, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001, s.233

50 **DOĞANAY**, 2172, 2173

51 **DOĞANAY, İsmail**, "Bankaların İstihdam Ettiği Memurlarının Haksız Eylemlerinde Dolaylı Mevduat Sahiplerine Karşı Hukuki Sorumluluğu", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar içinde, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, 5-6 Nisan 1996 s. 175 vd.

52 Y.11. HD, 17.03.1983, E.83/129 (**PULAŞLI**, 313)

diği ciro silsilesinden anlaşılır. Lehardan başlayarak son hamilde biten cirolardan ilki lehdarın imzası, daha sonrakiler ise bir önceki cirodaki lehdarın imzasını taşıyor ise, ciro silsilesi muntazam demektir. Ciro zinciri muntazam değilse bankanın ödeme yapmaması gerekir. Hamile yazılı çeklerde muhatabın durumu daha rahattır, zira araştırma yükümlülüğü adeta kaldırılmış gibidir.⁵³ Yargıtay **“Muhatap bankanın, ibraz edilen çekin imza kontrolünü yapmak hak ve yükümlülüğü vardır”** demektedir.⁵⁴

Yargıtay’ın kararlarında **“imzası sahte olan çeki ödeyen banka %60, çek defterininin kaybolduğunu zamanında bankaya bildirmeyen keşideci %40 kusurludur”⁵⁵, “çek hesabında para olmadığı halde çeki ödeyen banka 1/3, çek defterini kaybeden keşideci 2/3 oranında kusurludur”⁵⁶, “hamilin kimliğini saptamayan banka %60, çek defterini iyi saklamayan keşideci %40 kusurludur”⁵⁷** şeklinde sonuca ulaşıldığı görülmektedir.

5. SORUMSUZLUK ANLAŞMLARI

Sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğan zararı düzenleyen eTTK, md. 724 ve yTTK, md. 812’nin emredici bir hüküm olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Zira uygulamada bankalar çek sözleşmelerine özel hüküm koyarak, sorumluluğu keşideciye yüklemek istemektedirler. Öğretide bu hükmün emredici olmadığı konusunda görüş birliği vardır.⁵⁸ Bu nedenle çek sözleşmelerine konulan, sahte ve tahrif edilmiş çeki ödeyen bankanın sorumlu olmayacağı, sorumluluğun keşideciye ait olacağı şeklindeki hükümler kural olarak geçerli olacaktır. Hemen belirtelim ki, öğretide azınlıkta kalan görüşe göre, parasal yönden bankaya kıyasla güçsüz, çek anlaşmalarındaki hükümleri kendi lehine değiştirme olanağından yoksun bulunan kusursuz keşidecinin zarara katlanmak zorunda bırakılması toplumun adalet anlayışına ve yasaların temel işlevlerinden olan güçsüz tarafı koruma işlevine ters düşecektir.⁵⁹

Sorumluluk anlaşmaları ile sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmiş olmasından doğan zararın sorumluluğunu keşideciye yükleyen hükümlerin eBK ve yTBK dönemlerine göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekecektir.

53 ÖZTAN, 1106 - 1116

54 Y.11. HD, 31.03.2008, E.2097/K.4124 (ERİŞ, 944, 945)

55 Y.11. HD, 21.05.1979, 283/2670 (REİSOĞLU, 317)

56 Y.11. HD, 04.02.1980, 459/453 (REİSOĞLU, 317)

57 Y.11. HD, 26.04.1982, 1982/1948 (REİSOĞLU, 317)

58 REİSOĞLU, 316; ÖZTAN, 1116; PULAŞLI, 315; ERİŞ, 936; ERDEM, 91

59 TÖRÜNER, 218

Bankaların ağır kusur halinde sorumluluktan kurtulamayacağı, bu konuda önceden yapılmış çek anlaşmalarındaki sorumluluğu keşideciye yükleyen hükümlerin geçerli olmayacağı eBK (md. 99/1) ve yTBK (md. 115/1) açıktır. Yargıtay da **“eTK’nın 724. maddesi gereğince bankaya yükletilen sorumluluğun sözleşme ile kaldırılmasının da eBK’nın 99/2. maddesi gereğince geçersiz bulunması karşısında davalı banka vekilinin temyiz itirazlarının reddine”** karar vermiştir.⁶⁰

Eski BK zamanında bazı durumlarda bankaların hafif kusur halinde de sorumlu olabiliyor idiler. Ancak yTBK döneminde ağır kusur halinde de, hafifi kusur halinde de bankaların sorumlu olacağı, sorumsuzluk hükümlerinin geçerli olmayacağı öğretilde belirtilmektedir.⁶¹ Bu konudaki bir görüşe göre de, TBK md. 116/3 uyarınca bu sorumsuzluk hükümleri hem bankalar ve hem de yardımcı kişiler bakımından, TBK, md. 23 ile 115 ve Bank. K. md. 6 ve 13 hükümleri çerçevesinde geçersizdir.⁶² Bankalar BK. Md. 115 ve 116’da ifade edildiği şekilde **“yetkili makamların verdiği izinle kurulan”** kurumlardır. Dolayısıyla yetkili makamlar tarafından verilen izinle (bkz. Bank. K. 6, 10) faaliyet yürüten bankaların çek anlaşmalarına koydukları sorumsuzluk kayıtları, artık hiçbir şekilde kendilerini sorumluluktan kurtaramayacaktır.⁶³

6. RÜCU

Sahte ve tahrif edilmiş çeki ödeyen banka uğradığı zarar nedeniyle çek hamiline, sadece kötü niyetli olması halinde rücu edebilir; hamilin iyi niyetli olması durumunda, hataen ödeme nedeniyle rücu edemez.⁶⁴ Çeki düzenleyen kusurlu ise, muhatap banka düzenleyene de rücu edebilir.⁶⁵ Yargıtay bir kararında **“hamil kötü niyetli ise, bankanın, bu paranın kendisine geri verilmesini hamilden isteyeceği, iyi niyetli hamile ise hataen ödeme sebebiyle başvurma imkanının olmadığını”** belirtiyor.⁶⁶

Sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden dolayı keşideci zarara uğramış ise, bu zarardan dolayı TBK md. 61 hükmü gereğince müteselsil

60 Y.11. HD, 07.04.1992, 91-1137/5968 (MOROĞLU, Erdoğan – KENDİGELEN, Abuzer, İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Oniki Levha Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 2014, sh. 721)

61 PULAŞLI, 315; BOZER – GÖLE, 318

62 ERİŞ, 937

63 ÜLGİN, Hüseyin – HELVACI, Mehmet – KENDİGELEN, Abuzer – KAYA, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013, sh. 274

64 PULAŞLI, 315; ERİŞ, 936, 937

65 ERİŞ, 936

66 Y.11. HD, 10.09.2013, 2012-17465/15363 (MOROĞLU – KENDİGELEN, 723)

sorumlu olarak hem muhatap bankaya hem de sahtecilik veya tahrifat yapan hamile rücu edebilir. Muhatap, zararı ödediği takdirde sahteliği yapan çek hamiline rücu edebilir.⁶⁷ Yargıtay da “**davalı bankanın zararı ödediği takdirde sahteciliği yapan hamile karşı rücu hakkı bulunduğ**u” görüşündedir.⁶⁸

7. SONUÇ

Sahte ve tahrif edilmiş çekin ödenmesinden doğan zarar kural olarak muhatap bankaya aittir. Bankanın sorumluluğu kanundan doğan kusursuz sorumluluktur. Ancak çek defterini iyi saklamamak gibi davranışları olan düzenleyen (keşideci) de sorumludur. Keşidecinin sorumluluğu oranında muhatap bankanın sorumluluğu azalacaktır. Bankalar güven kurumu olduğundan, topladıkları mevduatı özenle muhafaza etmek zorundadırlar. Bu nedenle sahte ve tahrif edilmiş çekle karşılaştıklarında basiretli bir tacir gibi davranmalıdırlar. Çalıştırdıkları kişilerin eylemlerinden doğan zarardan da sorumlu olduklarından, personel konusunda da özenli olmalıdırlar. Konuyu düzenleyen TTK md. 812'nin emredici olmadığı yönünde öğretide ağırlıklı görüş varsa da, TBK'nın 115 ve 116. maddeleri gereğince sorumluluğu keşideciye yükleyen sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği olmaması gerekir.

KAYNAKÇA

- **BATTAL, Ahmet**, Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001
- **BİLGİN, Mahmut**, “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması”, DEÜ-HFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, (Basım Yılı: 2010)
- **BOZER, Ali – GÖLE, Celal**, Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 4. Baskı, Ankara 2015
- **ÇEKER, Mustafa**, Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Karahan Kitabevi, 1. Baskı, Adana 2004
- **DOĞANAY, İsmail**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, 4. Baskı, İstanbul 2004
- **DOĞANAY, İsmail**, “Bankaların İstihdam Ettiği Memurlarının Haksız Eylemlerinde Dolaylı Mevduat Sahiplerine Karşı Hukuki Sorumluluğu”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar içinde, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, 5-6 Nisan 1996
- **ERDEM, Nuri**, Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008

⁶⁷ PULASLI, 315

⁶⁸ Y.11. HD, 21.05.2012, E.2111/K.8385 (ERİŞ, 940)

- **ERİŞ, Gönen**, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014
- **MOROĞLU, Erdoğan – KENDİGELEN**, Abuzer, İçtihatlı Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Oniki Levha Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul 2014
- **ÖZTAN, Fırat**, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997
- **POROY, Reha**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 7. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981
- **PULAŞLI, Hasan**, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- **REİSOĞLU, Seza**, Çek Hukuku, Ankara 2011
- **ŞAHİNALP, Kaan**, “Çekte Muhatap ve Muhatabın Sorumluluğu”, Sayıştay Dergisi, Sayı 39
- **TÖRÜNER, Ekrem**, “Ticaret Yasamız Açısından Sahtekarlık ve Tahrifat”, Ankara Barosu Dergisi, 1980/2
- **ÜLGEN, Hüseyin – HELVACI, Mehmet – KENDİGELEN, Abuzer – KAYA, Arslan**, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013

3213 SAYILI MADEN KANUNU KAPSAMINDA İDARİ PARA CEZALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ¹

Av. Nilüfer ÖZDEMİR

ÖZET

Toplumların bir arada belirli bir düzen içerisinde yaşamaları, esas olarak o toplumun mevcut kurallar bütününe uyması ile mümkün olmakla birlikte ceza hukukunun temelinde de bu bir arada yaşama düzeninin devamlılığı için öngörülen yaptırımların bütünü yer almaktadır. Bu durumda ceza hukukunun salt kişiler arası fiil ve eylemlerini düzenlemek dışında ekonomik ve sosyal açıdan da yasaklar ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde de bu eylemlerin cezalandırılması gerekli olmuştur. Bu nedenle hukuk sistemlerinde suç ve bu suçların cezalarının tanımlandığı ceza kanunları ana kanun olarak bulunmakla birlikte, suç niteliği taşımayan ve fakat gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi durumunda idari yaptırım uygulanmasını gerektirecek nitelikteki eylemlere karşı da düzenlenmeler yapılmıştır.

Ülkemiz hukuk sisteminde de gelişmiş ülkelerin birçoğunda olduğu gibi suç ve kabahat ayrımına gidilerek 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nda “*Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.*” ifadesine yer verilmiş, yine anılan Kanunun 4 üncü Maddesi ile “*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*” ifadesi ile farklı kanunlarda kabahat oluşturan fiillerin belirtilebileceği, Kanunun 16 ncı Maddesi ile uygulanacak olan idarî yaptırımların, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden oluştuğu hükme bağlanmıştır.

Kanunlarımızda idari para cezası yaptırımı, ilk olarak 6831 sayılı Orman Kanununda kaşımıza çıkmakla birlikte Anayasa'nın 168 inci Maddesi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu vurgulanan madenlerin aranması, işletilmesi, üzerinde hak sahibi olunması ve terk edilmesi ile ilgili usul ve esasları düzenleyen 3213 sayılı Maden Kanununda da ruhsat

1 Maden Hukuku Sempozyumu, 3-4 Ekim 2015, Afyonkarahisar

sahiplerinin yükümlülükleri bulunmaktadır ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle idari para cezaları öngörülmüştür.

GİRİŞ

İdareler toplum düzenini, kamu güvenliğini sağlamakla görevli olduğu gibi kamu mallarının kullanımı, işletilmesi ve korunması noktasında da görevlidir. İdare tarafından belirlenen kural ihlallerinin ortaya çıkması durumunda idari düzenin işleyişi bozulur. Bozulan bu düzenin yeniden kurulması amacıyla idari düzeni bozucu davranışlara, idarece yaptırım uygulanabilmektedir. Bu bağlamda idarenin kendine özgü bir ceza hukuku alanı oluşturduğu sonucuna varılabilir. Ancak bu alanda uygulanacak yaptırımların ceza hukukunda öngörülen cezai yaptırımlardan ayrışması amacıyla bu tür yaptırımlar “ idari yaptırımlar” olarak ifade edilmiştir. Günümüzde idari yaptırımlar başta idare hukuku olmak üzere anayasa hukuku, ceza hukuku ve mali hukuktan beslenmektedir.

İdari yaptırım kavramı ve bir idari yaptırım olarak idari para cezaları;

İdare hukuku, Anayasa ile kamu kurum ve kuruluşlarına tanınan yetki ve görevler çerçevesinde oluşmakla birlikte, idarenin temel görevi hukuk kurallarına uyarak kamu yararını gerçekleştirmektir. Ancak kamu yararını gerçekleştirme yükümlülüğü nedeniyle idarenin, özel kişiler karşısında üstün yetki ve ayrıcalıkları bulunmaktadır.² Bu üstün yetki ve ayrıcalıklar gerek adli gerekse idari alanlarda tanınmıştır.

İdari yaptırımlar yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir idari işlem ile idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezadır.³ Anayasa Mahkemesi kararında da benzer ifadelerle idari yaptırım tanımı yapılmıştır.⁴ İdari yaptırım uygulama yetkisi idarelerce; ancak yasalarla tanınmış olma şartı ile kullanılabilir. Yasallık ilkesi çerçevesinde uygulanan idari yaptırımlar Uyuşmazlık Mahkemesi kararında ise “ *Kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlama amacına yönelik yaptırımlar*” olarak tanımlanmıştır.⁵

İdari yaptırımlar ceza hukuku anlamında bir ceza olmamakla birlikte idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olacak şekilde idari işlemler aracı-

2 Giritli, İ. Bilgen, P. Akünger T. (2001) İdare Hukuku İstanbul: Der Yayınları

3 Özay, İl Han İdari Yaptırımlar, İ.Ü. Yayın No: 3326 İstanbul s.35

4 Anayasa Mahkemesi 23.10.1996 tarih ve E:1996/48 , K:1996/41 sayılı kararı RG : 18.09.1997, S: 23114

5 Uyuşmazlık Mahkemesi 08.05.1998 tarih ve E: 1998/10 , 1998 / 12 sayılı kararı

lığıyla uygulanmakta; ancak caydırıcı ve cezalandırıcı nitelikte olma özellikleri ile idari işlemlerden ayrılmaktadır.⁶İdari yaptırımlar ceza hukuku yaptırımı olmadığından, ceza hukuku ilkelerinin tamamı da bu alanda uygulanamayacağından idari yaptırımlar için hem idare hem ceza hukuku kurallarının uygulandığı özel bir hukuki rejim şekillenmiştir. Cezai yaptırımlar toplum düzenini koruma ve sağlamayı amaçlarken, idari yaptırımlar öncelikle kişilere idare karşısındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmelerini hatırlatmayı ve böylece idari düzeni sağlamayı hedeflemektedir. Bu yaptırımlar cezalandırmaktan çok, idari ihlalin kamu yararında neden olduğu eksilmenin giderilmesini amaçlar.

İdari yaptırımlar, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 16 ncı Maddesinde yer alan *“Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.”* hükmü ile hukuk sistemimizde idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar olmak üzere iki ana başlıkta toplanmıştır.⁷

Para cezaları; kamu para cezaları, tazminat kabilinden para cezaları, medeni para cezaları ve idari para cezaları olarak dört başlık altında incelenmektedir.⁸ İdari para cezalarını parasal nitelikli diğer yaptırımlardan ayıran temel unsur ise bunların yargı makamınca değil idari bir makamca karara bağlanmasıdır.⁹

Anayasa Mahkemesi bir kararında idari para cezalarını, *“Toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleşen malî nitelikli yaptırımlar”*¹⁰olarak tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi 1997 tarihli bir kararında ise idari para cezalarının özellikleriyle ilgili şu hususlara değinmiştir. *“İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal*

6 Karabulut, Dr. Mustafa . İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi Turhan Kitapevi , Ankara 2008 s.28

7 TAN Turgut, “İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki Güvenceler”, Hukuk Kurultayı 2004, Ankara Barosu Yayını/İnsan Hakları 2, s.99

8 Süheyl Donay, “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, AÜHFM, C. XXXVII, S. 1-4, 1972, s. 425.

9 Yücel Oğurlu, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakışta İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı”, AÜEHFD, C. III, S. 1, 1999, s.160

10 Anayasa Mahkemesi Kararı, 23.05.2001, E. 2001/232, K.2001/89, RG:19.01.2002, S:24645.

servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. Kişilere, idare hukuku alanındaki düzene aykırı davranışları nedeniyle verilen idarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir. Para cezaları, idarî cezalar arasında yer almaktadır. İdari para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından verilmesidir.”¹¹ Madenler de ulusal servet olma özellikleri ve üretim süreçlerinde kamu sağlığının olumsuz etkilenme ihtimali bulunması nedeniyle idari yaptırım ve idari para cezalarına konu olmaktadır.

İdari para cezası, idari ihlaller nedeniyle kural olarak idari merciler tarafından verilen, kişinin malvarlığına yönelik idari bir yaptırım çeşididir.¹² DÖNMEZER-Erman’a göre “Belirli nizamlara aykırılık dolayısıyla, doğrudan doğruya idari mercilerce hükmedilen para cezalarına idari para cezaları adı verilmektedir.”¹³

İdari para cezaları dışındaki idari yaptırımlara, bir işyerinin kapatılması, meslek ya da sanatın icrasının yasaklanması, imar hukukuna ilişkin yıkım kararları, verilen bir yetki belgesinin veya ruhsatın, iznin iptali ve özellikle idari teşkilatımızda bağımsız idari otorite olarak yer bulan idari kurumlarca uygulanan yaptırımlar örnek verilebilir. 3213 sayılı Maden Kanunumuzda 6592 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler öncesi uygulanan teminatı irat kaydı ile uygulanmaya devam olunan ruhsat iptali, faaliyet durdurma, teknik elemanlarca yapılan beyanların belirli süre ile geçersiz sayılması ve bu hak mahrumiyetinin teknik elemanın bağlı olduğu mesleki teşekkülüne bildirilmesi yaptırımları da bu tür yaptırımlara örnek verilebilir.

Kural tüm cezaların yasallık ilkesi çerçevesinde, yasa ile açıkça yetkilendirilmiş organlarca verilmesidir. Anayasanın “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” ilkesini belirten 6 ncı Maddesi ve idarenin görevlerinin kanuna dayanması gerektiğini öngören 123 üncü Maddesi uyarınca idari para cezası verilmesi noktasında karar alma yetkisinin idari bir makamca kullanılabilmesi için bu yetkinin anayasa, kanun ya da kanuna dayanan idari işlemler tarafından o makama verilmiş olması lazımdır.

İdari para cezaları, bildiri konusu olan 3213 sayılı Maden Kanunu gibi özel kanunlarda öngörülmekle birlikte bu cezaların hangi durumlarda

11 Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.05.1997, E. 1996/72, K.1997/51, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1997/K1997-51.htm>

12 ERDOĞAN, Oktay, Para Cezaları ve İnfazı, 2. Baskı, İstanbul 2007, s.482.

13 DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 12. Baskı, C.2, İstanbul 1999, s.682.

verileceği de ilgili yasa hükümleri ile belirlenmiştir. 3213 sayılı Maden Kanununda öngörülen idari yaptırımların uygulanması yetkisi ise 3154 sayılı Enerji Ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca icrai birim olan Maden İşleri Genel Müdürlüğü (MİGEM) aracılığıyla kullanılmak üzere Enerji Ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı uhdesindedir.

İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi ve Maden Kanununa yansıyan uygulamalar,

Hukuk sistemimizde 2005 yılında yürürlüğe giren 5326 Sayılı Kabahatler Kanununa kadar idari yaptırımlarla ilgili genel bir düzenleme yapılmamıştır. Yargı denetimiyle ilgili genel bir düzenlemenin olmayışının sonucu olarak benzer nitelikteki işlerde bazen adli yargı, bazen de idari yargı görevli olabilmekteydi. İdari para cezalarının yargısal denetiminin farklı yargı düzenlerinde yer alan mercilerce yapılmasının yanında, bu cezalara karşı yapılacak başvuru süreleri de farklılık arz etmekteydi.

Ayrıntılı açıklandığı üzere idari para cezalarını adli yaptırımlardan ayıran temel unsur bunların bir yargı mercii tarafından değil, idari bir makamca karara bağlanmasıdır. Bu nedenle idari para cezalarına idari usuller uygulanarak karar verilir, yani bunlar birer idari işlemdir. İdari para cezalarının idari işlemle tesis edildiği ve dolayısıyla idari yargının görevli olacağı düşünülse de 5326 sayılı Kabahatler Kanunun 3 üncü Maddesi idari para cezası yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında ve idari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde Kabahatler Kanununun uygulanacağını düzenlemiştir.

İdari para cezaları, kararı vermeye yetkili makam tarafından kararlaştırılarak imzalanmakla yürürlüğe girmiş olur. Bu şekilde tamamlanan idari para cezası muhatabına bildirilmekle hüküm ifade eder ve dolayısıyla muhatabına karşı ileri sürülebilir hale gelir. İdari para cezasına ilişkin kararın kanunun öngördüğü sonuçları doğurabilmesi için 5326 Sayılı Kanunda öngörülen şartları taşıması lazımdır. Buna göre ilgiliye yapılacak tebligatta, karara karşı başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi belirtilmelidir. 5326 Sayılı Kanunun 27 nci Maddesi ile idari para cezasına karşı kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde adli yargı teşkilatında yer alan sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği, aksi halde cezanın kesinleşeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ve 5326 sayılı Kanunun genel olma niteliği dolayısıyla, özel kanunlarda yer alan idari para cezası kararlarına karşı yapılacak başvurularda da görevli mahkeme sulh ceza mahkemesi olarak belirlenmiştir.

5326 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesine rağmen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda hangi yargı kolunun görevli olacağı tartışmaları devam etmiş, konu Uyuşmazlık Mahkemesince değerlendirilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.11.2005 tarih ve E: 2005/76, K: 2005/102 sayılı kararı, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamına giren ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idari yargı yerinde dava açılmayan idari para cezasına karşı yapılan itirazın, adli yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği yolundadır.¹⁴

5995 Sayılı Kanunla 3213 Sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ile Kanunun 13 üncü Maddesinin yedinci fıkrası *“Bakanlık, mülki idare amirlikleri ve il özel idareleri tarafından bu Kanuna göre verilen idari para cezaları 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununa göre tahsil edilir. Tahakkuk eden ve ödenmeyen Devlet hakları ile ruhsat harçları 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere ilgili tahsil dairesine bildirilir.”* şeklinde değiştirilmiş; ancak idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda görevli yargı mercii açıkça belirtilmemiştir.

3213 sayılı Maden Kanununun 6592 sayılı Kanunla değişik 13 üncü Maddesinin üçüncü fıkrası ile *“Bakanlık, mülki idare amirlikleri ve il özel idareleri tarafından bu Kanuna göre verilen idari para cezaları hakkında 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır. Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. Tahakkuk eden ve ödenmeyen Devlet hakları 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmek üzere ilgili tahsil dairesine bildirilir.”* ifadelerine yer verilerek idari para cezaları hakkında uygulanacak kanun ve görevli yargı mercii açıkça belirtilmiştir.

3213 Sayılı Maden Kanunu uyarınca verilen idari para cezalarına karşı hangi yargı koluna başvurulacağı hususu 5326 sayılı Kanun hükümlerine rağmen uzunca bir süre belirsizliğini korumuştur. Nevşehir Sulh Ceza Mahkemesinin 15.02.2007 tarihli dosyası ile görülen dava ve aynı idari para cezasının iptali talebi ile açılan ve Kayseri 2. İdare Mahkemesinde görülen davada 28.05.2008 tarihli, ilam ile ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmiş, Uyuşmazlık Mahkemesinin K. Sayılı ilamı ile Nevşehir Sulh Ceza mahkemesinin görevsizlik kararı kaldırılarak, kararda *“ idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16 ncı Maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 3213 sayılı Maden Kanununda idari para cezasının itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği*

14 Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.11.2005 tarih ve E: 2005/76, K: 2005/102 sayılı kararı

anlaşılmıştır. Bu durumda Kabahatler Kanunun 5560 sayılı Kanunla değişik 3 üncü maddesinde belirtildiği üzere idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı kanun hükümleri dikkate alınacağından idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde anılan kanunun 27 nci Maddesinin bir numaralı bendi uyarınca adli yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Yine Antalya İdare Mahkemesinin K. sayılı dosyası ile maden sahasıyla ilgili olarak verilen idari para cezasının iptali talebiyle açılan davada mahkemece “ 3213 Sayılı Kanun’a göre verilen idari para cezasına karşı açılacak davanın idari yargı yerinde görüleceğine dair açık bir usul hükmü bulunmaması karşısında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca bu davanın görüm ve çözüm görevi sulh ceza mahkemesine aittir. Dava konusu cezanın düzenlendiği yazıda aynı kanunun sair maddelerine dayanan başkaca işlemlere yer verilmiş olması hali, idari para cezasının dayanağı olan kanun maddesi açısından Kabahatler Kanunu’nun 27/8 inci Maddesindeki istisnai duruma girmemektedir. Açıklanan nedenlerle, davanın 2577 sayılı Kanun’un 15/1-a Maddesi hükmü uyarınca görev yönünden reddine” karar vermiştir. Mahkemece, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa atıfla karar verilmiş olmakla birlikte, Kabahatler Kanunun 27 nci Maddesinin sekizinci fıkrasının ayrıca incelenmesi noktasında önemli bir karar olduğu değerlendirilmektedir. Şöyle ki; Maddenin 8 inci fıkrasına göre idarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür. Söz konusu kural, sulh ceza mahkemesine başvurulabilecek idari yaptırım kararları yönünden geçerli olup, bu yaptırım kararı kapsamında idari yargının görev alanına giren bir başka kararın da verilmiş olması halinde bu kararın iptali talebiyle birlikte idari yaptırımın iptali isteminin de idari yargı merciinde görülmesini amaçlamaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, aynı idari işlemle hem idari para cezası verilmesi hem de idari para cezası dışında başkaca bir idari yaptırımın verilmesi gerektiğidir.

Anayasa Mahkemesi’nin 1997 yılında verdiği bir kararla; “... idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve

kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Ancak, itiraz konusukuralda olduğu gibi bir idari işlemin bir bölümünün idari yargının, diğer birbölümün ise adli yargının denetimine bırakılmasında, kamu yararibulunmamaktadır. Zira bu işlemler, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili bir idari işlemin devamı ve idari bir yasağa aykırı davranan kişiye idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olup, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının yetkili olacağı kuşkusuzdur.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme’de bakılmakta olan dava, verilen paracezasının kaldırılmasına ilişkindir. 3194 sayılı Yasa’daki düzenlenen biçimiyle yıkımkararına karşı idari yargıya başvurulacak ancak, 42. maddenin beşinci fıkrasının birinci tümcesi kuralı uyarınca para cezasına karşı, cezanın tebliğinden başlayarak yedi gün içinde Sulh Ceza Mahkemesi’ne itiraz edilebilecektir. Oysa yıkım kararında, para cezasının da konusunu ruhsat alınmadan ya da ruhsata aykırı olarak yapılan yapı oluşturmaktadır. Her iki kararı alan da idaredir. İdarenin aynı yapı içinaldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozar. İşlemin idari işlem olduğundadır aksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararında bulunmadığına göre, idari bir işlemin bölünerek bir bölümünün idari yargının birbölümünün de adli yargının denetimine bırakılmasında isabet yoktur.” ifadelerine yer vermiştir.¹⁵

Danıştay 6. Dairesi 28.06.2010 tarih ve 2008/9714 E. ve 2010/6776 K. Sayılı kararında 5326 sayılı Kanunun 28 inci Maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca hüküm tesis etmiş ve “ Davacı tarafından ruhsatsız yapılan yapının yıkılması ve para cezası verilmesi yolundaki işlem 3621 sayılı Kanunun 15.maddesi ve 5326 sayılı Kanunun 27/8. maddesi uyarınca idari yargının görev alanı içerisinde bulunmasına rağmen davanın görev yönünden reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir. Bu durumda, idare mahkemesince uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerektiğinden, davanın adli yargının görevli olduğundan bahisle görev yönünden reddedilmesinde isabet görülmemiştir.” ifadeleri ile görevli yargı kolunun idari yargı olduğunu hükme bağlamıştır.

Bu durumda 3213 sayılı Maden Kanunu uyarınca idari para cezası ile ruhsatın iptaline ilişkin idari yaptırımların ayrı ayrı değil de aynı idari işlem ile tesisi halinde, anılan kanun hükmü uyarınca yapılacak başvurularda idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak bu

15 AYM., E.1996/72, K.1997/51, T.15.05.1997, RG.01.02.2001-24305.

hususta henüz yapılmış bir başvuru yahut idari yargıda açılmış bir dava bulunmamaktadır. Kanunun uygulanması sürecinde Danıştay içtihatları doğrultusunda bu hususta da birlik olacağı düşünülmektedir.

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca idari para cezaları bakımından görevli yargı mercii açıklandı. Ancak bir mahkemece bir davanın görülebilmesi için mahkemenin görevli olmasının yanı sıra yetkili de olması gerekmektedir. Kabahatler Kanununun 22 nci Maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yer bakımından yetki kuralları kabahatler açısından da uygulanmaktadır. Ancak Maden Kanunundan kaynaklanan idari para cezaları esas olarak bir kabahat nedeniyle değil, idari ihlal nedeniyle verilmektedir. Dolayısıyla ceza hukuku ilkeleri kapsamında öngörülen eyleme göre yer yönünden yetkinin belirlenmesi ile idari ihlalden dolayı yetkili mahkemenin belirlenmesi tam olarak birbiriyle örtüşen özellikler göstermemektedir. Yargıtay ve Danıştay'ın yerleşik kararları, genel yetki kuralları kapsamında, madenlerin bulundukları yerde çıkartılmaları nedeniyle açılacak davaların da madenlerin bulundukları yer mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönündedir.

Madenler bulundukları yerde çıkartılmalarından dolayı taşınmaz niteliğinde değerlendirilmeleri durumunda ilk olarak maden sahasının bulunduğu yer sulh ceza mahkemesinin yetkili olacağı düşünülse de sahada keşfin, bilirkişi incelemesinin zaruri olmadığı, üretime, işletmeye veya üretilen miktara ilişkin olmayan, henüz ruhsatlandırma işlemlerinin devam ettiği süreçte, salt kanunda tamamlanması öngörülen belgelerin tamamlanmaması veya bilgi belge sunumuna ilişkin olarak öngörülen yükümlüklerin yerine getirilmemesinden doğan ihlallerin varlığı halinde cezayı tesis eden Maden İşleri Genel Müdürlüğünün sınırları dâhilinde bulunduğu Ankara Sulh Ceza hâkimliklerinin de yetkili olduğu görüşü de ortaya çıkabilir. Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 28.06.1994 tarihli kararı ile bu görüşü destekler nitelikte idari para cezalarında yetkili mahkeme, “*Yetkide ana kural, davaların en süratli şekilde ve en az yargılama gideriyle sonuçlandırılması olduğundan, idari para cezasına itiraz edilmesi halinde, yetkili mahkeme, idari para cezasını tahakkuk ettiren Müdürlüğün bulunduğu yer mahkemesidir*” ifadesi ile idari para cezasını tesis eden idarenin bulunduğu yer mahkemesi olarak işaret edilmiştir.¹⁶

6592 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce verilen teminat irat kaydına ya da teminatın iki katına çıkartılması yaptırımlarına karşı başvuru yolu idari yargıydı ve İdari Yargılama Usulü Kanununun taşınmaz mallara

¹⁶ Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 28.06.1994 tarih, E:1994/694, K:1994/9953 K. Sayılı ilamı

ilişkin davalarda yetkiyi düzenleyen 34 üncü Maddesinin birinci fıkrasındayer alan “ İmar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskân gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idari davalarda yetkili mahkeme taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesidir.” hükmü uyarınca madenlerin bulundukları yerdeki idare mahkemeleri yetkiliydi.¹⁷

6592 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonrasında da yetki kuralının bu şekilde devam etmesi beklenmektedir.Ancak anılan değişiklikler kısa süre önce yürürlüğe girdiğinden henüz sulh ceza hâkimliklerince yetki konusunda kararlar verilmemiş olup, yukarıda açıklanan sebeple nedeniyle bu hususta farklı kararların verilebileceği öngörülmektedir.

İdari para cezalarına karşı yapılan başvuru sonucunda mahkemelerce başvurunun hukuka aykırı bulunması halinde “ başvurunun reddine” , hukuka uygun bulunması halinde ise “idari yaptırım kararının kaldırılmasına” karar verilmektedir. Mahkemenin vermiş olduğu bu kararlara karşı ise 5326 sayılı Kanunun 29 uncu Maddesi ile yapılan atıf uyarınca üç bin Türk lirası ve altındaki para cezalarına karşı yapılan başvurularda verilen kesin kararlar hariç olmak üzere Ceza Muhakemesi Kanununun 268 inci Maddesi hükümlerine göre kararın tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde itiraz etme hakkı bulunmaktadır. İtiraz, başvuru yoluna giden tarafça yapılabileceği gibi, idari para cezasını düzenleyen kurum tarafından da yapılabilir.Anılan Kanunun 271 inci Maddesi uyarınca itiraz üzerine verilen karar kesindir ve bu kararlara karşı ancak olağanüstü kanun yollarına başvurulabilir.

Bilindiği üzere 28 Haziran 2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 6545 sayılı Kanun ile sulh ceza mahkemeleri kaldırılıp, yerine sulh ceza hâkimlikleri kurulmuş ve bu mahkemelerce verilen kararlara karşı itirazlarda görevli olan mahkeme de değiştirilmiştir. Anılan değişiklikten önce sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazlar asliye ceza mahkemesi hâkimliğince incelenmekte iken, yeni düzenleme uyarınca sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazlar, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliğince incelenmeye başlanmıştır.

3213 sayılı Maden Kanununda Öngörülen İdari Para Cezaları

İdari para cezaları nisbi ve ya maktu olabilmektedir. 3213 sayılı Maden Kanunumuzda ise idari para cezaları çoğunlukla maktu olup ihlal edilen

¹⁷ Danıştay 8. Dairesinin 05.05.2010 tarih ve E:2007/8795, K: 2010/2289 sayılı kararı

idari yükümlüğün özelliğine göre değişmektedir. 3213 Sayılı Maden Kanunu kapsamında uygulanacak idari para cezalarında bir alt ve ya üst sınır öngörülmemiştir. Cezanın miktarını belirleme noktasında idareye takdir yetkisi tanınmamış yalnızca cezayı gerektirir eylemin idarece tespiti zorunlu kılınmıştır. Kanunda öngörülen ve ruhsat sahiplerince dikkat edilmesi gereken başlıca idari para cezaları şunlardır;

Kanunun madencilik faaliyetlerinde izinleri düzenleyen 7 nci Maddesinin yirmi birinci fıkrasında çevresel etki değerlendirmesi ile ilgili karar, işyeri açma ve çalışma ruhsatı, mülkiyet izni olmadan veya on üçüncü fıkraya aykırı faaliyette bulunulduğunun tespiti hâlinde 30.000 TL tutarında idari para cezası uygulanarak bu alandaki işletme faaliyetlerinin durdurulacağı, bu ihlallerin üç yıl içinde üç kez veya daha fazla yapıldığının tespiti hâlinde ise ruhsatın iptal edileceği düzenlenmiştir.

Beyanları düzenleyen 10. Maddesinin dördüncü fıkrasında beyanlardaki hata ve noksanlıkları, idarenin tespiti ve sorumluların uyarılmasından itibaren iki ay içerisinde düzeltmeyenler hakkında 20.000 TL idari para cezası uygulanacağı, altıncı fıkrasında daimi nezaretçi defterinin ibraz edilmemesi veya düzenli tutulmaması halinde ruhsat sahibine 20.000 TL idari para cezası uygulanacağı, yedinci fıkrasında gerçek dışı veya yanıltıcı beyanda bulunmak suretiyle Kanun hükümlerinin uygulanmasını engelleyen ve haksız surette hak iktisap eden ruhsat sahiplerine 50.000 TL idari para cezası uygulanacağı, bu eylemin tekrarı halinde bir önceki cezanın katlanarak uygulanacağı, üç yıl içinde madde hükümlerinin üç kez ihlâl edilmesi halinde ise ruhsatın iptal edileceği belirtilmiştir.

Faaliyetlerin denetimini düzenleyen 11. Maddesinin üçüncü fıkrasında ruhsat sahibi veya vekilinin mahallinde yapılan tetkik ve incelemelere katılmaması veya ruhsat sahibince herhangi bir nedenle tetkik ve incelemelerin engellenmesi hâlinde 20.000 TL, bu fiilin tekrarı hâlinde ise iki katı tutarında idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra maddeye 6592 sayılı Kanunla eklenmiş olup sahada yapılacak incelemelerin daha verimli olması amaçlanmıştır.

Kanunun üretim ve sevkiyatı düzenleyen 12. Maddesinde ise esas olarak kaçak üretim düzenlenmiş olup diğer maddelerde olduğu gibi makutu değil, üretim miktarına bağlı nisbi para cezası öngörülmüştür. Madde uyarınca para cezasının gerektiren durumlar, sevk fişi olmaksızın maden sevk edildiğinin mülkî idare amirlikleri veya il özel idareleri tarafından tespit edilmesi, denetim ve inceleme sonucunda yapılan üretim ve sevkiyatın bildirilmediğinin tespit edilmesi, ruhsatsız üretim yapılması veya

başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapılması, ruhsat alanında ruhsat grubu dışında üretim yapıldığının tespiti, hammadde üretim izni olmadan üretim yapılması, ruhsatlı olan ancak üretim veya işletme izni olmadan aynı grupta üretim yapılması durumlarıdır. Madde uyarınca verilecek para cezası ise eylemin türüne göre üretilen madenin ruhsatlı sahalar için ocak başı satış fiyatının beş katı, hammadde üretim iznli sahalar için ise iki katı olarak uygun görülmüş, faaliyetin durdurulacağı, hammadde üretim iznin iptal edileceği ve eylemlerin tekrarı halinde cezaların ne oranda artacağı ve hatta şartları gerçekleştiğinde üretilen madene mülki idare amirliklerince el konulacağı düzenlenmiştir. Anılan hüküm 6592 sayılı Kanun ile değiştirilmiş, daha önce ocak başı satış fiyatının “on katı” olan ceza “beş katı” şeklinde, beşinci fıkrasında yer alan “üç katı” ibaresi “iki katı” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. 6592 sayılı Kanunla ile yapılan değişiklikler arasında idari para cezasının önceki Kanuna göre azaltıldığı tek hükümdür. Bu durum karşısında, önceki Kanun döneminde gerçekleşen ihlal nedeniyle verilen idari para cezalarına karşı yapılan başvuruların yeni kanun döneminde değerlendirilmesi sonucunda, ihlale ilişkin olarak lehe olan kanun hükmün uygulanması söz konusu olmuştur. Başka bir deyişle Madde’nin 6592 sayılı Kanundan önceki hali ile yürürlüğü devam etseydi ocak başı satış fiyatının on katı üzerinden uygulanacak olan idari para cezası 6592 sayılı kanunla yapılan değişiklikle yapılan ve lehe durum yaratan ocak başı satış fiyatının beş katı tutarında idari para cezasına dönüşmüştür. Sulh ceza hâkimliklerine yapılan itirazlar uyarınca ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “*lehe kanunun uygulanması*” ilkesi uyarınca on katı olarak verilen idari para cezalarının kısmen iptali ile beş katı tutarında ceza verilmesinin hukuka uygun olduğu yönünde kararlar tesis edilmektedir. Bu hususun yanı sıra Kanunda öngörülen diğer para cezaları ruhsat sahiplerine uygulanmakta iken bu maddede öngörülen cezalar hem ruhsat sahipleri hem de ruhsatsız yani kaçak üretim yapan üçüncü şahıslar için uygulanmaktadır.

Bilindiği üzere 6592 sayılı Kanunla Maden Kanunda köklü bir değişiklik yapılarak harç ve teminatlar kaldırılmış, yerine ruhsat bedeli getirilmiştir. Kanunun Ruhsat bedeli, cezalar ve diğer yaptırımları düzenleyen 13. Maddesinde deruhsat bedelinin yatırılmaması veya eksik yatırılması hâlinde 20.000 TL idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kanunun ikinci fıkrası ile Kanun gereğince uygulanan idari para cezalarının her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranı nispetinde artırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanunun 12. Maddesinde olduğu gibi 14. Maddesinde de ruhsat sahipleri dışında hammadde üretim izinli sahalarda çalışan gerçek ve tüzel kişiler için de ceza öngörülmüştür. Kanunun 14. Maddesi, Kanun kapsamında ruhsat sahipleri için öngörülen idari para cezalarının hammadde üretim izin belgesi ile çalışılan sahalarda faaliyeti yürüten gerçek ya da tüzel kişiler için de geçerli olduğu belirtilerek, hammadde üretim izni alan kamu kuruluşlarının yap işlet devret modeli ile yaptığı ihalelerde hammadde temin sorumluluğunun görevli şirket yükümlülüğüne bırakılması, hammadde üretim izninin sözleşme konusu işte kullanılmak ve proje süresiyle sınırlı olmak üzere görevli şirkete verilmesi halinde, kullanılan hammaddenin ocak başı satış fiyatı üzerinden, ihaleyi alandan yani kamu kurum ve kuruluşuna tanınan hammadde üretim izinli sahada üretim yapan gerçek veya tüzel kişiden Devlet hakkı ve çevre ile uyum teminatı alınacağını, devlet hakkı ve teminatın eksik yatırılması veya hiç yatırılmaması hâlinde ise 20.000 TL idari para cezası uygulanacağını aksi hâlde üretim faaliyetin durdurulacağını düzenlemiştir.

Kanunun 17. Maddesi ise arama faaliyetini düzenlemektedir. Arama faaliyetini ön arama, genel arama ve detay arama olarak üç dönemde düzenleyen kanun maden arama projesine ilişkin arama faaliyet raporlarının kanunda öngörülen süre içinde verilmemesi veya verilen raporların veya yatırım harcama kalemlerine ait belgelerin uygun bulunmaması ve eksikliklerin verilecek bir ay süre içerisinde tamamlanmaması hâlinde ön arama dönemi ve genel arama dönemi için ayrı ayrı 20.000 TL idari para cezası verileceğini hükme bağlamıştır. Anılan maddede detay arama dönemine ilişkin yaptırım ön arama ve genel arama dönemlerinde olduğu gibi idari para cezası olarak düzenlenmemiş, Maddenin beşinci fıkrasında detay arama dönemi sonuna kadar görünür maden kaynağına ilişkin bilgilerin ve bu dönemde yapılan arama faaliyetlerine ilişkin yatırım harcamalarını gösteren detay arama faaliyet raporunun verilmesinin zorunlu olduğunu, altıncı fıkrasında IV. Grup (a) bendi maden ruhsatlarında detay arama dönemi sonuna kadar diğer grup maden ruhsatlarında ise genel arama dönemi sonuna kadar Genel Müdürlüğe verilen raporların ve yatırım harcama kalemlerine ait belgelerin uygun bulunmaması hâlinde eksikliklerin bir ay içinde giderilmesi hususunun ruhsat sahibine yazılı olarak bildirileceğini, tebliğ tarihinden itibaren eksikliklerin verilen sürede tamamlanmaması veya verilen raporların ve yatırım harcama kalemlerine ait belgelerin uygun bulunmaması hâlinde ya da arama ruhsat süresi sonuna kadar işletme ruhsat talebinde bulunulmaması durumunda ruhsatın iptal edileceğini, yedinci fıkrasında IV. Grup (b), (c) ve (ç) bendi maden arama ruhsatlarında detay arama dönemini takiben fizibilite çalışma-

larına ihtiyaç duyularak gerekçesi ile birlikte Genel Müdürlüğe müracaatta bulunmaları ve talebin uygun bulunması hâlinde, detay arama dönemi sonrasında iki yıllık bir fizibilite döneminin başlayacağını, iki yıllık süre sonuna kadar fizibilite raporunun verilmesi zorunlu olduğunu, yine diğer raporlara uygulanan prosedürde olduğu gibi fizibilite döneminin sonuna kadar Genel Müdürlüğe verilen fizibilite raporunun uygun bulunmaması hâlinde eksikliklerinin bir ay içinde giderilmesi ruhsat sahibine yazılı olarak bildirileceği, tebliğ tarihinden sonra eksikliklerin verilen sürede tamamlanmaması hâlinde ya da arama ruhsat süresi sonuna kadar işletme ruhsat talebinde bulunulmaması durumunda ruhsat iptal edileceği ve bu dönemde detay arama dönemi ruhsat bedelinin iki katı tutarında ruhsat bedelinin alınacağı hükme bağlanmıştır. 6592 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikler öncesinde uygulanan teminatın iki katına çıkartılması yaptırımının benzeri nitelikte bir yaptırım uygulanmakla birlikte ruhsatın iptali de yaptırımlar arasında sayılmıştır. Bu maddede görüldüğü üzere daha önce bahsettiğimiz gibi idari para cezası verilmesi ile birlikte farklı yaptırımların bir arada uygulanması gündeme gelebilecektir. Tek idari işlemle hem ruhsat iptali hem de idari para cezası yaptırımının uygulanması halinde 5326 Sayılı Kanunun 27. Maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca idari yargı merciine başvurmak gerekecektir.

Kanunun işletme ruhsatı ve madenin işletilmesini düzenleyen 24 üncü Maddesinde işletme ruhsatı almak için gerekli olan belgelerin kanunda öngörülen sürelerde verilmemesi halinde 20.000 TL, Kanunun 7 nci Maddesiyle alınması zorunlu izinlerin 3 yıl içerisinde alınamaması durumunda yükümlülükleri yerine getirilmeyen ruhsatlar için her yıl 50.000 TL idari para cezası verileceği düzenlenmiştir. 6592 sayılı Kanun öncesinde bu hüküm kanunun 24 üncü Maddesinin onbirinci fıkrası ile düzenlenmişti ve 3 yıl içerisinde Kanunun 7 nci Maddesine göre alınması zorunlu olan çevresel etki değerlendirme kararı, mülkiyet izni ve işyeri açma ve çalışma ruhsatını alamayan ruhsat sahiplerinin ruhsatları iptal edilmekte ve yatırmış oldukları teminat irat kaydedilmekteydi. Yeniden düzenlenen hüküm uyarınca iptal ve teminat irat yaptırımları 3 yılın devamında izinlerin alınmadığı her yıl için 50.000 TL idari para cezası olarak değişmiştir. Fıkranın son cümlesinde ise işletme ruhsat süresi sonuna kadar izinlerin alınamaması halinde işletme ruhsat süresinin uzatılmayacağı yani ruhsatın bu süre sonunda hükümsüz kalacağı hükme bağlanmıştır.

Kanunun işletme faaliyetini düzenleyen 29 uncu Maddesinde ise Genel Müdürlüğe sunulan işletme projesine uygun faaliyette bulunulmaması halinde 50.000 TL, ruhsatlandırma işlemleri il özel idarelerince yapılan I (a)

grubu madenler de dahil olmak üzere her yıl nisan ayı sonuna kadar maden sahalarında bir önceki yıl gerçekleştirilen faaliyetlere ilişkin işletme faaliyet raporunun, teknik belgelerin, sahada arama yapılmışsa aramaya ilişkin belgelerin il özel idaresine, ruhsatlandırma işlemleri MİGEM’ce yapılan sahalar için MİGEM’e sunulmaması halinde 30.000 TL idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Kanunda idari para cezasının verilmesini öngören bir diğer madde ise daimi nezaret ve teknik elemanı düzenleyen 31. Maddedir. Maddede daimi nezaret ve daimi nezaretçinin istihdam şekli tanımlandıktan sonra belirtilen istihdam şartlarını sağlamadan maden işletme faaliyetinde bulunulması hâlinde 30.000 TL idari para cezası uygulanacağı ve maden işletme faaliyetlerinin durdurulacağı düzenlenmiştir. Bu Maddenin uygulanması sürecinde de idari para cezası ve faaliyet durdurma yaptırımlarının aynı işlemle tesis edilmesi halinde yapılacak başvuruların idari yargının görev alanına gireceği değerlendirilmektedir.

Kanunun 36 ncı Maddesinde madencilik faaliyetleri sırasında ortaya çıkacak pasa, bakiye ve cürufaların sahada ne şekilde muhafaza edileceği, raporlama usulü ve döküm alanlarına ilişkin düzenleme yapılmış, aykırı hareket edenlere işletme ruhsat taban bedeli kadar idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Kanunun 13.Maddesinde ise işletme ruhsat taban bedeli 10.000 TL olarak belirlenmiş olup, bu bedel 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen yeniden değerlendirme oranı nispetinde artmaktadır.

İncelendiği üzere beyan edilmeyen üretimden farklı olarak üçüncü şahıslarca yapılan kaçak üretim ile hammadde üretim iznine ilişkin ihlaller dışındaki ihlallere ilişkin tüm idari para cezaları ruhsat sahipleri hakkında uygulanmaktadır. Bilindiği üzere ülkemizde madencilik faaliyetleri yüksek oranda rödövanşçılar eliyle gerçekleştirilmektedir. Bu durumda ise madencilik faaliyetleri yürüten rödövanşçıların sebep olduğu ihlallerden dolayı ruhsat sahibinin sorumluluğuna gidilmektedir. Ancak somut olarak değerlendirildiğinde adilane olmadığı düşünülen bu durum dayanağını Kanunun Ek 7. Maddesinden almaktadır. Şöyle ki; anılan hükümde maden ruhsat sahiplerinin, ruhsat sahalarının bir kısmında veya tamamında üçüncü kişilerle yapmış oldukları rödövanş sözleşmelerinde, bu alanlarda yapılacak madencilik faaliyetlerinden doğacak İş Kanunu, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili idari, mali ve hukuki sorumlulukların rödövanşçıya ait olduğu, ancak bu durumun ruhsat sahibinin Maden Kanunundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir. Kanunun amir hükmü ile Maden Kanununda doğan idari para cezalarının muhatabı ruhsat sahipleridir.

İdari para cezalarının hangi yargı kolunca denetleneceği tartışmasının yanı sıra madenler özelinde doktrinde, teknik, karmaşık ve ekonomik boyutları dikkate alınarak, maden hukukuna ilişkin tüm hukukî uyumsuzlukların yalnızca bir mahkeme tarafından çözüme kavuşturulması gerektiği, bu yargı yerinin gerçekten madencilikten anlayan uzman hâkimlerin (endüstriyel hukukçuların) görev yaptığı bir uzmanlık yargı yeri (özel mahkeme, ihtisas mahkemesi) biçiminde örgütlenmesi gerektiği hususu dile getirilmekte ve madencilığe ilişkin sorunları çözüme kavuşturmadaki yetersizliği sebebiyle, uzmanlık yargı yerlerinin oluşumuna ilişkin yasal düzenlemede, genel usul kurallarından sapma gösteren, madencilığe özgü özel usul hükümlerine yer verilmesi gerektiğine işaret edilmektedir.¹⁸

Madenlerin aranması ve işletilebilmesi için verilecek olan izinler (ruhsatlar), idarenin tek yanlı iradesiyle tamamlanan bireysel idarî işlem kapsamındadırlar; Devlet, bu izinle, kendi hüküm ve tasarrufu altında bulunan madenlerin, aranması ve işletilmesi için, özel kişilere, birtakım yetkiler vermektedir; dolayısıyla bu bağlamda ortaya çıkacak ihtilâflarda da, görevli yargı yerleri idarî yargı yerleri olacaktır. Yine, işletmeci özel kişi, bir kamu hizmetinin görülmesini üstlenmese bile, madenlerin kamu malı niteliği taşıması ve ülke bütününde sahip olduğu özel önem sebebiyle, idare, koruma ve denetleme bağlamında birtakım özel yetkilerle donatılmış durumdadır; bu yetkilerin kullanımından kaynaklanan uyumsuzlukları çözüme kavuşturmak da, diğeri gibi, idarî yargının görev alanı içerisinde yer alır.¹⁹ Bunların dışında, işletme ruhsatı süresince, işletme faaliyetleri için gerekli olan özel mülkiyete konu taşınmazın, kamu yararının varlığı halinde idarece kamulaştırılması mümkündür; bu kamulaştırma işlemi de tipik bir idarî işlemdir; bu işlemin iptali için açılacak olan davalarda da, görevli yargı alanı idarî yargıdır. Maden hukuku uyumsuzluklarının çözüme kavuşturulması bağlamında, serilik ve verilecek kararlarda sağlıklı çözümler üretilmesi hedefleniyorsa, yapılması gereken öncelikli şey, Maden Kanunu'na, bu uyumsuzlukların nitelikleri ve özelliklerinin gerektirdiği, genel ilkelerden ve kurallardan sapma gösteren özel usul hükümleri koymak; teknik müşavir adı altında, mahkemeler nezdinde, maden hukuku uzmanlarının istihdam edilmesi olanağını yaratmak gereklidir.²⁰

18 Tanrıver , Prof. Dr. Süha Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler (Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, s. 197-200)

19 Telli, S.: İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler, Ankara 1989, s.140; Topaloğlu, M.: Maden ve Taş Ocakları Hukuku, Ankara 2003, s.69.

20 Tanrıver , Prof. Dr. Süha Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler (Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, s. 199-207).

Sonuç;

Madenlerin aranmasından işletilmesine kadar uzunca bir süreci düzenleyen 3213 sayılı Kanunda köklü değişiklikler yapılmış, harç ve teminatlar kaldırılmış, teminatların kaldırılması nedeniyle 6592 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler öncesinde teminat irat kaydı yaptırımı uygulanan durumlara artık idari para cezası uygulanmaya başlanmış, bunun sonucu olarak uygulanan idari para cezaları artmıştır. Dolayısıyla önceki kanun döneminde idari yargı mercilerince incelenen yaptırımlar yapılan değişiklikler sonucu adli yargı mercilerince incelenmeye başlanmıştır. İdari para cezalarındaki artış nedeniyle idari para cezalarının yargısal denetimi noktasında bütünlük olması, adli yargı mercilerinde kanun yollarının etkin olamaması ve Kanunun ilk yürürlük tarihinden günümüze kadar uygulamadan doğan davaların idari yargıda görülmesi nedeniyle idari para cezalarının denetiminde de 6491 sayılı Türk Petrol Kanununda, Sermaye Piyasası Kanununda, İmar Kanununda ve başkaca özel kanunlarda olduğu gibi idari yargı mercilerinin görevli olması amaçlanmış, 6592 sayılı Kanunun hazırlanma sürecinde 3213 sayılı Kanun uyarınca Genel Müdürlük tarafından verilen idari para cezalarına karşı otuz gün içinde idare mahkemelerinde dava açılabilir hükmüne yer verilmek istenmiş; ancak bu yönde hazırlanan taslak madde kanunlaşmamıştır.

6592 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce uygulanan teminat iradı ve idari para cezası yaptırımlarının aynı anda uygulanması durumunda yargı kolu uyuşmazlığı yaşanmış ve bu sorun birkaç kez Uyuşmazlık Mahkemesine taşınmıştır. Teminat iradı işlemi Bakanlık Olur'u ile tesis edilen bir idari işlem olduğundan iptaline ilişkin davalar idari yargıda görülürken idari para cezalarına karşı başvurular hem idari hem adli yargı mercilerine yapılmıştır. Ancak 6592 sayılı Kanunla 3213 sayılı Kanunun 13. Maddesinin üçüncü fıkrası ile belirtilen hukuki tereddüt tümüyle ortadan kalkmıştır.

Açıklandığı üzere bir maden sahasına ilişkin olarak hem ruhsat iptali hem de idari para cezasının uygulanmasının gerekmesi durumunda idari yaptırım olan ruhsatı iptali işlemine karşı idari yargıya başvurulurken, idari para cezasına karşı adli yargıya yani sulh ceza mahkemesine başvurma zarureti doğmuştur. Bu durumda ise aynı kanun uyarınca yapılan işlemlerin farklı yargı kollarınca incelenmesi gündeme gelmiştir. Bu ikiliğin Kanunun uygulanmasını zorlaştıracak, benzer uygulama ve idari kararlarda farklı yargı kollarınca farklı kararlar verilmesine sebebiyet vereceği düşünülmektedir. 3213 sayılı Maden Kanunundan kaynaklanan idari para cezalarının denetiminde de kuşkusuz ki özel uzmanlık gerekmekte

olup, ilerleyen dönemde bu konuda hukuki aksaklıklar olması kuvvetle muhtemeldir. Doktrinde madenlerin ruhsatlandırılması, işletilmesi ve denetlenmesi noktasında yapılacak işlemlerin yargısal denetimi için ihtisas mahkemelerinin kurulması tartışılırken açıklandığı üzere yargısal denetimde oluşan iki başlılığın sakıncalı olduğu, ilerleyen dönemde oluşması muhtemel sorunlar nedeniyle 3213 Sayılı Maden Kanunu uyarınca verilecek idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda idari yargının görevli olması yönünde gerekli kanun değişikliğinin yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

ÖLÜM AYLIĞINDA BORÇLANMA DURUMU

Mert EKŞİ¹

1.Giriş:

Sosyal güvenlik sisteminin temel amacı insanların toplumda ve özellikle çalışma hayatında karşılaşılabılır risklerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. İnsanların tekrardan çalışma hayatına geri dönmesi için de devletin ve işverenlerin önemli sorumlulukları vardır. Bu anlamda riskler uzun dönem ve kısa dönem olarak ayrıştırılmıştır fakat insanoğlunun kaçamayacağı bir durum da ölüm olduğundan bahisle ölüm konusu sosyal güvenlikle en önemli bir riski oluşturmaktadır. Ölüm, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve bu olguyu yaşayan kişi ile birlikte ailesini de sosyo-ekonomik olarak etkileyen bir kavramdır. Temel koruma birimi olarak aileyi esas alan ölüm sigortası, diğer sigorta kollarından farklı olarak sigortalının kendisine değil, ölüme bağlı olarak geride kalan hak sahiplerine² sosyal güvenlik garantisi sağlayan bir sigorta koludur. Türk toplumunun aile ve sosyal yapısı gözetilerek sigortalının eşi, çocukları ve ana babası hak sahibi olarak tanımlanmıştır.³ O halde devletin de T.C. Anayasasının 61. maddesinin ; *“Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.”* hükmü uyarınca ölüm konusunda sosyal güvenlikle düzenlenmelidir. Bu bağlamda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun⁴ 32. maddesi ölüm sigortasını düzenlemiştir. Ölüm sigortasının Kanunumuzda yer almasının nedeni, sigortalıların ölmeleri halinde geride bıraktıkları hak sahiplerinin mağdur olmasını önlemektir.⁵

1 ÇSGB İş Müfettişi Yrd., Çalışma Ekonomisi Bilim Uzmanı

2 Hak sahipleri 5510 sayılı SSGSSK 3/10'a göre; Eşini, 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim veya 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda belirtilen aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde mesleki eğitim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim görmesi halinde 25 yaşını doldurmamış ve evli olmayan çocukları ile yaşına bakılmaksızın bu Kanuna göre malûl olduğu tespit edilen evli olmayan çocuklarını, c) Geçiminin genel sağlık sigortalısı tarafından sağlandığı Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilen ana ve babasıdır. Bu kanunun hükmünden hareketle, belirli şartları yerine getiren eş, ana ve baba, mutlak anlamda ölen kişinin hak sahibi durumundadır. Ölüm Aylığından hak sahiplerine yapılan paylaşırma için bkz. Vakkas Demir, “Ölen Sigortalıdan Ana Babaya Ölüm Aylığında Eş ve Çocuğa Bağlanan Aylığın Azalıp Azalmayacağıın İzahı”, Diyalog Dergisi, S:285, Ocak 2012,s.186-192

3 Yusuf Alper. Sosyal Sigortalar, Bursa, 2004, s.323

4 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı R.G.

5 Çiğdem Yılmaz. “Ölüm Sigortası”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:2010/3, S:68, s.289

Ölüm sigortasını önemli kılan önemli hususlarından biri de ölen kişinin geride kalan hak sahiplerinin geçimini sağlayacak aylığa hak kazanması için gerekli olan şartların sağlanmasıdır. Bu şartların sağlanamaması halinde aylık bağlanamamaktadır. Kaldı ki sosyal güvencide sigorta kolları için belli bir sigortalılık süresi ve prim gün sayısı da Sosyal Güvenlik Kurumunun aktüeryal dengesini sağlamak üzere aranan şartlardır.⁶ Tam bu noktada ölüm sigortasında biraz daha hafifletilmiş olan bu şartların sağlanamaması halinde geride kalan hak sahipleri ölen kişinin eksik prim günü ve sigortalılık süresini borçlanarak aylığa hak kazanması hususu çok önemlidir.

Bu çalışmamızda; 5510 sayılı SSGSSK'un 32. maddesinde yer alan "... her türlü borçlanma süreleri hariç..." hükmünün sigortalının borçlanabileceği süreler ışığında çeşitli yargı kararları dikkate alınarak son durumu ele alınarak değerlendirilmesi yapılacaktır.

2. Konu:

2.1.Ölüm Sigortasının Esasları:

Ölüm sigortasında hakkı doğuran olay ölümdür.⁷ Bu anlamda ölüm sigortası, uzun vadeli sigorta kollarından biri olup bir sosyal sigorta türüdür. Sigortalı tarafından geçimleri sağlananların sigortalının ölümü halinde güvence altına alınması gerekmektedir. Bu anlamda hak sahiplerine aylık bağlanması, ölüm sigortasından sağlanan temel yardımdır. Toptan ödeme, ölüm aylığına hak kazanılmaması durumunda yapıldığından, aylık bağlama ve toptan ödeme yardımlarından yalnızca birinden yararlanır. Zira, sigortalının ölümü geride kalanlar açısından büyük bir risk taşımaktadır. 5510 sayılı SSGSSK m.32'ye göre ise , ölüm sigortasının sağladığı haklar; ölüm yardımı, kız çocuklarına evlenme yardımı, cenaze yardımı ve toptan ödemedir.⁸Ölüm sigortasını en geniş açıdan düzenleyen 5510 sayılı SSGSSK'nun 32. maddesi ise şu şekildedir⁹; "Ölüm sigortasından sağlanan haklar şunlardır:

- 6 M.Fatih Uşan. Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara, 2009,s220-227
- 7 Yrg. Hukuk Genel Kurulu, 31.01.1986 tarih ve E.1985/9-853 K.1986/67 sayılı kararında ölüm sigortasından aylık bağlanabilmesi için sadece ölüm olgusunun yeterli olmadığına, bundan başka sigortalının ölmeden önce belirli bir süre sigortalı olması ve belli gün sayısında malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunmasının gerekli olduğunu belirterek ölümü meydana getiren olayın hangi sebepten ileri geldiğinin bir öneminin bulunmadığını koşulların gerçekleşmesi halinde ölüm sigortasından aylık bağlanacağını belirtmiştir.
- 8 Cumhuriyet Sinan Özdemir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu Getirdiği Yenilikler, Ankara 2006, s.203.
- 9 Ölüm konusunda ilk düzenleme bununda ötesinde Borçlar Kanunundadır.6098 sayılı Borçlar Kanununda ölüm tazminatı olarak da belirtilen bu husus; kişinin ölümü halinde hak sahiplerine ödenmesi gereken tazminat miktarları belirtilmiştir. Bu madde metnine göre ödenmesi gereken tazminata 'ölüm tazminatı' denmektedir. Fetih Savran. <http://iskanunu.com/sizin-sorduklariniz/2252-olum-tazminatinin-hukukumuzdaki-yeri>

- a) Ölüm aylığı bağlanması.
- b) Ölüm toptan ödemesi yapılması.
- c) Aylık almakta olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi.
- d) Cenaze ödeneği verilmesi.

(Değişik ikinci fıkra: 17/4/2008-5754/20 md.) Ölüm aylığı;

a) En az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş,

b) 47 nci maddede yazılı sebeplerle kazaya uğramış, malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta iken veya malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olup henüz işlemi tamamlanmamış,

c) Bağlanmış bulunan malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı, sigortalı olarak çalışmaya başlamaları sebebiyle kesilmiş, durumda iken ölen sigortalının hak sahiplerine, yazılı istekte bulunmaları halinde bağlanır. Ancak, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre sigortalı sayılanların hak sahiplerine aylık bağlanabilmesi için ölen sigortalının genel sağlık sigortası primi dahil kendi sigortalılığından dolayı prim ve prime ilişkin her türlü borcunun olmaması veya ödenmesi şarttır.”

5510 sayılı SSGSSK mülga kanunlar paralelinde bir düzenleme yapmıştır lakin lafzında yer alan her türlü borçlanma hariç ifadesiyle ölüm sigortasında değişiklik yapmıştır. Mülga kanunları önemli kılan husus 5510 sayılı SSGSSK ölüm sigortasında ölüm itibarıyla kanunların uygulanacağını belirtmesidir.¹⁰ Bununla ötesinde 01.10.2008 tarihinden önce

10 “...hak sahiplerine yönelik ölüm aylığı tahsisinde sosyal güvenlik hukuku ilkelerine göre sigortalının yaşamını yitirdiği tarih itibarıyla yürürlükte olan yasal düzenlemenin uygulanmasının zorunlu bulunmasına, inceleme konusu davada; yaşamını yitiren sigortalının ölüm tarihi gözetildiğinde 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının gerekmesine, toplam 364 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi olduğundan ölüm aylığı bağlanmasının mümkün olmadığının kabulü gerekir...” Yrg.10 HD. 13.02.2012 tarih ve E.2012/233 K.2012/1892 aynı yönde, Yrg. 10. HD. 20.02.2015 tarih ve E.2014/24241 K.2015/2773, “...Ölüm aylığına hak kazanmada (en azından tek bir milat seçilmeksizin) ölüme bağlı olarak değişkenlik gösteren şartların bulunması hakkaniyet açısından isabetli değildir...” Murat Gökteş ve Murat Özdamar. “ Ölüm Aylığı Şartları Ölüm Tarihine Göre Değişkenlik Gösterir”, Yaklaşım, S:221, Mayıs 2011, s.4. Kanımızca yaşlılık aylığı için mülga kanunlar uygulanıyorsa ölüm aylığı için de mülga kanunlara göre şartlar uygulanabilirdi.

ölen fakat bu tarihten sonra başvuru yapanlar hakkında da mülga kanunlar uygulanacaktır¹¹ ve bu bakımdan sigortalıların hak sahipleri daha avantajlıdır, çünkü mülga kanunlarda ileride de görüleceği üzere hizmet borçlanması mümkündür. Bu açıdan ölüm sigortasına hak kazanma şartlarını 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun¹² 66. maddesi;“(Değişik: 06/03/1981-2422/8 md.)

a) Malüllük veya yaşlılık aylığı almakta iken, yahut malüllük veya yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olup henüz işlemi tamamlanmamış durumda veya,

b) Bağlanmış bulunan malüllük veya yaşlılık aylığı, sigortalı olarak çalışmaya başlamaları sebebiyle kesilmiş durumda yahut,

c) (Değişik: 12/12/2006-5561/1 md.) 5 yıldan beri sigortalı bulunup, sigortalılık süresinde en az 900 gün malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş durumda,

Ölen sigortalının hak sahibi kimselerine aylık bağlanır.”şeklinde açıklamıştır.

Aynı durum 1479 sayılı Esnaf Ve Sanatkarlar Ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu¹³ 41. maddesinde;

a) (Değişik: 24/7/2003-4956/21 md.) Ölüm tarihinde en az beş tam yıl sigorta primi ödemiş olan...”

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu¹⁴ ise sigortalının hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanabilmesi için fiili hizmet süreleri 10 yıl ve daha fazla olanlardan(yani en az 10 yıl olması gerekmekte) vefat edenlerin hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanmaktaydı. Buna göre en az 3600 prim gün sayısına sahip olmak gerekmekteydi(5434 s. Kanun md. 66). Ancak bazı koşulların varlığı halinde en az 5 yıl fiili hizmet süresine sahip olmak da aylık bağlanması için yeterli olabilmekteydi (5434 s. Kanun ek md. 13). Fakat bu durum istisna olarak düzenlenmişti. 5510 s. Kanun ile 1800 gün prim gün sayısının (5 fiili hizmet yılı) varlığı ölen sigortalıların hak sahiplerine aylık bağlanması için yeterli sayılmıştır.

3 farklı sosyal güvenlik kanununda yer alan ölüm aylığı tek çatı altında toplanarak 5510 sayılı SSGSSK’nda düzenlenmiştir. Ölüm aylığına hak

11 Yrg. 10. HD. 12.05.2011 tarih ve E.2010/9405 K.2011/7141, www.corpus.com.tr

12 28-31.07.1964 ve 01.08.1964 tarih ve 11766-11779 sayılı R.G.

13 14.09.1971 tarih ve 13956 sayılı R.G.

14 17.06.1949 tarih ve 7235 sayılı R.G.

kazanamayan sigortalının hak sahipleri için 5510 sayılı SSGSSK'nda yapılan borçlanma hariç ifadesi öncesinde aylığa hak kazanma şartları açısından da farklılık bulunmaktaydı. 5510 sayılı SSGSSK'nda ölüm sigortasından aylığa hak kazanma şartları yeniden belirlenerek norm ve standart birliği sağlanmaya çalışılmıştır. 5510 sayılı Kanuna göre aylık bağlama şartları 4/I-b statüsündeki sigortalılar açısından aynı kalmış ancak aylık bağlama şartları prim ödeme gün sayısı bakımından 4/I-a statüsündeki sigortalılar açısından ağırlaştırılmış bunun yanında 4/I-c statüsündeki sigortalılar açısından ise hafifletilmiştir.¹⁵

2.2.Ölüm Aylığında Borçlanma:

Bahsedildiği üzere 5510 sayılı SSGSSK ölüm aylığında mülga kanunlara paralel bir düzenleme getirmesine karşın borçlanma konusunda farklı bir yol izlemiştir. Kanunun lafzında yer alan her türlü borçlanma hariç ifadesi uygulamada sigortalılık süresine mi? veya prim gün süresine mi? veya her iki şarta beraber mi ? uygulanacağı uygulamada tartışma konusu olmuştur. Konu hakkında çelişkili yargı kararları ve Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi ile birlikte açılan dava da bulunmaktadır. Bu bakımdan ölüm aylığına hak kazanamayan sigortalının geride kalan hak sahiplerinin hizmet borçlanması ile kendilerine ölüm aylığı bağlanması mümkün olup olmadığı 5510 sayılı SSGSSK açısından önemlidir. Dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise ölüm aylığı ile ölüm gelirinin farklı olduğudur. Ölüm aylığı uzun vadeli bir sigorta kolundan birisidir ve sigortalının herhangi bir neden olmadan belli bir sigortalılık süresi ve prim günü doldurması sonucu aldığı aylık iken ölüm geliri, iş kazası yada meslek hastalığı sonucu ölen sigortalıların hak sahiplerine bağlanan bir gelirdir.¹⁶

Ölüm aylığına hak kazanmak için hak sahipleri tarafından yapılmak istenen hizmet borçlanması ise, sigortalıların zamanında primi ödenmemiş/ödenmemiş sürelerle ait primlerin ödenmesi suretiyle, bu sürelerle

15 5510 sayılı Kanun ile ölüm aylığına hak kazanmada aranan şartlar mülga 506, 1479, 2925, 2926 ve 5434 sayılı Kanunlarda aranan şartlardan farklılık göstermektedir. Bu farklılıklar 4/a ve 4/c sigortalıları açısından ödenen prim gün sayısı bakımından değişmiş, 4/b sigortalıları açısından ise sigortalının ölümünden sonra askerlik borçlanması hak sahipleri tarafından da yapılabilmesi esası getirilmiştir Mustafa Kuruca. " 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Göre Ölüm Aylığı" Mali Çözüm Dergisi, Eylül-Ekim 2008, s.140-141, Reform yasasıyla ölüm aylığı şartları ağırlaştı Şerif Akcan. <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/yazarlar/serif-akcan/575129.aspx>

16 S. Mehmet Keleş. "Ölüm Geliri Nasıl Hesaplanır ve Kimlere Bağlanır?", Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2014, s.215, Murat Göktaş. " İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonucu Ölen Sigortalıların Hak Sahiplerine Ölüm Geliri Ödenmesi", Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2012

ait malullük, yaşlılık, ölüm sigortalarının prim ödeme gün sayılarına ve sigortalılık sürelerine katılmasına imkân veren bir sosyal sigorta işlemidir. Hizmet borçlanmasıyla ilgili yasal düzenleme esas itibarıyla, (5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu)' nun "Sigortalıların Borçlanılabileceği Süreler" başlıklı 41 inci maddesinde yapılmıştır.¹⁷

5510 sayılı SSGSSK 41. maddesinde borçlanılabilecek süreler bentler halinde sıralanmıştır. Yasa koyucu bu hükümler dışında sigortalıların borçlanmasına imkan vermemektedir. Uzun vadeli sigorta kollarında da aylığa hak kazanmak için belirlenmiş sigortalılık ve prim süresini doldurmak için sigortalılar kalan günlerini borçlanarak aylığa hak kazanmaktadır. Tam bu noktada ölüm sigortası diğer sigorta kollarından ayrılmaktadır çünkü, mezkur kanunun 32. maddesinin 2. fıkrasında 4/I-a'ya tabi bir hizmet akdine göre çalışan sigortalılar için getirilmiş her türlü borçlanma süreleri hariç ifadesiyle yasa koyucu 5 yıl sigortalılık süresi ile 900 gün prim gün süresini yegane doldurulmasına hükmetmiştir. Aslında 4/I-a bendine tabi sigortalıların 1800 gün sigortalılık süresi doldurarak

17 Mehmet Zülfi Camkurt. "Son Değişiklikler Işığın Tüm Yönleriyle Doğum Borçlanması", Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2010, s.251

Sigortalının Borçlanılabileceği Süreler;

a) **(Değişik: 10/9/2014-6552/43 md.)** Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarıyla talepte bulunulan süreleri,

b) Er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreleri,

c) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleri,

d) Sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirdikleri normal doktora veya uzmanlık öğrenim süreleri,

e) Sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj süreleri,

f) Sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözetim altına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözetim altında geçen süreleri,

g) Grev ve lokavtta geçen süreleri (...) (1) ,

h) Hekimlerin fahri asistanlıkta geçen süreleri,

i) Seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreleri,

j) **(Ek: 13/2/2011-6111/30 md.)** Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı

Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreleri,

j) **(Ek: 4/7/2012-6353/37 md.)** Sigortalı olmaksızın, 8/4/1929 tarihli ve 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkında Kanuna göre yurt dışına gönderilen ve öğrenimini başarıyla tamamlayarak yurda dönenlerden yükümlü bulunduğu mecburi hizmet süresini tamamlamış olanların, yurt dışında resmi öğrenci olarak geçirmiş oldukları öğrenim sürelerinin 18 yaşının tamamlanmasından sonraki döneme ait olan kısmı,

da ölüm aylığına hak kazanması da mümkündür fakat 5 yıl sigortalılık ve 900 prim gün sayısı da sadece 4/I-a'ya tabi sigortalılar için getirilmiştir.

5510 sayılı Kanunun 32.maddesinde ölüm aylığı bağlanması için 1800 sigortalı günü bulunmak, 4/I-a kapsamında sigortalı olanlar içinse, fıkra 2a “...her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, 900 gün... primi bildirilmiş olmak” koşulu getirmiştir. SGK 4/I-a yani eski SSK'lıların 5510'un yürürlük tarihi olan 01.10.2008 tarihinden önce ölümleri halinde askerlik dahil her tür borçlanma ile ölüm aylığı bağlamakta bu konuda ihtilaf çıkmamaktadır. Ancak ölümü 01.10.2008 sonrası olan sigortalıların 900 günü tamamlamak üzere yaptıkları borçlanmalar 900 gün tamamlanmasında nazara alınmamakta yerine 1800 gün koşulu aranmaktadır.¹⁸ Tam bu noktada konu farklılaşmaktadır. Yasa koyucu virgülden¹⁹ önce her türlü borçlanma süresini 5 yıla bağlı tutarak 900 günü ayrı tutmuş olduğu konusu uygulamada yargıya taşınmıştır. Konu hakkında Yargıtay da 900 günün borçlanabileceğine hükmetmiştir. “...Somut olayda, 19.11.2008 tarihinde yaşamını yitiren sigortalının hak sahipleri için 5510 sayılı Yasa'nın 32 nci maddesi hükümlerinin UYGULANMASI GEREKMEKTEDİR. Buna göre, 01.05.1997-29.10.2008 tarihleri arasında fasılalarla 663 gün zorunlu sigortalılığı bulunan sigortalı bakımından askerlik borçlanmasına karşılık gelen 240 gün ile birlikte toplam 903 günlük malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları PRİMİ ÖDENMİŞTİR. 5510 sayılı Yasa'nın 32 nci maddesinde yer alan “her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş

18 Ali Tezel. “Ölüm Aylığı 900 Gün Yargıtay Olmaz Diyor”. <http://www.alitezel.com/index.php?sid=yazi&id=6720>. 506 sayılı SSK m.66 gereği ölüm aylığına hak kazanmak için gerekli olan 5 yıldan beri sigortalı olma ve 900 gün yaşlılık, malullük ve ölüm sigortaları primi ödemiş olma koşullarının hesabında her türlü borçlanma dâhil edilmekteydi. Nitekim, Yrg.10. HD. 14.07.2008 tarih ve E.2008/11636 K.2008/10159 sayılı kararında askerlik borçlanması yaptıktan sonra ölüm aylığı talebinde bulunan sigortalının hak sahiplerine ölüm aylığı bağlanması gerektiğini belirtmiştir.

19 32.maddenin devamında yer alan toplam 900 günlük prim bildirilmesi koşulu ile ilgili olarak ise,yasa maddesinde, borçlanma yönünden prim ödeme gün sayılarının dahil edilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Madde metninde de açıkça görüleceği üzere “her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, cümlesinden sonra virgül ile cümle ayrılmış ve toplam 900 gün prim gün sayısının bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanaatimizce, yasa koyucu şayet 900 gün için de borçlanma sürelerini hariç tutsa idi, “5 yıldan beri sigortalı bulunup” tabirinden sonra virgül ile ayırmaz ve madde metnine toplam 900 gün ibaresini yazmazdı. Türk Dil Kurumu'nca noktalama işaretlerinin anlam ve kullanıldığı yerlere ilişkin internet sitesinde virgül'ün kullanıldığı 14 yer ve anlamı açıklanmış,10'uncusunda virgül;“**bir kelimenin kendisinden sonra gelen kelime veya kelime gruplarıyla yapı ve anlam bakımından bağlantısı olmadığını göstermek ve anlam karışıklığını önlemek için kullanılır**” tanımlamasını yapmıştır. (Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=187) Türk Dil Kurumu sitesinde aşağıdaki cümleler, virgülün kullanımına örnek gösterilmiştir. Arif Aytürk. <http://www.arifayturk.com.tr/haber-900-gn-olmayan-dul-ve-yetimlerin-lm-ayl-hayali-suya-dt-35.html>

durumda iken ölen sigortalının” ibaresinden, her türlü borçlanma sürelerinin (askerlik borçlanma süresinin) sadece 5 yıllık sigortalılık süresine katılamayacağı, bunun dışındaki 900 günlük malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primine KATILABİLECEĞİ BELİRGİNDİR.”²⁰Görüldüğü üzere Yargıtay borçlanmayı 900 gün bakımından kabul etmekte 5 yıl açısından kabul etmemektedir.²¹ Bunun yanında borçlanmayı ödemek için de müteveffa sigortalının hak sahiplerine süre verilmelidir.²²Yargıtay’ın aksine SGK borçlanmayı kabul etmemekte ve ölüm aylığını da bağlamamaktadır. İleriki bölümde belirtileceği üzere Yargıtay bu görüşünden dönmüştür ve maddede belirtilen 900 prim gününün ve 5 yıllık sigortalılık süresinin hesabında askerlik veya yurt dışı borçlanması gibi süreler dikkate alınmayacak, dolayısıyla borçlanma imkânından 4/I-b’li ve 4/I-c’li sigortalılar yararlanabildiği halde 4/I-a’lı sigortalılar yararlanamayacaktır.²³Aslında yasa koyucu 4/I-a’ya tabi sigortalılar açısından daha kısa bir sigortalılık süresi ve prim gün sayısı belirlediğinden cihetle borçlanmayı kabul etmemiş olabilir fakat mülga kanunlara tabi sigortalıların ölümü de 01.10.2008’den önce ise 1 günlük sigortalılık süresinin yanında kalan günlerin borçlanılarak tamamlanması mümkündür. Bu borçlanma imkânından mezkur kanunun 32. maddesinin ilk fıkrasında yer alan 1800 gün için şartı için; 4/I-b, 4/I-c veya kanunun 32. maddesinin a bendinde yer alan 4/I-a’ya tabi sigortalıların borçlanmasız 900 günü tamamlayamaması halinde 4/I-a’ya tabi sigortalılar yararlanabilir. Bunun yanında 1800 prim günü için, vefat eden sigortalılardan hizmet borçlanması yapanların prim ödeme gün sayıları fazla ise ve borçlanma tutarlarını geri alındığında ölüm aylığı bağlanmaya yetecek hizmet süreleri kalıyorsa, hak sahiplerinin aylık bağlatmadan ölen kişinin sağlığında yaptığı borçlanma bedellerini SGK’dan geri alma hakları da bulunmaktadır.²⁴

Kanuna göreborçlanmasız 5 yıl sigortalılık süresi ile 900 prim günü veya 1800 prim gününün²⁵ nasıl doldurulacağı da önemlidir. Bu bakım-

20 Yrg. 21. HD. 23.06.2011 tarih ve E.2010/5071 K.2011/5968, www.corpus.com.tr

21 Kanımızca müteveffa sigortalının geride kalan hak sahiplerinin 900 prim gün sayısının borçlanılması, sosyal güvenliğin asıl amacı riskleri bertaraf eden bir sistem olmasından bahisle Yargıtay’ın bu kararını destekliyoruz.

22 “506 sayılı Kanun hükümleri gereğince ölüm aylığı bağlanması istemine ilişkin davalarda, davalı Kuruma başvuruda bulunulduğu tarih itibarıyla tümüyle oluşmayan tahsis koşullarının yargılama aşamasında gerçekleşmesi mümkündür. Bu durumda “usul ekonomisi ilkesi” gereği Mahkemece, davacıya askerlik borçlanma bedelini yöntemince yatırması için uygun bir süre verilerek, ödemesi halinde, bedelin ödendiği tarihi takip eden aybaşından itibaren ölüm aylığına hak kazandığının tespitine karar verilmesi gerekir...” Yrg. 12.02.2014 tarih ve E.2013/14054 K.2014/2468, www.corpus.com.tr

23 Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu. Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, İstanbul, 2009, 554

24 Vakkas Demir. “ SGK’ya Yapılan Askerlik, Yurt Dışı ve Doğum Gibi Borçlanma Bedellerinin Geri Alınmasına İlişkin Detayların Açıklanması”, Mali Çözüm Dergisi, Ocak-Şubat 2012, s.270-271

25 Eğer sigortalı 4/I-a’ya tabi ise ve 900 prim gününü borçlanma kabul edilmediği için prim

dan müteveffa sigortalının ölüm aylığına hak kazanması için sigortalılık süresinde 5 yıllık sürenin kesintisiz geçmesine de gerek bulunmamaktadır.²⁶

Ölüm aylığı hususunda Yargıtay 2011' deki kararının aksine borçlanma ve sigortalılık süresinde borçlanmayı kabul etmediği görülmektedir: "Ayrıntıları YARGITAY Hukuk Genel Kurulu'nun 29.09.2010 tarih ve 2010/21-301E. 2010/438 K. sayılı ilamında da belirtildiği üzere, 506 s. Kanunun 108 inci maddesine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalının uygulanmasında nazara alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının, yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 s. Kanunlara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya BAŞLADIĞI TARİHTİR. Tahsis işlerinde nazara alınan sigortalılık süreleri, bu sürenin başlangıç tarihi ile, sigortalının tahsis yapılması için yazılı istekte bulunduğu tarih, tahsis için istekte bulunmuş olmayan sigortalılar için de ölüm tarihi arasında GEÇEN SÜREDİR. Yukarıda belirtildiği üzere, yaşlılık/ölüm aylığı tahsisi için istenilen koşulların, sigortalılık başlangıç tarihi (gerek mülga gerekse halen yürürlükte bulunan sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak ilk defa çalışmaya başlanılan tarih) ile aylık talep tarihi arasında (aylık talebinde bulunmuş olmayan sigortalılar için ise ölüm tarihi arasındaki sürede) gerçekleşmiş OLMASI ARANMAKTADIR. Bu arada "hizmet borçlanması", sigorta kapsamında sayılan fakat bildirilmemiş ve primi ödenmemiş sürelerin, ilgili tarafından başvurularak primlerinin ÖDENMESİ İŞLEMİDİR. Önemle belirtilmelidir ki, sigortalının, mevcut olmayan bir süreyi borçlanabilmesi de, MÜMKÜN DEĞİLDİR. Bu yasal düzenleme ve açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde, 10.04.2009 tarihinde yaşamını yitiren sigortalı için 5510 s. Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmekte olup, sigortalının borçlanılan süreler gözetilmeksizin hizmet sözleşmesine dayalı prim gün sayısı 900 gün olmadığı gibi, askerlik süresinin borçlanması durumunda da 1800 prim gün sayısı şartı bulunmadığından, 5510 s. Kanunun 32'nci maddesine göre davacı yönünden ölüm aylığı tahsisi şartlarının gerçekleştiğinden bahsedilemez."²⁷ Karara göre 4/I-a'ya tabi sigortalıların 5 yıl sigortalılık süresi ve 900 prim gününü borçlanma imkanı yoktur fakat ölen kişinin son tabi olduğu sosyal güvenlik statüsü Bağ-Kur (4/I-b) olsa ve müteveffanın 4/I-b sigortalılık statüsüne prim borçları olsa bile, eğer 4/I-a (SSK) veya 4/I-c (Emekli Sandığı) sigortalılık statüsü

gününü dolduramadığından kendisine 5510 sayılı kanunun 32. maddesinin ilk fıkrası olan borçlanma dahil 1800 prim günü şartı uygulanabilir. Yrg. 21. HD. 16.02.2015 tarih ve E.2014/4333 K.2588, www.corpus.com.tr

26 M.Fatih Uşan. a.g.e., s.30

27 Yrg. 10. HD.18.01.2016 tarih ve E. 2015/9082 K.2016/168, aynı yönde ; Yrg. 10.HD. 20.02.2015 tarih ve E.2014/24586 K.2015/2770, Yrg. 10. HD. 17.02.2014 tarih ve E.2013/16710 K.2014/2897, www.corpus.com.tr, İlk derece mahkemeleri borçlanma sürelerini kabul etmesine rağmen temyizde kararlar bozulmaktadır. Yrg.

kapsamındaki hizmetleri **tek başına ölüm aylığı bağlanmasına yetiyor-sa**, 4/I-b prim borçlarını ödemedi ve hizmet birleştirmesi yapılmadan, 4/I-a (SSK) veya 4/I-c (Emekli Sandığı) sigortalılık statüsü kapsamında ölüm aylığı bağlanabilmektedir.²⁸ Bu nedenle ölüm aylığına başvurunun da belirli bir talep etme süresi bulunmaktadır. 5510 sayılı SSGSSK 97. maddesine göre; ölen sigortalının hak sahiplerinin ölüm sigortasından kaynaklanan haklarını, hakkın doğumundan itibaren 5 yıl içinde Kuruma başvuruda bulunarak talep etmesi gerekmekte olup talep edilmemesi halinde zamanaşımına uğrayacaktır. Bu durumda hakları zamanaşımına uğrayan hak sahipleri geçmişe dönük olarak bir talepte bulunamayacak, ancak ileriye doğru ölüm aylığının bağlanması için Kuruma başvuruda bulunabileceklerdir.²⁹ Ayrıca sigortalıların prim günü veya sigortalılık süresi eksikliği hasebiyle geçmişe yönelik hizmet tespiti davası açması da mümkündür. Uygulamada kişilerin geçmişte borçlanabileceği süresi olmamasından bahisle yanlış sigortalılık girişi yapıldığı için bu dava yoluna gitmektedirler. Unutulmamalıdır ki 5510 sayılı SSGSSK 86. maddesinin 9 ‘ uncu fıkrasına göre, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere hizmet tespit davalarının açılabilmesine ilişkin olarak hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıllık bir süre öngörülmüştür. Söz konusu beş yıllık süre hak düşürücü bir süredir.³⁰ Zamanaşımı değildir.³¹ Ölüm aylığı hususunda ise durum biraz daha farklıdır. Hizmet tespit davasını kişinin

28 Yrg. 10 HD.17.10.2011 tarih ve E.2011/8935 K.2011/13886, Vakkas Demir. “ SSK 4/I-a Günleri Ölüm Aylığına Yetenler Bağ-Kur (4/I-b) Borçlarını Ödemedi Mahkeme Kararıyla Ölüm Aylığı Alabilirler”, Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2013, s.160-161

29 Çiğdem Yorulmaz. a.g.m., s.295.

30“...Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesine ilişkin davanın, tespiti istenen hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde AÇILMA-SI GEREKİR. Bu yönde, anılan madde hükmünde yer alan hak düşürücü süre, yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalışmaları kurumca tespit edilemeyen sigortalılar İÇİN GEÇERLİDİR. Bir başka anlatımla; sigortalıya ilişkin olarak işe giriş bildirgesi, dönem bordrosu gibi yönetmelikte belirtilen belgelerin Kuruma verilmesi ya da çalışmaların Kurumca tespit edilmesi halinde ;Kurumca öğrenilen ve sonrasında kesintisiz biçimde devam eden çalışmalar bakımından hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemez. Ne var ki; sigortalının Kuruma bildirimiminin işe giriş tarihinden sonra yapılması, bir başka ifadeyle sigortalının hizmet süresinin başlangıçtaki bir bölümünün Kuruma bildirilmeyerek sonrasının bildirilmesi ve Kuruma bildirimin yapıldığı tarihten önceki çalışmaların ,bildirgelerin verildiği tarihi de kapsar biçimde kesintisiz devam etmiş olması halinde ,Kuruma bildirilmeyen çalışma süresi yönünden hak düşürücü sürenin hesaplanmasında ;bildirim dışı tutulan sürenin sonu değil, kesintisiz olarak geçen çalışmaların sona erdiği yılın sonu BAŞLANGIÇ ALINMALIDIR.” Yrg 21.HD. 18.01.2016 tarih ve E.2015/5480 K.2016/80, www.corpus.com.tr,

31 <http://www.alitezcel.com/index.php?sid=yazi&id=7171>

kendisi veya ölmüşse hak sahipleri açabilir. Sigortalının davayı kendisinin açması durumunda hizmet tespitine konu işyerinde hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurabilir. Sigortalı ölmüşse geride kalan hak sahipleri aylığa hak kazanmak için hizmet tespit davasına dair hak düşürücü süresi murisin ölüm tarihinden başlar. Ancak; murisin hayattayken hizmet tespit davasını açma süresini geçirmemiş, bu hakkını düşürmemiş olması gerekir.³² Diğer bir deyişle, müteveffa sigortalının hak sahipleri, açacakları hizmet tespit davası ölümünden itibaren 5 yıl yerine müteveffa sigortanın hizmetinin yılının sonundan başlayarak 5 yıl olarak dikkate alınması gerekir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar neticesinde ölüm aylığında borçlanma durumunda Yargıtay'ın görüşünü değiştirdiğini ve artık borçlanmanın 4/I-a 'ya tabi sigortalılar açısından 5 yıl sigortalılık ve 900 gün prim açısından kabul edilmediği belirtilmiştir. Hal böyle olunca "...her türlü borçlanma süreleri hariç ..." ibaresi İzmir 1. İş Mahkemesi (E.2015/10) ve Siirt 1.Asliye Hukuk Mahkemesi (İş Mahkemesi Sıfatıyla) (E.2015/80) Anayasa'nın 10.,11.,13.,41.,60. ve 61. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Aslında 5510 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin iptal edilmeden ve 5754 sayılı Kanunla³³ değiştirilmeden önceki halinde bu duruma mahal verecek bir düzenleme bulunmaktaydı. 5510 sayılı SSGSSK'un ilk halinde mezkur kanunun 4/I-a, b, c'ye tabi sigortalılar için ayrı bir şart olmayıp "...En az beş yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş,..." ifadesi geçerliydi. Diğer bir deyişle Kanunun ilk halinde borçlanma kabul edilmiş ve 1800 prim günü yerine bütün sigortalılara 900 prim günü ve 5 yıl sigortalılık şartı geçerliydi. Daha sonraki değişikliklerle her türlü borçlanma süreleri hariç ifadesi eklenmiş ve uygulamada sıkıntılar ortaya çıkmıştır. Yüce Mahkemenin konuyu esaslan görüşmesi neticesinde verdiği karara³⁴ göre;

1-İtirazın gerekçesi olarak: "bu ifadeyle askerlik, tutukluluk veya gözetli hali, doğum gibi nedenlerden dolayı fiilen çalışılmayan dönemlerin, prim ödenmek suretiyle sigortalılık süresine eklenmesini öngören hizmet borçlanmasının ölüm aylığı bakımından mümkün olmadığı, bu durumun askerlik hizmetini yerine getiren vatandaş ile askerlikten kaçmak suretiyle çalışmaya devam eden vatandaş, tutuklu olarak yargılandıktan sonra beraat etmiş birey ile hakkındaki yakalama emrine rağmen teslim olmayarak kaçan ve bu süre zarfında çalışan birey, doğum yaparak neslin devamı noktasında fedakarlığa katlanan kadın ile

32 Ramazan Yıldız. "5510 Sayılı Kanuna Göre Hizmet Tespit Davası" , Diyalog Dergisi, S:280, Ağustos 2011, s.195

33 08.05.2008 tarih ve 26870 sayılı R.G.

34 22.10.2015 tarih ve E.2015/10 K.2015/93, 07.11.2015 tarih ve 29525 sayılı R.G.

doğum yapmayarak çalışmaya devam eden kadın, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce sigortalı ile yürürlük tarihinden sonra ölen sigortalı arasında eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 11. , 13. , 41. , 60. ve 61. maddelerine aykırılığı" ileri sürülmüştür.

2-Kararın gerekçesi olarak: “ ölüm aylığının bağlanabilmesi için ölen sigortalının bildirilen prim gün sayısının esas alınarak düzenleme yapılmasında ve bu çerçevede ölüm aylığı bağlanabilmesi için kural olarak 1800 gün prim bildirimi koşulu öngörülmesinin yanı sıra bu koşula alternatif olarak, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan sigortalılar yönünden her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunulması ve toplam 900 gün prim bildirimi koşulunun getirilmesi, söz konusu kişilerin hak sahiplerine sunulan bir seçimlik hak niteliğinde olup, 1800 günlük prim süresi yönünden borçlanma sürelerinin esas alınmasına bir engel oluşturmamaktadır. Bu durumda ölüm aylığına hak kazanma şartlarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek belirlenmesi, sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilmez.”hükme bağlamıştır. Sonuç itibariyle yüce mahkeme “...her türlü borçlanma süreleri hariç...” ifadesini Anayasaya aykırı bulmayarak itirazı oyçokluğuyla reddetmiştir. Buna göre ölüm aylığında 4/I-a'ya tabi sigortalılar için alternatif olarak getirilen şartlarda borçlanma kabul edilmemektedir.

3.Sonuç:

5510 sayılı SSGSSK'nda ölüm aylığı hususunda mülga kanunlara benzer bir düzenleme yapılmıştır fakat 4/I-a'ya tabi sigortalılar için alternatif olarak getirilen 5 yıl sigortalılık ve 900 prim günü doldurulmasıyla ölüm aylığına hak kazanılması öngörülerek mülga kanunlardan farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Bir başka farklılık ise; bu alternatif düzenlemede “...her türlü borçlanma hariç...”ibaresinin bulunmasıdır. Konumuzu oluşturan bu husus uygulamada 4/I-a'ya tabi sigortalıların ölüm aylığına hak kazanması için öngörülen sigortalılık ve prim süresini dolduramaması ve SGK'ya borçlanma yoluyla başvurarak sürenin tamamlanması isteminin reddedilmesine karşın sigortalıların yargı yoluna başvurmalarıdır. Sosyal güvenlik sisteminin riskleri bertaraf eden bir sistem olmasından bahisle ölümün bir gerçek olduğu tespiti altında sigortalıların borçlanma yoluyla ölüm aylığına hak kazanması gerekmektedir lakin kanunda yer alan ifadeyle borçlanmanın önü kapanmıştır. Aslında Yargıtay'ın önceleri 5 yıl için borçlanmayı kabul etmeyip 900 prim günü için borçlanmayı

kabul etmesi sigortalılar açısından bir nebze fayda sağlamışken SGK'nın borçlanmayı kabul etmemesi üzerine konunun tekrardan yargıya taşınması sonucunda Yargıtay görüşünü değiştirmiş ve artık borçlanmayı hem sigortalılık süresi hem de prim günü açısından kabul etmemektedir. Aynı konu Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi ile götürülmüş ve yüce mahkeme 5510 sayılı SSGSSK'un 32/a'da yer alan her türlü borçlanma süreleri hariç ifadesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Sonuç itibariyle ölüm aylığında 4/I-a'ya tabi sigortalıların 5 yıl sigortalılık süresi 900 gün prim günü şartlarından faydalanarak ölüm aylığına hak kazanması için borçlanma kabul edilmemektedir. Yargıtay'ın 21. ve 10. Hukuk Dairelerinin verdikleri kararlar açısından konunun Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca tekrar değerlendirilerek sonuca bağlanması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- DEMİR, Vakkas. “Ölen Sigortalıdan Ana Babaya Ölüm Aylığında Eş ve Çocuğa Bağlanan Aylığın Azalıp Azalmayacağını İzahı”, Diyalog Dergisi, S:285, Ocak 2012,
- ALPER, Yusuf . Sosyal Sigortalar, Bursa, 2004,
- YILMAZ, Çiğdem. “Ölüm Sigortası”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:2010/3, S:68,
- UŞAN, M.Fatih. Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara, 2009,
- ÖZDEMİR, Cumhur Sinan. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu Getirdiği Yenilikler, Ankara 2006,
- SAVRAN, Fetih. <http://iskanunu.com/sizin-sorduklariniz/2252-olum-tazminatini-hukukumuzdaki-yeri>,
- KURUCA, Mustafa. “ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Göre Ölüm Aylığı” Mali Çözüm Dergisi, Eylül-Ekim 2008,
- AKCAN, Şerif. <http://www.turkiyegazetesi.com.tr/yazarlar/serif-akcan/575129.aspx>,
- KELEŞ, S. Mehmet. “Ölüm Geliri Nasıl Hesaplanır ve Kimlere Bağlanır?”, Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2014,
- GÖKTAŞ, Murat. “ İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonucu Ölen Sigortalıların Hak Sahiplerine Ölüm Geliri Ödenmesi”, Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2012,
- CAMKURT, Mehmet Zülfi. “Son Değişiklikler Işığın Tüm Yönleriyle Doğum Borçlanması”, Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2010,
- TEZEL, Ali. “Ölüm Aylığı 900 Gün Yargıtay Olmaz Diyor”, <http://www.alitezel.com/index.php?sid=yazi&id=6720>,
- AYTÜRK, Arif.<http://www.arifayturk.com.tr/haber-900-gn-olmayan-dul-ve-yetimlerin-lm-ayl-hayali-suya-dt-35.html>,
- www.corpus.com.tr,
- GÜZEL, Ali. OKUR, Ali Rıza ve CANIKLIOĞLU Nurşen. Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, İstanbul, 2009,
- DEMİR, Vakkas.“ SGK’ya Yapılan Askerlik, Yurt Dışı ve Doğum Gibi Borçlanma Bedellerinin Geri Alınmasına İlişkin Detayların Açıklanması”, Mali Çözüm Dergisi, Ocak-Şubat 2012,
- DEMİR, Vakkas. “ SSK 4/I-a Günleri Ölüm Aylığına Yetenler Bağ-Kur (4/I-b) Borçlarını Ödemeden Mahkeme Kararıyla Ölüm Aylığı Alabilirler”, Mali Çözüm Dergisi, Mart-Nisan 2013,
- <http://www.alitezel.com/index.php?sid=yazi&id=7171>,
- YILDIZ, Ramazan. “5510 Sayılı Kanuna Göre Hizmet Tespit Davası” , Diyalog Dergisi, S:280, Ağustos 2011

UYGULAMADA MALİKLER ARASINDA SATIŞ YÖNTEMİ İLE ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ

Av. Cüneyd ALTIPARMAK

Bu makalemizde, malikler arasında satış yöntemiyle ortaklığın giderilmesi hususunu ele alacağız. Uygulamada, ortaklığın giderilmesi için açılan davalar, genellikle satış ve aynen taksim yönünde talepler içermektedir. Malikler arasında satış, ortaklığın satış yoluyla giderilmesinin özel bir türüdür.

Medeni Kanunun 688.maddesinin ilk fıkrasına göre, “*Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir*” Böyle bir malın paylaşılması, malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırmayla satılarak bedelinin bölüşülmesi biçiminde gerçekleştirilir (MK m.699/1).

Bu saydığımız paylaşma biçiminde uyuşma sağlanamazsa, paydaşlardan birinin istemi üzerine hâkim, malın aynen bölünerek paylaştırılmasına, bölünen parçaların değerlerinin birbirine denk düşmemesi hâlinde eksik değerdeki parçaya para eklenerek denkleştirme sağlanmasına karar verebilecektir (MK m.699/2).

Bölme istemi durum ve koşullara uygun görülmezse ve özellikle paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan bölünmesine olanak yoksa, açık artırmayla satışa hükmolunur. (MK m.699/3).

Ortaklığın giderilmesi davaları “çift tarafı” davadır. Verilecek bölüşme veya satış kararı davacı ile davalıyı aynı düzeyde ve biçimde etkileyecektir. Bu özellik nedeni tarafar bu davada hem davacı hem de davalı konumundadır. Bu nedenledir ki, davacının ortaklığın satış yolu ile giderilmesini talep etmesine karşın davalı tarafın taksimi istemesi olasıdır¹. Bu mahiyet gözetilerek HMK 322 madde atfı ile İcra-İflas Kanununa gönderme yapılmıştır.

Yine çift tarafı bir dava olmakla genel usul hükümlerinin uygulanması yönünden ayrıcalık ve özellik taşır. Bu nedenle davalı paydaş, davacının

1 YHGK Tarih: 30.01.1991 E.1990/520 K.1991/11

feragatine rağmen davayı devam ettirebilir² Yine ortaklığın giderilmesi davasında her paydaş yargılama giderinden hissesi oranında sorumludur.

Bir başka husus da, MK'nın 698. maddesi hükmü son fıkrasında yer alan “uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulmaz” yolundaki hükümdür. Bu hüküm uyarınca, bu davanın hangi izale türünün talep edilerek açıldığına bakılmaksızın, zamanlaması anında da bir takım defiler ileri sürülebilir.

Satışın paydaşlar arasında artırmayla yapılmasına karar verilmesi, bütün paydaşların rızasına bağlıdır (MK m.699/3-Son Cümle).

Uygulamadan yola çıkarak bazı şartların arandığını görmekteyiz

I- Öncelikle bir şeyin aynen taksimi mümkün ise, satışı istenemez.

Maliklerden herhangi biri bu tür mülkiyeti devam ettirmek istemeyebilir. Ama, bu o kimseye malın doğrudan pazarlık veya arttırma yoluyla satımını isteme hakkı vermez. Kendisi istese bile, Mahkeme satışı, malın taksimi konusunda son aşama olarak ele alacaktır. Bu itibarla paylı mülkiyetin, sorunlar doğduğunda öncelikle tarafların uzlaşısı ile sorunu çözmesinin gerekliliği vardır. Öncelikli çözüm tarzı, yasal düzenlemenin elverdiği ölçüde, yapılarda kat mülkiyeti tesisi, arazilerde ise ifraz sureti ile aynen taksimi sulhen gerçekleştirmektir. Şimdi satış dışındaki taksimlere kısaca değinelim.

i-Sulh İle Çözüm:

Paylı mülkiyetin sulhen sona erdirilmesi girişiminde gözetilmesi gereken kural, her bir hisse değerlerinin birebir ve tam bölünmesinin mümkün olmadığıdır. Burada asıl olan paydaşların müşterek iyi niyet çerçevesinde sorunu ortadan kaldırmak üzere çözüme katkıda bulunmasıdır. Burada tutulan taksim tutanağı taraflar arasında bağlayıcıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında³, “... dava on adet taşınmazda ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir. Dava konusu edilen bir adet taşınmaz yönünden murisin mirasçılarının “Rızai Taksim ve Sulh Sözleşmesi” başlıklı belgeyi düzenledikleri dosyada bulunan belgeden açıkça anlaşılmaktadır. Esasen bu husus Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında ihtilaf konusu da değildir. Anılan belgenin 1 .maddesinde taraflar, “Paylaşılması ve anlaşılması mümkün olmayan kestanelik yönünden ortaklığında giderilmesi davası devam edecek, satış parası mirasçılar arasında miras paylarına göre paylaşılacaktır.” hükmüne yer verilmiş olup, bu hüküm ile tarafların parseli

2 YHGK.Tarih: 22.03.1989 E.1989/105, K.1989/190

3 YHGK E. 2013/6-143 K. 2013/1483 T. 23.10.2013

paylaşım dışı bıraktıkları açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, mahkemenin dava konusu parsel hakkında taksim sözleşmesi gereğince ret kararı vermeyip esastan karar vermesine ilişkin direnme kararı yerindedir”.

ii-Kat Mülkiyeti Tesisi Suretiyle Çözüm:

Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 10. Maddesine göre; Kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi dâvalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden biri, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse, hâkim o gayrimenkulün mülkiyetinin, 12 nci maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir. Kat mülkiyeti kurulması suretiyle ortaklığın giderilmesi için, yapının tamamının kargir olması, bağımsız bölümlerin ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya uygun olması ve her paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşmesi gerekmektedir. Bu koşulların varlığı halinde hakim, taşınmazın Kat Mülkiyeti Kanunu’na göre kat mülkiyetine çevrilmesine elverişli olup olmadığını inceleyecektir.

Bir taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesi için; ana gayrimenkulün dış cephelerini, iç bölmelerini, sıralı olarak bağımsız bölümlerini, bu bağımsız bölümlere orantılı olarak hesaplanan arsa paylarını gösteren tüm paydaşlarca imzalanan mimari projesinin, yapı kullanma izin belgesinin, yönetim tarzını, kullanma maksat ve şeklini yönetici ve denetçilerin alacakları ücreti ve yönetime alt diğer hususları düzenleyen tüm paydaşlarca imzalanan yönetim planının bulunması gerekir.

Yapıların Projeye uygun olmaması halinde Mahkeme, Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre bu aykırılığın yani proje ile fiili durumun birbirine uygun hale getirilmesi için taraflara süre verip, bu sürenin sonunda uygun hale gelen yapı ile ilgili karar verecektir. Bir başka hal ise, yapının yukardaki şartları taşımasına rağmen projesinin olmamasıdır. Taşınmazın projesinin bulunmaması halinde, öncelikle ilgili belediyeden alınacak ön bilgiye göre yapının mevcut haliyle imar mevzuatına ve bulunduğu yerin imar durumu ile fenne aykırılık oluşturmadığı veya imara ya da projeye aykırılıklar giderildiği takdirde onay verilip verilmeyeceğini belirler. Belediyenin onay verebileceğinin saptanması halinde, öncelikle aykırılıkların giderilmesi daha sonra yapının fiili durumunu yansıtan projenin hazırlatılıp, ilgili imar müdürlüğünün onayının ve buna bağlı olarak oturma izin belgesinin alınması gerekir. Paydaşların verilen süre içerisinde projeyi veya yönetim planı imzalamaktan imtina etmesi halinde, hakim nihai kararda,

imzalanmış sayılmasına hükmeder. Tüm bu eksikliklerin giderilmesi ve taşınmazın da elverişli olması halinde, hakim taşınmaz üzerindeki ortaklığın kat mülkiyetine geçiş suretiyle giderilmesine karar verebilecektir.

iii) İfraz Suretiyle Çözüm

Tapu kütüğünde tek parsel olarak kayıtlı bulunan bir taşınmazın bir plan dahilinde haritalara göre birden çok parçaya bölünüp, birbirinden bağımsız parseller olarak tapuya kaydedilmesine denir. Yani önceden 1 nolu parsel olan taşınmaz, bölünerek 2 ve 3 nolu parsellere dönüşmüş ise, burada ifraz yapılmış demektir. İfraz, kelime anlamı ile de zaten budur. İfraz “ayırma” anlamıdadır. Her taşınmazın cinsine göre, ifraz koşulları farklıdır. Örneğin 4000 metrekare bir yer arsa ise, (imar koşulları uygunsa) ifraz edilebilirken, aynı ölçekte bir tarla veya bahçenin ifrazı mümkün değildir. Arsalarda, tarlalarda ve bahçelerde en küçük parselin kaç metre kare olabileceği kendi özel mevzuatlarında ele alınmıştır.

Nitekim Yargıtay bir kararında⁴, “...Dava, ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir. Dosyadaki mevcut deliller ve bilhassa Belediye Başkanlığı İmar ve Şehircilik Müdürlüğünün yazılarına göre hükme esas alınan ifraz krokisinin belediye encümenince onaylanmadığı gibi davaya konu edilen parselin aynen taksiminin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece bu açıklamalar doğrultusunda aynen taksimin mümkün olmaması durumunda ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmesi gerekir” şeklinde hüküm kurmuştur.

Aynen taksiminin mümkün olması halinde, resen paylaşırma yetkisi bulunmayan hakim bilirkişi raporundaki verilere veya paydaşların bu verilere göre aralarında vardıkları mutabakata göre hüküm tesis ile yükümlüdür⁵.

II-Ortaklığın giderilmesinin satış yolula giderilmesine ek olarak, bu satışın ortaklar arasında yapılmasına dair bir talebin olması gerekmektedir.

Mahkeme yukardaki yöntemler ile, ortaklığı gideremeyeceğini anlayınca kendiliğinden satış yoluyla ortaklığın giderilmesine karar veremeyeceği gibi yine bu satışın; pazarlık veya arttırma yoluyla ortaklar arasında olmasına da kendiliğinde karar veremez, taleple bağlıdır. Yargıtay, “...taşınmazın aynen taksim suretiyle ortaklığının giderilmesi istemine ilişkindir. Davacı vekili, taşınmazın aynen taksim suretiyle ortaklığının giderilme-

4 Y14HD E. 2014/9275 K. 2014/10790 T. 1.10.2014

5 Y6HD Tarih: 23.11.2004 E. 2004/7700 K.2004/8304

sini istemiş, davalılar da taşınmazın aynen taksimi suretiyle ortaklığın giderilmesini savunmuşlardır. Taşınmazın taksiminin mümkün olmadığı bilirkişi raporuyla belirlendiğine göre mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, talep dışına çıkılarak satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilmesi hukuka aykırıdır” şeklinde karar vermiştir⁶.

Ancak Hukuk Genel Kurulunun⁷ şu kararına da dikkat çekmek isteriz “...terditli talepten sonra davanın satış suretiyle taksim talebine hasredilmesi sonucu mahkemenin, satış yoluyla ortaklığın giderilmesine dair verdiği kararın yargılama aşamasında beyanda bulunmayan bir kısım davalılar tarafından binanın bölünmesi konusunun araştırılmadığı belirtilerek temyiz edilmiş olması durumunda, kat mülkiyeti kurulmak suretiyle aynen taksim koşullarının araştırılmasına ve bu yönde karar verilebilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Somut olayda, mahkemece alınan bilirkişi raporu içeriğine göre; davaya konu taşınmazın üzerinde beş katlı yapı mevcut olup, biri işyeri sekizi mesken nitelikli ve müstakil kullanılmaya elverişli toplam dokuz adet bölüm bulunmaktadır. Taşınmazın muhtelif hisselerde sekiz hissedarı olduğu ve ivaz eklenmek suretiyle her bir paydaşa en az bir bağımsız bölüm düşebileceği, bağımsız bölümlerden birinin ise satışının söz konusu olabileceği, ayrıca taşınmaz üzerindeki yapının Kat Mülkiyeti Kanunu’nun 50/2. maddesi hükmüne uygun nitelikte olduğu belirlenmiştir. Şu hale göre, mahkemece öncelikle yapılacak iş, taleple bağlı kalınmaksızın, paylı malın önemli bir değer kaybına uğramadan aynen taksiminin mümkün olup olmadığı, yönünde tahkikatın ikmal edilmesi olmalıdır.

Taşınmazın hissedarlar arasında satış suretiyle ortaklığın giderilmesine karar verilebilmesi için tüm paydaşların rızasının bulunması gerekir. Davacı olan paydaş tarafından satışın hissedarlar arasında yapılması talep edilmiş ve buna diğerleri muvafakat etmiş ise, satış ortaklar arasında yapılması gereken bir satış olmak durumundadır⁸.

Yargıtay, kararında belirtildiği üzere, “...davacı, taşınmaz malın ortaklığının paydaşlar arasında satış sureti ile giderilmesini talep etmiştir. Davalılar vekili 28.1.1982 tarihli oturumda, aynen taksimi istemiş ve 11.5.1982 tarihli oturumda davacının talebine iştirak ettiklerini bildirmiştir. Taşınmazın kabili taksim olmadığı ispat olunmuştur. Taksimi mümkün olmadığı anlaşıldıktan sonra davalı vekili, davacının talebine iştirak etmiş ve bu suretle taraflar satışın paydaşlar arasında yapılması hu-

6 Y14HD E. 2013/7487 K. 2013/9684 T. 24.6.2013

7 E. 2012/18-1809 K. 2013/754 T. 22.5.2013

8 Y6HD E. 2012/6113, K. 2012/9075, T. 18.6.2012

susunda birleşmişlerdir. Davalıların satışın açık artırma ile yapılması hususunda bir talepleri yoktur. Bu durumda MK.nun 628. maddesi hükmü de nazara alınarak satışın paydaşlar arasında yapılmasına karar verilmek gerekirken yazılı şekilde açık artırma ile satılarak ortaklığın giderilmesine karar verilmesi, usul ve kanuna aykırıdır” **[Yargıtay 6.Hukuk Dairesi, Esas: 1982/7830 Karar: 1982/8103 Karar Tarihi: 20.09.1982]**

Bir başka kararında ise “..Dava bir parça taşınmaz mal ortaklığının giderilmesi isteminden ibarettir. Mahkemece ortaklığın pay sahipleri arasında satılarak giderilmesine karar verilmiş ve hüküm davalı vekili tarafından temyiz olunmuştur.Davacı taşınmaz malın ortaklığının taksim, olmadığı takdirde satılarak giderilmesini istemiştir. Davalının da satışın paydaşlar arasında yapılması hususunda bir istemi yoktur. Satışın paydaşlar arasında yapılması hususunda tarafların talebi olmadığı nazara alınmadan talep ve savunma dışına çıkılarak satışın paydaşlar arasında yapılmasına karar verilmesi, usul ve Kanun’a aykırıdır. **[Yargıtay 6.Hukuk Dairesi Esas: 1983/10375 Karar: 1983/10478 Karar Tarihi: 31.10.1983]**

III- Ortaklar arası satışın, tarafların menfaatine uygun olması gerekir.

Yukardaki iki şartın gerçekleşmesine rağmen aranan bir diğer şart ise, ortaklar arasında satışın, ortakların menfaatine olup olmayacağının tayin edilerek karar verilmesidir. Nitekim, bir malın ortaklararası satımı her zaman, o malın uygun fiyatla gitmesi, satılması sonucunu doğurmaz. Ya da her malik aynı düzeyde alım gücüne sahip değildir. Bu halde mahkeme, ortaklar arası satım talebinin ortakların menfaatine olup olmadığını da gözetmek ile mükelleftir.

Yargıtay, bir kararda, *satışın paydaşlar arasında yapılabilmesi için ya bütün paydaşların bu hususta anlaşması yada bu şekilde satış yapılmasının bütün paydaşların menfaatlerine daha uygun olduğunun tespiti gerekir. Zira paydaşlar arasında satışa karar verilmesi halinde mali durumu elverişli olmayan paydaşlar müzadeyeye katılamayacaklarından taşınmaz malın düşük bir bedelle mali durumu iyi olan paydaş tarafından satın alınması imkan dahiline girer. Bu mali durumu elverişli olmayan paydaşlar zararına sonuç doğurur. Sadece davacının isteği nazara alınarak bu yolda karar verilemez. İnceleme yapılarak satış şeklinin hangisinin paydaşların menfaatine olduğunun saptanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bundan zuhul ile yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirir. **[Yargıtay 6.Hukuk Dairesi Esas: 2001/5804 Karar: 2001/6114 Karar Tarihi: 10.09.2001]***

TAHKİM SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

New York Sözleşmesi Madde II ile Birlikte
Değerlendirilmesi

Hasibe GÜLŞAH KENAR

1.Giriş

Tahkim, tarafların kendi seçtikleri hakemler aracılığı ile aralarında meydana gelen hukuki uyuşmazlıkları, yine kendilerinin seçtiği hukukun uygulanması suretiyle çözdükleri bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

Tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözümünde taraflar, devlet yargılamalarından farklı olarak, yargılama yapacak kişiyi yani hakemi veya hakemleri bizzat kendileri seçmektedirler. Tahkim yargılaması yine devlet yargılamasından farklı olarak taraflara zaman kazandırmakta, tarafların uyuşmazlığı “gizli” olacak şekilde kendi aralarında çözmelerini sağlamakta, böylece taraflar, ticari sırları ifşa olmadan tabiri caizse kendi içlerinde, kimseye duyurmadan uyuşmazlıklarını çözümlemektedir. Tahkim yargılaması sonucunda ortaya çıkan karar, taraflar yönünden bağlayıcı olmakta ve tüm bu özellikleri düşünüldüğünde de özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde en çok tercih edilen yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tarihte çok eski zamanlardan bugüne kadar tahkim yargılamasının uygulandığına dair kayıtlar mevcuttur. Eski Mısır, Eski Yunan ve Roma İmparatorluğu'nda özellikle tacirler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanıldığına ilişkin kayıtların olduğu bilinmektedir. Bu bilgi de tahkimin asırlardan beri tercih edilen uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edildiğini göstermektedir. Modern milletlerarası tahkim uygulaması ise 19.yüzyılda başlamıştır. Tahkimin 19.yüzyılda gelişim göstermesinde etkili olan olay, Amerikan iç savaşı sırasında İngiltere tarafından Amerika'daki Güneyliler için inşa edilen Alabama gemisinin Kuzeyliler'e verildiği zarardır. Amerika iç savaşının temel sebebi Kuzeyliler ve Güneyliler arasında izlenen ekonomik politikadaki farklılıktır. Kuzeyliler ekonomilerinde sanayileşmeye doğru ilerlerken, Güneyliler tarım ve hayvancılığa

dayanan ekonomik gelişimi desteklemiştir. İngiltere ise savaş sırasında, tarım ve hayvancılığı ekonomik politikanın temeli kabul eden Güneyliler' i desteklemiş ve bunun için de Alabama gemisini inşa etmiştir. Savaş sırasında bu gemi Kuzeyliler' e çok ciddi zarar vermiştir. ABD hükümeti savaş sonrasında gemiyi İngiltere inşa ettiği için, zarardan İngiltere' yi sorumlu tutmuş ve İngiliz Hükümeti' nden tazminat talep etmiştir. İki ülke arasında, Washington' da imzalanan 1872 tarihli "Jay Treaty" antlaşması¹ ile her iki ülke tarafından sorunun tahkime yoluyla çözülmesi kabul edilmiştir. Bu süreçte, gerçekten de uluslararası bir tahkim kurulu teşkil edilmiştir. Böylelikle ilk milletlerarası modern tahkim uygulaması gerçekleşmiştir.²

Uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin serbest bir yargılama oluşu, bağlayıcılığı, gizliliği, zaman yönünden sağladığı avantajları, modern zamanlarda bu yargılamanın tercih edilmesini sağlamış ve tahkim bugüne kadar büyük gelişim göstermiştir.

Bu gelişim sürecinde, tahkime duyulan ilgi ve tahkimin avantajları sayesinde tahkim yargılamasının ne şekilde yapılacağı, tahkim yargılamasının usulünün ne olacağı, tahkim yargılamasına hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı gibi çok temel ve çok önemli konuların düzenlenmesi ve uluslararası tahkim yargılamasında taraflar arasında yeksenaklığın sağlanması ihtiyacı doğmuştur. Bu düzenlemelerin her biri zaman içinde gelişim göstererek pek çok ülkede kurumsal tahkim merkezleri kurularak taraflara seçim hakkı tanınması sağlanmıştır.

Bu ihtiyaçlar doğrultusunda, Öncelikle 1966 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law –UNCITRAL) kurulmuştur. UNCITRAL, kendi çalışma tekniklerini yasa hazırlama, sözleşme hazırlama ve açıklama yapmak olmak üzere üç temel başlıkta toplamıştır.UNCITRAL, tahkim uygulamasını tercih eden taraf ülke vatandaşlarının uygulamalarında yeksenaklığın sağlanması için UNCITRAL Model Kanunu' nu 1985 yılında hazırlamış ve 2006 yılında yapılan değişiklikler ile UNCITRAL Model Kanunu güncellenmiştir.³Bu Model Kanun, ülkelerin kendi ulusal mevzuatlarının düzenlenmesinde büyük önem taşımış ve taşımaya devam etmektedir. Günümüzde geline nokta her ülke kendi kurumsal tahkim merkezlerini oluşturmuş veya oluşturmakta

1 <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Uzmanl%C4%B1k+Tezi/10didemulucmiz.pdf>

2 Kerem Ertan, Deniz Hukuku' nda Londra' da Tahkim, İstanbul,2011, syf.1,2

3 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf

ve kendi model kanunları ile yol gösterici olarak tahkim uygulamasına yardımcı olmaktadır. Amerika Tahkim Merkezi (AAA), Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu (WIPO), Alman Tahkim Merkezi (DIS), Londra Deniz Ticareti Hakemleri Derneği (LMAA) bu kurumsal tahkim merkezlerinin başlıcalarıdır.

Yabancı Hakem Kararları'nın Tanınması ve İcrası Hakkındaki 1958 tarihli New York Sözleşmesi ise yabancı veya yerel olmayan hakem kararlarının üye ülkelerin iç hukuklarında ayrıma tabi olmaksızın uygulanmasının sağlanması amacına hizmet etmektedir. New York Sözleşmesi, tahkim yargılaması nerede yapılmış olursa olsun, yargılamanın taraflarının hakem kararını uygulamak istedikleri ve sözleşmeye taraf olan ülkede icrasının sağlanmasına ilişkin esasları düzenleyen bir sözleşmedir. Milletlerarası tahkime konu bir uyuşmazlık sonucu alınan her karar ancak New York Sözleşmesi'nin uygulanması ve kararın taraf ülke devletinde tenfiz edilmesinden sonra o ülkede icra edilebilmektedir. Özetle, New York Sözleşmesi de hakem kararların tenfizi ve icrasında uygulanacak prensipleri düzenlemektedir.

Çalışmanın devamında, özellikle tahkim anlaşmasının şekli geçerlilik şartının New York Sözleşmesi'nin II.maddesi ile birlikte değerlendirilmesi ve tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konuları ele alınacaktır.

Bu iki konunun beraber değerlendirilmeye alınmasının sebebi tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğine uygulanacak hukukun, aynı zamanda tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukla da ilişkili olması ve uygulamada tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçtiklerine çok sık karşılaşılma ile beraber, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmemeleridir.

2.Tahkim Sözleşmesinin Yapılması:

Yukarıda özetle açıklamaya çalıştığımız üzere, tahkim taraflar açısından devlet yargılamasına kıyasla pek çok avantajlar içermektedir. Ancak bu demek değildir ki, her uyuşmazlık için tahkim yargılaması en uygun yöntemdir ve tarafların en ideal sonuca ulaşmasını sağlar.

Bu nedenle de taraflar önce uyuşmazlıklarının çözümünde tahkimin en uygun çözüm yöntemi olup olmadığı konusunda mutabık kalmalıdır. Sonrasında ise uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını tespit edip, eğer elverişli ise tahkim şartı veya sözleşmesini hazırlayıp imzalamalıdır.

Taraflar bakımından özellikle dikkat edilmesi gereken konu, tahkimin uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi halinde, genel, kısa, muğlak şekilde bir maddenin ana sözleşmeye eklenmesinden kaçınılmasıdır.⁴ Tahkim şartı veya sözleşmesi öncelikle açık ve anlaşılır olmalıdır. Tahkim sözleşmesi veya şartındaki, belirsiz, muğlak, çelişkili ifadeler tahkimin avantajlarından yararlanmak isteyen taraflar için çok tehlikelidir. Öyle ki, yeterli açıklıkta olmayan bir tahkim şartının yorumlanması ve anlaşılır hale gelmesi için, hakemler veya taraflar arasındaki hukuki değerlendirmeler sırasında kaybedilecek zamanbile tarafların tahkimde özellikle süre yönünden bekledikleri yararın tamamen ortadan kalkmasına sebep olabilmektedir. Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun seçimi konusu, taraflar açısından, aralarındaki uyuşmazlığın sonucuna etki edecek kadar önemli olduğundan, tahkim yargılamasının istenmeyen şekilde uzamasına sebep olmaktadır. Bu konuda Stocholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü tarafından 2007 yılında verilmiş geçici bir hakem kararına değinmek yerinde olacaktır.⁵ Bu karara konu olan tahkim uyuşmazlığında tespit edilmiş olan ana başlıkların bazıları şöyledir:

- Tahkim şartı “patolojik” tir ve hangi tahkim merkezinin ifade edildiği eksik şekilde ifade edilmiştir.
- İki kademeli kloz vardır.
- Tahkim yargılaması başlamadan önce yeni bir tahkim anlaşması yapılması yerinde olacaktır.
- İddialara göre tahkim klozu davalı tarafın milli kanunlarının kamu düzenine aykırıdır.

Bu yargılamada tarafların tahkim merkezi olarak belirledikleri yer aslında yoktur ve sadece Stockholm Ticaret Odası vardır. Uyuşmazlığın aslına uygulanacak İsveç Hukuku’ na göre uyuşmazlık tahkim yargılamasına uygundur. Tahkimin yapılacağı yer hukuku olan İsveç Hukuku, tahkim sözleşmesine de uygulanacaktır. Yukarıda belirtilmiş olan başlıklar pek çok tahkim yargılamasında benzer sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararın irdelenmesinde, kesinlik içermeyen, “taraflar tahkime başvurabilir” gibi ifadelerin bağlayıcı olmamaları sebebi ile yorumlanmasının da çok zor olduğuna değinilmektedir. Örneğin “taraflar tahkime başvurabilir” demek tarafların dilerlerse “tahkime başvurmayacağı” anlamını da taşımaktadır. Bu gibi bağlayıcı olmayan maddeler, tahkim sözleşmesini veya tahkim şartını, bu örnek kararda belirtildiği gibi “patalojik” hale ge-

4 Tahkim anlaşmasının geçerlilik şartı bir sonraki başlıkta incelenecektir.

5 Stockholm International Arbitration Review 2007:2, 235-261

tirmektedir. Yine tarafların tahkim anlaşması yaparken, “bu sözleşmeden doğabilecek her türlü uyuşmazlık” gibi genel ifadeler kullanması da uygulamada sorunlar yaratabilmektedir.

Uygulamada kaynaklanan sorunlar ve hukuki tartışmalar da düşünüldüğünde tahkim şartı veya anlaşmasının asgari düzeyde aşağıdaki şartları kesinlikle içermesi gerektiği görüşündeyiz:

- Tahkim yargılamasının hangi ülkede yapılacağı,
- Tahkim sözleşmesinin geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı,
- Tahkim anlaşmasının hangi hukuka tabi olacağı,
- Uyuşmazlığın esasına hangi hukukun uygulanacağı,
- Tahkimin yargılamasının hangi dilde yapılacağı,
- Hangi kurumsal tahkim kurallarının uygulanacağı,

Bu konular açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde tahkim şartı veya sözleşmesinde yer alırsa, tarafların, tahkim yargılamasından beledikleri yarara daha kısa sürede ulaşacakları kanısındayız.

3.1958 Tarihli New York Sözleşmesi

Yukarıda da değindiğimiz gibi New York Sözleşmesi aslında “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi” dir. Çok sayıda devletin taraf olduğu⁶, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin olarak oldukça hızlı ve formaliteden uzak bir sistem öngören bir sözleşmedir.⁷ Yaygın kabul görmesi sebebi ile de milletlerarası ticari tahkimin en etkin milletlerarası düzenlemesi olduğu kabul edilmektedir.

New York Sözleşmesi’nin III.maddesi;

“Akit devletlerden her biri hakem kararlarının muteberliğini tanıyacak ve bunların öne sürüldüğü memlekette yürürlükte olan usul kaideleeri gereğince aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dahilinde icrasını temin edecektir. İş bu sözleşmenin şumulu içine giren hakem kararlarının tanınması ve icrası için milli hakem kararlarınıninkine nispetle ne oldukça daha ağır şartlar yüklenecek, ne de daha yüksek adli harçlar alınacaktır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁶ <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states>

⁷ Nomer, Ekşi, Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 2008,sf.84

Sözleşmenin adından da anlaşılacağı üzere, sözleşme, aslında tahkim yargılamasından sonraki süreci, yani tahkim yargılaması sona erdikten sonra, sözleşmeye taraf ülkelerin hakem kararlarını ne şekilde uygulayacaklarına ilişkin düzenlemeleri kapsar. Sözleşmenin taşıdığı hükümler, nitelik itibarı ile “usul kuralları”dır. Hakemlerce verilen kararların milli mahkemelerde tenfizi tahkim yargılamasından tamamen ayrıdır.⁸

New York Sözleşmesi’ ne göre;tenfiz ülkesi dışındaki bir ülke topraklarında alınmış hakem kararları ile tenfiz devleti ülkesinin ulusal mevzuatına göre mahalli sayılmayacak hakem kararlarına bu sözleşmeye göre tenfiz taleplerine konu edilebilir.⁹ Sözleşmenin uygulanabilmesi için hakem kararlarının mutlaka taraf devletlerden birinde verilmiş olması zorunlu değildir. Özetle, sözleşmeye taraf olsun veya olmasın tenfiz ülkesinde yabancı kabul edilen kararların tanınması ve tenfizine uygulanmaktadır. Ancak ve kuşkusuz sözleşme için mütekabiliyet çekincesi koymuş olan ülkeler bakımından ancak sözleşmeye taraf olan diğer devletlerde alınmış olan hakem kararlarının tenfizi mümkün olacaktır. Örneğin Türkiye “mütekabiliyet” şartı ile sözleşmeyi imzalamıştır. Yine Türkiye sadece “ticari iş” sayılan işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili verilen hakem kararları için tanıma ve tenfiz hükümleri uygulanabilmektedir.

New York Sözleşmesi’ nde tanımlanan hakem kararından anlaşılması gereken, hem “ad hoc” hem de kurumsal tahkimde verilen hakem kararlarıdır.

4.Tahkim Anlaşmasının Şekli Geçerlilik Şartı

New York Sözleşmesi, hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin düzenlemelere yer vermekle birlikte, tahkim sözleşmesine ilişkin de bir takım düzenlemeler içermektedir. Sözleşmenin II.maddesine göre her tahkim şartı veya anlaşmasının “yazılı” şekilde yapılması gerekmektedir.

Van der Berg’ e göre, New York Sözleşmesi sadece yazılı tahkim sözleşmelerini koruma altına aldığından, Sözleşmenin ikinci maddesindeki özellikleri taşımayan bir tahkim anlaşmasına Konvnsiyon’ dan yararlanma imkanı da verilmez.¹⁰

Yazılı şekil şartı, New York Sözleşmesi’nin II.maddesinde düzenlenmiştir.

8 Prof.Dr.Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2013, sf.325.

9 Nomer, Ekşi, Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 2008,sf.85

10 Nomer, Ekşi, Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 2008,sf.84

New York Sözleşmesi'nin II.maddesi;

“1.Akit devletlerden her biri, tarafların akde dayanan veya akdi olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ilerde doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.

2.Yazılı anlaşma terimi ile karşılıklı olarak gönderilen mektup veya telgraflarda bulunan veya taraflarca imzalanmış mukaveleler içine konan hakem şartı veya bir hakem mukavelesi anlaşılır.

3.Bir akit devlet mahkemesi, tarafların, iş bu maddenin aradığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükmünden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine hakemliğe sevkeder.” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu metin Türkiye tarafından da aynı şekilde kabul edilmiştir.

Tahkim sözleşmesinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda bir görüş, New York Sözleşmesi'nin ikinci maddesinin bu konuda doğrudan uygulanacağını ve şekli geçerliliğin sözleşmenin II.maddesine göre belirlenmesi gerektiğini ve başkaca bir hukuki araştırmaya girilmesine gerek olmadığını savunmaktadır.Bu görüş gerekçesini, New York Sözleşmesi'nin II.maddesinin bu konuda açık olduğunu ve bu nedenle de herhangi bir ihtilafla karşılaşmanın mümkün olmadığına dayandırmaktadır.¹¹

Bir başka görüş ise farklı bir gerekçe ile New York Sözleşmesi'nin II. maddesinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. Bu görüşün gerekçesine göre, taraf devletler aynı zamanda uluslararası sözleşmelerin ulusal mevzuatlarından önce uygulanacağı prensibini kabul etmiştir. Bu nedenle, şekli geçerlilik New York Sözleşmesi'nin II.maddesine göre değerlendirilmelidir.

Üçüncü bir görüş ise, tahkim sözleşmesinin şeklinin tarafların seçtiği hukuka, tarafların arasında bir anlaşma yok ise tahkim kararının verildiği yer hukukuna tabi kılındığını savunmaktadır.

Uygulamada ağırlıklı görüş ise, New York Sözleşmesi'nin II.maddesinin bağımsız olarak değerlendirilmesi gereken bir madde olduğunu ve şekli geçerlilik konusunun New York Sözleşmesi'nin II.maddesinin 2.bendine göre çözümlenmesi gerektiği yönündedir.

11 Kerem Ertan, Deniz Hukuku' nda Londra' da Tahkim, İstanbul,2011, syf.112

Türkiye' de Yargıtay, tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını in-celerken New York Sözleşmesi'nin II.maddesinin 2.bendini uygulamayı prensip haline getirmiştir.

New York Sözleşmesi'nin VII.maddesinde ise, taraf ülkelerin ulusal mevzuatında veya taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda, New York Sözleşmesi' ne kıyasla daha lehe bir düzenleme olması halinde bu lehe düzenlemenin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu maddeden hareketle, tahkim sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk konusunda da bu baş-kaca ve daha lehe şekli düzenlemeler olması halinde, bu lehe düzenlemeler-in uygulanması gerektiği yönünde de bir görüş vardır.

Kanaatimizce de tahkim uygulamasındaki yeksenaklığın sağlanması amacı, tahkim sözleşmesinin bağımsız olması¹² ve Anayasa'nın 90.mad-desi gereğince uluslararası sözleşmelerin usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesi halinde kanun hükmünde sayılacağı ve herhangi bir uyuşmazlık halinde uluslararası sözleşmenin uygulanmasına öncelik verileceği de göz önüne alındığında, New York Sözleşmesi'nin II.maddesinin uygulanması taraf menfaatlerine daha uygun düşecektir.

5.Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Tahkim sözleşmesi, yukarıda belirtildiği gibi tarafların birbirlerine ilettikleri mektuba verecekleri onay ile dahi yapılabilecek bir sözleşme niteliğindedir. Uygulamada taraflar, bağımsız ve detaylı bir tahkim sözleş-mesi hazırlamayı seçebildikleri gibi, ana sözleşmeye ekledikleri bir tah-kim şartı ile veya daha sonra birbirlerine ilettikleri yazılı bir taleple dahi ortaya çıkabilecek uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini karar-laştırabilmektedirler.

Yine uygulamada taraflar, tahkime konu uyuşmazlığın esasına uygu-lanacak olan hukuku kararlaştırmakla beraber, tahkim sözleşmesine uy-gulanacak hukuk seçimini yapmamaktadırlar.¹³ Tarafların menfaatleri ve uyuşmazlıkların daha sağlıklı çözülmesi amacıyla, tahkim sözleşmesi yapılırken, ana sözleşmeye uygulanacak hukuk kadar, tahkim sözleşme-sine uygulanacak hukukun da belirlenmesi ve hukuk seçiminin kesin ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça yazılması, bu konudaki sorunun gerçek çözümüdür.

12 <http://faculty.law.lsu.edu/toddbruno/Vis/Chapter%206.pdf>

13 Dr.Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010, sf.354

Uygulanacak hukukla ilgili detaylı açıklamalara yer vermeden önce, uygulanacak hukuk konusunda hakemlerin ne şekilde hareket edeceklerini açıklamak gerekir. Prof. Pierre Mayer'e göre, tahkim yargılaması daha önce de belirttiğimiz gibi devlet yargılamasından farklıdır. Devlet yargılamasında hakimin tek amacı, adaleti yerine getirmektir, kaldı ki hakimi atayan devletin kendisinden beklediği de budur. Oysa hakemler, devlet tarafından değil taraflar tarafından göreve atanmıştır ve hakemlerin öncelikli amacı tarafların iradesine en uygun çözümü ortaya koymaktır, yani hakemler tarafların beklentilerine göre hareket etmelidir. Hakemin görevi, hakime göre daha belirsizdir. Hakemin birbiri ile çelişen iki nosyonu vardır: Uygulanacak hukuka ilişkin kıyaslama, diğer tarafta ise ikili bir çelişki, bir yandan en uygun çözümün araştırılması ve öte yandan da tarafların tercihlerine göre bir çözümün ortaya çıkmasına gayret edilmesidir.¹⁴ Bu anlamda hakemin tahkim yargılamasındaki konumu daha karmaşıktır. Bu bağlamda hakemlerin hem taraflarca seçilmiş olmalarını göz önünde bulundurarak, tarafların iradesine, hukuka uygun şekilde, ilgili kanunları uygulayarak en doğru çözüme ulaşmaları gerekir.

Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk seçiminin yapılmaması, yine bizzat taraflar açısından ciddi bir sorun oluşturmakta ve bu sorunun çözümünde farklı yaklaşımları beraberinde getirmektedir.

Bir görüşe göre, uyuşmazlığın çözümü için seçilmiş olan hukukun tahkim sözleşmesine de uygulanması gerekmektedir. Bu görüş, UNCITRAL Model Kanunu'nun 16.maddesinde de düzenlenmiş olan tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı prensibi esas alındığında, tahkim sözleşmesine uygulanacak olan hukukun ve dolayısıyla bu ilkeye aykırı olarak tahkim sözleşmesinin kaderinin de asıl sözleşmeye bağlanması sebebi ile eleştirilmektedir. Tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun, uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan sözleşmeden bağımsız olması prensibinin kabul edilmesi ile birlikte, bu iki sözleşmenin birbirinden tamamen bağımsız kabul edilmesinin mümkün olmadığını gösteren yaklaşımlar da vardır. Bu konuda ICC tarafından verilmiş kesin kararlara rastlamak mümkündür. ICC 5721 No' lu yargılamasına göre, hakem heyeti uygulanacak hukuk gibi hassas bir konuda ticari teamülleri ve sözleşmenin hükümlerini beraberce göz önünde bulundurmalıdır. Bu noktadan hareketle, hakem heyeti "lex mendatoria" ya atıf yapmak üzere yetkilendirilmiştir. Tahkim şartının bağımsızlığı bugünlerde oldukça farkedilir hale gelmiştir. Bu nedenle hakem heyeti kararını verirken, ticari işlerdeki iyi niyetli hareket ve ticari teamülleri ve "lex mendatori" yı göz önünde bulundurarak karar verecektir.¹⁵

14 Reflections on The International Arbitrator' s Duty to Apply The Law, sf.241

15 The ICC Arbitral Process,Choice of the Law Applicable To The Contract and International Arbitration, Yves Dreaens, sf.17

Bir diğer görüş ise, tahkimin yapıldığı yer hukukunun tahkim sözleşmesine de uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Burada yapılacak olan tercih, olayın esasını ve verilecek kararı da ciddi şekilde etkileyeceğinden, uygulamadaki tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk büyük önem taşımaktadır.

Her taraf ülkenin tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda devamlılık arz eden farklı uygulamaları vardır. Örneğin İsviçre, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesi ile yakından bağlantılı olduğu gerekçesiyle, işin esasına uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesine de uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Fransa ve Almanya ise bir adım daha ileri giderek, hakemin uygun bulacağı hukuk kuralının tahkim sözleşmesine de uygulanması gerektiğini kabul ederler. İngiltere ise daha farklıdır ve uygulanacak hukuk seçiminde hakemin birden fazla hukuku göz önünde bulundurmasını gerekçesine dayanarak tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun da bu şekilde seçileceğini kabul eder. Ancak İngiltere' nin görüşünde seçim hakkı daha geniş olmakla beraber, sonuç pek de farklı değildir. Burada tekrarla belirtmek gerekir ki, bu ancak tarafların uygulanacak hukuku seçmedikleri hallerde mümkündür.¹⁶

Tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuk konusu içinde bulunduğumuz dönemde ülkeler bakımından öyle önem arz etmektedir ki, ülkeler kendi tahkim merkezlerindeki model kanunlarını bu sorun çerçevesinde güncellemektedir. Örneğin Honk Kong Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi (HKIAC), kendi model kanununda yaptığı değişikliklerle taraflara tahkim sözleşmesine hangi hukukun uygulanacağı konusunda seçimlik haklar olabileceğini hatırlatmıştır. Yine İngiltere Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA), model kanununda eğer taraflar tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku kararlaştırmadıkları takdirde, tahkim yeri hukukunun tahkim sözleşmesine uygulanacağına yer vermiştir.¹⁷ LCIA'nın tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukla ilgili olarak yer verdiği bir kararında, öncelikle tarafların uygulanacak hukuk konusunda belli bir seçim yapıp yapmadıkları, belli bir seçim yapmamışlarsa, tarafların uygulanmasını kastettikleri bir hukukun olup olmadığına bakılacağını, her ikisinin de olmaması halinde ise hangi hukuk sistemi sözleşme ile daha yakın ilişkide ve bağlantıda ise o hukukun uygulanacağını kabul etmiştir¹⁸İngiltere' nin

16 Pierre Mayer, Arbitration International, Vol 17 No.3, LCIA, 2001, sf. 235

17 <http://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/law-governs-arbitration-clause-decide/>

18 <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>

uygulanacak hukuk konusundaki yaklaşımı oldukça tutarlı ve nerdeyse benzer tüm uyuşmazlıklarda aynı şekildedir.¹⁹

6. Sonuç

Uluslararası tahkim yargılaması, uyuşmazlığı seçen tarafların ihtiyaçlarını, beklentilerini karşılayacak en makul uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Tarafların tahkim yargılamasına başvurmalarındaki amaç, aksi kararlaştırılmadıkça yargılamanın gizli oluşu, yargılama usulüne uygulanacak hükümlerin, tahkim sözleşmesine uygulanacak hükümlerin ve sözleşmenin esasına uygulanacak hükümlerin bizzat taraflarca seçilmesi, yargılamayı yapacak hakem veya hakemlerin de yine taraflarca seçilmesi, yargılamanın devlet yargılamasına kıyasla çok daha kısa sürmesi, yargılama sonucu verilen kararın bağlayıcılığı gibi sebeplerdir.

Taraflar bu sayede, kendi seçtikleri, kararlarına güvendikleri hakemleri seçerek, tercih ettikleri hukuk sisteminin uyuşmazlıklarına hakim olmasını sağlayabilmektedir.

Tüm bu sayılan olumlu özellikler, tahkim yargılamasının tercih sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, tarafların tahkim yargılamasından bekledikleri yararı tam ve eksiksiz şekilde elde edebilmeleri için her şeyden önce, uluslararası sözleşmeler gereğince, usulüne uygun şekilde bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı düzenlemeleri gerekir.

Bu durumda, tahkim şartı veya sözleşmesinin hazırlanması sırasında taraflar, özellikle meydana gelmiş olan tahkim yargılaması sorunlarını da göz önüne alarak sözleşmelerini oluşturmmalıdır. Tahkim sözleşmeleri hazırlanırken uyuşmazlığın temeline uygulanacak hukuk ile tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun birbirinden farklı olduğu ve bu hukuk seçimlerinin doğru şekilde yapılmasının taraf menfaatlerini ve tahkim yargılamasının sonucunu da etkileyeceği göz ardı edilmemelidir. Tahkim sözleşmesi veya şartı hazırlanırken, sadece bir tahkim şartına değinmekten, muğlak, çelişkili, üstü kapalı ifadelerden kaçınmak, bunun yerine açık, net, anlaşılır ve detaylı düzenlemelere yer vermek, tarafların tahkim yargılamasından bekledikleri amaca en iyi şekilde hizmet edecektir. İngiltere'nin tahkim konusundaki uzun yıllara dayanan tecrübesi de dikkate alındığında tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusundaki yaklaşımı tarafımızdan da en uygun çözüm olarak kabul edilmektedir.

¹⁹ Sul America Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia S A

Kaynaklar

1. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Uzmanl%C4%B1k+Tezi/10didemulucmiz.pdf>
2. Kerem Ertan, Deniz Hukuku' nda Londra' da Tahkim, İstanbul,2011
3. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf
4. Stockholm International Arbitration Review 2007:2
5. <http://www.blplaw.com/expert-legal-insights/articles/law-governs-arbitration-clause-decide/>
6. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>
7. Sul America Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia S A
8. The ICC Arbitral Process,Choice of the Law Applicable To The Contract and International Arbitration, Yves Dreains
9. Pierre Mayer, Arbitration International, Vol 17 No.3, LCIA, 2001
10. <http://faculty.law.lsu.edu/toddbruno/Vis/Chapter%206.pdf>
11. Dr.Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul, 2010
12. Reflections on The International Arbitrator' s Duty to Apply The Law
13. Prof.Dr.Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2013
14. Nomer, Ekşi, Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, 2008
15. <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states>

GEÇERLİ SEBEBE DAYANMAKSIZIN KULLANILAN BOZUCU YENİLİK DOĞURAN HAKKIN HUKUKİ SONUÇLARI VE YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI ELEŞTİRİSİ¹

Prof. Dr. E. Sabâ ÖZMEN² - Araş. Gör. Müge ÜREM^{3*}

I. Giriş

Etkisini başka bir hukuki ilişki veya işlem üzerinde göstererek onun kurulmasını, değiştirilmesini veya sona erdirilmesini sağlayan haklara yenilik doğuran (*inşai*) haklar (*Gestaltungsrechte*) denir⁴. Yarattığı etkiye göre türlendirme sonucunda kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran hak ayrımı karşımıza çıkmaktadır⁵.

- 1 Roma hukukunun en eski ilkelerinden olan “Hiç kimse, haksızlık yaparak durumunu iyileştiremez.-Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest.” ilkesinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 2011/11-693, K. 2012/88, T. 22.2.2012 kararıyla ayaklar altına alındığının eleştirisi amacıyla işbu makale yazılmıştır. Bu makalede eleştirel görüşler Prof. Dr. E. Sabâ Özmen’in kişisel görüşüdür. Araş. Gör. Müge Ürem, araştırma yönünde makalenin yazılmasına katkı sağlamıştır.
- 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Misafir Öğretim Üyesi.
- 3 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
- 4 Karş. VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich, Schulthess, 1984, §3, s. 23; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 147; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 61; HATEMİ, Hüseyin, Medeni Hukuk’a Giriş, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, §9, N. 85; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Kavramlar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 154; DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, N. 1049 vd.; BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 57.
“Bozucu yenilik doğurucu hak” deyimi yerine “inşai hak” (bkz. GÖNENSAY, Samim, Borçlar Hukuku, Akgün Matbaası, İstanbul, 1948, s. 13; ÖNEN, Ergun, İnşai Dava, Ankara, AÜHF Adalet Yüksek Okulu Yay., 1981, s. 6) veya “yapıcı hak” (bkz. ARSEBÜK, Esat, Borçlar Hukuku, Ankara, Güney Matbaacılık, 1950, s. 18, 206) deyiminin de kullanıldığı görülmektedir. Yargıtay’ın halen inşai hak deyimini de kullandığı kararlarına rastlanmaktadır. Bkz. Yargıtay HGK E. 2013/22-2309, K. 2015/1761, T. 16.9.2015; Yargıtay 13. HD. E. 2013/30931, K. 2014/16684, T. 29.5.2014, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 25.03.2016.
- 5 Örneğin, TBK m. 3 vd. hükümleri uyarınca sözleşmenin kabulü kurucu, TBK m. 125 hükmü gereğince temerrüt halinde borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek olumlu zararı istemek değiştirici, konu başlığımız

Araştırmamıza temel ilk saptama olarak yenilik doğuran hakkın kullanılması, kural olarak, bu yönde açılacak bir davaya (*yenilik doğuran (inşai) davaya*) gerek olmaksızın, hak sahibinin bu yöndeki irade beyanıyla gerçekleşmektedir. Bu konuda istisnalar olduğunu bilmekteyiz. Ancak görüşümüzce, hakkın dava açılarak kullanılması yolunda hüküm konmuş (*vazedilmiş*) olduğu hallerde dâhi, biz yine de isimsiz sözleşme türü oluşturan mahkemeye dışı sulh niteliğiyle bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabına yöneltilen bu yöndeki önerinin kabulü sonrasında bozucu yenilik doğuran hakkın etkisini gösterdiği temel ilişki veya işlemin tasfiyesine yönelik uyumsuzluğa meydan verilmediği durumlarda, mahkeme kararının bulunmamasına dayalı sonuçla özel hukuk öğretiminin bozucu yenilik doğuran hakkın kullanımı ve sonuçları konusunda irade özgürlüğünü ortadan kaldırmadığını söyleyebiliriz.

Araştırmamıza başlamadan önce belirtmekte fayda var ki, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması, bu yöndeki tek taraflı irade beyanının karşı tarafa varmasıyla hüküm ve sonuç doğurur. Hakkın kullanılması yönündeki irade beyanının muhatabına ulaşması ile arzu edilen hukuki sonuç doğar ve sözleşme kendiliğinden (*ipso iure*) sona erer⁶. Eş deyişle, örneğin ispat şekli oluşturması için iradi şekil olarak kullanan kişinin inisiyatifıyla noter aracılığıyla yapılan sözleşmeden dönme beyanı, karşı tarafa varma sonucunu oluşturan tebliğ ile, mahkeme kararıyla yenilik doğuran (*inşai*) davaya gerek olmaksızın⁷, sonucunu doğurmakta ve sona eren bir hukuki işlem olgusu yaratmaktadır.

Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nda bozucu yenilik doğuran hakları bu isimle bile adlandırmaksızın genel bir kural getirerek geçerli olarak doğup doğmadıkları hususunda esaslı noktaları belirlemiş değildir. Bu, bir eksiklik değildir; şöyle ki, bozucu yenilik doğuran hakkın somut olarak varlığına işaret edilen her kuruma (*örneğin temerrüde*) ilişkin düzenlemeden bozucu yenilik doğuran hakkın doğumunun koşullarını kolaylıkla anlayabiliriz. Bozucu yenilik doğuran hakkın doğumunun kullanılma

altında TBK m. 39 hükmü gereğince irade bozukluğu hallerinde iptal, temerrüt halinde sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi ve pek çok özel düzenlenmiş halde sözleşmenin sonlanması sağlayan haklar ise bozucu yenilik doğuran haklardır.

6 VON TUHR/PETER, §3, s. 25; TEKİNAY, s. 148; EREN, s. 66; HATEMİ, Medeni, §9, N. 85; DURAL/SARI, s. 182; BUZ, s. 256.

7 Kural olarak, aşağıda inceleyeceğimiz gibi, hakkın dava açma yoluyla kullanılmak istenmesi halinde de verilecek hüküm inşai bir nitelik arzetmeyip, tespit hükmü niteliğindedir. Bu noktada, hakkın mahkeme kararına gerek olmaksızın kullanılabilme özelliği uygulamada yanlışlara sebep olmakta, ayrıca bozucu yenilik doğuran hakkı kullanırken haklı, meşru, objektif bir sebebin irade beyanında belirtilmemesine rağmen irade beyanının muhataba varmasıyla kendiliğinden sonucun meydana gelmesine yönelik eğitim hakkında önemle tartışılması gereken noktalar mevcuttur.

sebebinin varlığına⁸ ilişkin herhangi bir tartışma olması beklenmezken, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararıyla verdiği sonuçların özel hukukun temelini oluşturan en eski ilkeleri örselemesi bu araştırmanın konusunu oluşturmuştur.

Araştırmamızda bozucu yenilik doğuran hakka bağlı olarak iki farklı noktada hüküm ve sonuç bağlayacağız. Maddi hukuk açısından hakkın doğumu ile birlikte kazanılmasına yol açan olgunun varlığına ilişkin geçerlilik sorunu ile şekli olarak bu olgunun tek taraflı kullanılması gereken irade beyanında yer almasına ilişkin soruna dayalı hüküm ve sonuç farklı olacaktır.

II. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2011/11-693, K. 2012/88, T. 22.2.2012 Kararı

A. Çoğunluk Görüşü

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen E. 2011/11-693, K. 2012/88, T. 22.2.2012 kararında davaya konu, "TV Servisleri Band Paylaşımlı Transponder Kira Sözleşmesi" feshinin geçersizliğinin tespiti ve bu sözleşmenin davalı şirket tarafından uygulanmaya devam edilmesi yönünde muarazanın men'i ile "Türk Telekom Kablo TV Dağıtım Şebekesi Üzerinden İletilecek Radyo ve TV Yayınlarına İlişkin Sözleşme"nin davalı şirket tarafından feshedilmemesi ve bu sözleşmenin uygulanmaya devam edilmesine yönelik olarak muarazanın men'i istemidir⁹.

8 Ancak belirtmek gerekir ki, burada kastettiğimiz, hak sahibinin hakkı kullandığına ilişkin irade beyanında bu olguları hukuken vasıflandırması, yani bozucu yenilik doğuran hakkını kullanırken dayandığı olguların irade sakatlığı mı, aşırı yararlanma hali mi oluşturduğunun gösterilmesi değil; hakkın hüküm ve sonuç doğurabilmesi için hak sahibinin gerekçeyi açıklanma yükümü altında olup olmadığıdır.

9 "muarazanın men'i" veya "münazaanın men'i" gibi isimlerle açılan davaların Yargıtay kararlarında da bu isimle adlandırılması kabul edilebilir değildir. Her davanın temelinde açılmasının mutlak sebebi uyumsuzluk olmakla bu konuda hâkimden giderilmenin istenmesi yolunda isimle dava açılması hukuki garabetten başka bir şey değildir. Özel hukukta tamamen teknik olarak borçlar hukukunda borcun kaynaklarının çeşitlenmesi ve aynı neticeli taleplerle borçlar hukuku davalarının yarışıp yarışmayacağı veya HMK m. 111 hükmü gereğince terditli ileri sürülüp sürülmeyeceği meseleleri karşısında bir kimse davasını açarken bu isimle dava açacak olursa karşı taraf HMK 119 hükmünce dilekçenin açıklattırılmasını isteyebilmelidir. Öyle ya, asla benimsemediğimiz tapu iptal davası ismiyle bile açılan davaların temelinde ya borçlar hukuku temelli alacak hakkına dayalı olan, TMK m. 716 hükmü gereğince tescili isteme davası zamanaşımına tabi iken buna karşılık, aynı isimle açılması alışlagelmiş olan TMK m. 1025 hükmüne dayalı yolsuz tescilin düzeltilmesi davası tamamen eşya hukukun konusu, istihkak veya haksız el atma talepli olarak zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tabi olmayan bu dava göz önüne alındığında birbiriyle yarışmayan iki dava söz konusudur. Bkz. ÖZMEN, Etem Sabâ/AYDIN, Gülşah Sinem, "Tapu İptal Davası Olarak yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)", İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 2014/6, s. 179-216, s. 185 vd.

Direnme yoluyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; haklı bir sebep olmadan tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin feshedilip feshedilemeyeceği noktasındadır.

Kararın çoğunluk görüşüyle verilen gerekçesini ağır eleştirilerde bulunacağımız odak noktasına ilişkin yönü ile aynen alıntıyla yazmak gerekirse; **“...kural, sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü kuralı, sözleşmeyi kurma ve değiştirme özgürlüğü kadar sözleşme ile bağlı kalmama özgürlüğünü de içerir. ...sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir sonucu olup, kural olarak sözleşmenin kurulmasına hizmet ettiği kadar, sözleşme ile bağlı kalmamayı da, yani tek taraflı irade beyanıyla (haklı veya haksız surette) sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsar. ...kural olarak kişinin sözleşmenin feshi yoluna gitme konusunda irade özerkliği sonucu takdir hakkı bulunmakla birlikte, feshin haksız olması halinde, karşı tarafın bundan doğan zararlarından sorumluluğunun da bulunacağı tabiidir.”**.

Sözleşmenin tek taraflı olarak herhangi bir sebep olmaksızın feshedilip feshedilemeyeceği hususu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmede tartışılmış ve somut uyuşmazlıkta BK m. 106 hükmünün (TBK m. 125/II) uygulanma şartlarının oluşmadığı, zira anılan hükmün uygulanabilmesi için sözleşmenin her iki taraf için de ayakta ve geçerli bulunması gerektiği, oysa somut uyuşmazlıkta fesih iradesinin muhatabına ulaştığı andan itibaren sözleşme ilişkisinin ileriye etkili olarak ortadan kalktığı, bu sebeple anılan hükmün taraflar arasında uygulanamayacağı gerekçeleri ileri sürülüp, yine aynı şekilde ağır eleştiriler yönelttiğimiz ifadesi sonucu aynen aktararak vermek gerekirse: **“...irade özerkliğinin bir sonucu olarak haklı bir sebep olmadan da tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıyla kullanılabilen fesih hakkına engel olunamayacağı benimsenmiştir.”**.

İşte makalemizin amacı, roma hukukunun modern hukuka öncülük yapan en eski ilkesi olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesini bu güne kadar Kara Avrupası ülkelerinin hiçbir öğretisinde tartışma konusu edildiğine rastlamak mümkün değilken, Yargıtay bu ilkeyi yok sayarak verdiği sonuçlar itibarıyla hukuki garabet oluşturan bu kararı, teorik bir tartışmaya dayanmayan yönüyle yalnızca borçlar genel teorisi ilkeleriyle eleştirmek olacaktır. Çünkü bu noktada hukuken apaçık genel ilkeler karşısında her iki yönde de tartışılması mümkün karşılıklı savlardan söz edilemez.

2. Azınlık Görüşü

Anılan Yargıtay kararının sevindirici yönü, çoğunlukla nasıl verildiğine akıl sır erdiremediğimiz bu kararın muhalifi olan azınlık kararına imza atan üyelerin varlığıdır. Yukarıda bahsettiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının azınlıkta kalan görüş sahipleri **“Feshin, bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu, ancak bu hakkın gelişigüzel kullanılamayacağını, bir tarafın sözleşmeyi haklı bir sebep olmadan feshine yönelik işleminin Türk Medeni Kanunu (TMK)’nın 2.maddesinin denetimine tabi tutulması gerektiğini, haksız feshin yapılmasına TMK’nun 2.maddesi kapsamında bulunan “çelişkili davranış yasağı”nın sınırlama getirdiğini, taraflardan birinin haklı bir sebep olmaksızın olağanüstü-süresiz-fesih hakkını kullanmasının tek başına sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini**¹⁰, her sözleşmede aynen ifa mümkün değilse de, somut uyuşmazlığa konu sözleşmede aynen ifanın (uydu yayınının iletilmesinin) mümkün olduğunu, dolayısıyla aynen ifayı teminen karşı tarafın ifa davası açabileceğini, ayrıca karşılıklı taahhütleri kapsayan akitlerde iki tarafın rızasıyla akitten rücu edilebileceği açık ise de, tek taraflı fesih yetkisinin B.K.’nın 106 ve sonraki maddelerindeki koşulların gerçekleşmesine bağlı olduğunu, **aksi takdirde koşulları oluşmadan tek taraflı feshin hukuki sonuçlarını doğurmayacağını**, aynen ifanın her sözleşmede mümkün olmayabileceğini (Örneğin, ünlü bir ressamın tabloyu yapmaktan kaçınması gibi), ancak aynen ifanın mümkün olduğu hallerde (Örneğin, bir miktar Soma Linyit Kömürü satımı gibi), ifanın sağlanması için karşı tarafın bir ifa davası açabileceğini, mahkemenin ifa davasında sözleşmede aynen ifanın mümkün olup olmadığının tespiti sırasında İcra-İflas Kanunu’nun 24 ve 30.madde hükümlerini de gözetmesi gerektiğini, Özel Daire bozma ilamının yerinde olduğunu” ileri sürmüşlerse de, çoğunlukça bu gerekçe ve görüşler benimsenmemiştir.

10 Bu yönde bkz.: “...Oysa fesih hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir. Karşılıklı borç içeren inşaat sözleşmelerine konu ilişkilerde, sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanı karşı tarafa ulaşmakla hukuksal sonuç doğurur ve bu irade beyanı sahibini mutlak bağlayıcı olup, haklı nedene dayandığı veya karşı tarafça kabul edildiği durumlarda muhatabı da bağlar.”, bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2003/7040, K. 2004/6389, T. 9.12.2004; “Sözleşmenin feshi, yanlar arasındaki hukuksal ilişkiyi sona erdiren ve yenilik doğuran bir irade beyanıdır. Fesih bildirimine ilişkin irade açıklaması, sahibini mutlak bağladığı halde; sözleşmenin diğer tarafını itirazsız kabul edilmesi yahut haklı bir hukuksal nedene dayanması durumunda bağlayıcı olur.”, bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2003/1777 K. 2003/4777, T. 15.10.2003; benzer bir karar için ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2003/1777, K. 2003/4777, T. 15.10.2003, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 25.03.2016.

C. Sonuçlar

Bu başlık altında tüm bozucu yenilik doğuran hakların, hak mertebesine ulaşması için korunması gereken çıkar ile maddi bir olgunun (*vakıa-nın*) varlığının gerekeceği yolunda oluşan tereddütler bizi bu araştırmaya itmiştir.

İlk olarak azınlık görüşüne eleştiri getirmek gerekirse, ilk olarak karışımızda çelişkili davranış yasağı (*venire contra factum proprium*) söz konusu değildir. Çünkü dürüstlük kuralına aykırı davrandığı iddia edilen kişi açısından birbiri ile çelişki oluşturan tezat iki davranış ve/veya hukuki işlem söz konusu değildir. Sözleşme taraflarından birisi temelinde kullanımına hak kazandıran bir olgu olmadan bozucu yenilik doğuran hakkı kullanmaktadır. Diğer yönü ile sözleşmeden sona erdirmeye özgürlüğü karşılıklı anlaşma ile sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi fesih, yani sona erdirmeye yolunda yapılan anlaşma rücu olarak adlandırılmaz; bu konuda kullanılması gereken ifade “*ikale*”dir.

Makalemizin temel noktasını hukuki garabet niteliği ile kararın karşı savının TMK m. 2 dürüstlük kuralına aykırılık ile izah ediliyor olması, ağır eleştiriye mesnet oluşturan haklı gerekçelerini zayıflatan yönü olacaktır. Gerekçe bulunamayan yerde sığınılan kale olarak TMK m. 2 hükmüne dayanılması bu yönde olumsuzluğu ifade etmek için kullanılan dürüstlük kuralı hukukçuluğunun eseri olmuştur. Oysa aşağıda dayanacağımız ve asla bir teori olarak öne sürüldüğü iddia edilemeyecek roma hukuku temel ilkeleri dışında hiçbir bilimsel veriye ihtiyacımızın olmadığını da bilinmesini isteriz. Dünya mirası yapı Ayasofya’yı inşa ettiren Iustinaus bu muhteşem esere kendi adını vermek yerine kutsal (*aya*) bilgi (*sofia*) adını koymuştur. İşte yüzyıllar öncesi “*corpus iurus civilis*”i oluşturan bilgi birikimi muhteşem bir zekaya dayalı kurguyla bugün hala hiçbir rahatsızlık doğurmaksızın uygulana gelmektedir¹¹. Uygulamada teorik görüş adı altında temelini Roma Hukukundan almayan savlar sıkıntılarını hemen hissettirmektedir. Bu araştırmanın konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda varılan sonuçlar da bu niteliktedir.

11 ÖZMEN, Etem Sâba, “Genç Hukukçulara (Kızım Sana) Birkaç Öğüt (Gelinim Sen Anla)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014/1, 2014, s. 13-27, s. 17, 18. “Bu vesileyle Roma Hukuku’nun hukuk fakülteleri ders programında çıkartılması yolunda eğilim hukuk bilimine yapılmış en büyük ihanet olarak görülmelidir.”, bkz. aynı eser, s. 18.

A. Geçerli Sebebe Dayanmayan Bozucu Yenilik Doğuran Hak Sonuç ve Hüküm Doğurmaz

1. Öğretideki Durum

Bozucu yenilik doğuran hakkın temelinde bu hakkın doğumuna vücut veren olgu (*irade bozukluğu halleri, temerrüt, ayıp gibi*) gerçekleşmeden, yukarıdaki Yargıtay kararında olduğu gibi, salt şekli açıdan hak sahibi olduğunu iddia eden kişinin irade beyanına bağlı olarak sonuç doğurmuş olacağı yolunda bir öğreti görüşüne rastlamamış bulunmaktayız. Yukarıda andığımız Yargıtay kararının garabeti karşısında böyle bir görüşe ilham verecek bir yazarın bulunmayışı bu makale açısından en sevindirici boyuttur. Her zaman söylediğim gibi avukatlar kanatsız melek olmayıp anılan Yargıtay kararını savunmalarında kullanmaları halinde hiç kimse ayıplamamalıdır. Ancak bir öğretim üyesinin mütalaasında veya HMK m. 293 vd. hükümleri gereğince uzman görüşü olarak bu gerekçeye dayanarak taraf lehine görüş bildirmeleri, mesleki ihanet olarak görülmelidir. Bu konuda bu tür bir iddianın avukatlık mesleği gereği vekâleten duruşmada öne sürülmesi halinde yargı makamlarının, Hukuk Genel Kurulu'nun tam aksine sözleşmeyi bu şekilde geçerli bir bozucu yenilik doğuran hak bulunmadan kullanılma halinde korunması gereken çıkar olan alacaklı lehine müdahalede bulunmaları gerekir.

Hakkı kullanırken hakkı kullanmaya iten yeterli bir sebebin olmaması ve hakkı kullandıktan sonra ortaya çıkan olguların muhataba sebep olarak gösterilmesinin sonucu öğretiye göre özetle şöyledir: Hakkın şartları gerçekleşmişse, hakkı kullanmaya yönelik irade beyanının muhataba varmasıyla hukuki sonuç meydana gelir¹². Fesih ve sözleşmeden dönme hakkını kullanmaya temel olan sebep, bozucu yenilik doğuran hakkın yöneldiği irade beyanının muhataba varması sırasında henüz mevcut değilse/gerçekleşmemişse, bozucu yenilik doğuran hak hüküm ve sonuç doğurmaz, hakkın kullanımı geçersizdir¹³. Sonradan oluşan olguya dayanıla-

12 VON TUHR/PETER, §3, s. 25. Örneğin, fesih sebebi, mevcut hukuki ilişkinin ortadan kaldırılması yönündeki arzuyu oluşturan subjektif saiklerden farklı olarak, her zaman objektif bir olgu olarak ortaya konabilmelidir. Dolayısıyla olağanüstü feshin hukuki koşulu (*condictio iuris*), hakkın kullanılmasına sebep olan olgunun varlığıdır. Bkz. SELİÇİ, s. 158, 163.

ERGÜNE, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 254, dn. 381'de, muhataba yöneltilen irade beyanında iptal sebebinin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Kanımızca paragraf uyarınca yazar burada, iptal sebebinin beyanda açıklanmasından çok hakkı kullanmaya iten olgunun hakkın kullanılması için gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir.

13 LENT, Friedrich, "Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten", Archiv für die civilistische Praxis 152. Bd., H. 5 (1952/1953), s. 401-419, s.

rak bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına sebep oluşturulamaz; hakkın kullanılmasından sonra doğan olgular, ancak yeni bir bozucu yenilik doğuran hakkın sebebini oluşturabilir. Bizim de katıldığımız gibi, hakkını kullanan tarafın, hakkı kullandıktan sonra ortaya çıkan bir olguyu sebep olarak açıklaması durumunda sözleşmenin sona ereceğinin kabulü mümkün değildir¹⁴.

Bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, en geç hakkın kullanıldığı anda sebebın mevcut olması koşuluyla hukuki sonuç, hakkın kullanıldığı andan itibaren doğar. Aynı görüş doğrultusunda, hakkın kullanıldığı anda gerçekleşmemiş, hakkın kullanılmasından sonra ve fakat varsa muhatabın açıklama talebinden önce ortaya çıkan olgular, haklı olarak, hakkın hukuki sonuçlarını doğurması için muhataba sunulamaz¹⁵.

2. Görüşümüz

Bu konudaki eleştirilerimize ilişkin ilk saptanması gereken husus, bozucu yenilik doğuran hakka yönelik irade beyanının geçerliliğine vücut veren olgunun haklı sebep niteliğinde oluşması gerekmeksizin irade beyanının muhataba ulaşmasıyla birlikte taraflar arasındaki sözleşmenin sona erip, ermeyeceğidir. Ancak bu noktada Yargıtay'ın anılan kararında çoğunluk tarafından benimsenen "...sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir sonucu olup, kural olarak sözleşmenin kurulmasına hizmet ettiği kadar, sözleşme ile bağlı kalmamayı da, yani tek taraflı irade beyanı ile (haklı veya haksız surette) sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsar." görüşü karşısında şahsımız, şimdiye kadar Yargıtay kararlarında gördüğü en temelsiz gerekçelerden birinin oluşturulduğunu savunmaktadır. Şöy-

415. Fesih hakkının kullanılmasını imkân veren olgunun yokluğu nedeniyle kendiliğinden geçersiz hale gelen olağanüstü feshin, tahvil yoluyla olağan fesih olarak yorumlanması mümkündür. Ancak feshin sebebini oluşturan olgu hiç gerçekleşmemişse, irade beyanı sahibinin olağan fesih yoluna gitmek istemiş olabileceği kabul edilemez. Bkz. SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 158, 159.

14 BUZ, s. 225; ALTINOK ORMANCI, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 178.

15 LENT, s. 415; BUZ, s. 223. Bozucu yenilik doğuran hakkın kullanıldığı anda mevcut olmak ve hak düşürücü sürenin henüz dolmamış olduğu koşuluyla, hak sahibinin hakkın kullanılması anında gösterilen olgunun dışındaki bir olguya dayanması mümkündür. Hak sahibi, muhataba sunduğu yeni olguların farkına henüz varmış olabileceği gibi, sonradan ileri sürdüğü olguları hakkı kullanırken bilmemesi halinde bu sonuç adil olacak; kaldı ki bu takdirde muhatabın durumunda da fazladan kötüleşme doğmayacaktır. Hak sahibinin, hakkı kullandıktan sonra, hakkı kullandığı esnada bildiği ve fakat muhatabı zarara uğratmak için sakladığı sebebi sunması halinde ise bu sonuca varılamayacağı savunulmaktadır. Bkz. BUZ, s. 225, 226.

le ki, sözleşme özgürlüğünün bu şekilde sözleşmenin bağlayıcılığından tek taraflı irade beyanıyla haklı sebep olmaksızın kurtulunma yolunda yetki bahsettiği sonucuna varan karara imza atan hukuk genel kurulu üyelerinin bir kere daha düşünmesi gerektiğini söylemekten başka bir çaresizliğimizi ifade edememekteyiz. Türk Borçlar Kanunumuz, hiçbir şekilde gereksiz cümle sarfetmemektedir. Bu özellik onun roma hukukundan gelen dâhiyane bilgi birikiminin eseridir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu, borçlunun temerrüdü karşısında borçlunun borcunu zamanında ifa etmesine yönelik bir hüküm barındırmamaktadır. Çünkü temerrüdü düzenleyen hükümlerden borcun zamanında ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkını düzenlemekle, bu yükümlülüğe zaten vücut vermiş olmaktadır. Ayrıca, aynı yönde sözleşmenin taraflar açısından bağlayıcılığının açık bir hükümle ifade edilmemiş olması, bu yönde Yargıtay'a anılan gerekçeyi oluşturma yetkisi vermeyecektir. Hukukun en temel ilkelerinden ahde vefa (*pacta sunt servanda*), yani söze sadakat ilkesince bu konuda en ufak bir şüpheye dahi yer yoktur¹⁶. Kusurlu ifa imkânsızlığı ve temerrüdün bütün hükümleri bu sonuca amir olduğu gibi, eğer bir an için kararın doğru gerekçeye dayanmış olduğu kabul edilmiş olsaydı, anılan sonuca gark olmakla ciddi tazminat yükü altına girecek olan borçlular, aşağıda örneklendireceğimiz gibi korunması gereken çıkarın tam aksi yönüyle karşı tarafın inisiyatif kullanmasına gerek olmadan sözleşme serbestisi ile tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmeye yönünde özgürlüklerini kullanabilecekler demektir. Öyle ya, Yargıtay'ın gerekçesi hazırdr: “...**irade özerkliğinin bir sonucu olarak haklı bir sebep olmadan da tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade beyanıyla kullanılabilen fesih hakkına engel olunamayacağı...**” yolunda savla bu konuda hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacak apaçık boyutuyla ve fakat Yargıtay kararı karşısında bu konuda doğmuş olan itiraz re'sen de gözetilemeyeceğine göre borçlar hukuku öğretisinin en temel ilkesi yok sayılmıştır. Her zaman söylediğimiz gibi, bir içtihat, çıkan bir uyuşmazlıkta haksız olduğu apaçık belli olan bir çıkarın korunmasına hizmet ettiği anda bu sonuca yapılan yorumu yeniden gözden geçirmek gerektiği açıktır. Bu yönde olumsuz örnekleri aşağıda somut olarak örneklendireceğiz.

16 Ahde vefa ilkesi uyarınca kanunda veya sözleşmede düzenlenen nedenler gerçekleşmedikçe keyfi olarak bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasının, sözleşme ilişkisini sona erdireceği kabul edilemez. Bkz. BUZ, s. 237.

Bu yönde bkz. “İş sahibinin kusuru olmaksızın yüklenici işe başlamakta gecikmiş olsa dahi, eserin vadede bitirilmesi olanağı varsa iş sahibi sözleşmenin bozulmasını isteyemez. Aslolan üstlenilen edimlerin yerine getirilmesidir. Yüzeysel nedenlerle sözleşmeden dönme, ahde vefa kuralını zedeler.” Bkz. Yargıtay 15. HD. E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.3.1993, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.02.2016.

Çıkar ve irade kuramına¹⁷ dayalı olarak maddi bir olgu sonucu doğan hakkın, çıkar olarak korunması ile hak sahibinin keyfi iradesiyle bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmak istemesi birbirine karıştırılmamalıdır. Bu konuda görüşümüzce, bozucu yenilik doğuran hakkın doğumuna vücut veren olgu gerçekleşmeden, irade kuramı ile hak sahibinin bu yönde karşı tarafa varması gereken irade beyanı yöneltmesine bağlı olarak hakkın mevcudiyetini ileri sürerek şeklen kullanılmaya bağlı etki doğurmamalıdır. Bu kuralın borçlar hukuku alanındaki istisnaları ise TBK m. 179/son hükmünde düzenlenen dönme cezası¹⁸ ve TBK m. 484 hükmünde düzenlenen eser sözleşmesinde tazminat karşılığı fesih¹⁹. Bu istisna-

17 İrade kuramı gereğince irade beyanı ancak gerçek iradeye uygun oldukça değer kazanır ve etkili olur. Önemli olan iradedir; iradeyi açığa vurmaya yarayan sözler, davranışlar iradeyi doğru şekilde yansıtmadıkça sonuç doğurmamalıdır. Bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 71, 72. Ayrıca bkz. DURAL/SARI, N. 916. Menfaat kuramına göre ise hak, hukuken korunan menfaattir. Hukuken korunmayan menfaatler hak olarak kabul edilemez ise de hukuken korunan her menfaatin de hak olduğu kabul edilemez. Çünkü kişilerin belirli menfaatleri korunduğu hâlde, bu menfaatlerin korunmasına ilişkin doğrudan talep hakkı verilmeyen durumlar söz konusudur. Bkz. DURAL/SARI, N. 917.

Jhering'e göre hak iki unsurdan oluşur; ilki menfaattir. Diğeri ise bu menfaatin hukuk düzeni tarafından korunması, tanınmasıdır. Birinci unsurun varlığı, hak sahibine talepte bulunmak, yararlanmak, avantaj ve kazanç sağlamaktadır. İkinci unsur ile hakkın biçimsel olarak hukuk düzeni tarafından korunması ve tanınmasıdır. Bkz. EMİNİ, M. Emin, "Hak Kavramı", <http://dergisosyalbil.selcuk.edu.tr/susbed/article/download/705/657>, (Çevrimiçi), 01.04.2016, s. 207.

Kişilerin menfaatleri sınırsız olduğuna göre, kişinin menfaat olarak gördüğü ve iradesini bu menfaati elde etmeye yönelttiği her durumda iki kuram da göz önüne alındığında, kural olarak, hukuken korunan menfaatin bulunmadığı hallerde irade beyanının muhataba varmasıyla hukuki sonuç doğmayacağı kabul etmek gerekir. Örneğin, temerrüt olgusu ve koşulları gerçekleşmeden sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi yoluyla menfaatin korunacağından söz edilemez.

18 Kural olarak, taraflardan biri haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönebilir. Bkz. EREN, Borçlar Özel, s. 682. Ancak bu kuralın istisnalarından biri olan borçlunun lehine bir düzenleme olan ve "ifayı engelleyen ceza koşulu" veya "dönme cezası" olarak da anılan TBK m. 179/son hükmüdür. Hükmün uyarınca "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.". Hükmün amacı, asıl alacak ve borcun kuvvetlendirilmesi suretiyle ifasının sağlanması değil, aksine dilerse cezayı ödeyerek sözleşmeden dönmek veya sözleşmeyi feshetmek suretiyle borçlunun durumunu kolaylaştırmaktır. Bkz. EREN, s. 1186. Taraflar, borçlunun belirli bir miktar ödemek suretiyle sözleşmeden dönebileceğini veya sözleşmeyi feshedebileceğini ve böylece edimi ifa etme borcundan kurtulunabileceğini kararlaştırabilirler. Dolayısıyla bozucu yenilik doğuran hakkı kullanmayak isteyen borçlu, alacaklı muhataba haklı bir sebep açıklamak zorunda olmadığı gibi, hakkın sonuçlarını doğurması için haklı bir olgunun borçluyu hakkı kullanmaya sevketmesi de zorunlu değildir.

19 TBK m. 484 hükmü gereğince "İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.". Buna göre iş sahibi eser sözleşmesini sona erdirebilmek için sebep açıklamak zorunda değildir. Çeşitli nedenlerden dolayı eserin tamamlanmasını ya da

lar haricinde, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına temel oluşturan olgu olmaksızın şeklen karşı tarafa varma irade beyanı, boş bir zarf gibidir. Çünkü korunan çıkar olarak hakkın mevcut olmadığı durumda, buna yönelik irade ile karşı tarafa yöneltilmesi etkisini başka bir hukuki ilişkide gösteren bu hakkın sözleşmenin iptali, sözleşmeden dönülmesi veya sözleşmenin feshedilmesi sonucunu doğurması kabul edilemez. Ayrıca belirtilmelidir ki, kural olarak, inşai dava ile mahkeme kararına ihtiyaç olmaması²⁰, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına ilişkin bir özelliktir²¹; yoksa hakkın korunan çıkar olarak temelinde yatan olgunun gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak değerlendirilemez. Örneğin, yanıltma, aldatma, korkutma veya aşırı yararlanma olguları gerçekleşmeden korunacak bir çıkar olmamakla, sözleşmenin iptali olarak adlandırılan bozucu yenilik doğuran hakkın da kullanılamayacağı kabul edilmelidir. Aynı şekilde örneğin, karşı tarafın yol açtığı hukuka aykırılık sonucu temerrüt olgusu ve koşulları gerçekleşmeden sözleşmeden dönme yolunda çıkarın korunacağından söz edilemez. Bu şekilde kullanılan

eserin sözleşme tarafı o yüklenici tarafından tamamlanmasını istemeyen işsahibi sözleşmeyi feshedebilir. Sözleşmenin feshedilmesi için herhangi bir sebep açıklanmasının zorunlu olmaması sebebiyle, tam tazminat karşılığı fesih, haklı sebeple fesihten farklılık arzeder. Haklı neden göstermeksizin sözleşmeyi fesheden işsahibi tam tazminat ödemekle yükümlüdür. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 600 vd.

Kanunun koyucu bu hükümle, edimler arasındaki karşılıklılık ilkesini gözeterek, işsahibine eserin tamamlanmasından vazgeçme imkânının tanınmıştır. İşsahibinin tam tazminat karşılığı fesih iradesini kullanması için taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi zorunlu değildir; güven ilişkisinin kaybolması durumunda ise sözleşmenin feshi mümkündür. İşsahibinin haklı sebebe dayandığı kanaatiyle fesih iradesini muhataba ulaştırması, ancak, bu sebebin fesih için haklı bir sebep olmadığı sonucuna varılması halinde sonuç, bozucu yenilik doğurucu hak kullanılarak sözleşmenin ortadan kalkmadığıdır. Bkz. BÜYÜKAY, s. 179, 182.

- 20 Kamu düzeni, muhatabın ve üçüncü kişilerin haklarının korunmasının gerekli olduğu istinaî olarak kanunun öngördüğü hallerde yenilik doğuran hak, dava yolu kullanılır. Özel hukukumuzda bozucu yenilik doğuran hak ile sona erdirilme yolunda inşai bir karar gerektiren hükümlere istinaî olarak rastlamaktayız. Örneğin, TBK m. 615/I hükmü gereğince ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı, ölünceye kadar bakma sözleşmesi yüzünden kanuna göre nafaka yükümlüsü olduğu kişilere karşı yükümlülüğünü yerine getirme imkânını kaybediyorsa, bundan yoksun kalanlar sözleşmenin iptalini isteyebilirler. Bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2015, s. 822.

Ayrıca örneğin, TMK m. 166 hükmü gereğince evlilik birliğinin sarsıldığını iddia eden eş, boşanma davası yoluyla evliliğini sonlandırabilir. Bununla birlikte dava haricinde başka bir hukuki işlem yapmak da kanun tarafından emredilmiş olabilir. Örneğin, TMK m. 510 hükmü gereğince mirasçılıktan çıkarma hakkının ölüme bağlı tasarrufla kullanılması gerekirken, TTK m. 18/II hükmü gereğince tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.

- 21 VON TUHR/PETER, §3, s. 25; DURAL/SARI, N. 1052 vd.; BUZ, s. 251 vd.; DEMİRBAŞ, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 80 vd.

temelsiz bozucu yenilik doğuran hakkın yargı denetimine yönelik açılan dava, hiçbir şekilde haklı sebeple kullanılan bir bozucu yenilik doğuran hakkın sözleşmeyi ortadan kaldıran sonucunun varlığının yargı denetimine tâbi olması olarak anlaşılamaz.

Aksi sonucun kabul edilmesi, vereceğimiz örnekle tamamen amacı dışında kullanılmalara zemin hazırlayacaktır ki, hukuk düzeni hiçbir şekilde getirdiği kuralla amacı dışında sonuçlara yol açamaz. Sağlaması basittir; somut uyumsuzlukta hukuk düzeninin hizmet etmediği boyutuyla korunması gerekmeyen bir çıkarın bu yönde getirilmiş kuralın amacı dışında yorumlanarak bu tür bir olumsuz sonuca yol açması halinde yorum, apaçık sonucu ile hatalıdır. Bu takdirde daraltıcı, genişletici ve düzeltici yorumların getirilen kuralların amacı doğrultusunda yeniden ele alınmasını gerektirir.

Görüşümüzde haklılık oluşturma yolunda anılan yorumun kabulüne dayalı hallerde bozucu yenilik doğuran hakkın kötüniyetle tamamen amacı dışında kullanılmasına hizmet etmesine somut bir kurgu ile cevap vermek istiyoruz.

Örneğin satıcı, kendi sebep olduğu ve fakat asla imkansızlık doğurmayan olaylar neticesinde temerrüt olgusunu yaratacağının bilincinde olarak karşı tarafın açacağı aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar tazmini davasının muhatabı olacağı ihtimali ile yüzyüze olsun. Bu takdirde satıcı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda anılan içtihatından yararlanarak, karşı taraf temerrütten dolayı aynen ifayı veya aynen ifadan vazgeçip olumlu zararı isteme yönünde değiştirici yenilik doğuran hak ile kendisi aleyhine olumlu zarar tazmini davası açmadan önce harekete geçerek ve de karşı taraf temerrüde düşmemişken sözleşmeden dönecek olursa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararlarına bağlanan sonuçla artık sözleşme baştan itibaren geçersiz olacaktır. Mahkemece ön sorun olarak karşı tarafın temerrüde düşmediği sonucuna varıldığında, bozucu yenilik doğuran hakkın sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz kılması sonucu ve bu defa dönmüş olmasına dayalı olarak karşı tarafın olumsuz zararının gidermesi sonucuna varılmaktadır. Böylece borçlu, ağır bir olumlu zarar tazmininden kurtulmuş olacak; somut olayda zaten önceden bildiği olumsuz zarar kalemlerinin doğmamış olmasına dayalı yarar sağlayarak sözleşmeden dönme hakkını dürüstlük kuralına aykırı kullanmasına rağmen Yargıtay'ın sağladığı zırh ile bu nitelemeden kurtulmaktadır. Çünkü Yargıtay'ın temelinde yatan olgu geçerli olmasa da, sanki yasal bir sonuçmuş gibi tek taraflı irade beyanıyla kullandığı bozucu yenilik doğuran hakkın sözleşme özgürlüğünün sağladığı bir hukuki imkân olduğu sonu-

cuna varılınca, artık hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilmesi asla mümkün olmayacaktır.

Bu konuda haksız sözleşmeden dönmenin/sözleşmenin feshinin karşı tarafa verdiği zararlar konusunda anılan karardaki “*feshin haksız olması halinde, karşı tarafın bundan doğan zararlarından sorumluluğunun da bulunacağı tabiidir*” ifadesiyle olumlu zararın bir an için karşılanması gerektiği sonucuna varılsa bile, bu defa karşı tarafın borcun aynen ifasını talep edebilme hakkı ortadan kaldırılmış olmaktadır. Şöyle ki, aynı örneğimizde satıcı, yurtdışı ithalatına bağlı mal bedelinin döviz artışına bağlı olarak Türk Lirası karşılığının artması dolayısıyla malın teslimi borcundan kurtulmak için haklı bir sebebe dayanmadan sözleşmeden dönecek olursa, karşı tarafın aynen ifada ısrar edememesi sonucu uğrayacağı zarar, haksız dönmeye dayalı olumsuz (*menfi*) zarar tazminiyle hiçbir şekilde karşılanmış olmayacaktır. Ayrıca dönülmüş bir sözleşmeden olumsuz zarar yanında ayrıca olumlu zararın istenebileceği haller kanunda son derece istisnai olarak iki duruma²² indirgenmiş olmasına rağmen, temel hukuk kuralları yorum yoluyla örselenmişken bir de olumlu zararın istenebileceği yolunda bir görüşün savunulması yine hukukun temel ilkeleri karşısında mümkün olmayacaktır. Çünkü dipnotta andığımız iki halin dışında sözleşmeden dönmeye olumlu zararın istenilmesi, kurumun niteliği ile bağdaşmaz.

Diğer yönden hiçbir şekilde kabul edilemeyecek sonucuyla, sözleşmeden doğan bağlı (*fer'i*) hakların²³ bu yönde temel borç ilişkisine bağlı olarak geçersizliğine dayalı öne sürülen görüşlere göre karşı taraf alacaklıya sağladığı yarar, salt borçlu satıcıya bu şekilde tanınan ve haklı sebebe dayanması gerekmeyen, yani keyfi sözleşmeden dönme hakkı ile örneğin, alacaklının ipotek hakkı sona ermekle tamamen teminatsız ka-

22 TBK m. 47/II “Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir.” ifadesiyle yetkisiz temsilde; TBK m. 35/II “Hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ifadan beklenen yararı aşmamak kaydıyla, daha fazla tazminata hükmedebilir.” ifadesiyle yanılma (hata) halinde ve de bu ikinci hale özgü olarak evleviyetle yapılan yorumla aldatmaya (hileye), korkutmaya (ikraha) özgü olup, dikkat edilirse hakkaniyete dayalı olarak hâkimin ek bir takdir hakkı olduğu unutulmamalıdır.

23 Başka bir hak sahipliği ya da hukuki işlemin tarafı bulunma esas alınarak belirlendiğinde bağlı hak sahipliğinden söz edilir. Bkz. DURAL/SARI, N. 1020. Hemen belirtelim, ÖZMEN, sözleşmeden dönmeye vücut veren hukuka aykırılığa dayalı olarak oluşan muacceliyete dayalı fer'i hakların temelinde yatan borç ilişkisinin baştan itibaren geçersiz olmasına dayalı hukuki sonuca katılmamakla, bu konuda savunduğu görüşleri başka bir makale ile kamuoyuna paylaşmayı saklı tutmaktadır.

TBK m. 131/I: “Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.”.

lan olumsuz zarar alacağıyla başbaşa kalmış olacaktır. Satıcının, borcu için üst sınır ipoteği ile alıcı lehine teminat oluşturulmasına dayalı olarak bu defa satıcı lehine ipotek veren üçüncü kişi yakınlarının teminat yükü altında sorumluluklarından kurtulması için Yargıtay'ın bu içtihadına sığınabilecektir. Çünkü bağımlı (*fer'i*) niteliği kabul edilmekle sözleşmeden dönme/sözleşmenin feshi sonucu ortadan kalkan borç ilişkisine dayalı olarak anılan teminatları işlevsiz bırakabilecektir. Aynı gerekçe ile aynen ifaya eklenen veya seçimlik ceza koşulunda aynen ifadan vazgeçmesine dayalı ceza koşulunun yüksek miktarına indirilmesi (*tenkisi*) yolunda talep hakkı olmamakla, alacaklının kendisine karşı ceza koşulu talebi ile karşı karşıya kalacak tacirin, anılan Yargıtay kararı uyarınca karşı tarafı haksız sözleşmeden dönme sonucu ve de apaçık bildiği yönüyle olumsuz zararının bulunmadığı veya çok düşük olduğu hallerde yargı kararı destekli inanılmaz bir hukuki konum elde etmesine yol açan içtihat için iyi bir örnek olduğu açıktır. Yargıtay'ın görüşü sonucu “*Adalet arkasında müstehzi bir gülüş bırakmamalıdır.*” sözünün bu denli haklı çıkacağı bir örnek bulmak zor olacaktır. Çünkü Yargıtay andığımız olaylarda haksız borçluya alaycı bir gülümseme değil, kahkahalarla güldüğü bir konum sağlamaktadır.

Sözleşmeden dönme/fesih hakkını kullanan kişinin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sağladığı yararı ve bu sonucun roma hukuku temelli “*Kendi ahlaka aykırılığına dayanan kimse dinlenmez.-Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*”²⁴ ve “*Hiç kimse, haksızlık yaparak durumunu iyileştiremez.-Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest.*”²⁵ ilkeleri açısından hatalı bir sonuca ulaştığını bu örneğimizle apaçık bir şekilde anlıyoruz.

Belirtmek gerekir ki, hakkın temelini oluşturan menfaat ile hakkın doğumuna yol açan olgu ile hak sahibinin keyfi iradesiyle bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmak istemesi birbirine karıştırılmamalıdır. Keyfiliikten söz ediyoruz; çünkü, bozucu yenilik doğuran hakkın temelini oluşturan olgu doğmakla birlikte roma hukukundan gelen “*Hiç kimse hakkını kullanmaya zorlanamaz.-Iure suo uti nemo cogitur.*”²⁶ kuralı uyarınca hak sahibinin bunu mutlaka kullanması gerektiğinden söz edemeyiz.

Bozucu yenilik doğuran hakkın doğumuna vücut veren olgu gerçekleşmeden hakkın keyfi olarak kullanılamayacağını artık saptamış bulunuyor-

24 ERDOĞMUŞ, Belgin, Hukukta Latince Teknik Terimler Sözlüğü, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 91.

25 ERDOĞMUŞ, s. 92.

26 ERDOĞMUŞ, s. 73.

ruz. Doğmamış bozucu yenilik doğuran hakkın salt şekli açıdan yeterli, geçerli bir nedeni içermeyen bir irade beyanı ile kullanılarak karşı tarafa vardığından bahisle, henüz korunması gerekmeyen bir çıkarla amacına ulaşmış olarak etkisini gösterdiği savunulmamalıdır. BUZ da²⁷, bu konudaki spesifik araştırmasında çok haklı olarak, bu şekildeki bir bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmış olmasının, mevcut hukuki durumda herhangi bir değişiklik yaratmaması gerektiğini savunmuştur.

Bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması Yargıtay'ın yukarıda anılan kararında hatalı yorumlara konu olmuş ve bu hakkın temelindeki olgunun oluşup oluşmadığı kurgusundan bağımsız olarak, salt şekli açıdan kullanılmakla artık hukuk hayatında mevcudiyeti sona erdirilmiş olan sözleşmenin bir daha canlanamayacağı ve bu sonuçla artık olumsuz zararın mağdur olan bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabı açısından giderilmekle sorunun çözülmüş olduğu yanılığısına düşülmüştür.

B. Geçerli Sebebe Dayanan Ve Fakat Sebebi Açıklanmamış Bozucu Yenilik Doğuran Hak Hüküm ve Sonuç Doğurur

Bu başlık altında, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasını çıkar olarak koruyan temeldeki olgunun gerçekleştiğini kabul ile sözleşmenin haklı bir sebeple sona ermiş olduğu sonucuna varıyoruz. Şimdi geline bu noktada bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına haklılık kazandıran hukuki sebebin, şekli olarak bozucu yenilik doğuran hakka ilişkin irade beyanında dışa vurumu, yani bu yöndeki hukuki işlemin biçim ya da kılığı açısından şekil serbestisi konusundaki sonuçlarını irdelemek istiyoruz.

1. Öğretideki Durum

Bozucu yenilik doğurucu hakkın hüküm ve sonuç doğurması için hak sahibinin hakkı kullanma yönündeki irade beyanının muhataba varmasının yeterli olduğu, hak sahibinin hakkını kullanırken hangi sebebe dayandığını irade beyanında muhataba bildirmesine gerek olmadığı haklı olarak savunulmuştur²⁸. Örneğin, sözleşmenin iptaline yönelik irade beyanında iptal sebebinin somut olarak belirtilmesi zorunluluk değildir²⁹ ya da temerrüt sonucu sözleşmeden dönme/sözleşmeyi feshetme sebebinin bildirilmesi, kural olarak, gerekmez.

²⁷ BUZ, s. 235 vd.

²⁸ YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2002, s. 228; KURŞAT, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, Kazancı Kitap Tic., 2003, s. 83.

²⁹ YILDIRIM, s. 228.

Bu görüş doğrultusunda, bozucu yenilik doğuran hakların sebep gösterilmeden kullanılmasıyla arzu edilen hukuki sonucun doğmaması durumunda, bu durumun muhatabın lehine olacağı; muhatabın, hakkın kullanılırken sebep gösterilmemesi dolayısıyla hakkın hüküm ve sonuç doğurmasını engelleyebileceği kabul edilmiştir³⁰. Ancak, bu durumun hak sahibi aleyhine olacağı da açıktır. Hak sahibi, sebep göstererek bozucu yenilik doğuran hakkını yeniden kullanmak istediğinde, hakkın kullanımı için öngörölmüş olan hak düşümü süresi dolmuş olabilir. Hak sahibinin ilk beyanı sebebi içermediği için; ikinci beyanı ise hakedüşürücü süre dolduğu için geçersiz olacaktır. Bununla birlikte, fesih gibi ileriye etkili sonuç doğuran (*ex nunc*) bozucu yenilik doğuran hakkın mevcut haklı sebep gösterilmeden kullanılması halinde, sebep barındıran fesih beyanının muhataba vardığı ana kadar sözleşme geçerliliğini koruyacağından, hak sahibinin muhataba kira bedeli ödeme veya işçi ücreti ödeme borcu gibi borçlarını ifa etmesi gerektiği bizim de katıldığımız şekilde savunulmuştur³¹.

Somut olayda tarafların kararlaştırmaları halinde veya irade beyanında sebebi açıklamamanın dürüstlük kuralına aykırı düşmesi halinde, muhataba sebebi açıklama yükümü doğar. Muhatap, hak sahibinden sebebi kendisine açıklamasını istediğinde, TMK m. 2 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralı gereğince sebep, açıklanmak zorundadır. Bu takdirde, muhatabın talebi halinde, irade beyanı sahibi, örneğin fesih sebebini açıklamalıdır³². Sebebin açıklanma zorunluluğuna rağmen sebep açıklanmamışsa, sırf bu yüzden dolayı dürüstlük kuralı gereğince yaptırımın bozucu yenilik doğuran hakkın sonuç doğurmaması yönünde olacağı; sebebi açıklama yükümüne aykırı şekilde irade beyanı sahibinin sebebi kusurlu olarak muhataba bildirmemesinin, ancak muhatabın uğradığı zararların tazmin edilmesi sonucunu doğurması gerektiği haklı biçimde ifade edilmiştir³³.

Şekli açıdan dayandığı olguyu içermeyen bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması halinde hak sahibinden sebebin açıklanmasını talep eden muhatap, olgunun oluşmadığını veya hakkı kullanmak için yeterli olmadığını iddia edebilir. Bu durumda, bozucu yenilik doğuran hakkını hak düşürücü süre dolmadan kullanan hak sahibi, muhatabın sebebi bilmek

30 LENT, s. 404.

31 BUZ, s. 221, 222.

32 Fesih için aynı yönde bkz. SELİÇİ, s. 163; ALTINOK ORMANCI, s. 177. Hâlbuki muhatabın sebebi olayın meydana gelişi itibarıyla bilebileceği açıkça anlaşılıyorsa, sebebi açıklama zorunluluğu kabul edilemez. Bkz. SELİÇİ, s. 163.

33 SELİÇİ, s. 163.

istemesi halinde sebep, hak düşümü süresi dolduktan sonra bile sunulmuş olsa, hakkın geçerliliği etkilenmeyecektir. Ayrıca ileriye etkili sonuç doğuran bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması, muhatabın talebi üzerine sebebin sunulması anından değil, sebep gösterilmeksizin hakkın kullanılmasına yönelik irade beyanının muhataba vardığı anda hüküm ve sonuç doğuracaktır³⁴. Katıldığımız üzere bu görüş, hem muhatabın hem de hak sahibinin menfaatine uygun düşmektedir³⁵.

2. Görüşümüz

Bozucu yenilik doğuran hakkın şekli olarak muhataba varması gereken irade beyanı içeriğinde, bu beyanın geçerliliğine vücut veren sebebin gösterilmesinin gerekmediği kural olarak kabul edilmelidir. Örneğin, sözleşmeden dönmenin sebebinin oluşturan maddi olgulara sahip ve fakat muhataba sebebin açıklanmadığı sözleşmeden dönme bildirimi, geçersiz kabul edilmemelidir³⁶. Aynı şekilde hak sahibinin hakkını kullanırken sebep göstermek zorunda olmadığı durumlardan biri, bozucu yenilik doğuran hakkın sebebinin muhatap tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesidir. Böylesine bir durumda bozucu yenilik doğuran hak, sebebin açıklanmamasına rağmen kullanılmakla hüküm ve sonuç doğuracaktır³⁷. Örneğin, irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkının sebep gösterilmeden kullanılmış olmasına rağmen sebebin hal ve şartlardan anlaşılabilmesi halinde, hakkın salt sebep belirtilmeksizin kullanılmış olması dolayısıyla irade beyanının geçersiz kabul edilmemesi gerekir³⁸. TBK m. 247, 248 hükümleri uyarınca satım sözleşmesinde satıcının satım konusu şey ile ilgili alıcıyı aldatması durumunda, karşı taraftan teslimatları beklemeden sözleşmeden dönmek isteyen alıcının “*Gördüğüm lüzum üzerine sözleşmeden dönüyorum.*” beyanı, aşağıda irdedeceğimiz gibi aldatmayı ispatlayabildiği hallerde, sırf belirsiz bir sebeple kullanılmış gibi sayılarak geçersiz sözleşmeden dönme beyanından söz edilememelidir. Çünkü savunduğumuz görüşlere dayalı aşağıda inceleneceği gibi, bozucu yenilik do-

34 VON TUHR/PETER, §3, s. 25, 26.

35 BUZ, s. 222.

36 SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 463. Fesih bakımından aynı sonuç için bkz. LENT, s. 406. Bu sonuç, örneğin TBK m. 331 hükmü gereğince bağışlama sözleşmesinin olağanüstü feshedilmesi durumunda da geçerlidir. Bkz. TANDOĞAN, Haluk, Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 233.

37 LENT, s. 405; SEROZAN, s. 463; KURŞAT, s. 83.

38 Örneğin, TBK m. 125 hükmü gereğince temerrüde düşen borçluya ihtarda bulunan ve ihtarla birlikte uygun süre veren (ihtarın gerekmediği durumlarda yalnızca uygun süre tanıyan) alacaklının, sözleşmeden dönme halinde bozucu yenilik doğuran hakkını kullanırken bunun sebebinin bir daha belirtmesine gerek kalmayacaktır. Bkz. BUZ, s. 220.

ğuran hakkın muhatabını koruma ve ileri sürülen sebeplere karşı savunma yapma imkânını sağlama düşüncesiyle, örneğin karşı tarafın aldatma olgusunun gerçekleştirmediği yolunda savunması yargı önüne geldiğinde ön sorun olarak irdelenmesi sonucu ilâma konu olacaktır.

3. Bozucu Yenilik Doğuran Hakka İlişkin İrade Beyanının Açıklığı

Yukarıdaki açıklamalarımızda, gerekçe gösterme zorunluluğundan bahsetmemekle, bozucu yenilik doğuran hakkın şekli olarak muhataba varması gereken irade beyanı içeriğinde sebep gösterilmesinin gerekmediğini kabul etmiş oluyoruz. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin TBK m. 1/I “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.” madde metninde, hukukçu olmayanların nasıl olup da hukuki sonuca yönelik irade beyan etmiş sayılacakları konusunda tereddüte yer bırakmaksızın, bu kimselerin de karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile sözleşme yapabilecekleri anlaşılmaktadır. Ayrıca TBK m. 19/I “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” hükmünde, bu konuda tarafların kullandıkları sözcüklerin önemi olmadığı düzenlenmiştir. Önemli olan tarafların gerçek ve ortak iradelerinin aranması, gerçek ortak arzu tespit edilemiyorsa güven teorisi çerçevesinde irade beyanlarının yorumu ile sözleşmeye vücut vereceği anlamının çıkarılmasıdır³⁹. Tarafların doğru olmayan ifadeleri üzerinde durulmasını değil, onların gerçek maksatlarını aramak gerekir⁴⁰. Dolayısıyla denilebilir ki, muhataba varması gereken bozucu yenilik doğuran hakkı kullanmaya yönelik irade beyanının içeriğinin hangi sözcüklerle ifade edildiğinin hiçbir önemi bulunmadığı gibi irade beyanında hukuki sebebi gösterme zorunluluğu olmadığı da kendiliğinden anlaşılmaktadır. Şöyle ki, aşağıdaki uyuşmazlıklara dayalı olarak, doğan bir uyuşmazlığın yargılama makamı önüne gelmesi halinde hâkim, hakkı kullanan kimsenin gerçek iradesini esas alacaktır. Artık bozucu yenilik doğuran hakkın tek taraflı kullanılması özelliği sonucu kıyasen uygulanan hükme bağlı olarak ortak iradenin araştırılmasından söz edilemeyecektir. Aşağıda da irdeleneceği gibi bozucu yenilik doğuran hakka vücut veren olgu gerçekleşmekle, bu hakkı kullanan hak sahibinin sözleşmeyi ortadan kaldırması yolunda oluşturduğu sonucu karşı tarafın kabulünün gerekmediği açıktır.

Bu konuda somut bir örnek vererek bozucu yenilik doğuran hakka

39 OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, N. 597.

40 VON TUHR/PETER, §34, s. 285, 286.

ilişkin irade beyanı içeriğinde hukuki sebebin aranmayacağı tezimizi güçlendirmek istiyoruz.

Örneğin, satıcının teslim ettiği malda aldatması sonucu sinirleri bozulan alıcının, hiçbir hukukçu yardımı almaksızın karşı tarafa şu ifadelerle noter aracılığıyla iadeli taahhütlü bir mektup gönderdiğini varsayalım: “*Bu nasıl bir sahtekarlık! Hem otomobilin kalın yağ kullanılarak arızaların gizlenmiş olduğunu hem de kilometre sayacının değiştirildiğini öğrendim. Hiçbir şekilde henüz ödemediğim bedeli ödememi bekleme! Gel otomobilini al!*” şeklindeki irade beyanında hiç bir hukuki ifadeye yer verilmemiş olması sonucunda kimse, aldatmadan dolayı bozucu yenilik doğuran hakkın iptalden söz edilmemesine dayalı olarak kullanılmamış olduğunu öne süremez.

Bu yöndeki tezimizi usul hukuku açısından pekiştirmek gerekirse, HMK m. 33 “*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.*” hükmü (*temelinde yatan ilke olarak “iura novit curia”*)⁴¹ gereği hâkim, uygulayacağı kanunu ve onun anlamını kendiliğinden araştırma mecburiyetindedir. Bu madde gereğince taraflar davada hiçbir hukuki sebep ileri sürmeseler veya yanlış hukuki sebep ileri sürseler, bundan zarar görmezler. Hâkim, eksiklikleri tamamlar bu yanlışlıkları düzeltir⁴². Aşağıda çeşitli olasılıklara bağlı olarak irdeleyeceğimiz üzere yargılama makamı önüne ön sorun olarak gelecek olan bozucu yenilik doğuran hak sahibinin dayandığı olgunun Türk Borçlar Kanunu açısından dayandığı hukuki sebep, zaten hâkim tarafından araştırma yükümlülüğü kapsamındaadır.

4. Bozucu Yenilik Doğuran Hakka İlişkin İrade Beyanının Örtülü (Zımnî) Olması

Başlığımız altında, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasının geçerlilik şekline bağlı kalınmaması nedeniyle örtülü olarak gündeme gelmesine bağlı sonuçları irdelenemek istiyoruz.

Örtülü (*zımnî*) irade beyanı, iradenin varlığını gösteren davranışı ifade eder⁴³. Yenilik doğurucu haklar, açık irade beyanı ile kullanılabileceği gibi

41 YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Ankara, Kazancı Matbaacılık, 1982, s. 128.

42 ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafaaın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 75, dn.146a. “Borçlu vekilinin Mahkemeye verdiği dilekçede gecikmiş itiraz deyimini kullanması, HUMK’un 76. maddesi uyarınca hukuki tavsifin hakime ait olması nedeniyle sonuca etkili olmayıp, başvuru bu hali ile 7201 Sayılı Yasanın 32. maddesine dayalı tebligat usulsüzlüğü şikayetidir.”, Yargıtay HGK E. 2007/12-179, K. 2007/198, T. 11.4.2007, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 02.04.2016.

43 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 64; EREN, s. 135. Örtülü irade açıklamala-

örtülü irade beyanı ile de kullanılabilirler⁴⁴. Önemli olan yenilik doğuran hakkın kullanıldığı, örtülü irade beyanından anlaşılabilmesidir⁴⁵. Yukarıdaki aynı kurguda, alıcının, satıcının adresinin önüne otomobili bırakması, kontak anahtarlarını da satıcı evde bulunmadığı sırada satıcının oturduğu apartmanın hizmetlisine bırakması durumunda, satıcının iradesini gösteren fiili mevcut olduğundan, bozucu yenilik doğuran hakkın örtülü biçimde kullanıldığına ilişkin de hiçbir kuşku yoktur. Böyle bir durumda önemli olan, hak sahibinin, hukuki ilişki üzerinde bozucu yenilik doğuran hakkını kullandığını her türlü şüpheden uzak şekilde anlaşılabilir olmasıdır.

Kurguda, hak sahibinin sözleşmeden dönmeye yönelik irade beyanında muhataba hukuki bir sebep ileri sürmemesine rağmen onun bu türden davranışları, sonuç (işlem) iradesini dolaylı şekilde ifade etmektedir. Örtülü irade beyanında, açıkça yukarıda belirttiğimiz gibi ifade edilmese de, yapılan bir davranış veya dolaylı bir söz ile sözleşmeyi sona erdirmeye yönünde irade beyan etmiş sayılacağına *bonus pater familias* davranışıyla açıkça sonuç bağlandığı hallerde kabul edildiği gibi, verdiğimiz örnekte de bu sonuç kabul edilmelidir.

C. Geçerli Sebebe Dayanmayan Bozucu Yenilik Doğurucu Hakkın Kullanılmasına Karşı Savunma

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarımızla maddi hukuk açısından bozucu yenilik doğuran hakkın sebebini oluşturan olgunun var olup olmadığı hususu ile karşı tarafa varması gereken irade beyanının kullanılıp kullanılmadığını hususunun birbirine karıştırılmaması gerektiğini vurgulamış bulunuyoruz.

Araştırmamızın can alıcı noktasıyla bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasında haklılık oluşturan olgunun varlığı konusunda doğacak uyuşmazlıklarda yargı denetiminin nasıl işleyeceğinin cevabı verilmek gerekecektir. Hemen belirtelim, Yargıtay'ın yukarıda andığımız kararına dayalı olarak zaten yargı denetiminin nasıl işleyeceği artık belli olmuştur. Oysa biz bu başlık altında, olması gereken boyutuyla ve anılan hatalı içti-

rı maddi fiillerle vuku bulduğunda bunlara "delâlet edici fiiller" denir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 65.

44 "Korkunun kalktığı tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşme karşı tarafa yöneltilecek tek tarafı ...zımni bir irade açıklaması ile feshedebileceği gibi...", Yargıtay 1. HD. E. 2014/3673, K. 2015/3079, T. 2.3.2015; aynı yönde bkz. Yargıtay 1. HD. E. 2013/15986, K. 2015/197, T. 13.1.2015. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 12.04.2016.

45 BUZ, s. 250.

hattan dönülmesi ümidiyle, doğru yorumla, geçerli bir sebebe dayanmadan kullanılan bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabı alacaklı tarafından nasıl bir savunmaya konu edilebileceğini irdeleyeceğiz.

Önce basit bir kurguyla somut uyuşmazlığa konu olacak bir örnekle açıklamakta fayda olacaktır. Şöyle ki, alıcı, mala ilişkin özelliklerin belirtildiği beyanın kendisini sözleşme yapmaya ittiğini, ancak sözleşme kurulduktan sonra aldatıldığının farkına vardığını, dolayısıyla TBK m. 39/I hükmü gereğince karşı tarafa iptale ilişkin irade beyanını bildirmiş olsun. Bu olguya dayalı olarak aşağıdaki şekillerde değişik yargı denetimleri yapılabilir. Unutulmamalıdır ki, aldatma olgusuna dayalı varacağımız sonuçlar, tüm bozucu yenilik doğuran haklara konu somut uyuşmazlıklarda hiçbir nitelik farkına yol açmadan geçerli olacaktır.

1. Bağımsız Tespit Davasına Konu Olması

İlk olarak, aldatmadan dolayı sözleşmeyi iptal hakkını kullanan alıcı, yani aldatma mağduru taraf, bozucu yenilik doğuran hakkını kullanmasından önce veya hakkı kullanmasından sonra, henüz alacak muaccel olmadığı için ileride bir itiraz ile karşılaşmamak amacıyla aldatmanın varlığına yönelik HMK m. 106/I hükmü uyarınca tespit davası⁴⁶ açabilecektir. Aynı şekilde iptal yolunda irade beyanının kendisine tebliği ile muhatap olan satıcının da aldatmaya neden olacak olgunun gerçekleşmediğini ve dolayısıyla bozucu yenilik doğuran hakkın kukuken hüküm ve sonuç do-

46 “Tespit davaları ise bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin davalar olup, konusunu hukuki ilişkiler oluşturur. Bu dava türü ile bir hukuksal ilişkinin varlığı veya yokluğu saptanmaktadır. Bu davalarda davacının amacı ve dolayısıyla talep sonucu, bir hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun veyahut içeriğinin belirlenmesidir. Tespit davasında sadece tespit hükmü verilebilir. Tespit davasında verilen karar ile hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu kesin olarak tespit edilir, diğer bir anlatım ile davalının varlığını inkar ettiği ilişkinin var olduğu veya yokluğunu inkar ettiği hukuki ilişkinin yok olduğu kesin olarak hükme bağlanır. Bir tespit davasının kabule şayan olabilmesi için, bu davanın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde davacının menfaatinin (hukuki yararının) bulunması gerekir. Tespit davasında, eda davasından ve inşai davadan farklı olarak, davacının böyle bir menfaatinin bulunduğu varsayılmaz. Tespit davasında davacı, kendisi için söz konusu olan tehlikeli veya tereddütlü durumun ortaya çıkaracağı zararın ancak tespit davası ile giderilebileceğini kanıtlamalıdır. Çünkü tespit davası, hukuki bir durum ya da hak henüz inkar ya da ihlal edilmeden, yani herhangi bir zarar doğmadan açılabilirdiğinden, menfaatin doğmuş ve güncel olması gereğinin bir istisnası olarak ortaya çıkmıştır. İşte davacının hukuki ilişkinin derhal tespitinde menfaatinin (hukuki yararının) varlığı için öncelikle, davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel (halihazır) ve ciddi bir tehlike ile tehdit edilmelidir. Bu tehdit çoğunlukla davalının davranışları ile ortaya çıkar.”, Yargıtay HGK E. 2014/21-61, K. 2015/1723, T. 19.6.2015; benzer bir karar için bkz. Yargıtay 8. HD. E. 2016/23, K. 2016/1177, T. 26.1.2016, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 12.04.2016.

ğurmadığını iddia ile tespit davası açması mümkündür⁴⁷. Tespit ilamını olumlu yönde vardığımız örnekle iptal hakkını kullanan alıcı elde etmişse artık bozucu yenilik doğuran hakkın geçerli bir sebebe dayanmakla satıcının alacak hakkının kalmadığına ilişkin sonuç elde edilmiş olacaktır. Yok eğer diğer olasılıkla olumsuz yönü uyarınca satıcı, aldatmanın gerçekleşmediğine ilişkin sonucu elde etmiş olacaktır. Bu sonuçla da, satım bedeli alacağının varlığına dayalı alacak iddiasının geçerliliğini yitirmemiş olduğu sonucuna varılmalıdır.

Yenilik doğuran haklar, kural olarak, davaya gerek kalmaksızın kullanılmasına rağmen muhatap, hak sahibinin irade beyanına itiraz etmesi halinde dava açacak olursa, *“hüküm davalı için borç doğurmaz; sadece önceden ortaya çıkmış hukuki sonucu tespit eder”* şeklinde görüş bildiren VON TUHR/PETER’in genel ifade ile vardığı sonuç⁴⁸ doğrudur.

Sözleşmenin (*dönme sonucu geriye etkili/fesih sonucu ileriye etkili*) sona erdiği tespitine konu olan sözleşmenin borçlusu için artık malvarlığının pasifinde ifa ile yükümlü olduğu bir borç söz konusu olmamakla, karşı tarafın alacak hakkının mevcut olmadığı kabul edilmek gerekecektir. Tespit hükmüne ilişkin ilâmdan sonra aşağıda inceleyeceğimiz olasılıklara bağlı olarak karşı tarafça açılacak olan davalar artık ön hukuki sorunu kesin hükme dayalı olmakla haksız bir dava olarak kaybedilmeye mahkûmdur.

2. Açılan Alacak Davalarında Ön Sorun Olarak Ara Karara Konu Olması

Diğer olasılık uyarınca, bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına yönelik irade beyanının karşı tarafa varmasıyla sözleşmenin sona ermiş olduğu sonucuna rağmen açılacak davalarda bozucu yenilik doğuran hakkın geçerli olarak kullanılıp kullanılmadığı tartışmasının, bu yoldaki savunduğumuz görüş uyarınca yargılama safhasında tartışılması gerekecektir. Belirtmek gerekir ki, bu olasılığın zorunlu sonucu olarak bozucu yenilik doğuran hakkın muhatabı tarafından dava açılması şeklinde bir

47 “...sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimın kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı “sözleşmenin feshi” davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar. Bir başka anlatımla, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi, taraf iradeleri feshte birleşmediği sürece ancak haklı sebeplerin bulunması halinde mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır.” Bkz. Yargıtay 23. HD. E. 2013/9276, K. 2014/3024, T. 17.4.2014, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 14.04.2016.

48 VON TUHR/PETER, §3, s. 25.

koşul getirilemez. Sözleşmenin her iki tarafının açacağı alacak davasında sözleşmeden dönülmüş/sözleşmenin feshedilmiş olması, yukarıda değindiğimiz gerekçe ile haklılığının araştırılmasının ön sorun⁴⁹ (*HMK m. 163, 164*) olarak incelenmesi gerekir⁵⁰. Bu bir gerekliliktir diyoruz; çünkü çalışma konumuza konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında varılan ve bu yönde eleştirdiğimiz sonuçla böyle bir ön sorun araştırması yapılmayacağını anlamış oluyoruz. Bu başlık altında alacak davası sözleşmenin her iki tarafına ilişkin olarak farklı olguya dayanacaktır. Bu konuda alacak davası, davayı açan sözleşme tarafının aktif husumet olarak davacı sıfatına dayalı sonuçla borcun iki farklı kaynağına göre adlandırılacaktır. Buna göre karşımızda ya sebepsiz zenginleşme ya da sözleşmeden doğan alacak (*yani aynen ifaya dayalı*) davası söz konusu olacaktır.

İlk olarak, aldatma mağduru alıcının, satış bedelini sözleşmeden dönme beyanını kullanmadan önce ödediği varsayımına dayalı yargı denetimine ilişkin hüküm ve sonuçları irdeleyelim.

Bozucu yenilik doğuran hakkını aldatmaya dayalı iptal beyanı ile kullanmış olan taraf, sözleşmeyi bu şekilde sona erdirmiş alıcı tarafın, karşı tarafa (*satıcıya*) daha önce yerine getirilmiş olduğu edime ilişkin sebepsiz zenginleşme davası (*TBK m. 77 vd.*) ile iade talebinde bulunması gerekecektir. Çünkü yapıldığı zaman borçlandırıcı işlem niteliğiyle geçerli olan sözleşmenin bu araştırmanın konusu bozucu yenilik doğuran hak ile sonradan ortadan kaldırılması halinde, kendisine dayalı yapılmış tasarruf işlemi geçersiz kalmayacaktır. Yalnızca hukuki sebebin sonradan ortadan kalkması (*condictio ob causam finitam*) niteliği ile tasarruf işlemi haklı sebep temelinden yoksun kalmakla sebepsiz zenginleşmeye vücut verir⁵¹.

49 Bir davadaki asıl uyuşmazlık hakkında karar verilebilmesi için dava sırasında usule ve davanın esasına ilişkin olarak ortaya çıkan ve daha önce çözümlenmesi gereken tüm sorunlar olabilir. Hâkimin önüne gelen ve çözüm bekleyen uyuşmazlığın halli, bazı durumlarda söz konusu maddi ilişkiyle sıkı şekilde bağlı olan ve daha önce vuku bulmuş farklı bir meselenin çözüme kavuşturulmasına bağlı kılınmış olabilir. Bkz. PEKCANİ-TEZ, Hakan, "Bekletici Sorun", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1-4, 1980,s. 249-275, s. 252, 253. Yazarın bu kavram için ayrıca "meselei mukaddime" kavramını da kullandığı görülmektedir.

50 "...davacının iddiasının ön sorun şeklinde incelenmesi, feragat beyanının gerçek iradeyi yansıtır yansıtmadığının açıklığa kavuşturulması, gerçekten davacının hileye düştürüldüğü saptanırsa feragat beyanının bir hukuki netice doğurmayacağı gözetilerek işin esasının incelenmesi ...gerekirken...", Yargıtay 1. HD. E. 2014/2638, K. 2015/1728, T. 9.2.2015, (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 12.04.2016.

51 Yeni dönme (dönüşüm) teorisi uyarınca zamamaşımı yönünden korunması gereken yarara dayalı olarak tasfiye yönünde bir alacak hakkına vücut verdiği kabul edilse de, sonuç değişmeyecektir. Ancak asla katılmadığımız boyutuyla dönmenin aynı etkisini kabul eden görüşün bu yönde kabulü mümkün değildir. Bu konuda eleştiriler için bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstan-

Bu yönde bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılmasına dayalı maddi olgunun gerçekleşmediği savunmasını yapan satıcı davalı, ön sorun olarak alıcıyı aldatmadığını ve bu nedenle iptal beyanının geçersizliği hususunun ön sorun olarak karara bağlanmasını ve davanın reddini talep edecektir⁵². İşte bu kurguda yargılama makamı, ön sorun olarak aldatmanın koşullarının gerçekleşmediği sonucuna varacak olursa, bu yönde yapılmış irade beyanı sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz hale getirmedigine ilişkin ön sorun tespit hükmü sonucu, davalının daha önce tahsil etmiş olduğu bedelin hiçbir şekilde sebepsiz zenginleşme oluşturmadığı yolunda karara konu olacaktır.

Temel kurgumuz üzerine, alıcının daha önce bedeli ödememiş olduğu hallerde satıcının, aldatma sonucu kullanılan bozucu yenilik doğuran hakkın geçerli olmadığı (*yukarıda verdiğimiz örneğe göre bir tespit davası açmak istemezse*) iddiasında ise bu defa hakkın geçerli bir şekilde kullanılmadığı savına dayanarak aynen ifa yolunda alacak davası açması gerekecektir.

Bu durumda davalı semen borçlusu (*yani aldatma mağduru olduğu- nu iddia eden alıcı*), aleyhine açılan alacak davasında ön sorun olarak davalının bozucu yenilik doğuran hak ile (*dönme/fesih ile*) sona erdiği yolundaki iddiasının karara bağlanmasıyla artık haklılık taşımayan alacak davasının reddi gerekecektir. Eş deyişle, aldatma mağduru alıcının cevap dilekçesinde, daha önce aldatma sonucu kullandığı bozucu yenilik doğuran hak ile sözleşmenin sona ermiş olduğu iddiasında (*exceptio doli generalis*) bulunması halinde hâkim, aldatma olgusunun varlığını ön sorun olarak değerlendirmelidir. Buna göre aldatma olgusunun varlığı ön sorun niteliğindeki karara konu olmakla açılan alacak davası reddedilecek; buna karşılık hâkim, aldatma olgusunun bulunmadığı sonucuna varacak olursa satıcının, alıcının temerrüdü sonucu aynen ifa davasına konu ettiği alacak hakkına gecikme tazminatıyla hükmedecektir.

Tekrar özlüce belirtmek gerekirse; her iki olasılıkta da alıcının aldatıldığını ispatlaması durumunda, zaten daha önceden kullanılan bozucu yenilik doğuran hakkın varlığıyla sözleşmenin sona erdiğinin ara kararı ile tespiti sonucu, ön sorun çözümlenmiş olmaktadır; ilk olasılıkta alıcının sebepsiz zenginleşme ile satım bedelinin iadesine yönelik talebi kabul edilecek; ikinci olasılıkta da satıcının temerrüde dayalı satım bedeline yö-

bul, Oniki Levha Yayıncılık, 2014, s. 156 vd.; ÖZMEN/AYDIN, s. 191 vd.

52 Aldatma sonucu teslim aldığı malın iadesinin bu araştırma konusu bakımından ilginç özellikle taşımamakta, sadece karşı tarafın temerrüdü halinde tevdi mahali tayini talebinde gerekebilecektir (TBK m. 107).

nelik alacak davası reddedilecektir. Hâkimin aldatmanın gerçekleşmediği sonucuna varması halinde ise bu yönde tespit kararı niteliğinde⁵³ sözleşmenin sona ermemiş olmasına bağlı olarak sözleşme tüm hükümleriyle ayakta olup, alacak hakkının geçerliliği yolunda karara varmak gerekecektir.

Bu tür davalar açılmadan önce aldatma mağduru tarafından tespit ilâmı elde edilmiş olmasına bağlı olarak uyumsuzluk ilginç bir talebe konu olabilecektir. Şöyle ki, alıcı, tespit davası ilâmıyla aldatmayı (*hileyi*) ispatlamıştır. Fakat karşı tarafın elindeki TBK m. 18 hükmüne göre borcun sebebini içermemiş (*mücerret*) bir borç senedine dayalı olarak sebepsiz zenginleşme davasıyla iki yıl içinde zenginleşmenin iadesini talep kapsamında senetlerin iadesini dava etmesi gerekeceği açıktır. Bu külfeti yerine getirmeyen aldatma mağduru alıcının, mağduriyet yaşaması olasılığında Roma hukuku temelli muhteşem hukuk sistemimiz çözümü bünyesinde barındırmaktadır. Şöyle ki, elindeki mücerret borç senetlerine dayalı olarak bu yolda getirilmiş iki yıllık zamanaşımı süresinin dolmasını bekleyen aldatma faili satıcının, haksız fiil /sebepsiz zenginleşme davasının zamanaşımı süresinin (TBK m. 72/I hükmü uyarınca iki yılın) dolmasını beklemesi sonucu olası mağduriyet şu yönde yaşanacaktır: Elindeki senetlere dayalı ve temelinde yatan sebepten mücerret lehine işleyen karine (TBK m. 18) ile geçerli olduğu kabul edilen alacak hakkı için tâbi olduğu genel zamanaşımı süresi olan on yıl (TBK m. 146) içinde alacak davası açılması halinde, sebepsiz zenginleşmeye yönelik ya da aldatmanın aynı zamanda haksız fiil olmasından dolayı (TBK m. 72/II) dâimi def'i özelliği sonucu elindeki ilâmla açılan alacak davasının reddine karar verilmesi gerekecektir.

III. Sonuç

Roma hukukunun muhteşem zekâ ürünü kurallarını örseleyen içtihatlar ve bilimsel görüşler yalnızca sıkıntı yaratmaktadır. Hele bu tür içtihatlar kötü niyetli bireylerin yararlanmasına yol açtığı takdirde varılmış sonuçların üzerine ciddi düşünülmesi gerekeceği açıktır.

Yargıtay bozucu yenilik doğurucu haklar konusunda eleştirilerimizin haklılığı yolunda bir örnek vermek gerekirse; rahatsızlık doğuran sonuç arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde başka bir hata ile kapatılmaya çalışılmıştır. Öyle ya, keyfi ve haklı sebebi olmaksızın sözleşmeden dönmeye haklılık tanıyınca arsa payı karşılığı inşaat gibi ciddi sonuçları

53 İptal hakkının varlığına hükmedecek hâkim, sözleşmenin iptaline ilişkin verdiği karar yenilik doğuran bir karar değil, tespit kararıdır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 385.

olan sözleşmeler açısından bu defa kanunda yer almayan bir sonuçla bu sözleşmeden ancak yargı kararıyla dönülebileceği hükmüne varılmış bulunmaktadır.

Yargıtay'ımızın taşınmaza yönelik içtihatları konusunda son yıllarda ciddi rahatsızlıklar doğuran benzer birçok sonuç bakımından geniş katılımlı bir sempozyum düzenleyerek bu yöndeki görüşlerin tartışıldığı bilimsel bir ortam hazırlanması dileği ile.

KENTSEL DÖNÜŞÜM VE ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ DAVASI

Av. Nafi PAKEL

Kentsel Dönüşüm Yasası olarak anılan, 6306 sayılı “ Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun” başlıklı yasanın özellikle riskli yapı uygulamasına ilişkin görüş ve yorumlarımız Dergimizin Ocak – Şubat 2013 , Mart – Nisan 2014 ve Mart Nisan 2015 sayılarında yayınlanmıştır.

Yasa yapma metodolojisi ve özellikle de 4721 sayılı TMK'nın mülkiyet hakkını düzenleyen temel hükümleri gözetilmeksizin hazırlanan 6306 sayılı yasanın riskli yapıya ilişkin hükümleri bu nedenle uygulamada pek çok hukuki soruna neden olmaktadır.

Deneme/yanılma metodunun tipik bir örneği olan 6306 sayılı yasanın boşlukları her ne kadar sonradan yayınlanan yönetmelikler ile giderilmeye çalışılmış ise de günümüzdeki uygulamada halen pek çok eksik mevcuttur.

6306 Sayılı Yasa'nın riskli yapı uygulamasında gündeme gelen en yeni sorun, riskli yapı tanımlaması sonucu 6306 sayılı uygulama kapsamına alınarak yıkılan bir binanın arsasının ortaklığın giderilmesi davası konusu olup olmayacağıdır.

Bilindiği gibi 6306 Sayılı Yasa'nın 6.maddesi hükmü uyarınca riskli bina yıkıldığında, tapu kaydı üzerinde mevcut kat mülkiyeti / kat irtifakı resen terkin edilmekte, malikler adına önceki hisseleri ile arsa tapusu düzenlenmektedir.

Bu durumda kat mülkiyeti / kat irtifakı tesisinden önceki durum avdet etmekle yıkılan bina arsası üzerindeki paydaşlığın müşterek/elbirliği mülkiyete dönüştüğünde kuşku yoktur. Ne var ki bu geçici bir durumdur, can ve mal güvenliğini sağlamak amacı ile yıkılan binanın yeniden inşasına geçildiğinde kat irtifakı/kat mülkiyeti tekrar kurulacaktır. Bu geçici dönemde ortaya çıkan sorun, riskli binanın yıkımı sonucu kat mülkiyeti/ kat irtifakının terkin sonucu mecburen müşterek/elbirliği mülkiyete tabi olan arsa üzerindeki ortaklığın TMK'nın 698-699 maddeleri gereği giderilmesi istemi ile açılacak bir davanın istima (dinlenme) kaabiliyetinin olup olmadığıdır.

6306 Sayılı Yasa amacı göz ardı edilip, şekilci ve düz bir mantık ile düşünüldüğünde, müşterek/elbirliği mülkiyetin olduğu bir taşınmaz üzerindeki ortaklığın giderilmesinin istenmesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu düzenlemesi ile tanınmış bir haktır, bu nedenle de söz konusu arsanın aynı veya nakdi paylaşımı istemi ile dava açabilir şeklinde düşünmek mümkündür.

Bu kabil bir yorum sonucu açılacak olan bir ortaklığın giderilmesi davasının esasa girilerek dinlenmesinin mümkün olup olmadığı sorusunun yanıtlanabilmesi için kanun koyucunun 6306 sayılı yasaya neden gerek gördüğünün ve bu yasanın hangi amaç ile düzenlendiğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu inceleme yapıldığında :

- Yasanın 1.maddesi hükmünde yer verilen yasa amacının “.....**riskli yapıların iyileştirme, tasfiye ve yenilenmesine dair usul ve esasların belirlenmesi**” olduğu, bu amacın “fen ve sanat norm ve standartlarına uygun sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri teşkile yönelik olduğu,
- Riskli bina yıkımından sonra arsanın nasıl değerlendirileceğini, belirleyen 6.maddesine “**taşınmazın malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır**” yolunda hüküm konulduğu görülmektedir.

Bilindiği gibi 1999 yılında yaşanan deprem felaketinden sonra vatandaşın can ve mal güvenliğini korumak amacı ile yeni bir düzenlemeye gidilmiş ve inşaat sektörü 2007 yılında yürürlüğe giren Deprem Yönetmeliği hükümleri ile sıkı bir denetime tabi tutulmuştur.

6306 sayılı yasanın, 2007 Deprem Yönetmeliğinin getirdiği güvenli inşaat standart, kriter ve normlarını karşılamayan, 2007 yılından önce inşa edilmiş yapıların vatandaşın can ve mal emniyetini karşılayacak düzeye getirilmesi maksadı ile düzenlendiği 1. maddesinde açıklanan amacı ile sabittir.

2007 Deprem Yönetmeliği gereklerini karşılamayan inşaat 6306 sayılı yasada “riskli yapı” olarak nitelenmiştir. Yasada bu riskin iyileştirme (güçlendirme) yolu ile, bunun mümkün olmaması halinde ise binanın tasfiye (yıkım) ve yeniden inşa (yenilenmesi) yolu ile giderilmesi öngörülmüştür.

Bu koşullar altında, 6306 Sayılı Yasa'yı düzenleyen kanun koyucu amacının vatandaşının kurulu düzenini bozup daire sahibi bulunduğu binayı kanun kuvveti ile yıkıp geride kalan ve büyük şehirlerde üzerinde kat mülkiyeti kurulmadıkça paydaşları arasında aynen taksimi mümkün bu-

lunmayan 250 ila 500 m² alanındaki arsayı devlet eli ile satın vatandaşıma mağdur etmek olmadığı tartışma dışıdır.

6306 sayılı yasa ile ilgili olarak “6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler ” başlıklı bir çalışması (Vedat Kitapçılık İstanbul 2015) olan Sayın Prof. Dr. Ergun Özsunay 6306 Sayılı Yasa uyarınca riskli yapı olarak yıkılan binanın arsası üzerindeki ortaklığın giderilmesi istemi ile açılan bir dava ile ilgili olarak Ekim 2015 tarihinde düzenlediği Hukuki Mütalaada özetle :

- Yasa amacının, “afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde fen ve sanat norm ve standartlarına uygun sağlıklı ve güvenli yaşam çevrelerini teşkil etmek üzere, iyileştirme tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek olduğunu,
- Bu amaç doğrultusunda “sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri” oluşturulmasında yararlanılması öngörülen üç aracın “iyileştirme, tasfiye ve yenileme” olarak belirlendiğini,
- İyileştirmenin mevcut binanın güçlendirilmesi, tasfiyenin mevcut binanın yıkılması, yenilemenin ise yıkılanın yerine yeni bina inşası anlamında kullanıldığını,
- Uygulamada ise 6306 Sayılı Yasa'nın gerçek amacından saptırıldığını ve rantasal amaçlarla “mevcut binaların yıktırılıp yenilenmesi ”ne yönelik olarak kullanıldığını, yasanın amacı hilafına hareket eden kötü niyetli kişilerin binaların iyileştirilmesi/güçlendirilmesi olasılığını gözardı etmelerine göz yumulduğunu, bu suretle ekonomik ömrünü henüz tamamlamış, güçlendirilmesi mümkün binaların yıkılması ile kazanılmış hakların ihlal edildiğini,
- 6306 sayılı yasa hükmü gereği riskli yapı olarak yıkılan bir binanın arsası üzerindeki ortaklığın giderilmesi istemi ile açılacak davanın, bu yasanın çıkarılma amacı (ratio legis) olarak 1.maddesinde yazılı “*riskli yapıların fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşam çevreleri teşkil etmek üzere, iyileştirme, tasfiye ve yenilemelerine dair usul ve esasları belirlemek*” hükmü ile bağdaşmadığını,
- Keza **yasa koyucunun yasanın 6. maddesinde “üzerindeki bina yıkılarak arsa haline dönüşen taşınmazlarda parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır” yolunda özel bir**

düzenleme getirdiğini, özel bir kanun olan 6306 sayılı yasadaki bu özel hükmün, TMK'nın ortaklar arasındaki paylı durumun giderilmesine ilişkin genel hükümleri TMK 698- 699 kıyas ile öncelik taşıdığını, bu durumun hukukun temel ilkesi olan “özel hukukun genel hükümden önce uygulanır” (lexspecialisderogatlex generalis) kuralı gereği olduğunu, bu nedenle de 6306 sayılı yasa da öngörülen özel çözümlerin yerine genel yasa olan 4721 sayılı TMK. nun 698-699 hükümlerine başvurulmasının hukukun temel ilkelerine ve 6306 Sayılı Yasa'nın “çıkartılış amacı” na aykırı olduğunu, bu nedenle de “özel düzenleme” getiren 6306 sayılı yasanın amacı doğrultusunda, “can ve mal güvenliğini sağlamak maksadı ile yıkılan” bir yapının arsası üzerindeki ortaklığın TMK 698-699 uyarınca giderilmesi davası açılmasının 6306 Sayılı Yasa'nın amaç ve düzenlemesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

6306 Sayılı Yasa'nın aradığı 2/3 ekseriyete sahip kötü niyetli paydaşların uygulamada, “kararımıza katılmadığın takdirde hissenin satışını ister ve biz alırız” tehdidi ile 1/3 azınlığın mülkiyet haklarını alenen gasp etmek üzere bu yasayı kullandığı sıkça görülmektedir.

6306 sayılı hükümleri koruması altında dayattıkları sonuca ulaşamayan 2/3 ekseriyete sahip bir kısım paydaşın bu yasa gereği yıkılan bina arsası üzerindeki ortaklığın TMK 698-699 hükümleri uyarınca sonlandırılması istemi açtıkları bir davada Mahkeme, 6306 sayılı yasa amacına aykırı olduğu gerekçesi ile, esasa girmeden davanın reddine karar vermiştir.

6306 Sayılı Yasa'nın riskli yapı hükümleri uygulaması ile ilgili emsal karar ile, uygulamada görülen bazı sorunlara ilişkin görüşlerimize aşağıda yer verilmiştir.

Uygulamada ortaya çıkan diğer bir sorun, 6. madde uyarınca düzenlenen Malikler Kurulu Toplantısında 2/3 ekseriyet ile alınan karara katılmayan paydaş hisselerinin satışı istemi ile İl Çevre Müdürlüğüne başvuru yapıldığında dilekçe ekinde bulunması gereken belgeler ile ilgilidir.

Bu hisse satış isteminin kabul edilerek işleme konulması için kanımızca başvuru talebi ekinde aşağıda ki belgelerin bulunması gerekmektedir :

*Belediyeden onaylı avan proje.

*Toplantıda 2/3 ekseriyet ile seçilen Müteahhit ile hangi koşullar ile anlaşıldığını belirleyen İnşaat Sözleşmesi ve eki Teknik Şartname .

*İnşa edilecek bina üzerinde her bir bağımsız bölümün mevkiini ve kime ait olduğunu belirleyen basit çizim bina krokisi.

*Yönetim Planı.

*Kat Malikleri Kurulu Toplantı Tutanağı.

*Toplantıya katılmayan veya katıldığı halde 2/3 ekseriyet kararına uymayan paydaşlara 15 gün içinde alınan karara katılmadıkları taktirde paylarının satılacağını bildiren ihtarname.

Bu belgelerden birinin eksik ve/veya aranan nitelikte olmaması halinde, 1/3 azınlık hisse sahibi paydaşın hissesinin satışını önlemek üzere neyi kabul ettiğini bilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, hissesini kaybetmek kaygısı ile 2/3 kararına evet demek zorunda kalan paydaşın ileride ne gibi beklenmedik sürprizlerle karşılaşacağı ve ne derece mağdur olacağı belirsizdir.

Hal böyle olmasına rağmen Çevre ve Şehircilik Bakanlığı İl Müdürlüğü bünyesinde hisse satış istemini değerlendirilen 3 kişilik Değerleme ve Satış Komisyonu yukarıda sıralanan belgelerin “şeklen mevcut ” olmasını yeterli görmekte, içeriği ve dolayısı ile yeterliği ve geçerliği konusunu araştırmamaktadır. Bu nedendir ki uygulamada, ekinde Teknik Şartnamesi olmayan ve hiçbir şartnameye de atıfta bulunmayan, tek sayfalık göstermelik bir İnşaat Sözleşmesi ile, belediyeye ibrazı halinde avan proje olarak dahi kabulü mümkün olmayan, basit bir eskiz ile satış başvurusu yaptığı görülmektedir.

Bu güne kadar uygulamada 2/3 ekseriyetin genelde 6306 sayılı yasa hükümlerini azınlık hisselerini ele geçirmek veya azınlığa zarar vermek amacı ile kullandığı dikkate alındığında, 2/3 çoğunluğun yasaların aradığı koşullara uygun olmayan, sonradan değişmesi gerekebilecek dolayısı ile de istismara açık göstermelik İnşaat Projesi ve İnşaat Sözleşmeleri dayalı hisse satış istemlerinin bu nedenle geri çevrilmesine ve yukarıda sayılan belgelerin aranmasına ilişkin düzenlemenin gecikmeksizin yapılması sonradan telafisi mümkün olmayan zararların önlenmesi için zorunludur.

6306 sayılı yasanın aradığı 2/3 ekseriyete sahip paydaşların 6. madde gereği düzenlediği Malikler Kurulu Toplantısına aldıkları kararın azınlık-taki paydaşın mülkiyet hakkına tecavüz etmesi halinde, Hukuk Mahkemesine mülkiyetin korunması istemi ile başvuru yapıldığında, görev konusunda da sorun yaşanmaktadır.

Bilindiği gibi 6306 sayılı yasanın 6.maddesi uyarınca riskli bina yıkıl-

dığında tapudaki kat irtifakı/kat mülkiyeti resen terkin edilmektedir. Bu durumda yıkılan bina üzerinde önceden tesis edilmiş olan kat mülkiyetinin tapu kaydı üzerindeki terkin ile son bulduğunda ve o taşınmazın artık 634 sayılı yasa hükümlerine tabi olmadığına kuşku yoktur.

Hal böyle olmasına karşın bazı mahkemeler yukarıda sözünü ettiğimiz dava yollarına dayalı bir istem karşısında, 6306 sayılı yasanın 6.maddesi uyarınca düzenlenen toplantıda 2/3 ekseriyet ile alınan kararın, 634 sayılı yasadaki Kat Malikleri Kurulu Toplantısı kararı olduğu yanılıgı sonucu, bu konuda Asliye değil Sulh Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi davayı reddetmek yanılıgına düşmektedir.

Bu konuda tereddüt oluşması halinde söz konusu taşınmazın tapu kaydının celbi yeterlidir. Gelen yanıt taşınmaz üzerindeki kat mülkiyetinin dava tarihinde terkin edilmiş olduğu yolunda ise o taşınmaza ilişkin davada Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu tartışmasızdır.

İstanbul 3. İdare Mahkemesi 21.02.2014 gün 2013/1202 E 2014/239 K sayılı kararında, güçlendirme ile ekonomiye kazandırılabilceği Danıştay onamasından da geçmiş hüküm ile belirlenmiş olan riskli yapının güçlendirilmesi olasılığını değerlendirmeyen rapora binaen verilmiş idari işlemi iptal etmiştir.

Danıştay 14 Dairesi 19.11.2014 gün ve 2014/5765-10144 sayılı ilamı ile bu hükmü, **“karar dayanağı olan İTÜ’nün 05.07.2007 ve 10.01.2008 günlü bilirkişi heyeti raporlarının düzenlediği tarihte bu üniversitenin 6306 Sayılı Kanun ve yönetmelik hükümleri uyarınca, bakanlıkça lisans verilmiş bir kuruluş olmadığı”** gerekçesi ile bozmuştur. Bu bozmaya karşı başvurulmuş karar düzeltme isteminde :

-Mahkemelerin, karar verilen tarihte yürürlükte olan yasa hükümleri uyarınca hüküm tesis ile yükümlü olduğu, İstanbul 4. İdare Mahkemesinin 26.03.2008 günlü kararının Danıştay 6. Dairesince 14.01.2009 tarihinde onanmasından 3 yıl sonra Mayıs 2012 de yürürlüğe giren 6306 sayılı yasanın o kararların verildiği tarihte mevcut bulunmadığı, yasaların makale şamil/geçmişe etkili uygulamasının ise mümkün bulunmadığı,

-Keza, Danıştay onamasından da geçmek sureti ile kesin hüküm haline gelen bir yargı kararının tartışmaya açık bulunmadığı,

-Bu nedenle usul ve yasaya aykırı gerekçe içeren kararın düzeltilmesi istenmiştir.

Tetkik hakiminin karar düzeltme isteminin kabul edilmesi gerektiği yolundaki düşüncesine karşın Danıştay 14. Hukuk Dairesi 30.12.2015

tarıhli kararı ile **“karar düzeltme isteminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirine uymadığı” gerekçesi ile düzeltme istemini reddetmiştir.**

2577 sayılı yasanın “kararın düzeltilmesi” başlıklı 54. maddesi c bendinde **“kararın usul ve kanuna aykırı bulunması”** düzeltme nedeni olarak gösterilmiş bulunmakla düzeltme isteminin ret gerekçesi sözün bittiği yerdir.

İNŞAAT HUKUKUNDA YORUMUN ÖNEMİ (İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN YORUMU)

Av. İlker Hasan DUMAN¹

I-) Genel Olarak

Yorum nedir? Niçin yorum sorunu ve gereksinmesi ortaya çıkar? Bir beyanın anlamını belirlemeye yorum denilir. Yorum her beyan için değişen ölçülerde her zaman gereklidir; zira fikir ve dil yetersizliği fikrin ve iradenin açıklanmasında kapalı yön ve duraksama bırakır. Hareket noktası, beyandaki terimlerdir. Eğer bu terimler iyice ölçülerek kullanılmış kesin ve açık iseler, beyanın anlamını tam olarak yansıtır. Fakat gerektirdiği hız ve tarafların hukuk alanındaki bilgisizliği, çok defa beyanların giderek en önemlilerinin eksik ve kusurlu terimlerle anlatılmaları sonucunu doğurur. Bu durumda, söz konusu beyan ve terimler tam bir kesinlik ifade etmezler. Yasa kelimesi kelimesine/harfiyen yorumu kabul etmez. Sözleşmecilerin doğru olmayan anlatımları üzerinde durulmasını değil, onların gerçek amaçlarını aramak gerektiğini öngörür. Beyanda bulunan kimsenin beyandan önceki ve sonraki durumu, amacını anlatmadaki özel tarzı, durumun gerekleri kullanılan terimlerin anlamından ayrılan ve uzaklaşan bir amacı kabul ettirirler².

“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.” (TBK. md. 1).

“Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır.

İkinci derecedeki noktalarda uyuşulmazsa yargıç, uyuşmazlığı, işin özelliğine bakarak karara bağlar.

Sözleşmenin şekline ilişkin hükümler saklıdır” (TBK. md. 2).

“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını giz-

¹ İstanbul Barosu

² Von Thur, 267.

lemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” (TBK. md. 19/I).

TBK. md. 1 uyarınca sözleşme, tarafların birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki muamele olarak tanımlanmıştır. İki tarafın irade beyanlarının birbirine uygun olup olmadığının uyumsuzluk konusu olduğu hallerde, irade beyanının yorumu ile sonuca ulaşılabilecektir. Kanunun 19/1 maddesinin **“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”** hükmü sözleşmenin biçim ve koşullarını saptarken tarafların gerçek amaçlarının önemli olduğu vurgulanmıştır. Böylece bir sözleşmeye taraflarınca farklı anlamlar yüklendiğinde yorum yoluyla tarafların gerçek iradelerini saptayacaktır. Yasa bu konuyu belirtmekle birlikte yorumun nasıl bir yöntemle yapılması gerektiği belirtmemiştir. Yorumda genel kural tarafların ortak amaçlarını saptamak olduğundan lafzi yoruma değer verilmeyeceği açıktır. İrade beyanının yorumu konusunda uygulama güven teorisine göre hareket edileceği kabul edilmektedir. Bu ilkeye göre, her iki tarafın gerek yanılarak, gerek sözleşmedeki gerçek maksatlarını gizlemek için kullandıkları sözlere ve isimlere bakılmayarak onların gerçek ve ortak maksatlarını dürüstlük kurallarıyla değerlendirmek, gerçek istek ve iradelerini belirlemek önemlidir³.

TBK. md. 1-2-19'den anlaşılacağı üzere, sözleşmenin yorumu, geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olur. Yargıçtan sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi istendiğinde, o, yorum yaparak, sözleşmecilerin iradelerinin gerçek veya varsayımsal (farazi) anlamını saptayacaktır. Sözleşmecilerin karşılıklı ve birbirine irade açıklamalarıyla kurulmuş olan bir sözleşmede, kimi vakit, irade açıklamalarının gerçek anlamı bazı şüphe ve tereddütlere yol açabilir. Sözleşmecilerden biri, sözleşmenin içeriğini öbüründen farkı anlayabilir. Yargıç, farklı anlamayı kendiliğinden değil, sözleşmecilerin istemesi durumunda giderecektir. Sözleşmecilerin gerçek ve ortak sözleşme iradeleri yargıç tarafından saptanmaktadır. Amaç, sözleşmecilerin birbirine uygun gerçek veya varsayımsal sözleşme iradelerinin saptanmasıdır⁴. Yargıç, sözleşmenin içeriğinden doğan uyus-

3 HGK. 14.3.2007, 83/142

4 Eren, 466: “Sözleşmenin yorumlanması, sözleşmenin içeriğiyle ilgili bir hukuksal uyumsuzluğun giderilmesi sorunudur. Yorumun konusu aslında, sözleşme değil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarıdır. Tarafların irade açıklamalarının anlamı saptanarak bunların birbirine uygun olup olmadığı araştırılır. Araştırma sonunda tarafların irade açıklamalarının birbirine uygun olup olmadığı anlaşılırsa, sözleşmenin kurulması için gerekli olan uygunluk mevcut olduğundan, sözleşme kurulmuş olur. Sözleşmenin yorumlanması sorunu, ancak bundan sonra, yani sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkar”.

mazlıkta sözleşmecilerin birbirine uygun gerçek veya varsayımsal sözleşme iradelerine sahip olduklarını saptadığı takdirde sorunu buna göre çözecek, aksi halde ise yani “birbirine uyan sözleşme iradesinin” bulunmadığını belirlemesi durumunda, sözleşmede boşluk varsa tamamlayıp dolduracaktır⁵.

Sözleşmecilerin kullanmış oldukları sözcüklere, sözleşmenin kurulduğu anda günlük dilde geçerli olan genel anlamı verdikleri kabul edilecek, ancak sözleşmenin kurulduğu zamanda bu tür sözleşmeler sözleşmecilerin de içinde bulunduğu iş çevresi ve ilişkilerinde, örneğin ticari işlerde özel bir anlam taşıyorsa, bu anlam, günlük dildeki genel anlama üstün tutulacaktır. Sözleşmecilerden biri böyle bir iş çevresi içinde olmakla birlikte, öbür sözleşmeci tarafından kullanılan sözcüklerin, iş çevresindeki özel anlamı kendisine anlatıldığı durumda da bu çözüm geçerli olacaktır. Sözleşmeciler, bu sözcüklere günlük dilde veya iş çevrelerinde kullanılan genel anlamdan farklı bir anlam vermişlerse, bu sözcükler, sözleşmecilerin verdikleri özel anlam içinde ele alınmalıdır. Sözleşmecilerin kullandıkları sözcükler, beyan metninin bir parçası olarak göz önünde tutulacak, bireysel değil, beyan bütünlüğü içinde değerlendirilecektir⁶.

Sözleşmenin kurulduğu yer ve zaman, sözleşme görüşmeleri, sözleşme tasarıları, sözleşmecilerin bu sırada veya sözleşme kurulduktan sonra takındıkları tutum ve davranışlar, ifa hazırlıkları, sözleşmenin kurulduğu zamanki yarar ve amaçları, ilgili iş çevrelerindeki teamüller de yorumlama aracıdır. Sözleşmeciler açık veya kapalı olarak atıf yapmamış olsalar bile, iş çevrelerindeki teamüllerden sözleşmenin kapalı noktalarının yorumlanmasında yararlanılabilir⁷.

Sözleşmenin amacı önemlidir; koşullar haklı gösteriyorsa, beyanın açık sözlerine rağmen sözleşmenin amacına öncelik verilebilir.

Yargıç, sözleşmeyi yorumlarken, sözleşmenin kurulduğu zamana inerek, sözleşmecilerin o sırada bildikleri durum, koşul ve olaylardan, onların kullandıkları sözcüklerle diğer davranışlarından birbirine uygun istek ve iradelerini araştırıp bulacaktır⁸.

5 Von Thur, 756: “Akit, şartın tahakkuk etmesi veya etmemesi için hiçbir müddet tayin etmediği takdirde, şarta bağlı hadisenin tahakkuk etmesi veya etmemesi için lazım gelen münasip müddeti tefsir yoluyla tayin etmek çok defa mümkündür”.

6 Eren 470.

7 Kaplan 34; Eren 471.

8 Eren, 472.

Yargıç, sözleşmecilerin gerçek ve ortak iradelerini belirlerken, güven ilkesinden, genel hayat tecrübelerinden ve dürüstlük kurallarından da yararlanacaktır.

Sözleşme bir bütün olduğundan, sözleşmenin bölüm ve maddeleri, bütünden ayrı olarak değil, bütün içinde ele alınarak yorumlanacaktır⁹.

Yargıç, yorum yaparken önce sözleşmedeki sözcük ve tümcelere (bunların anlamına) bakacaktır. Sözcük ve tümcelere önem vermek, bunlara bağlanmak anlamına gelmez. Bölüm, madde, fıkra, tümce ve sözcükler, açık ve kesin değilse, kapalıysa veya birden çok anlama geliyorsa, yargıç yorum yaparken bunları temel almayacak, sözleşmenin amacını gözetecektir¹⁰.

Sözleşmenin tümü veya bir bölümü, kapalı olup, birden çok anlama geliyorsa veya hiçbir anlam taşımıyorsa, onu yazan/düzenleyen sözleşmeci aleyhine yorumlanacaktır. Bu kural, sözleşmenin her iki tarafınca yazılması/düzenlenmesi durumunda geçerli olmayacaktır¹¹.

Kuşku duyulan durumlarda sözleşmenin geçerli sayılmasına ve ayakta kalmasına olanak verecek biçimde yorum yapılacaktır.

Düzenleyici hukuk kurallarından sapan sözleşmeler, olabildiğince dar yorumlanacaktır.

Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartlarının sözleşmenin tümü, birlikte yorumlanarak değerlendirilmelidir. Sözleşmenin işlem temellerinin edimler arasındaki dengenin de sözleşmenin tümü birlikte yorumlanarak değerlendirilmelidir. Borçlar Kanunu'ndaki genel kuralın, tarafların bu sözleşme ile gerçek ve ortak amacının varlığını ortaya koyabilecek şekilde bir düzenleme ve yorum, tüm sözleşmede belirlenen amaç da göz önüne alınarak yapılmalıdır¹².

Yorum sorunu veya yoruma başvurma gereksinimi yalnız sözleşmeler hukukunda değil tüm hukuk alanlarında görülmektedir. Örnekler:

➤ Anayasanın 14. Maddesine göre, “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya Anayasada belirtilenden daha geniş biçimde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yo-

⁹ Kaplan 62; Eren 472.

¹⁰ Kaplan 62, Eren 473.

¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 151; Kaplan 70; Eren 473.

¹² **3. HD. 5.6.2012, 11095/14330**

rumlanamaz”. Sınırlama için belli bir sınırlama nedeninin varlığı yeterli olmayıp, aynı zamanda demokratik bir toplum bakımından zorunluluk bulunmalıdır. Zorunluluk, ölçüsüz bir sınırlamaya olanak tanımaz.

➤ Bir yorum uyuşmazlığı çıkmış ise, bir sözleşmenin bazı hükümlerinin yorumu için “tespit davası” açılabilir¹³.

➤ Yasanın açık olduğu durumlarda yoruma ve gerekçeye başvurulamaz.

➤ İlamların infaz edilecek bölümlerinin “yorum, tahmin ve takdir” yoluna gidilmeksizin anlaşılır biçimde açık ve net olması gerekir¹⁴.

➤ Olağanüstü yargılama yolu olan yargılamanın yenilenmesi nedenleri usul yasasında sayılmıştır. Sınırlaması yasa maddesinde belirtilenler dışında yorum yoluyla yeni bir neden kabul edilemez¹⁵.

➤ Bir mahkemenin hüküm bölümü yorum yoluyla genişletilemez ve değiştirilemez¹⁶.

➤ İş Hukukunda istisnai ve sınırlayıcı hükümlerin dar yorumlanması gerekir¹⁷.

➤ 5237 sayılı TCY'nin “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı 2. maddesinin 3. fıkrasında; “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” hükmü getirilmiştir. Maddenin gerekçesinde; “Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanunu'nda bu husus ‘ceza yasaları dar yorumlanır’ biçiminde anlatılmıştır. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.

13 22. HD. 12.9.2012, 16430/17983; HGK. 16.2.2005, 14/76.

14 12. HD. 5.5.2005, 6510/9748.

15 HGK. 5.2.2003, 84/50.

16 12. HD. 26.4.2004, 5929/10290.

17 9. HD. 1.4.2013, 35856/10606.

➤ Yargı, uygulamaları ve bir kısım sosyal ihtiyaçlar nedeni ile yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşünce ve kanaatinde olsa dahi, yorum yolu ile yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulamayarak atıl bırakamaz. Yorum yolu ile Anayasa ve Yasalara aykırı uygulama yapamaz ve karar veremez. İhtiyaç varsa yeni yasal düzenlemeler yapılabilir: Yasal düzenleme yapma yetki ve görevi TBMM'ye aittir.

➤ Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgili olup kıyas veya yorum yolu ile genişletilmesi ya da değiştirilmesi mümkün değildir.

➤ İlamın infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. Hüküm içeriğinin aynen infazı zorunludur, icra mahkemesi yargıcı ilamın infaz edilecek kısmını yorum yoluyla belirleme yetkisine sahip değildir¹⁸.

➤ Kural olarak her kanun, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren derhal hukuksal sonuçlarını doğurmaya başlar ve bu tarihten sonra meydana gelen olaylara ve ilişkilere uygulanır. Bu kuralın doğal sonucu da, kanunların geriye yürümemeleridir. Ancak sosyal güvenlik hukukunun özel ve kamusal niteliği itibarıyla ve 5510 sayılı Kanun'da, anılan hükümle getirilen, sigortalıların lehine olan borçlanma hakkının, Kanunun yürürlüğünden önceki doğum olaylarına uygulanmasını engelleyen bir düzenlemenin olmadığı gözetildiğinde, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce meydana gelmiş doğum olaylarına da uygulanabileceğini kabul etmek gereklidir. Zira, maddi hukukun her zaman hayatın değişen sosyal akışı içinde gelişen tüm olayları ve ayrıntıları kurallaştırma gücüne sahip olmadığını da dikkate alıp, çıkarlar dengesi ve adalet duygularını gözeterек toplumun gereksinmelerini karşılamakla yükümlü bulunan yargı organları, sigortalıların lehine hükümler içeren düzenlemelerin yürürlüğe girdiği durumlarda, kanun koyucunun amacını da göz önünde bulundurarak, söze oranla öze üstünlük tanıyan bir yorumla sonuca varmalıdır¹⁹.

II-) İnşaat Hukukunda Yorum

1-) Sözleşmesinin Kurulmasında Yorum

Sözleşmeciler bir sözleşmenin kurulabilmesi için bulunması zorunlu asgari noktalarda (unsurlarda) uyuşmazlarsa, sözleşme kurulmuş olmayacaktır. Sözleşmeciler, temel edim niteliğinde olmayan (yani yan edimler) sözleşmenin unsuru durumuna getirebilirler. Yan edim yükümlülükleri, sözleşmeden doğan borçların kurulmasını engellemeyen; ancak sözleşmeden, ya da dürüstlük kurallarından doğan edimlerdir. Bunların

¹⁸ HGK. 8.10.1997, 517-776.

¹⁹ 10. HD. 25.2.2010, 8312/2516.

eksikliği kural olarak sözleşmenin kurulmasını engellemez ise de, aynen asli edimler gibi, ayrı bir talep ve dava konusu olabilirler²⁰. Örneğin yüklenici tarafından meydana getirilen eserin genişlik ve kapsamı belirlenebilir olmalıdır. Konusu bir bina yapımı olan bir eser sözleşmesi için inşaatın yeri, türü, plan ve projesi üzerinde anlaşmaya varılması gerekir; yalnızca birim fiyatlar için anlaşma yeterli değildir. TBK. md. 481'in koşulları²¹ var ise, tarafların eserin ücretinin miktarı konusunda anlaşmaları gerekli değildir²². Sözleşme temel öğeleri kapsmalıdır. Ancak bu konuların "kesin olarak" sözleşmede belirtilmesine gerek yoktur. Bunların belirli veya belirlenebilir olmaları gerekli ve yeterlidir. Sözleşmenin öğelerinden herhangi biri "belirlenebilir" nitelikte bulundukça, sözleşme geçerliliğini korur, sorunu -kanıtlama sürecinin sonunda- yargıç çözer. Eğer sözleşmenin temel öğeleri belirli ya da belirlenebilir bir nitelik taşımıyorsa sözleşme ancak o zaman geçerli sayılmayacaktır. Bir noktanın "esaslı" olup olmadığı, dolayısıyla sözleşmenin kurulup kurulmadığı tartışılmalıysa, yargıç, irade açıklamalarını "güven teorisi"ne göre yorumlayarak, karşı tarafça anlaşılması gereken anlamlara göre uyuma olduğu sonucuna varırsa sözleşmenin kurulduğuna, uyuma olmadığı sonucuna varırsa sözleşmenin kurulmadığına karar verecektir²³.

2-) Sözleşmenin Yeniden Oluşması mı? Yorumu mu?

Hükümsüz olup geçerli duruma gelemeyen işlemlerin bozuk/çürük/geçersiz (batıl) olacağı tartışmasız olup, bu konunun kendiliğinden göz önüne alınması zorunludur. Geçersizliği öne süren kişi, davacının o konuda hakkının var olduğunu kabul etmiyor demektir. Bozukluk (butlan) niteliği bakımından mutlak sonuç doğurur. Bunun gibi bozukluk, sözleşmenin bir bölümüne ilişkin de olabilir. Burada sözleşmenin yorumu değil yanların varsayılan iradelerine dayalı olarak sözleşmenin yeniden oluşması söz konusudur. Belirtilen ilkenin doğal sonucu olarak geçerli olmayan kısım, zamanla geçerli duruma gelmez. 14.1.1948 tarih ve 20/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararına göre "Kanuna ve ahlaka aykırı sözleşmelerin belli edilmesinde TBK. hükümleri yanında diğer mevzuatın da göz önünde bulundurulması gerekir."

3-) Gerçek İrade/Yorum

Bir sözleşmenin türü ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, yanların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları

20 Kılıçoğlu, 20.

21 Eserin bedeli önceden ya hiç belirlenmemiş ya da yalnız yaklaşık olarak belirlenmişse, çalışmanın değerine ve yüklenicinin giderlerine göre saptanır.

22 Becker, Herman, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Çeviren Suat Dura, Yargıtay Yayınları No. 24, Ankara-1992, sf. 595.

23 Akyol, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul-1995, sf. 114 vd.

sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK. md. 19/1). Sözleşmecilerin gerçek ve ortak iradeleri araştırılırken, sözleşmenin her maddesi ve bölümü sözleşmenin tümü göz önünde tutularak yorumlanmalıdır. Sözleşmecilerin gerçek olmayan anlatımı üzerinde durulmamalı, onların gerçek amaçları araştırılmalıdır.

Danışıklı işlem, sözleşmecilerin üçüncü kişileri aldatmak amacı ile gerçek durumu onlardan gizleyerek kendi gerçek iradesine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir konuda yaptıkları işlemidir. Bir danışıklı işlemden söz edebilmek için; a) Sözleşmecilerin iradeleri ile beyanları arasında isteyerek yaratılmış bir uygunsuzluk, b) Üçüncü kişileri aldatma amacı, c) Sözleşmeciler arasında gizli işlemi yer alan danışıklı sözleşme bulunmalıdır. Tüm danışıklı işlemlerde; a) Üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış “görünürdeki işlem”, b) Görünürdeki işlemin sözleşmeciler arasında geçerli olmayacağını saptayan “danışık anlaşması” bulunur. Bu öğeleri içeren danışıklığa “yalın danışık” (mutlak muvazaa) denilir. Danışığın bu türünde; sözleşmeciler aslında aralarında hukuksal işlem yapmadıkları halde üçüncü kişileri yanıltmak ve onlara karşı bir işlem yapmış gibi görünmek amacı ile görünüşte bir işlem yapmışlardır. Örneğin alacaklıların icra takibinden kurtulmak için, bir borçlu, mallarını bir arkadaşına devreder ve “bu devrin gerçekte aralarında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı” borçlu ile arkadaşı arasında kararlaştırılırsa “yalın danışık” söz konusu olur. Eğer sözleşmeciler arasında yaptıkları bir işlemi, kendi gerçek iradelerine uymayan ve salt üçüncü kişileri yanıltmak için yaptıkları başka bir işlemin arkasına gizlemişlerse, bu tür danışıklı işleme “nitelikli danışıklı işlem” (nispi/mevsuf muvazaa) denilir. Bu danışık türünde, görünürdeki işlem ve danışık anlaşması yanında ayrıca sözleşmecilerin gerçek iradelerine uygun bir gizli işlem bulunur. Örneğin sözleşmeciler gerçekte “bağışlama” yapmak istedikleri halde, bunu “satış sözleşmesi” biçiminde yaparlar. Böylece, görünürdeki işlem “satış” olduğu halde, gizli işlem “bağışlama”dır. Sözleşmecilerin üçüncü kişileri yanıltmak için, danışıklı olarak yaptıkları görünürdeki işlem geçersizdir. Geçersizliğin nedeni, taraflarca açıklanan beyanların, onların gerçek iradelerine uymaması, başka bir anlatımla bu beyanların “irade beyanı” niteliği taşımasıdır.

Sözleşmenin açık ve anlaşılır olması, yazım kurallarına uyması, gereksiz ayrıntıyı içermemesi, bütünlük oluşturması, yasanın buyurucu ilke ve kurallarına ters düşmemesi, yanların istek ve amaçlarını gözetmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerini açık ve doğru biçimde anlatmasında sözleşmecilerin yararı vardır. Sözleşmeciler kaygı ve beklentilerini gidermek için, hukuk düzeninin kendilerine tanıdığı “vade”, “teminat”, “garanti”, “ipotek”, “ceza koşulu” ve benzeri hukuksal olanakları sözleşmede öngörmelidirler. Sözleşmede

alınan ve öngörülen önlemlere karşın, yer tesliminde, avans ödemelerinde, proje tesliminde, götürü bedelli işlerde proje ve imalat değişikliklerinde, iş artış ve eksilişlerinde, iş artışının dışında kalan imalatların ödenmesinde, fiyat farkının ödenmesinde, süre uzatımında, fesih ve tasfiye işlemlerinde, kesin hesabın yapılmasında, teminatların çözülmesinde, eserin öngörülen niteliklerde imal edilmesinde ve süresinde tamamlanmasında sorunlar çıkabilmektedir. Sözleşmenin içeriği ve yapısı, yalnız sözleşmenin yönetimi bakımından değil, aynı zamanda sorunların çıkmaması veya çözümlenmesi bakımından da önemlidir²⁴. Ama sözleşmeye asıl ruh ve hayat katan, sözleşmecilerin iyi niyet ve dürüstlükleridir. Sözleşme sürecinde ortaya çıkan tüm durum, ilişki, güçlük ve sorunlar iyi niyet ve dürüstlük kuralları ile aydınlığa kavuşturulmalıdır. Özellikle sözleşmecilerin gerçek arzu ve iradeleri yorumlanırken, bu yaklaşım temel ölçü olmalıdır. Çünkü inşaat hukuku bir “taşınmaz hukuku” değil, bir “insan hukuku”dur.

Sözleşme kurulurken sözleşmecilerin irade açıklamasında yer almayan, sözleşmenin kurulması sırasında üzerinde durulmayan veya edimin içeriğine girmeyen konular sözleşmenin kapsamında yer almaz.

Açık düzenlemenin bulunmadığı durumlarda eserin nasıl meydana getirileceğinin saptanması konusunda uyuşmazlık çıkarsa bunun saptanması zordur. Fakat somut olayın özelliklerine göre taraf iradeleri yorumlanarak eserin meydana getirilme biçimi belirlenebilir.

Sözleşme ilişkisinin varlığı kanıtlanabilirse, sözleşmenin kapsamı her türlü delille (yazılı belge dışında diğer deliller ve tanık beyanlarıyla) kanıtlanabilir.

İşin kapsamının belirlenmesi iş sahibi açısından bir külfettir; işin kapsamının doğru biçimde belirlenmemesinin sonuçlarına iş sahibinin katlanması gerekir. Bununla birlikte, işin kapsamının belirlenmesinde yüklenicinin hiçbir rolünün olmadığı söylenemez. Yüklenicinin ilgili alanda uzman olması, gerek işe başlamada gerekse işin yürütümünde özen borcuna uygun hareket etmesi ve TBK. md. 472 anlamında gerekli durumlarda ihbar yükümlülüğünün bulunması onun da işin kapsamının belirlenmesinde iş sahibine yardımcı olması gerektiğini ortaya

24 15. HD. 10.11.2004, 138/5756: “Sözleşmedeki bir hükme göre 30 aylık ifa süresinde inşaat teslim edilmezse her bir daire için günün rayiçlerine göre kira ödeneceği bu ek sürenin 6 ayı geçemeyeceği, ek süre sonunda da inşaat bitmez ise sözleşmenin bozulmuş sayılacaktır. Sözü edilen 6 aylık süre kira istenebilecek süre olmayıp, sözleşmenin bozulması yoluna gidilemeyecek en az süreyi düzenlemektedir. Bunun sonucu olarak, kira tazminatının 6 aylık süre ile sınırlı olarak hesaplanması doğru olmaz”.

koyar. Özellikle teknik konularda, denetim ödevinin bulunduğu, hata ve eksiklerin saptanması gereken durumlarda yüklenicinin iş sahibi ile birlikte sorumlu olduğu söylenebilir.

4-) Sözleşmenin Geçerliliği/Yorum

Bir sözleşmenin sağlığı için uyulan biçimin o sözleşmenin nesnel ve öznel tüm temel (esaslı) noktalarını kapsamaması gerekir. Ancak, tarafların anlaştıkları fakat biçimde yer vermedikleri bir konu, biçime bağlı sözleşmenin bir unsuru olmayıp ayrı bir sözleşme niteliğindeyse, bu anlaşmanın biçime bağlı olarak düzenlenen metnin içinde yer almaması bir eksiklik değildir. Bu konuda bir sonuca varılması sözleşmenin yorumuna bağlıdır²⁵. Yasanın geçerlilik koşulu olarak aradığı biçime uyulmadan yapıldığı için “kesin geçersiz” olan bir sözleşmede, bu geçersizlik zamanın geçmesiyle veya icazetle ortadan kalkmaz, herkes tarafından ileri sürülebilir ve yargıç tarafından görevinden ötürü göz önünde tutulur²⁶. Sözleşmeyi hükümsüz duruma getirmek için ne bir dava açmaya ve ne de bir beyana ihtiyaç vardır. Zira sözleşme kendiliğinden geçersizdir. Ancak sözleşmenin biçim koşuluna uyularak yeniden yapılması gerekir. Kesin geçersiz bir sözleşmenin yerine getirilmesi sözleşmeye geçerlilik kazandırmaz. Ama kesin hükümsüzlüğü öne sürme hakkının, dürüstlük kuralına aykırı olarak, kötüye kullanıldığı durumlarda, kesin hükümsüzlüğü ileri süren tarafı hukuk korumaz²⁷. Geçersiz sözleşmenin yerine getirilmesi için açılan davada; yerine getirme yönünden sözlü ve adi yazılı sözleşmelerin bir hüküm ifade etmemesi nedeniyle, bu sözleşmelerin tanık veya yeminle ya da başka bir delille kanıtlanması yönüne gidilemez. Çünkü geçersiz sözleşmenin kanıtlanması, sonucu değiştirmeyecek ve kanıtlama başarısı onu geçerli duruma getirmeyecektir. Ancak, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici edimini yerine getirip binayı teslim etmiş ve içerisinde de oturuluyor ise, uyuşmazlık, inşaatın arsa payı karşılığında yüklenici tarafından yapılıp ya-

25 Oğuzman, 101.

26 Oğuzman, 102.

27 Şeker, Muzaffer, Şekil Noksamı, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2008, sf. 51-52: “Şekil şartının yerine getirilmemesinden dolayı kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşan sözleşme ile başka bir sözleşmenin şekli yerine getirilmiş ise ve taraflar yaptıkları sözleşmenin hükümsüz olduğunu bilselerdi, bu sözleşmeyi yapacak oldukları anlaşılabiliriyorsa, bu sözleşmenin aranan diğer geçerlilik şartlarının da yerine getirilmiş olması şartı ile, şekil şartı nedeni ile hükümsüz olan sözleşmenin, şekline uyulan diğer sözleşmeye tahvili ve böylece sonuç doğurması kabul edilmektedir. Noter senedi ile yapılan bir gayrimenkul satışı hükümsüzdür, ancak satış vaadine tahvil edilebilir. Tahvilin yapılabilmesi için, batıl sözleşme bulunmalı, bu sözleşme çevrileceği sözleşmenin maddi ve şekli bütün unsurlarını kapsamalı ve tarafların yaptıkları hüküm doğurmayan geçersiz sözleşmenin batıl olduğunu bilmeleri halinde tahvil ile geçerli sayılacak sözleşmeyi yapacakları kabul edilmelidir. Bu şartlardan birinin yokluğu halinde tahvilin yapılması imkânsızdır”.

pılmadığı noktasında toplanır. Eğer yüklenici, bu savını kanıtlayabilirse, inşaatı bitirip teslim etmesi nedeniyle, sözleşme geçerli duruma gelecek ve bu sözleşmeye göre de, yüklenici, inşaatın bedeli olan arsa payını alabilecektir.

5-) İnşaat İşlerinde Bilirkişi Kurulunda Bir Hukukçunun Yer Alması

Özel ve kamu yapım işlerinde görüşüne başvurulanan bilirkişi kurulu içinde bir hukukçunun da bulunmasında yarar bulunmakla birlikte, onun görevi sözleşmenin yorumunda teknik bilirkişilere yardımcı olmakla sınırlıdır.

6-) Tahkim Anlaşması/Yorumu

Yargılama yetkisi kural olarak mahkemeler eliyle kullanılmakta olup, tahkim usulü yargılama hukukumuzda ayrıksı bir kurum olarak düzenlenmiştir. Bu nedenledir ki tahkimle ilgili düzenlemelerin genel usul kuralları anlamında geniş yorumlanması ve açık bir hükme yer verilmedikçe tam anlamıyla usul hukukumuzla ilişkin ilkelerin tahkim açısından da doğrudan geçerli kabul edilmesi olanaklı değildir. Başka bir anlatımla; usul hükümlerinin geriye yürüme etkisinin tamamen sözleşmeyle hayat bulan ihtiyari tahkim kuralları konusunda uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira temeli sözleşme olan ve taraf iradelerini baz alan tahkim sözleşmesinde (veya tahkim koşulunun konulmasında) tarafların açıkça ortaya koydukları kuralları ve belirledikleri hukuk uygulanacaktır. Yine buna ilişkin değişiklik yapılabilmesi koşulları da sözleşmede belirlenen ilkeler çerçevesinde olacaktır²⁸. **15. Hukuk Dairesinin 9.1.2014 gün ve 2388/113 sayılı kararında açıklandığı üzere;** “her ne kadar tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın devlet mahkemelerinde mi yoksa hakemde mi görüleceğine ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin düzenlenmesi ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Tahkim şartı ya da sözleşmesi yapılması maddi hukuk işlemi olduğundan sonradan çıkartılan yeni kanunlar, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri ve sözleşme hükümlerini geçersiz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerlilikleri yapıldığı tarihteki yasa hükümlerine tabidir. Hakem kararında aksine bir yorum veya hüküm bulunması, bu gerçeği değiştirmez”.

7-) Sözleşmenin Uygulanması/Yorum

İnşaat sözleşmesinin yanlarından biri bir kamu kuruluşu olsa bile, bu sözleşmenin uygulanmasından doğan davalara adli yargı yerlerinde bakılır. Çünkü yanlarından biri kamu kuruluşu olsa ve kendine özgü yapısı

28 HGK. 18.10.2006, 609/656; 15. HD. 18.6.2007, 2680/4137.

ve gerekleri bulunsa bile, inşaat sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir. Kamu İhale Sözleşmeleri Yasasına göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan koşullara aykırı hükümlere yer verilemez ve bu yasa da belirtilen durumlar dışında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılamaz ve ek sözleşme düzenlenemez. Bu yasa kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu kurala aykırı maddelere yer verilemez. Yasanın yorum ve uygulanmasında eşitlik ilkesi göz önünde bulundurulur. Anlaşmazlıklar, ihalenin kesinleşmesinden sonraki aşamada, şartname hükümlerine uygun olarak düzenlenen sözleşme ve bu sözleşme hükümlerinin uygulanması aşamasında doğmuşsa, örneğin sözleşmenin bozulması koşullarının oluşup oluşmadığı, bozmanın gerekip gerekmediği söz konusu ise sözleşme ve özel hukuk hükümleri uygulanarak adli yargı yerinde görülecektir.

8-) İşin Tanımı/Yorum

Müşavir mühendislik sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bunun sonucu olarak, tam iki tarafa borç yükleyen herhangi bir sözleşme nasıl kurulursa, bu sözleşme de öyle kurulur. Örneğin bu sözleşmenin kurulabilmesi için de, sözleşmecilerin karşılıklı ve birbirine uygun irade bildirimlerine gerek vardır (TBK. md.1). İnşaat sektöründe, işveren ile mühendisin karşılıklı olarak borçlarını zamanında ve eksiksiz yerine getirebilmeleri için, sözleşmede yapılması istenen işin tarifinin tam olarak kesin bir biçimde ve yoruma ihtiyaç göstermeyecek biçimde yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede, tarifte öngörülen ve belirlenen inşaata uygun bir zeminin seçilmesi, fizibilite raporlarının gerçekçi olarak hazırlanması, avan projelerden hareketle uygulama projelerinin, kesin projelerin hazırlanması, işe uygun malzemelerin ve ekipmanın seçilmesi ve sağlanması, iş programının yapılması, buna göre işe zamanında başlanması, işin programa uygun olarak gerçekleştirilmesi, inşaat işleri sürerken çıkabilecek teknik ve parasal sorunların giderilmesi, sözleşmenin yeni koşullara göre uyarlanması, sözleşmedeki işin tamamlanmasından sonra işin geçici kabulünün yapılması, yapı bir tesis ise bunun işletmeye alınması, işletme el kitabının veya talimatının hazırlanması, sözleşmede öngörülen sürenin geçmesinin ardından kesin kabulün yapılması daha sonra kesin projelerin, kesin hesap işlerinin gerçekleştirilmesi, işin ifası sırasında işveren ve yüklenici arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların sözleşme hükümlerine uygun olarak görüşme yoluyla taraflar arasında, bu sağlanmazsa, devlet mahkemesinde ya da hakem mahkemesinde çözüme kavuşturulması konusunun saptanması, hemen her inşaat projesinde izlenmesi zorunlu olan

aşamalardır. Bu aşamaların hepsinde işverenin ve yüklenicinin teknik bilgi ve deneyimine başvurulabileceği, teknik konularda uzmanlaşmış bir kadroya ihtiyaç vardır²⁹.

9-) Edimin Kapsamı/Yorum

Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi çıkarı doğrultusunda yapmış olduğu giderler için ek bir bedel istenemez: Tüketici bir sözleşme yaparken, edineceği mal ve hizmeti bir bütün olarak algılar ve bunun ücretini ödediğini düşünür. Tüketicinin haklı olarak bir bütün olarak algıladığı ve tek fiyat biçtiği edimin daha sonra parçalara bölünmesi ve her parça için ek ücret istenmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Sözleşme kapsamına giren bütün edimlerin, sözleşmenin asli fiyat pazarlığına dahil olduğu yorumu yapılır ve yan edimler için bir ücret istenilmesi tümüyle engellenirse bu durum fiyatların artmasına neden olacak ve tüketici aleyhine sonuç doğuracaktır. Bu nedenle bir sözleşmede neyin değiş tokuş dengesi içinde olduğu, neyin asli edim neyin yan edim olduğunun saptanması büyük ödemi taşır.

10-) Devir Yetkisi/Yorum

Yüklenici kural olarak üstlendiği işi tümüyle başkasına devredemez. İş sahibi yükleniciye işin tamamını veya belli kısımlarını başkasına devir yetkisi sözleşmeye konulan bir hükümle veya sonradan yapılacak bir anlaşma ile açıkça tanıyabilir. İş sahibi eser sözleşmesinde işleri başkasına devir yetkisini tamamen veya belli işler için kaldırabilir. İş sahibi belli işleri devir yetkisi vermişse, bunların dışındakilerin devredilemeyeceği; belli işler için devir yasağı koymuşsa bunların dışındakilerin devredilebileceği sonucu çıkarılabilir; bununla birlikte, anlaşmanın yorumundan sayılanlar dışındaki işler için bir düzenleme yapılmasının düşünülemediği anlaşıyorsa, bunların devrinin olanaklı bulunmadığı niteliklerine göre belirlenmelidir³⁰.

Sözleşmeyi devralan taraf, girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Artık o alacakların, borçların ve diğer yan hakların ve külfetlerin sahibidir. Devralan taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi değişmeksizin devam eder. Yüklenen

29 Dayınlarlı, Müşavirlik Sözleşmesi, 2-3.

30 Tandoğan, II, 80.

taraf, sadece var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu değildir. Aynı zamanda, gelecekte doğacak olan hak ve borçlarla da ilgilidir: Devredilen sözleşme ilişkisi, hangi durumda ise, o haliyle devredilir. Sözleşme ilişkisinin devredilmesinden önce, olanaksızlık veya direnir gibi ifanın hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği durumlar meydana gelmiş ve bunların sonuçları henüz doğmamışsa, bu durumda, devir alan taraf hak sahibi ve sorumlu olur. Sözleşmenin devredilmesinden önce, fesih hakkı sahibi tarafından verilen, karşı tarafın ifasını belli bir süre içinde gerçekleştirilmesine ilişkin süre, devir sözleşmesinden sonra da geçerlidir. Sözleşmenin devredilmesinden sonra doğan fesih hakkı, devir alana karşı ve devir alan tarafından kullanılır. Çünkü, feshedilebilir bir sözleşme devir alınmıştır. Sözleşmenin devredilmesi ile asıl sözleşmenin kurulması aşamasından doğan hukuksal sonuçlar, artık devir alan tarafı ilgilendirir. Devir alan taraf, asıl sözleşmenin kurulması sırasındaki koşullardan anlaşılan irade beyanının yorumunu kabul etmek zorundadır. Devir sözleşmesinin temelinde bulunan işlemin ivazlı olduğu durumlarda, asıl sözleşme sakat ise veya yerine getirilirken ihlal edilmişse, sözleşmeyi devreden sorumlu olduğu söz konusu edilebilir.

11-) Derhal İşe Başlama/Yorum

İşin niteliği derhal çalışmayı başlatmaya elverişli olmayabilir. Örneğin önce gerekli izinlerin alınması gereken bir inşaat işinde, bu izinler (özellikle inşaat izni) yetkili kurumlardan alınmadan inşaat başlatılamayacaktır.³¹

Sözleşmeye göre projeleri iş sahibinin hazırlayıp yükleniciye vermesi gerekiyorsa ancak plan, proje ve malzemenin verilmesinde bir gecikme olmuşsa, bunun sonuçlarından yüklenici sorumlu olmayacaktır.³²

Sözleşmenin yapıldığı sırada yüklenici başka bir iş yapıyor ve iş sahibi bu durumu biliyorsa... Bu durum, tarafların, yüklenicinin işini bitirdikten sonra sözleşme konusu işe başlaması konusunda anlaştıkları biçiminde yorumlanabilir.

12-) Gecikmeye Rıza/Yorum

İş sahibi sözleşmeden dönmeye haksız ise, bu kez TBK. md. 484'te'öngörülen yüklenicinin olumlu zararlarını karşılayarak sonuca gidebilir.

Yüklenicinin inşaatı tamamlayarak teslim etme borcunun ivedili olma-

³¹ Öz, İnşaat Sözleşmesi, 117.

³² Olgac, III, 908.

sından önce iş sahibine bazı haklar veren TBK. md. 473 /I hükmü, hiçbir zaman iş sahibinin aleyhine yorumlanmamalıdır. Başka bir anlatımla, bu hüküm iş sahibine bazı ek haklar sağlamakta, yoksa onu bu hükme başvurmaya zorlamamaktadır. Buna göre borcun ivediliğinden (muacceleliyetinden) önce, söz konusu hükmün koşulları doğmasına karşın, iş sahibinin teslim borcunun ivediliğini beklemesi ve bunun ardından genel hükümlere göre yüklenicinin direnimine ilişkin hükümlere başvurması, iş sahibinin aleyhine bir sonuç doğurmaz. Örneğin iş sahibinin inşaatın seviyesindeki gecikmeye karşın, ilgili hükme başvurmaması, hiçbir zaman iş sahibinin söz konusu gecikmeye rıza göstermesi olarak yorumlanmamalıdır³³.

TBK. md. 473 /I'nin uygulandığı durumlarda TBK. md. 118-119 'un uygulanma olanağı yoktur. Çünkü teslim kadar hasar riski zaten yükleniciye aittir.

13-) Aynen İfa/Yorum

Bozuk malzeme ile yapıldığında eserin de bozuk meydana getirileceği anlaşılmaktaysa, iş sahibi, bozuk malzemenin kullanımına engel olmak için, inşaat alanından uzaklaştırılmasını isteyebilir. Yüklenici kendisine tanınan uygun süre içinde bozuk malzemeyi inşaat alanından uzaklaştırmadığı takdirde, iş sahibi giderlerini daha sonra yükleniciden almak üzere bunları bizzat kendisi uzaklaştırabilir veya bunu mahkemeden isteyebilir.

İş sahibinin aykırı imalatın tamamen veya kısmen yıkılmasını istemesi, sözleşmeden döndüğünün değil, dönmediğinin kanıtıdır. Böyle bir olgu, iş sahibinin “aynen ifa” iradesini koruduğu biçimde yorumlanmalıdır. İş sahibi sözleşmeden dönecek olsa bunu açık bir biçimde bildirebilir. İş sahibinin yıkım isterken sözleşmeden dönmek zorunda bırakılması kabul edilemez.

14-) Kazanılmış Hak/Yorum

İmar planları değiştirildiği takdirde değişiklikten önceki planlara göre kazanılmış hakların korunup korunmayacağı konusunda imar mevzuatında açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, İmar Kanunu ve yönetmeliklerinde kazanılmış hakların korunması paralelinde yorumlanabilecek hükümlere rastlanmaktadır:

Ruhsat süresi içinde tamamlanması mümkün olamayacağı için beşinci

33 Ayan, 355.

yıl içinde ruhsat yenilemek üzere ilgili idareye başvurarak ruhsat yenilemesi yapılan yapılar hakkında, ruhsat alma tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri uygulanır. İnşasına 2 yıl içinde başlanmayan veya ruhsat süresi içinde tamamlanmayan ve süresi içinde ruhsat yenilemesi yapılmayan yapılar, ruhsatsız yapı olarak değerlendirilir. Bu yapılar hakkında yeniden ruhsat alma tarihinde yürürlükte bulunan plan ve mevzuat hükümleri uygulanır (İmar Kanunu md. 29, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md. 12). Buna göre, 2 yıl içinde inşaata başlanmayan veya tamamlanmadığı halde ruhsat yenilemek için başvurulmayan yapılar ruhsatsız yapı sayılır ve daha sonra bunlar için yapı izni (ruhsatı) alınmış olması kazanılmış hak yaratmaz. Kazanılmış hakkın doğması için, öbür koşullarla birlikte, inşaat izninin (ruhsatının) alınması yeterli olmayıp, yapı iznine (ruhsatına) uygun biçimde yapıya eylemli olarak başlanılmış olması gerekir.

15-) Aykırılığın İş Sahibince Onaylanması/Yorum

Kaçak kısımlar için eksik ve kusurlu işler bedelinin istenmesi, o kısımların yasallaştırılması anlamına gelebilir. Ancak yüklenici, inşaatı yasal duruma getirmediği sürece tapu almaya hak kazanamayacaktır.

İş sahibinin sözleşmeye, inşaat ruhsatına ve projesine aykırı inşaatın yıkılmasını istemesi, sözleşmeden döndüğü biçiminde yorumlanamaz; tam tersine, onun, sözleşmeye uygun olan aynen ifayı istediği kabul edilmelidir. İş sahibi, yıkımı isterken sözleşmeden dönmemişse sözleşme var olmaya devam ettiğinden, yıkımı eylemli olarak gerçekleştirmiş olsa bile, bu nedenle gecikme tazminatı (kira kaybı) isteyebilir. İş sahibi, yıkım isteğiyle birlikte sözleşmeden de dönmüşse, olumlu zarar kapsamına giren gecikme tazminatını (kira kaybını) isteyemeyecek; yalnız olumsuz zararını isteyebilecektir.

16-) Uyarılama/Yorum

Sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK md. 4, 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu (sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile gideril-

meye çalışılmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık bu akitle bağlı tutulmazlar. Değişen bu koşullar karşısında MK 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkanı hasıl olur. Sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü hallerde harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi, sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir. Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçlendirmesi durumunda “İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ” gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar. Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK md. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetsizlik çıkmışsa uyarılama yine yapılmalıdır. İşlem temelinin çöküşüne ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesinde kaynak olarak MK’nın 1, 2 ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (MK md. 1). Bu yöntemle sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denilir. Uyarılama daha çok ve önemli ölçüde uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur. Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan “irade özgürlüğü”, “sözleşme serbestisi” ve “sözleşmeye bağlılık” ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar. Sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai tali (ikinci derecede) yardımcı niteliktedir. Sözleşme kurulduktan sonra

ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Az yukarıdaki örneklenen olayda olduğu gibi. Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklendikleri edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir, beklenebilir, olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmemelidir. Uyarlama davalarına ilişkin ilkeler, uyarlama koşullarının var olup olmadığı araştırılmadan hüküm kurulmaz. Mahkemece yapılacak iş, resmi kurumlardan enflasyonun oran ve seyri araştırılmalı, bununla birlikte kiralananın kullanım sahası, nitelikleri, bulunduğu mevki, konumu, emsal kira paraları, sözleşmenin kurulduğu, davanın açıldığı tarih itibarıyla vergi ve amortisman giderleri, artış oranı ve diğer makul ve normal objektif etkenler yerinde uzman bilirkişiler aracılığıyla incelenmeli, böylece belirlenecek uygun durum baz kabul edilmeli, daha sonra hal ve şartların değişmesi nedeniyle kiracıya ne miktarda mükellefiyet yüklenebileceği tartışılmalı, kira parası tarafların amacına uygun objektif iyiniyet, hakkaniyet ve nesafet kurallarının elverdiği ölçüde ve düzeyde, aşırı olmayan, tahammül edilebilir bir seviyeye getirilmeli, sonuçta tüm dayanakları belirtilmiş, gerekçeli karar verilerek sözleşmedeki intibak boşluğu doldurulmalıdır. Mahkemece bu konuda herhangi bir bilirkişi incelemesi yapılmaksızın hüküm kurulmuştur. Oysa çözümü özel bir teknik bilgiyi gerektiren hallerde, bilirkişinin oy ve görüşünün alınması zorunludur. Zira bu olayda, uyarlama koşullarının var olup olmadığının saptanması, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenebilir nitelikte değildir. Borçlar hukukunda genel olarak sözleşmeye bağlılık ilkesi hakim ise de, olağanüstü nitelikte bulunan değişen hal ve şartların tarafların yüklendikleri edimler arasındaki dengeyi aşırı ölçüde ve açık şekilde bozmuş olması halinde hakimın sözleşmeye müdahale edebileceği ve böylece bozulmuş olan dengeyi düzeltebileceği kabul edilmiştir³⁴.

17-) İmar Kirliliği Suçu/Yorum

Belediye sınırları dışında (köy ve mezraların) yerleşik alanları içinde veya dışındaki binalar md. 184/1 ve 2 kapsamına girmezler.

4. fıkra da geçen “özel rejim” derken, örneğin Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu, Endüstri Bölgeleri kanunu, Serbest Bölgeler Kanunu, Teknoloji Bölgeleri Kanunu, Kıyı Kanunu, Kültür ve Ta-

34 3. HD. 30.5.2012, 8973/13817.

biat Varlıklarını Koruma Kanunu, İstanbul Boğaziçi Kanunu gibi Kanunların kapsamındaki yerler anlaşılmalıdır. Hemen belirtelim ki, Yasa, özel imar rejiminin tanımını yapmamıştır. Zorlama yorumlarla suç oluşturmak, çağdaş ceza siyasetiyle bağdaştırılamaz³⁵.

Yapı ruhsatı olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına izin vermek suçu (fıkra 2), ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi alanlarda işlenebilir; köy veya mezralarda işlenemez.

Md. 184/1 ve 2’de açıklanan suçlar belediyelerin mücavir alan kapsamındaki yerlerde işlenemez; çünkü bu maddede mücavir alandan söz edilmemektedir. Yorum yoluyla suç oluşturulamaz.

Md. 184/1’in muhatabı, yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişidir. Böylece sadece binayı inşa eden yüklenici, taşeron, usta veya kalfa değil; inşaatın sahibi de bu suçtan dolayı fail olarak sorumlu tutulacaktır. “Yüklenici”, “taşeron”, “usta” ve “kalfa” sözcükleri gerekçede geçmekte, kanun metninde yer almamaktadır. Bizzat kanun koyucu tarafından “yapan” kavramının ne anlama geldiğinin açıklanması gerekirdi. Bu kavramın yüklenici ve taşeronları kapsadığı tartışmasız ise de, hizmet sözleşmesiyle çalışan, yüklenicinin işçisi olan usta ve kalfaların “YAPAN” kabul edilerek cezalandırılması, maddenin düzenleniş gerekçesiyle bağdaşmamaktadır; aksi halde, ameleler de “yapan” olarak kabul edilerek cezalandırılabilirler. Zira, usta, kalfa ve işçiler inşa ettikleri binanın ruhsatı bulunup bulunmadığını ve inşaatın ruhsata uygun olup olmadığını bilebilecek durumda değildirler; bilmeleri gerekli de değildir; üstelik bilmeleri sonucu değiştirmemektedir; onlar çalışırlar ve ücretlerini almaya bakarlar; çoğu zaman da haklarını alamazlar. Uygulayıcının, yorum yoluyla suç ve suçlu yaratmaktan kaçınması gerekir. Yasa da adı geçmeyen işçilerin “yapan” görülerek cezalandırılmaları, “suç ve cezanın ancak kanunla konulacağına” ilişkin Anayasanın 38. Maddesine de uygun düşmeyecektir.

18-) İş Değişikliği veya Ek İşler Yapılması

Hangi işin ek iş olduğu, hangilerinin sözleşmenin konusuna girdiği, tarafların iradeleri yorumlanarak, işin niteliği ve dürüstlük kuralları ge-

35 4. CD. 15.6.2011, 6773/8408: “Özel imar rejimine tabi yerler; belirli bir idari sınıra bağlı kalınmaksızın, ekonomik, kültürel, doğal, ya da başka özellikleri gereğince ve kamu yararı nedeniyle İmar Kanunundan farklı bir şekilde veya tamamlayıcı ve koruyucu nitelikteki imar usul ve esaslarının özel bir Kanunla düzenlendiği yerleri anlatmaktadır. Bu nedenle özel imar rejimine tabi yerlerdeki ruhsatsız bina yapılması, yaptırılması eylemlerinin suç sayılması için belediye sınırları içinde olması değil, özel imar rejimine tabi bir yerde olup olmadığı ölçütü aranacaktır. Bu konunun da ilgili belediye veya valilikten sorularak saptanması gerekmektedir”.

reğince yapılan bir değerlendirmeye saptanmalıdır. Yüklenici yapılan işin ek iş olduğunu değil, iş sahibi ek iş olmadığını kanıtlamalıdır.

İş değişikliği ve ek iş yapılması zorunlu nedenlerden veya sözleşmecilerin anlaşması sonucu ya da yüklenicinin tek yanlı iradesiyle gerçekleşebilir.

Sözleşmede iş sahibine bu konuda yetki verilmemişse yüklenici, iş sahibinin iş değişikliği önerisini kural olarak benimsemek zorunda olmadığı gibi, iş sahibi de yüklenicinin iş değişikliği önerisini benimsemek zorunda değildir. Fakat yüklenici, zorunlu olmadığı halde iş değişikliğini benimsemişse veya sözleşme hükümleri gereğince iş sahibinin bu yönde bir yetkisi varsa, inşaat süresinin bu nedenlerle gerçekleşen iş değişikliğinden doğan gecikme oranında kendiliğinden uzayacağı benimsenmelidir³⁶.

19-) Ek Süre Verilmesi

İş sahibi, yükleniciyi direnime düşürdükten sonra, borcun ödenmesi için uygun bir süre verebilir veya bunun verilmesini yargıçtan isteyebilir. Bu süre içinde yüklenici edimini yerine getirmezse, iş sahibi TBK. md. 125'teki'teki seçimlik haklarından birini kullanabilir. Bu haklar aşağıda açıklanmış olup, kısaca şunlardır: 1) İş sahibi, her zaman ifayı ve gecikme nedeniyle tazminat isteyebilir. 2) Sözleşmenin yerine getirilmesinden ve gecikme nedeniyle tazminat istemekten vazgeçtiğini hemen bildirerek, olumlu zararını isteyebilir. 3) İş sahibi sözleşmeden dönebilir³⁷. Bu haklar arasında hukuksal sonuçları bakımından önemli farklar bulunduğundan, alacaklının hangi hakkı kullandığının anlaşılabilmesi gerekir. Bu ise birçok durumda alacaklının iradesinin yorumlanmasıyla olanaklıdır. İş sahibi açıkça sözleşmeden döndüğünü açıklamasına karşın bunun yanında gecikme cezası veya tazminatı istemişse, onun iradesi sözleşmeden dönme olarak değil, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın ödetilmesi olarak yorumlanabilecektir. Başka bir örnek, iş sahibinin sözleşmeden dönerken ceza koşulunu istemesidir: İş sahipleri hem sözleşmenin bozulmasını ve hem de sözleşmenin yürürlükte kalması anlamına gelen gecikme cezasını istemişse, onların gerçek arzu ve iradeleri yorumlanarak sonuca gidilmelidir.

36 Ayan, 123-124: "Tarafların anlaşmaları sonucu gerçekleşen iş değişikliği veya eksik iş yapılması nedeniyle oluşan gecikmeler, kural olarak iş sahibinin egemenlik alanına girdiğinden olağan inşaat süresini kendiliğinden uzatır. Yüklenicinin, iş sahibinin açık veya örtülü iznini almaksızın inşaat planını değiştirerek fazladan bağımsız bölüm yapması veya sözleşmede kararlaştırılardan daha kaliteli malzeme kullanarak işin yapımında gecikmeye neden olması durumunda, teslim süresinin uzamayacağı benimsenmelidir. Ancak, iş sahibinin bu fazla işlerin yapılmasını örtülü olarak benimsemesi durumunda, iş sahibinin bu değişikliklerin normal süreyi uzatacağını öngörmesi kaydıyla, inşaat süresinin uzayabileceği benimsenebilir".

37 İBK. 25.1.1984, 3/1.

20-) Çelişkili Talepler/Yorum

Sözleşme ileriye etkili olarak bozulmuşsa, yüklenici, kısmi ifanın bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden isteyebilecektir³⁸.

Davacı dava dilekçesinde hem sözleşmenin bozulmasını hem de ifaya izin (TBK. md. 113) ve olumlu zararlarının ödetilmesini istemişse, zarar kalemleri arasındaki çelişki onun gerçek arzu ve iradesi yorumlanarak giderilecek ve asıl amacın sözleşmenin bozulması değil inşaatın tamamlanması olduğu kabul edilmeyecektir³⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bozulduğunda, yüklenicinin yaptığı işin bedeli bozma (fesih) kararının kesinleştiği tarihe göre hesaplanacaktır. Yüklenici ancak yasal olan, ekonomik değeri bulunan, imar durumuna ve onaylanmış projesine uygun yapılan imalatın bedelini isteyebilecektir. İmar durumuna ve onaylanmış projesine aykırı inşaat, yasal duruma getirilemiyorsa veya yüklenici tarafından yasal duruma getirilmezse ekonomik değeri olmayacağından, yüklenici bu nitelikteki inşaatın bedelini hak kazanamayacaktır. Yüklenici, yasal olan veya yasal duruma getirilen imalatın bedelini, sözleşmenin feshine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihten başlayarak, TBK. md. 147/6 'daki beş yıllık zamanasını süresi içinde iş sahibinden isteyebilecektir⁴⁰.

21-) Sözleşmeden Dönme İradesi/Yorum

Sözleşmeden dönme iradesi (sözleşmeyi geriye etkili biçimde bozmak) açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir.

İş sahibi, direnime düşen yükleniciye edimini yerine getirmesi için uygun bir süre (son süre) vermesine karşın etkili olamamış ve sonuç alamamışsa (süre faydasız kalmışsa), ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönebilir. Dönme bildirimi son süre bildirimiyle birlikte yapılabilir. TBK. md. 124'teki'teki durumlar varsa (örneğin teslim süresi kesinse), yükleniciye sözleşmenin yerine getirilmesi için ayrıca bir süre tanınmasına veya uygun sürenin belirlenmesini yargıçtan istemeye gerek bulunmamaktadır. "Dönme bildirimi " her zaman açık olmayabilir; bazı çelişkili durumlarda sözleşmecinin sözleşmeden dönmeyi mi yoksa sözleşmenin ifasını mı istediği anlaşılmayabilir. Örneğin önce tapu iptal ve tescil, bir süre sonra da gecikme nedeniyle kira kaybına ilişkin dava açılmışsa, inşaatın ulaştığı tamamlanma oranı ve sözleşmecilerin yararları göz önünde bulundurularak sözleşmecilerin gerçek amaçları araştırılacak, bu örnekte daha sonra

38 15. HD. 9.12.2004, 7040/6389.

39 15. HD. 19.6.1996, 3158/3503.

40 15. HD. 16.10.2006, 6220/5874.

gecikme nedeniyle kira kaybının istenmesi sözleşmenin bozulması isteminden vazgeçme olarak yorumlanabilecektir⁴¹.

HGK. 10.2.2010, 38/69 tarih ve sayılı kararında bu konu şöyle değerlendirilmiştir: “Bir sözleşmenin sona erdirilme isteğinin karşı tarafa mutlaka “feshediyorum” gibi kelimelerle bildirilmesi gerekli olmayıp, fesih bildiriminin içeriğinden sona erdirme iradesi anlaşılıyorsa o fesih bildiriminin geçerli olduğu kabul edilmelidir.”

İş sahibi dönme bildirimi nde “dönme” veya bu anlama gelecek sözcükler kullanmış olsa bile, gerçek arzusunun ifa yerine olumlu zararının giderilmesi olduğunu yüklenici anlayacak durumda ise, sözleşmeden dönmeyip öbür seçimlik haklarını kullanmış sayılmalıdır.

Sözleşmeden açıkça dönülebileceği gibi, örtülü biçimde de dönülebilir: **Sözleşmeden örtülü olarak dönmeye örnekler verelim:**

- İş sahibi, “sözleşmeden dönmek”ten söz etmeden, edimini yerine getirmediği gerekçesiyle yüklenici adına kurulan tapu kayıtlarının iptali ile kendi adına tescilini istemişse, bu istemin içinde sözleşmeden dönmek iradesinin de bulunduğu kabul edilmelidir. Bu gibi durumlarda mahkemece, yüklenici adına kurulan tapu kaydının iptali ve iş sahibi adına tescili istemi değerlendirilirken, sözleşmeden dönmekle koşullarının oluşup oluşmadığı ve bunda tarafların kusurları bulunup bulunmadığı olgusu değerlendirilecektir⁴².
- Yüklenici işe devam etmeyeceğini bildirdikten sonra iş sahibi de sözleşmeden dönme iradesini bildirmiş olabilir.
- İnşaat devam ederken (ve henüz tamamlanmadan), yüklenici inşaat kullandığı malzeme bedelini istemiş olabilir.
- İş sahibinin, ödediği işin bedelini, edimini yerine getirmeyen yükleniciden istemesi sözleşmeden döndüğü biçiminde yorumlanmalıdır.

41 15. HD. 8.10.1998, 2263/3752: “Kural olarak, eser sözleşmesinin geçerliliği hiçbir biçime bağlı olmadığı için bu sözleşmeden dönmek isteyen taraf dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran sözleşmeden dönme hakkı, kendiliğinden sonuçlarını doğurur. Dönmekle haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında tartışılır. Eser sözleşmesinin bir türü olan “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri”, bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden, kamusal biçime bağlı tutulmuştur. Dolayısıyla, bu sözleşmeden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, yargıcın kararına gereksinimi vardır, yani mahkemede açacağı “sözleşmenin bozulması” davası sonunda, dönme kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce dönme isteyen haklı olup olmadığını tartışır, haklı ise sözleşmenin geriye etkili bozulmasına karar verir, yoksa davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar”.

42 15. HD. 1.3.2007, 8177/1291.

- Davacının açtığı davada muaraza ve elatmanın önlenmesini istemesi, sözleşmeden dönme iradesini de içerir.
- İş sahibinin, yükleniciyi, teknik adamlarını veya işçilerini işyerinden zorla çıkartması ve işyerine dönmelerine engel olması veya yüklenicinin inşaatın yapılmasında kullanacağı araç, gereç ve inşaat malzemesinin işyerine konulmasını, kurulmasını veya kullanılmasını önlemesi, dönme iradesini gösterir.
- Teslim süresi geçmiş olmasına karşın yüklenici haklı bir nedeni bulunmadığı halde edimini yerine getirmemiş ve iş sahibi de bu nedenle başka bir yüklenici ile sözleşme yapmışsa, bu, asıl/ilk sözleşmeden örtülü olarak döndüğü anlamına gelebilir.
- Arsa sahibinin, tapu kaydındaki (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi) şerhinin kaldırılmasını dava etmesi sözleşmeden döndüğü anlamına gelebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi nedeniyle yükleniciye devredilen veya yüklenici tarafından da üçüncü kişilere devredilen tapu paylarının iptali davası açılması durumunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi açıkça dava konusu yapılmassa dahi, arsa sahibi tarafından devredilen tapu payının iptali ve adına tescili istemi sözleşmenin feshini de içermektedir⁴³.

43 15. HD. 2.2.2011, 5831/495; 15. HD. 5.10.1987, 4079/3415: “Taraflar arasında karşılıklı edimleri içeren ve üstün yönü ile eser sözleşmesi niteliğinde bulunan geçerli ve tarafları bağlayıcı karma bir akit düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin 5. maddesinde inşaatın tatbikak projeleri ile diğer plan ve projelerin tutanının davacı yüklenici tarafından yapılacağı ve belediyeye tasdik ettirileceği öngörülmüş, 7. maddesinde ise S.S. Kurumu’na ait prim ve beyannamelerin davacı tarafından verileceği kabul edilmiştir. Gerek bu işleri yerine getirmek, gerekse arsanın inşaat durumunu tesbit etmek; yıkım ve inşaat ruhsatı almak, mahalli belediye ve Şube Müdürlükleri, imar harita, fen kurulu, elektrik ve sular idaresi, havagazı ve telefon şirketleri, özel idare, vergi daireleri, S.S. Kurumu gibi ilgili makam ve mercilerde olan bilcümle işlemleri takip ve intaç etmek, depozitolarını yatırmak, işin fenni sorumlusu kişilerle sözleşme yapmak, kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurmak üzere kendisine 9.1.1984 tarih, ve 768 sayılı bir vekaletname verilmiştir. Görülüyor ki bu işlerin önemli bir bölümü inşaatla başlanabilmesi için yüklenici tarafından yapılması zorunlu işlemlerdendir. Davalı iş sahibi (bu kerre gördüğüm lüzum üzerine) diyerek ve başka sebep göstermeden 22.5.1984 tarih ve 10466 sayılı ihtarla davacıyı vekaletten azlettiğini bildirmiş, davacının 29.5.1984 ve 23.10.1984 tarihli ihtarlarını da cevapsız bırakmıştır. Davalı iş sahibinin bu tutum ve davranışı, akdi fillen ve hukuken fesih ettiği anlamındadır. Diğer bir deyimle, davalı iş sahibi, eser sözleşmesinin geçerli ve kendisini bağlayıcı olmasına rağmen tek taraflı olarak inşaatı davacıya yaptırmamak kararında olduğunu açık seçik ortaya koymuştur. Çünkü inşaatın yürütülebilmesi ve özellikle hazırlık çalışmalarına başlanabilmesi için işin başında kararlaştırıldığı şekle uyması, haklı bir neden olmadığı halde davacıyı vekaletten azletmemesi ya da kendisine gönderilen ihtarlara vekaleten yürütülmesi gereken işlemleri bizzat yapacağını veya

22-) Dürüstlük Kuralı/Yorum

Dürüstlük kuralı, alacaklıyı ve borçluyu birlikte borç altında tutan ve her ikisine karşılıklı olarak dürüst davranışlar içinde kalmayı yükleyen “âmir hüküm”dür.

Yasanın tanıdığı bir hakkın kötüye kullanılmış olup olmadığını belirlemek için dürüstlük kuralına başvurulduğu gibi, bazı haklarda hakkın kapsamını belirmemek için bu hakkı saptayan kanun hükmünün yorumlanmasında da dürüstlük kuralına başvurmak gerekebilir. Yorumla anlamı saptanan yasa kuralının uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı, böyle bir kuralın uygulanmasını istemenin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı durumlarda, yargıcın, söz konusu kuralı uygulamaması ve bu yüzden ortaya çıkan örtülü boşluğu doldurması gerekir⁴⁴.

Dürüstlük kuralının yasa ve sözleşmeleri yorumlayıcı ve tamamlayıcı, hakkın kötüye kullanılması yasağının ise düzeltici ve değiştirici bir işleve sahip ise de bu iki kural arasında kesin bir sınır çizme olanağı bulunmamaktadır. Bu iki kural o denli iç içe geçmiştir ki, hakkın kötüye kullanılması yasağını, dürüstlük kuralının bir uygulamasından ibaret saymak gerekmiştir.

Dürüstlük kuralı, bir hakkın yasadan, sözleşmeden veya başka hukuki ilişkiden doğması arasında fark gözetilmeksizin, ortaya çıkan hakların kullanılmasına ve hukuksal ilişkilerden bir borç doğmuşsa, söz konusu borçların yerine getirilmesinde kendisini gösterecektir. TMK. 2/I, hak ve borç sahipleriyle ilgili borç içerir. TMK. md. 2/II’de ise, kişiye tanınan hakların açık bir biçimde kötüye kullanılması durumunda, bu kötüye kullanmanın hukuk düzeni tarafından korunmayacağı ve yargıcın bu durumu bir yaptırıma bağlayacağı anlatılmıştır. Başka bir anlatımla, ilk fıkra “dürüst davranmayı” buyurmakta, ikinci fıkra ise dürüst olmayan davranışları yasaklamaktadır. TMK. md. 2 ayrıntılı olarak dürüstlük kurallarının nelerden oluştuğunu ve hangi durumlarda bir hakkın açıkça kötüye kullanıldığı konusunda somut ölçütler koymamış ve dürüstlük kuralına aykırı sayılabilecek somut davranış tespitleri yapmamıştır. Yasa koyucu genel, fakat buyurucu bir kural ortaya koymuş ve bu kuralın somutlaştırılmasını yargı makamlarına, dolayısıyla uygulamaya bırakmıştır. TMK. md.

yapmaya hazır olduğunu davacıya cevaben bildirmesi gerekirdi, Davalının buradaki tutumunun sadece temerrüde düşmek şeklinde değil, akitten dönme olarak kabulü, somut olayın özelliğine ve amaçlanan duruma daha uygun düşer. Böyle olunca olayda uygulanması gereken yasa hükmü TBK’nın 123-125 maddeleri olmayıp, aynı Kanunun 484. madde hükmü olmalıdır”.

44 HGK. 13.7.2011, 410/511; Oğuzman/Barlas, 181-182.

2/II'de öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağının koşulları vardır. Öncelikle ortada bir hak bulunmalı ve sonuçta hakkın kötüye kullanılmasının bir başkasını zarara uğratmış olması gerekmektedir⁴⁵.

Dürüst davranışın ölçüsünü anlayabilmek için, hukuki ilişkiye taraf olan kimselerin, bunu başlatırken taşıdıkları amacın belirlenmesi gerekir.

Dürüstlük kuralı, tarafların haklarını hedef aldığı ve borçlar meydana getirdiği halde, işlevi yasa kurallarını ve sözleşmeyi yorumlamak ve tamamlamakla sınırlı olduğu için, doğrudan seslendiği ve muhatap aldığı yargıca yasa kuralını düzeltme yetkisi veya tarafların iradelerine müdahale etme olanağı vermemektedir. Yasalardaki boşluğu doldurmak söz konusu olmayıp, yasanın neden olduğu sonuca düzeltme getirmektedir. Yargıç, yasa kurallarını tamamlarken ve yorumlarken boşlukları da belirlediğinden, yasa koyucu tarafından düzeltilmesine olanak yaratmaktadır⁴⁶.

Doğruluk kuralları, ikincil (tali) nitelikte olduğundan, öncelikle soruna ilişkin yasa kuralları uygulanacak; uygulanan yasa kurallarının adalete aykırı sonuçlara neden olduğu ayrıkçı durumlarda ise TMK. md 2 uygulanacaktır.

Dürüstlük kuralının işlevi:

- Tarafların yükümlülüklerini belirleyip somutlaştırmak.
- Sözleşmeyi tamamlamak.
- Her hakkın içerdiği sınırı çizmek.
- Çöken borç ilişkisi temelini yeni durumlara uyarlayarak gerekli düzeltmeleri yapmak.
- Sözleşmeyi yorumlamak⁴⁷.

45 HGK. 2.10.2012, 759/765; Şen, Ersan, Hukuka Giriş, Der Yayınları, İstanbul 2004, sf. 56-58; Akıntürk, 89. "Dürüstlük kuralı herhangi bir makam tarafından konulmuş olan yazılı kurallara değildir. Bunlar, "toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekâlı kişilerin ahlâk, dürüstlük ve karşılıklı güven esaslarına uygun sürekli davranışları sonucunda oluşan ve toplum tarafından da toplumun yararlarına ve işi yaşamı gereklerine uygun görülerek benimsenen kuralların tümüdür. Öyleyse, bir hak sahibi hakkını kullanırken veya bir borçlu borcunu yerine getirirken acaba dürüstlük kurallarına uygun hareket etmiş midir, etmemiş midir sorunu yanıtarken bakacağız: Eğer bu kişiler, namuslu, dürüst, güvenilir, orta zekâlı ve aklı başında bir kimse gibi davranmışlarsa dürüstlük kuralına uygun hareket etmişlerdir denilecektir. Aksi takdirde ise, bu kişilerin haklarını iyi kullanmadıkları sonucuna varacağız".

46 İnal, 158 vd.

47 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, sf. 18.

Sözleşmenin tamamlanması, kararlaştırılan soruna çözüm olabilecek bir hükmün bulunmaması durumunda söz konusu olur. Sözleşmenin tamamlanması için öncelikle sözleşmenin içeriğinin saptanması gerekir. Sözleşmenin içeriği, tarafların koyduğu sözleşmeye özgü kurallardır; sözleşmenin içeriğine her şeyden önce karşılıklı haklar ve borçlar girer. Yargıç sözleşme boşluğunu tamamlarken, yasa koyucu gibi hareket etmeyecek, benzer olaylara da uygulanabilecek soyut ve genel bir hüküm koymaya çalışmayacak, sadece söz konusu sözleşme boşluğunu tamamlayacaktır. Sözleşmenin yorumunda taraflarca kararlaştırılmış bir hüküm vardır, ama taraflar bu hükmün anlamı üzerinde uyuşmamaktadırlar. Yargıç tarafların gerçek veya farazi ortak iradelerini araştırarak söz konusu hükmün anlamını tespit etmeye çalışacaktır⁴⁸.

MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve aşırıya kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür.

Yargıca verilen olanaklar, hiçbir biçimde, hukuk düzenini tahrip etmeye yönelik olmayacaktır.

23-) Ceza Koşulu/Yorum

Cayma tazminatının söz konusu olduğu durumlarda, sözleşmeden cayma hakkı sözleşmenin her iki tarafına tanınmıştır. Sözleşmeden dönen taraf cayma tazminatını veren ise, bu miktarı kaybettiği halde, sözleşmeden diğer taraf cayarsa cayma tazminatının iki katını ödemekle yükümlü olur. Dönme cezasında böyle bir düzenleme yoktur.

Sözleşmede kararlaştırılan tazminatın cayma tazminatı mı yoksa dönme cezası mı olduğu konusunda tereddüt doğarsa, ceza koşulundan yana yorum yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁹.

Sözleşmede maktu olarak kararlaştırılmış kira tazminatı ceza koşulu olmadığından, kira tazminatı için teslim sırasında ön koşul ileri sürülmesine gerek yoktur⁵⁰.

Yükleniciyi direnime düşürmek için ihtar yapılmamış olsa bile, teslim gününün geçirilmesiyle ceza işlemeye başlayacaktır.

Gecikme cezası için faiz istenmektaysa ve borçlu direnime düşürülme-

48 Dursun, Sanem Aksoy, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, XII Levha Yayınları, İstanbul 2008, sf. 17 vd.

49 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 552 vd; Kılıçoğlu, 581.

50 Oğuzman/Öz, 879; Kılıçoğlu, 579; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 351.

mişse, faizin dava tarihinden başlatılması gerekir⁵¹.

İnşaat %95 oranında tamamlanmış bu nedenle sözleşme ileriye etkili olarak bozulmuşsa, gecikme cezası istenebilir⁵².

Sözleşmede açık bir düzenleme bulunmadıkça, sırf işin niteliğine bakarak veya tarafların istek ve iradelerini yorumlayarak ceza koşulu istemi kabul edilmeyecektir. Ancak, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda yüklenicinin verdiği kesin teminatın irat kaydedileceğine ilişkin sözleşme hükmü, ceza koşulu niteliğindedir.

Sözleşmede yer alan bir kaydın ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğunun belirlenmesinde, taraflarca yapılan nitelendirme tek başına yeterli değildir. Zira tecrübeler, sözleşmelerde yer alan bu tür nitelendirmelerin, her zaman tarafların gerçek amacını yansıtmadığını göstermektedir. Bu bakımdan, burada tarafların sözleşmeyi yaparken taşıdıkları gerçek amacın ne olduğu araştırılmalıdır. Tarafların gerçek amaçları araştırılırken, onların irade açıklamaları güven ilkesine göre yorumlanmalı ve sözleşmenin sözü ile başka durum ve koşullar göz önünde bulundurulmalıdır. Zira götürü tazminat niteliği bakımından bir tazminat olduğundan, ceza koşuluna ilişkin kuralların, kıyas yoluyla dahi, götürü tazminata uygulanması olanaklı değildir. Götürü tazminatla ilgili bir sorunla karşılaşıldığında, tazminat hukukuna ilişkin kurallardan yararlanılmalıdır. Örneğin kararlaştırılan götürü tazminat miktarının meydana gelen zarara oranla yüksek olması durumunda, bunun indirilmesi için, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin kurallara değil, tazminata ilişkin kurallara başvurulması gerekir⁵³.

24-) Genel İşlem Koşulları/Yorum

Genel işlem koşulları, karşılıklı anlaşma yoluyla değil, yapılan yolla-
madan ötürü esas sözleşmenin kapsamında sayılırlar. Genel işlem ko-
şullarında yer alan kayıtların geçerliliğine ilişkin aşağıdaki bilgilere yer
verilmelidir:

A. Genel işlem koşullarında yer alan kayıtlar, yasanın buyurucu kural-
larına, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı bulunması duru-
munda geçersiz olacaktır.

51 15. HD. 26.6.2002, 1197/3484.

52 15. HD. 30.1.2002, 4235/409.

53 Kocağa, Köksal, İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır? TBB Dergisi, sayı 74, 2008, sf. 149 vd.

B. Genel işlem koşullarında yer alan ve girişimcinin kasıt veya ağır ihmaldinden sorumlu bulunmayacağına ilişkin kayıt, TBK. md. 115/1 gereğince geçersiz olacaktır.

C. Genel işlem koşullarında yer alan bir kayıt açık ve anlaşılır değilse, birden çok anlama geliyorsa, bunu hazırlayan girişimcinin aleyhine yorumlanacaktır.

D. Genel işlem koşullarında yer alan, durum ve koşullara ve özellikle sözleşmenin dış görünüşüne göre karşı sözleşmenin tahmin edemeyeceği kadar alışılmamış olan hükümler, sözleşmenin ayrılmaz parçası durumuna gelmeyecektir.

E. Genel işlem koşullarındaki kayıtlar, karşı sözleşeni, dürüstlük ve güven hükümlerine aykırı olarak uygunsuz biçimde zarara uğratiyorsa geçersizdir. Bir kayıt, kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temel düşüncesi ile uyumuyorsa veya sözleşmenin kapsamından ortaya çıkan temel hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye sokacak ölçüde sınırlamışsa, kuşku halinde uygunsuz biçimde zarara uğrandığı kabul edilecektir.

F. Yargıç, TMK. md. 2'den yararlanarak, bireysel sözleşmede yer alıyordı geçerliliğine itiraz edilemeyecek olan sorumsuzluk kaydını, genel işlem koşullarında yer aldığı için geçersiz sayabilecektir⁵⁴.

25-) Satım Sözleşmesinde Bozukluk Nedeniyle Sorumluluk Kurallarının Kaldırılması/Yorum

TBK. md. 221'in temel amacı, satıcının, sadakat yükümüne aykırı olarak alıcı nezdinde satılanın nitelikleri konusunda yanlış bir görünüm yaratmasını ve alıcının yanlış tasavvurlarından yararlanarak sorumsuzluk kaydına onu razı etmesini önlemektir. Bozukluk nedeniyle sorumluluktan doğan sorumluluk, bozukluğun ağır kusurla gizlenmesi durumu dışında sınırlanabilir, giderek tüümüyle kaldırılabilir. Çünkü, yasanın bozukluk nedeniyle sorumluluk kuralları buyurucu nitelikte değildir. Sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran kayıtların kapsamı taraf iradelerinin, güven ilkesine ve somut koşullara göre yorumlanarak belirlenir. Bunun sonucu olarak, sözleşmede bozukluk nedeniyle sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran kaydın, sözleşmede açıkça yer almış olması ve bunun taraflarca gerçekten istenmiş olması gerekir. Bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği ise, somut olayın özellikleri ile tarafların davranışları göz önünde tutularak dürüstlük kurallarına göre incelenmelidir. Bu incelemede,

⁵⁴ Başalp, 319; Karahasan, 275-278.

tarafların karşılıklı açıklamalarını hangi anlamda yorumlayabilecekleri incelenmeli, şüphe halinde kayıtlar dar ve alıcı yararına yorumlanmalıdır. Çünkü, dürüstlük kurallarına göre, satıcının herhangi bir garanti borcu altına girmediğini kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde açıkça söylemesi gerekir. Tek taraflı irade beyanı yeterli değildir. Bu konudaki irade beyanı ise açık veya örtülü olabilir; ancak, taşınmaz satışında sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan kayıtların yazılı olarak resmi senette yer alması gerekir⁵⁵.

Satıcının herhangi bir tarzda gerçekleştirdiği kusuru, onun sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli olacaktır. Satıcının, satılanın bozuk/kusurlu olduğunu bildiği veya meslekten satıcı ya da imalatçı olmasıyla satılanın kusurunu bilmesi gerektiği durumlarda, kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Buradaki kusur, TBK. md. 114 hükümleri çerçevesinde sözleşme dışı sorumluluğu düzenleyen kurallara göre belirlenecektir. Satıcı, satılanın bozuk olduğunu bildiği ya da meslekten satıcı veya imalatçı olması nedeniyle bilmesi gerektiği durumlarda, satılanın kusurlarından sorumlu olmadığını geçerli bir biçimde kararlaştıramayacaktır. Zaten sözleşmeyle ilgili sorumlulukta borçlu, TBK. md. 115/T'e göre, sadece hafif kusurundan sorumlu olmayacağını sözleşme konusu yapabilmektedir. Öyleyse TBK. md. 229/son'un uygulanmasında da aynı esaslar göz önünde tutulacaktır⁵⁶.

26-) Haksız Koşul/Yorum

Haksız koşul; tüketiciyle görüşme yapmadan sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşullarıdır.

Tüketiciyle bağtlanan sözleşmelerde yer alan haksız koşullar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız koşullar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

Bir sözleşme koşulu önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme koşulunun tüketiciyle görüşme yapılmadığı kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart koşulun münferiden müzakere edildiğini öne sürüyorsa, bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak de-

55 Uçar, 225; Başalp, 350 vd.

56 Yavuz, 150.

ğerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir koşulun belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün görüşülmüş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

Sözleşme koşullarının yazılı olması durumunda, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi durumunda; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.

Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır.

27-) Dönme Hakkının Kullanılma Yöntemi/Yorum

İş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını tek yanlı ve varması gereken bir irade açıklamasıyla kullanır. Dönme bildirimi açıkça yapılabileceği gibi, üstü kapalı bir biçimde de yapılabilir. İş sahibinin eseri kullanmadan geri göndermesi, ödediği ücreti istemesi veya vadesi gelmiş ücretini ödememesi durumlarında sözleşmeden örtülü olarak döndüğü kabul edilebilir. İş sahibi, dönme bildirimi ni kendi açtığı davada belirtebileceği gibi, yüklenicinin açtığı davada itiraz olarak öne sürebilir. Bu nedenle eser sözleşmesinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için iş sahibinin ayrı bir dava açmasına gerek olmayıp, tek taraflı varması gerekli irade beyanı yeterlidir⁵⁷.

Dönme iradesi yorumlanırken, yalnızca sözlere bakılmamalı, onun gerçek amacının ne olduğu incelenmelidir. Örneğin iş sahibinin eksik iş bedelini ve ifaya ekli cezayı istemesini, sözleşmeden dönmeyi istemediği, yüklenicinin direnime düşmesi nedeniyle işten el çekmesini sağlamayı ve eksikleri onun adına tamamlamayı amaçladığı biçiminde anlamak gerekir.

Dönme bildirimi kural olarak şekle bağlı değildir. Türk Ticaret Kanunu md. 18/III tacirler arasındaki sözleşmeden dönme, fesih veya öbür tarafı direnime düşürmek için yapılacak bildirimlerin noterden veya telgrafla yapılmasını öngördüğünden ve bunu geçerlik koşulu saydığından, iş sahibi tacir ise, dönme bildirimi ni bu biçim koşuluna uygun olarak düzenleyecek ve ulaştıracaktır.

Dönme bildirimi , tek yanlı olarak geri alınamaz. Dönülen sözleşme

⁵⁷ Ergezen, 95; Turanboy, 167.

tarafların yeniden anlaşmasıyla canlandırılmadıkça, dönme hakkının kullanılmasıyla artık ücret indirimi, eserin onarım ve düzeltimi istenemeyecektir.

28-) Zamanaşımı/Yorum

Yasa, zamanaşımını kesen nedenleri göstermiştir:

A. Borçlu borcunu tanırsa, özellikle faiz veya borcuna sayışılmak üzere bir miktar para ya da teminat veya kefil verirse,

B. Alacaklı, dava veya savunma olarak mahkemeye veya hakeme başvurma ya da icra takibinde bulunma veya iflas masasına katılma yoluyla hakkını isterse,

zamanaşımı kesilir (TBK. md. 154).

Borç ikrarının zamanaşımını kesebilmesi için bazı özelliklere sahip olması gerekir:

1. Borçlunun eylem yeteneğine ve malları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir.

2. Borç ikrarı “kesin kabul” anlamını içermelidir. Borçlu borç miktarını kabul etmemekle birlikte borcun varlığını kabul edebilir. Borç ikrarının bulunup bulunmadığı, sonuçlandırıcı vakılardan anlaşılabilir. Belirsiz, temenni ve yorum niteliğindeki açıklamalar ikrar kabul edilemez. Kesin ve sonuçlandırıcı vakıa bulunmamakla birlikte, ikrarı içeren irade beyanını gösteren belgeler alacağın varlığını ve borcun devam ettiğini doğrulamış olabilir. Kesinliğe bu kadar yakın ve doğrulanmış ikrarın dışında, “örtülü ikrar” zamanaşımını kesmeyecektir.

Sözleşmeyle değiştirilemez: İş sahibinin bozukluk nedeniyle sorumluluktan doğan haklarını ileri sürmesini hakkaniyete aykırı biçimde güçleştiren veya pratik bakımdan olanaksız duruma getiren süre kısaltmaları caiz sayılmamalıdır. Sözleşmede yasal zamanaşımı süresinden uzun bir garanti süresinin tanınması, zamanaşımı süresinin de o kadar uzatılması veya garanti süresi dolunca başlaması anlamını taşıyabilir; şüphe halinde yüklenici yararına olan yorum tercih edilmelidir⁵⁸.

29-) Faiz Alacağının Fer’iliği/Yorum

TBK. md. 131 uyarınca, son fıkrada belirtilen taşınmaz rehni, kıymetli evrak ve konkordatoya ilişkin özel kurallar dışında, asıl borç ödemeye veya başka biçimde sona ererse kural olarak kefalet, rehin ve öbür fer’i

58 Tandoğan, II, 227.

haklar da sona ermektedir. Fer'i haklar, borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkının bir kısmı, bir parçası değildir. Asıl borca bağlı olup, asıl borç mevcut ve geçerli olduğu sürece geçerlidirler ve asıl alacak ile birlikte doğar; varlığını sürdürür, onunla birlikte sona ererler. Fer'i hakların en önemlilerinden biri de faizdir.

TBK. md. 131/II'ye göre, önceden işleyen faizleri isteme hakkının saklı tutulduğu (önkoşul) veya saklı tutulduğunun durum ve koşullardan çıkartılması kaydıyla, ödenmemiş faizlerin istenebilme hakkı ortadan kalkmamakta, asıl borç ödemeyle veya başka bir yolla son bulmuş olsa bile, borcun fer'isi olan faiz varlığını sürdürmekte ve alacaklı bunları isteme hakkını yitirmemektedir.

Önkoşul, alacaklının borçluya yönelttiği bir irade bildirimiyle yapılır. Bu bildirim ödemeden önce ya da en geç ödemenin ardından hemen yapılmalıdır. Önkoşul ileri sürülmezse ilişkin olduğu hakkın düşmüş sayılması, o hakkın örtülü olarak vazgeçilmiş olması kuralına dayanır.

İşlemiş faizleri isteme hakkının saklı tutulduğuna ilişkin bildirimle ilgili olarak yasada bir şekil öngörülmemiştir. Asıl borç son bulmasına karşın alacaklı, bu hakkını saklı tuttuğunu veya durumun koşullarından bunun anlaşılması gerektiğini kanıtlarsa işlemiş faizle ilgili alacak hakkı son bulmayacaktır.

Burada önemli olan yön, alacaklının hangi eylem ve işlemlerinin, bu hakkı kullanmak istediği biçiminde yorumlanması gerektiğidir. Anlatılmak istenen konu, somut olayın niteliğinin, para borcunun son bulmasına karşılık, işlemiş faiz borcunun sürmesini gerektirmesidir. Alacaklı açıkça önkoşul öne sürmese de, yaptığı eylem ve işlemlerinden bu hakkını kullanmak istediği sonucu çıkarılabiliyorsa, artık bu hakkın saklı tutulduğunun kabulü gerekecektir. Alacaklının, asıl borç konusu para alacağını alırken, işlemiş faizleri isteme hakkını saklı tuttuğunu bildirmediği veya bu durum "hal ve koşullardan çıkarılmadığı" takdirde ise, asıl borç son bulmakla, faiz alacağı da son bulacaktır⁵⁹.

30-) Kefillik/Yorum

İnşaat sözleşmesinin bir "işgörme sözleşmesi" olduğu ve yüklenicinin adı, uzmanlık ve deneyimi iş sahibi için önemli ve tercih nedeni olduğu için, kefillik, eserin sözleşmeye veya imar mevzuatına aykırı davranılması durumunda, yüklenicinin adına ve hesabına eksiklik, aykırılık ve bozukluğu gidermeyi kapsayamaz. Kefillik, olsa olsa, iş sahibinin bozukluk, aykırılık ve eksiklikten doğan zararlarının para olarak ödenmesine ilişkin olabilir. "Kefilin sorumlu olacağı miktarın yazılı olarak belirtilme-

59 HGK. 2.2.2005, 771/24.

si gerekir. Bu nedenledir ki, yüklenicinin inşaatı zamanında ve kusursuz olarak bitireceğine kefil olan kişinin bu sıfatı ile sözleşme altını imzalaması durumunda kefalet geçerli olmaz. Zira yüklenicinin bu borçlarını ihlal etmesi üzerine ne miktara kadar iş sahibi zararına kefil olduğu yazılmamıştır. Sözleşmede yüklenicinin alacağı toplam bedel yazılmış olsa bile, bu kefalet miktarı olarak yorumlanamaz. Zira bu bedel kefil olunan edim borcu değildir. Ancak iş sahibinin borcuna kefil olunmuş ise inşaat bedeli yorumla kefil olunan üst sınır sayılarak kefalet ayakta tutulabilir. Sözleşmenin altını imzalayan kefilin hangi tarafa kefil olduğu belirsiz ise, bu konu her türlü kanıtla kanıtlanabilecek bir ön kanıtlama sorunu olacaktır⁶⁰.

31-) Kamu İhale Sözleşmeleri Uygulamasında Teminat/Yorum

Teminatın türü, miktarı, teminat araçları yasada açıkça gösterildiğinden yorum yoluyla bunların dışına çıkılamayacağı gibi, teminatın iadesi gereken durumlarda iade edilmeyip irat kaydedilmesi veya irat kaydedilmesi gereken bir teminatın irat kaydedilmeyip geri verilmesi yoluna da gidilemeyecektir. İdarenin takdir hakkı, teminatın geri verilmesi veya irat kaydedilmesine ilişkin koşulların yasa ve sözleşme hükümleri çerçevesinde gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmekle sınırlıdır. Örneğin yüklenicinin edimini yerine getirip getirmediğini değerlendirmede takdir hakkını kullanabilen idarenin, edimin yerine getirilmediğini saptaması durumunda teminatın geri verilmesi/irat kaydedilmemesi konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, idare, edimin sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmemesinde zarar doğmadığını öne sürerek, teminatı geri veremez. Çünkü Yasa, belli durumların gerçekleşmesini zarar olarak kabul etmiş ve bunu aldığı veya alacağı teminatla gidermeyi düşünmüştür. İdarenin koşulları oluşmuş teminat hükümlerine titizlikle riayet etmesi gerekir; aksi halde cezai ve hukuksal sorumluluk doğabilir.

Kamu yapım sözleşmesinin bozulması nedeniyle idare bir zarara uğramış ise, bu zarar yüklenicinin borcu sayılacaktır. İdarenin zararı irat kaydedilen teminat tutarına mahsup edilmeyecektir⁶¹.

60 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 21.

61 15. HD. 29.11.2010, 6102/6517: “Taraflar arasında kesin hesap çıkarılmamışsa çıkan uyuşmazlık nedeniyle iş yargıya intikal ettiğinde kesin hesabın mahkemece çıkarılması gerekmektedir. Taraflar arasında kesin hesabın çıkarılmamış ve onaylanmamış olması işin yargıya intikali nedeniyle teminatın iadesine engel teşkil etmemektedir. Teminat kesintilerinin iadesi, teminatın çözülmesine bağlı kılınmış ise de geçici ve kesin kabul işlemlerinin yapıp yapılmadığı, kesin hesabın çıkarılıp çıkarılmadığı, davalının teminatının çözülüp çözülmediği araştırılmalıdır”.

Teminatın irat kaydedilmesi gibi yükleniciye ağır yük getiren konular değerlendirilirken, yasada açık hüküm bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Yasada açık hüküm yoksa, benzetme yoluyla teminatların irat kaydedilmesi yönüne gidilmeyecektir.

Edim yüklenici tarafından yerine getirilmiş ise, iş sahibinin teminatı elinde tutması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılacaktır⁶².

Yasada hüküm bulunan durumlarda da kanun maddesinin özü anlaşılmaya çalışılmalıdır. Örneğin edimini büyük oranda yerine getiren yüklenicinin ağır kusuru olmadığı halde geriye kalan işleri herhangi bir nedenle tamamlayamaması durumunda, teminatın irat kaydedilmesi, sözleşme adaletiyle bağdaşmayacaktır.

32-) Sözleşmenin Ücret Artışını Yasaklaması/Yorum

Sözleşmeciler, yüklenicinin olağanüstü durumlara dayanan sözleşmeyi bozma veya ücret artırımı isteme hakkını yasaklayabilir. Başka bir anlatımla, sözleşmeciler TBK. md. 480/II'ye aykırı sözleşme yapabilirler. Örneğin olağanüstü durumlar dolayısıyla malzeme fiyatları aşırı derecede artsa bile bir artırma isteminde bulunulamayacağı genel olarak şart edilebilir yahut bazı rizikolar özel olarak sayılarak (örneğin grev, devalüasyon gibi) bunların gerçekleşmesi durumunda ücretin arttırılamayacağı kararlaştırılabilir ya da TBK. md. 480/II'nin uygulanması yalnız ayrı ayrı belirtilen bazı önlenemez/öngörülemez nedenlerin (mücbir sebeplerin) ortaya çıkması durumlarına hasredilebilir; belli durumlardaki ücret veya fiyat artışlarının hangi oranı bulunca yüklenicinin ücretine yansıyacağı ve ne oranda yansıyacağı da önceden sözleşmede öngörülebilir. Bu gibi kayıtlar dar yorumlanmalıdır⁶³.

Yüklenici TBK. md. 480/II'den kaynaklanan haklardan feragat edebilir. Sözleşmecilerin sözleşmede “değiştirilemez fiyatlar” veya “sabit fiyatlar” gibi deyimler kullanmış olmaları böyle bir feragatin kabulü için yeterli sayılmamalıdır. Yine, belli bazı durumlar için pahalılık zammı yapılabilen sözleşmede açıkça kabul edilmiş olmasından başka durumlar için md. 480/II'den vazgeçildiği anlamı çıkarılmamalıdır⁶⁴.

62 15. HD. 5.6.2008, 2557/3724; 15. HD. 9.7.2012, 4306/5195.

63 Tandoğan, II, 348-349; Güleç, 162-163; Arat, 127-128: “Sözleşme hükmünün TBK. md. 26 ve 27'ye aykırı olmaması gerekir. Örneğin bir taraf için baştan konulan, koşulların değişmesi durumunda uyarlama isteminde bulunulamayacağı yolundaki hüküm, kişilik haklarına aykırıdır. Sözleşmedeki uyarlama kaydı olumsuz nitelikte de olabilir. Örneğin sözleşmenin her durumda yerine getirileceğine ilişkin kayıt veya beklenmedik bir olay ortaya çıksa bile sözleşmenin sona ereceğine ilişkin kayıt bu nitelikte olup, bu tür kayıtların konulması olanaklıdır. Değişen koşullar ve bunların sonuçlarına ilişkin kayıtlar sözleşme ile konulabileceği gibi daha sonra da konulabilir”.

64 Tandoğan, II, 249.

33-) Sözleşmeye Göre Paylaşım/Yorum

Sözleşmede paylaşım ilke ve ölçüleri gösterilmiş olabilir:

- Sözleşmecilerin her birine veya yalnızca birine kalacak bağımsız bölümler sayı ve kapı numarası gösterilerek belirtilmiş olabilir.
- Sözleşme arsa sahibine <hak ettiği bağımsız bölüm sayısını belirttikten sonra> yapıda istediği bağımsız bölümü seçme hakkı verebilir. Bu gibi durumlarda, yapı tamamlandıktan sonra yüklenicinin arsa sahiplerini “seçme hakkını” kullanmaya davet etmesi ve bunun için uygun süre vermesi gerekir. Arsa sahiplerinin seçme hakkını uygun zamanda kullanmaması durumunda, yüklenicinin, arsa sahiplerine kendiliğinden veya kura yoluyla bağımsız bölüm ayırma yerine, sorunu mahkemeye taşıması daha iyi olacaktır.
- Sözleşme, paylaşımı bağımsız bölüm bazında değil, yüzde üzerinden öngörebilir. Örneğin %40 arsa sahibine, %60 yükleniciye kalacağı kararlaştırılabilir. %40’a karşılık gelen bağımsız bölümlerin sayı ve yerleri belirtilmemişse, tarafların bağımsız bölümlerinin sayı, kat, cephe veya nitelik (mesken veya işyeri) bakımından çıkabilecek sorunların somut olayın özelliği, örf ve adet, dürüstlük kuralları ve sözleşme adaleti ilkeleri dikkate alınarak çözümlenmesi gerekir.
- Sözleşmedeki kapalı noktaların yorumu da önemlidir. Örneğin sözleşme 560 m² olan arsanın özellik ve sorunları üzerinde durmamış, buna göre arsa sahiplerine 3, yükleniciye 7 bağımsız bölüm verilmesini öngörmüş olabilir. Sözleşmeden sonra durum incelendiğinde 196 m²’nin düzenleme ortaklık payına ayrıldığı, geriye 364 m² kaldığı anlaşılır. Yüklenici düzenleme ortaklık payını belediyeden satın almıştır. Arsa sahipleri, arsanın net 364 m² olduğunu düşünerek sözleşmedeki paylaşım razı oluklarını, net inşaat alanı 560 m²’ye çıktığına göre paylaşımın yeniden yapılması gerektiğini, yüklenici ise arsa sahiplerinin sözleşme ile kendilerini bağlayarak 3 daireyi kabul ettiklerini, geriye kalan dairelerde hakkı olamayacağını savunmaktadır. Sorun çözümlenirken, yüklenicinin belediyeдеki çalışması için harcadığı emek ve paranın dikkate alınacağı kuşkusuzdur; ancak yeterli değildir; bununla birlikte, tüm inşaat sorunlarının çözümünde olduğu gibi, somut olayın özelliği, teamüller, dürüstlük kuralları ve sözleşme adaleti dikkate alınmalıdır.

34-) Yüklenicinin Pay Devri İstemi/Yorum

Yüklenicinin Pay Devri İstemi

Arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapım sözleşmesinde, iş sahibi, kat irtifakı kurulmuş olan arsasından ileride bağımsız bölümlere özgülenecek belli payların mülkiyetini tapuda yükleniciye devretmektedir. İş sahibi, yüklenicinin tüm paylarını sözleşmenin başında kendisine devredebileceği gibi; sözleşmenin öngördüğü biçimde inşaattaki aşamalara göre de pay devrini gerçekleştirebilir. İş sahibi, devri, sözleşmenin açık hükmüne göre, yükleniciye vereceği vekâletname ile de yapabilir. Sözleşme, satış vaadinden söz etmemiş olsa bile, biçim koşulu gerçekleşmemiş ise, tarafların sözleşmede kullandıkları sözlere bakmaksızın, amaçladıkları hukuki sonuçlara göre sözleşmeyi yorumlayarak, bu sözleşmenin bir satış vaadi olduğunu kabul edip uyumsuzluğu çözümlemek gerekir. İş sahibi, haklarını güvence altına almak için, yükleniciye devredilecek paylar üzerine teminat ipoteğinin konulmasını istemiş ise bu isteğe hak vermek ve gereğini yapmak gerekir. İş sahibinin arsa paylarını satış yoluyla yükleniciye devretmesi ve bedelini aldığını belirtmesi, inşaat sözleşmesi kapsamında edimin yerine getirilmesi olarak görülmelidir. Bu devir işleminin nedeni, eser sözleşmesinde belirtilen arsa payları karşılığı bağımsız bölüm yapma sözleşmesidir. Arsa ve arsa paylarının tescilinden ayrı olarak yapılan inşaat sözleşmesinin, bu tescilin nedeni olduğunu, tapuda satış nedeni olarak belirlenen nedenin gerçek olmayıp, asıl nedenin bağımsız bölüm yapma olduğunu, devir ile inşaat sözleşmesini bir arada ve bütün olarak değerlendirmek gerekir. Arsanın tamamının yükleniciye devri halinde de aynı ilke geçerlidir⁶⁵.

35-) Borcun İç Yüklenilmesine Rıza/Yorum

İnşaat sözleşmesinde yükleniciye kademeli satış izni ve arsa sahibine inşaatın tamamlanması için belli sayıdaki daireyi alıkoyma hakkı tanınmış olsa bile, inşaattaki eksikliğin fazla bir değer tutmadığı ve bir bağımsız bölümün bedelinden çok az olduğu saptanmışsa, inşaattaki eksikliğin karşılığı olan bedeli ödeyip ödemeyeceği konusunda yükleniciye olanak tanımak gerekir. Ancak arsa sahibinin bir bağımsız bölümün bedelinden çok az miktarda olan eksik ve kusurları bahane ederek yükleniciye ait bağımsız bölümleri alıkoyması “bir hakkın sırf gayrı izar eden suiistimali” olup, bu durumu yasa korumayacaktır⁶⁶.

İş sahibinin TBK. md. 125/II gereğince aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının ödenmesini istemesi veya sözleşmeden dönmesi durumun-

⁶⁵ Kartal, 104 vd.

⁶⁶ 14. HD. 7.5.1985, 8820/3269.

da, temlik alan üçüncü kişinin yüklenici adına yaptığı eksik ve bozukları giderme önerisini iş sahibinin kabul yükümlülüğü yoktur. Fakat henüz inşaat süresinin dolmasından veya seçimlik hakların kullanılmasından önce, alacağı temlik alan kişinin, inşaatı tamamlamak amacıyla iş sahibine başvurması durumunda, kural olarak yüklenicinin inşaatı bizzat veya kendi yönetimi altında yaptırması gerektiğinden, bu durumda inşaatın yüklenicinin yönetimi dışına çıkması söz konusu olacağı için, iş sahibinin bu istemi kural olarak kabul etmesi gerekmez. Ancak, somut olayın özelliğinden iş sahibinin, üçüncü kişinin edimi yerine getirme önerisini reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırı olarak değerlendirilebilir. Bu tür olaylarda alacağı devralanın fiilen inşaatı yürütmesine itiraz edilmemesi, örtülü olarak bu tip bir işleme rıza gösterilmesi sonucunu doğurabilir. İş sahibinin bu biçimde sessiz kalması, onun kural olarak borcun iç yüklenilmesine rıza göstermesi biçiminde yorumlanmamalıdır. Bu sessiz kalış, sadece üçüncü kişinin inşaatı tamamlamaya çalışması durumunda, yüklenicinin TBK. md. 471 hükmüne aykırı bir davranış içinde bulunmadığının kabulü olarak yorumlanabilir. Bu tür bir durum varsa, alacağı devralanın inşaatı devam ettirmesinin önlenmesi, iş sahibinin alacaklının direnimine düşmesi sonucunu doğurabilir⁶⁷.

36-) Sözleşme Adaleti/Yorum

Sözleşme kurulurken taraflar bir denge kurmaya çalışırlar. Bu denge her zaman matematiksel eşitlik biçiminde belirmez. Çünkü genellikle sözleşmede denge, piyasa koşulları, tarafların bu konudaki bilgi ve deneyimleri ile yaygın uygulamalara uyarak değil, güçlü sözleşmecinin öne sürüp öbür tarafa kabul ettirdiği koşullara göre kurulmaktadır. Kuşkusuz tarafların çıkarlarına bağlılığı ve direktmeleri de etkili olmaktadır. Sözleşme sürecinde, tarafların iradelerinin yorumu, sözleşmeyi kurmaktaki amaçlarının saptanması, edimlerin tanımı, içeriği, yerine getirileceği yer, zaman ve biçimi, proje içi ve dışı imalatın paylaşılması, tasfiye zamanı yapılış tarzı ve sonuçları, uygulanacak yaptırım, kazanılacak veya kaybedilecek haklar mahkemenin önüne “dava” olarak geldiğinde, “sözleşme adaleti” dediğimiz kavram öne çıkacaktır. Bu gibi durumlarda somut olayın özelliği, tarafları sözleşme yapmaya götüren koşullar, vicdan, eşitlik, hakkaniyet ve adalet ilkeleri, zaman zaman da teamüller dikkate alınarak karara ve sonuca ulaşılabacaktır.

Sözleşme adaleti gereğince;

- Sözleşmeciler sözleşme gereklerini yerine getirecekler, birbirlerinin

67 Ayan, 310-311.

haklarını tanıyıp gözeteceklerdir.

- Hakka uygunluk, haklılık esastır.
- Haklı ile haksızın ayırt edilmesi gerekir.
- Karşıt çıkarlar arasında hakka (hukuka) uygun bir denklik gözetilecektir.
- Koşulların gerektirdiği durumlarda ve denge esaslı biçimde bozulmadan zayıf ve güçsüz sözleşmecinin korunması gerekir.
- Hukuk düzeninin adil işlemediği durumlarda, yargıcn, herhangi bir olayda yasayı uygularken durumun özelliklerini göz önünde tutma görevi bulunmaktadır. Özellikle yasaların uygulamada esnekliğe yer vermediği durumlarda, yargıç adalete uygunluğu gözeterek, yasaların katılığını giderebilir ve adalete yaklaşmayı sağlayabilir.
- Haksızlığa uğrayanın (mağdur) zararını gidermek asıldır.
- Sözleşmecilerin sözleşmede belirledikleri kuralları ve davranış ilkelere, hakları ve görevleri ihlal ve ihmâl etmemeleri gerekir.
- Taahhütlerin yerine getirilmesi temel ilkedir. Edimini yerine getirmeyen yüklenici, çıkarlarının tanınmasını isteyemeyecektir.
- Sözleşme sürecinde düzenli ve dengeli davranmak, insaf ve eşitlikten ayrılmamak, olguları yerli yerine koymak, öbür tarafa hakkını vermek, haksızlıktan kaçınmak gerekir. Haksızlık yapan sözleşmeci, haklı ve kazançlı çıkamayacaktır.

37-) İmar Planı Değişikliğinin Olumlu Etkisi/Yorum

İlave bağımsız bölümlerin nasıl paylaşılacağı konusunda sözleşmede açıklık yoksa, arsa sahibinin açık veya örtülü (yapım aşamasında itiraz edilmemesi suretiyle) onayının bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Eğer arsa sahibinin en azından örtülü onayı varsa buna rağmen paylaşım konusunda anlaşamıyorlarsa, sözleşmedeki paylaşım ilke ve ölçüsü dikkate alınarak fazla bağımsız bölümler paylaşılabilir.

İmar planı değişikliği sözleşmecilerin yararına olarak, örneğin sözleşme tarihinde arsa üzerinde 5 kat yapılabilecekken inşaat devam ederken planda değişiklik yapılarak 7 kata çıkmakla 8 daire kazanılmış olabilir. Yüklenicinin yaptığı fazla (proje dışı) bağımsız bölümler -imar mevzuatına uygun olması koşuluyla- sözleşmede öngörülen ilkelere göre paylaşılır. Sözleşmede herhangi bir açıklık yoksa sözleşme/proje kapsamındaki işler için öngörülen oranlar dikkate alınır. Sözleşmede bu konuda herhangi

bir açıklığın olmaması, fazla bağımsız bölümlerin yükleniciye bırakıldığı anlamına gelmeyecektir⁶⁸.

Sözleşmede fazla bağımsız bölümle ilgili hüküm yer almakla birlikte, bu hüküm açık olmayabilir. Bu durumda, sözleşme hükmünün yorumlanması ve tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekir. Örneğin sözleşmede yer alan, “binaya kat çıkma olanağı doğarsa” biçimindeki bir hükmün, projede sonradan yapılan değişiklik sonucu binanın başlangıçta ortak yer olarak ayrılan bodrum katının bağımsız bölüm biçiminde dönüştürülmesi veya ikinci bir bodrum kat yapılması durumunda da uygulanması, tarafların ortak iradelerinin gereği olup, söz konusu hükmün, binanın yalnız üstüne yapılacak ilave katları kapsadığı söylenemeyecektir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.12.1990 gün ve 5347/5455 sayılı kararını buna örnek gösterebiliriz: “Sözleşmede inşaatın bir zemin ve dört kat olarak inşa edileceği, bunlardan iki katın arsa sahibine, öbür bağımsız bölümlerin ise yükleniciye ait olacağı ve sözleşmenin 5. maddesine göre, inşaatın zemin hariç dört kattan fazla yapılması durumunda, arsa sahibinin, yapılacak kısımlarda taşınmazdaki payı oranında hak sahibi olacağı kararlaştırılmıştır. Yüklenici tarafından zemin altındaki iki katıda kapsayacak biçimde çizdirilen projeye göre, yapılan inşaattaki sözleşme dışı kazanılan iki bodrum kat yüklenici tarafından haricen üçüncü kişilere satılmıştır. Sözleşme anında projesi henüz çizilmemiş olan inşaatın zemin ve 4 normal kat halinde yapılması düşünülerek, bağımsız bölümlerin sözleşmedeki gibi paylaşılması kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 5. maddesindeki hükmü yalnız zemin üstündeki kat artışında uygulanacağı ve zemin altında kazanılacak bodrum katları kapsamayacağı biçiminde yorumlamak, tarafların gerçek amaçlarına aykırı düşer.”

Sözleşmede imar planı değişmesi durumunda kazanılacak bağımsız bölümlerin nasıl paylaşılacağına ilişkin hüküm bulunabilir. İlave bağımsız bölümlerin nasıl paylaşılacağı konusunda sözleşmede hüküm varsa paylaşım buna göre yapılacaktır. Sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, fazla yapılan kat ve bu katlardaki fazla bölümler sözleşmedeki oran dahilinde paylaşılacaktır⁶⁹. Örneğin dava konusu bağımsız bölüm önceden kapıcı dairesi olarak düşünülüp, daha sonra kapıcı dairesi bahçeye yapılmış, bu daireye arsa payı ayrılarak kazanılmıştır. Başka anlatımla, ortak yer olarak tasarlanmış iken bağımsız bölüm durumuna dönüştürülmüştür. Öyleyse sözleşmedeki paylaşımın oranı dahilinde davacı yüklenici burada pay sahibi olacaktır⁷⁰.

68 15. HD. 31.1.1994, 2367/429.

69 15. HD. 30.12.1986, 3425/4592.

70 15. HD. 16.10.1995, 2985/5641.

38-) Bir İşin Eksik İş Sayılmasının Koşulları/Yorum

Bir işin “ek iş” olarak nitelendirilebilmesi için, her şeyden önce sözleşme kapsamında yer almaması, sözleşmede öngörülmemiş bulunması gerekir. Bir işin sözleşme kapsamında yer alıp almadığı, sözleşmenin yorumu ile ilgili bir sorundur. Ek işin miktarının veya asıl işe oranının ne olduğu kural olarak önemli değildir. Asıl işe oranla, ek iş oransal olarak düşük olabileceği gibi çok da olabilir. Fakat aşırı bir miktar artışı, kimi vakit, yeni bir sözleşmenin kurulduğu biçiminde de yorumlanabilir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda oransal bir sınırlama getirilmiştir. Belli bir işin götürü ücretin kapsamında olmadığını yüklenici değil, iş sahibi yüklenicinin yaptığı işin sözleşme ve götürü ücret kapsamında olduğunu kanıtlamalıdır⁷¹.

Ek işte, ifa amacıyla değişiklik ortaya çıkar. İfa amacı değişmediği halde, ifanın sadece maliyetindeki değişiklikler ek iş olarak nitelendirilemez. Tek başına ücrete etki eden çalışmalar ek iş sayılmaz. Buna karşılık sözleşmede kararlaştırılandan daha fazla, daha büyük iş yapılması (değişiklik sonucunda ortaya çıkan eser sözleşmede kararlaştırılandan daha büyük, daha küçük veya daha iyi olabilir) bir ek işin varlığına işaret edebilir. Ek iş sonunda sözleşme konusu edimin küçülmesi de olanaklıdır. Ek iş yapılması edimin konusundaki bir değişikliğe değil, kural olarak kapsamındaki değişikliğe ilişkindir. Sözleşme ile yerine getirilmesi kararlaştırılan edimde bir değişiklik olmaksızın ek işten söz edilebilir. Özellikle inşaat sırasında geçici güvenlik önlemlerinin alınması, örneğin kazı sırasında inşaat çukurunun güvenlik altına alınması, yine kazı sırasında çıkan taban suyunun boşaltılması örnek olarak gösterilebilir. Ek iş yapılmakla sözleşmenin niteliği değişmez; aksi halde yeni bir sözleşmenin doğumundan söz edilir. Yapılan değişiklik esere yeni bölüm eklenmesi biçiminde olabileceği gibi, varolan bir bölümün niteliğinin değiştirilmesi biçiminde de olabilir. Örneğin üç kat yapılması kararlaştırılan bir yapıya balkon eklenebilir. Eserde bir değişikliğin yapılabilmesi için, eserin tamamlanmış olması zorunlu değildir; sözleşme yapımı süren bir inşaat için de ek işi düzenleyebilir. Fakat yapılan iş sonucunda bambaşka bir eserin ortaya çıktığı durumlarda ek işin varlığını kabul etmek güçtür. Örneğin üç kat yapılması kararlaştırılan yapının yirmi kata çıkarılmasının kararlaştırılması ek iş sayılamaz. Eserdeki bozukluğu gidermek (bozukluğun giderilmesi için harcanan emek ve giderler) ek iş sayılmaz⁷².

Sözleşme konusu ile iş ile sonradan yapılan iş arasında teknik, ekonomik veya işlevsel yönden bir bağlantı bulunmalıdır. Kaba inşaatı yapılması kararlaştırılan bir evin daha sonra garajının yapılması ek iş değil yeni bir

71 Gökyayla, 70-72.

72 Gökyayla, 73-74.

İştir. Zira iki iş arasında bağlantı bulunmamaktadır. Buna karşılık bir evin inşa edilmesine ilişkin sözleşmede, odalardan birine şömine yapılmasının sonradan istenmesi, zemin kazısının bir metre yerine iki metre yapılması, merdiven sahanlığına doğru yapılan beton kırma işi⁷³, zeminlere mermer ve bahçe duvarlarına profil demir korkuluk yapılması⁷⁴, ek proje düzenlenmesi⁷⁵, kapıcı dairesine tesisat döşenmesi⁷⁶, giydirme cephe yapılması, sözleşme konusu ısı cam miktarından daha fazla yüzölçümüne ısıcam takılması, mutfak ve salon arasına pencere yapımı⁷⁷, barbekü inşası, dairenin 120 m2'den 140 m2'ye çıkarılması⁷⁸ veya ikinci bir banyo yapılması <söz konusu bağlantı nedeniyle> ek iş sayılabilir. Sözleşme konusu eser ile meydana getirilen eser arasında aşırı bir miktar artışının (örneğin üç metre olması kararlaştırılan garaj yüksekliğinin daha sonra sekiz metreye çıkarılmış) olduğu durumlarda ise bağlantıdan ve dolayısıyla ek işten söz etmek doğru değildir. Kamu İhale Sözleşmeleri Yasası md. 24'te, yapılan işin hem esas projesi içerisinde kalması hem de asıl işten ayrılmasının olanaklı bulunmamasını aranmıştır⁷⁹.

Yüklenicinin kendisinin neden olduğu bozukluğu, hatayı, eksikliği gidermek için emek ve malzeme harcaması ile asıl iş arasında bağlantının bulunduğu söylenemez.

Bir inşaat işinde iş sahibi ek iş yapılmasını isteyebilir; yüklenicinin ise –kural olarak- kendi iradesiyle ek iş yapma yetkisi bulunmamaktadır. Sözleşmeciler anlaşarak sözleşme kapsamında yer almayan bir işin yapılmasını kararlaştırabilecekleri gibi, iş sahibi de tek taraflı irade bildirimiyle ek işin

73 15. HD. 18.2.2002, 4659/783; bkz. **15. HD. 16.7.2009, 3571/4415**: “Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ortak yerlere yapılan fazla işler nedeniyle, yüklenici de yapılan fazla işlerden yararlandığı için, yüklenicinin arsa sahibinden bedel isteme hakkı bulunmamaktadır. Yüklenici tarafından arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin içerisine fazla imalat yapılmış ise, yüklenici bunların mahalli serbest piyasa rayıçlarına göre yapıldığı tarih itibarıyla bilirkişilere hesaplatılacak bedellerinin tahsilini isteyebilir”.

74 15. HD. 21.7.2005, 5714/4429.

75 15. HD. 26.12.2005, 7330/7190.

76 15. HD. 4.3.2002, 5012/898; 23. HD. 12.11.2013, 3829/7006: “Yüklenici ortak alanlarda yaptığı ilave imalat bedelini isteyemeyeceği gibi, sözleşme aksini öngörmedikçe, kendi dairesine yaptığı sözleşme dışı imalatı arsa sahiplerinin bağımsız bölümlerine de yapmış olması nedeniyle bunları da arsa sahibinden isteyemez.”

77 15. HD. 26.5.2003, 1797/2693; 15. HD. 16.7.2009, 3571/4415: “Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde ortak yerlere yapılan fazla işler nedeniyle, yüklenici de yapılan fazla işlerden yararlandığı için, yüklenicinin arsa sahibinden bedel isteme hakkı bulunmamaktadır. Yüklenici tarafından arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin içerisine fazla imalat yapılmış ise, yüklenici bunların mahalli serbest piyasa rayıçlarına göre yapıldığı tarih itibarıyla bilirkişilere hesaplatılacak bedellerinin tahsilini isteyebilir”.

78 15. HD. 30.6.2004, 6850/3670.

79 Gökyayla, 75-77.

yapılması konusunda talepte bulunabilirler. Ek işin yapılmasını isteyebilme hakkı sözleşmeden doğabileceği gibi tarafların farazi iradelerinden de kaynaklanabilir. İş sahibinin işin nasıl yürütüleceği, ek işin yapılıp yapılmayacağı konusunda sınırsız bir talimat verme hakkına sahip olduğu düşünülmemelidir. Talimat verme hakkı genellikle taraflar arasındaki ilişkinin niteliğinden ve dürüstlük kuralından kaynaklanır. Sözleşmede gerektiğinde ek iş yapılacağı konusunda bir kayıt bulunmuyorsa veya bu hakkın bulunmadığına ilişkin bir hüküm yoksa sözleşme boşluğu söz konusudur. Fakat bu boşluk iş sahibi yararına yorumlanmakta ve inşaat sözleşmelerinde, inşaatın gereği gibi yapılması için gerekli olan ve imar makamlarınca istenilen ek işleri iş sahibinin istemeye hakkı olduğu benimsenmektedir⁸⁰.

Ortak yerlerde yapılmış olan ek işlerin, yüklenicinin bağımsız bölümlerine yüksek değer katması amacıyla yapılmış olup olmadığına bakmadan, üzerinde inşa olduğu arsanın değerine eşit ve bu işler sözleşmedeki paylaşım oranında her iki tarafa ait bağımsız bölümlerin ortak kullanımına özgülenmişse (örneğin otopark veya yüzme havuzu yapımında), bu işlerden dolayı yüklenicinin talep hakkından söz edilemez. Buna karşılık, ortak yerlerde yapılmış olan sözleşme dışı işlerin üzerine inşa edildikleri arsanın değeri, ek işlerin değerine oranla önem taşıyorsa veya ek işler sözleşmede öngörülenden daha kaliteli yapılmışsa ve bunlar arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin değerini önemli ölçüde arttırmış ise (örneğin inşa edilecek site için sözleşmede sadece asansörü çalıştıracak ve merdiven dairesini aydınlatacak güçte trafo yapılması kararlaştırıldığı halde, tüm sitenin bağımsız bölümlerinin elektrik ihtiyacını karşılayacak güçte trafo konması; sözleşmede üstü açık otopark yapılacağı kararlaştırıldığı halde kapalı otopark inşa edilmesi) ortak yerlerdeki bu ek işler bakımından yüklenicinin talep hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir⁸¹.

80 Gökyayla, 78-80.

81 Kocağa, 89: "Ek işler bakımından arsa sahibinin rızasıyla sözleşmenin değiştirilmiş sayıldığı durumlarda, ek ücret istemine sözleşme hükümleri uygulanır. Ek işler bakımından sözleşmede bir hüküm varsa, ücret buna göre belirlenir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bu konuda bir hüküm bulunmamakla birlikte arsa sahibinin onayı varsa, ek işlerin bedeli TBK. md. 481 uygulanarak "işin değeri" ve "yüklenicinin giderleri" dikkate alınır. Ek işler arsa sahibinin dışında gerçekleştirilmiş ise (sözleşme kurulmamış veya ihale yapılmamış ise), TBK. md. 529 hükmü uygulanarak, zorunlu ve yararlı tüm giderlerin faizi ve yüklenici kârı ile birlikte yükleniciye ödenecektir. Ek işlerden dolayı yükleniciye karşı sorumlu olanlar, ek işin yapıldığı zamanda bağımsız bölümlere sahip olanlar ile ortak yerlerde yapılan ek işler bakımından ortak yerler üzerinde hak sahibi olanlardır. Arsa sahibi bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmişse, sözleşme yalnız tarafları bağlayacağından, arsa sahibi ile üçüncü kişi arasında borcun üstlenilmesiyle ilgili bir sözleşme bulunmadıkça, söz konusu talepler üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Bağımsız bölümün üçüncü kişiye devrinden sonra yapılan ek işler üçüncü kişinin farazi iradesine uygun olarak yapılmışsa, yüklenici, bağımsız bölümü devralan üçüncü kişiden ek işlerin bedelini isteyebilir. Taraflar arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, arsa sahibinin ek işlere karşı çıkması, hakkın kötüye kullanılması sayılacak hallerin dışında, yüklenici ek işlerin bedelini ondan isteyemez. Bu durumda iş sahibi, ek işler bakımından eski duruma getirme isteyebilir. Arsa sahibi ile

39-) Keşif Bedelinin Aşılması/Yorum

TBK. md. 480/II götürü ücret in olağanüstü durum larda artması durumunda yüklenicinin korunmasını amaçladığı halde, md. 482 keşif bedelinin aşırı derecede artması durumunda iş sahibinin korunmasını amaçlar. Maddenin ilk fıkrasında sözleşmenin bozulması, ikinci fıkrasında ise bedelin indirilmesi düzenlenmiştir⁸².

Yaklaşık ücret le, giderlere ilişkin keşif bedeli aynı anlama gelmez. Yaklaşık ücrette giderlere göre saptanan ücret, sözleşmede öngörülen veya yorumla çıkarılan alt ve üst sınırlar içinde oynayabilir. Ancak bu sınırlar özellikle TBK. md. 480'in koşulları gerçekleşmedikçe üst sınırı aşmaz. Buna karşın giderlere ilişkin keşif bedelinde ise, ücret giderlere göre belirlenir ve keşif bedelinin altında olabileceği gibi üstünde de olabilir. Keşif bedelini aşma hoşgörü sınırı içinde olursa buna iş sahibinin katlanması gerekir. Bu sınır aşırı ölçüde aşırsa, iş sahibi TBK. md. 482'deki haklarını kullanabilir. Yeniden belirtelim ki, TBK. md. 482'nin kapsamı, ücretin giderlere ilişkin keşif bedeli ile belirlenmiş olmasıyla sınırlıdır⁸³.

Keşif bedeli az ya da çok emin temellere dayanan bir ücret tahminidir. Yüklenicinin maliyet konusunda bağlayıcılığı olmayan bir tahminidir ve eser için iş sahibinin ödemesi gereken muhtemel ücret konusunda bilgi verir. Kural olarak yüklenicinin kendi hesaplarına dayanır; ama iş sahibi ya da üçüncü bir kişi tarafından hesaplanıp sonradan yüklenicinin kendi önerisi durumuna getirilmiş de olabilir. Her durum ve koşulda bu yaklaşık keşif bedeli, iş sahibini, yüklenicinin beklentilerine göre tahmin edilen bedel karşılığında sözleşmeyi kurmaya yönlendirme amacı taşır. İş sahibi bu bedeli bilerek sözleşmeyi yapmışsa, bu yaklaşık bedel bir işlem temeline dönüşmüş olur. O zaman da söz konusu sözleşmenin yaklaşık bir keşif bedeline dayandığı söylenebilir. Keşif bedeli, hiçbir biçimde, sözleşmenin kurucu bir unsuru değildir. Yaklaşık keşif bedeli, iş sahibinin ödemesi gereken miktarı da oluşturmaz, çünkü sözleşmeciler için bağlayıcı değildir. Borçlanılan ücret yaklaşık keşif bedeline göre değil, yüklenicinin giderleri ne göre belirlenir, ama bu bedelin aşırı aşılması durumunda iş sahibi TBK. md. 482'deki olanağı kullanarak sözleşmeyi bozabilir ya da giderlere göre belirlenmiş olan ücretin uygun bir oranda indirilmesini isteyebilir⁸⁴.

yüklenici arasında sözleşme varsa, yüklenici, ek imalattaki bozukluktan sorumlu olacaktır. Taraflar arasında sözleşme ve arsa sahibinin onayı bulunmadığı için, ek işlerin ücretinin TBK. md. 526 vd. maddelerdeki vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaksa, bunların bozuk meydana getirilmesinde de aynı yasa kuralları uygulanır”.

82 Uygur, VII, 8372.

83 Uygur, VII, 8372; Gürpınar 71.

84 Gürpınar, 73-74.

40-) Malzemenin Telef Olması/Yorum

“Bu durumda, telef olan malzeme kime aitse hasarı da ona aittir.” (TBK. md. 483/II).

Malzemenin kaza nedeniyle telef olmasını düzenleyen TBK. md. 483/II'nin unsurları yasa koyucu tarafından TBK. md. 483/I'nin unsurlarına bağlanmıştır. TBK. md. 483/II kendi başına bağımsız bir düzenleme olmayıp, unsurları bakımından TBK. md. 483/I tarafından tamamlanması gereken bir kuraldır. Başka bir anlatımla, TBK. md. 483/II'nin unsurları, eserin teslimi nden önce umulmayan olay sonucu telef olması ve bu sırada malzemenin de telef olmasıdır. TBK. md. 483/II'nin kapsamına, eserin ayrılmaz parçası olarak onda kalan malzemeler (örneğin inşaatta kullanılan tuğla, su tesisatı vb.) girer; esere takılacak malzeme henüz eserin meydana getirileceği yere getirilmemişse bu madde uygulanmaz. Şayet eserin meydana getirilmesine uygun duruma getirilmiş malzeme varsa md. 483/II uygulanmalıdır. Örneğin yükleniciye ait olmakla birlikte henüz inşaatın (eserin) yapılacağı şantiyeye getirilmemiş olan malzeme md. 483/II kapsamına alınmamalıdır.

Malzeme derken, eserin varlığı için zorunlu ve onunla birlikte kalmaya devam eden gereçler ile meydana getirilen eserin oluşturulabilmesi için kullanılan ama eserle birlikte kalmayan (eser meydana getirmede yüklenicinin kullandığı) eşyaları anlıyoruz. Örneğin bir inşaat yapılırken kullanılan kum, çakıl, beton, tuğla ve cam gibi malzemeler eserin imali için zorunlu olan malzemelerdir. Aynı yüklenicinin bu eseri yapmak için kullandığı iş makineleri ve inşaat kalıpları ise eserde kalmayan malzemelerdir.

Onarılacak üzere bırakılan şeyin onarım sırasında telef olması durumunda TBK. md. 483/II uygulanabilir. İş sahibi tarafından bırakılan malzeme kavramını geniş yorumlamak gerekir. Örneğin terziye elbise dikmesi için verilen kumaş veya mobilyacıya dolap yapması için verilen ağaç, kuyumcuya bırakılan takılar, tamirciye bırakılan araba da iş sahibi tarafından sağlanan malzeme kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁵.

41-) Önceden Yapılan Ödemelerin Geri Verilmesi/Yorum

A. Meydana getirilen eser teslim edilmeden önce umulmayan olay nedeniyle telef olmuş ve bunun için yükleniciye önceden bir ücret ödenmişse, sözleşme aksini öngörmemişse, bu ödeme TBK. md. 483/I'deki ücret riskini değiştirmez; kural olarak, ön ödeme ücret riskini iş sa-

85 Altaş, 89 vd.

hibine yüklemmez. Somut olayın yorumundan, tarafların ön ödemedeki amaçlarının ücret riskini iş sahibine yüklemek olduğu anlaşılırsa, md. 483/T'deki kuralın tersine çevrildiği kabul edilebilir.

B. Teslimden önce kaza nedeniyle telef olan eser için bir ön ödeme var olsa ve yapılan ön ödeme için ücret riski iş sahibine geçse bile, ücretin kalan kısmının riskine yüklenici katlanmak zorundadır.

C. TBK. md. 483/II'ye göre, eserin parça parça teslim edilip ücretin de buna göre her teslim edilen parça için ayrı ayrı ödenmesi kararlaştırılmışsa, eserin kısmen teslimi ile birlikte eserin o parçasına ilişkin ücret ve hasar riski de iş sahibine geçer.

42-) Gereksiz Fesihte, İş Sahibinin Yüklenicinin Yaptığı Kısımın Bedelini Vermesi ve Zararını Ödemesi/Yorum

Yasakoyucu bu madde ile iş sahibine, hiçbir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi bozma hakkı tanımış, fakat bundan doğacak adaletsiz sonuçları da yapılan kısmın bedelini ödeme ve yüklenicinin zararını giderme zorunluluğu getirerek dengelemiştir⁸⁶.

İş sahibinin TBK. md. 484'e göre sözleşmeyi bozabilmesi için, yüklenicinin yaptığı işin kısmının bedelini vermesi ve zararını tümüyle gidermesi gerekir.

Yüklenicinin haksız ve kusurlu, iş sahibinin haklı ve kusursuz olması önemli değildir.

Tamamlanmış inşaat bozuk olsa bile TBK. md. 484'teki fesih hakkı artık kullanılamayacaktır. Eserdeki bozukluk iş sahibinin kabulden kaçınacağı kadar büyükse, esasen TBK. md. 475 uyarınca sözleşmeden dönebilecek olan iş sahibinin TBK. md. 484'e göre fesihte bulunmaya ihtiyacı yoktur⁸⁷.

İş sahibinin sözleşmeyi TBK. md. 484'e göre mi yoksa başka bir maddede dayanarak mı bozduğunu veya keyfi olarak mı sözleşmeden döndüğünü anlamak kolay değildir. Eğer bozma (fesih) bildiriminde bir açıklık yoksa, yorum yoluyla md. 484'e dayanıldığı kabul edilemez. Yorum yoluyla 484'e ulaşmak ancak, bozma bildirimini yüklenicinin bütün zararlarını giderme vaadini içeriyorsa söz konusu olabilir.

TBK. md. 484'te yükleniciye tazminat ödenebilmesi için onun kusurlu

⁸⁶ Öz, İnşaat Sözleşmesi, 198.

⁸⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi, 198.

olması gerekmediği halde; TBK. md. 123-125 kapsamında değerlendirilecek bir bozma bildirimi nde, yanların kusurları ve sözleşmeyi bozmakta haklı nedenlere dayanılıp dayanılmadığı önemlidir ve sonucun (tasfiyenin) belirlenmesinde etkilidir.

43-) Yüklenicinin Ödeme Güçsüzlüğü/Yorum

Edimini yerine getirmekten kaçınmak isteyen sözleşmecinin borcu daha önce ivedili olmalıdır. Her iki sözleşmecinin aynı zamanda ve karşılıklı olarak ödemeyle yükümlü bulundukları durumlarda TBK. md. 98 değil, md. 97 uygulanacaktır.

Borcu daha sonra ivedili olan sözleşmeci gerçekten ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olmalıdır. Bir borçlu “alacaklılarını tatmin etmek için gerekli olan mali araçlardan yoksun” kalmışsa acze düşmüş sayılacaktır.

TBK. md. 98 (iflası) ve (semeresiz kalan haczi), ödeme güçsüzlüğüne düşmenin iki durumu olarak düzenlemiştir. Demek ki bir sözleşmeci iflas etmişse veya başka bir borçtan dolayı aleyhine haciz yoluyla yapılan takip sonuçsuz kalmışsa onun ödeme güçsüzlüğüne düştüğü kabul edilmelidir. Md. 98’in uygulanabilmesi için, borçlunun mutlaka iflas etmiş ya da aleyhinde –icra dairesince- borç ödemededen aciz vesikası verilmiş olmasına gerek yoktur. Ödeme güçsüzlüğü başka yollarla da kanıtlanabilir. Örneğin borçlu ödemelerini tatil etmiş, işleri bozulduğu için ticarethanesini kapatmış, çek, poliçe, bono niteliğindeki senetleri için protesto çekilmiş veya alacaklıları ile konkordato istemde bulunmuşsa yine ödemede düşkünlük durumu varsayılmalıdır⁸⁸. “Ödemede güçsüzlük” geniş yorumlanmalıdır.

Ödeme güçsüzlüğüne düşen borçlu, ya borcunu güvenceye bağlamakla veya hemen edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Güvencenin türünü seçmek, güvenceyi verene düşer; anlaşmazlık olursa, durumu yargıç belirler. Güvencenin uygun bir süre içinde gösterilmemiş olması gerekir. Çok kısa bir süre, uygun ve makul bir süre ile değiştirilebilir⁸⁹.

Sözü edilen “iflas” sözcüğü, iflâs kararı verilmesi olmayıp, “iflâs masası”nın oluşturulması olarak anlaşılmalıdır. Iflâs masasına giren mal, alacak ve haklar borçların ödenmesine yetiyorsa, “borç ödemededen güçsüzlük savunması” ileri sürülemez. TBK md. 98’deki borç ödemekten güçsüzlük durumu, borca batıklıktan farklıdır.

⁸⁸ Dalamanlı, 730-731.

⁸⁹ Velidedeoğlu/Özdemir, 201.

Kusursuz olanaksızlık ve sonuçları TBK. md. 136'da genel, TBK. md. 486'da ise özel olarak düzenlenmiştir. Md. 136/II tarafların birbirlerinden edindikleri her şeyin haksız zenginleşme kurallarına göre geri verilmesini öngörmüşken; TBK. md. 486, iş sahibine yapılan kısmı kullanabileceği durumlarda, sözleşmedeki bedeli bu oranda ödeme (ödemisse geri istememe) yükümü getirmektedir. “Kullanılabilme” terimi geniş yorumlanmalıdır: Henüz bitmemiş bir inşaatı oturma izni alınamayacağından, bu anlamda daima “kullanılamaz” olacaktır. Oysa bu sonuç TBK. md. 486/II'nin amacına uygun olmaz. Bu nedenle “kullanılma” terimi, “iş sahibinin işine yarama” olarak anlaşılmalıdır. Şayet yapılmış kısım bir biçimde iş sahibinin işine yarıyor veya yarayacaksa, kusursuz olanaksızlık ta yükleniciye orantılı bedel verilmelidir. Böylece, “eksik inşaatın tamamlanarak kullanılması olanaklı” ise, bu koşul gerçekleşmiş sayılacaktır. İş sahibinin yapılan kısımdan yararlanıp yararlanamayacağı kendi öznel açıklamasına da bırakılmamalıdır. Örneğin 10 katlı bir apartman inşası sözleşmesinin yerine getirilmesi sırasında henüz dört kat bitmiş iken o bölgede dört kat-tan yüksek inşaat yapılması yasaklanırsa, iş sahibinin çatıyı kapattırarak dört katlı bir apartmana razı olmayacağını açıklaması ve yapının tamamen yıktırılmasını istemesi sonuç doğurmaz. Böyle bir açıklama makul olmadığı için, bedelin %40'ını yükleniciye ödemek, ödemisse bu oranda ona bırakmak zorundadır. Bir başka örnek: Bir fabrika kompleksi inşa ettiren şirket, o bölgede fabrika işletmek yasaklandığında, kompleksin yapılmış olan depolarını ticarî emtiasını depolamakta kullanabilecek ise, yükleniciye bedeli o oranda ödemek zorundadır⁹⁰.

TBK. md. 486/II hükmü, eserin üçüncü kişilere tamamlattırılması ve düzeltiltilmesinin olanaklı olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Örneğin yasal duruma getirilmesi olanağı bulunmayan bir yapı için yükleniciye yapılan işin bedelinin ödenmesi söz konusu olamaz; çünkü yasal duruma getirilmesi olanağı bulunmayan bir yapı yıkılması gerekeceğinden ekonomik değeri olamaz, bu nedenle de iş sahibi böyle bir yapıyı kabule zorlanamaz. Ancak, üçüncü kişilere tamamlattırılması olanağı bulunmakla birlikte, yüklenicinin ardıllarına ve yardımcılara güvenilemiyorsa, sorun işin onlar eliyle sonuçlandırılması biçiminde değil, yapılan imalatın bedelinin ödenmesi biçiminde çözümlenmelidir.

44-) Temlik/Yorum

Temliğin geçerli olması için, yazılı biçimde yapılması gereklidir. Bu biçimde yapılan bir irade açıklamasının, “temlik” olarak adlandırılması

90 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 160-161.

zorunlu değildir. Alacaklının imzalayarak verdiği belgeyle, alacağı temellük edene geçirmek iradesini taşıdığının, bu açıklamanın yorumlanması yoluyla anlaşılması yeterlidir⁹¹.

Yazılı temlik sözleşmesinde sadece alacağı temlik eden tarafın imzasının bulunması yeterlidir (TBK. md. 14/I). Devralanın kabul beyanının yazılı olarak açıklanması gerekmez. Kabul beyanı örtülü de olabilir. Temlik eden ile temellük eden hazır ise, yazılı biçim koşuluna uymak kaydıyla, temellük eden açıkça veya örtülü olarak temlik kabul ettiğini bildirir. Taraflar hazır değilse, kabul beyanı temlik edenin çalışma ve egemenlik alanına girdiği anda temlik tamamlanmış olur. Yasada tersi yazılı olmadıkça, imzalı bir mektup, aslı borçlananlarca imzalanmış bir telgraf (TBK. md. 14/II) veya alacak senedi üzerine verilecek şerh ile de temlik edilebilir.

YARGI KARARLARI

Yanlar arasında düzenlenen tarihsiz sözleşme ile davalı şirket davacıya ait taşınmaz üzerine 60 m2 tek katlı prefabrik konut yapımını 22.000,00 TL bedelle üstlenmiş, iş bedeline mahsuben davacı tarafından 08.05.2013 tarihinde şirket yetkilisi olan davalı İ.K. hesabına 5.000,00 TL havale yapılmıştır. Sözleşmenin 5. maddesinde aynen “Montaj sahasında aşağıda belirtilen sevk tarihinden önce gerekli ruhsat ve izinleri montaja hazır hale getirilmeli” hükmü yer almıştır. Davacı adına 07.05.2013 tarihinde ruhsat alımı için ilgili belediyeye müracaat edilmiş, ancak imar plan çalışmaları halen devam ettiğinden ruhsat talebinin uygun görülmediği bildirilmiştir. Mahkemece, sözleşmenin 9. maddesinde yer alan “sözleşmeden müşterinin vazgeçmesi halinde sözleşme tutarının %30’u gelir kaydedilip kalan tutar iade edilir” hükmü cezai şart olarak yorumlanmak suretiyle dava reddedilmiş ise de davacının tek taraflı olarak sözleşmeden cayması söz konusu olmayıp ortaya çıkan objektif imkansızlık nedeniyle (ruhsat alınmadığından) iş yapılmadığından açılan davanın kabulü ile iş bedeline mahsuben ödenen 5.000,00 TL’nin tahsiline karar verilmesi gerekir (15. HD. 2.6.2015, 6696/3002).

Eser sözleşmelerinin bir türü olan “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamadaki adıyla “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”, bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat

91 BGE. 88 II 18 (Kaneti, 267).

sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmeleri bozmak isteyen tarafın, eğer karşı taraf bozmayı kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, yargıcın kararına ihtiyacı vardır; yani mahkemede açacağı “sözleşmenin feshi” davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek, sözleşmeyi yürürlükte tutar. Ancak, TBK’nın 484. maddesi bundan istisnadır. Bu maddeye göre, iş sahibi, yapılan şey bitmezden önce, yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve yüklenicinin tüm zararını balıgan mabelag (bol bol, ferah ferah) tazmin etmek koşuluyla, arsa payı karşılığı dahi olsa ve karşı taraf karşı çıksa dahi, sözleşmeyi ileriye etkili biçimde feshedebilir. Bunun için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Zira, TBK’nın 484. maddesi, iş sahibine bu hususta özel bir hak tanımıştır. İş sahibinin haklı olup olmadığı, açılacak “Tazminat” davasında tartışılmaz, yüklenicinin tüm zararı “Toplama Yöntemi”ne göre hesaplanarak, hüküm altına alınır. Burada önemli olan, feshin TBK’nın 484. maddesine dayanılarak yapıp yapılmadığının tespiti. Bunun için iş sahibinin iradesine bakılır ve o irade yorumlanır. İş sahibi, hiçbir neden yokken ve hiçbir neden göstermeden, gördüğü lüzum üzerine sözleşmeyi feshederse TBK’nın 484. maddesindeki fesih koşullarının varlığı söz konusu olabilir. İş sahibi eğer bir nedene dayanarak fesih iradesini açığa vurmuşsa, anılan madde hükmü uygulanamaz, fesihte haklı olup olmadığı tartışılır.

Taraflar arasındaki 15.12.1993 tarihli sözleşme, gayrimenkulün satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi olup, noterde “Düzenleme” biçiminde tanzim olunmuştur.

Davacı arsa sahibi, davadan önce davalı yükleniciye keşide ettiği 14.6.1994 tarihli ihtarnamesinde, inşaata başlanılmaması nedenine dayanarak akitten döneceğini bildirmiş ve 30 günlük süre tanımıştır. Arsa sahibi, daha sonra 19.7.1994 günlü ihtarnamesinde de, 14.6.1994 tarihli ihtarnameye atıfta bulunarak ve neden göstererek sözleşmeden döndüğünü açıklamıştır.

Bu dönme, TBK’nın 484. maddesinde düzenlenmiş bulunan fesihten ayırdır ve 369. maddenin koşulları kesinlikle yoktur.

Yine bu dönme, eser sözleşmesinin “arsa payı karşılığı” olması ve yüklenicinin karşı çıkması nedeniyle, tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğurmaz, dolayısıyla sözleşme yürürlüktedir. Sözleşmeden, neden

göstererek dönmek isteyen arsa sahibinin mahkeme kararına ihtiyacı vardır. Bu da, açacağı “sözleşmenin feshi” davasıyla mümkündür ve arsa sahibi de bunu yapmıştır (15. HD. 8.10.1998, 2263/3752).

Davacılar ile dava dışı diğer hissedara ait arsa üzerinde davalı yüklenicinin, zemin ve üzerinde dört kat olarak yapacağı inşaatın iki katının arsa sahiplerine ve diğer kalan bağımsız bölümlerin de müteahhide ait olacağı kararlaştırılmış ve sözleşmenin 5. maddesinde ise, “inşaatın zemin hariç dört kattan fazla yapıldığı takdirde, arsa sahibi yapılacak olan kısımlardan gayrimenkuldeki hissesi nispetinde hak sahibi olacaktır” hükmü yer almıştır. Arsa sahiplerince verilen geniş yetkili vekaletnameye dayanarak yüklenici tarafından zemin altındaki iki bodrum katı da ihtiva eder şekilde çizdirilen ve 27.5.1987 tarihinde onaylanan projeye göre yapılan inşaatın sözleşme dışı kazanılan iki bodrum katın müteahhitçe haricen üçüncü kişilere satıldığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin öncelikle lafzına ve amacına uygun olarak yorumlanması TBK’nın 19/1. maddesi hükmüdür. Sözleşme anında projesi henüz çizilmemiş olan inşaatın bir zemin ve dört normal kat halinde yapılması düşünülmüş ve bağımsız bölümlerin sözleşmedeki gibi paylaşımları kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 5. maddesindeki hükmün yalnız zemin üstündeki kat artışında uygulanacağı ve zemin altında kazanılacak bodrum katlarını kapsamayacağı şeklinde yorumlamak, tarafların gerçek amaçlarına aykırı düşer. Esasen sözleşme dışı kazanılan fazla dairelerde müteahhit ve arsa sahiplerinin aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmedeki paylaşım oranında birlikte hak sahibi bulunduklarının kabulü uygulamada yerleşmiş bir ilke olup, arsa sahiplerinin bu hakkından açıkça feragati içeren bir kabulü olmadıkça, sözleşme dışı kazanılan fazlaya ilişkin bağımsız bölümlerden HMK’nın 26. maddesi de gözetilerek davacılar sözleşmedeki paylaşım oranında hak verilmesi gerekmektedir (15. HD. 12.12.1990, 5347/5455).

Projesi usulen onanmamış ve inşaat ruhsatı alınmamış eserin, kamu düzeni ile ilgili bulunan imar mevzuatına aykırı olarak süresinde tamamlanması istenemeyeceğine ve ayrıca yüklenici tarafından Konya İkinci Asliye Hukuk Mahkemesi’ne 1986/404 esas sayılı dosya ile proje bedelinin tahsili, Konya Birinci Asliye Hukuk Mahkemesi’ne 1986/682 esas sayılı dava dosyası ile gerçekleştirdiği imalat bedeli ile ilgili açtığı davalarda haklı çıkması nedeniyle, davalı kooperatifin, yapılan işlerin

bedelini süresinde ödemediği ve arsa tapusunun tesisinden sonra davacının çizdiği proje bedelini de vermediği, edimini, öncelikle yerine getirmediği; böylece sözleşmeyi feshetmekte kooperatifin haksız olduğu belirlenmiştir.

Sözleşmenin 5. maddesinin yorumunda, mahkemenin yanılığa düştüğü, subasmanından sonra inşaatın davacı tarafından tamamlanmasını önleyecek bir hükmün sözleşmede yer almamış olduğu anlaşılmıştır.

Sözleşmenin karşı tarafça haksız feshedildiği hallerde; TBK'nın 123-125. maddeleri hükümleri gereğince yüklenici tarafından olumlu zararın istenebileceği, bu zararın saptanmasında, TBK'nın 408. madde hükmünden kaynaklanan, kesinti yönteminin uygulanacağı belirgin-dir. Bu sistemde, eserin bedeli saptandıktan sonra, yüklenicinin işi tamamlamaması nedeniyle sağladığı, yani tasarruf ettiği haklar, bu süre içerisinde başka işten sağladığı veya kasten sağlamaktan kaçındığı miktar, bundan indirilerek olumlu zararla hesaplanıp buna karşılık giderler de eklenmek suretiyle zarar miktarının saptandığı açıktır.

Ancak olayımızda, sözleşmenin 16. maddesinde, akitten keyfi cayma halinde inşaat maliyetinin %10'unun zarar ve ziyan olarak karşı tarafa ödenmesi gerekeceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda mahkemece yapılması gereken şey; artık olayımızda sözleşmenin bu maddesinin uygulanarak, yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile bu zarar ziyanı belirleyerek ve istekle bağlı kalınarak bir karar vermek olmalıdır.

Öte yandan, 16.12.1985 tarihli sözleşme gereğince, davacının, fenni sorumluluk ücreti istemeye hakkı bulunmaktadır. Ancak bu ücretin, 16.12.1985 sözleşme tarihi ile fesih tarihi olan 11.4.1986 tarihleri arasında, davacının bir hizmeti geçmiş ise ve eserin yapımını yüklenen yüklenicinin görevi ve kontrollük görevinin bir kişide birleşip birleşmeyeceği hususu göz önünde tutularak, fenni sorumluluk hizmetini başkalarına yaptırdığını kanıtlaması halinde, bunun bilirkişilere hesap ettirilip ödetilmesi ile yetinilmesi gerekmektedir (**15. HD. 16.11.1989, 899/4803**).

Uyuşmazlık; Teknik ve İdari Şartnamenin 11. maddesinin nasıl anlaşılması gerektiği, buna göre fiyat farkının; konut başına kullanılsın, kullanılmasın 1200 kg akaryakıt, 5500 kg. yuvarlak demir, ve 35 ton çimento üzerinden mi, yoksa hesaplanan gerçek harcama miktarına göre mi belirlenmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşmede davacının yapımını üstlendiği geç-men konutlarında bedelin götürü ve birim fiyatının 540.500 TL/m2 ol-duğu belirtilmiştir.

Bunun yanında sözleşmenin eki olup 2886 Sayılı Yasa'nın 12. mad-desi hükmünce davalı Bakanlık tarafından tek yanlı hazırlanmış Özel Teknik ve İdari Şartnamenin 11. maddesi; "Sözleşme tarihinden itiba-ren akaryakıt, çimento ve yuvarlak demire (profil ve saç dahil), camın Türkiye Şişe Cam Fabrikaları Fabrika toptan satış fiyatına, kerestenin inşaat en yakın Orman İşletmesinin onaylı fiyat protokolündeki tahsis fiyatına zam gelmesi halinde aşağıdaki esaslara göre fiyat farkı uy-gulaması yapılacaktır. Kaba inşaatı yapılmamış her bir daire ve dükk-an için: (Temel dahil, bodrum katlar için üstündeki katın bağımsız bölüm toplam sayısı alınarak, aynı esaslarla bu farklar ödenecektir), a) Akaryakıt 1200 kg (mazot), b) Yuvarlak demir 5500 kg (12 bedeli esas alınacaktır), c) Çimento 35 ton, hesabı ile kabul edilerek uygu-lama yapılacaktır. Kaba inşaatı yapılmış konutlara demir fiyat farkı verilmeyecektir. Konutlarda fiyat farkı miktarını belirlerken kaba ve ince inşaatı oranları aşağıda belirtildiği gibi alınacaktır. a) Kaba in-şaat %70, b) İnce inşaat %30 ihzarat yapılan malzemelere ihzaratın yapıldığı tarihten sonraki fiyat farkı ödenmeyecektir. Zammın resmi olarak ilan edildiği tarihte ve hak edişe dahil edilmemiş olan götürü işlerde kullanılacak ihzaratlar bir tutanak ile tespit olunacaktır" hük-münü içermektedir.

Görüldüğü üzere, bu madde ile "konut başına 1200 kg. mazot, 5500 kg. 12. lik demir ve 35 ton çimento hesabı ile kabul edilerek malzeme fiyat farkı ödeneceği" kabul edilmiştir. Bu haliyle götürü bedel met-rekare için 540.500 TL ile anılan cins ve miktarda malzemenin fiyat farkından ibarettir.

TBK'nın 480. maddesi hükmünce yanlar bu koşulla işin yapımında ve bu bedelin ödemesinde kendilerini serbest iradeleri ile bağlamışlar-dır.

Davalı idare her türlü hesabını yapmış, tek yanlı fiyat tespit etmiş, da-vacı yan da bu fiyatla işi yapabileceğini kabul etmiştir. İşin vardıgı son aşamaya değin ödemeler buna göre yapılmış, kesin hesap çıkarılmıştır. İlk çıkarılan kesin hesapta bu husus nazara alınmış ancak daha sonra çıkarılan hesapta ise teftiş raporlarına dayanılarak bu hüküm dışına çı-kılıp, gerçekte bu miktarların harcanıp harcanmadığı yöntemine gidilmiş, taraflar arasındaki uyumsuzluk da bu noktada çıkmıştır.

Sözleşme bir bütün olarak ele alındığında; yanların genel kuraldan ayrılarak 88/13181 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 9.1 maddesi hükmüne uyarak malzeme fiyat farklarının ne şekilde ödeneceğine dair özel hükümde birleştikleri anlaşılmaktadır. Bir an için her bir konutta kullanılan malzeme miktarına göre fiyat farkı verilmesinin amaçlandığını kabul etsek bile, bu kabul tarzı ile şartnameye anılan değerlerin konulma nedenini açıklamak mümkün olamayacaktır. Zira, Şartname hükmü duraksamaya ve başka bir yoruma açık olmayacak kadar net olup, bu açıklığa karşın şartnameye anılan miktarların bu kadar malzeme kullanılacağı “varsayımıyla” diğer bir anlatımla “öngörüsü” ile konulduğunun kabulüne de olanak bulunmamaktadır. Tersine, bu miktar ve cins malzeme baz alınarak fiyat farkı ödeneceğinin kararlaştırıldığı belirgindir. Sözleşmeye yasal olarak etkisi olamayacağı açık olan ve idarenin iç işleyişiyle ilgili bulunan Başbakanlık Müfettişleri’nce saptanan hususlar, tutarsızlığı merciince kabul gördüğünde Bakanlığın kendi bünyesi içinde halledilecek konulardandır **(HGK. 21.11.2001, 963/1049)**.

Yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle yükümlüdürler. Somut olayda taraflar arasında tarihsiz bir sözleşme düzenlenmiş, bu sözleşme gereği davacı iş sahibine ait 2 adet karavanın çatı tahtasının çakılması, semer çıtalar yapılması, alüminyumların yerine göre kesilip ve delinip montajının yapılması, izocam yapılıp üzerine çita çakılması, dolgu macun, zımpara, yat vernik yapımı, 50 santim saçak lambri ile alın tahtası ve komple pervaz çakılması işini davalı yüklenici 1.000,00 TL. bedelle yapmayı üstlenmiştir. Davalı yüklenici sözleşme gereği imalâta başlamış, kendi edimini ifa edip eseri teslim etmiştir. Yüklenicinin eseri teslim aşamasına kadar eksik-kusurlu işlerden sorumluluğu söz konusudur. Teslimden sonraki dönemde ise tekeffül sorumluluğu gündeme gelmektedir. Tüm bu yönler gözetilip dava konusu olaya dönüldüğünde temel uyuşmazlık eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. TBK’nın 475. maddesi uyarınca eser ısmarlayanın kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenmeyecek derecede önemli ayıplı ya da başkaca akde aykırı olursa iş sahibi (ısmarlayan) eseri reddedebilir ve müteahhidin kusuru varsa giderim isteyebilir. Ayıplar veya sözleşmeye aykırılıklar daha az önemli ise iş sahibi ücretten eserin değer düşüklüğüne uygun bir indirim yapabilir veya müteahhide aşırı masrafı mucip olmadığı takdirde, eserin ücretsiz olarak düzeltilmesini ve kusur halinde tazminat verilmesini isteye-

bilir. Dosyada mevcut tespit raporu ile yargılama sürecinde yerinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporlarında malzeme ve işçilik nazara alınıp zarar miktarı hesaplanmış ancak eser bir bütün olarak ele alınıp tüm imalât değerlendirilip kusur ve ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı eğer reddi gerekiyorsa sadece kullanılan malzemelerin değerinin ne kadar olduğu hususları her türlü tereddüt ve kuşkudan uzak bir şekilde saptanmamıştır. Hukuki yorum ve nitelendirmede yardımcı olmak üzere bir de hukukçu bilirkişi tayin edilerek yerinde tatbiki keşif de yapıp bu bilirkişi kurulunca tüm eserin imalâtı bir bütün halinde değerlendirilip rapor alınmalıdır. İnceleme sonucunda ayıpların eserin reddini gerektirir derecede olup olmadığı, reddini gerektiriyorsa iş sahibince verilen malzemenin bedeli saptanmalı bundan hurda bedel düşülmeli, hükme esas olarak zarar miktarı hesaplanmalı, peşin ödenen 450,00 TL dikkate alınıp hüküm kurulmalıdır. Eğer ayıpların eserin reddini gerektirmeyip onarım yoluyla giderilmesi mümkünse onarım tutarı, eserdeki ayıplar kabule engel teşkil etmiyorsa bedelde indirim gerekip gerekmediği belirlenmeli, sonucu dairesinde hüküm tesis edilmelidir (15. HD. 23.1.2006, 7623/166).

Taşeron işe başladıktan sonra, sözleşmede adı geçen ocakta ateşleme yapmış ve bundan sonra taşeron vekili ile emanet heyeti üyeleri arasında aslı mahkeme ve ihale dosyasında bulunan 25.12.1978 günlü tutanak tutulmuştur. Bu tutanağın 1. paragrafında sözleşme konusu iş için kararlaştırılan ocağın taşeronu teslim edildiği kaydedildikten sonra 2. paragrafında aynen (21.12.1978 günü idareye ait taş ocağında taşeron tarafından açılan galeride ateşleme yapılmıştır. Bu ateşleme neticesinde ocakta elde edilen taşlar idarenin istediği miktarda taahhüt edilen işte kullanıldıktan sonra, kamulaştırmalı taş ocağında kalan taşlar için taşeron ilerde herhangi bir hak talep etmeyeceğini kabul etmiştir. Bu taşlar idarenin malı olacaktır ve idare bu taşları istediği gibi kullanmakta serbesttir) denmektedir. Bu tutanakta açıkça idarenin istediği miktarda taşın taahhüt konusu işte kullanılacağı, ocakta kalacak fazla taşlar için taşeronun ilerde herhangi bir hak talep etmeyeceği, bu taşların idareye istediği biçimde serbestçe kullanılacağı açık ve kesin bir şekilde belirlendiği halde, davacının davada ileri sürdüğü şekilde bu taşların başkalarına satılması veya başka taşeronlara verilmesi davalı idarenin haksız kazancı şeklinde ve davacıya talep hakkı verir nitelikte yorumlanmasına olanak yoktur (15. HD. 1.7.1980, 1590/1678).

Yanlar arasında imzalanan 17.10.2005 tarihli sözleşmenin 15.2. maddesinde fiyat farkı verileceği kabul edilmiş, 15.2.1-(L) bendinde güncel indeksin tanımı yapılmış ve 15.2.2. maddesinde fiyat farkı hesabının yapılma şekli gösterilmiştir. Tüm ara hakedişlerde fiyat farkı yer almış ve bunlarla ilgili ödemeler de yapılmıştır. Sözleşmenin 9.2-3. maddesinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi ekler arasında sayılmış olup, anılan şartnamenin 40. maddesinde geçici hakedişlere yüklenicinin itirazı olduğu takdirde karşı görüşünün neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporuna “idareye verilen ... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazî kayıtlı” cümlesini yazarak imzalaması gerektiği yüklenicinin hakediş raporunu imzalamasından sonra tahakkuk işlemini yapıncaya kadar yetkililer tarafından yapılabilecek düzeltmelere itirazı olduğu takdirde hakedişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok 10 gün içinde itirazını dilekçeyle idareye bildirmek zorunda olduğu, yüklenicinin itirazlarını bu şekilde bildirmediği takdirde hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Şartnamenin bu hükmü delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan görevi gereği mahkemelerce kendiliğinden gözetilir. Mahkemece, davalı idareden sözleşme konusu iş ile ilgili tüm geçici hakedişler ve bu hakedişlerle ilgili yapılan ödemelere ilişkin belge suretleri ve yapılmışsa itiraz dilekçeleri, kesin hakediş raporu ve bu rapora karşı yüklenici tarafından yapılan itiraz dilekçesi suretleri celbedilip, konularında uzman ve akademik kariyeri haiz bir inşaatçı, bir iktisatçı ve ekonomist ile yorumunda yardımcı olmak üzere eser sözleşmeleri konusunda uzman bir hukukçudan oluşturulacak yeni bir bilirkişi kurulundan Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin 40., yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 15.2., 15.2.1-(L) ve 15.2.2. maddelerinin davalının itirazlarını da karşılayacak biçimde yorumlamak ve bu maddelerin yorumunda önceki bilirkişi kurulundan farklı düşünülmesi halinde bunun nedenleri gösterilmek suretiyle davacının fiyat farkı alacağı olup olmadığı ve miktarı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp tüm dosya kapsamı ile birlikte değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekir (15. HD. 3.3.2011, 7021/1283).

Taraflar arasındaki uyumsuzluk, davalının yükümlendiği Süreyyapaşa Göğüs, Kalp ve Damar Hastalıkları Eğitim Hastanesi’nin doğal-gaz dönüşüm işinde, keşifte yer almayan bir kısım imalâtın yeni fiyatı konusundadır. **Kurum elemanlarıyla birlikte düzenlenen yeni fiyat**

tutanaklarının hakedişlerde esas alınarak ödeme yapıldıktan sonra yeniden tek taraflı düzenlenen fiyatlara göre borçlu çıkarıldıkları iddia edilmiş ise de sözleşmenin eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 39/III. maddesince ara hakedişlerde yapılan ödemeler geçici nitelikte olup kazanılmış hak oluşturmaz. Aynı şartnamenin 20. maddesinde fiyatı belli olmayan işlerde yeni birim fiyatların tespitinde uygulanacak esaslar gösterilmiş, hükme dayanak bilirkişi raporunda 20. maddeye uygun inceleme yapılmış değildir. O halde mahkemece yapılması gereken iş, yeniden oluşturulacak konusunda uzman ikisi teknik, diğeri yorumda yardımcı olmak üzere hukukçudan oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetine, 20. madde yöntemine uygun analizler yaptırılarak olması gereken yeni fiyatları tespit ettirmek, bu tespitler yapılırken davacı tarafından 06.04.2006 havale tarihli dilekçe ekinde dosyaya sunulan Sağlık Bakanlığı Araştırma Planlama Koordinasyon Kurul Başkanlığı'na ait 25.08.2005 tarihinde onaylanan taraflarca imzalı yeni fiyat tespit tutanağı da birlikte gözetilerek denetime uygun yeniden rapor almak, asıl ve birleşen davada sonucuna uygun hüküm kurmaktan ibarettir **(15. HD. 3.7.2008, 4093/4481).**

Somut olayda; yüklenicinin, %70 oranındayken inşaatı terk ettiği, arsa sahibi ve daire satın alanların gayretleriyle bu oranın %84'e yükseltildiği hususları mahkemenin kabulündedir. %70 oranı, 25.1.1984 gün, 3-1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanmasına ve dolayısıyla, sözleşmenin ileriye etkili (ex nunc) feshine engeldir. Bu orana göre, ancak geriye etkili (ex tunc) bir fesih söz konusu olabilir. Geriye etkili fesih (dönme) halinde ise davacı arsa sahibi, TBK'nın 125/III. maddesi uyarınca olumsuz zararını (negative interesse) ve verdiği geri isteyebilir. İfaya izin ve olumlu zarar (positive interesse) kapsamına giren kalemleri talep edemez. Davacı arsa sahibinin, davada hem fesih hem de ifaya izin (TBK. md. 113/I) ve olumlu zarar kalemlerini istemesi bir çelişki gibi görünüyorsa da, ileriye etkili fesih ve ifaya izin sözcüklerinin birlikte kullanılmasıyla asıl kastedilenin sözleşmenin feshi değil, inşaatın tamamlanması olduğu ve davanın bu şekilde yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Davada, inşaatın davacı arsa sahibi tarafından tamamlanmasına müsaade edilmesi istenilmiştir. Bu talep, tavsifi hakime ait olan olayda, TBK'nın 113. maddesindeki "nama ifa" demektir. Asıl kastedilen de budur. Bu itibarla, mahkemece, tamamlanmayı bekleyen işler keşfen tek tek saptanmak ve de hüküm fıkrasında gösterilmek suretiyle, bu işlerin masrafı davalı yükleniciye

ait olmak üzere, davacı arsa sahibi tarafından yapılmasına izin verilmesi gerekir (**15. HD. 19.6.1996, 3158/3503**).

Davacı iş sahibi vekili müvekkiline ait parsel üzerine davalı yüklenicinin bina yapım işini üstlendiğini, yapılan binada henüz yapı kullanma izni alınmadan çıkan yangın sonucu hasar meydana geldiğini, hasarın giderilmesi için davalı ile 287.227.391 lira üzerinden yeniden sözleşme yapıldığını ileri sürerek, bu meblağın tahsilini talep etmiştir. Davalı yüklenici vekili ise, yangının meydana gelmesinde müvekkilinin hiç bir kusurunun bulunmadığını, aksinin kabulü halinde yangın raporunda belirtilen 30,00 Lira ile sorumlu olabileceklerini savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkeme; bilirkişi raporuna göre, davacının elinde, binayı sigorta yaptıрма imkanı varken, bu konuda davalıya herhangi bir talimat vermediği ve yangının tamamen davalının dışındaki kişilerin kusuru ile çıktığı gerekçesiyle, davanın reddine hükmetmiştir. Geçici kabul aşamasına getirilen işin geçici kabulünün yapılamaması, projeye aykırı iki bodrumun inşa edilmesinden kaynaklanmaktadır. Yaptığı işin uzmanı olduğu kabul edilen yüklenicinin, projeye aykırılığı bilmediği veya bilecek durumda olmadığı söylenemez. Yüklenici, proje tadili ve onayı yapılmadıkça, oturma izni alınamayacağını bilmeli ve buna bağlı olarak da, geçici ve gerekli işlemlere zamanında başlamış olmalıydı. O halde, yangının çıktığı tarih itibariyle, davacı idare projeye aykırı imar ruhsatı alıp işi yaptırmak ve yüklenici de, bu durumu bile bile işi yapmak ve aykırılığın giderilmesi için daha önceden girişimde bulunmamak suretiyle kusurludurlar. Bu husus, mahkemece, değerlendirilmelidir. Sözleşme, eklerinin yorumu ve kusur, hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki ve genel bilgiyle çözümlenebilecek konulardan olduğu için hukukçulardan müteşekkil bir bilirkişi kuruluna başvurulması yerinde değildir (**15. HD. 20.4.1995, 6303/2382**).

Eser sözleşmesi yanlara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftirler. Somut olayda taraflar arasında tarihsiz bir sözleşme düzenlenmiş, bu sözleşme gereği davacı iş sahibine ait 2 adet karavanın çatı tahtasının çakılması, semer çıtalar yapılması, alüminyumların yerine göre kesilip ve delinip montajının yapılması, izocam yapılıp üzerine çita çakılması, dolgu macun, zımpara,

yat vernik yapımı, 50 santim saçak lambri ile alın tahtası ve komple pervaz çakılması işini davalı yüklenici 1.000,00 TL. bedelle yapmayı üstlenmiştir. Davalı yüklenici sözleşme gereği imalâta başlamış, kendi edimini ifa edip eseri teslim etmiştir. Yüklenicinin eseri teslim aşamasına kadar eksik-kusurlu işlerden sorumluluğu söz konusudur. Teslimden sonraki dönemde ise tekeffül sorumluluğu gündeme gelmektedir. Tüm bu yönler gözetilip dava konusu olaya dönüldüğünde temel uyumsuzluk eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. TBK'nın 475. maddesi uyarınca eser ısmarlayanın kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenmeyecek derecede önemli ayıplı ya da başkaca akde aykırı olursa iş sahibi (ısmarlayan) eseri reddedebilir ve müteahhidin kusuru varsa giderim isteyebilir. Ayıplar veya sözleşmeye aykırılıklar daha az önemli ise iş sahibi ücretten eserin değer düşüklüğüne uygun bir indirme yapabilir veya müteahhide aşırı masrafı mucip olmadığı takdirde, eserin ücretsiz olarak düzeltilmesini ve kusur halinde tazminat verilmesini isteyebilir.

O halde mahkemece yapılması gereken iş, konusunda uzman iki inşaat mühendisi, teknik bilirkişi, hukuki yorum ve nitelendirmede yardımcı olmak üzere bir de hukukçu bilirkişi tayin edilerek yerinde tatbiki keşif de yapıp bu bilirkişi kurulunca tüm eserin imalâtı bir bütün halinde değerlendirilip rapor alınmalıdır. İnceleme sonucunda ayıpların eserin reddini gerektirir derecede olup olmadığı, reddini gerektiriyorsa iş sahibince verilen malzemenin bedeli saptanmalı bundan hurda bedel düşülmeli, hükme esas olarak zarar miktarı hesaplanmalı, peşin ödenen 450.000,00 TL dikkate alınıp hüküm kurulmalıdır. Eğer ayıpların eserin reddini gerektirmeyip onarım yoluyla giderilmesi mümkünse onarım tutarı, eserdeki ayıplar kabule engel teşkil etmiyorsa bedelde indirim gerekip gerekmediği belirlenmeli sonucu dairesinde hüküm tesis edilmelidir (15. HD. 23.1.2006, 7623/166).

Davada, dayanılan maddi vakıaların bildirilmesi taraflara, hukuki nitelendirme ise yargıca aittir. Yargıç, uyumsuzluğun aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi ve hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü konular hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir (HMK. md. 31). Çelişen dava kalemlerinin varlığı halinde, iki tarafın kullandıkları tabirlere ve isimlere itibar edilmeyerek, onların gerçek arzularının araştırılıp bulunması yargıcın görevidir (TBK. md.19). Davacı arsa sahibinin, davada hem fesih hem de ifaya izin

(TBK. md. 113/I) ve olumlu zarar kalemlerini istemesi bir çelişki gibi görünürse de, ileriye etkili fesih ve ifaya izin sözcüklerinin birlikte kullanılmasıyla, asıl kastedilenin sözleşmenin feshi değil, inşaatın tamamlanması olduğu ve davanın bu şekilde yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, mahkemenin, maddi olayın tavsifinde ve yorumunda yanılğıya düşerek, feshiye karar vermesi doğru değildir. Davada, inşaatın davacı arsa sahibi tarafından tamamlatılmasına izin verilmesi istenilmiştir. Bu talep, tavsifi hakime ait olan olayda, TBK'nın 113. maddesindeki "nama ifa" demektir. Asıl kastedilen de budur. Bu itibarla, mahkemece, tamamlanmayı bekleyen işler keşfen tek tek saptanmak ve de hüküm fıkrasında gösterilmek suretiyle, bu işlerin masrafı davalı yükleniciye ait olmak üzere, davacı arsa sahibi tarafından yapılmasına izin verilmesi gerekir (15. HD. 19.6.1996, 3158/3503).

Borçlar Kanunumuzda (özellikle 123-125. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 123-125. maddeler olacaktır. Ancak, 125/III'te, **"Akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi iştir-dat edebileceği"** belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlaması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu konuda, TMK'nın 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. TMK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla, kanun hükümlerinin yorumlamasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. İstisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da, hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı, herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır.

Müteahhidin yapının tamamlandığı kısmın (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmi ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmi ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır.

İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süresi içinde yapılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. İnşaat sözleşmeleri “geçici sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. TBK’nın 123-125. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kuralla karşılaşılmaktadır. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki, böyle bir durumda müteahhidin bir kısmı ifasının karşılığı yalnızca 123-125. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (TBK. md. 114/II, 51). Görülmektedir ki, 123-125. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde “hakkı şekle mahkum edecek derecede” adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü ancak TMK’nın 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, bu gibi durumlarda TMK’nın 1. maddesinden değil, 2. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen “hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından” yararlanılabilir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktadır.

TMK’nın 2. maddesindeki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası

olarak bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Bu umumi esaslar kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir.

TMK'nın 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinden, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hakim, her hadisede "feshin doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir.

TMK'nın 2/2. maddesindeki kuralla, kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir.

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca TBK'nın 123-125. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa, sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 123-125. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, TMK'nın 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit, kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

SONUÇ: İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak TBK'nın 123-125. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, TMK'nın 2. maddesi hükmü gö-

zetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına karar verildi (İBK. 25.1.1984, 3/1).

Eser sözleşmelerinin bir türü olan “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri” uygulamadaki adıyla “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri”, bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimın kararına ihtiyacı vardır; yani mahkemede açacağı “sözleşmenin feshi” davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek, sözleşmeyi yürürlükte tutar. Ancak, TBK’nın 484. maddesi bundan istisnadır. Bu maddeye göre, iş sahibi, yapılan şey bitmezden önce, yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve yüklenicinin tüm zararını baligan mabelağ (bol bol, ferah ferah) tazmin etmek koşuluyla, arsa payı karşılığı dahi olsa ve karşı taraf karşı çıksa dahi, sözleşmeyi ileriye etkili (ex nunc) biçimde feshedebilir. Bunun için mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Zira, TBK’nın 484. maddesi, iş sahibine bu hususta özel bir hak tanımıştır. İş sahibinin haklı olup olmadığı, açılacak baligan mabelağ “Tazminat” davasında tartışılmaz, yüklenicinin tüm zararı “Toplama yöntemi”ne göre hesaplanarak, hüküm altına alınır. Burada önemli olan, feshin TBK’nın 484. maddesine dayanılarak yapıp yapılmadığının tespiti. Bunun için iş sahibinin iradesine bakılır ve o irade yorumlanır. İş sahibi, hiçbir neden yokken ve hiçbir neden göstermeden, gördüğü lüzum üzerine sözleşmeyi feshederse TBK’nın 484. maddesindeki fesih koşullarının varlığı söz konusu olabilir. İş sahibi eğer bir nedene dayanarak fesih iradesini açığa vurmuşsa, anılan madde hükmü uygulanamaz, fesihte haklı olup olmadığı tartışılır (15. HD. 8.10.1998, 2263/3756).

Dava inşaat sözleşmesinde temerrüde düşen yükleniciden arsa sahibinin sözleşme gereği tazminat talebine ilişkindir. Yanlar arasındaki sözleşme 18.8.1995 tarihinde akdedilmiş olup, sözleşme tarihinde bina yapılacak arsanın imar durumu belli değildir. İmar çalışmaları 1996 yılında sonuçlanmış ve yapı ruhsatı 18.3.1998 tarihinde verilmiştir. Sözleşmenin 15. maddesinde kabul edilen 30 aylık ifa süresinin yapı

ruhsat tarihinden başlatılması ile inşaatın bitirilerek bağımsız bölümlerin davacıya teslim edilmesi gereken tarih 18.9.2000'dir. Davacı arsa sahipleri asıl dava kapsamında gecikme nedeniyle 1. yıl için kira tazminatı talep ettiğinden 18.9.2000 tarihi ile 18.9.2001 tarihi arasında geçen 1 yıl için kira tazminatına hükmedilmesi gerekirken mahkemece sözleşmenin 15. maddesi yanlış yorumlanarak 6 aylık süre için kira tazminatına hükmedilmesi doğru olmamıştır. Sözleşmenin 15. maddesinde 30 aylık ifa süresinde inşaat teslim edilmezse her bir daire için günün rayiçlerine göre kira ödeneceği bu ek sürenin 6 ayı geçemeyeceği, ek süre sonunda da inşaat bitmez ise sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı kararlaştırılmıştır. Maddede öngörülen 6 aylık süre kira talep edilebilecek süre olmayıp sözleşmenin feshi yoluna gidilemeyecek asgari süreyi düzenlemektedir. Bu itibarla kira tazminatına 6 aylık süre ile sınırlı olarak hükmedilmesi doğru olmamıştır **(15. HD. 10.11.2004, 138/5756)**.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin malzeme itibariyle sorumluluğunu düzenleyen TBK'nın 472/1. maddesinde de, "malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur" hükmüne yer verilmiştir. İyi cins malzemeden amaç, eserin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli olmasıdır. Malzeme kalitesi taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa TBK md. 86 uyarınca, "Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz" hükmü esas alınmalıdır. Anılan düzenlemelerin birlikte yorumlanmasından, cins borcunda edimin orta kalite ve sözleşme amacına uygun olması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Somut olayda, teslim tutanağında davacıya bırakılması kararlaştırılan 6 ve 11 no'lu bağımsız bölümlere "Ariston" marka kombinin takılacağı yazılı olup, modeli belirtilmemiştir. Bozma ilamında, 05.05.2010 tarihli faturada, kombilerin markasının "Baymak" olarak gösterildiği, oysa "Ariston" marka kombinin dava tarihindeki piyasa rayicinin bilirkişiden sorulup, bedeline hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bilindiği üzere, aynı markalara ait ürünlerin fiyatı modellerine göre değişebilmektedir. Bu durumda, verilmesi kararlaştırılan "Ariston" marka kombilerden hangisi modelinin fiyatının esas alınacağı hususunda, yukarıda açıklanan hükümlerden de yararlanılarak, kombi model ve fiyatları konusunda uzman bir bilirkişiden gerekçeli, açıklamalı, anlaşılabilir ve denetime elverişli bir rapor alındıktan sonra kombinin takılacağı 11 ve 6 no'lu

dairelerin alanı ve kombinin dairelerin takılması uygun olan yeri itibarıyla orta kalitede verim alınması beklenen nitelik, model ve kapasite gibi özellikleri de göz önünde bulundurularak, bilinçli bir tüketicinin bu özelliklere göre tercih ettiği, orta kalitede bir “Ariston” marka kombi modeli belirlenerek, dava tarihindeki piyasa rayıcı üzerinden hüküm kurulması gerekirken, uyuşmazlık konusunda özel veya teknik bilgisinin bulunduğu anlaşılamayan bir avukata HMK’nın 266. ve 268. madde hükümlerine aykırı olarak bilirkişilik görevi verilip, davalı tarafından sunulan 14.01.2011 tarihli faturada “Ariston” marka kombinin belirtilen niteliğinin yukarıda yapılan açıklamalara ve ilkelere uygun olup olmadığı denetlenemeyen ve mahallinde inceleme içermeyen raporuna itibarla sonuca ulaşılması doğru olmamıştır **(23. HD. 25.4.2013, 1809/2672)**.

İmar Yönetmeliğinin 7.06. maddesinde, bitişik ve blok nizama tabi parsellerde bina derinliğinin hesaplanma şekli belirtilmiş ve bu formüle göre bulunacak bina derinliğinin 9 metreden az kalması halinde, arka bahçe herhangi bir noktada 1 metreden az kalmamak şartı ile bina derinliğinin 9 metreye kadar arttırılacağı, mevcut arka bahçe teşekkülü varsa mevcut teşekküle uyulacağı, parsel derinliği 7 metre ve daha az olan parsellerde parsel derinliğince bina izni verileceği hükme bağlanmıştır. Yönetmelik maddesinin yorumlanmasından, bina derinliğinin 9 metreye kadar artırılabilmesi, oluşmuş bir bahçe mesafesi var ise buna uyulacağı, ancak bina derinliğinin 7 metreden az olması halinde oluşmuş duruma bakılmaksızın bina derinliğince yapılaşma izni verileceği anlaşılmaktadır. Dava dosyasının incelenmesinden 15.2.1988 günlü ıslah imar planına göre bitişik nizam h:12.50 metre yükseklikte bina yapılabilecek yerde kalan taşınmazın parsel derinliğinin 7 metreden az olması nedeniyle yukarıda anılan yönetmelik hükmü uyarınca parsel derinliğince bina izni verildiği anlaşılmıştır. Bu durumda uyuşmazlığa konu inşaat ruhsatında hukuka aykırılık olmadığından dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararında isabet bulunmamaktadır **(Danıştay 6. Daire, 16.9.1999, 3149/4046)**.

Güven kavramı, anlam itibarıyla sadece, etik ve moral beklentilerin mevcut olduğu bir kavram değildir. O, aynı zamanda, toplum içerisindeki bireylerin iletişimde çok ciddi rol oynayan ve bazı durumlarda eksik kalmış, tamamlanamamış ya da üstü kapalı olarak geçirilmiş, bazı irade beyanlarının yorumlanması ve tamamlanmasında önemli

derecede etkisi olan psikolojik-sosyolojik bir kavramdır. Bilgilendirme gereksinimi içinde, güven kavramının, ekonomik, sosyal ve kültürel anlamları da mevcuttur. Bir görüşe göre güven kavramı, toplum içerisinde, bir bireyin diğer bireylerle olan ilişkilerini tamamlayan; bu ilişkilerin yorumlanmasında kullanılan; ya da o bireyin geleceği ile ilgili olan olaylarda yol gösterici bir rol oynayan, tamamen insanın kendi iç dünyasıyla ilgili bir davranış, bir ruh hali, bir zihniyet, bir anlayıştır.

Güven kavramının temelinde; doğruluk, dürüstlük, açık sözlülük, içtenlik, gerçeklik, haklılık gibi anlamlar yatmakta; güven kavramının anlamı da sayılan bu ilkelere dayanmaktadır. Bu anlamda güven, iki taraflıdır. Bir birey, ya karşısındakine güvenir, ya da karşısındaki, o bireye güven verir. Bir kimsenin, çevresine verdiği güven, aynı derecede bir karşılık ve hukuki olarak korunma gerektirmektedir.

Özel bir ilişkiye girmiş taraflardan biri, hukuka ve güven ihlali söz konusu olduğunda da hukukun öngördüğü yaptırıma güvenerek karşı tarafa güvenmiştir. Karşı taraf omuzlarına da bu güvenden dolayı, doğru ve dürüst davranmak ve sadakatli olmak yükümlülüğü yüklenmiştir. Kendisine güvenilen taraf da yapmış olduğu kendi davranışları ile bu güven olgusunu meydana getirdiği için, güvenen tarafa kendisine neden güvendiği hususunda bir itiraz hakkı söz konusu olmayacağı öğretide ileri sürülmüştür.

Her iki tarafın menfaatlerini korumak ve dengelemek için ileri sürülen güven ilkesine göre, bir irade beyanını anlamak ve değerlendirmek için, beyan muhatabınca bilinen ve bilinmesi gereken bütün hal ve şartları TMK. md. 2'de düzenlenen dürüstlük ilkesi gereğince değerlendirmek gerekecektir. Böylece, beyana ne anlam verilmesi gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu ilkeye göre, korunan karşı tarafın -beyan muhatabının- "haklı güveni"dir. Beyan muhatabının gerekli dikkat ve özeni göstermeksizin, beyanı nasıl anladığına bakamayacaktır. Beyan muhatabı, kendisine ulaşan beyanı, dürüstlük ilkesi gereği, bildiği veya bilmesi gereken tüm unsurları dikkate alarak anlamalıdır. Yani, onun bu beyanı o şekilde anlaması TMK. md. 2 uyarınca haklı görünmelidir. İşte bu ilke, meydana gelen adaletsizliği ve taraflar arasında gerçekleşen sorunu çözmüş olmaktadır. Zira güven ilkesi "karşılıklı birbirini gözetme" ve "bağlılık" esaslarına dayanmaktadır. Bu ilkeye göre, hem beyan sahibinin hem de beyan muhatabının menfaatleri dengede tutulmuş olmaktadır. Bir yandan beyan muhatabının, dürüstlük kuralına (objektif iyi niyet) göre, bildiği ve bilebileceği bütün olguları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama olan haklı güveni korunmakta; diğer

yandan ise, beyan sahibinin yaptığı beyanının, makul ve dürüst bir sözleşen insan tarafından anlaşılması olağan biçimde anlaşılacağına dair haklı güveni teminat altına alınmaktadır. Güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için, bir kimsede hukuken korunmaya layık bir güvenin olması, bu güvene dayanılarak bir tasarruf işleminde bulunulması, tüm bunların da bir kişiye isnat edilebilmesi gerekir. Bir olayda güven sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için şu koşullar aranmaktadır: Olayda bir “güven” unsuru bulunmalı, zarar gerçekleşmeli, yaratılan hukuki görünüme güvenin pozitif olarak korunması anlamında geçerlilik sonucu bağlanmamalı, zarar ile yaratılan hukuki görünüş arasında nedensellik bağı söz konusu olmalı, başka hukuki kurumların uygulama alanına giren herhangi bir durum söz konusu olmamalı, hukuki görünüşü yaratan kimse kusurlu olmalı, kişinin haklı güveni, yani olayda iyi niyeti bulunmalıdır (HGK. 10.2.2010, 39/71).

Somut olayda; yüklenicinin, %70 oranındayken inşaatı terk ettiği, arsa sahibi ve daire satın alanların gayretleriyle bu oranın %84'e yükseltildiği hususları mahkemenin kabulündedir. %70 oranı, 25.1.1984 gün, 3-1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanmasına ve dolayısıyla, sözleşmenin ileriye etkili feshine engeldir. Bu orana göre, ancak geriye etkili bir fesih söz konusu olabilir. Geriye etkili fesih (dönme) halinde ise davacı arsa sahibi, TBK'nın 125/III. maddesi uyarınca olumsuz zararını ve verdiğini geri isteyebilir. İfaya izin ve olumlu zarar kapsamına giren kalemleri isteyemez. Davacı arsa sahibinin, davada hem fesih, hem de ifaya izin (TBK. md. 113/1) ve olumlu zarar kalemlerini istemesi bir çelişki gibi görünüyorsa da, ileriye etkili fesih ve ifaya izin sözcüklerinin birlikte kullanılmasıyla, asıl kastedilen sözleşmenin feshi değil, inşaatın tamamlanması olduğu ve davanın bu şekilde yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, mahkemenin, maddi olayın nitelendirilmesinde ve yorumunda yanılğıya düşerek, feshe karar vermesi doğru olmamış ve hükmün bu nedenle de bozulması gerekmiştir. Davada, inşaatın davacı arsa sahibi tarafından tamamlatılmasına izin verilmesi istenilmiştir. Bu talep, TBK'nın 113. maddesindeki “nama ifa” demektir. Asıl kastedilen de budur. Bu bakımdan, mahkemece, tamamlanmayı bekleyen işler keşfen tek tek saptanmak ve de hüküm fıkrasında gösterilmek suretiyle, bu işlerin masrafı davalı yükleniciye ait olmak üzere, davacı arsa sahibi tarafından yapılmasına izin verilmesi gerekir (15. HD. 19.6.1996, 3158/3503).

İşe başladıktan sonra bazı istisnalar dışında sözleşmenin tüm hükümleriyle birlikte işin başından sonuna -teslime- kadar uygulanması zorunludur. Türk Hukukunda sözleşme yapma serbestisi vardır. Anayasa ve diğer yasalarda sözleşme yapma olanağı özel istisnalar dışında herkes için kabul edilmiştir. Sözleşmelerin değişen koşullara göre değiştirilmesi aynı sözleşmede buna olanak veren bir madde varsa olanaklıdır. Bunun dışında TBK'nın 480. maddesinde açıklanan koşullar varsa bu hakka dayanılarak işin bedelinin değiştirilmesi istenebilir. Aksi takdirde yüklenici işi kararlaştırılan bedelle yapıp bitirmekle yükümlüdür. Bitirmediği takdirde sonucuna katlanır. İşin başkasına yaptırılmasından doğacak zararları da ödemek zorunda kalır.

Dava konusu olayda, bedel birim fiyat olarak belirlenmiştir. Sözleşmelerine göre bu bedelin arttırılması, fiyat farkı kararnamelerinin uygulanması mümkün değildir. Durum böyle iken acaba Bakanlar Kurulu, ... sayılı kararname ek olmadığı ve bu kararnamenin uygulanmayaacağı yazıldığı halde, sözleşmesinde aksine hüküm bulunsa, yüklenici hiçbir fiyat farkı almayacağını kabul etse bile, bu şekilde sözleşme imzalayan yüklenicilere de fiyat farkı verecek biçimde kararname çıkartabilir mi? Bakanlar Kurulunun kararnameler çıkartma yetkisi mevcut yasalardan kaynaklanmalıdır. Bir yasadan yetki almadan, sözleşmelere müdahale eder şekilde kararname çıkartılması mümkün değildir... gün ve... sayılı kararnamenin çıkartıldığı ve yürürlüğe girdiği... tarihinde yürürlükte bulunan Devlet İhale Kanununda fiyat farkı verilebilecek hallerin hazırlanacak şartnamelerde gösterilmesi 7. maddenin (k) bendinde açıklanmıştır. Ancak bu olanağın tanınabilmesi, sözleşmeye eklenecek şartnamelerde böyle bir hükmün bulunmasına bağlıdır. Sözleşme ve eki şartnamelerde fiyat farkı verileceğine ilişkin bir hüküm yoksa sözleşmenin imzalandığı tarihten sonrası için bu konuda dahi kararname çıkartmaya Bakanlar Kurulunun yetkili olduğuna ilişkin bir hükme Devlet İhale Kanununda yer verilmemiştir.

Bakanlar Kurulunun yetkisi sadece fiyat farkı verileceği kabul edilen sözleşmelere konu işlere uygulanacak fiyat farkları içindir. Bu nedenle yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmede fiyat farkı kararnamelerinin uygulanmayacağı yazılı hallerde Bakanlar Kurulunun bu sözleşmelere müdahale edecek nitelikte kararname çıkartma yetkisi bulunmamaktadır.

Kaldı ki bu yetki yasayla tanınsa bile; mevcut sözleşmelere kamu düzeni ne ilişkin nedenler dışında müdahale edilemez. Hatta bu nitelikteki yasalar Anayasaya aykırı bulunduğundan iptali yönüne gidi-

lebilir. Nitekim Elektrik Piyasası Kanununun sözleşmelere müdahale eden maddeleri, Anayasanın 2. ve 48. maddelerine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesinin 13.2.2002 gün ve 293/28 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Demek oluyor ki asıl olan sözleşme özgürlüğüdür. Anayasa ve yasaların güvencesi altındadır. Bu güvenceyi zedeleyici yasalar dahi iptali istendiği takdirde Anayasa Mahkemesince iptal edilmektedir. Yasalar ile sözleşmelere müdahale edilemeyeceği sonucuna varan bir hukuk sisteminde kararnamelerle dahi sözleşmelere karışılmayacağı açıktır.

Fiyat farkı isteminin sözleşmeye dayanılarak istenemeyeceği, olsa olsa yasal dayanağı olan TBK'nın 480. maddesindeki koşulların oluşması durumunda karar altına alınabileceği ortadadır. Nitekim Bakanlar kurulunca daha önceki yıllarda çıkartılan... sayılı ve benzeri kararnameler ile yükleniciler yararına uygulanması gereken fiyat farklarına ilişkin olarak açılan davalarda verilen çelişkili kararlar sonucunda konu Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun gündemine getirilmiş, yapılan görüşmeler sonucunda kararnamelerin uygulanması genel olarak kabul edilmiş ise de, her olayın özelliğine göre koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, TMK. md. 2'deki ilkeler göz önünde bulundurularak yargıcın takdirine bırakılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu sonuç esasen TBK. md. 480'deki düzenlemeye de uygun bulunmaktadır. Çünkü TBK'nın 480/I. maddesinde yüklenicinin yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecbur olduğu kural olarak benimsenmiş, madde-nin ikinci fıkrasında ise (fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işgal ederse yargıç, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi feshetmeler) denilmek suretiyle işin yapımını son derece zorlaştıran şartların oluşması halinde fiyatın arttırılabileceği veya akdin bozulabileceği kabul edilerek bu hususlar yargıcın takdirine bırakılmıştır. Böylece YİBGK'nın 24.10.1986 gün ve 2/2 sayılı kararlarında da bu ölçütlere yer verilmekle kararnamelerin uygulamaları yargıcın takdirine bırakılmış olmaktadır.

Sözleşme ve eklerinde kararnamelerin uygulanacağına ilişkin hüküm bulunmadığı için davanın hukuki dayanağı TBK'nın 480/II maddesi ile 1986/2-2 sayılı İBK'nın oluşturacağı tabiidir. Gerek 480/II. maddesinde ve gerekse İBK'nda sözleşme bedelinin arttırılıp arttırılamayacağı her olayın özellikleri dikkate alınarak yargıcın takdirine bırakılmıştır. Bu nedenlerle böyle bir davada yargıcın koşulların oluşup oluşmadığına karar verilmesine yetecek derecede inceleme, keşif vs. yapması

gerekirse bilirkişiden görüş alarak sonuca ulaşması yerinde olacaktır.

Bakanlar Kurulunca fiyat farkı kararnamesinin çıkartılması TBK'nın 480/II. maddesinde yer alan sözleşmedeki bedelin değişmesini haklı kılabacak derecede koşulların ağırlaştığını idare kabul edildiği biçimde yorumlanmasına da uygun bulunmamaktadır. Çünkü idare zaten her yıl için gerekli kabul ettiği fiyat artışlarını otomatikman yapmakta, sözleşmelerinin eki olarak kabul edilen şartnamelerde fiyat farkı olarak işe başlayan yüklenicilere ödemektedir. Böyle bir durum bilinmekteyken sözleşmenin fiyat farkı alınmayacağı kabul edilerek imzalanması karşısında mademki kararname çıktı öyleyse TBK'nın 480/2'deki şartlar oluşmuştur şeklinde bir sonuca varılması mümkün bulunmamaktadır.

Kararnamede yer alan hükme dayanılarak davacının açtığı fiyat farkının tahsiline ilişkin davanın, mahkemece hiçbir inceleme yapılmadan reddedilmesi doğru bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki (özel şartnamedir) başlıklı... onay tarihli sözleşmenin 18. maddesiyle Bİ-GŞ'nin sözleşmenin eki olduğu taraflarca kabul edilmiştir. Anılan şartnamenin 39. ve 40. maddeleri uyarınca yüklenicinin geçici hak edişlere itirazı olduğu takdirde bu itirazının neler olduğu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hak ediş raporuna ekleyeceği dilekçe ile bildirmesi ve hak ediş raporunu da (idareye verilen... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazı kayıtlı) cümlesini yazmak suretiyle imzalaması gerekir. Yüklenici itirazları bu şekilde bildirmediği takdirde hak edışı olduğu gibi kabul etmiş sayılır ve yüklenici açısından hak ediş bu haliyle kesinleşir. HMK'nın 189 ve 193. maddeleri uyarınca delil sözleşmesi niteliğinde olan bu hususun yargıç tarafından resen gözetilmesi gerekir.

O halde mahkemece; öncelikle düzenlenen hak edişlere yüklenici tarafından usulüne uygun olarak itirazda bulunulup bulunulmadığı araştırılmalı; hak edişlere usulüne uygun olarak itiraz edilmemiş ve 2000/2862 sayılı Kararnameye dayalı fiyat farkı alacakları için ayrı bir hak edişle düzenlenmemiş ise herhangi bir fiyat farkı yaptırılmadan dava reddedilmeli; hak edişlere itiraz edilmiş veya fiyat farkları için ayrıca bir hak ediş düzenlenmiş ise gerektiğinde mahallinde keşif yaparak bilirkişiden rapor alarak sözleşmenin imzalanmasından sonra oluşan ekonomik ve fiyatı etkileyen diğer şartları işin bu bedelle yapılmasını -son derecede- zorlaştırıp zorlaştırmadığı ve TMK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşme fiyatlarıyla işe devam etmesini yükleniciden beklemenin iyi niyet kurallarıyla bağdaşıp bağdaşmayacağı tarafların durumu ve sözleşmedeki amaç dikkate alınarak değerlendirilmeli

ve ortaya çıkacak sonuca ve vicdani kanaate göre davacıya ödenmesi gereken bir bedel varsa miktarı takdir olunup belirlenerek davalı iş sahibinden alınmasına, yoksa reddine karar verilmelidir (15. HD. 17.6.2003, 2573/3245).

SONUÇ

İnşaat Sözleşmesinin kurulmasında, yorumlanmasında, tamamlanmasında ve yeni koşullara uydurulmasında doğruluk ve güven ilkesinin önemi büyüktür. Bir irade beyanının muhatabı olan bir kimse bu beyana dürüst, iyi niyetli, orta zekâlı makul bir kimsenin verebileceği anlamı vermelidir. Bir başka deyişle beyan sahibi doğruluk ve güven kuralları uyarınca beyanının iş hayatında nasıl anlaşılacak idiyse o yolda anlaşılmasını ve işlem görmesini hoş görmek zorundadır. Bir başkasına herhangi bir bildirimde bulunan kimse, muhatabın onu anladığı biçimde yaptığı irade açıklamasının sonuç doğuracağını benimsemek zorundadır. Taraflardan birine göre bir beyanın farklı bir anlamı varsa, iradeler arasında bir uygunluk yoktur. Bununla birlikte, muhatabın bilebildiği veya bilebileceği koşullara göre sözleşmenin kurulmuş olacağı da kabul edilebilir. Burada muhatabın güveni korunur. Yorumla sözleşmenin konusu genişletilemez. Yorum taraf iradelerine aykırı, çelişkili ve onları değiştirici olmamalıdır. Yorumla gerçek veya gerçeğe yakın taraf iradesi araştırılacaktır.

İnşaat sözleşmesi yorumlanırken tarafların gerçek ve ortak amaç ve iradelerinin ne olduğu araştırılacaktır. Sözleşmecilerin kullandıkları sözcüklerin öbür tarafça bilinmeyen özel anlamı değil; fakat bu sözcüklerin gerçek ve ortak amaçlarına göre taşıması gereken anlamlarını araştırmak gerekir. Sözleşmecilerin kullandıkları sözcüklerin teknik ve bilimsel anlamı değişik olabilir. Doğruluk ve güven ilkesi gereğince sözcüklerin genel olarak kabul edilen anlamı ifade ettiği kabul edilir. Sözleşmenin özünün yorumlanması gerekebilir; bu durumda sözleşmenin bütününden çıkan anlam araştırılacaktır. Sözleşme bir bütün olarak ele alınacaktır. Sözleşme hükümlerinden her birinin ötekiyle olan bağlantısı göz önünde tutulacaktır.

Sözleşmenin yanlara tanıdığı haklar ve yüklediği borçlar ancak doğruluk ve güven kurallarının kabul ettiği ve izin verdiği ölçüde benimsenebilir: Yorum yoluyla varılan sonucun doğruluk ve güven ilkesiyle bağdaşır olması gerekir.

Yargıç hakkın kötüye kullanımı yasağına ilişkin kuralın ikincil bir kural olduğunu ve tamamlayıcı ve düzeltici bir işlevi bulunduğunu gözden

kaçırmayacaktır. Somut uyuşmazlık konusunda bir yasal düzenleme veya genel olarak bir hukuk kuralı varsa TMK. 2'ye başvurulmayacaktır. Başka bir anlatımla, hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek veya kötüye kullanmanın sonuçlarını giderecek özel bir yasa kuralı varsa öncelikle bu kurala göre hakkın kötüye kullanılmasının sonuçları belirleyecektir. TMK. md. 2 kuralı son çaredir. Bu nedenle, her uyuşmazlıkta konuya ilişkin hukuk kurallarını uygulamayarak dürüstlük kurallarına başvurmak hukuki güvenliğe zarar verebilir. Önce özel hükmü uygulamak, genel kuralları fevkalade zorunlu durumlarda sadece tamamlayıcı ve düzeltici biçimde uygulamak gerekir. Ancak TMK. md. 2'ye başvurmanın koşulları oluşmuşsa, yargıç, bu hükmün düzeltici, tamamlayıcı ve denkleştirici işlevinden yararlanmaktan çekinmeyecektir.

KAYNAKÇA

- Ahmet Kılıçoğlu: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 5. Baskı, Ankara-2005.
- Andreas von Thur: Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. I-II, (Çvr. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No. 15, Ankara-1983.
- Ayhan Uçar: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayınları, Ankara-2003.
- Ayşe Arat: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin Yayınları, Ankara-2006
- Ayşe Havutçu: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir-1995.
- Cevdet Yavuz: Borçlar Hukuku Dersleri /Özel Hükümler, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul-2001.
- Damla Gürpınar: Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Yayınevi, İzmir-2006.
- Emre Gökyayla: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009.
- Fahrettin Aral: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.
- Fikret Eren: Borçlar Hukuku, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Gökhan Dirican: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2007.
- Halil Akkanat: Taşeronluk Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İst.-2000.
- Halil Kalabalık: İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara-2003.
- Haluk Burcuoğlu: Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İst.-1995.
- Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul-1989.
- Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Evrim Yayınları, İstanbul-1988.

- Hasan Erman: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul-2007 (Arsa Payı Karşılığı olarak geçecektir).
- Hasan Erman: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul-1979.
- Hüseyin Altaş: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara- 2002.
- Hüseyin Altaş: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara-2002.
- İbrahim Kaplan: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Kadioğlu Matbaası, Ankara-1987.
- İlker Hasan Duman, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusurun Önemi, 1. Baskı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2013.
- İlker Hasan Duman, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- İlker Hasan Duman, İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2015.
- İzzet Karataş: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara-2004.
- İzzet Karataş: Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlikli İşleminden Kaynaklanan Davalar, Adalet Yayınları, Ankara 2009.
- Kemal Dayınlı: Borçlar Hukukuna Göre Alacağın Temlik, Ankara-2000.
- Kemal Dayınlı: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlı Yayınları, Ankara-1988.
- Kemal Oğuzman/Kenan Tunçomağ: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç İlişkileri, İstanbul-1974
- Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1973.
- Kenan Tunçomağ: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, II. Cilt, İstanbul 1974.
- Köksal Kocağa: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, TBB Dergisi, Kasım-Aralık 2009, sf. 86 vd.
- Köksal Kocağlu: Cezai Şart, Ankara 2003.
- Mehmet A. Tutumlu: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara-2008.
- Mehmet Altunkaya: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara-2005.
- Muaz Ergezen: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara-2007.
- Naim İnan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara-1979.
- Nami Barlas: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü İstanbul-1992.
- Necip Kocayusufpaşaoğlu: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, İstanbul-1968.
- Nedim Uyanık: İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, Beta Yayınları, İstanbul-2004.
- Nevzat Koç: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu (BK. md. 58), Ankara-1990.
- Özer Seliçi: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul-1977.
- Özer Seliçi: İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul-1978.
- Rona Serozan: Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2007.
- Sendi Yakuppur: Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, XII LEVHA yayınları, İstanbul 2009.

- Serkan Ayan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara 2008
- Süleyman Yalman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Şener Akyol: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul-1995.
- Tamer İnan: Borca Aykırılık ve Sonuçları, Kazancı Yayınları, İstanbul-2004.
- Tekinay/Akman/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul-1993.
- Turan Şahin: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara-2012.
- Turgut Akıntürk: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler/Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul-2001.
- Turgut Öz: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınları, Ankara-2006.
- Turgut Uygur: Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. V, Ankara-1995.
- Türker Yalçınduran: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara-2000.
- Vedat Buz: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin yayınları, Ankara-1998.
- Yasemin Işıқтаç: Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet, Filiz Kitabevi İstanbul-2004.
- Zarife Şenocak: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara-2002.

GEMİLERİN İHTİYATİ HACZİNDE MAHCUZ GEMİNİN İŞLETİLMESİ

Av. Ozan ORAN¹

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın² 1366'ncı maddesi uyarınca ihtiyati hacze karar verilen bütün gemiler, bayrağı ve hangi sicile kayıtlı oldukları dikkate alınmaksızın, icra müdürü tarafından seferden menedilerek muhafaza altına alınır. Bu kapsamda gemi, ihtiyati haciz kararının tebliğ edildiği kaptana veya malike ya da malik olmayan donatana yahut bunların bir temsilcisine yed-i emin sıfatıyla bırakılır. Geminin, yed-i emin sıfatıyla sayılan kişilere bırakılması yalnız muhafaza tedbirleriyle sınırlı olup bu kapsamda gemi yed-i emin sıfatıyla kendisine bırakılan, yalnız icra dairesinin emirleri doğrultusunda hareket edecek ve icra dairesinin emri veya onayı olmadan gemiyi hareket ettiremeyecek olup bu kapsamda geminin borçlu veya bir başkası tarafından kullanılması ve geminin ticari fonksiyonundan yararlanması mümkün değildir.

Hiç şüphesiz ki gemi, önemli bir ekonomik değer olup ihtiyati haciz süresince geminin işletilemeyecek olması sebebiyle borçlu, bu ekonomik değerden onun işletilmesinden elde ettiği gelirler ve menfaatler ile birlikte mahrum kalacağı bir yana geminin işletilememesi sebebiyle taşıyan sıfatıyla özellikle TTK 1141 ve 1178 vd. maddeleri uyarınca tazminat sorumluluğu da gündeme gelecektir.

Bu noktada ihtiyati hacizde borçluya TTK'nın 1370-1374 hükümleri kapsamında önemli bir imkan tanınmıştır. Buna göre borçlu, teminat göstermek suretiyle geminin serbest bırakılmasını sağlayarak; kural olarak, her hangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın gemiyi işletme imkânını elde etmektedir. Çalışmamız, esas olarak TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında geminin üzerindeki ihtiyati haciz devam etmek kaydıyla serbest bırakılması şartlarını incelemeyi hedeflemekte olup konu gerek TTK gerekse uluslararası konvansiyonlar kapsamında irdelenmeye çalışılacaktır.

1 İstanbul Barosu

2 14.02.2011 tarihli 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

I. GENEL OLARAK

İhtiyaten haczedilen geminin güvence karşılığında serbest bırakılmasına ilişkin TTK'nın 1370-1374 maddesi düzenlemeleri, aynı hususta genel hüküm niteliğindeki 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun (İİK)³'nün 263-266 maddelerindeki sistem izlenerek, 1999 tarihli Gemilerin İhtiyati Hazine ilişkin Cenevre Antlaşması (1999 Cenevre Sözleşmesi)⁴'nın 4'üncü maddesi göz önünde tutularak onunla uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir⁵. TTK'nın 1370'inci maddesinde çalışmamızın konusu olan ihtiyati haciz devam etmek üzere geminin serbest bırakılmasının ana şartları düzenlenmiş olup; söz konusu müesseseye ilişkin tamamlayıcı hükümler, TTK'nın 1372-1374 hükümlerinde öngörülmüştür⁶. Ayrıca TTK'nın 1351'inci maddesi atfıyla, konuya ilişkin olarak TTK'nında özel olarak düzenlenmeyen hususlarda İİK'nin ihtiyati hacze ilişkin genel hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.

TTK'nın 1370/İ'inci⁷ maddesi, *“İhtiyaten haczolunan gemi, istenildiği zaman icra dairesine teslim edilmek ve bunu sağlamak amacıyla geminin değeri depo edilmek veya icra memuru tarafından kabul edilecek taşınmaz rehni, gemi ipoteği veya itibarlı bir banka kefaleti gösterilmek şartıyla borçluya ve gemi üçüncü kişi elinde iken ihtiyaten haczolunmuşsa, bir taahhüt senedi alınarak, bu kişiye bırakılabilir.”* hükmünü ihtiva etmektedir. Böylece ihtiyati haciz kesin hacze dönüşene kadar⁸ icra dairesine başvurmak suretiyle borçlu tarafından TTK'nın 1370 veya 1372'inci maddelerine uygun tür ve miktarda teminat sunularak veya gemi üçüncü kişi elinde iken ihtiyaten haczolunmuşsa üçüncü kişi tarafından TTK'nın 1370/İ'inci hükmü uyarınca bir taahhüt senedi sunularak borçlu veya üçüncü kişiye geminin serbest bırakılmasını

3 19.06.1932 tarihli 2128 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

4 12.03.1999 tarihinde Cenevre'de imzalanıp, 14.09.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyon'a Arnavutluk, Cezayir, Benin, Bulgaristan, Kongo, Danimarka, Ekvador, Estonya, Finlandiya, Letonya, Liberya, Norveç, Pakistan, İspanya, Suriye olmak üzere 15 ülke taraftır. Bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt-dsg_no=XII-8&chapter=12&lang=en (Çevrimiçi), 23.06.2015; Konvansiyona Türkiye henüz taraf değildir. Kanun teklifi için bkz. <http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/370813.pdf> (Çevrimiçi) 23.06.2015.

5 Kerim Atamer, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul, 2006, s.316

6 Atamer, a.g.e., s.316

7 Krş. İİK md. 263, 1999 Cenevre Sözleşmesi md. 4.

8 Sadece ihtiyaten haczedilen malların teminat mukabilinde borçluya bırakılması söz konusu olabilir; Eğer, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmüş ise artık mahcuz malların teminat mukabilinde borçluya bırakılması söz konusu olmamalıdır. Zira bu halde artık borçluya bırakılan malların (paraya çevirmek için) icra dairesine geri verilmesi gerekmektedir.(Baki Kuru, İcra İflas Hukuku, Cilt:3, Ankara 1993, s.2525)

sağlama ve ihtiyati hacze rağmen gemiyi işletmeye devam etme imkânı verilmektedir.

İhtiyati hacze rağmen, borçluya gemiyi işleterek onun ekonomik fonksiyonundan yararlanabilme imkanı verilmesi, hem borçlu hem alacaklılar hem de menfaat sahibi üçüncü kişiler açısından oldukça önemlidir. Her şeyden önce borçlu, bu suretle gemisi üzerinde tekrar serbestçe tasarruf edebilmek ve gemisini işletebilmek imkanını elde etmiş ve borcunu ödemeyerek kusuru ile ihtiyati hacze sebebiyet vermiş olmasından dolayı yükü ilgililere karşı mesuliyetten de kendisini korumuş olacaktır⁹. Zira TTK'nın 1411'inci maddesi uyarınca; her türlü navlun sözleşmesinde taşıyan, geminin denize, yola ve yüke elverişli bir hâlde bulunmasını sağlamakla yükümlü olup ihtiyati haciz sebebiyle geminin TTK'nın 1366'ncı maddesi çerçevesinde seferden men edilmesi dolayısıyla geminin denize, yola veya yüke elverişli olmamasından doğan zararlardan yükü ilgili olanlara karşı sorumlu olacaktır. Yine borçlu, ihtiyati haciz sebebiyle eşyanın geç teslim edilmesi sebebiyle doğan zararlardan da TTK'nın 1178/II'nci maddesi uyarınca sorumlu olacaktır. Üstelik TTK'nın 1243/I/a bendi uyarınca taşıyanın söz konusu yükümlülüklerinin bir navlun sözleşmesine veya konişmentoya veya diğer bir denizde taşıma senedine konulacak kayıt ve şartlar ile, doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırılamayacağı veya daraltılamayacağı¹⁰ da düşünüldüğünde borçlunun geminin ekonomik değerinden, onun işletilmesinden elde ettiği gelirler ve menfaatler ile birlikte mahrum kalmak suretiyle maruz kalacağı net mali yükün yanında geminin işletilememesi sebebiyle taşıyan sıfatıyla özellikle TTK 1141 ve 1178 vd. maddeleri uyarınca karşılaşacağı tazminat sorumluluğu da oldukça belirgindir. TTK'nın 1370'inci maddesi uyarınca geminin serbest bırakılmasıyla borçlu, söz konusu hukuki ve mali riskleri minimuma indirerek önemli bir imkâna kavuşmaktadır. Alacaklı açısından ise, bir yandan gemiye nazaran daha kolay paraya çevrilebilecek bir teminata kavuşması diğer yandan ise borçlunun gemiyi işleterek borcunu ihtiyati haczin uygulanmasına göre daha kolay ödeyebilme imkânı elde edecek olması nedeniyle geminin serbest bırakılması alacaklı lehine de sonuç doğuracaktır. Diğer alacaklılar açısından ise, teminat icra vizesinden çekilene kadar TTK'nın 1370/III'üncü maddesi kapsamında hacze iştirak etme imkanı söz konusu olduğundan onlar için de durum farklı değildir. Bundan başka teminat

9 Rageyan Kender, Tahir Çağa, Deniz Ticareti Hukuku III - Gemi ve Yük Alacaklısı Hakları, Zamanaşımı, Deniz Hukukunda Cebri İcra (Cebri İcra), İstanbul, 2005, s.150; Rayegan Kender, Ergon Çetingil, Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul, 2009, s.245

10 Bülent Sözer, Deniz Ticareti Hukuku-I, İstanbul, 2014, s.479

gösterilmesi neticesinde, gemi yoluna devam edeceği için, yük sahipleri ve yolcular gibi o seferin yapılması ile ilgili kimselerin de menfaati de korunmuş olacaktır¹¹.

II. ŞARTLARI

A. GENEL OLARAK

İhtiyaten haczedilen geminin işletilebilmesi ancak TTK'nın 1366'ncı maddesinde belirtilen muhafaza tedbirlerinin, uygulanmamasına yani geminin seferden men edilerek ticari faaliyetlerinden alı konmamasına bağlıdır. Bu ise TTK'nın 1370'inci maddesi hükmü kapsamında gemi malikinin gemiden serbestçe tasarruf edebileceği şekilde geminin serbest bırakması ile mümkündür. TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında geminin serbest bırakılabilmesi için gemi zilyetliğinde ihtiyaten haczedilen borçlu veya üçüncü kişi, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşene kadar¹² icra dairesine başvurarak, geminin yerine kaim olmak üzere borçlu tarafından TTK'nın 1370 veya 1372'inci maddelerine uygun tür ve miktarda teminat sunulması, gemi üçüncü kişi elinde iken ihtiyaten hacz olunmuşsa da TTK'nın 1370/İ'inci hükmü uyarınca üçüncü kişi tarafından bir taahhüt senedi sunulması gerekir.

B. TEMİNAT VEYA TAAHHÜT SENEDİ SUNULMASI

1. Borçlu Tarafından Sunulacak Teminat

a. Taraflarca Belirlenmesi

TTK'nın 1372'nci maddesinde 1999 Cenevre Sözleşmesi'nin 4/İ'inci maddesine paralel bir şekilde, teminatın tür ve miktarının alacaklı ile gemi maliki veya malik olmayan donatan tarafından serbestçe kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir¹³. Burada, tarafların teminat konusunda anlaşmaları, geminin serbest bırakılması için gerekli olan teminatın tespitinde seçimlik olarak kabul edilmiş olup bunun, teminatın TTK 1370/İ'inci maddeye göre belirlenebilmesi için¹⁴ her hangi bir

11 Kender, Çetingil, a.g.e., s.245

12 Sadece ihtiyaten haczedilen malların teminat mukabilinde borçluya bırakılması söz konusu olabilir; Eğer, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmüş ise artık mahcuz malların teminat mukabilinde borçluya bırakılması söz konusu olmamalıdır. Zira bu halde artık borçluya bırakılan malların (paraya çevrilmek için) icra dairesine geri verilmesi gerekmektedir.(Baki Kuru, İcra İflas Hukuku, Cilt:3, Ankara 1993, s.2525)

13 İİK'nın 263'üncü maddesinde, teminatın taraflarca da kararlaştırılabileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır.

14 Bkz. Aşağıda b bendi.

ön prosedür niteliği söz konusu değildir. Buna göre taraflar, karşılıklı müzakerelerde bulunarak, TTK'nın 1370'inci maddesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın teminatın tür ve miktarını serbestçe kararlaştırabileceklerdir.

Uygulamada, P&I klüpleri (Protection and Indemnity Clubs)¹⁵, tutuklanmış (ihtiyaten haczedilmiş) olan geminin serbest bırakılması için teminat mektubu (letter of undertaking) vermektedirler¹⁶. Bunlar banka teminat mektupları veya diğer teminatlardan daha kısa sürede verilmekte, yaygın bir şekilde tanınmakta ve kabul görmektedirler¹⁷. Bir çok alacaklı da, böyle bir güvenceyi yeterli görmektedir¹⁸.

Teminatın tür ve miktarı konusunda tarafların anlaşmaları halinde mahkeme, kararlaştırılan teminatı kabul edecektir¹⁹; mahkemeye bu hususta bir takdir yetkisi tanınmamıştır²⁰.

b. TTK md. 1370/I Kapsamında Belirlenmesi

Borçlu tarafından verilecek teminatın tür ve miktarının tespitine ilişkin olarak taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmaması halinde, geminin serbest bırakılması için borçlu tarafından verilecek olan teminatın tür ve miktarı, TTK'nın 1370/I'inci maddesi çerçevesinde belirlenecektir. TTK'nın 1370/I'inci maddesi konuyu şu şekilde düzenlemektedir: *“İhtiyaten haczolunan gemi, istenildiği zaman icra dairesine teslim edilmek ve bunu sağlamak amacıyla geminin değeri depo edilmek veya icra memuru tarafından kabul edilecek taşınmaz rehni, gemi ipoteği veya itibarlı bir banka kefaleti gösterilmek şartıyla borçluya ... bırakılabilir.”*²¹.

Buna göre ilk ihtimal, borçlunun geminin değerini icra veznesine depo etmesidir. Burada bahis konusu olan nakdi teminata ilişkin

15 Tescil edilmiş gemilerin büyük bir kısmı P&I Klüplerine kayıtlıdır. Dünya filosunun %92'sinin bu klüplere üye olduğu ifade edilmektedir. (J Steven Hazelwood, The United Kingdom and the 1976 Convention The Limitation of Shipowner's Liability: The New Law, London 1986, s.257 (Naklen: Nuray Ekşi, Yabancı Gemilerin İhtiyati Hacı, İstanbul, 2004, s.132, dp.554)

16 Nuray Ekşi, a.g.e., s.132

17 Ekşi, a.g.e., s.133

18 Madde Gerekçesi, Abuzer Kendigelen, Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 2011, s.1309

19 Madde Gerekçesi, Kendigelen, a.g.e., s.1309

20 Atamer, a.g.e., s.320

21 Krş. İİK md. 263

olarak icra müdürüne herhangi bir takdir yetkisi verilmemiştir²². Alacak gemi değerinden daha yüksek olsa bile geminin değeri kadar yatırılan güvence yeterli kabul edilecektir²³. Alacaklı da geminin değeri kadar bir güvence sağlanması halinde geminin serbest bırakılması işlemine itiraz edemeyecektir ki güvence, esasında, geminin yerine kaim olmak üzere sağlanmaktadır²⁴.

Bu noktada, her ne kadar maddede geçen “...borçluya...bırakılabilir.” ifadesinden yola çıkarak lafzen burada teminata rağmen icra müdürünün geminin serbest bırakılmasına karar vermeme yetkisi olduğu düşünülebilirse de²⁵, bunun gerçek anlamda bir takdir yetkisi olmadığı kanaatindeyiz. Zira ilk olarak kanun koyucu açık bir şekilde, borçlu tarafından teminat olarak taşınmaz rehni, gemi ipoteki veya itibarlı bir banka kefaleti sunulması halinde geminin serbest bırakılabilmesi için bunların icra memuru tarafından kabul edilmesi gerektiği açık bir şekilde ifade edilerek icra memuruna takdir yetkisi verilmişse de borçlu tarafından geminin değerinin depo edilmesi halinde geminin serbest bırakılması için bunun icra memuru tarafından kabul edilmesi şartı aranmamıştır. Kaldı ki alacaklı için önemli olan, alacağının mutlaka haciz objesi gemi ile değil, ona eş değerdeki bir teminatla karşılanmasının teminidir²⁶. Geminin değerinin depo edilmesiyle birlikte alacaklının ihtiyati hacizden beklediği amaç fiilen gerçekleşmiş olacak ve ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesi halinde gemi borçlu tarafından icra dairesine teslim edilmese dahi alacaklı, borçlu tarafından icra veznesine depo edilmiş teminattan, geminin normal satış prosedürlerinin izlenmesine göre alacağını daha hızlı elde etme imkânına kavuşacaktır. Dolayısıyla maddenin “bırakılabilir” şeklindeki lafzından hareketle bir an için icra müdürünün teminata rağmen gemiyi serbest bırakmama şeklinde bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilse bile gerek ihtiyati haczin amacı, gerek menfaatler dengesinin gözetilmesi, gerekse usul ekonomisi gereği icra müdürünün teminata rağmen geminin serbest bırakılmamasına karar verebilmesi kanaatimizce olası değildir.

Teminatın tür ve miktarının tespitine ilişkin olarak TTK’nın 1370/İnci maddesinde düzenlenen ikinci ihtimal ise, icra müdürü tarafından uygun

22 Atamer, a.g.e., s.316

23 Francesco Berlingieri, Arrest of Ships (A Commentary On The 1952 And 1999 Arrest Conventions), Fifth Edition, 2011, s.361

24 Berlingieri, a.g.e., s.362

25 Borçlu tarafından teminat verilse bile icra müdürünün, serbest bırakılma talebini reddedebileceği, zira Kanun’un (İİK md.263) “...bırakılabilir...” ifadesi gereğince düzenlemenin emredici olmadığı, icra müdürüne takdir yetkisi verildiği yönünde: Volkan Özçelik, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014, s.336

26 Kender, Çetingil, a.g.e., s.245

görülmesi şartıyla, borçlu tarafından gemi değerini karşılayacak taşınmaz rehni, gemi ipoteği veya itibarlı bir banka kefaleti sunulmasıdır. Bu ihtimalde geminin serbest bırakılması, borçlu tarafından sunulacak olan taşınmaz rehni, gemi ipoteği yahut güvenilir bir banka kefaleti şeklindeki teminatın, TTK'nın 1370/T'inci maddesi açık hükmü gereği icra müdürü tarafından uygun bulunması şartına bağlıdır. Dolayısıyla icra müdürüne burada takdir yetkisi verilmiştir. Ancak ifade edelim ki, TTK'nın 1370/T'inci maddesinin sınırlayıcı niteliği gereği icra müdürünün de burada sayılanlar (taşınmaz rehni, gemi ipoteği yahut güvenilir bir banka kefaleti) dışında bir teminatı (P&I kulüpleri tarafından sunulacak teminat mektupları) alacaklının açık onayı (TTK 1372) olmaksızın kabul etmesi de mümkün değildir. Zira kanun koyucu madde metninde “*taşınmaz rehni, gemi ipoteği veya itibarlı bir banka kefaleti gösterilmek şartıyla*” demek suretiyle sınırlayıcı bir düzenleme yapmıştır.

c. Sınırlı Mesuliyete İlişkin Milletlerarası Antlaşmalar Kapsamında Belirlenmesi

TTK'nın 1370/V'inci maddesi, TTK'nın 1328 ilâ 134'uncu maddelerinde uygulanması öngörülmüş olan sınırlı mesuliyete dair 1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında Milletlerarası Sözleşme²⁷ ile 1992 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi²⁸ ve 1992 tarihli Fon Sözleşmesi²⁹ hükümlerini saklı tutmaktadır.

Zira bu sözleşmeler uyarınca sorumluluğun kural olarak fon kurulması suretiyle sınırlandırılması olanağı bulunmaktadır³⁰. Sorumluluğun sınırlandırılması olanağının açık olduğu hallerde, TTK'nın 1370/T'inci maddesi kapsamında borçludan geminin tam değeri kadar güvence verilmesini beklemenin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecek olması sebebiyle TTK'nın 1370/V'inci maddesi kapsamında sınırlı mesuliyete dair söz konusu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur. Böylece, TTK'nın 1370'inci maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, sınırlı mesuliyete dair söz konusu milletlerarası sözleşmelere göre yalnızca sınırlı sorumluluğun tavanını oluşturan tutarın yatırılması yeterli olacaktır³¹.

27 04.08.1980 tarihli ve 17007 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

28 Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme, 24.7.2001 tarihli ve 24472 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

29 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme, 18.7.2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

30 Kender, Çağa, Cebri İcra, s.153; Atamer, a.g.e., s.318; Sözer, a.g.e., s.252 vd.

31 Madde Gerekeçesi, Kendigelen, a.g.e., 1309

Ancak pratik bir sonuç olarak bu gibi hallerde, 1976 tarihli Sözleşme'nin 13/II'nci ve 1992 tarihli Sözleşme'nin 6/I/b bendi uyarınca, TTK'nın 1370/II'inci maddesinden farklı olarak ihtiyati haciz sona erecektir³².

Bu hususlar, adı geçen sözleşmelerde açıkça öngörüldüğünden, sözleşme hükümlerinin TTK'nın 1370'inci maddesinin beşinci fıkrasında saklı tutulması yeterli görülmüştür³³.

2. Üçüncü Kişi Tarafından Sunulacak Taahhüt Senedi

Önceleri gemi sahibi, donanımı sağlayan, gemi adamlarını temin eden, işleten, taşıyan, ticaret yapan kısacası bütün denizcilik faaliyetlerini bünyesinde bulunduran bir kişiydi³⁴. Ancak günümüzde durum farklıdır. Aynı gemiye ilişkin gemi sahibi, charterer, gemi işletmecisi gibi sıfatlar farklı kişilere ait olabilmektedir³⁵. Başka bir anlatımla bir taşıma vasıtası olan gemi, sadece sahibi tarafından deniz ticaretinde kullanılmaz³⁶. Bu itibarla, deniz hukukunda geminin üçüncü şahsın elinde iken ihtiyaten haczolunması pek nadir olmayacaktır³⁷.

Geminin üçüncü şahsın elinde iken ihtiyaten haczolunması ihtimali, TTK'nın 1370/T'inci maddesinde İİK'nin 263'üncü maddesine paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre gemi, üçüncü kişi elinde iken ihtiyaten haczolunmuşsa, bir taahhüt senedi alınarak, bu kişiye bırakılabilir. Her ne kadar deniz ticaretinin karmaşık yapısı, geminin deniz ticaretine özgü çeşitli sözleşmeler kapsamında malik olmayanlar tarafından da kullanılarak ticarete konu edilebilmesi gibi sebeplerle ihtiyati hacze ilişkin somut bir uyuşmazlıkta üçüncü kişinin kim olduğunun tespitinde tereddüt yaşanması mümkün olsa da, TTK'nın 1370/T'inci maddesi anlamında üçüncü kişinin tespitinde, ihtiyati haczin uygulandığı esnada gemi elinde olan kişinin ihtiyati hacze konu deniz alacağından sorumlu olup olmadığını incelemek gerekmekte olup şayet gemiyi elinde bulunduran kişi, ihtiyati haciz konusu deniz alacağından sorumlu değilse bu kişi TTK'nın 1370/T'inci maddesi anlamında üçüncü kişi sayılarak kendisinden bir taahhüt senedi alınmak suretiyle geminin söz konusu üçüncü kişiye bırakılmasıyla yetinilecektir.

Bu çerçevede bazı hallerde gemi malikinin de TTK'nın 1370/T'inci

32 Atamer, a.g.e. 318.

33 Madde Gerekçesi, Kendigelen, a.g.e., s.1309

34 Lars Gorton, Ship Management Agreements, 1991, s.562 (Naklen: Ekşi, a.g.e., s.116)

35 Gorton, a.g.e., s.562-563 (Naklen: Ekşi, a.g.e., s.116)

36 Ekşi, a.g.e., s.116

37 Kender, Çağa, Cebri İcra, s.153

maddesi anlamında üçüncü kişi sayılması mümkündür. Bunun için de gemi malikinin, ihtiyati hacze konu deniz alacağından sorumlu olmaması gerekir. Böylece deniz alacağının borçlusu, geminin maliki değilse, üçüncü kişi konumundaki malik, bir taahhüt senedi vererek geminin kendisine bırakılmasını bu hükme dayanarak isteyebilecektir³⁸. Bu sayede malik, ihtiyati hacze ilişkin olarak İİK'nin 265/II'inci maddesi kapsamında yapacağı itirazın incelenme süresince dahi sefere aynen devam ederek gemiyi işletme ve böylece hukuka aykırı ihtiyati haciz uygulamaları sebebiyle olası zararlarını minimuma indirme imkânına sahip olacaktır.

Maddede taahhüt senedinin şekli ve içeriği hakkında bir açıklık bulunmamaktadır³⁹. Doktrinde, şekil olarak taahhüt senedinin noterce tanzim ve tasdik edilmiş bir senet olması gerektiği savunulmaktadır⁴⁰. İçerik olarak ise, TTK'nın 1370/T'inci maddesinde sözü geçen gemi istenildiği zaman icra dairesine teslim edilmek veya bunu sağlamak amacını gerçekleştirmek üzere, üçüncü kişinin ihtiyati haciz konusu gemiyi istenildiği zaman para veya ayın olarak geri vereceğine dair taahhüdünü içermesi gerekir⁴¹. Burada ayrıca bir teminat alınmamaktadır⁴². Mal (gemi) üçüncü kişi elinde haczedilince bir taahhüt senedi alınarak bu kişiye bırakmakla yetinilir⁴³ ⁴⁴. Burada geminin söz konusu üçüncü kişiye bırakılması, TTK'nın 1366/T'inci maddesi çerçevesinde öngörülen muhafaza tedbirleri ile sınırlı olmayıp, üzerindeki ihtiyati haciz baki kalmak ve istenildiği zaman icra dairesine teslim edilmek üzere gemi, sefere aynen devam edebilecek ve üçüncü kişi tarafından işletilebilecektir.

Son olarak ifade edelim ki; TTK'nın 1370/IV'üncü maddesinde, 1999 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 4/T'inci maddesinin ikinci cümlesine paralel bir düzenleme ile, TTK'nın 1352'nci maddesinin (t)⁴⁵ ve (u)⁴⁶ bentlerinde

38 Atamer, a.g.e., s.316

39 Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s.294

40 Sıtkı Akyazan, İhtiyati Hacizler ve Hacze İştirak Dereceleri, İstanbul 1958, s.38 (Naklen: Özkes, a.g.e., s.294)

41 Bkz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, 2013, s. 1051; Kender, Çağa, Cebri İcra, s.153

42 Kender, Çağa, Cebri İcra, s.152; Özkes, a.g.e., s.294.

43 Nizam İpekçi, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh), İstanbul, 2007, s.875

44 Ayrıca bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, T.28.09.1981, E.5628, K.7109: "...İİK'nin 263. Maddesi gereğince, mal üçüncü şahıs elinde haciz olunmuşsa, bir taahhüt senedi alınarak bu şahsa bırakılabilir ve 99. Maddeye göre de istihkak davası açmak üzere alacaklıya mühlet verilmesi gerekir..." (Talih Uyar, İcra İflas Kanunu Şerhi, İzmir, 1996, s.6686)

45 Geminin mülkiyeti veya zilyetliğine ilişkin her türlü uyumsuzluk.

46 Geminin ortak malikleri arasında çıkan, geminin işletilmesine ya da gemiden sağlanan hasıllata ilişkin her türlü uyumsuzluk.

sayılan deniz alacaklarının birinden dolayı ihtiyaten haczedilmiş olan gemi hakkında, zilyedi olan kişinin yeterli teminatı vermesi durumunda, geminin bu kişiye bırakılabileceği kabul edilmiştir. Burada kanun koyucunun herhangi bir ayırım yapmaksızın “geminin zilyedi olan kişi” tarafından ve “yeterli teminatın” verilmesi halinde geminin serbest bırakılabileceği şeklinde yapmış olduğu düzenleme sebebiyle kanaatimce gemiye zilyet olan kişinin üçüncü kişi olması halinde dahi taahhüt senedi alınmak suretiyle geminin serbest bırakılması mümkün olmayacak, üçüncü kişilerin de TTK’nın 1370/T’inci maddesinde belirtilen teminatları sunması gerekecektir.

3. Teminatın Sonradan Yetersiz Hale Gelmesi Veya Yetersiz Olduğunun Sonradan Anlaşılması

TTK’nın 1370’inci maddesi çerçevesinde borçlu tarafından verilen teminatın tür veya miktarının yetersiz olduğunun sonradan anlaşılması veya sonradan yetersiz hale gelmesi her zaman mümkündür. Örneğin, teminat sınırlı mesuliyet şartları mevcut farz edilerek hesaplanmış, fakat borçlunun (kusuru sebebiyle) sınırlı mesuliyetten faydalanamayacağı sonradan ortaya çıkmışsa teminatın tür ve miktarının yetersiz olduğu sonradan anlaşılmış olacak⁴⁷; TTK’nın 1370/T’inci maddesi hükmüne göre gemi malikinin işyeri üzerinde taşınmaz rehni kurulmuş ve fakat işyerinin bulunduğu bina yangında tam ziyaa uğramışsa, bu hükmün kapsamı bakımından güvence yetersiz hale gelmiş olacaktır⁴⁸.

Her ne kadar kural olarak, geminin ihtiyati haczi yoluyla deniz alacağı için TTK’nın 1370-1374’üncü hükümlerine göre güvence alınmışsa, deniz alacağına konu olan geminin veya deniz alacağının kişisel borçlusunun mülkiyetindeki başka gemilerin (kardeş gemi⁴⁹) ihtiyati haczi mümkün değilse de⁵⁰ teminatın türü veya miktarının yetersiz olduğunun anlaşılması veya sonradan yetersiz hale gelmesi halinde TTK’nın 1375/I/a bendi gereğince aynı geminin yeniden veya TTK’nın 1375/II/a bendi gereğince kardeş gemi haczi mümkün olacaktır. Ancak TTK’nın 1375/I/a bendi uyarınca, güvencenin türünün veya miktarının yetersiz olması sebebiyle aynı geminin yeniden ihtiyati haczinde, alınacak toplam güvencenin, deniz alacağına konu olan geminin değerini aşmaması gerekmektedir.

47 Kender, Çağa, Cebri İcra., s. 154

48 Atamer, a.g.e., s.330

49 Terim için bkz. Ergon Çetingil, Mukayeseli Hukuk Açısından Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul, 1972, s.171-172; Nuray Ekşi, a.g.e., s.129; Atamer, a.g.e., s.331

50 Atamer, a.g.e., s.329

Bu noktada ifade edelim ki, aynı geminin yeniden veya kardeş gemi haczi, güvence veren kişinin mesela banka, sorumluluk sigortacısı (P&I Klübü) veya başka bir mali kuruluşun⁵¹ aczi sebebiyle güvencenin tehlikeye düşmesi (TTK 1375/I/b ve TTK 1375/II/b) veya ilk teminatın makul sebeplere dayanarak hareket eden alacaklının istemiyle veya onayıyla yahut alacaklının serbest bırakılmayı engelleyecek makul önlemleri alamaması sebebiyle serbest bırakılmış olması halinde de (TTK 1375/I/c ve TTK 1375/II/c) söz konusu olabilecektir.

4. Teminatın Değiştirilmesi

Teminatın değiştirilmesi başlıklı TTK'nın 1374'üncü maddesi uyarınca, teminatı veren kişinin her zaman, geminin serbest bırakılması için verilen teminatın miktarının azaltılması, türünün değiştirilmesi veya iptali için mahkemeye (TTK 1358/II) başvurabileceği kabul edilmiştir. Böylece geminin serbest bırakılması için güvence veren kişi, 1999 Sözleşmesi'nin 4/VI'ncı fıkrasından alınan bu hüküm uyarınca, dilediği zaman (İİK'nin 265'inci maddesinde öngörülen yedi günlük süreye bağlı olmaksızın) güvencenin değiştirilmesine veya iptaline ilişkin müracaatlarda bulunabilecektir⁵². Hüküm, yalnız teminatın TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında belirlenmesi halinde değil, teminatın TTK'nın 1372'nci maddesi kapsamında taraflarca belirlenmesi halinde de uygulanır. TTK'nın 1374'üncü maddesi açık hükmü buna izin vermektedir.

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, teminatın değiştirilmesi için mahkemeye başvurma hakkı, gemi maliki olup olmadığına bakılmaksızın güvenceyi sağlayan kişidedir⁵³. Dolayısıyla güvence gemi maliki dışında bir kimse tarafından sağlandığında, gemi maliki güvence miktarının azaltılması, türünün değiştirilmesi veya iptali için başvuruda bulunamaz⁵⁴.

Sonuç olarak bu düzenleme sayesinde örneğin alacaklının esas hakkında açtığı davanın müracaata kalması halinde güvencenin iptalini istenebilecek, davacının deniz alacağının bir kısmından feragat etmesi halinde güvencenin de bu miktar oranında indirilmesi talep edilebilecek veya herhangi bir sebeple teminatın değiştirilmesi talep edilebilecektir⁵⁵.

⁵¹ Atemer, a.g.e., s.330

⁵² Madde Gerekçesi, Kendigelen, a.g.e., s.1309

⁵³ Berlingieri, a.g.e., s.363

⁵⁴ Berlingieri, a.g.e., s.363

⁵⁵ Atemer, a.g.e., s. 321.

5. Teminatın Serbest Bırakılması

Yukarıda, borçludan alınan teminatın (ve üçüncü kişiden alınan taahhüt senedinin) TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında ihtiyati haciz devam etmek suretiyle serbest bırakılan gemi, istenildiği zaman icra dairesine teslim edilmek ve bunu sağlamak amacıyla alındığını ve alınan teminatının gemiye kaim olduğuna işaret etmiştik. Bu itibarla, geminin serbest bırakılması için TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında sunulan teminatın (ve üçüncü şahıs tarafından sunulan taahhüt senedinin) serbest bırakılması (iadesi) kural olarak, TTK'nın 1351'inci ve 1376'ncı maddeleri atfıyla gemi üzerindeki ihtiyati haczin İİK'nin 264'üncü maddesi kapsamında akıbetine bağlıdır.

Böylece İİK'nin 264/IV'üncü maddesi uyarınca alacaklı, TTK'nın 1376'ıncı maddesindeki müddetleri geçirir veya davasından yahut takip talebinden vazgeçerse veya takip talebi kanuni müddetlerin geçmesiyle düşerse veya dava dosyası muameleden kaldırılıp da bir ay içinde dava yenilenmezse veya davasında haksız çıkarsa ihtiyati haciz hükümsüz kalacak, dolayısıyla teminatın serbest bırakılması gerekecektir. Aynı şekilde, ihtiyati haczin kesin hacze dönüşmesi halinde de satış işlemlerinin yürütülmesi için icra müdürü tarafından borçlunun gemiyi icra dairesine teslim etmesi istenecek, gemi borçlu tarafından icra dairesine teslim edilirse, borçlu tarafından sunulan teminat (ve üçüncü şahıs tarafından sunulan taahhüt senedi) serbest kalacaktır.

Teminatın serbest bırakılmasına ilişkin olarak yukarıda örnek mukabilinden sayılan olağan sebepler bir yana deniz ticaretinin uluslararası niteliği gereği karşılaşılabilecek kuvvetle muhtemel olan, borçlunun aynı alacak için birden çok ülkede ihtiyaten haczedilen geminin serbest bırakılması için mükerrer defa teminat sunulması durumunda fazla teminatın ne şekilde serbest bırakılacağını düzenleyen 1999 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 4/V'inci maddesi dikkate değerdir. Zira buna göre; bir gemi, Sözleşme'ye taraf olmayan bir Devlette yeterli bir teminat verilmesi üzerine serbest bırakılmışsa, aynı alacak için Taraf bir Devlette verilen teminat, her iki Devlette verilen teminat miktarlarının toplamının, geminin ihtiyaten haczedilmesine sebebiyet veren alacağı, veya geminin değerini, aşması kaydıyla serbest bırakılır; bu iki değerden düşük olan dikkate alınır ancak, Sözleşme'ye taraf olmayan bir Devlette verilen teminat, alacaklı tarafından fiilen kullanılabilir ve serbestçe transfer edilebilir olmadıkça, teminatın serbest bırakılmasına karar verilmez⁵⁶. Böylece borçlu, aynı alacak için birden fazla Devlette yürütülen ihtiyati

56 Berlingieri, a.g.e., s.364

haciz uygulamaları sebebiyle geminin değerini aşar şekilde mükerrer teminat sunmak zorunda kalmayacağı gibi, Sözleşmeye taraf bir Devlette sunduğu teminatın, Sözleşmenin 4/V'inci maddesi kapsamında serbest bırakılmasına rağmen bu ülkelerde de, Sözleşme'ye taraf olamayan bir Devlette sunduğu teminat sayesinde gemiyi serbestçe işletme imkanını elde etmiş olacaktır ki bu düzenleme, gemi malikinin cebri icra tehdidi altında olmaksızın uluslararası deniz ticareti faaliyetlerini sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi açısından oldukça önemlidir.

III. HÜKMÜ

TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında teminat karşılığında geminin serbest bırakılmasından sonra borçlu, gemi üzerinde serbestçe tasarruf ve gemiyi işletmeye devam etme hakkını elde eder⁵⁷. TTK'nın 1366'ncı maddesinde öngörülen muhafaza tedbirleri uygulanmaz. Yine TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında serbest bırakılınca, borçlunun bu mal (gemi) hakkında İİK'nin 86/T'inci maddesine göre tasarruf yetkisinin kısıtlanması söz konusu değildir⁵⁸; borçlu teminat göstermekle İİK'nin 86/T'inci maddesinde söz edilen cezai mesuliyetten (Türk Ceza Kanunu⁵⁹'nun 289'uncu maddesi) de kendisini kurtarmış olacaktır⁶⁰. Ancak gemi, bu hükümlere göre güvence verilerek serbest bırakılmışsa, icra müdürünün isteği üzerine yeniden icra dairesine teslim edilmek zorundadır; icra müdürünün bu yöndeki emrine uyulmazsa, eldeki güvencenin paraya çevrilmesi yoluna gidilecektir⁶¹.

Geminin, üzerindeki ihtiyati haciz devam etmek kaydıyla serbest bırakıldığına dair TTK'nın 1370/II'nci hükmü açık olup bu hususta tereddüt bulunmamaktadır⁶². Dolayısıyla TTK'nın 1370/T'inci hükmü kapsamında gösterilen teminat veya verilen taahhüt senedi karşılığında ihtiyati haciz kalkmamakta, ihtiyati haciz kararı etkisini devam ettirmektedir⁶³. Ancak gemi, TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında serbest bırakıldığında, borçlu tarafından maddenin birinci fıkrası kapsamında sunulan teminat, geminin yerini almaktadır⁶⁴. TTK'nın 1370/III'üncü maddesi uyarınca

57 Kender, Çağa, Cebri İcra, s.122; Ekşi, a.g.e., s.131

58 Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku, Cilt:3, Ankara 1993, s.2525; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, Cilt:2, Ankara 2013, s.1116

59 12.10.2004 tarihli 25611 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

60 Kender, Çağa, Cebri İcra, s.151

61 Atamer, a.g.e., s. 316

62 Krş. TTK 1371/II, İİK 266.

63 Özekes, a.g.e., s.295

64 Tahir Çağa, "Teminat Karşılığında Gemi veya Yükün Serbest Bırakılması", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-4, 1989-1990, s.134; Atamer, a.g.e., s.317; Ekşi, a.g.e., s.131.

verilecek teminat, geminin yerine kaim olduğundan, para icra veznesinden tahsil edilinceye kadar başka alacaklılar da, üçüncü fıkraya göre bu hacze iştirak edebilecektir⁶⁵. Ancak hacze iştirak derecelerinde, TTK'nın 1389 ilâ 1397'nci maddelerinde yer alan özel hükümler, İİK'nin 268'inci maddesinin atfıyla İİK'nin 100'üncü maddesinin yerine uygulanacaktır; dolayısıyla icra veznesindeki paralar paylaştırılırken, bu hallerde dahi, TTK'nda öngörülen sıra cetveli hükümleri esas alınacaktır⁶⁶. Böylece hacze takipli iştirakte İİK'nin 100'üncü maddesinde öngörülen kesitler de burada dikkate alınmayacak olup TTK'nın 1370/III'üncü maddesinde açıkça bildirildiği gibi, iştirak, para icra veznesinden çekilene kadar serbest bırakılmıştır⁶⁷. Belki de TTK'nın 1371'inci maddesi kapsamında deniz alacağının tamamı, faizi ve giderleri için yeterli teminat göstererek ihtiyati haczin kaldırılması suretiyle geminin serbest bırakılması müessesesinin çalışmamızın konusu olan TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında geminin serbest bırakılması müessesesinden en belirgin farklarından biri de burada ortaya çıkmaktadır. Zira, TTK'nın 1371'inci maddesi kapsamında, TTK'nın 1370'inci maddesinden farklı olarak borçlu tarafından sunulan teminat üzerinden hacze iştiraki söz konusu değildir ki bu sebeple, diğer alacaklıların geminin tekrar ihtiyati haczini istemekten başka imkanları da söz konusu olmayıp, borçlu tarafından cebri icra tehdidi ortadan kalkmayacaktır.

IV. GEMİNİN SERBEST BIRAKILMASI İŞLEMİNE İTİRAZ

Geminin serbest bırakılma şartlarına dair TTK'nın 1370'inci maddesi hükümlerine baktığımızda geminin serbest bırakılması için temel olarak kişi, gemi veya alacak yönünden herhangi bir ayırım yapılmadığı, TTK'nın 1370'inci maddesine uygun olarak borçlu tarafından teminat, üçüncü kişi tarafından taahhüt mektubu sunulması halinde geminin serbest bırakılacağı anlaşılmaktadır.

Dolayısıyla borçlu veya üçüncü kişi tarafından kendisine yapılan başvuru üzerine icra müdürü tarafından yapılacak inceleme de teminatın veya taahhüt mektubunun TTK'nın 1370'inci maddesine uygun olarak sunulup sunulmadığı ve teminatın tür ve miktarının TTK'nın 1370'inci maddesine uygun olup olmadığı ile sınırlı olacaktır. Bu itibarla ki, alacaklının geminin serbest bırakılmasına karşı itiraz sebepleri kural olarak teminatın tür ve miktarının TTK'nın 1370'inci maddesi esaslarına uygun olup olmadığına ilişkin olacaktır.

65 Madde Gerekçesi, Kendigelen, a.g.e., s.1309; Atamer, a.g.e., s.317

66 Madde Gerekçesi, Kendigelen, a.g.e., s.1309; Atamer, a.g.e., s.318

67 Atamer, a.g.e., s.318

Bu çerçevede alacaklı; TTK'nın 1370/T'inci hükmü gereği borçlu tarafından depo edilen teminatın gemi değerini karşılar nitelikte olmamasına rağmen, veya icra müdürünün TTK'nın 1370/T'inci maddesine aykırı olarak gemi değerinin depo edilmesi dışında taşınmaz rehni, gemi ipoteği veya itibarlı bir banka kefaletinden farklı bir teminatı kabul etmek suretiyle geminin serbest bırakılmasına karar verdiği, veya borçludan teminat alınmaksızın taahhüt senedi alınmakla yetinildiği gibi iddialarla icra müdürünün geminin serbest bırakılması kararına karşı itiraz edebilir. Yine benzer şekilde alacaklı, borçlunun TTK'nın 1370/V'inci maddesi kapsamında sınırlı mesuliyet hükümlerinden faydalanamayacak olmasına rağmen, teminatın sınırlı mesuliyet sınırına göre eksik belirlenerek geminin serbest bırakıldığı iddiasıyla da geminin serbest bırakılması kararına itiraz edilebilir.

Bu gibi ihtimallerde icra müdürünün geminin serbest bırakılmasına ilişkin kararlarına karşı alacaklı tarafından, İİK'nin genel hükümleri uyarınca şikâyet yoluna başvurulacaktır⁶⁸. Ancak şikâyet konusunun güvencelere ilişkin olması halinde, TTK'nın 1358/II'inci maddesi uyarınca yetkili mahkeme, TTK'nın 1358/T'inci maddesine gösterilen mahkemeler olacaktır. Alacaklının şikâyetinin kabul edilmesi halinde İİK'nin 17'inci maddesi kapsamında, şikâyet konusunun niteliğine göre mahkeme kararın bozulmasına⁶⁹ veya düzeltilmesine⁷⁰ karar verecektir. Mahkemenin bu konuda vereceği kararı kesindir⁷¹.

SONUÇ

İhtiyati haciz sonucu geminin seferden menedilmesi, borçlunun ticari faaliyetlerine ağır bir müdahale teşkil eder. Zira geminin teşkil ettiği ekonomik değer in büyüklüğü yanında deniz ticaretinin yapısı gereği ihtiyati haciz sebebiyle geminin işletilememesi sebebiyle borçlu, gemi gibi önemli bir ekonomik değerden onun işletilmesinden elde ettiği gelirler ve menfaatler ile birlikte mahrum kalacağı bir yana geminin işletilememesi sebebiyle taşıyan sıfatıyla özellikle TTK 1141 ve 1178 vd. maddeleri uyarınca tazminat sorumluluğu da gündeme gelecektir. Bu itibarla,

68 Özekes, a.g.e., s.295

69 Örneğin, teminatın türünün TTK'nın 1370'inci maddeye aykırı olduğundan hareketle geminin serbest bırakılması kararının iptaline

70 Örneğin teminatın miktarının gemi değerini karşılamadığından hareketle eksik olan teminatın tamamlanmasına

71 Özekes, a.g.e., s.295; Yargıtay İcra ve İflas Dairesi, T. 02.03.1965, E. 2365, K.2667: "... İİK'nin 363. Maddesi gereğince, ihtiyati haciz sırasında haciz edilen malın taahhüt karşılığında üçüncü şahsa teslimine müteadil olan kararın 363. Madde gereğince temyiz kabiliyeti olmayıp kesin niteliktedir..." (Uyar, a.g.e., s.6686)

ihtiyati haczin tedbir niteliği de göz önüne alındığında gemiye kaim olmak üzere bir teminat karşılığı geminin serbest bırakılarak borçluya gemiyi cebri icra tehdidi olmaksızın serbestçe işletebilme ve ticari faaliyetlerine devam edebilme imkanı verilmesi borçlu için olduğu kadar, alacaklılar ve menfaat sahibi üçüncü kişiler, kısaca deniz ticaretinin tüm aktörleri için önemlidir.

Çalışmamız neticesinde, hukukumuzda geminin teminat karşılığı serbest bırakılarak işletilmesine imkan veren TTK'nın 1370'inci maddesi hükmünün, özellikle teminat olarak yatırılan para icra veznesinden çekilene kadar diğer deniz alacaklılarının hacze iştirakine imkan veren üçüncü fıkrası hükmü, borçlunun cebri icra tehdidi altında olmaksızın gemiyi işletmesi imkanının sağlanması açısından oldukça olumludur. Zira böylece, borçlu tarafından sunulan geminin yerine teminat üzerindeki hacze iştirak edebileceklerinden geminin yeniden ihtiyati haczi ile seferden men edilmesi riski minimuma inmiş olacaktır. Bu fark da borçlunun neden TTK'nın 1371'inci maddesi kapsamında ihtiyati haciz kalkmak suretiyle geminin serbest bırakılması yerine TTK'nın 1370'inci maddesi kapsamında ihtiyati haciz devam etmek suretiyle geminin serbest bırakılması yönteminin tercih edilebileceğini açıklamaktadır. Zira TTK'nın 1371'inci maddesi kapsamında yatırılan güvence, aşacağı temin etmek üzere verilip, bu teminat üzerindeki ihtiyati hacze başka alacaklıların iştirak etmesi mümkün olmadığından geminin başka alacaklılar tarafından ihtiyati haczi ile seferden men edilmesi riski aynen devam etmektedir.

Diğer yandan TTK'nın geminin serbest bırakılmasına ilişkin çalışmamız konusu TTK'nın 1370 vd. hükümlerinin, 1999 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümlerine uyumlu niteliği gereği deniz ticaretinde yeknesak bir ihtiyati haciz hukuku yaratılma amacıyla uluslar arası yaklaşımlarla uyumlu yapısı, 6100 sayılı Ticaret Kanunu ile getirilen düzenlemenin bir diğer olumlu tarafıdır.

KAYNAKÇA

- **Abuzer Kendigelen**, Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 2011
- **Bülent Sözer**, Deniz Ticareti Hukuku-I, İstanbul, 2014
- **Baki Kuru**, İcra İflas Hukuku, Cilt:3, Ankara 1993

Gemilerin İhtiyati Haczinde Mahcuz Geminin...• Av. O. ORHAN 315

- **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, 2013
- **Ergon Çetingil**, Mukayeseli Hukuk Açısından Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul, 1972
- **Francesco Berlingieri**, Arrest of Ships (A Commentary On The 1952 And 1999 Arrest Conventions), Fifth Edition, 2011
- **J Steven Hazelwood**, The United Kingdom and the 1976 Convention The Limitation of Shipowner's Liability: The New Law, London 1986
- **Kerim Atamer**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul, 2006
- **Lars Gorton**, Ship Management Agreements, 1991
- **Muhammet Özekes**, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999
- **Nuray Eksi**, Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul, 2004
- **Nizam İpekçi**, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh), İstanbul, 2007
- **Rageyan Kender**, Tahir Çağa, Deniz Ticareti Hukuku III - Gemi ve Yük Alacaklısı Hakları, Zamanaşımı, Deniz Hukukunda Cebri İcra (Cebri İcra), İstanbul, 2005
- **Rayegan Kender, Ergon Çetingil**, Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul, 2009
- **Sıtkı Akyazan**, İhtiyati Hacizler ve Hacze İştirak Dereceleri, İstanbul 1958
- **Talih Uyar**, İcra İflas Kanunu Şerhi, İzmir, 1996, s.6686
- **Tahir Çağa**, "Teminat Karşılığında Gemi veya Yükün Serbest Bırakılması", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:15, Sayı:1-4, 1989-1990
- **Timuçin Muşul**, İcra ve İflas Hukuku, Cilt:2, Ankara 2013
- **Volkan Özçelik**, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014

MİLLETLERARASI UNSURLU BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNDE OBJEKTİF BAĞLAMA KURALLARI

Av. Oğuzhan DALKILIÇ

GİRİŞ

Bütün dünyada sınır aşan yatırımlar yapma eğilimi ürünlerin işlenmesinin milletlerarası karakterinin artması,siyasi,ekonomi ya da sosyal amaçlarla kişilerin milletlerarası ilişkilerinin artması milletlerarası özel hukuka dair ilişkileri artırmıştır. Bu gelişmelere bağlı olarak kişilerin birden fazla ülkeyle bağlantılı özel hukuk ilişkileri de artmaktadır. Bu sözleşmelerden birisi de iş sözleşmeleridir. Bu alanda kanunlar ihtilafına sıklıkla rastlanmaktadır çünkü çalışma hakkı yaşama hakkını destekleyen bir haktır ve bireyler açısından çalışmak bir zorunluluktur.

Türkiye açısından iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk önem arz etmektedir. Çünkü Türkiye göç veren ve alan bir ülkedir ve milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri sıklıkla akdedilmektedir. Bu nedenle bu konu Türk doktrininde de incelenmekte ve tartışılmaktadır.

Bu çalışmada milletlerarası unsurlu bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk genel hatlarıyla ele alınacaktır. İlk olarak bireysel iş sözleşmesi kavramı ele alınacak olup, daha sonra vasıflandırma sorunları,de facto iş ilişkileri zayıf tarafın korunması ilkesi ve ardından objektif bağlama kuralları anlatılacaktır. Bu bağlamda milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerinde sözleşmenin bazı unsurlarına uygulanacak hukuk üzerinde çalışılacak olup daha sonra iş sözleşmelerinden objektif bağlama kuralının tespiti yapılacaktır. MÖHUK 'ta öngörülen ve birçok ülkede de uygulanan asgari koruma ilkesine ve yayılma teorisine de ayrıca değinilecektir.

I-İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

A)Bireysel İş Sözleşmesi Kavramı

1. Vasıflandırma

Vasıflandırma milletlerarası özel hukuka ait bir kavram olmayıp bütün hukuki muhakemelerinin de temelinde yer almaktadır. Forum¹ ile

¹ Green Paper on the conversion of Rome Convention'da yapılan tanıma göre,forum,milletlerarası uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme anlamına gelmektedir. Green Paper on the conversion of Rome Convention,s.44.

yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları aynı bağlama noktalarını kullanıyor olabilirler ve bağlama noktalarını aynı yöntemle yorumluyor olabilirler ancak hukuki sorunu farklı şekilde vasıflandırdıkları için farklı sonuca ulaşabilirler.

Vasıflandırma sorununda doktrinde dört görüş bulunmaktadır. Birincisi for devleti tarafından vasıflandırma yapılmasını söyleyen klasik görüş². İkincisi vasıflandırmanın lex causeye göre yapılmasıdır³. Üçüncü görüşe göre vasıflandırma karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak yapılmalıdır. Dördüncü ve son görüşe göre ise her olayın kendi özelliğine göre vasıflandırma yapılmalıdır.

Vasıflandırmanın lex foriye göre yapılması gerektiği görüşü yaygın olan görüştür. Hukuk düzeninin parçası olan kanunlar ihtilafı kuralları ancak o hukuk isteminin kavramlarıyla yorumlanabilir⁴. Böylece mahalli hukukla onun bir parçası olan milletlerarası özel hukuk arasında yeknesaklık sağlayacağı ifade edilmiştir⁵. Diğer yandan lex fori ile lex cause arasında benzerlik bulunmaması nedeniyle bu görüş eleştirilere uğramaktadır.

İ)Bireysel İş Sözleşmesinin Vasıflandırılması

Mahkemeler uygulanacak hukuku tespit ederken ilk önce somut olayı vasıflandırmalıdır. İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilmenden önce hangi sözleşmelerin iş sözleşmesi olarak kabul edileceği belirlenmelidir.

Doktrinadaki yaygın görüş uyarınca vasıflandırma türk hukuna göre yapılacağı için hangi sözleşmelerin iş sözleşmesi olarak kabul edileceği de lex foriye yani türk hukukuna göre değerlendirilecektir.

Öncelikle iş sözleşmesi deyiminin anlamı tespit edilmelidir. Aksi halde iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku bulmak imkansız olacaktır.

İş sözleşmesinin bulunabilmesi için öncelikle özgür iradeyle bir sözleşme akdedilmiş olmalıdır. İş sözleşmesi bir tarafın(işçi) bağımlı olarak

2 Vasıflandırma teorisini ilk ortaya atan BARTIN'e göre uygulanacak hukuka karar verirken for devletinin vasıflandırması dikkate alınmalıdır. BARTIN'den önce alman hukukçu KAHN tarafından da vasıflandırmanın for devleti hukukuna göre yapılması gerektiği ifade edilmiştir. ULUOCAK,Nihal, Kanunlar İhtilafı(Yasama Yetkisi Kuralları),İstanbul 1971,s.195.

3 İlk olarak DESPAGNET tarafından ortaya atılmıştır. DESPAGNET'e göre hukuki ilişkiyi idare eden hukuk kendi vasıflandırmasını kontrol etmeliydi. ELÇİN,Doğa,age,s.13 .

4 AYBAY, Rona/DARDAĞAN,Esra,Uluslararası düzeyde yasaların çatışması(Kanunlar ihtilafı)B.2,İstanbul 2008,s.150.

5 ELÇİN, Doğa,Milletlerarası unsurlu bireysel ve toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk,Adalet yayınevi,Ankara 2012,s.13.

iş görmeyi;diğer tarafın(işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.(İş Kanunu m.8/1). Özet olarak iş sözleşmesi belirli veya belirsiz süreli olabilir ve asli unsur olarak bağımlı iş görme edimini içerir. Yapılan işin bedeni veya düşünsel olması önem arz etmez. İşçinin ediminin karşılığında işveren de ücret ödeme borcu altına girdiğinden dolayı iş sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁶.

İş sözleşmelerindeki bağımlılık unsuru özellikle benzer olan vekalet ve istisna sözleşmelerinden iş sözleşmesini ayırt etmeye yarayan en önemli unsurdur⁷.

Sözleşme teorisine göre bir iş ilişkisinin doğması için iş sözleşmesi yapılması gereklidir⁸. İş sözleşmesinin geçersiz olması durumunda bile işçi edimini ifa etmeye başlamışsa ifa edilen kısım geçerliymiş gibi sonuç doğurur,ifa edilmeyen kısım için ise ileriye dönük olarak geçersizlik ileri sürülebilir⁹.

Buna karşılık katılma teorisine göre ise iş ilişkisinin başlaması işçinin işyerinde fiilen çalışmaya başlamasına bağlıdır¹⁰. Türk hukukunda kural olarak sözleşme teorisi hakimken buna rağmen İş Kanununda bazı süreler işçinin fiilen çalışmasıyla başlamaktadır. Örneğin yıllık izin hakkını kazanmak için gereken 1 yıllık süre işe başlama tarihinden itibaren hesaplanmaktadır¹¹.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre açıkça iş sözleşmesi yapılmadan fiili olarak çalışmaya başlanmışsa örtülü olarak iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir¹². 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bu konuya ilişkin bir düzenleme mevcuttur. 394. Maddeye göre:”Bir kimse durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse,aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş olur.” Bu ifadeyle az önce bahsedilen görüş benzerlik taşımaktadır.

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmeleri bakımından Yargıtay’ın katılma teorisini benimsediğini görmekteyiz. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi

6 EREN,Fikret,Borçlar Hukuku Genel Hükümler,B.10,İstanbul 2008,s.194.

7 ESENER,İş Hukuku,s.2.

8 AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, iş hukuku,Ankara 2006,s.80 .

9 AKYİĞİT,Ercan,”Milletlerarası özel hukuk bakımından hizmet akdinde hukuk seçimi”,-çimento işveren dergisi,yıl:1990,C.4,S.6,s.18.

10 AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN,age,s.80.

11 ELÇİN,Doğa,age,s.16.

12 AKYİĞİT,agm,s.18.

bir kararında,davacı yabancı işçi ve davalı işveren arasında ,28/05/2004 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinde,iş ilişkisinin;26/06/2004 tarihinde başlayacağı ve sözleşmenin 2 yıl süreli olduğu olduğu belirtilmiştir. İmza ile iş ilişkisinin başladığı süre içinde,yabancı işçinin,çalışma izni almak için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği gerekçesiyle,21/06/2004 tarihinde iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay, taraflar arasında yazılı iş sözleşmesinin varlığına rağmen,çalışma olgusunun gerçekleşmediği ve fiilen iş ilişkisinin kurulmadığını belirterek,sözleşmede öngörülen cezai şartın,iş sözleşmesi kurulamaması nedeniyle davacı tarafça talep edilemeyeceğine karar vermiştir¹³.

ii)De Facto İş İlişkileri

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından bağlama kurallarının geçersiz iş sözleşmelerine de uygulanıp uygulanmayacağı bir vasıflandırma sorunudur.¹⁴

Roma sözleşmesinin 6. Maddesinin sadece geçerli iş sözleşmelerine değil,aynı zamanda de facto iş ilişkilerine de uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu yaklaşım yabancı doktrinde de benimsenmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk ve yabancı doktrinde mevcut yaklaşımı benimsemekteyiz. Yani MÖHUK m.27 de facto iş ilişkilerine de uygulanmalıdır. Çünkü bu şekilde işçiyi daha fazla koruyabilme şansına sahip olabiliriz

iii)Karşılaştırmalı Hukuktan yararlanarak bağımsız vasıflandırma

Türk hukukunda MÖHUK m.27'nin sadece iş kanununda düzenlenen iş sözleşmelerine mi yoksa diğer kanunlarda da öngörülen hizmet sözleşmeleri de mi uygulanıp uygulanmayacağı sorunu bir vasıflandırma sorunudur. 27. Madde iş sözleşmeleri başlıklıdır ve açıkça iş sözleşmelerinden bahsetmektedir. Bu durumda Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet sözleşmeleri bu kapsama alınamayacak mıdır?

Kanaatimce burada vasıflandırma geniş bir şekilde yapılmalı ve diğer kanunlardaki hizmet akitleri de kapsam içine alınmalıdır. Çünkü borçlar kanunuyla iş kanunu aynı kavramları kullanmaktadır ve MÖHUK m.27 nin amaca göre yorumu yoluyla bu sonuca ulaşılabilir.

Günümüzde Roma Sözleşmesi,çeşitli değişikliklerle birlikte tüzük olarak Avrupa Toplulukları müktesebatına dahil olmuştur ve doğrudan uy-

¹³ Yargıtay 9. HD,26/09/2006 tarih,2006/20061 E. Ve 2006/24888 K.

¹⁴ ELÇİN,Doğa,age,s.17.

gulanır niteliğe kavuşmuştur. Bu bağlamda çeşitli kararlarda yer alan işçi ve işveren tanımları üye devletler açısından bağlayıcıdır. Türkiye açısından ise bu kararlar vasıflandırmada dikkate alınabilir.

iiii) Vasıflandırmaya dair sorunlar ve çözüm önerileri

İş sözleşmeleri *lex fori*ye göre vasıflandırılırsa *lex causae*'ye göre iş sözleşmesi olarak kabul edilmeyen bir hukuki ilişki, forum için iş sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir.¹⁵ Başka bir deyişle *lex fori* bir sözleşmeyi iş sözleşmesi olarak vasıflandırıp *lex causae*'ye gidilebilir ve *lex causae*'ye göre o sözleşme iş sözleşmesi olarak kabul edilmiyor olabilir. Tam tersi olarak da *lex fori*ye göre iş sözleşmesi kabul edilmeyen bir ilişki *lex causae*'ye gidildiğinde iş sözleşmesi olarak düzenlenmiş olarak bulunabilir. Bu durumda ne yapılacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre vasıflandırma *lex fori*ye göre yapılmalı iken diğer bir görüşe göre *lex causae*ye göre yapılmalıdır. *Lex causae*ye göre vasıflandırma yapılması görüşü henüz *lex causae* tespit edilmeden ona göre vasıflandırma yapılmasının imkansız olduğu nedeniyle eleştiriye uğramaktadır¹⁶.

İş sözleşmelerinin vasıflandırılmasında bağımsız ve evrensel metoden izlenmesiyle hem ortak bir tanımla hukuki kesinliğe, hem de milli iş sözleşmelerinden daha geniş bir kapsama ulaşılabilir.¹⁷ Bu metod uygulanırsa iş sözleşmesinin ilke olarak dört unsur taşıması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bunlardan ilki ücret karşılığında hizmet sağlama yükümlülüğüdür. İkincisi hizmet sağlamakla yükümlü olan kişinin diğer tarafın emir ve talimatları altında hizmet görmesidir. Üçüncüsü diğer tarafa bağımlı olarak çalışmaktır. Sonuncusu ise işçi ile işveren arasında ekonomik ve kişisel bir bağımlılık kurulmuş olmasıdır.

Ancak bu metod bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Buna göre mahkemeler için bu metod oldukça fazla bir yük getirmektedir. Diğer bir sorun ise devletin iş sözleşmesi olarak kabul etmediği bir ilişkiye bu metoddan yola çıkılarak iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması veya devletin iş sözleşmesi olarak kabul ettiği bir ilişkiye bu metoddan yola çıkılarak genel hükümlerin uygulanma olasılığıdır¹⁸.

15 ELÇİN, Doğa, age, s. 23.

16 ELÇİN, Doğa, age, s. 24.

17 ELÇİN, Doğa, age, s. 26.

18 DICEY, A. Venn/MORRIS, J. H. Carlile, The Conflict of Laws, 12th Ed., Vol 2., London, 1993, s. 1304.

2.Bireysel İş Sözleşmesinin Tarafları

Vasıflandırmada üzerine yoğunlaşılın nokta bağımlı bir iş ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. Mahkemeler öncelikle kişinin işçi mi yoksa serbest çalışan m olduğuna karar vermelidir. Eğer lex foriye göre vasıflandırma teorisi uygulanırsa Türk Mahkemeleri de önüne gelen bir olayda Türk hukukuna göre işçi tanımını vasıflandıracaktır.

i)İşçi

Türk iş hukukunda iş ilişkisinin temel konusu işçidir. İş kanununun 2. Maddesi işçi tanımını içermektedir. Buna göre işçi “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi” dir.

2821 sayılı kanun ile işçi tanımı genişletilmiştir. Buna göre nakliye,- neşir ve adi şirket sözleşmelerine dayanarak çalışanlar da işçi olarak kabul edilmektedir. Buna göre işçi tanımının sendikalar kanununu da içine alacak şekilde değerlendirilmesi kanaatindeyiz.

Bu noktada Türk hukukuna göre çırak veya stajyer sayılan kişiler işçi sayılmayacak ve koruma alanı dışında kalacaklardır. Ancak lex causae’ye göre bu kişiler de işçi sayılıyor olabilir. Bu durumda bir vasıflandırma sorunu ortaya çıkar. Vasıflandırma sürecinde tek bir metodun benimsenmesinin mümkün olmadığı ve her olayın şartlarına göre vasıflandırma yapılması gerektiği modern yaklaşımların ulaştığı son noktadır¹⁹. Temel amaç işçiyi korumak olduğuna göre her olayın kendi özellikleri dikkate alınarak vasıflandırma yapılmalıdır.

ii)İşveren

İş kanununun 2. Maddesinin ilk fıkrasına göre “bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum e kuruluşlara işveren denir.” Bu tanımdan hareketle işveren gerçek kişi veya bir anonim şirket,kooperatif,kamu iktisadi teşebbüsü olabilir. Tüzel kişiliği olmayan adi şirket gibi oluşumlar da işveren olabilir.

İşveren kadar işveren vekilinin de vasıflandırılması gerekmektedir. Zira mahkemenin önüne gelen somut olayda işveren vekilinin vasıflandırılması sorunu gündeme gelebilir. İş kanununa göre işveren vekili: “işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere” denir. İş veren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı

19 ELÇİN,Doğa,age s.31.

yaptığı işlemlerden işveren sorumlu olacaktır. İşveren açısından öngörülen her türlü zorunluluk işveren vekilleri hakkında da geçerlidir ve cezadan işveren vekili de sorumlu olacaktır. Kanuna göre işveren vekilliği işçi hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz.

Kanaatimce her olayın şartlarına göre işveren vekili kavramı vasıflan-
dırılmalıdır. Örneğin Türk hukukuna göre işveren vekili sayılan birisi *lex*
causae'ye göre işçi olarak kabul ediliyorsa işçi olarak kabul edilmeli ve
koruma hükümlerinden yararlandırılmalıdır.

3.Bireysel İş Sözleşmesine Hakim Olan Zayıf Tarafın Korunması İlkesi

Taraf menfaatlerinin ve tarafların iradelerinin değerlendirilerek sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmesi subjektif yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Açık veya örtülü bir hukuk seçimi yoksa objektif kriterler belirlenerek uygulanacak hukuk belirlenmektedir.

Sözleşmelere uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve zayıf tarafın korunması ilkesi sözleşme özgürlüğü kavramının analiziyle mümkündür²⁰. Sözleşme özgürlüğü liberal görüşünü bir yansımasıdır. Zamanla sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle sözleşmelerde zayıf tarafın korunması gerektiği görüşü ön plana çıkmıştır²¹.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk tespit edilirken zayıf tarafın korunmasına ilişkin yöntemler incelenmeden önce zayıf tarafın kim olduğu ele alınmalıdır. Bir kişi zayıf olarak nitelendiriliyorsa bu objektif bir kriterle dayanmaz. Siyasi bir tercihin sonucudur.

Bir sözleşmesel ilişkide, bir tarafın, bilgisizlik, deneyimsizlik, ihtiyaç veya güven ilişkisi nedeniyle zayıf pozisyonda olduğu ve diğer tarafın bu avantajı kullanarak sömürücü bir sözleşme yaptığı durumlarda eşit pazarlık gücünün bulunmadığı kabul edilmektedir.

İşveren ve işçi ilişkisi tarafların eşit konumda bulunmadığı bir ilişkidir. Buna tarafların soysal ekonomik durumlarına bakılarak ulaşılabilir. İşveren işçiyi o işi yapan herhangi bir kişi olarak görmekte iken işçi ise yaşamını yaptığı iş ile idame ettirmektedir. Bu anlamda dahi işçi ve işverenin eşit konumda olmadığı sonucuna kolaylıkla ulaşılabilir.

20 ELÇİN, Doğa, age s.35.

21 LANDO, Ole/VON HOFFMANN, Bernd /SHIEHR, Kurt ,European Private International Law of Obligations, Tübingen 1975, s.12.

II- BAĞLAMA KURALLARININ TESPİTİ

1.Bireysel İş sözleşmesine Milletlerarası Nitelik Kazandıran Unsurlar

i)Milletlerarası unsur kavramı

İş sözleşmesine uygulanacak hukuku bulmadan önce iş sözleşmesinin milletlerarası unsurlu olması gerekir. Aksi halde mahkemenin hukuku uygulanacaktır. Milletlerarası unsurun hangi durumlarda bulunduğu konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre milletlerarası unsur ile yabancılık unsuru aynı anlama gelmemektedir. Sadece davanın yabancı bir ülkede açılmış olması tek başına yabancılık unsurunun bulunduğunu işaret etmeyecektir²². Milletlerarası unsurlu sözleşmeleri edimlerin bir ülkeden diğerine nakli olarak tanımlayan bir diğer görüşe göre edimleri aynı ülkede yerine getirilen bir sözleşme o ülkenin iç ekonomisine ilişkindir²³. Edimlerin ülke sınırlarını aşarak yerine getirilmesi ise zayıf bir yabancılık unsuru taşısa dahi milletlerarası unsurlu olarak kabul edilmelidir²⁴. Ancak iş sözleşmelerinde zayıf tarafın korunması ilkesi ön plana çıktığından bu unsurun kişi bakımından değerlendirilmesi gündeme gelmektedir.

ii)Objektif İrtibat Noktalarında Milletlerarası Unsur Bulunması

Genel olarak sözleşmelerde milletlerarası unsurun tespitinde, sözleşmenin taraflarının farklı vatandaşlıklara sahip olması başka unsurlarla desteklenmedikçe milletlerarası unsuru sağlamada yetersiz olduğu kabul edilmektedir. Daha çok ticari sözleşmeler için geçerli olan bu yaklaşıma iş sözleşmeleri bağlamında katılmak mümkün değildir.

Türk doktrininde katılığım görüşe göre farklı devlet vatandaşlarının yaptığı sözleşmelerde milletlerarası unsur bulunmaktadır.Aynı görüş Yargıtay tarafından da benimsenmektedir. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi .08/07/1997 tarih, 1977/8206 E. Ve 1997/13945 K. Sayılı kararında, Fransız Kültür Merkezi'nde Fransızca öğretmeni olarak çalışan birinin açtığı davada davacının Fransız olması nedeniyle milletlerarası unsurun bulunduğu tespit edilmiştir²⁵.

22 EKŞİ,Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na göre Anlamı",MHB,YIL:12,S. 1-2,1992,s.4(Yabancılık).

23 EKŞİ,Nuray,Yabancılık,s.4.

24 ÖZDEMİR,Hatice, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "yabancılık unsuru taşıyan sözleşme" ve "uluslar arası sözleşme" Kavramları", İstanbul Barosu Dergisi,C.73,S.10-11-12, YIL:1999,s. 926-941.

25 Yargıtay 9. HD., 08/07/1997, 1977/8206 E. VE 1997/13945 K. Karar özeti için bkz. BZOKURT,H. Argun ,İş davaları,usul,ispat,Örnek Dilekçeler,Ankara 2001,s.766-769.

iii)Subjektif İrtibatın Milletlerarası Unsur Yaratıp Yaratmayacağı

Genel olarak doktrinde bir görüşe göre yabancı hukukun seçilebilmesi için objektif irtibat noktalarının bulunması gerekli değildir²⁶. Bu görüş Türk doktrininde de taraftar bulmuştur. Buna göre objektif olarak yabancılık unsuru bulunmasa dahi taraflar irade muhtariyeti çerçevesinde hukuk seçimi yaparak o sözleşmeyi milletlerarası unsurlu hale getirebilirler²⁷. Diğer bir görüş ise bu görüşü reddetmektedir ve sözleşmede objektif olarak yabancılık unsurunu aramaktadırlar. Bunun için sözleşmenin milletlerarası ticareti ilgilendirmesi gerekir²⁸.

Bu konu iş sözleşmeleri bakımından da tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre asgari korumayı ihlal etmemek ve emredici kurallara aykırı olmamak şartıyla objektif irtibat noktası bulunmasa dahi yabancı bir hukuk seçilebilir. Kanaatimizce bir iş sözleşmesinin bütün objektif irtibat noktaları tek bir hukuka bağlanıyorsa o halde tarafların yabancı bir hukuku seçmiş olması tek başına o sözleşmeyi milletlerarası unsurlu hale getirmemelidir.

Möhuk'ta düzenleme bulan yabancılık unsurunun hangi anlamda yorumlanması gerektiği sorunu gündeme gelebilir. Kanaatimizce Möhuk, yabancılık unsurunu belirtirken subjektif irtibat noktalarını değil objektif irtibat noktalarını kastetmiştir.

2.Uygulanacak Hukuku Tayin Eden Bazı Bağlama Kuralları

i)Ehliyet

Ehliyetin vasıflandırılması da genel görüş uyarınca lex fori'ye göre yapılacaktır. Genel olarak ehliyet,kişinin haklardan yararlanabilmesini, borç ve yükümlülük altına girebilmesini ve sözleşmeye taraf olabilmesini ifade eder²⁹. Ancak ehliyetin kamu hukuku karakterli mi yoksa özel hukuk karakterli mi olduğu hususu bir vasıflandırma sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre ehliyet bir devletin emredici kuralları olarak kamu hukuku karakterli olarak görülmeli ve o devletin hukukuna göre vasıflandırılmalıdır³⁰.

26 ELÇİN,Doğa,age,s.44.

27 EKŞİ,Yabancılık,s.7.

28 AKYİĞİT,agm,s.19.

29 TEKİNALP,Milletlerarası özel hukuk –Bağlama Kuralları,B.10,İstanbul,2009,s.61.

30 ELÇİN,Doğa,age,s.46.

Bağlama kuralı olarak çeşitli ülkelerde farklı hükümler öngörülmüştür. Kıta Avrupa'sı devletleri daha çok milli hukuku esas alırken ABD ve İngiltere hukuklarında sözleşmeye uygulanacak hukuk esas alınmaktadır. Örneğin Fransız, Alman ve İtalyan hukuklarında objektif bağlama noktası olarak milli hukuk seçilmiştir.

İş sözleşmesi yapma ehliyeti ise ayrı olarak düzenlenmemiştir. Türk hukukunda iş sözleşmesi yapma ehliyetinin genel hükümlere tabi olacağı kabul edilmektedir. Buna göre MÖHUK m.9'a göre ehliyet kuralı olarak milli hukuka tabidir. Türk iş hukukunda iş sözleşmesi yapma ehliyeti yaş küçüklüğü, cinsiyet ve sağlık durumu nedeniyle sınırlanabilmektedir. Mesela on beş yaşını doldurmayan kişinin çalıştırılması yasaktır. Bu anlamda on beş yaşından küçük bir kişinin iş sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bu kurallar ülkesel nitelikte kamu hukuku nitelikli kurallardır ve vasıflandırma yapılırken dikkate alınmalıdır³¹.

İş sözleşmelerinde ehliyetle ilişkin bir sınırlama da yabancı işçi çalıştırma yasağıdır. Bu yasaklara oldukça önem verilmektedir. Genel görüşe göre bu yasağa rağmen yabancı işçi çalıştırılması geçersiz bir iş sözleşmesine neden olacaktır.

Ortaya çıkan bir diğer sorun işlem güvenliğine ilişkin MÖHUK m.9/2'dir. Buna göre milli hukukuna göre ehil olmayan birisi işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise bu işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukukuna ilişkin işlemler ile bir taşınmaz üzerindeki aynı hakla ilgili işlemler istisna olarak belirtilmiştir. Burada iş sözleşmeleri istisna tutulmadığı için bu hükmün iş sözleşmeleri için de uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ticari hayattaki işlem güvenliğini sağlamak üzere getirilmiş bir hüküm olan bu maddenin iş sözleşmelerine uygulanmaması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur³². Kanaatimce sözleşmelerin ayakta tutulabilmesi için bu hüküm iş sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Ancak asgari koruma şartları ve zayıf tarafın korunması ilkesi bu hükümle bertaraf edilememelidir.

ii) Şekil

“Genel anlamda şekil, hukuki işlemlerin yapılması için iradelerin kendisini anlaşılabilir hale getirecek bir araçtır³³”. Sözleşmede şekil tarafların gerçekleştireceği bir dış davranış olarak karşımıza çıkmaktadır.

31 CENTEL, Tankut, “Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İşyerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkında Uygulanacak Hukuk-Kamu Düzeni”, İş Hukuku Dergisi, yıl:1992, S.1, s.601-607.

32 ELÇİN, Doğa, age, s.52.

33 TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, B.2, Konya, 1994, s.3 vd.

Şekil de ehliyet gibi kamu hukuku karakterli kabul edilirse lex causae değil lex fori'nin uygulanması gerekebilir. Bu görüş usul hukukunu kamu hukuku alanında kabul etmekten ileri gelmektedir. Ancak şeklin usul hukuku kaynaklı olduğuna birçok yazar tarafından karşı çıkmaktadır.

Möhük'ta tüketici işlemlerine ilişkin bir şekil kuralı öngörülmüşken iş sözleşmelerinde özel bir kurala yer verilmemiştir. Buna göre şekil genel kural olan MÖHUK m.7'ye göre belirlenecektir.

MÖHUK m.7'ye göre hukuki işlemler yapıldığı ülkenin hukukuna veya sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukuka uygun bir şekilde yapılabilir. Ayrıca şekil konusunda atıf reddedilmiştir³⁴.

Türk Doktrininde hakim olan görüşe göre iş sözleşmelerine de genel hükümler uygulanmalıdır. Yani iş sözleşmelerinde şekle, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku veya işin esasını idare edecek hukuka uygun olma ölçütü uygulanacaktır³⁵. Diğer bir görüşe göre ise iş sözleşmelerine genel hükümler uygulanamaz³⁶.

iii) İş Sözleşmelerinin Esasını İdare Edecek Bağlama Kuralları

a) Bağlama Kuralları

İrade muhtariyeti ilkesi milletlerarası özel hukukun temel ilkelerinden biridir. Taraflar hangi hukukun uygulanacağını bu kurala göre belirleyebilirler. Bazı düzenlemelerde açık hukuk seçimi yanında zımni hukuk seçimine de yer verilmiştir. İrade muhtariyeti ilkesinin varlığı şuanda tartışılmamaktadır. Tartışılan konu bu muhtariyetin sınırlanıp sınırlanamayacağıdır. Bir görüşe göre iş sözleşmelerinden zayıf tarafı korumak amacıyla irade muhtariyeti sınırlanmalıdır. Ancak bu şekilde zayıf tarafı koruma ilkesi uygulanmış olur.

Taraflar aşına olduğu bir hukuku seçmek isteyebilirler. Bu yüzden açık olarak hangi hukukun uygulanacağını seçebilirler. Bazı devletler zımni hukuk seçimini tanıırken bazı devletler ise işçiyi koruma ilkesinden hareketle zımni hukuk seçimini tanımamaktadır. Ancak zımni hukuk seçimi her zaman işçi aleyhine sonuçlar doğurmaz.

MÖHUK m.24'te sözleşmelerin tarafların açık olarak seçtiği hukuka tabi olacağı belirtilmiştir. Ancak devamında durumun gereklerinden bir

34 ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, B.10, 2010, s.190.

35 CENTEL, Bağlama Kuralları, s.226.

36 AKYİĞİT, agm, s.20.

hukuk seçimi yapıldığı anlaşılabiliriyorsa da o hukukun uygulanacağı belirtilerek zımni hukuk seçimi tanınmıştır. İş sözleşmelerini düzenleyen m.27'de ise hukuk seçiminin açık veya zımni olmasına değinilmemiştir. Buna göre iş sözleşmelerinde zımni olarak da hukuk seçilebilir.

Bazı düzenlemelerde seçilen hukukun iş sözleşmesiyle irtibatlı olması aranmıştır. Mesela bazı devletlerde tarafların ancak mutad işyeri hukuku, mutad mesken hukuku, esas işyeri hukuku gibi belli bağlama noktalarına göre hukuk seçebilecekleri belirtilmektedir. Türk hukukunda ise bu konuda bir sınırlama yoktur. Ancak doktrinde bu husus tartışmaktadır. Kimi yazarlara göre sözleşmeye tamamen yabancı bir hukuk seçilemezken bazı yazarlar ise böyle bir sınırlamanın olmadığını savunmaktadır.

b)Asgari Koruma Kavramı

Hukuk seçimi hakkı taraflara tanınmasına rağmen sınırlama ihtiyacı doğmuştur. Ne kadar irade muhtariyeti ilkesi geçerli olsa da işverenin bu özgürlüğü kötüye kullanması engellenmek istenmiştir. Buna göre hukuk seçimi yapılmamış olsaydı uygulanacak hukukun daha lehe olan hükümleri uygulanabilecektir.

Roma I tüzüğünde 8. Madde bu konuyu düzenlemektedir. Bu tüzükte de benzer bir hükme yer verilmiştir. Buna göre hukuk seçimi yapılmamış olsaydı uygulanacak hukukun işçi lehine olan hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK m.27/1'e göre iş sözleşmeleri işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtiği hukuka tabidir.

Doktrinde bir görüşe göre bu madde Roma I Tüzüğüne paralel olarak düzenlenmiştir. Yani taraflar hukuk seçmeseydi hangi hukuk uygulanacaksa o hukukun asgari kuralları dikkate alınacaktır³⁷.

Bir görüşe göre ise Möhuk m.27 daha sınırlı bir koruma getirmektedir. Buna göre herhangi bir hukuk değil işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukunun asgari kuralları göz önüne alınacaktır³⁸. Buna göre işçi işini mutad olarak bir yerde yapmıyorsa asgari korumadan faydalanamayacaktır. Başka bir görüşe göre ise hangi hukuk işçinin daha lehine ise

37 DOĞAN,Vahit,"5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti",Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ongün'e Armağan,GÜHFD,C.21,S.1-2,2009,s.152(Uygulanacak Hukuk).

38 ELÇİN,Doğa,age,s.92.

o hukukun asgari koruması göz önüne alınabilir³⁹. Kanaatimce bu mümkün değildir çünkü kanunun açık hükmü buna imkan vermemektedir.

i)Asgari korumanın tespitinde ortaya çıkacak sorunlar

Asgari korumayı tespit etmek için birçok hukukun birbiriyle karşılaştırılması gerekmektedir. Çeşitli iş hukuku sistemleri olduğu için bu konuda sorunlarla karşılaşılabilir. Bir görüşe göre somut olaya uygulanacak hükümler tek tek karşılaştırılarak hangisinin lehe olduğu tespit edilmelidir⁴⁰.

Diğer bir görüş ise tüm hukuk sistemlerinin karşılaştırılmasını önermektedir. Bu ise mahkemeler için çok zor bir yükümlülük anlamına gelmektedir. Diğer bir görüş ise olaya uygulanacak hukuki rejimlerin grup olarak karşılaştırılmasını önermektedir⁴¹.

3- OBJEKTİF BAĞLAMA KURALLARI

i)Bağlama Noktalarına Genel Bakış

a)İş Sözleşmesinin Taraflarının Milli Hukuku

Bir iş sözleşmesinde tarafların farklı vatandaşlıklarda bulunması söz konusu olabilir. Buna ek olarak taraflar aynı vatandaşlığa sahi olsa da iş başka bir ülkede görülüyor olabilir. Bu durumda sözleşmede yabancı-lık unsuru bulunmaktadır ve olaya hangi hukukun uygulanacağı konusu gündeme gelir.

Kişiler hukuku ve aile hukuku gibi taraf menfaatinin korunduğu ilişkiler bakımından milli hukuk bağlama noktası olarak kullanılmaktadır. Ancak bu bağlama noktası diğer sözleşmeler de tercih edilmemektedir⁴². Birçok ülkede de milli hukuk bağlama noktası olarak kullanılmamaktadır.

İstina olarak ise ROMA I tüzüğü yürürlüğe girmeden önce İtalyan Medeni Kanununda iş sözleşmeleri bakımından tarafların ortak milli hukuku bağlama noktası olarak kullanılmıştır⁴³.

39 GÜNGÖR,Gülin,Temel,Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı,Ankara,2007,s.244(Yakınlık).

40 ÖZDEMİR-KOCASAKAL,Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri,İstanbul 2001,s.73.

41 ELÇİN,Doğa,age,s.104.

42 ELÇİN,Doğa,age, s.111.

43 TUNCAY,Can,"Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkinine Uygulanacak Kanun",Onar Armağanı,İstanbul 1977,s.887(uygulanacak kanun).

Bağlama noktasının milli hukuk olduğu durumlarda vatandaşlığın tayini ilgili devletin hukukuna göre yapılmalıdır⁴⁴.

Türk doktrininde 2675 sayılı kanundan önceki dönemde işçi ile işveren arasından yabancı bir ülkede ifa edilmek üzere yapılan sözleşmeye Türk Hukukunun uygulanabileceği belirtilmiştir⁴⁵. 2675 sayılı kanun döneminde ise eğer işin görüldüğü yer hukuku daha fazla koruma sağlıyorsa sadece tarafların aşına olmaları sebebiyle Türk Hukukunun uygulanması yerinde olmayacaktır⁴⁶.

ii) Tarafların İkametgahları, Mutad Meskenleri veya Mutad işyerleri

Kimi milli hukuklarda bu üç bağlama noktasına kanunlarda yer verilmiştir. Örneğin Mısır ve Kuveyt hukukunda tarafların ortak ikametgahı bağlama noktası olarak seçilmiştir.

Bazı olaylarda işverenin işyerinin bulunduğu ülke büyük önem arz etmektedir. İşverenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunu bağlama noktası olarak seçen hukuklara rastlamak da mümkündür. Bağlama noktası olarak işyerinin vasıflandırılmasında yaygın görüşe göre forum hukuku esas alınacaktır. Türk mahkemelerinde görülen bir uyuşmazlıkta hakim Türk hukukuna göre işyerini vasıflandıracaktır. Buna göre iş kanunu m.2'ye göre işyeri: "işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla, maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim"dir. Ayrıca: "işverenin, işyerinde ürettiği mal ve hizmet ile niteliği yönünden bağlılığı bulunan veya aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer yerler eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. Bağlama noktasında karşılaşılabilecek bir diğer sorun da işyeri-işletme ayrımıdır. İşyerinin daha dar ve teknik, işletmenin ise daha geniş ve iktisadi bir kavram olduğu kabul edilmektedir⁴⁷.

Türk hukukunda milletlerarası özel hukuk anlamında ayrı bir işyeri tanımına yer verilmemiştir. Buna göre hakim somut olayda genel hükümlere göre vasıflandırma yapacaktır.

iii) İş sözleşmesinin Akdedildiği Yer

Bazı devletlerde ise iş sözleşmesinin akdedildiği yer bağlama noktası olarak seçilmiştir. Bu husus genelde tesadüfi bir yer hukukunu ortaya

44 ÇELİKEL/ERDEM, age, s.94.

45 TUNCAY, Uygulanacak Kanun, s.908.

46 CENTEL, Bağlama Kuralları, s.235.

47 ESENER, Turhan, İş Hukuku, B.3, Ankara 1978, s.87.

çıkardığı için eleştirilmiştir. Özellikle internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde sözleşmenin yapıldığı yer çok az bir öneme sahip olmaktadır.

iiii) İşin Yapıldığı Yer

Milletlerarası unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk tespit edilirken en çok kullanılan bağlama noktası işin yapıldığı yerdir. Locus Laboris olarak adlandırılan bu bağlama noktasına Türk hukukunda da yer verilmiştir. Genellikle işçinin işini yaptığı yer aynı zamanda işverenin işyeridir. Burada aynı çalışma ortamında çalışan işçiler aynı hukuka tabi kılınmak ve aralarındaki eşitlik sağlanmak istenmiştir.

Locus Laborisin bir diğer önemi iş sağlığı ve güvenliği anlamında ortaya çıkmaktadır. Buna göre bütün işçilere o yer hukuku uygulanacak ve iş sağlığı ve güvenliği anlamında da eşitlik sağlanacaktır.

Kanaatimce göre iş sözleşmelerinde her bir olay kendine özgü olarak değerlendirilmeli ve bu ihtimalleri göz önüne alarak çeşitli kanunlar ihtilafı kuralları öngörülmelidir. Çünkü bir somut olayda milli hukuk milletlerarası özel hukuk adaletini sağlarken başka bir olayda işyeri hukuku bunu sağlayabilir. O yüzden alternatifli kanunlar ihtilafı kuralları öngörülmelidir.

Türk Hukukundaki Uygulama

MÖHUK m.27/2 ye göre hukuk seçimi bulunmadığında iş sözleşmesine işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde bu ülke mutad işyeri sayılmaz. İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp sürekli başka yerlerde ifa ediyorsa işverenin esas işyeri hukuku uygulanır. Ancak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye o hukuk uygulanır.

2675 sayılı kanundan önceki dönemde iş sözleşmelerinin güvenliğe ilişkin olduğu gerekçesiyle mecburen işyeri hukukuna tabi olacağı belirtilmekteydi⁴⁸.

2675 sayılı kanun döneminde ise iş sözleşmesine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmemiştir. Buna göre genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin 24. Madde uygulanıyordu. Doktrinde iş sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen sözleşme olmasından hareketle ifa yeri hukukuna tabi olması gerektiği belirtilmiştir⁴⁹. İş sözleşmesinin ka-

48 SEVİÇ,V.Raşit,Kanunlar İhtilafı-Yasama ve Yargı Çatışmaları,İstanbul 1971,s.93.

49 DOĞAN,Vahit,İş akdinden doğan kanunlar ihtilafı alanında bağlama kuralının ve sınırlarının tespiti,Ankara 1996,s.80(İş Akdi).

rakteristik ediminin işçini edimi olduğu ve bu yüzden işçinin çalıştığı yer hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

MÖHUK m.27/2'ye göre hukuk seçiminin olmadığı hallerde işçi başka bir ülkeye gönderilmiş olsa bile uygulanacak hukuk mutad işyeri hukukudur. Başlangıç noktası lex loci laboristir. Yani en yakın irtibatlı hukuk işin yapıldığı yer hukuku olarak kabul edilmektedir.

İşçinin işini mutaden yaptığı bir yer yoksa m.27/3'e göre uygulanacak hukuk işverenin esas işyerinin bulunduğu yer hukukudur. Ancak tüm bunlara rağmen başka bir ülke ile irtibatlı bir sözleşme varsa o ülkenin hukuku uygulanacaktır.

4- OBJEKTİF BAĞLAMA KURALININ UYGULANMA KOŞULLARI

a)İşin Mutaden Yapıldığı Yer Hukukunun Uygulanması

İşin mutaden yapıldığı yer hukuku bir iş sözleşmesinin en tipik irtibat noktasıdır⁵⁰. Çünkü işçiler işi mutaden yerine getirdikleri ülkenin çevresel koşullarından etkilenmektedirler. Diğer yandan işverenin eşit işlem yapma yükümlülüğünün yerine getirilmesi anlamında da uygundur. Buna göre aynı işyerinde çalışan işçilere aynı hukuk uygulanarak eşitlik sağlanmış olacaktır.

Roma I Tüzüğü 8. Maddede bu husus düzenlenmiştir. Buna göre “iş sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemiş olması halinde, sözleşme, işçi, işinin mutaden hangi ülkede yerine getiriyorsa o ülkenin Hukuku, bunun bulunmaması halinde, işçi, işini mutaden hangi ülkeden yerine getiriyorsa o ülkenin hukuku tarafından idare edilir.” Bu hükme göre işçi işinin mutaden bir ülkede yapmamakla beraber bir ülkede ofisi varsa ve sürekli buraya dönüyorsa o ülkenin hukuku uygulanacaktır. ATAD'a göre işçi işini mutaden bir ülkede yapmıyorsa sözleşmeyi karakterize eden yerin bulunması gerekmektedir. Buna göre işçinin işçiye karşı olan yükümlülüklerini yerine getirdiği yerin sözleşmeyi karakterize eden yer olduğu sonucuna ulaşılabilir⁵¹.

Roma I Tüzüğü madde 8/2 işçinin geçici olarak bir ülkede çalıştırılrsa bile işini mutaden yaptığı belli bir ülkeyi ele almaktadır. İşin mutaden yapıldığı yere ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

50 Doğan,Vahit,Milletlerarası Özel Hukuk,Ankara 2010,(milletlerarası).

51 ELÇİN,Doğa,age,s.122.

İşçinin mutad işyerinin bulunması açısından bazı kıstaslar öngörül-müştür. Bunlar; işçinin nereye yolculuk edip döndüğü, işçinin yerleşim ye-ri, işçinin denetlendiği yer, ücretin ödendiği yer gibi unsurlardır. Bu unsur-lardan yola çıkılarak işin mutaden yerine getirildiği ülke bulunabilecektir.

Önemle olan işçinin çalışma faaliyetlerinin merkezinin nerede toplan-dığıdır. Örneğin İngiliz mahkemesini verdiği bir kararda, işverenin Rus-ya'dan batıya metal satışını koordine etme görevi olan ve bazen müşterile-rin yabancı ülkelerdeki merkez ofislerine gitmesi istenen yönetici pozisyo-nundaki işçinin Rusya'daki ofisinde çalıştığını gözeterek mutad işyerinin Rusya olduğuna karar vermiştir.

Türk Hukukuna gelecek olursa Möhuk m.27/2 de işçinin işinin mutad olarak yaptığı ülke yerine işinin mutaden yerine getirdiği işyeri hukuku kavramı ele alınmıştır. Kanun gerekçesinde iş hukukunun kamu hukuku karakteri de olduğu ve işçinin edimini orada yerine getirmesi nedeniyle iş yerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Doktrinde işyeri, işçinin işini mutad olarak yerine getirdiği yer olarak tanımlanmıştır⁵². Bu tanıma göre işçinin işini yerine getirdiği yer belirle-yici tek unsurdur. Diğer bir görüşe göre işçinin mutad işyerini taraflar belirleyecektir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Mutad işye-rini tarafların iradesine bırakmak işçiye koruma ilkesine ters düşecektir.

b) İşçinin işini mutaden yapmak üzere başka bir ülkeye gönderilmesi

İşçi bir işi mutaden bir yerde yerine getirirken, başka bir ülkeye gön-derilebilir. Bu durumda uyuşmazlık tarihinde yeni mutad yeri işyeri hu-kuku uygulanacaktır. Ancak işçi gönderildikten sonra tekrar başka bir ülkeye gönderilirse o zaman işçinin aşına olduğu hukuk olan işyerin bu-lunduğu yer hukukunun uygulanması daha uygun sonuçlar verecektir.

Türk doktrininde iş ilişkisi devam ederken, işi mutaden yerine getiril-diği yer değişirse değişme tarihine kadar eski mutad işyeri hukukunun,-değişmeden sonra ise yeni mutad işyeri hukukunun uygulanması öneril-mektedir. Ancak bu hakim için zorlu bir süreci de beraberinde getirmek-tedir.

Diğer bir görüşe göre ise işçi ve işverenin iradesi mutad işyerini belirle-yebilir. Buna göre işçi uzun süre bir yere gönderilse bile eski çalışılan yer

52 NÖMER, Ergin/ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, B. 17, İstanbul 2009, s. 334.

mutad işyeri olarak kabul edilebilir. Özellikle eski yerin işçinin vatandaşlığının bulunduğu ülke olması ve aşına olduğu bir hukuk olması nedeniyle böyle bir çözüm önerilmektedir.

c)İşçinin İşini Geçici Olarak Bir Yerde Yerine Getirmesi YAYILMA TEORİSİ

İşçinin korunmasına ilişkin özel bağlama kuralında işçinin geçici olarak bir ülkeye gönderilse bile mutad işyerinin değişmeyeceği benimsenmiştir. Bu yaklaşıma yayılma teorisi denilmektedir. Yayılma teorisi *lex loci laboris*in bir istisnasıdır. Çünkü işçinin mutad işyeri hukuku geçici olarak işin yapıldığı yere yayılmakta ve mutad işyeri hukuku ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Bu yüzden bu teoriye dışarıya yayılma ilkesi denilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre bu hüküm değişken ihtilafları önlemek amacıyla getirilmiştir.

Burada şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır:hangi durumlarda işyeri geçici sayılacaktır? Buna göre işçinin bir ülkeye gönderilmesi halinde bunun geçici mi yoksa mutad işyerini değiştirmeye yönelik bir hareket mi olduğu husus mahkemenin takdirine kalmaktadır. Doktrinde ise 1-3 yıllık süreler öngörülmüştür. Diğer bir görüşe göre ise her bir olay kendi özellikleri bakımından ayrı olarak ele alınmalıdır.

İfanın gerçekleştiği yerde iş güvenliği,çalışma saatleri,tatil günleri vb. konulardaki hükümler m.33 uyarınca dikkate alınacaktır⁵³. “ifanın gerçekleştirme biçimi ve tedbirler” başlığını taşıyan ve satım sözleşmeleri düşünüldükçe düzenlenmiş olan bu hükmün iş sözleşmelerine nasıl uygulanacağı hususu belirsizdir. Bu maddeye göre ifanın gerçekleştiği ülke hukuku da dikkate alınmalıdır.

Bir görüşe göre baştan itibaren dönülecek tarih belli ise görevlendirme geçici kabul edilecektir. Ancak bu görüşe göre görevlendirmenin 12,istisnai olarak 24 ayı geçmemesi gerekir⁵⁴. Ancak karşı görüş belirli bir zaman dilimiyle sınırlamayı kabul etmemektedir. Buna göre görevlendirmenin amacına bakılmalıdır. Burada işçi ve işverenin iradelerine bakılmalıdır.

Özellikle şirket gruplarında bu sorun daha fazla gündeme gelmektedir. İşçiler mahalli bir sözleşme akdedip başka bir ülkeye gönderilebilmektedir.

53 Tarman,Zeynep Derya,“Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”,AÜHFD,59(3) 2010,s.521-550,s.536.

54 Tarman,Zeynep Derya,agm,s.536.

Geçici çalışma kavramının yarattığı sorunlar *green paper on the conversion of Rome convention*'da üç öneri ile tartışılmıştır. Birinci çözüm; tarafların iradesine göre göndermenin belirli bir süre için planlanması veya geçici bir proje için planlanmasıdır⁵⁵.

İkinci çözüm; Mahkemenin her olayda süreyi değerlendirmesidir.

Üçüncü çözüm ise; aynı grubun işvereni ile yeni bir sözleşme akdedilmesinin geçicilik unsuruna hâlel getirmeyeceğidir.

Türk Hukukuna bakacak olursak MÖHUK m.27/2 de benzer şekilde işçi geçici olarak başka bir ülkeye gönderildiğinde bu ülkenin mutad işyeri sayılmayacağını belirtilmiştir. İşin geçici olarak başka ülkede yapılmasından ne anlaşılabileceği ise maddede açıklanmamıştır. Doktrinde iş seyahatleri, montaj işleri gibi kısa süreli işler için başka bir ülkeye gidildiğinde mutad işyerinin yayıldığı kabul edilmektedir⁵⁶.

Bir görüşe göre işçinin işini geçici olarak bir ülkede yapması halinde işin mutaden yerine getirildiği yerin emredici hukuk kuralları da göz önüne alınmalıdır⁵⁷.

d) İşin Mutaden Yapıldığı Yerin Bulunmaması

İşin mutaden yerine getirildiği ülke bulunmuyorsa ve işçi sürekli başka ülkelerde çalışmakta ise işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m.27/3). Esas işyeri ile kastedilen işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülkedir. Ancak iş sözleşmesi bir şube ile akdedilmişse şubenin bulunduğu yer hukukunun uygulanması daha doğru olacaktır. Bu kural havayolu şirketlerinin uçuşta görevli personeli için önem taşımaktadır⁵⁸.

e) İstisna Hükümü

Ne mutad mutad işyeri hukuku ne esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku zorunlu olarak uygulanması gereken kurallar değildir. MÖHUK m.27/4 uyarınca sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunuyorsa bu hukuk uygulanabilir. Burada hakime bir takdir yetkisi verilmiştir. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak açısından böyle bir düzenlemeye gidilmiştir.

55 Green Paper on the Conversion of Rome Convention, s.36.

56 NÖMER/ŞANLI, age, s.335.

57 ELÇİN, Doğa, age, s.134.

58 ÇELİKEL/ERDEM, age, s.364.

SONUÇ

MÖHUK m.27 mülga kanunun 24. Maddesindeki eksiklikleri gidermeyi amaçlayacak yerinde bir düzenlemedir. İş sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirten bir kurala yeni kanunda yer verilmesi yerinde olmuştur. İş sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimine ilk sırada yer verilmiştir. Taraflar açık veya zımni olarak hukuk seçmişlerse sözleşmeye bu hukuk uygulanacaktır. Ancak subjektif iş akdi statüsünün sözleşmeye uygulanabilmesi için objektif bağlama kuralına göre işçiye sağlanan asgari korumanın altına düşmemesi gerekir. Objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen hukuklar işçiye asgari bir koruma sağlamaktadır. Madde ile bu kuralın altına düşülemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu durumda hukuk seçimi tamamen geçersiz olmayacak sadece asgari korumanın altındaki hükümler uygulanmayacaktır. Böylece irade muhtariyeti yine de tanınmış olacaktır.

Yabancılık unsuru taşıyan bir iş sözleşmesinde kural yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Ancak bu hukukun uygulanması hakimın hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı ise bu hukukun uygulanmasından vazgeçilebilecektir. Ancak bu hüküm istisnai bir düzenlemedir ve sıklıkla başvurulabilecek bir yol değildir. Hakim kendi hukukunu uygulama kolaylığından yararlanmak için kamu düzeni hükmünden yararlanmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKTAY/ARICI/SENYEN-KAPLAN, **iş hukuku**, Ankara 2006
- AKYİĞİT, Ercan, "Milletlerarası özel hukuk bakımından hizmet akdinde hukuk seçimi", çimento işveren dergisi, yıl:1990, C.4, S.6
- AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra, **Uluslararası düzeyde yasaların çatışması (Kanunlar ihtilafı)** B.2, İstanbul 2008
- CENTEL, Tankut, "Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İşyerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkında Uygulanacak Hukuk-Kamu Düzeni", İş Hukuku Dergisi, yıl:1992, S.1
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, B.10, 2010
- DICEY, A. Venn/MORRIS, J.H. Carlile, **The Conflict of Laws**, 12th Ed., Vol 2., London, 1993
- DOĞAN, Vahit, "5718 Sayılı Kanuna Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", Yrd. Doç. Dr. -İbrahim Ongün'e Armağan, GÜHFD, C.21, S.1-2, 2009
- DOĞAN, Vahit, **İş akdinden doğan kanunlar ihtilafı alanında bağlama kuralının ve sınırlarının tespiti**, Ankara 1996
- Doğan, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010
- ELÇİN, Doğa, **Milletlerarası unsurlu bireysel ve toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk**, Adalet yayınevi, Ankara 2012

- EREN,Fikret,**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**,B.10,İstanbul 2008
- EKŞİ,Nuray, “**Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na göre Anlamı**”,MHB,YIL:12,S. 1-2,1992
- GÜNGÖR,Gülin,Temel ,**Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**,Ankara,2007
- LANDO,Ole/VON HOFFMANN,Bernd /SHIEHR,Kurt ,**European Private International Law of Obligations,Tubingen** 1975
- NOMER,Ergin/ŞANLI,Cemal,**Devletler Hususi Hukuku**,B.17,İstanbul 2009
- ÖZDEMİR,Hatice, “**MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “yabancılık unsuru taşıyan sözleşme” ve “uluslar arası sözleşme” Kavramları**”, İstanbul Barosu Dergisi,C.73,S.10-11-12, YIL:1999
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL,Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**,İstanbul 2001
- SEVİĞ,V.Raşit,**Kanunlar İhtilafı-Yasama ve Yargı Çatışmaları**,İstanbul 1971
- Tarman,Zeynep Derya,”**Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**”,AÜHFD,59(3) 2010
- TEKİNALP,**Milletlerarası özel hukuk –Bağlama Kuralları**,B.10,İstanbul,2009
- TUĞ,Adnan, **Türk Özel Hukukunda Şekil**,B.2,Konya,1994
- TUNCAY,Can,”**Devletler Hususi Hukukunda Hizmet İlişkisine Uygulanacak Kanun**”,Onar Armağanı,İstanbul 1977
- ULUOCAK,Nihal, **Kanunlar İhtilafı(Yasama Yetkisi Kuralları)**,İstanbul 1971

TİCARİ İŞLETME REHNİ¹

Yavuz AKBULAK²

1. TİCARİ İŞLETME KAVRAMI

Ticari işletme kavramına ilişkin hukuki bir tanımlama, ilk kez 6102sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun³ (TTK) 11'inci maddesinde yapılmış olup; buna göre ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir.

Ticari işletme, içerdği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.

Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır. Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur (TTK m.12).

Diğer taraftan, ister gezici olsun ister bir dükkanda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri sınırlı ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır (TTK m.15).

Yukarıda yer alan açıklamaları dikkate aldığımızda, ticari işletmelerin 4 temel özelliğinin bulunduğu görülmektedir:

- 1 Yazar notu: Bu yazıda yer alan görüşler yazarına ait olup çalıştığı kurumu bağlamaz, yazarın çalıştığı kurum veya göreviyle ilişki kurulmak suretiyle kullanılamaz.
- 2 SPK Başuzmanı
- 3 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

- Ticari işletmeler, gelir sağlama amacıyla kurulan işletmelerdir.
- Ticari işletmeler, devamlı bir biçimde faaliyette bulunurlar.
- Ticari işletmeler, diğer işletmelerden bağımsız şekilde işletilirler.
- Ticari işletmeler, esnaf işletmelerinden daha büyük ölçeklidirler.

Bu özellikler esas alındığında, ticari işletmenin 4 unsura dayandığı söylenebilir:

- Gelir sağlama amacı,
- Süreklilik,
- Bağımsızlık ve
- Esnaf faaliyeti sınırını aşma.

Diğer taraftan, 21.07.2007 tarihli ve 26589 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 18.06.2007 tarihli ve 2007/12362 sayılı “*Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Karar*”a göre, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu’nun 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 63’üncü maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun uygulaması bakımından;

a) Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmi Gazetede yayımlanacak esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177’nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkar sayımları ile esnaf ve sanatkar siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri,

Ancak, esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkar sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkar sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkar sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması,

b) 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bünyesindeki odalara kaydedilmeleri,

kararlaştırılmıştır⁴.

2. REHİN HAKKI KAVRAMI⁵

Rehin, bir sebepten dolayı, bir şeyi hapsedmek, alıkoymak demektir. Bir malı, ondan istifadesi, faydalanılması mümkün olan bir hak karşılığında hapsedmek, alıkoymaktır. Hapsedilen mala rehin veya merhunderin. Rehlin, alacaklıya yapılacak ödemeyi belirli bir şey üzerinde teminat altına almaya yarayan bir sözleşmedir. Alacaklıya yalnız rehin edilen malı sattırarak alacağını alma hakkını verir. Rehlin, para, mal vb. olarak verilebilir.

Alınan bir şeye karşılık, bir şeyi bırakmak, aynı teminattır. Alacaklı, hakkını teminat altına almak için karşı taraftan aynı teminat ister ve bu sebeple rehin hakkını tesis eder. Rehlin hakkı, bir alacağın temin edilebilmesi için, bir menkul, gayrimenkul veya bir hak üzerinde kurulan sınırlı bir aynı haktır. Alacağın varlığına bağlı olduğu için bir fer'i haktır. Yani alacak hakkı yoksa veya geçersizse, rehin hakkı da yok demektir.

Rehin esas olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda⁶(TMK) düzenlenmiştir. TMK'nın 850 ila 938'inci maddelerinde taşınmaz rehni, 939 ila 972'nci maddelerinde ise taşınır rehni ile alacak üzerindeki rehin hak-

4 460 Seri No'lu VUK Genel Tebliği (Resmi Gazete: 25.12.2015-29573) uyarınca, 2016 yılı içinde defter tutma sınırları şöyledir:

Yıllık mal alışları toplamı	168.000,-TL
Yıllık mal satışları toplamı	230.000,-TL
Hizmet gayrisafi hasılatı	90.000,-TL
1 ve 2 birlikte yapılması halinde iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı	168.000,-TL

5 Bu konuda bkz. Kemale ASLANOVA, Roma Hukukunda Rehlin Akti, Rehlin Hakkı ve Türk Hukuku'na Etkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, SBE, Aralık 2009 <http://openaccess.iku.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11413/610/Kemale-AslanovaYLtez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Son Erişim Tarihi: 21.01.2016); Okay SADAY, "Ticari İşletme Rehni", http://www.turkhukuksitesi.com/makale_171.htm (Son Erişim Tarihi: 21.01.2016); <http://rehin.nedir.com/#ixzz3xrzjjcmu> (Son Erişim Tarihi: 21.01.2016)

6 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

kı ve rehinli tahvile ait hükümler düzenlenmiştir. TMK'ya göre, her türlü alacak ve haklar üstünde de rehin hakkı kurulabilir. Alacak hakkı ve para ile değerlendirilebilen her çeşit hak üzerinde rehin hakkı tesisi mümkündür. Alacak rehinde, borçluya durumun bildirilmesi gerekli değildir.

Senetli alacaklarda, rehin sözleşmesi bir borçlandırıcı işlemdir. Rehin alacaklısına senedin de teslimi gerekir. Hamiline yazılı senette, ayrıca rehin sözleşmesi gerekmez. Rehin niyetiyle teslim yeterlidir. Emre yazılı senetlerde de “rehin ciro su” ile rehin sözleşmesi yapılmış olur. Nama yazılı olan senetlerde ise ayrıca “temlik beyanı” da gerekir.

Bir rehin üzerine ikinci bir rehin hakkı kurulabilir. Ancak durum önceki rehin alacaklısına bildirilir. Alacak üstündeki rehin hakkı, mutlak bir haktır. Ancak aynı hak değildir. Mal üzerine kurulmamıştır. Herkese karşı ileri sürülebilir. Rehin edilen hak, rehin sahibine devredilmiş olmayıp, hak yine rehin edene aittir.

Mal üzerindeki rehin, taşınmazrehni ve taşınırrehni olmak üzere iki çeşittir:

i) Taşınmaz rehni

TMK'da üç çeşit taşınmazrehni vardır:

- ❖ İpotek,
- ❖ İrad senedi,
- ❖ İpotekli borç senedi.

Taşınmazrehni, alenidir, belirlidir, sabit derecelidir ve teminatlıdır. Taşınmazrehni ya kanundan doğar veya sözleşme ile kurulur. Kanundan doğan gayrimenkul de ya tescil olmadan doğar veya kanundaki hüküm, rehnin tescil edilmesini isteme hakkını verir. Ayrıca resmi senede gerek yoktur. Sözleşme ile doğan gayrimenkulde ise, diğer aynı haklarda olduğu gibi, resmi senet ve tapuya tescil şartını gerektirir.

ii) Taşınır rehni

Taşınabilir bir mal üzerinde kurulur. Alacaklıya gerektiğinde malı satarak alacağını alma hakkını verir. Taşınırrehni kıymetle ilgili olup, fer'i bir haktır. Alacaklının rehinli menkul malı gerektiğinde sattırarak, karşılığında alacağını alması, kıymetle ilgili bir hak olmasındandır. Alacağı sıkı surette bağlı olması ise, fer'i hak olduğunun ve sadece te-

minat olduğunun işaretidir. Alacak hakkı ile birlikte rehin hakkı da son bulur. Alacak üçüncü kişiye devredilince, rehin hakkı da üçüncü kişiye geçer.

Taşınırrehni de;

❖ Teslim şartlı,

❖ Teslimsiz

olmak üzere iki çeşittir.

Teslim şartlı rehin, normal menkul rehnidir. Rehin hakkı kurmak için, zilyetlik alacaklıya veya üçüncü kişiye devredilir. Rehin verenin tek başına mal üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Rehin hakkı tesisi için, rehin sözleşmesi ve zilyetliğin devri gerekir. Rehin sözleşmesi, şahsi bir hak doğurur. Bununla rehin hakkı sahibi zilyetliğin devrini isteme hakkı elde eder. Borçlu da zilyetliğin devir borcuna girer. Rehin hakkı sahibi daima alacaklıdır. Sözleşmede sıhhat ve şekil şartına gerek yoktur. Zilyetliğin devrinde, rehin hakkının ortaya çıkması için sözleşme yeterli değildir. Zilyetliğin devri de gerekir. Ancak, bu şekilde rehin hakkı açıklık kazanır. Hükmen teslimle rehin hakkı kurulamaz. Alacaklının parasını alabilmesi için, ancak para ile ilgili olan şeyler üzerinde rehin hakkı kurulabilir.

Teslim şartlı rehni sona ermesi, zilyetliğin geri verilmesini isteme hakkının kaybedilmesi, alacağın sona ermesi ve tarafların anlaşması sonucu feragatle son bulur.

Teslimsiz menkul rehni, kanunda belirtilen özel durumlardan doğar. Bunda zilyetliğin devrine gerek yoktur. Bu rehne, menkul mal ipoteği de denir. Birçok çeşitleri vardır:

- ❖ Hayvan rehni: Ancak çiftlik hayvanları üzerine kurulur. Diğer hayvanlara kurulamaz. Bu rehni, kredi kuruluşları ve kooperatifler kurar. Hayvan rehni siciline kayıt gerekir.
- ❖ Maden cevheri rehni: Maden Kanununun verdiği yetkiye göre kurulur. Madeni çıkaran, arama yapan ve işleme yapanlar alacaklıya teslimsiz rehin hakkı verebilirler. Bununla, ilgili rehin hakkı vardır.
- ❖ Ticari işletme ve esnaf işletmesinin rehin hakkı
- ❖ Zirai donatım, Ziraat Bankası ve Tarım Kredi Kooperatiflerinin rehin hakları vardır.

Bunların hepsi, teslimsiz menkul rehne girerler.

3. TİCARİ İŞLETME REHNI

3.1. Giriş

Ülkemizde, taşınır rehnimüessesesi 4721 sayılı TMK'nın 939 ila 972'nci maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. TMK m.939'e göre, TMK'da öngörülen "ayrık durumlar" dışında taşınır, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir. Rehnedende tasarrufta bulunma yetkisi olmasa bile, rehin konusu taşınıra iyiniyetle zilyet olan kimse, zilyetlik hükümlerine göre edinimi korunduğu ölçüde rehin hakkı kazanır. Üçüncü kişilerin önceki zilyetlikten doğan hakları saklıdır. Taşınır, fiilen yalnız rehnedenin hakimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmaz.

TMK'nın "Ayrık durumlar" başlıklı 940'ıncı maddesi uyarınca, yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de, icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir. Benzer bir biçimde, gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir.

Yukarıda vurgulanan zilyetliğin rehin alacaklısına devredilme koşulu, özellikle ticari işletmeler açısından menkul rehni müessesesinin uygulanabilmesini olanaksız kılmaktadır. Çünkü ticari işletmeler, faaliyetlerini sürdürebilmek için menkul mallarını fiilen kullanmaya gereksinim duyarlar. İşte bu itibarla, ticari işletme rehni kurumu TMK dışında başka bir yasa ile düzenlenmiş bulunmakta olup, bu çalışmada temel olarak ticari işletme rehnine ilişkin esaslar üzerinde durulacaktır.

3.2. Ticari İşletme Rehnine İlişkin Genel Esaslar

Ticaret veya esnaf ve sanatkar sicilinde kayıtlı bir ticari işletme üzerinden rehin hakkı, 28.07.1971 tarihli ve 13909 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 21.07.1971 tarihli ve 1447 sayılı "Ticari İşletme Rehni Kanunu"nda⁷ (TİRK) yazılı hükümler dairesinde tesis edilir.

3.2.1. Ticari İşletme Rehninde Taraflar

Ticari işletme rehni sözleşmesi, tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri, kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler ile ticari işletmenin maliki bu-

7 Anılan Kanun, sırasıyla; 3153 sayılı (1985), 4952 sayılı (2003) ve 5728 sayılı (2008) Yasalarla değiştirilmiş bulunmaktadır.

lunan gerçek vetüzel kişiler arasında yapılır.Ancak, kredili satış yapan müesseselerin rehin hakkı münhasıran vadeli satış yapmış olduğu rehinin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makina, araç, alet ve motorlu nakil araçları üzerinde tesis edilir (TİRK m.2).

3.2.2. Rehinin İçeriği ve Kapsamı

Ticari işletme rehni, aşağıdaki unsurları kapsar:

- ❖ Ticaret unvanı ve işletme adı,
- ❖ Rehinin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makina, araç, alet ve motorlu nakil araçları,
- ❖ İhtira beratları, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınai haklar.

Taraflar ticaret unvanı, işletme adı ve menkul işletme tesisatı dışında kalan unsurlardan bir veya birkaçını rehnindışında bırakabilirler (TİRK m.3).

3.2.3. Rehin Sözleşmesi

TİRK m.4'e göre, rehin sözleşmesi, ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu sicil çevresindeki *bir noter tarafından* tanzim edilir.Sözleşmede, rehne dair unsurların tam listesi de ayırt edilmelerini mümkün kılacak özellikleri ile birlikte yer alır.

3.2.4. Rehin Hakkının Doğumu ve Tescilin Şekli

Rehin hakkı ticari işletme sahibinin veya kredi müessesesinin veya alacaklının yazılı talebi üzerine ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Siciline tescil ile doğar.Sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 10(on) gün zarfında tescil talep edilir ve ilgili sicil memurluğunca bu işlem yerine getirilir.Ticari işletmeye dahil unsurlardan bir kısmı üzerinde rehinin tasarruf hakkı bulunmaması halinde TMK hükmü uygulanır.Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicilindeki kayda istinat ederek rehin hakkı iktisap edenin bu iktisabı muteberdir.Tescil harç ve masraflarının hangi tarafa ait olacağı rehin sözleşmesinde belirtilir.Rehinin tescilinde, alacaklının ticaret unvanı, açık adresi ve ikametgahı, alacağın Türk lirası olarak miktarı, alacağın miktarı muayyen değilse ticari işletmenin ne miktar için teminat teşkil edeceği, alacak faizli ise faiz nispetikaydolunur (TİRK m.5-6).

Tescili müteakip Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicili memurunun derhal yapacağı bildiri üzerine, TİRK'ya istinaden tesis edilen rehin, ticari işletmenin üzerinde faaliyet gösterdiği gayrimenkul işletme sahibine ait ise bugayrimenkulün tapu kütüğündeki sayfasındaki beyanlar hanesine markalar, lisanslar ve ihtira beratları gibi sınai haklar için Sanayi Bakanlığı⁸ tutulan sicile, maden siciline, motorlu araçlar için nakil vasıtaları siciline, ticari işletme rehni veren müessesesinin varsa şubelerinin bulunduğu yer sicillerine derhal kaydedilir (TİRK m.7).

Aynı ticari işletme üzerinde birden fazla rehin tesis edilebilir. Alacaklıların hakları rehlin tescili sırasına göre tayin edilir (TİRK m.8).

3.2.5. Rehin Hakkının Üçüncü Şahıslara Karşı İleri Sürülmesi

TİRK m.9 gereğince, alacaklının bu kanundan doğan rehin hakkı, ticari işletmeyi devralan herkese karşı ileri sürülebilir. Şu kadar ki, rehinden haberdar olmaksızın ticari işletmenin sicil bölgesi dışındaki münferit unsurları üzerinde mülkiyet veya diğer aynı bir hakkı iktisap eden hüsnüniyet sahibi üçüncü şahsın hakları mahfuzdur. Ticari işletme sahibinin bu iktisap dolayısıyla bir talep hakkı varsa bu talep hakkı üzerinde alacaklının rehin hakkı devam eder. Ticari işletmenin rehnedilen unsurlarının tamamı veya bir kısmı için tazminat veya sigorta bedeli ödenmesi icap ettiği takdirde, tazminat veya bedel üzerinde de alacaklı rehin hakkına sahip olur. Üçüncü şahıs kendisine yapılan ihbara rağmen işletme sahibine tebliğ edilebilirse alacaklının bundan doğan zararını tazmin ile yükümlü olur. Ticari işletme sahibinin, alacaklının muvafakatini almak şartıyla işletmenin münferit bir unsurunun devri veya üzerinde bir aynı hak tesisi dolayısıyla alacaklı olduğu meblağ veya kendisine verilecek tazminat yahut sigorta bedeli ile, işletmeden çıkan unsur yerine yenisini alma veya eski durumu iade etme hakkı saklıdır.

3.2.6. Ticari İşletme Sahibinin Tasarruf Yetkisi

Ticari işletme sahibi, işletmenin normal faaliyette bulunabilmesi için gerekli her türlü muameleleri yapmak yetkisini haizdir. Buna mukabil ticari işletme sahibi, ticari işletmeyi veya rehnedahil münferit unsurları devretmek, bir aynı hakla takyit etmek, başka bir mahalle nakletmek veya başkaları ile değiştirmek için alacaklının muvafakatini almak zorundadır. İşletme rehnedahil münferit unsurların alacaklının muvafakatini ile başkalarıyla değiştirilmesi hallerinde meydana gelen değişikliklerin, taraflarca düzenlenmiş olan listeye noter marifetiyle işlettirilmesi şarttır. İşlet-

8 Şimdiki, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı

meye ithal edilen yeni unsurların rehni kapsamında dahil olması için bu unsurların listeye alınması ve ayrıca Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Siciline tescili lazımdır (TİRK m.9).

3.2.7. Ticari İşletmenin Merhun Değerinin Muhafazası

Ticari işletme sahibi işletmenin merhun değerini muhafaza için gerekli ihtimamı göstermediği veya kanunen öngörülen hallerde alacaklının muvafakatini almadığı ve bu yüzdende alacaklının zararına ticari işletmenin merhundeğeri düştüğü takdirde hakim tarafından kendisine verilecek mühlet içinde ek teminat vermez veya evvelki hali iade etmezse, talep üzerine alacaklıya teminat noksanına tekabül edecek bir miktarın ödenmesine hükmolunur (TİRK m.11).

3.2.8. Ticari İşletme Sahibinin Cezalandırılması ve Tazminata Mahkum Edilmesi

Ticari işletme sahibi işletmesini veya rehne dahil münferit unsurları alacaklının muvafakati olmaksızın başkalarıyla değiştirir veya temlik, aynı bir hakla takyit veya alacaklıyı ızzar kastıyla tahrip veya imha ederse bu yüzden alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen alacaklının şikayeti üzerine uğranılan zararın miktarı nazara alınmak suretiyle 1(bir) yıldan 5(beş) yıla kadar hapis ve 100(yüz) günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır. Uğranılan zarar fahiş olduğu takdirde yukarıda yazılı cezaların azamisine hükmolunur. Ayrıca talep üzerine hakim ticari işletme sahibini, kusurunun ağırlığını gözönünde tutarak rehinle temin edilen alacak miktarına kadar munzam bir tazminata da mahkum eder (TİRK m.12).

3.2.9. Rehni Paraya Çevrilmesi

Borçlu borcunu ödemediği takdirde, alacaklıya; ticari işletmeyi veya münferit bir unsurunu temellük etmek hakkını veren her türlü mukavele hükümsüzdür. Borçlu borcunu vadesinde ödemezse, alacaklı merhunun satış bedelinden alacağını istifa eder. İşletme rehni dahil her unsur borcun tamamına karşılık teşkil eder. Alacaklı, alacağın temini için umumi hükümler dairesinde ticari işletmenin veya münferit unsurlarının ihtiyat haczettirilmesini isteyebilir. Bu takdirde, ihtiyati haczi tamamlama merasimi rehni paraya çevrilmesi yoluyla olur. Alacaklı, merhunun paraya çevrilmesini talep edebilir. Ancak satılacak unsurları ve satışın şümülünü, alacaklının ve ticari işletme sahibinin muhik menfaatlerini nazarı itibara alarak icra memuru tayin eder. Her halükarda rehinle temin edilen alacağın bakiyesinin karşılanması meşruttur. İcra memuru satış-

na karar verilen ticari işletmenin veya münferit unsurlarının muhafazası, idaresi ve işletilmesi için lüzumlu bütün tedbirleri alır. Ticari işletmenin veya münferit unsurlarının paraya çevrilmesinde İcra ve İflas Kanununun menkul rehninin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümleri uygulanır (TİRK m.14-17).

3.2.10. Rehnin Sona Ermesi ve Ticari İşletmenin Kaydının Terkini

Ticari işletmenin kaydının Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicilinden terkini sicil memuru tarafından alacaklıya bildirilir. Ticari işletmenin kaydının Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicilinden terkin edilmesi halinde alacağın tamamı muaccel olur. Terkinin alacaklıya tebliğinden itibaren 2(iki) ay zarfında tescil edilmiş bulunan işletme rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takibi yapılmadığı takdirde rehin hakkı düşer. Tahsil edilemeyen alacağın takibi genel hükümlere tabidir. Alacağın son bulması halinde, ticari işletmenin sahibi Ticaret veya Esnaf ve Sanatkar Sicilindeki rehnin kaydının terkinini alacaklıdan isteyebilir. İcra ve İflas Kanununun ilgili hükümleri ticari işletme rehninin terkini halinde de uygulanır. Rehnin terkini sicil memuru tarafından sicillere işlenmek üzere bildirilir (TİRK m.18-19).

4. TİCARİ İŞLETME REHNİ SİCİLİ

Ticari işletme rehninin ticaret veya esnaf ve sanat siciline tescili ve sicil memurluğunca yapılacak diğer işlemler 21.08.1972 tarihli ve 14283 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü”nde yer alan hükümlere tabidir.

Ticari işletme rehni sicili, ticaret siciline kayıtlı olanlar için ticaret sicilinde, esnaf ve sanat siciline kayıtlı olanlar için esnaf ve sanat sicilinde tutulur. Ticari işletme rehninin kaydı için üç bölümlü bir sicil defteri tutulur. Bu defterin birinci bölümüne rehinler tarih sırası ile kaydedilir. İkinci ve üçüncü bölümler fihrist bölümleridir. İkinci bölüm, rehni veren gerçek kişi ise soyadının, tüzel kişi ise unvanının; üçüncü bölüm, rehin alacaklısı gerçek kişi ise soyadının, tüzel kişi ise unvanının ilk harfine göre tutulur.

Ticari işletme rehni sicili alenidir. Herkes sicilde bir kayıt bulunup bulunmadığı ve varsa mahiyeti hakkında, sözlü veya yazılı bilgi verilmesini sicil memurundan isteyebilir.

Ticari işletme rehni, noterce düzenlenen ticari işletme rehni sözleşmesinin, düzenlenmesi tarihinden itibaren 10(on) gün içinde ilgililerden birisi tarafından ibraz edilerek yazılı tescil talebinde bulunması halinde, ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu ticaret veya esnaf ve sanat siciline kay-

dolunur.

Ticaret veya esnaf ve sanat sicili memuru, tescilden hemen sonra tesis edilen rehin hakkında;

- Ticari işletmenin üzerinde faaliyet gösterdiği gayrimenkul işletme sahibine ait ise bu gayrimenkulün tapu kütüğündeki beyanlar hanesine işlenmek üzere tapu sicil muhafızlığı veya memurluğuna,
- Ferdi markalar ile lisanslar ve ihtira beratları gibi sınai haklar üzerine tesis edilmiş ise Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca tutulan sicile işlenmek üzere sözü edilen Bakanlığa,
- Maden işletmesi üzerine tesis edilmiş ise maden siciline işlenmek üzere Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına,
- Motorlu araçlar üzerine tesis edilmiş ise motorlu araçlar siciline işlenmek üzere ilgili trafik dairesine,
- Gemiler, ticari işletmenin rehnedahil unsurları arasında bulunduğu takdirde, gemi siciline işlenmek üzere geminin bağlı bulunduğu sicile,

yazı ile bilgi verir. Rehnedahil münferit unsurlardan bazıları veya tamamı üzerindeki rehmin kalkması, sicil bölgesinin değişmesi, sicil üzerinde değişiklikler yapılması, sicildeki hataların düzeltilmesi ve kayıt silinmesi hallerinde de durum, bu müesseselere aynı şekilde bildirilir.

Sicildeki rehin kaydı, aşağıdaki hallerde silinir:

- Rehin alacaklısı, kaydın silinmesine yazılı olarak muvafakat etmişse,
- Kesinleşmiş bir mahkeme hükmü ile işletme rehminin mevcut olmadığı veya ortadan kalktığı sabit olursa,
- İşletme rehni, rehmin paraya çevrilmesi yoluyla sona ermişse.

Diğer taraftan, rehnedahil münferit unsurlardan bazılarının kaydı, aşağıdaki hallerde silinir:

- Rehin alacaklısı, kaydın silinmesine yazılı olarak muvafakat etmişse,
- Kesinleşmiş mahkeme hükmü ile bu unsurun rehnedahil bulunmadığı veya bu unsur üzerindeki rehmin kalktığı sabit olursa.

Ticari işletme rehni sicili ile ilgili yukarıdaki esasların yer aldığı Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü'ne ilişkin olarak 04.10.1972 tarihli ve 14326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü'nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik" de bulunmaktadır. Anılan Yönetmelikte özü itibarıyla, ticari işletme rehni kapsamında tutulacak defterler, basılı kağıtlar ve dosyalar ile bunlara ilişkin örnekler düzenlenmiştir.

5. SONUÇ

Taşınır mallar, asıl olarak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehne konu olabilir. Bu ilkenin istisnasını 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu kapsamında yapılan ticari işletme rehinleri oluşturmaktadır. TİRK-kapsamında yapılan ticari işletme rehinlerinde, işletmeye ait menkullerin alacaklıya teslim edilmesi zorunlu değildir. Bu durumda borçlanan işletme sahibi, menkul mallarını teslim etmeden rehin vererek ticari faaliyetini devam etme olanağına kavuşmuş olmaktadır.

Esasen, ticari işletme rehni, ticari yaşamın gereksinimlerine göre formüle edilmiş özel, istisnai bir teminat türüdür. Teslim koşulu aranmadan menkul tesisat üzerinde rehin kurulabildiğinden rehin alacaklısı olabilecek kuruluşlar sınırlı sayıda belirlenmiştir. Rehnin kuruluşu sırasında Kanunun aradığı şartları taşımayan işletmeler rehin alacaklısı olarak kabul edilemezler.

Anılan Kanun'datemel olarak alacaklının korunması ilkesine ağırlık verilmiş, şekil şartları ön plana çıkarılmış ve genellikle öngörülen şekil şartları geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Borçlu karşısında alacaklı lehine her tedbir düşünülmüş, ek teminattan hürriyeti bağlayıcı ceza ve sigortaya kadar alacaklının inisiyatifi dikkate alınmış, herhangi bir risk üstlenmesi arzu edilmemiştir. Alacaklıyı koruyan hükümler içerisinde hürriyeti bağlayıcı ceza, munzam tazminat, diğer koruyucu ve önleyici tedbirler sistemin gelişmesini ve yaygınlaşmasını engelleyecek yaptırımlardır.

Bu yazıda; ticari işletme kavramı, rehin hakkı kavramı, ticari işletme rehninin genel esasları, kapsamı, rehnin kurulmasındaki şartlar, tarafların hak ve borçları, rehnin paraya çevrilmesi ve sona ermesi üzerinde durulmuştur.

KAYNAKÇA

1. ASLANOVA, Kemale, Roma Hukukunda Rehin Akti, Rehin Hakkı ve Türk Hukuku'na Etkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, SBE, Aralık 2009 <http://openaccess.iku.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11413/610/KemaleAslanovaYLtez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Son Erişim Tarihi: 21.01.2016)

2. ÇEKER, Mustafa, Ticari İşletme Kavramı, Sunum Metni (Ppt)
3. ERTAŞ, Şeref, “Ticari İşletme Rehni”<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/Dergi-Miz7-ozel/PDF/ertas2.pdf> (Son Erişim Tarihi: 21.01.2016)
4. REİSOĞLU, Seza, “Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme”, Bankacılar Dergisi, 2003, Sayı:47, s.107-121
5. SADAY, Okay, “Ticari İşletme Rehni”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_171.htm (Son Erişim Tarihi: 21.01.2016)
6. TOPÇUOĞU, Metin, Ömer ÇON, “Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması” TBB Dergisi 2011 (93), s.174-214 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-93-692> (Son Erişim Tarihi: 21.01.2016)
7. TÖRÜNER, Ekrem, “Ticari İşletme Rehninin Özellikleri ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”<http://www.ankarabarosusite.org.tr/siteler/ankarabarosusite/tekmakale/1981-4/14.pdf> (Son Erişim Tarihi: 21.01.2016)

İlgili Mevzuat

- 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu
- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü
- Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü'nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik
- Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Karar
- 460 Seri No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği

BOZKURT-LOTUS, MESAJERİ MARİTİM, İRKÇILIK

Doç. Dr. Şaduman KARAGÖZ HALICI

Mahmut Esat ile ilgili iki olaydan bahsedeceğim.

İlkini İstanbul'da hukuk öğrenimi gördüğü yıllarda yaşamıştır.

İkincisi ile genç Cumhuriyet'in Adalet Bakanı iken karşı karşıya kalmıştır.

Sözü uzatmayalım, ilk olaydan başlayalım.

Yıl 1913. Mahmut Esat, öğrenim gördüğü İstanbul'dan memleketi İzmir'e deniz yolu ile gidiyor. O günlerde Osmanlı İmparatorluğu kendi sularında egemen değil. Bu sulara yolcu ve yük taşıma yetkisi yok. Bu işlemi ya Fransızlar ya da Romanya vapurları yapıyor. Üstelik Türk yolculara birinci sınıf bilet verilmiyor.

Bir tatil günü Mahmut Esat İzmir'e gitmek için Fransızların sahibi olduğu gemiye biner. Kuşkusuz birinci mevkide bilet alamamıştır. Güverte'de geminin hareket etmesini beklemektedir. O sırada iki Türk subayı gemiye çıkar. Gemi görevlisi Türk subaylardan kılıçlarını ister. Subaylar vermek istemezler, hatta direnirler. Görevli; geminin Fransız toprağı olduğunu, bu nedenle Fransız yasalarının geçerli olduğunu söyler ve subaylardan kılıçlarını teslim alır. Mahmut Esat, tanık olduğu bu manzara karşısında yıkılır. Kamarasına koşar. Kapıyı kapatıp hıçkırıklara boğuluncaya kadar ağlar.

Yıllar sonra bile Türk olduğu için karşı karşıya kaldıkları bu aşağılamayı hiç unutmayacaktır.

İkinci olay...

2 Ağustos Salı gecesi; Türkiye'nin bağımsızlığını tüm dünyaya bir kez daha kanıtlayacağı olayın başlangıcı olur. Kuruçeşme'den aldığı kömür yükü ile Mersin'e gitmek üzere hareket eden **Bozkurt gemisi**, Beyrut'tan İstanbul'a gelmekte olan **'Masejeri Maritim'** şirketine ait Fransız bandıralı **"Lotus"** gemisi ile Midilli Adası yakınlarındaki Sığır limanı önünde çarpışır.

Bozkurt batar, sekiz Türk gemici ölür. Diğer yolcuları da alan Lotus, İstanbul'a gelir, yükünü boşaltır. Ancak yakınlarını kaybedenlerin savcılığa başvurması ile Lotus'un kaptanı **Jan Desmons** ile Bozkurt'un süvarisi **Hasan Kaptan** tutuklanır. Ağır Ceza'da yargılanmalarına karar verilir. Aynı günlerde Fransız Denizcilik Cemiyeti olay nedeniyle Fransa Hükümeti'ne başvurarak, çarpışma Türk karasuları dışında olduğu için Türkiye'nin yargılama yetkisi olmadığı iddia eder. Hükümetinden, Türk Hükümetine müdahalede bulunmasını ister. **Pioncaré Hükümeti** de aynı gerekçe ile Desmons'un serbest bırakılmasını Türkiye'den ister.

Türk mahkemelerinin Desmons'u serbest bırakmaması üzerine Fransız basını saldırıya geçer. Fransız Dışişleri Bakanı **Briand**, Türkiye elçisi **Fethi (Okyar) Bey** ile yaptığı görüşmede Türkiye'yi aşağılayan bir dil kullanır. **Tan gazetesi**, Türkiye'yi 'yasal olmayan bir tutukluğu devam ettirmekle' ve uluslararası hukuka uymamakla suçlar. **Le Jurnal**, Ankara'nın Lozan'da Fransa'nın verdiği izinle hükümet olduğunu iddia eder. **Figaro**, olayı '**Doğu Sorunu**'nun bir parçası' olarak görür. **Matin** ise; tutukluluğun sürmesini 'Türk makamları(nın) bir laubaliliği' ve "Fransa'ya karşı açıktan açığa bir hakaret" olarak değerlendirir.

Gerek Fransız Hükümeti'nin gerekse basınının bu çıkışlarını en doğru yorumlayan Akşam gazetesinden **Necmettin Sadak** olur. Ona göre Fransız basının ve kamuoyunun çıkardığı "gürültü" ve korkularının temel nedeni; iddia ettikleri gibi Desmons'un haksız yere tutuklu bulundurulması değildir. Asıl neden kapitülasyon haklarının ortadan kalkmasıdır. Fransa kapitülasyonların tarihe gömüldüğünü kabul edememektedir.

Bununla birlikte Türkiye'de gazeteciler ve hukukçular arasında duraksama gösterenler, hatta korkarak "**Desmons'u serbest bıraksak daha iyi olur**" diyenler de vardır. Adalet Bakanı **Mahmut Esat**, geri çekilmenin Türkiye'nin uluslararası saygınlığını sarsacağına, **İsmet Paşa**'nın Lozan'da binbir güçlüklerle kaldırdığı adli kapitülasyonlara kapıların yeniden açılmış olacağına dikkati çeker. Kendisini görüşmeye çağıran **Mustafa Kemal** ve **İsmet Paşa**'ya şöyle der:

"... Paşam, Lahey Adalet Divanı'na gidelim, kimin haklı olduğu orada belli olsun. Ben haklılığınıza inanıyorum. Müsaade ederseniz davamızı ben savunayım. Kaybedersem yurduma bir daha dönmem. Fakat kazanacağız! Hem Adalet Divanı önüne gitmeden Fransızların dediğini yapacak olursak Fransız devletinin gözdağı karşısında boyun eğmiş olacağız. Bu da onlara diğer sorunlarda aynı gözdağını ileri sürmek yürekliliğini verecektir. Halbuki Lahey

Divanı'na gidersek davayı kaybetsek dahi şeref ve haysiyetimiz zedelenmez. Çünkü, uluslararası bir mahkemenin hükmüne uymak şerefsizlik değil, tersine büyük şereftir."

Mahmut Esat'ın bu sözlerine verilen yanıt; ***"Güle güle git. Kazanacaksın. Kazanmasan da bu millet seni bağrına basacaktır"*** olur.

12 Eylül'de yapılan Bakanlar Kurulu Mahmut Esat'ın başkanlığında bir heyet oluşturur ve **Lahey**'e gitmeleri kararını alır.

Mahmut Esat Fransa'ya karşı ilk galibiyetini tahkimnamenin hazırlanmasında elde eder.

Fransızların Divan için hazırladıkları metinde yer alan ***"Türkiye Kaptan Desmons'u tutuklamakla devletlerarası hukuka uygun hareket etmiş midir"*** sorusunu kabul etmez, kendi hazırladığı ***"Türkiye Kaptan Desmons'u tutuklamakla devletlerarası hukuka aykırı hareket etmiş midir"*** sorusunu Fransızlara benimsetir. Böylece, bir sözcük değişikliği ile Mahmut Esat, davayı kanıtlama yükünü Fransızların omzuna yükler. Aynı zamanda Lahey Adalet Divanı'nda ilk kez bir Türk yargıcın bulunmasını da Fransa'ya kabul ettirir.

Mahmut Esat, davayı kazanacaklarından kuşku duymaz. Ancak hummalı bir çalışma başlatır. Gece gündüz bir öğrenci gibi dersini çalışır. Türk Ceza Yasası İtalya'dan, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası Fransa'dan alındığı için İtalyan ve Fransız hukukçularının yazılı görüşlerine başvurur. Elde edilen bilgi ve belgelerle birlikte Frankfurt Üniversitesi Devletler Hukuku profesörlerinden **Karl Strupp**'un 1927 yılı başında yayınladığı eserdeki kimi örnek ve hükümlere dayanarak ve İsviçreli hukukçu **Profesör Mercier**'in de görüşünü alarak Divan'a verilecek iki muhtıra ile Fransız muhtırasına karşı yapılacak savunmasını hazırlar. Lahey'de 2 Ağustos 1927'de başlayan dava görüşmelerinde Mahmut Esat, öyle bir savunma yapar ki yalnız Fransızların hatalarını ortaya koymakla kalmaz, tezlerini tümü ile çürütür. Pek çok devletin ceza ve ceza usulü yasalarından verdiği örnekler, dünyaca tanınmış hukukçuların sözlerinden derlediği metinler ve ateşli savunması **Bozkurt-Lotus Davası'nı bir oy fazla ile Türkiye'ye kazandırır.**

Bozkurt-Lotus olayı, iki gemin çarpışmasından kaynaklanan "adi bir deniz olayı" değil, kimliğini kanıtlamaya çalışan özgür Türkiye ile emperyalist Fransa arasında bir davadır.

Bu dava bir karşı çıkıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nden dünya ailesine bir mesajdır;

**Tüm ayrıcalıkları ile Osmanlı İmparatorluğu'nun tarihe karıştığı-
nın, tam bağımsız Türkiye'nin uluslararası hukukta eşit olduğunun,
Türk hukukçularının çağdaş ülkelerdeki meslektaşları ile aynı yetkin-
likte olduğunun mesajıdır.**

Ve Türkiye bu mesajı Mahmut Esat'ın ateşli savunmasına borçludur.

Mahmut Esat'a bu derece ateşli bir savunma yaptıran ise 1913 yılında yaşadığı o ilk olaydır.

Zira o günkü geminin sahibi de Lotus'u işleten Mesajeri Maritim şirkettir.

Mahmut Esat, 1927 yılında yalnız dava kazanmamış 1913'ün öcünü de almıştır.

Çünkü o milliyetçidir...

Çünkü o ulusalcıdır...

Çünkü o vatanseverdir...

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

ECRİMSİMİL • HAKSIZ İŞGAL

ÖZET: Hak sahibi, kötü niyetli zilyetten haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklindeki (olumlu) zararını, kullanmadan doğan (olumlu) zararını ve yoksun kaldığı faydayı (olumsuz zarar) isteyebilir. Haksız işgal, haksız eylem niteliğinde olup, bu durumda ecrimisilin tahsili için genel mahkemelerde genel hükümlere göre dava açılabileninde kuşku bulunmamaktadır

Y. HGK E: 2013/18-1849 E: K:2015/1164 T: 08.04.2015

Ecrimisil istemine ilişkin dava ile ilgili temyiz itirazlarına gelince;

634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın Ek 1. maddesi görev konusunu özel olarak düzenlemiş, bu yasanın uygulanmasından doğan her türlü anlaşmazlığın sulh hukuk mahkemelerinde çözümleneceğini kurala bağlamıştır. Ecrimisil davasının Kat Mülkiyeti Yasasının uygulanmasından kaynaklanmadığı anılan yasa maddesi hükmünün bu istem yönünden uygulama olanağı bulunmadığı, uyuşmazlığın değerine bakılarak genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiği, davada istenilen ecrimisil tutarı itibariyle görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu göz önünde bulundurularak ecrimisil istemine ilişkin davanın ortak yere müdahalenin önlenmesi davasından tefrik edilip Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmak üzere mahkemenin görevsizliğine karar verilmesi gerekirken bu istem yönünden de işin esasına girilip hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDENLER: 1-Davalılar H.. A.. ve A.. D.. vekili

2-Davalı Bo. Oto. Tur.ve İnş. A.Ş. vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi taşınmazın ortak alanına el atmanın önlenmesi, eski hale getirme ve ecrimisil istemlerine ilişkindir.

Yerel mahkemece, “davalı Nedret yönünden davanın reddine, diğer davalılar yönünden davalıların ön bahçeye yapmış oldukları müdahalenin men'ine, bahçe duvarının eski hale getirilmesi talebinin reddine, 16.877,16 TL ecrimisil bedelinin davalılardan tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine” dair verilen hüküm, davalı H.. A.. vekili, davalı Bostancıoğlu Oto Turz. İnş. A.Ş. vekili ve dahili davalı A.. D..'ın temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçe ile ecrimisil istemi yönünden bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, dava konusu ecrimisil talebinin genel hükümlere göre çözülmesi gereken bir husus olmadığı, dava konusu yerin ortak alan olduğu gerekçesi ile önceki kararda direnilmiştir.

Direnme hükmünü, davalı H.. A.. ve A.. D.. vekili ile davalı Bostancıoğlu Oto. Tur. ve İnş. A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi taşınmazın ortak alanına yapılan haksız işgal nedeniyle tazminat istemiyle açılan davada sulh hukuk mahkemesinin mi, asliye hukuk mahkemesinin mi görevli olduğu noktasında toplanmaktadır.

1-Davalı H.. A..'un temyiz istemi yönünden;

Mahkemece verilen ilk hükme yönelik temyiz itirazları Özel Dairece süresinde yapılmadığından reddedilmiştir. Mahkemece temyiz istemi reddedilen H.. A.. yönünden kararın kesinleşmiş olduğu gözetilmeden yeniden hüküm kurulması doğru olmamış hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

2-Davalı A.. D.. vekili ve davalı B Oto. Tur.ve İnş. A.Ş. vekilinin temyiz istemi yönünden:

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle haksız işgal tazminatı(ecrimisil) kavramı üzerinde durulmasında yarar vardır.

Hemen belirtmek gerekir ki, zilyetliğinin haksız olduğunu bilen veya duruma göre bilmesi gereken kimse kötü niyetlidir. Bu tanıma göre bir

eşyayı çalan hırsız kötü niyetli zilyet olduğu gibi, onu hırsızdan satın alan, fakat gerekli özen ve dikkati gösterseydi çalınmış eşya olduğunu anlayabilecek durumda olan kimse de kötü niyetli zilyettir. Ayrıca başlangıçta iyi niyetli zilyet olan bir kimse, gerçek durumu öğrendikten sonra artık kötü niyetli zilyet haline gelir.

Kötü niyetli zilyedin gerek iade, gerek tazmin yükümlülüğü bakımından durumu iyi niyetli zilyedinkine nispetle daha ağır takdir edilmiştir. Aynı şekilde, masrafları talep bakımından da kötü niyetli haksız zilyet, iyi niyetli haksız zilyede göre daha elverişsiz bir konumda bulunmaktadır.

Fiili hakimiyeti altında bulunan şeyi kiraya vermeyerek bizzat kullanan kötünietli haksız zilyet, ondan semere almayı ihmal etmiş sayılır. Böylece ihmal edilen semere, o eşyanın emsaline göre getireceği kira bedeline denktir. İşte, gayrimenkul eşyanın haksız işgali (fuzuli işgal) sebebiyle alınan bu bedele eski hukukumuzdan gelen bir alışkanlıkla “ecrimisil” denmektedir.

Mecellenin 526.maddesinde sahibinin izni olmadan kullanılan eşya için bu kullanma karşılığında bir ecrimisil öngörülmüş idi. Ecrimisil eşyanın kiraya verilmesi halinde getireceği kira bedeline denk olan getirisi demektir ve hesabı da buna göre yapılır. Bununla birlikte, Mecelle, haksız zilyetlikte ecrimisil ödenmesini istisnai hallerde kabul etmişti. Bundan dolayı kiraya verilmesi adet olmayan eşya, sahibinin izni olmadan kullanılsa bile, ecrimisil talebine hak vermezdi. Bunun için malikin eşyasını kiralama iradesine sahip olması gerekiyordu.

Öte yandan, ecrimisil kavramı halen yürürlükte bulunan bazı kanunlarda da kullanılmaktadır. Nitekim gerek 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(MK), gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) malike zarar vermeyen kullanmalardan doğabilecek alacak haklarına yer vermiş bulunmaktadır. Mesela, MK. m. 765, TBK. m. 260/I'e göre satılan malın iadesini isteyen satıcı, kullanma karşılığında alıcıdan bir bedel isteyebilir. Bunun gibi, TBK. m. 465 'e göre de saklatan, malı izinsiz kullanan saklayandan kullanma karşılığında bir tazminat talep edebilir. Aynı şekilde, cezai şart (TBK. m. 180/I), para borçlarında temerrüt faizi (TBK. m. 120) ve caiz olmayan vekaletsiz iş görme (TBK. m. 530) halleri de zarar gerçekleşmeden tazminat istenebilen hallerdendir. İşte anılan bu haller de göz önünde bulundurularak MK. m. 995'in de, hak sahibine, başkasının eşyasını kötünietle kullanan zilyede karşı böyle bir alacak hakkı tanıdığını kabul etmek yerinde olur. (Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: Eşya Hukuku, Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, 4.Baskı, Ankara 2008 s.262 vd).

Eski hukukumuzda olduğu gibi bugün de, gerek doktrinde, gerek uygulamada kötüniyetli haksız zilyedin eşyayı bizzat kullanma karşılığı ödeyeceği tazminata ecrimisil adı verilmektedir(HGK'nın 30.03.1974 gün ve 1974/1-56 E., 1974/312 K.; HGK'nın 13.01.1982 gün ve 1982/2-66 E., 1982/1 K. sayılı ilamları).

Nitekim 08.03.1950 tarih 22/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararında "...fuzuli işgalin kiraya benzetilemeyeceği; haksız bir eylem sayılması gerektiği...bir zarar meydana gelirse bunun tazmin ettirileceği,...Medeni Kanunun (eski) 908'inci maddesi anlamında zilyedin faydalanmasından doğan bir istem olduğu..." vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır.

Hak sahibi, kötü niyetli zilyetten haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime şeklindeki (olumlu) zararını, kullanmadan doğan (olumlu) zararını ve yoksun kaldığı faydayı (olumsuz zarar) isteyebilir. Haksız işgal, haksız eylem niteliğinde olup, bu durumda ecrimisilin tahsili için genel mahkemelerde genel hükümlere göre dava açılabilmesinde kuşku bulunmamaktadır (HGK'nın 06.10.2004 gün ve 2004/1-433 E., 2004/483 K. sayılı ilamı).

Eldeki davada 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi taşınmazın ortak alanına yapılan haksız işgal nedeniyle tazminat isteminde bulunulması nedeniyle, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Ek madde 1.'in irdelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Anılan madde, "Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık sulh mahkemelerinde çözülür" hükmünü içermekte olup, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlığın sulh mahkemesinde çözülmesini öngörmektedir. Diğer bir anlamıyla, taraflar arasındaki uyuşmazlığa Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanacaksa görevli mahkeme sulh mahkemesi olacaktır. Bu hüküm emredici nitelikte bulunduğundan kamu düzeniyle ilgili olup, yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden dikkate alınacaktır.

Ek madde 1'de, görev hükümleri uygulanacak Kanuna göre belirlenmiştir. Uyuşmazlıkta Kat Mülkiyeti Kanunu uygulanacaksa, görevli mahkeme sulh mahkemesi olacaktır. Yalnız kat malikleri kurulu kararına razı olmayan veya başka bir kat malikinin ve kiracının eyleminden zarar gören kat maliki değil, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre herkes uyuşmazlığını sulh mahkemesine götürecektir. Örneğin, bir yapı veya bağımsız bölümde devre mülk hakkının çiğnendiğini ileri süren devre mülk hakkı sahibi ile yöneticinin (kat maliki olsun olmasın) yasaya aykırı gördüğü tutum ve davranışlarının düzeltilmesini isteyen kat maliki ve kiraladığı

bağımsız bölümden yararlanması haksız yere kısıtlanan kiracı da bu nedenle uyuşmazlığı sulh hukuk mahkemesine götürecektir.

Bu açıklamalar ışığında, somut olaya bakıldığında; davacı vekili, davalı şirketin diğer davalılardan kiraladığı iki bağımsız bölümü birleştirerek araç satış yeri olarak kullandığını, davalı şirketin apartmanın ön bahçe-sindeki duvarı yıkarak apartmanın ortak alanını işgal ettiğini ve burada araçlarını sergilediğini, kat maliklerinin uyarılarına rağmen işgal etmeye devam ettiğini belirterek, 30.000.00 TL haksız işgal tazminatının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Az yukarda belirtildiği üzere haksız işgal tazminatı(ecrimisil) haksız eylem niteliğinde olup genel hükümler uyarınca genel mahkemelerde görülmesi gereken bir dava türüdür. Kat Mülkiyeti Kanunu'nda haksız işgal tazminatına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmadığından uyuşmazlığa Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanacağı dolayısıyla da sulh hukuk mahkemelerince bakılacağından söz etmek mümkün değildir. Bu durumda uyuşmazlığa uygulanması gereken mülga 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1, 2 ve 8.maddeleri uyarınca dava değeri dikkate alındığında haksız işgal tazminatı ilişkin eldeki davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; davada el atmanın önlenmesi, eski hale getirme ve ecrimisil istemlerinin birlikte talep edildiği, ecrimisil talebinin elatmanın sonucu olduğu, istemlerin ayrılarak görevsizlik kararı verilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda belirtilen gerekçelerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca Özel Dairenin haksız işgal tazminatına ilişkin davada asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu yönündeki bozma ilamına mahkemece direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulması gerekmiştir.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

1-Davalı H.. A.. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**,

2-Davalı A.. D.. vekili ve davalı B. Oto. Tur.ve İnş. A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatıranlara geri verilmesine, 08.04.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğuyla karar verildi.

KİRACININ TACİR SIFATI

ÖZET: Kiracıyı koruma amacıyla getirilen TBK'nın 346. maddesindeki bu yasal düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte 6217 Sayılı Yasanın geçici 2. maddesinde değişiklik yapan 6353 Sayılı Yasanın 53. maddesine göre; kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 343, 344, 346 ve 354. maddelerinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanamayacağı, bu halde kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümlerinin tatbik olunacağı da öngörülmektedir.

Y. HGK E: 2014/6-223 K:2015-2025 T: 30.09.2015

Taraflar arasındaki “kiralananın tahliyesi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Anadolu 17. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce (Kapatılan Kadıköy 4. Sulh Hukuk Mahkemesi) davanın reddine dair verilen 20.11.2012 gün ve 2012/976 E. 2012/1109 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 06.03.2013 gün ve 2013/1388 E. 2013/3921 K. sayılı ilamı ile;

(... Dava, temerrüt nedeni ile kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verimesi üzerine, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, davacının malik olduğu daireda davalının 01/07/2011 başlangıç, 20/06/2012 bitiş tarihli kira sözleşmesi ile kiracı olduğunu, kira bedelinin 2250 TL olarak her ayın biri ile dördü arasında ödeneceğini, kiracının 2012 yılı Temmuz ayı kirasını 09/07/2012 tarihinde, 2012 yılı Ağustos ayı kirasını ise 07/08/2012 tarihinde ödeyerek kira bedelini zamanında ödememesi sebebiyle ihtarname gönderildiğini, ihtarnamede muaccel hale gelen toplam 26.400 TL kira alacağının ihtarmaneminin tebliğinden itibaren 30 gün içinde ödenmesini talep ettiğini, muacceliyet şartının da gerçekleştiğini belirterek temerrüt nedeniyle kiracının tahliyesine karar verilmesini talep etmiş, davalı vekili

davayı kabul etmediklerini, 6098 sayılı Borçlar Kanununa göre muacceliyet şartının geçerli olmadığını, muaccel kiralara ise 30 günlük sürede ödendiğini savunmuş, mahkemece davanın reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Kiracı aleyhine düzenlenme yasağı başlıklı 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 346. maddesinde; kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği, özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu, 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Geçmişi etkili olma başlıklı 2. maddesinde; Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralların gerçekleştirdikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı, aynı kanunun görülmekte olan davalara ilişkin uygulama başlıklı 7. maddesinde de; Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76'ncı, faize ilişkin 88'inci, temerrüt faize ilişkin 120'nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138'nci maddenin görülmekte olan davalara da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kiracıyı koruma amacıyla getirilen TBK'nın 346. maddesindeki bu yasal düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte 6217 Sayılı Yasanın geçici 2. maddesinde değişiklik yapan 6353 Sayılı Yasanın 53. maddesine göre; kiracının Türk Ticaret Kanunu'nda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 343, 344, 346 ve 354'üncü maddelerinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanamayacağı, bu halde kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümlerinin tatbik olunacağı da öngörülmektedir.

Taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmesinin 6. maddesinde kira bedelinin üst üste iki ay ödenmemesi halinde dönem sonuna kadar kiralara muaccel olacağı koşuluna yer verildiği görülmekte ise de; dosya kapsamından kiracının TTK kapsamında tacir olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda mahkemece kiracının tacir olup olmadığı araştırılarak, tacir olması durumunda hakkında TBK'nın 346. maddesinin 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süre ile uygulanamayacağı gözetilmeli, tacir olmadığının anlaşılması halinde ise; yeni bir yasal düzenleme karşısında bu koşulun davalı kiracı yönünden geçersiz hale geldiği kabul edilerek değerlendirmenin takip tarihi itibarıyla ödenmemiş muaccel kira alacağına göre yapılarak karar verilmesi gerekirken

tahliye isteğinin reddine karar verilmesi hatalıdır. Hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak 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 30.09.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

TACİRLER ARASINDA FAİZ • BORÇLAR KANUNU HÜKMÜ

ÖZET: 6102 sayılı TTK'nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükmüne aynı maddenin 3. fıkrasında tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı tutulacağına ilişkin bir istisna getirilmiş ise de başkaca bir istisna bulunmamaktadır. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı yasa hükümleri olduğunun, akdi faiz oranı yönünden bir sınırlama getirmediğinin ve 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olup ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağının kabulü gerekir.

YHGK E:2013/2249, K: 2015/1362, T:5.05.2015

Taraflar arasındaki “menfi tespit, alacak ve tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesince asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulüne dair verilen 14.02.2012 gün ve 2010/32 E. 2012/38 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 09.10.2012 gün ve 2012/9769 E., 2012/13041 K. sayılı ilamı ile;

(...Uyuşmazlık, asıl davada sözleşme gereğince teminat olarak verilen 50.000 TL bedelli çekin aynen iadesi, mümkün olmaması halinde iptali, karşılık davada ise kiralanan makineler nedeniyle kira alacağı ve tazminatın tahsiline ilişkindir. Mahkemece asıl davanın reddine, karşılık davanın kısmen kabulü ile 56.116.70 TL alacağın sözleşme gereği aylık % 10 faizi ile davacı- karşı davalıdan tahsiline karar verilmesi üzerine hüküm davacı- karşı davalı vekili ve davalı -karşı davacı vekili tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına, takdirde de bir isabetsizlik bulunmamasına göre temyiz eden davalı- karşı davacının tüm ve davacı – karşı davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı-karşı davalının hüküm altına alınan faize ilişkin temyiz itirazlarına gelince ;

Davada dayanan ve hükme esas alınan 20.10.2009 başlangıç tarihli ve onbeş gün süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin özel şartlar bölümü 6. maddesinde sözleşme imza tarihinden itibaren aylık kiraların peşin ödenmek istenmemesi veya gecikmesi durumunda tahakkuk ettiği tarihten itibaren geciken günler için ödeneceği tarihe kadar her ay hesaplanarak ilave edilmek kaydıyla peşin olarak % 10 akdi faiz uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Mahkemece de yapılan yargılama sonucu hüküm altına alınan alacağa ilişkin olarak akdi % 10 faiz uygulanmasına hükmedilmiştir. Bununla birlikte 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü ve uygulama şekli hakkındaki 6101 Sayılı Kanun'un 7. maddesinde Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76. faize ilişkin 88. temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddelerinin görülmekte olan davalarda da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 88. maddesinde düzenlenen faiz konusunun davanın halen derdest olması karşısında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde değerlendirilerek bir karar verilmesi yönünden hükmün bozulması gerekmiştir.....)

gerekçesiyle (1) numaralı bentte yazılı nedenlerle asıl davanın reddine ilişkin hüküm kısmının onanmasına, davacı- karşı davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün yukarıda (2) numaralı bentte yazılı nedenlerle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı- karşı davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava; kira sözleşmesi gereğince teminat olarak verilen 50.000 TL bedelli çekin aynen iadesi, mümkün olmaması halinde iptali, karşılık dava; kiralanan makineler nedeniyle kira alacağı ve tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin davalıdan makine ve ekipmanlar kiraladığını, kiralanan makinelerin teslim edilmesine ve kira bedelinin ödenmesine rağmen davalıya teminat olarak verilen çeklerden birinin iade edilmediğini ileri sürerek çekin aynen iadesine aksi halde iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, kira sözleşmesi ile davacıya kiralanan makine ve ekipmanların arızalı olarak teslim edildiğini, makinelerde değer kaybı olduğunu, halen alacağının bulunması nedeniyle çekin iade edilmediğini belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuş karşı dava ile; makine ve teçhizat kiralama sözleşmesi uyarınca hasarlı olarak süresinden sonra teslim edilen ekipmanlar nedeniyle, 6.874,70 TL tamir bedeli, 41.492,00 TL makine değer kaybı ve 51.633,30 TL kira bedelinin aylık %10 vade farkı ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davacı karşı davalı vekili, makine ve ekipmanların 15 gün süre ile kiralandığını, davacının talimatı doğrultusunda süresinde teslim edildiğini, karşılığında 36.000,00TL ödeme yapıldığını, aylık %10 vade farkı istenmesinin ahlaka ve adaba aykırı olduğunu, yasal bir talep olmadığını belirterek karşı davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece; davalı karşı davacının kira bedeli alacağının 7.750,00 TL, değer kaybının 41.492,00 TL, tamir için yapılan masrafın da 6.874,70 TL olduğu, servis cevabına göre bu bedelin karşı davacı tarafından ödendiği, sözleşmeye göre kiracı tarafından karşılanması gerektiği, sözleşmenin 6.maddesi uyarınca alacak için aylık %10 faiz oranının kararlaştırıldığı, tarafların tacir oldukları gözetilerek faiz oranını serbestçe belirleyebilecekleri gerekçesiyle asıl davanın reddine, karşı davanın kısmen kabulü ile 56.116,70 TL'nin karşı dava tarihi olan 26/01/2010 tarihinden itibaren işleyecek aylık %10 faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine dair verilen karar yukarıda belirtilen gerekçelerle Özel Dairece bozulmuş, mahkemece, önceki nedenlerle ve ticari işlerde faiz oranının serbestçe kararlaştırılabileceği gerekçesiyle direnmiştir.

Direnme kararı davacı karşı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tacir olan taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesi gereğince sözleşmeden kaynaklanan alacağa aylık %10 gecikme faiz uygulanacağına ilişkin hük-

mün, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 6101 sayılı Kanun'un 7. maddesinde Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120. ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138. maddelerinin görül-mekte olan davalarda da uygulanacağını hüküm altına alınması duru-munda geçerli olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konunun çözüme kavuşturulması bakımından faiz kavramı ve yasal dayanakları üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

Faiz; para alacağının medeni semeresidir. Başka bir ifade ile faiz, ödünç akdi veya başka bir hukuki muamele yahut fiil neticesinde başka bir kimseden alacaklı duruma geçen kimsenin para alacağının karşılığı ve bir nevi ücret ve kirası olarak tanımlanmaktadır. (Domanıç Hayri Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C:1,S:41). Bu tanım, faizin genel tanımı olup, faizin türlerine göre çeşitli eklemelerle değişiklik gösterebilmektedir Faiz borcu, asıl alacaktan ayrı fakat ona bağlı bir yan edimdir. Faiz borçları asıl alaca-ğın varlığına bağlıdır ve asıl alacak sona erdiğinde faiz borcu da sona erer (TBK'nın 131/1, BK'nun.113/2. Maddesi).

Uygulama ve öğretide baskın görüş olarak, temerrüt (gecikme) faizinin hukuki niteliği, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetinde varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminat olduğu kabul edilmektedir. (Dr. Becker:İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu, Fasikül IV, s.5 Dr.S.Özkök Çevirisi; A.Von Tuhr: Cilt 1-2 s.617, C.Edege Çevirisi; Nami Barlas: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel sonuç-lar, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s.127 vd.; Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1998, s.297 vd.;Oğuzman, Kemal-Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İs-tanbul 1995, s.373 vd.) Bu tanımın, gecikme zammını da içerdiği kabul edilmektedir.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.6.1997 gün ve 1997/11-278 E. 529 K.; 18.11.2009 gün ve 2009/21-435 E. - 544 K. sayılı ilamlarında da aynı hususlar vurgulanmıştır.

Yargılama sırasında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanu-nu'nun 88. maddesinin "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile ka-

rarlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.” hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de; “Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. 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 oranı geçerli olur.” hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, ticari işlere ilişkin düzenlemelerin bulunduğu 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 8/1. maddesinde; ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği, 9/1. maddesinde; ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükmüne bağlanmış olup bu maddede gönderme yapılan ilgili mevzuat 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanundur. 3095 sayılı Kanunun 1/1. maddesinde, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu’na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse faiz oranının yıllık % 12 olacağı düzenlenmiştir. Fakat Bakanlar Kurulu, Kanun’un 1/2 maddesinden aldığı yetkiye dayanarak 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ticari işlerde kanuni faiz oranını % 9’a indirmiştir.

Görüldüğü üzere Türk Ticaret Kanunu ve 3095 sayılı Kanun’da ticari işlerde akdi faizi sınırlayacak bir hüküm bulunmamaktadır.

6102 Sayılı TTK’nın 8. ve 9. maddelerinin gerekçesinde; ticarî işlerde faiz oranının serbestçe tayin olunacağını Türk Ticaret Kanununda temel bir ilke olarak yer alması gerektiği, ticarî işlerde temel bir kanun olarak Türk Ticaret Kanununun konunun düzenlenmesi gereken yer olduğu, ayrıca bir kanunun sadece kendi kapsamındaki konuları düzenlemesi, bunlara ilişkin hüküm koyması gerektiği, bu sebeple hükmün 6762 sayılı Kanunda olduğu gibi ticarî işlere özgü olduğu, 6762 sayılı Kanunda kullanılan “tayin olunabilir” ibaresinin ilke ile bağdaşmayan gereksiz bir esnekliğe yer verdiği, ilkenin tam olarak öngörülebilmesi için kesin bir ifade kullanılması gerektiğinden “belirlenir” şeklinde düzeltilmesi vurgulanmıştır.

Somut olayda taraflar tacir olup “Ekipman (Makine ve Teçhizat) Kira Sözleşmesi” ile enerji iletim hattı işinde kullanılmak üzere bir kısım makineler davacı karşı davalı tarafından, davalı karşı davacıdan kiralanmış, kira sözleşmesinin 6. maddesi ile kiracı borçlarının peşinen ödenmek is-

tenmemesi veya gecikmesi durumunda tahakkuk ettiği tarihten itibaren geciken günler için ödeneceği tarihe kadar her ay hesaplanarak ilave edilmek kaydıyla peşin olarak %10 akdi faiz uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Kira sözleşmesi gereğince kira sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tamamının süresinde ödenmediği, tarafların tacir olduğu hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 8/1. maddesinde ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği hükmüne aynı maddenin 3. fıkrasında tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı tutulacağına ilişkin bir istisna getirilmiş ise de başkaca bir istisna bulunmamaktadır. Aynı Kanunun 9. maddesinde, ticari işlerde kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Anılan yasa hükmünde sözü edilen ilgili mevzuatın 3095 sayılı yasa hükümleri olduğunun, akdi faiz oranı yönünden bir sınırlama getirmediğinin ve 6102 sayılı TTK'nın 8. ve 9. maddelerinin ticari işler bakımından özel hüküm niteliğinde olup ticari işlerde bu hükümlerin uygulanması gerektiğinin, başka bir anlatımla 6098 sayılı TBK'nın 88. ve 120. maddeleri hükümlerinin ticari işlerde uygulanamayacağının kabulü gerekir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce 01.07. 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "KİRACI ALEYHİNE DÜZENLEME YASAĞI" başlıklı 346. maddesinin, "kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir." hükmü gereğince kiracı aleyhine düzenleme yapılamayacağı, mahkeme kararının Özel Daire bozma kararı doğrultusunda bozulması gerektiği görüşü dile getirilmiş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından somut olayda tarafların tacir olup ticari işlerde faiz oranının serbestçe belirleneceği gerekçesiyle kabul edilmemiştir.

O halde, Mahkemenin tacir olan taraflar arasında kararlaştırılan faiz oranı dikkate alınarak hükmedilen miktara %10 akdi faiz oranı uygulanmasına ilişkin kararı açıklanan nedenlerle usul ve yasaya uygun olup direnme kararının açıklanan nedenlerle onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Davacı karşı davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararının **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 15.05.2015 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

BEDEN TAMLIĞI DAVASI
•
TAZMİNAT HESAPLAMA • İHBARNAME

ÖZET: Dava, trafik kazası sonucu ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Beden tamlığına karşı işlenen haksız eylemlerde zararın gerçek miktar ve kapsamı zamanla daha iyi anlaşılabilirliğinden, mümkün olduğu kadar geç bir tarihin esas alınması gerekmektedir.

O halde mahkemece, artan asgari ücret miktarları gözetilerek, hüküm tarihine en yakın tarihteki asgari ücret üzerinden destek tazminatı hesaplanması yönünden bilirkişiden ek rapor alınıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir

YHGK E:2011/17-351 K: 2011/386 T: 08.06.2011

Taraflar arasındaki “İbranamenin İptali ve Tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda;İzmir 10.Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 13.07.2009 gün ve 2008/13 E., 2009/269 K. sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin 29.03.2010 gün ve 2009/8561 E., 2010/2838 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı vekili, müvekkillerinin desteği Y. Z..’ın yolcu olarak bulunduğu, davalıya trafik sigortalı araç ile dava dışı aracın karıştığı trafik kazası sonucu Y... Z... vefat ettiğini, davalının 30.11.2006 tarihinde destekten yoksun kalma tazminatı olarak 23.461.00 TL ödeme yaptığını, diğer aracın trafik sigortası olmaması nedeniyle Garanti Fonu aleyhine açılan davada ise, her iki araç sürücüsü 4/8’er oranında kusurlu bulunarak, kusur indirimi yapıldıktan sonra müvekkilleri lehine toplam 44.504.83 TL destek tazminatı hesaplanarak hükmedildiğini belirterek, müvekkili R.... için 14.638.85.00 TL, ıslahla arttırılmış olarak Volkan için 4.220.63 TL, Nesibe için 4.372.88 TL eksik ödenen destek tazminatının, 30.11.2006 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, bağımsız aktüer tarafından yapılan hesaplamaya göre, 30.11.2006 tarihinde davacılara 23.461.34 TL ödeme yapılarak ibraname alındığını, kesin ibranın her türlü dava hakkını ortadan kaldırdığını bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere, benimsenen bilirkişi raporuna ve kusur durumuna göre, davanın kısmen kabulü ile, davacı Rukiye için 9.683.80 TL, Volkan için 4.220.63 TL, Nesibe için 4.372.83 TL olmak üzere toplam 18.277.31 TL tazminatın, 30.11.2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile bu davacılara verilmesine, davacı Rukiye'nin fazla isteğinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazası sonucu ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Beden tamlığına karşı işlenen haksız eylemlerde zararın gerçek miktar ve kapsamı zamanla daha iyi anlaşılabileceğinden, mümkün olduğu kadar geç bir tarihin esas alınması gerekmektedir. Nitekim, BK.'nın 46/2. maddesinden, cismani zararın hüküm tarihindeki duruma göre hesaplanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Yine aynı kanunun 45. maddesi uyarınca asgari ücret, kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemece, re'sen gözönünde tutulması zorunludur.

O halde mahkemece, artan asgari ücret miktarları gözetilerek, hüküm tarihine en yakın tarihteki asgari ücret üzerinden destek tazminatı hesaplanması yönünden bilirkişiden ek rapor alınıp, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, trafik kazası sonucu ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatının eksik ödenen bölümünün ödenmesi istemine ilişkindir.

Yerel Mahkemece davanın kısmen kabulüne ilişkin olarak verilen karar; Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut olayda kazadan kısa süre sonra davalı tarafından davacılara 23.461,00 TL ödeme yapılmış ve davacılar davalıyı ibra ettikleri yönünde belge vermişlerse de, bu belge, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun sorumluluğa ilişkin anlaşmaları düzenleyen 111. maddesinde yer alan "Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir." hükmü çerçevesinde değerlendirildiğinde, davalı tarafından davacıya ödenen paranın avans niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Böylece bu ödeme ile borçlunun borcundan kurtulduğu, borcun söndüğü kabul edilemez. Davacıların eksik ödenen tazminatı talebe hakları bulunmaktadır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tazminatın hesabında hüküm tarihine en yakın tarihteki asgari ücret miktarının mı, yoksa ödemenin yapıldığı ve avans niteliğindeki ödemeye ilişkin bulunduğu kabul edilen belgenin düzenlendiği tarihteki asgari ücret miktarının mı esas alınması gerektiği, sonuçta tazminatın hangi miktar üzerinden hesaplanacağı, noktasında toplanmaktadır.

Vurgulamakta yarar vardır ki, haksız eylemin beden tamlığına karşı işlenmesi durumunda zararın gerçek kapsam ve miktarı zamanla daha iyi belirlenebileceğinden, zararın tespitinde ve yapılacak hesaplamada en uygun tarihin esas alınması gerekir.

Konuya ilişkin 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nın "Cismani Zarar Halinde Lazımgelen Zarar Ve Zıyan" başlıklı 46.maddesinde aynen;

"Cismani bir zarara düşer olan kimse külliyen veya kısmen çalışmağa muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve zıyanını ve bütün masraflarını isteyebilir.

Eğer hükmün suduru esnasında, kafi derecede kanaat ile cismani zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hakimın, tetkik salahiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır."

hükmü yer almakta;

Aynı Kanunun "Ölüm Takdirinde Zarar Ve Zıyan" başlıklı 45.maddesinde de;

"Bir adam öldüğü takdirde zarar ve zıyan, bilhassa defin masraflarını da ihtiva eder. Ölüm, derhal vukubulmamış ise zarar ve zıyan tedavi masraflarını ve çalışmağa muktedir olamamaktan mütevellit zararı ihtiva eder.

Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek لازم gelir.” düzenlemesi bulunmaktadır.

Bu düzenlemeler göstermektedir ki, mahkemece hüküm tarihindeki duruma göre zarar hesaplanmalı ve buna göre de hüküm tarihine en yakın tarihteki asgari ücret destek hesabında nazara alınmalıdır.

Mahkemece yapılan hesaplama ve varılan sonuç ise bu belirlemeye uygun değildir.

O halde, mahkemece yapılacak iş; hüküm tarihine en yakın tarihteki asgari ücretin tespiti ile destek tazminatının hesaplanması yönünden bilirkişiden ek rapor alınıp, sonucuna göre bir karar vermek olmalıdır.

Bu nedenle, aynı hususlara işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen, Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK’un 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcın geri verilmesine, 08.06.2011 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.

SİGORTA KAYDI • GERÇEK İŞVEREN

ÖZET: Davacı dava dışı şirkette sigortalı gösterilmiş, ancak fiilen şirket ortağının evinde bahçıvan olarak çalışmıştır. Bu durumda davacının işvereni şirket değil fiilen hizmet verdiği şirket ortağıdır.

Y.HGK E:2014/22-1439 K:2014/1021 T:10.12.2014¹

“...Davacı taraf, patronu olan İ. ..E.’ün evinde bahçıvan olarak işe başladığını, işten çıkartıldığı 15.07.2011 tarihine kadar aralıksız olarak işverenin yanında çalıştığını, davalı işvereni tarafından 15.07.2011 tarihinde hiçbir haklı sebebe dayanmaksızın işten çıkarıldığını belirterek kıdem ve ihbar tazminatının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

* Gönderen: Av. Talih UYAR

Davalı taraf, davalı tarafa husumet yöneltilmesinin mümkün olmadığını, davacının davalının yanında değil, davalının da ortağı bulunduğu Ç.İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde çalıştığını, ayrıca davacı tarafın başka bir iş yerinde iş bulunduğunu, bir takım bahanelerle haksız yere kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunduğunu, ayrıca davacının imzaladığı i.uyarınca davacının Ç. şirketinden alacaklarının tamamını aldığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece davacı işçinin, davalı İ. E.'ün ortağı olduğu dava dışı Ç. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi üzerinden sigortalı gösterilmek sureti ile davalıya ait villa ve bahçesinde bekçi ve bahçıvan olarak çalıştığı; her ne kadar kayıtlarda işverenin dava dışı Ç.İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi olarak gösterilmiş ise de yapılan işin bu şirketin iştigal konusu ile ilgisi bulunmayıp, davalının ikamet ettiği villa ve bahçesinin güvenliği ve bakımı olduğu, davalının husumet itirazının yerinde olmadığı; davacının iş akdinin davalı işveren tarafından haklı bir sebebe dayanmaksızın ve ihbar öneli de tanınmaksızın feshedildiğinden kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne, karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Karar davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Somut olayda dosya içeriğine göre, davacının sigorta kayıtlarına geçmiş çalışmasının, dava dışı Ç. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nden yapıldığı, dolayısı ile sigorta belgelerine (resmi kayıtlara) göre davacının işvereni, davanın yöneltildiği İ. E. değil, dava dışı Ç. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'dir. Davacının işe girdiği, 04.06.2003 tarihinden hizmet sözleşmesinin sona erdiği 19.07.2011 tarihine kadar yedi yılı aşkın süre dava dışı şirketten sigortalı hizmet bildirimi yapıldığı dikkate alındığında anılan şirket tarafından davacının çalışmasının geçtiği yerin kendi işyeri olarak benimsendiğinin kabulü gerekir. Bu kabulün aynı zamanda kayıtlarla oluşmuş durumun ve hukuki istikrarın korunmasını sağlayacağı açıktır. Salt davacının çalışmasının geçtiği işyerinin şirket patronuna ait olması, davacının davasını yönelttiği İ. E.'ün davada davalı olarak yer almasını gerektirmez. Bu nedenlerle davanın davacının gerçek işvereni olarak kabul edilen dava dışı Çimtes İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'ne yöneltilmesi gerekirken davada sıfatı bulunmayan şirket patronuna yöneltilmesi hatalı olup bu husus bozmayı gerektirmiştir...”

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 görüldü:

Dava, kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin 04.06.2003-15.07.2011 tarihleri arasında aralıksız davalı İ. İ. E.ün evinde bahçıvan olarak çalıştığını, davalı işveren tarafından 15/07/2011 tarihinde haksız olarak işten çıkarıldığını belirterek kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacaklarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

D.vekili, müvekkiline husumet yönetilmesinin mümkün olmadığını, davacının müvekkilinin de ortağı bulunduğu dava dışı Ç. İnş. San. Ve Tic. Ltd Şti'nde çalıştığını, başka bir iş yerinde iş bulduğu için kendi isteği ile işten ayrıldığını, iş akdinin iş veren tarafından feshedildiği iddiasının doğru olmadığını, davacıya ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı olarak toplam 8.075,27 TL ödendiğini bu durumun ibranameden de anlaşılacağını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; davacının, davalı İ. E.ün ortağı olduğu dava dışı Ç. İnşaat San ve Tic Ltd Şti. üzerinden sigortalı gösterilmek sureti ile davalıya ait villa ve bahçesinde bekçi ve bahçıvan olarak 04/06/2003-19.07.2011 tarihleri arasında çalıştığı; her ne kadar kayıtlarda işveren dava dışı Ç. İnşaat San ve Tic Ltd Şti. olarak gösterilmiş ise de yapılan işin bu şirketin iştiğal konusu ile ilgisi bulunmayıp, davalının ikamet ettiği villa ve bahçesinin güvenliği ve bakımı olduğu, bu nedenle davalının husumet itirazının yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekillerinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıya metni aynen alman gerekçe ile bozulmuştur. Yerel Mahkemece, davacının çalışmasının geçtiği işyerinin şirket patronuna ait olduğu, emeği ile ürettiği hizmetini (davalının ortağı olduğu şirkete değil) fiilen davalı İ. E.ü'e hasrettiği, davacının hizmetlerinden fiilen yararlanan tarafın da (dava dışı şirket olmayıp) davalı İ. E.ü. olduğunu, sırf davalı İ. E.ü'n 506 ve 5510 sayılı Kanunlardan kaynaklanan işçi çalıştırması sebebi ile işyeri tescil işlemlerini yaptırmamak ve bundan doğan sorumluluğundan kurtulmak, ayrıca şahsi giderlerini şirket gideri olarak göstermek sureti ile vergi indirimlerinden faydalanmak amacı ile işçisini hakim ortağı olduğu şirket üzerinden sigortalı göstermiş olmasının davalıyı, davacı işçiye karşı 4857 sayılı Kanun'dan ve taraflar arasındaki iş sözleşmesinden doğan yasal

sorumluluklarından kurtarmayacağı, gerekçesiyle önceki kararda direnmiştir.

Direnme kararını temyize davalı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, işçilik alacağı davasında Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirimde bulunan işverenin gerçek işveren olup olmadığının araştırılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işveren, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır.

İşveren sıfatının kazanılması iş sözleşmesinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada taraflar arasında serbest iradeleriyle kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca "İş sözleşmesi, bir taratın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tabi değildir." şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere ücret, iş görme (emek) ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici unsurlarıdır.

İş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışır. İş sözleşmesinin varlığı, ücretin ödenmesini gerektirdiği gibi iş sözleşmesini belirleyen başka bir kriter hukukî-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukukî bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin işveren talimatlarına uyma yükümlülüğü ile doğar. İşçi, edimini işverenin emir ve talimatları çerçevesinde yerine getirmek durumundadır. İşçinin bu anlamda işverene karşı kişisel bağımlılığı da bulunmaktadır.

İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini; işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, işçinin işin görülme tarzı bakımından işverenden talimat alması, işin işveren veya onun adına bir yardımcı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının çalışmasının geçtiği işyerinin davalı İ. E..'e ait olması, davacının emeği ile ürettiği hizmetini fiilen davalıya

hasretmesi nedeniyle davacının hizmetlerinden fiilen yararlanan tarafın davalı olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kayıtlarda şeklen işveren adı olarak dava dışı Ç.İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. gösterilmiş olsa da, büro iş yeri olarak tescilli iş yerinden uyuşmazlık konusu bahçe bakımı ve bekçilik işinin bildirilmiş olması da dikkate alındığında, gerçek işverenin davalı İ. E.'ün olduğunun kabulü gerekmektedir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlar, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenler gözetildiğinde, yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, direnme kararı bu yöne ilişkin olarak yerindedir.

Ne var ki, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları Özel Dairece incelenmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, **DİRENME UYGUN OLUP;** davalı vekilinin işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **22. HUKUK DAİRESİ'NE GÖNDERİLMESİNE**, 10.12.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BEDELSİZ BONO • KÖTÜ NİYETLİ HAMİL

ÖZET: Bir bononun bedelinin ödenmiş olmasına dayanan şahsi defi senedi kötüniyetle devralmış olan hamile karşı da ileri sürülebilir.*

Y.HGK E: 2013/19-2238, K: 2015/1062 T: 25.03.2015

(...Davacı vekili, müvekkilinin davalılardan M.. M..'e olan borcuna karşılık vade kısmı boş 03.06.2006 tanzim tarihli, 250.000 USD bedelli bono verdiğini, davalıya olan borcunu dava dışı N. M. vasıtasıyla ödediği halde dava dışı N. M.'nin sahte imza ile senedi davalı M.. M.. adına ciro ettiğini, senedin arkasında diğer davalılar A.. Ö.. ve M.. Y..'ın ciran-ta olarak gözüktüğünü, son hamil durumundaki davalı E.. G..'in bu senede dayalı olarak müvekkili aleyhine icra takibi yaptığını, adı geçenin yetkili hamil sayılamayacağını ileri sürerek senetten dolayı davalılara borçlu olunmadığının tespitine, icra takibinin iptaline, % 40 tazminatın davalı E.. G..'den tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

* Gönderen Av. Talih UYAR

Davalı M.. M., davacının dava konusu bonoya bağlanmış borcunu dava dışı N. M. aracılığıyla ödediğini, kendisinin de senedi bu kişiye verdiğini, ancak sahte imza ile senedin ciro edildiğini belirterek, hakkında açılan davayı kabul ettiğini bildirmiştir.

Davalı E.. G.. vekili, müvekkilinin iyi niyetli üçüncü kişi hamil olduğunu, davacının lehtara karşı ileri sürebileceği defileri müvekkiline karşı ileri süremeyeceğini belirterek davanın reddine, % 40 tazminata karar verilmesini istemiştir.

Diğer davalılar davaya cevap vermemişlerdir.

Mahkemece, davacının bedelsizlik konusundaki iddiasını, senedin lehtarı M.. M.'in ikrarı ve düzenlediği ibraname ile kanıtladığı, senedin kötü niyetle veya ağır kusurla iktisap edildiği yolundaki iddiasını haksız fiilin söz konusu olmasından dolayı tanık dahil her türlü delille kanıtlayabileceği, davalı E.. G..'in senedi kendisinden önceki ciranta davalı M.. Y..'a elden verdiği 250.000 USD borç paraya karşılık ciro ile devraldığını, ancak adı geçen cirantanın açık adresini bilmediğini belirttiği, bir kimsenin bu miktardaki parayı açık adresini ve kimlik bilgilerini bilmediği bir kişiye vermesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, senedin lehtarı M.. M.'in yerine sahte imza atılarak tedavüle sokulduğunun icra mahkemesince alınan raporla tespit edilmiş olduğu, davalılar Ahmet ve Mustafa'nın gerçekte olmayıp var sanılan şahıslar olmasına göre davalı hamil E.. G..'in senedi kötü niyetle iktisap ettiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne, davacının 15.07.2008 vade tarihli 250.000 USD bedelli bonodan dolayı davalılara borçlu olmadığını tespitine, % 40 kötü niyet tazminatının davalı takip alacaklısı E.. G..'den tahsil edilerek davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davalılardan E.. G.. vekilince temyiz edilmiştir.

TTK'nın 690. maddesi yollaması ile bonolarda da uygulanması gereken aynı yasanın 589. maddesi uyarınca; "poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kimselerin imzasını, sahte imzaları, mevhum şahısların imzalarını yahut imzalayan veya namlarına imzalanmış olan şahısları herhangi bir sebep dolayısıyla ilzam etmeyen imzaları taşır- sa, diğer imzaların sıhhatine bu yüzden halel gelmez."

İmzaların bağımsızlığı(istiklali) şeklinde tanımlanan bu ilke, poliçeye atılan her geçerli imzanın (keşidecinin, cirantanın, avalistin, kabul eden muhatabın imzası gibi) sahibini bağladığını, geçersiz imzanın sahiplerini sorumlu kılmamalarına rağmen poliçenin geçerliliğini ortadan kaldırmadığını ifade eder. Geçerli imzaların sahipleri, başkasının imzasının geçersiz olduğunu ileri sürerek kambiyo sorumluluğundan

kurtulamazlar; geçersiz bir imza sahibini bağlamaz. Ancak, ciro zincirini de koparmaz. İmzaların bağımsızlığı ilkesi, ciro zincirinde bulunan imzalardan birinin veya bazılarının sahteliğine dayanılarak menfi tespit davası açılmasına olanak sağlamaz. Diğer bir deyişle, “İmzaların istiklali (bağımsızlığı)” ilkesine göre, senet lehtarının veya diğer cirantaların ciro imzasının sahte olması hali, diğer imza sahiplerinin ve özellikle senedin asıl borçlusu olan keşidecinin senetten kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Poliçeye imza koyan kişi, diğer imzaların geçersiz veya sahte ya da mevhum kişilere ait olmasının riskini de taşır. Buna göre her imza kendi sahibini, diğer imzalardan bağımsız olarak bağlar. Poliçe üzerinde şekil bakımından tamam ve görünüşe göre sahibini bağlayan bir imzanın bulunması yeterlidir. Kanun yapıcı, TTK’nın 589. maddesinde senedin geçerliliğinin, sorumluluktan tamamen bağımsız şekilde mevcut olabileceğini kabul etmiştir.

Senetteki imzalar, bu imzalarda ismi geçen şahıslar yönünden herhangi bir sorumluluk yaratmasa bile, senet yine de geçerli kalır. Senedin geçerli kalmasının sonucu ise, diğer imzaların sahiplerinin sorumluluklarının devam etmesidir.

TTK’nın 690.maddesi yollamasıyla bonolarda da uygulanması gereken aynı Kanunun 598/1.maddesi uyarınca; “Bir poliçeyi elinde bulunduran kimse, son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde selahiyetli hamil sayılır.”

Zincirleme ve birbirine bağlı, lehtardan hamile değin tam ve düzenli yani kesintisiz cirolar hak sahipliğine karine sayılır. Cirolar arasındaki zincirleme bağlılığın gözlenmesi sadece dış görünüm bakımından yapılır. Başka bir anlatımla, ciro silsilesinin (zincirinin) muntazam bir şekilde birbirini takip edip etmediğini incelerken dış görünüşü incelemek yeterli olup, cirantalardan birinin imzasının sahte olması veya temsilci sıfatıyla senedi imzalayan şahsın imza yetkisinden yoksun olması ciro zincirini etkilemez

Yine TTK’nın 690.maddesi yollamasıyla bonolarda da uygulanması gereken aynı Kanunun 622/2.maddesi uyarınca; “Hile veya ağır kusuru bulunmadıkça poliçeyi vadesinde ödeyen kimse borcundan kurtulmuş olur. Ödeyen kimse, cirolar arasında muntazam bir teselsülün mevcut olup olmadığını incelemeye mecbur ise de, cirantaların imzalarının sıhhatini araştırmaya mecbur değildir.”

Bu açıklamalar karşısında somut olayın değerlendirilmesine gelince;

Dava konusu bonoda davacı keşideci durumunda olup, davalı sene-

de ciro yoluyla hamil olmuştur. Görünüşe göre ilk ciro, senedin lehtar durumundaki M.. M.. imzası ile yapılmıştır. Davacı keşideci, kendi imzasını inkar etmemektedir. Senet metnine göre ciro silsilesinde şeklen bir kopukluk bulunmamaktadır. Mahkemece, davalılardan lehtar M.. M..’in yerine sahte imza atılarak senedin tedavüle sokulduğunun Ankara 9. İcra Hukuk Mahkemesi tarafından alınan raporla belirlendiği kabul edilmişse de yukarıda açıklanan imzaların istiklali ilkesi karşısında bu durum davacı keşideciyi sorumluluktan kurtarmaz. Yerel mahkemenin, lehtardan sonra ciro silsilesinde yer alan A.. Ö.. ve M.. Y..’ın mefhum şahıslardan olduğu, davalı hamilin cirantası olan M.. Y..’ın açık adresini ve kimlik bilgilerini bilmediği halde bu kişiye 250.000 USD vererek davaya konu senedi almasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu yolundaki gerekçesi de kambyo hukuku ilkelere uygun düşmemektedir. Hamilin ciro yoluyla senedi devraldıktan sonra cirantasını takip etme gibi yasal bir zorunluluğu bulunmamaktadır. TTK’da yer alan ve kambyo hukukuna ilişkin ilkeleri belirleyen kuralların kişiden kişiye değişebilen “hayatın olağan akışı” şeklindeki subjektif bir takım değerlendirmelerle ortadan kaldırılması doğru görülmez. Kambyo senetlerinde imzaların istiklali (bağımsızlığı) ilkesi ile ilgili olarak Dairemiz uygulaması istikrar kazanmıştır

Her ne kadar, davacı keşideci, lehtara ödeme yaptığını iddia etmiş, buna ilişkin ibraname sunmuş ve davalı M.. M.. ödeme iddiasını ve davayı kabul etmişse de keşideci ile lehtar arasındaki şahsi defilerin hamile karşı ileri sürülebilmesi için hamilin senedi iktisabında kötüniyetli olduğunun kanıtlanması gerekir. Aksi takdirde, keşideci ile lehtar arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan şahsi defiler müracaatta bulunan iyüniyetli hamile karşı ileri sürülemez (TTK.madde 599). Somut olayda, hamil E.. G..’in senedi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiği, başka bir anlatımla kötüniyetli hamil olduğu kanıtlanamamıştır. O halde davacı keşideci, lehtara ödeme yaptığını ilişkin şahsi defiyi bu davalıya karşı ileri süremez. Mahkemece, belirtilen bu yönler gözetilmeksizin yanılığılı değerlendirme ve somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...)

gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalılardan E.. G.. vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, bonoya dayalı menfi tespit istemine ilişkindir.

Mahkemece, "...davacının bedelsizlik konusundaki iddiasını, senedin lehtarı M.. M..'in ikrarı ve düzenlediği ibraname ile kanıtladığı, senedin kötüniyetle veya ağır kusurla iktisap edildiği yolundaki iddiasını haksız fiilin söz konusu olmasından dolayı tanık dahil her türlü delille kanıtlanabileceği, davalı E.. G..'in senedi kendisinden önceki ciranta davalı M.. Y..'a elden verdiği 250.000 USD (Amerikan Doları) borç paraya karşılık ciro ile devrıldığı, ancak adı geçen cirantanın açık adresini ve kimlik bilgilerini bilmediği bir kişiye vermesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, sadece dava dışı N.M..'nun bildiği taşınmaza haciz koydurulduğu, senedin lehtarı M.. M..'in yerine sahte imza atılarak tedavüle sokulduğunun icra mahkemesince alınan raporla tesbit edilmiş olduğu, davalılar A.. ve M..'nın gerçekte olmayıp var sanılan şahıslar olmasına göre davalı hamil E.. G..'in senedi kötüniyetle iktisap ettiğinin anlaşıldığı..." gerekçeleriyle davanın kabulüne, davacının 15.07.2008 vade tarihli 250.000 USD bedelli bonodan dolayı davalılara borçlu olmadığını tespitine, % 40 kötü niyet tazminatının davalı takip alacaklısı E.. G..'den tahsil edilerek davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Hüküm, davalılardan E.. G.. vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıya metni aynen alınan gerekçe ile bozulmuş; mahkemece önceki gerekçelerine ilave olarak, "bozma ilamında belirtilen kambiyo ilkelerinin doğru olduğu ve bunların mahkemenin de kabulünde olduğu ancak senedin kötüniyetle iktisabının haksız fiil niteliğinde olduğu, bu nedenle tanık dahil her türlü delille ispatlanabileceği, hayatın olağan akışına aykırılık durumunun delil olarak değerlendirilmesinin kambiyo hukuku ilkelerine aykırı olmadığı, bunu engelleyen yasal bir düzenlemenin de bulunmadığı, kötüniyetle iktisabın fiili bir durum olduğu, hukuk sistemimizde hayatın olağan akışının fiili karine olarak kabul gören bir ispat vasıtası olduğu, fiili karine denen yaşam deneyi kurallarının tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında, hakimın kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleri olduğu (Bilge Umar/Ejder Yılmaz:İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s.165 vd.174 ve 60 vd.), hemen bütün ilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında kararlılık ifade eden ölçüye göre, ispat yükünün hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşeceği

(Prof.Dr. Baki Kuru:Hukuku Muhakemeleri Usulü, C.II, İstanbul 2001, s.2011), somut olayda da ispat yükünün hayatın olağan akışına aykırı savunmada bulunan davalıya düştüğü...” kabul edilerek, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davalılardan hamil E.. G.. vekili temyize getirmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, Ankara 29. İcra Müdürlüğü’nün 2008/13161 Esas sayılı dosyasında; alacaklı E.. G.. vekili tarafından 05.11.2008 tarihinde borçlular (1-M.. A., 2-M.. M., 3-A.. Ö., 4-M.. Y.) hakkında başlatılan kambyo senetlerine özgü icra takibinde; 392.750,00 TL asıl alacağın (250.000 USD karşılığı) faiziyle tahsili istenilmiştir. Borcun sebebi olarak “250.000 USD 15.07.2008 vadeli bono” gösterilmiştir.

Takibe ve eldeki davaya konu yapılan bononun keşidecisi davacı M.U..A., lehtar davalı M.. M., senedin sırasıyla ilk cirantası lehtar, ondan sonraki cirantaları sırasıyla davalılar A.. Ö.. ve M.. Y.. ile senedin hamili davalı E.. G..’dir.

Davalı lehtar M.. M..’in imzasını taşıyan 07.11.2008 tarihli ibraname içeriğinden, takibe konu yapılan bonodaki ilk ciro (lehtar) imzasının kendisine ait olmadığını, keşideciden olan alacağının tamamını aldığını ifade ederek, keşideci-borçlu davacıyı ibra ettiği anlaşılmaktadır.

Ankara 9. İcra Hukuk Mahkemesinin 18.06.2008 tarih ve E:2008/1210, K:2009/833 sayılı dosyasında bonodaki lehtar M.. M.. imzasının sahte olduğu ve bu nedenle imzaya itirazın kabulü ile M.. M.. yönünden takibin iptaline karar verilmiştir.

Davacı tanıkları beyanlarında özetle; davacının senet borcunu dava dışı N.M.. aracılığıyla ödediği, aralarında daha sonra ihtilaf çıkması nedeniyle davaya konu yapılan bononun takibe konulduğunu ifade etmişlerdir.

Davalı hamil E.. G.. dosyadaki beyanlarında özetle; bonoyu komisyonculuk yapan M.. Y.. isimli kişiden borca karşılık aldığını, bu kişinin açık kimlik ve adresini bilmediğini, bu kişiyi sürekli işyerine gelmesi nedeniyle tanıdığını, büyük ihtimalle bu kişinin Karadenizli olduğunu, toptancı halinde balıkçılık yaptığını, M.. Y.. dışındaki cirantaları ve keşideciyi tanımadığını beyan ve ifade etmiştir.

Gerek maddi olgu, gerekse bozma ilamında kambyo senetlerine özgü belirtilen ilkeler bakımından hem yerel mahkeme hem de Özel Daire arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulundaki görüşmelerde de bozma ilamında belirtilen; imzaların istiklali 6762 sayılı TTK. m.589; meşru hamil

m.598/1; ödeme-borçtan kurtulma m.622/2; iyiniyetli hamile karşı şahsi defiler ileri sürülemez, meğer ki kötünüyetle iktisabı kanıtlanmış olsun m.599 ilkeler, kambiyo hukukunun temelini oluşturması nedeniyle ilke düzeyinde oybirliğiyle benimsenmiştir.

Şu halde, uyuşmazlık; eldeki davada, hamil E.. G..’in (davalı-takip alacaklısının) senedi iktisap ederken bile keşidecinin (davacı-takip borçlusu) zararına hareket ettiği, başka bir anlatımla kötünüyetli hamil olduğunun kanıtlanıp kanıtlanamadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle uyuşmazlığa ilişkin hukuki kavram ve kurumların irdelenmesinde yarar vardır:

Karine, sözlük anlamı bakımından karışık bir iş veya sorunun anlaşılmasına ve çözümlenmesine yarayan durum, ipucu, belirtidir. En genel anlamıyla karine, bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olgunun çıkarımıdır. Dolayısıyla karine, bilinen bir olaydan, bilinmeyen diğer bir olayın veya hukuki durumun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasına olanak vermektedir. Genel olarak karineleri, fiili ve kanuni olmak üzere, iki grupta toplanmaktadır. Bu bağlamda, fiili karineler, bir hukuk kuralı ile bağlı olmaksızın, hakimın insanlar ve yaşam konusunda ortaya çıkan tecrübe kurallarından yararlanarak belli olmayan olaylar hakkında sonuç çıkarmasına yaramaktadır. Bu yönüyle, fiili karineler, hakimın kanaat edinmesine yardımcı olmaktadır. Görüldüğü üzere, fiili karinelerin temelinde tecrübe kuralları (yaşam deneyi kuralları) yatmaktadır. (Bilge Umar-Ejder Yılmaz:İsbat Yüğü, Büyükçekmece 1980, Sahife:165 vd.; Ahmet, Başözen:Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, Sahife:63 vd.; Gökçen, Topuz:Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, Sahife:50, 56, 121 vd.; Ayrıca bakınız.Yavuz, Alongoya:Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, Sahife:528, dipnot 32; Baki, Kuru:Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:II, Ankara 2001, Sahife:2006 vd.).

Nitekim, Yargıtay da kararlarında tecrübe (yaşam deneyi) kurallarına dayanmakta ve bu konuda genellikle “hayatın olağan akışı” kavramını kullanmaktadır (Hukuk Genel Kurulunun 21.04.982 gün ve E:4/1528, K:412; 17.12.2003 gün ve E:2003/13-787, K:2003/774; 6.6.2007 gün ve E:2007/2-331, K:2007/332; 08.12.2010 gün ve E:2010/19-590, K:2010/640; 12.09.2012 gün ve E:2012/8-365, K:2012/561; 28.03.2014 gün ve E:2013/21-2219, K:2014/411 sayılı kararları).

Delillerin gösterilmesi ve bunun hakim tarafından ispat vasıtası ola-

rak kabulünden sonraki aşamada delillerin değerlendirilmesi gündeme gelmektedir. Kural olarak (kanunda gösterilen istisnalar dışında), hakim delilleri serbestçe değerlendirecektir.

Bu kapsamda, delillerin takdiri, hakimın vicdani kanaatinin esas olduğu bir aşamayı ifade etmektedir (Haluk, Konuralp:Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, Sahife:46 vd.).

Öte yandan, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK)’nın kambyo senetlerine ilişkin hükümleri poliçe esası üzerine kurulmuştur. Kanun, kambyo senetlerinin ortak olan hükümlerine poliçe başlığı altında yer vermiş; bono ve çek hakkında ise, ortak hükümlere yollama yapmakla yetinmiştir (eTTK. 690, 730).

eTTK’nın 690. maddesi yollaması ile bonolarda da uygulanması gereken aynı yasanın 599. maddesi;

“Poliçeden dolayı kendisine müracaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan defileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri sürer; meğer ki, hamil, poliçeyi iktisabederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun.

Alacağın temliki yoluyla yapılan devirlere ait hükümler mahfuzdur.”

Hükümünü içermektedir.

Görüldüğü üzere, poliçede şahsi defiyi düzenleyen yukarıdaki madde metninde kural olarak, şahsi defilerin, iyiniyetli hamile karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiş; bu kuralın tek istisnası ise, hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması yani kötüniyetle senedi iktisap etmesi gösterilmiştir. Madde hükmüyle, kanun koyucu kambyo senetlerine özgü katı kurallar karşısında, bir kapı aralayarak, kötüniyetin ispatına olanak tanımış ve bu konuda bir sınır da koymamıştır.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında somut olayın değerlendirilmesinde; takibe ve eldeki davaya konu bononun lehtar M.. M.’in aşamalarındaki ikrarı ve davayı kabul beyanından da anlaşılacağı üzere, davacı keşideci tarafından yapılan ödeme ile bedelsiz olduğu sabittir.

Bononun bedelsiz olduğuna ilişkin şahsi defiyi davacı keşidecinin kural olarak, davalı lehtara karşı ileri sürebilir ise de, hamil davalı E.. G.’e karşı ileri sürülebilmesi için kötüniyetle iktisabının ispatı gerekir.

Dosya kapsamında, taraflar arasındaki maddi ve hukuki olguların gerçekleşme biçimi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; senet lehtar-

nın ilk cirosunun sahte oluşu, ondan sonraki Ahmet ve Mustafa adındaki davalı cirantaların bilinmemesi, bedelsiz olduğu sabit olan bononun, davalı hamil tarafından açık kimlik ve adresini bilmediği M.. Y.. adındaki kişiden miktarı oldukça yüksek borç para karşılığında devraldığını beyan etmesi, dinlenen davacı tanıklarının beyanlarında adı geçen dava dışı N. Mutlu'nun bildiği Muğla ili Milas ilçesindeki davacı taşınmazlarına takibin kesinleşmesini müteakip hemen haciz konulması karşısında, davalı hamil E.. G..'in bonoyu davalı ciranta M.. Y..'dan iktisabederken, iyiniyetli olduğunu ileri sürmesi hayatın olağan akışına aykırı düşmektedir. Zira, lehtarın ilk cirosunun sahte olduğunu hamilin bilmesi gerekmez ise de, bonoyu devraldığı kendi cirantası M.. Y..'ın kim olduğunu bilmediğini ileri sürerek, senedi iyiniyetle devraldığını ileri süremez. Dolayısıyla, davalı hamil E.. G..'in bonoyu kötünietle iktisabettiğinin kabulü gerekir.

Şu halde, bononun ödeme nedeniyle bedelsiz olduğuna ilişkin şahsi defiyi davacı keşidecinin, senedi kötünietle devralan hamil davalı E.. G..'e karşı ileri sürerek, borçtan kurtulabilir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde azınlıkta kalan bir kısım üyelerce; ibranamede keşideci tarafından yapılan ödeme nedeniyle senet aslının lehtar tarafından keşideciye verildiği belirtilmesine karşın, keşideci tarafından senet aslının dava dışı N.Mutlu'ya verildiği belirtilerek çelişkinin ortaya çıktığını, ibranamedeki beyanın aksinin ancak yazılı delille ispatlanabileceğini, dinlenen davacı tanıklarının dava dışı N.Mutlu hakkında beyanlarda bulunduğunu, doğrudan davalı hamil Erkan hakkında kötünietine ilişkin bir beyanlarının bulunmadığını, ayrıca tanıkların davacının yakınları (eşi, eşinin eczanesinde çalışan işçisi, eniştesi ve oğlu) olduğunu ve yeminsiz dinlenildiklerini, esasen ödeme yapan keşideci davacının senet aslını alıp imha etmemesi nedeniyle kusurlu olduğunu, bu nedenle kötü ödeyen keşidecinin bu davranışının **SONUÇ**larına katlanması gerektiğini, kambiyo senetlerinde hayatın olağan akışı kavramına yer verilmemesi gerektiğini, dosyadaki delillerin davalı hamil Erkan'ın kötünietli olduğunu göstermeye elverişli olmadığını, hamilin senedi devraldıktan sonra kendi cirantasını takip etme ve durumunu araştırma yükümlü olmadığı gibi bu konudaki ağır ihmalinin de sonucu değiştirmeyeceğini, hayatın olağan akışı kavramının objektif olmayıp, subjektif bir olgu olduğunu ve bu nedenle kişiden kişiye değişebileceğini, böyle bir kavrama üstünlük tanınamayacağını, bu nedenlerle Özel Daire bozma ilamının yerinde olduğu ve direnme kararının bu yönde bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de; yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul Çoğunluğunca bu görüş benimsenmemiştir.

O halde, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar da gözetilerek, Özel Daire bozma ilamına karşı, davalı hamil E.. G..'in bonoyu devralırken kötünietli olduğu ve bu nedenle eldeki menfi tespit davasının kabulüne yönelik önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı E.. G.. vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA**, aşağıda dökümü yazılı (20.121,75 TL) harcın temyiz edenden alınmasına, 25.03.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI TARAFAYA YÜKLENEN VEKALET ÜCRETİ

HACZEDİLMEZLİK KURALI

ÖZET: Tarife uyarınca karşı tarafa yüklenen vekalet ücreti avukata ait olup, bu ücret iş sahibinin borcu sebebiyle takas ve mahsup edilmeyeceği gibi haczedilmesi de mümkün değildir.

Bu nedenle şikayetçi belediye lehine hüküm altına alınan vekalet ücretinin onun borcundan dolayı haczedilmesi mümkün değildir.*

Y.HGK E:2013/2065, K: 2015/1291 T: 29.04.2015

(...HMK'nın 323.maddesinde avukatlık ücreti, yargılama giderleri arasında sayılmıştır. Aynı Yasanın 330.maddesinde de, yargılama gideri olarak hükmolunan avukatlık ücretinin ancak "yargılamanın tarafları" arasında geçerli olacağı belirtilmiştir.1136 Sayılı Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinde ise; "dava sonunda, kararla tarifye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm vekil ile müvekkil arasında çıkacak ve iç ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları düzenlemek amacıyla öngörülmüştür. (HGK'nın 07.04.2004 tarih ve 2004/12-213 E., 2004/215 K. sayılı kararı).

Aynı maddenin son cümlesinde; "bu ücret, iş sahibinin borcu nede-

* Gönderen Av. Talih UYAR

niyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez” hükmü yer almaktadır. Bu durumda, ilamda şikayetçi belediye başkanlığı lehine hükmedilen avukatlık ücretinin, onun borcundan dolayı haczedilmesi yasanın anılan hükmüne aykırı olup, istemin kabulü yerine reddine karar verilmesi 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 görüldü:

İstem, avukatlık ücreti alacağının haczedilmesine ilişkin icra müdürlüğü kararının şikayet yolu ile iptali istemine ilişkindir.

Şikayet eden vekili, İstanbul 9.İcra Müdürlüğü’nün 2011/5887 E. sayılı dosyası ile vekalet ücreti alacağının tahsili için yürütülen alacak üzerine haciz konulmasına ilişkin 22.03.2011 tarihli memurluk kararının iptali-ne karar verilmesini istemiştir.

Karşı taraf M..AŞ yetkilisi, istemin reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, vekalet ücretinin davalı asil yararına hükmedildiği, Avukatlık Kanunu’nun 164.maddesi kapsamında avukata ait olan ve korunması gereken bir vekalet ücreti olmadığı, bu nedenle haczedilmezlik kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle istemin reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararını, davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava sonunda, kararla Tarife’ye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin iş sahibinin borcundan dolayı haczedilip haczedilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konuya ilişkin genel açıklama yapılmasında ve yasal düzenlemeler üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

Yargının önemli unsurlarından olan avukat; iddia, savunma ve yargı üçgeninde bağımsız olan savunmayı temsil eder. Avukatlık hizmeti bir kamu hizmeti olmakla birlikte, serbest meslek icra eden avukatlar ve kamu avukatları eliyle yürütülür. Ücret karşılığında müvekkili için hukuksal yardımda bulunan serbest meslek erbabı avukat ile bu yardımı

sunduğu müvekkili arasındaki hukuki ilişki maddi hukuka tabi olup, özel hukuk alanındaki bir sözleşme ilişkisidir. (Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2002, s.51)

Avukat üzerine aldığı işi kanun ve anlaşma hükümlerine göre takip etmek zorundadır (1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.171).

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 2.maddesinde ise “kesin hüküm elde edilinceye kadar” avukatın işine devam edeceği açıklanmıştır.

Bu durumda avukatın sözleşmesi, ilk yargılama aşamasını kapsadığı gibi, karar, temyiz, temyiz duruşması ve temyiz sonrası aşamayı da kapsar. Bunun aksine sözleşme yapılması da mümkündür. Avukatlık sözleşmesi, avukat ile iş sahibi arasında özel bir güven ilişkisi gerektiren nitelikte olduğundan taraflar diledikleri zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir(Songül Karateke, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret,Ankara 2006, s.128 vd).

Avukatın hangi hallerde ne şekilde ücret alacağı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 163 ve 164 maddelerinde hükme bağlanmıştır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 164/1. maddesi hükmüne göre avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade etmekte olup “AVUKATLIK ÜCRETİ” başlıklı madde metni aynen;

“Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder.

Yüzde yirmibeşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz. (Değişik cümle: 13/01/2004-5043/5.md.) Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilamın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. (Değişik cümle: 13/01/2004-5043/5. md.) Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır.

Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir.

Dava sonunda, kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.” şeklindedir.

Hukuk sistemimizde iki tür vekalet ücreti söz konusudur. Birincisi, müvekkil ile vekil arasında yapılacak bir sözleşme ile (yazılı sözleşme yoksa Avukatlık Kanunu’nun 164/4 maddesine göre) belirlenen vekalet ücreti (AK.m.164/1,2,3,4); ikincisi ise HUMK’un 423/6, (CMUK:322/1-9, 413/son, (CMK:303/1-h, 324); İYUK:31/1) ve Avukatlık Kanunu’nun 164/son maddelerine göre, vekille takip edilen davalarda mahkemece yargılama gideri olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne göre re’sen takdir edilen vekalet ücretidir.

Davada haklı çıktığı için lehine yargılama gideri hükmedilen taraf, davayı bir avukat aracılığı ile takip etmiş ise, mahkemece takdir edilen vekalet ücreti, diğer yargılama giderlerine dahil edilerek, davada haksız tarafa yükletilir. Başka bir ifade ile davayı kazanan lehine takdir edilen vekalet ücreti yargılama giderlerine dahildir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “YARGILAMA GİDERLERİNİN KAPSAMI” başlıklı 323/1ğ. Maddesi (1086 sayılı HUMK’un 423. maddesinin 6.bendi) gereğince yargılama giderleri arasında bulunan vekalet ücreti diğer giderler gibi mahkemece re’sen hüküm altına almır. Vekalet ücretinin hüküm altına alınabilmesi için tarafların talebi aranmaz.

Davacının istemine dayanak yaptığı 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 164.maddesinin de içinde bulunduğu “Onbirinci Kısım” 4667 sayılı Yasayla “Avukatlık Sözleşmesi” üst başlığı altında düzenlenmiş, maddenin son fıkrası, “Avukatla iş sahibi arasında yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeyle dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir.” şeklindeyken 4667 sayılı Yasanın 77.maddesiyle yapılan değişiklik- le, “Dava sonunda kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir.” şeklinde değiştirilmiştir. Yeni getirilen bu hükmün ücretin doğrudan doğruya avukata ödeneceği anlamında anlaşılmalıdır. Nitekim aynı cümlemin devamında yer alan; “...bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez.” biçimindeki düzenleme ile mahkemelerce hükmedilen vekalet ücretinin öncelikle müvekkile ait olduğu, ancak vekilinin vekalet ücretini güvence altına almak için, başkalarına ödenmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı görülmektedir (HGK’nın 02.06.2010 gün ve 2010/3-266E.,2010/303K.sayılı kararı).

Öte yandan, avukatlık sözleşmesi yapan avukat ile kamu kurum ve kuruluşlarında idare ile bir sözleşme yapmadan, statü hukukuna göre memur kadrosunda görev yapan ve maaşını bağlı bulunduğu yasalara göre alan kamu avukatının durumunun aynı olmadığına kuşku bulunmamaktadır. Şikayet eden vekili ile iş sahibi Belediye arasında avukatlık sözleşmesi bulunmakta ise de memur kadrosunda görev yapmamaktadır.

Somut olayda; Çorlu 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 03.04.2007 gün ve 2005/148E., 2007/80K. sayılı kararı ile davacı Miras AŞ tarafından davalı Yenice Belediyesi aleyhine açılan "kamulaştırmasız elatma nedeniyle tazminat" davasında 21.369.796,51 TL' nin davalıdan tahsiline karar verilmiş, davacı tarafından 06.08.2008 tarihinde asıl alacak ve ferileri yönünden İstanbul 8.İcra Müdürlüğü'nün 2008/16203 E. sayılı dosyasından takip başlatılmıştır.Yargıtay 5.Hukuk Dairesinin 23.03.2010 gün ve 2009/19408E.2010/4720 sayılı kararı ile yalnızca tesis bedeline hükmedilmesi gerektiğine işaretlerle karar bozulmuş olup bozmadan sonra Çorlu 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 15.02.2011 gün ve 2010/233E.,2011/68 sayılı kararı ile 1.841.708,64 TL nin davalıdan tahsiline, hükmün 8.bendi gereğince,davalı kendisini vekille temsil ettirdiğinden Tarife gereğince takdir olunan 330.266,32TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine karar verilmiştir.

Davalı Yenice Belediyesi vekili, 28.03.2011 tarihinde İstanbul 9. İcra Müdürlüğü'nün 2011/5887 E. sayılı dosyası ile vekalet ücretinin tahsili için takip başlatmıştır. Yargıtay 5.Hukuk Dairesinin 01.11.2011 gün ve 2011/8499-17791 sayılı kararı ile vekalet ücretinin 95.648,00 TL olması gerektiğine işaretlerle hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmiş, 09.04.2012 gün ve 2012/2733-7257 sayılı karar düzeltme kararı ile de vekalet ücretinin 91.523,00 TL olarak düzeltilmesine karar verilmiştir.

Tüm bu açıklamalar karşısında; 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 164/son maddesinde, dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı, bu hükmün vekil ile müvekkil arasında çıkacak ve iç ilişkiden kaynaklanan uyumsuzlukları düzenlemek amacıyla öngörüldüğü, ayrıca, bu ücretin, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemeyeceği, haczedilemeyeceği hükme bağlanmış olmakla şikayetçi belediye başkanlığı lehine hükmedilen avukatlık ücretinin, onun borcundan dolayı haczedilmesi doğru değildir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce lehine vekalet ücretine hükmedilen Belediye ile vekili arasındaki ücret sözleşmesine göre avukatın aylık 5.000,00 TL ücret karşılığı çalışacağı ve başkaca ücret talep edemeyeceği belirtilmiş ise de bu görüş çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir.

Hal böyle olunca; Yerel mahkemece aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, davacının talebinin kabul edilmesi gerekirken, yanılığlı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 29.04.2015 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

BONO MUVAZAA İDDİASI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Bono sebepten mücerret borç senedir.

Bir bononun muvazaalı olarak düzenlenip alacaklı tarafa verildiğini iddia eden kimse bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

Y.HGK. E.2013/1622, K.2015/1238, T.17.4.2015

(... Davacı vekili davalının, müvekkili şirket aleyhine icra takibi yaptığını, takibe konu bononun tanzim tarihi ve vade tarihine bakıldığında 1 günlük vadeli bononun ticari teamüllere göre yapılmasının sözkonusu olamayacağını, bononun muvazaalı olarak verildiğini, bono ile ilgili şirketin ir borcu bulunmadığını iddia ederek, borçlu olmadıklarının tespitini talep ve dava etmiştir.

Daval vekili cevabında, müvekkili şirketin akaryakıt istasyonundan davacı şirketin araçlarına alınan akaryakıt bedelleri uzun süre ödenmediği için şirketin yetkili temsilcisi tarafından dava konusu bononun verildiğini, davacının iddiasını yazılı delille ispatlaması gerektiğini savunarak davanın reddi ile lehlerine tazminata hükmolunmasını isteminştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere ve bilirkişi raporlarına göre; davalı yanın akaryakıt alacağını dayanağı olarak bildirdiği faturaların tamamının açık fatura niteliğinde olduğu ve defterlere de işlenmediği, bu faturaların tebliğ edilmesine rağmen itiraz edilmesinin, faturaya konu malın teslim edildiği, işin yapıldığı anlamına gelmeyeceği, icra takibinin dayanağı olan bononun ticari hayatın ola-

ğan akışına uygun olmayacak şekilde 1 gün vadeli olarak düzenlenmiş olması ve ticari defterlerde de kaydın olmaması hep birlikde değerlendirildiğinde, senedi imzalayan ortak ile şirket arasındaki ilişki ve yargılama süreçlerine göre davacı şirketten alacakları bulunduğunu ispat yükünün davalı yanda olduğu, davalının alacağını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, takibe konu bonodan dolayı borçlu bulunmadığının tespiti istemine ilişkindir. Bonolar sebepten mücerret borç senetleridir. Davacı dava konusu bononun muvazaalı olarak alındığını iddia ettiğine göre bu iddiasını HUMK'un 288. vd. maddeleri uyarınca yazılı delille kanıtlamak zorundadır. Mahkemece bu husus gözetilmeden yazılı biçimde karar verilmesinde isabet görülmemiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme sararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, icra takibine konu yapılan bononun muvazaaya dayalı olarak alındığı iddiasıyla menfi tespit istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar davalı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda yazılı nedenlerle bozulmuş; yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararı, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; ispat yükünün davacıda mı yoksa davalıda mı olduğu; varılacak sonuca göre, muvazaa iddiasının yazılı delille kanıtlanması gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve uygulanması gereken hukuki kurum ve kuralların ne olduğunun tespitinde yarar vardır.

I- Borç ikrarı;

Hemen belirtilmelidir ki, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunun 17. maddesine göre, borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı geçerlidir. Her alacak hakkının vralığı, bunu sağlayan bir hukuk ilişkisine ve buun sebebine dayanır. Bu sebep, alacak hakkının doğumunu, hukukça

ödenmesi gerekli bir hakkın var olduğunu sağlayan bir olay veya tek taraf-
lı ya da karşılıklı bir irade açıklamasını veya bu yol ile iki iradenin uygun
olarak birleşmesiyle meydana gelir. Oysa, bu sebebi göstermeden, yalnız
borçlu olduğunu açıklayan kişinin, iki taraf arasındaki ilişkinin nedenini
göstermeden, bir hakkın veya borcun varlığını, ödeneceği iradesini açıkla-
masını kanun yeterli görmüştür. Borcu doğuran irade açıklaması, mülga
1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nın 290. mad-
desi hükmünce yazılı bir belgede tesbit olunmuş ise, bu gibi durumlarda,
borcu yükümlenen kişi, yükümlendiği borcun salkinin ve amacının kap-
sıdığı yönü kural olarak, tanıkla ispatlayamaz. İradenin bu yolla açıklan-
masını sağlayan nedenler, iradenin doğum gerçekleşmesini sağlayan ön
nedenler, genellikle düğün hukuki sonuca etkili olmadıklarından daha
çok bu açıklamanın amacı olan neden üzerinde durulmak gerekir.

Nitekim, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 17. maddesini yorum-
layan 12.04.1933 gün ve 30/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına
göre, borç ikrarını içeren beyyine aleyhine delil ileri sürülebilir, ancak ik-
rarda borcun sebebi açıklanmış ise, davalı bu sebebin gerçekleşmediğini
kanıtlayabilir. Eğer borcun sebebi belirlenmiş ise, davalı önce ikrarın belli
bir sebebi bulunduğunu, sonra bu sebebin gerçekleşmediğini kanıtlamak
hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere, 1086 sayılı HUMK'un 290. maddesi
ile 12.04.1933 gün ve 30/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uya-
rınca bedelsizlik iddiası ispat edilecektir.

II- Kambiyo senedi ve bononun hukuki niteliği;

Hukuk Genel Kurulu'nun 17.12.2003 gün ve E: 2003/19-781, K: 2033/768; 12.10.2011 gün ve E: 2011/9-473, K: 2011/607; 04.12.2013 gün ve E: 2011/29-89, K: 2013/1645; 14.05.2014 gn ve E: 2013/19-1155, K: 2014/660 sayılı ilamlarında da belirtildiği üzere; bütün mücerret ala-
caklarda olduğu gibi kambiyo senedi alacağı da kural olarak, uygun bir
asıl borç ilişkisine, bir III ilişkiye dayanır. Bir kambiyo senedi düzenle-
yip veren ve bu senedi alan herkes, bütün hukuki işlemlerin yapılmasına
temel teşkil eden bir gayeye ulaşmak istemektedir. Kambiyo senedinden
kaynaklanan talebin geçerliliği, temel ilişkinden kaynaklanan temel tale-
bin ve bununla ilgili olarak taraflar arasında varılmış amaca ilişkin mu-
tabakatın geçerliliğinden tamamen bağımsızdır. Kambiyo senedinden do-
ğan talep hakkına kambiyo hukuku, temel talebe ise, bu talebin ait olduğu
hukuk kuralları uygulanır.

Bu genel açıklamadan sonra, hemen belirtilmelidir ki, bono, ödeme
vaadi niteliğinde bir kambiyo senedi olup, bağımsız borç ikrarını içerir
(6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK)'nın 691/1. maddesi).

Bonoda şekil şartları eTTK'nın 688. maddesinde sayılmıştır. Bunlar; “Bono” yada “Emre Muharrer Senet” ibaresi, kayıtsız şartsız bir bedel ödeme vaadi, vade, ödeme yeri, lehtar, keşide yeri ve tarihi, keşidecinin imzasıdır. Zorunlu şartardan biri eksik olduğu takdirde, senedin bono niteliği kaybolur. Bunlarddan vade ve ödeme yeri esaslı şekil şartlarından değildir. Sayılan zorunlu şekil şartlarının yanında seçimlik şartlar da vardır. Bonoya isteğe bağlı olarak, faiz, bedelin nakden ya da malen alındığı veya yetkili mahkeme kayıtları da konabilir.

Yerleşik Yargıtay kararlarında ve öğretide de kabul edildiği gibi, bonolara özgü seçimlik unsurlardan biri de, temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcun dayandığı nedenin gösterilmesine yönelik “bedel kaydı”dır. Yinelemek gerekirse “bedel kaydı” kambiyo senedinin ihtiyari kayıtlarındandır. Bu kayıt keşidecinin (borçlunun), senedin lehdarından (alacaklıdan) karşı edayı aldığı ispata yarar. Aslında kambiyo senetleri hukuku yönünden bu kayıtların bir anlamı ve önemi yoktur. Çünkü, kambiyo senedinin düzenlenmesiyle, soyut bir borç ilişkisi yaratılmaktadır. Bu nedenle de karşı edimin elde edilip, edilmediğinin önemi de bulunmamaktadır. Temel borç ilişkisinin bir sözcükle senede yansıtılması şeklinde ortaya çıkan bedel kaydının varlığı ya da yokluğu senedin bono niteliğini etkilemez. Bedel kayıtları daha çok keşideci ile lehdar arasındaki iç ilişki yönünden ve ispat konusunda önem taşır. Kişisel def'i nedenlerinin varlığının kanıtlanmasını kolaylaştırır.

Sözü edilen kayıtlar özellikle ispat hukuku açısından ilgilileri bağlayıcı niteliktedir. Bedel kaydı içeren mononun lehdarı, artık senedin “kayıtsız ve koşulsuz bir borç ikrarı olduğu” yolundaki soyutluk kuralına dayanamayacaktır.

Borç ikrarını içeren bir belge aleyhine kanıt sulunabilir. Ancak; ikrar borcun nedenini içeriyorsa, sadece bu nedenin gerçekleşmediğinin kanıtlanması gerekir (YIBK'nun 12.4.21933 gün ve 1933/30-6 sayılı ilamı).

Bonoda kural olarak sipat yükü senedin bedelsiz olduğunu iddia eden tarafa aittir. Ancak, bir defa bir mal alışverişine dayandığı “malen” kaydıyla ya da bir alacak borç ilişkisine dayandığı, “nakten” kaydı ile senede yazılmışsa, artık buna uyulmak gerekir. Bu kayıtların aksinin savunulması senedin ta'lili (nedene, illete bağlanması) anlamına gelir ki, böyle bir durumda ispat yükü yer değiştirir. Senedi ta'lil eden, savını kanıtlamak yükümlülüğü altına girer. Senette borcun nedeni “mal” ya da “nakit” olarak belirtilmişse, tarafların yazılı borç sebebine dayanmaya hakkı olacağından, ispat yükü bunun aksini ileri süren tarafa ait olacaktır. Eğer yanlardan biri senet metninde yazılı kaydın doğru olmadığını söylüyorsa,

lehine olan senet karinesi çürümüş sayılacak, bunun sonucu olarak da, iddiası paralelinde ispat yükünü de üstlenecektir. Buna senedin ta'lili denmektedir. Bu anlamda ta'lil senet metnitde açıklanan düzenleme (ihdas) nedenine aykırı beyanda bulunma anlamına gelmektedir.

Nihayet, "malen" ibaresi bulunan bir bonoda main teslim alındığı, borçlu tarafından ikrar edilmiştir. Alacaklının teslim ettiğini kanıtlamak yükümlülüğü yoktur. Yazılı ikrarın aksini diğer bir deyişle, malın teslim edilmediğini borçlu kanıtlanak yükümlülüğündedir. (HGK'nın 17.12.2033 gün ve E:2003/19-781; K: 2033-768 sayılı ilamı).

III- Menfi tespit konulu eldeki davada ispat yükünün özellikleri:

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesi gereğince borçlu icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu olmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir. Kural olarak, bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran/iddia eden taraf, o vakıayı ispat etmeye mecburdur (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi).

İspat yüküne ilişkin bu genel kural, menfi tespit davalarında da, tarafların sıfatları değişik olmakla beraber, ispat yükü bakımından bir değişiklik olmayıp, bu genel kural uygulanır. Bu davalarda da bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran (iddia eden) taraf o vakıayı ispat etmelidir.

Menfi tespit davasında borçlu ya da borçlanma iradesinin bulunmadığını ya da borçlanma iradesi bulunmakla birlikte daha sonra ödeme gibi bir nedenle düştüğünü ileri sürebilir. Borçlu borcun varlığını inkar ediyorsa, bu durumlarda ispat yükü davalı durumunda olmasına karşın alacaklıya düşer. Borçlu varlığını kabul ettiği borcun ödeme gibi bir nedenle düştüğünü ileri sürüyorsa, bu durumda doğal olarak ispat yükü kendisine düşecektir.

Görülmektedir ki, menfi tespit davasında kural olarak, hukuki ilişkinin varlığını ispat yükü davalı/accaklıdadır ve alacaklı hukuki ilişkinin (borcun) varlığını kanıtlamak durumundadır. Borçlu bir hukuki ilişkinin varlığını kabul etmiş, ancak bu hukuki ilişkinin senette görülenden farklı bir ilişki olduğunu ileri sürmüştü bu kez, hukuki ilişkinin kendisinin ileri sürdüğü ilişki olduğunu ispat külfeti davacı borçluya düşmektedir. Zira, davacı borçlu senedin bir hukuki ilişkiye dayanmadığını değil, başak bir hukuki ilişkiye dayandığını ileri sürmekte; temelde bir hukuki ilişkinin varlığını kabul etmektedir (Hukuk Genel Kurulu'nun 17.12.2003 gün ve E:2003/19-781, K:2003/19-768; 12.10.2011 gün ve E:2011/19-473, K:2011/607; 04.12.2013 gün ve E:2013/19-89, K:2013/1645; 14.05.2014 gün ve E:2013/19-1155, K:2014/660 sayılı ilamları).

IV- İspat hukuku yönünden geçerli kurallar:

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesi /610 sayılı HMK m.189/3); "Kanunun muayyen bir delil ile sipatını emreylediği hususlar başka suretle ispat olunamaz. İki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında olveçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz."

Hükmünü amirdir.

Aynı Kanunun 288. maddesinde (6100 sayılı HMK m. 200/1) "senetle ispat" ve 289. maddesinde (6100 sayılı HMK m. 200/II) de "senetle ispat gereken hallerde karşı tarafın açık muvafakatı ile tanık dinlenebileceği" hususları düzenlenmektedir.

Yine Aynı Kanunun 290. maddesinde (6100 sayılı HMK m. 201);

"Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defi olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler.... liradan az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz."

denilmekte;

293. maddesinde de (6100 sayılı HMK m. 203);

"Aşağıdaki hallerde her halde şahit ikame olunabilir:

1- Usul ve fûru, birader ve hemşire veya karı koca ve kayınpeder ve valide ile damat ve gelin arasındaki muameleler,

2- Cürümden mütevellit olsun olmasın tazminatı müstelzim fiiller,

3- Yangın veya kazayı bahri veyahut düşman istilasası gibi senet alınması gayrimümkün veya fevkalade müşkül hallerde yapılan muameleler.

4- Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muameleler,

5- Akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu.³

Hükmü yer almaktadır.

Usul hukukumuzda senede karşı senetle ispat zorunluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defi (savunma) olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler, m.290'daki meblağdan az bir miktara ilişkin olsa bile tanıkla ispat olunamaz; ancak senet 'kesin

delil) ile ispat edilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, senede karşı senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralın istisnaları da m.293'de belirtilmiştir.

Bunun yanında, 18.03.1959 gün ve 18/21 sayılı Yargıtay İçtihadi Birleştirme Kararına göre, tanıkla kanıtlama yasağı, yalan tanıklığı önleme ve davada tarafların çıkarlarını koruma amacına yöneliktir. Değeri belli miktarı aşan hukuki işlerin tanıkla kanıtlanması yasağına ilişkin ilkeler, kamu düzeni düşüncesiyle yasaya konulmuş hükümlerden değildir. Ancak yazılı sözleşme ile ya da duruşma tutanağında usulüne uygun olarak belgelendirilmiş ikrar ile anlaşılan açık bir mavafakat bulunduğu takdirde sadece belli tanıklar dinlenebilir.

V- Muvazaa iddiası:

Muvazaa, en basit tanımıyla, bir sözleşmenin taraflarının üçüncü kişilerden gerçek durumu gizleyerek, onları aldatmak maksadıyla, gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarıdır. Bu şekilde yapılan işlemlere de, muvazaalı işlemler adı verilir (Hukuk Genel Kurulu'nun 09.02.2005 gün E:2005/42; 16.6.2010 gün ve K:2010/323; 26.09.2012 gün ve E:2012/14-422, K:2012/618 sayılı ilamları).

Muvazaada, daima görünüşte var olan ancak, taraflarca gerçekte asla istenmeyen, salt üçüncü kişilere yanlış kanaat verip onları aldatmak amacıyla yapılmış bir hukuki işlem ile, bu işlemin aralarında geçerli olmadığına ilişkin bir muvazaa anlaşması mevcuttur. Bazı durumlarda, buna ek olarak, tarafların, gerçek iradelerine uygun olan (tarafların gerçekte istedikleri), ancak, çeşitli nedenlerle görünen işlemin arkasına sakladıkları bir gizli işlem daha bulunur. Taraflar arasında bir gizli işlemin bulunup bulunmadığına göre bakılarak, muvazaanın iki türünden söz edilir.

Bunlardan ilki, tarafların, kendi aralarında geçerli herhangi bir hukuki işlem yapmak istemedikleri halde, salt üçüncü kişilere, aralarında bir hukuki işlem varmış gibi görünmek için işlem yapmaları hali olup, bu halde mutlak (basit) muvazaa söz konusu olur.

Diğeri ise, nispi (mevsuf) muvazaa olup, sözleşmenin niteliğinde, konusunda, şartlarında ya da tarafların şahsında ortaya çıkabilir. Bu durumda, görünüşteki işlem tarafların gerçek iradesine uygun bulunmadığından, her koşulda geçersizdir. Gizli işlem ise, yasanın o işlem için öngördüğü şekil şartına ve ayrıca herhangi bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için aradığı genel geçerlilik şartlarına uygun bulunduğu takdirde geçerli olabilecektir.

Diğer taraftan, görünüşteki hukuki işlemin muvazaa nedeniyle geçersiz bulunduğu iddiası, hukuken korunması gereken bir hakkı bulunan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Çünkü muvazaalı bir hukuki işlem ile üçüncü kişinin zarara uğratılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir.

Görünüşteki işlemin geçerliliği ve ispatı bir şekle bağlı bulunsa bile, üçüncü kişiler muvazaa iddiasını tanık da dahil olmak üzere her türlü delille ispat edebilirler. Esasen, üçüncü kişiye, tarafı olmadığı bir sözleşmedeki muvazaa olgusunu yazılı delille kanıtlama yükümü getirilmesine hukuken olanak da yoktur (Hukuk Genel Kurulu'nun 02.10.2002 gün ve E:2002/6-618, K:659; 24.02.2010 gün ve E:2010/6-94, K:100; 26.09.2012 gün ve E:2012/14-422, K:2012/618 sayılı ilamları).

Ne var ki, yazılı bir sözleşmeye dayalı olarak muvazaa iddiasında bulunan kişinin bu iddiasını, yazılı delille ispatlaması gerekir.

Somut olay bu ilke ve kavramlar ışığında değerlendirildiğinde:

Eldeki dava, kambyo senedinden dolayı borçlu olunmadığının saptanması istemine ilişkin olduğuna göre, konunun kambyo, ispat hukuku ve muvazaa açısından ve yukarıdaki açıklamaların ışığında ele alınması gerekir.

Görölmekte olan davada, davacı şirket temsilcisi senetteki imzayı inkar etmemiş; davacı şirketin diğer ortağı ve temsilcisi olan dava dışı kişinin imzaladığı bononun davalıya muvazaalı olarak verildiği, takibe konu yapılan bono nedeniyle şirkete bir mal teslim edilmediği, bu nedenle davalıya borçlu bulunmadığını iddia ederek, borçlu olmadığının tespitini istemiştir.

Yukarıda vurgulandığı üzere, senede karşı senetle ispat kuralı gereğince, davacı-borçlu takibe konulan bononun muvazaa nedeniyle verildiğini yazılı delille kanıtlaması gerekir. Takibe konu yapılan senedin (bononun) metninden bu anlaşılmadığı gibi, davacı bu iddiasını yasal olarak ispatlayacak yazılı bir delil de dosyaya sunmamıştır. Zira, davacı şirket, senedin (bononun) keşidecisi, davalı da lehtarı bulunduğuna göre, senedin tarafı olan davacı üçüncü kişi olmadığından, muvazaa iddiasını tanıkla değil, usulün öngördüğü biçimde yazılı delille ispatlaması gerekir. Bononun düzenleme ve vade tarihi dikkate alındığında salt bir (1) gün vadeli olması da, senedin geçersizliği sonucunu doğurmaz.

Bunun yanında, tanık dinleme yoluyla bonoların geçersizliğinin ispatı ancak, 18.03.1959 gün ve 18/21 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ka-

rarındaki şartlar dairesinde mümkün olduğundan, eldeki davada ise, bu şartlar da gerçekleşmemiştir.

Davaya konu bonoda “malen” ibaresi bulunduğuna göre, böyle bir bonoda malın teslim alındığı, borçlu tarafından ikrar edilmiştir. Alacaklının teslim ettiğini kanıtlamak yükümlülüğü yoktur. Yazılı ikrarın aksini diğer bir deyişle, malın teslim edilmediğini borçlu kanıtlamak yükümlülüğündedir.

Şu durumda, uyuşmazlığa ve takibe konu yapılan bononun hukuken geçerli olduğunun kabulü geerkir.

O halde davacı-borçlu bononun muvazaaya dayalı olarak davalı tarafa verildiğini ileri sürdüğüne göre, ispat yükü davacıdadır. Davacı bu iddiasını ise, yazılı delille kanıtlamalıdır.

Öyleyse, mahkemece, hatalı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmaz gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesi-ne, 17.04.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

PROTESTODAN SONRA CİRO

ALACAĞIN TEMLİKİ • YETKİLİ HAMİL

ÖZET: Ödeme protestosundan sonra yapılan ciro alacağının temlikî hükümlerini doğurur. Bu duruma göre takip edilmemeli, bonoyu elinde bulunduran hamili nalacağın temlikî hükümlerine göre yetkili hamil olduğu dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Y.HGK E: 2013/1686, K: 2015/1301, T: 06.05.2015

(...TK'nın 690.maddesinin göndermesi ile bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı Kanun'un 598.maddesi hükmüne göre, "bir poliçeyi elinde bulunduran kimse son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde selahiyetli hamil sayılır. Çizilmiş cirolar bu hususta yazılmamış hükmündedir. Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro takip ederse son ciroyu imzalayan kimse poliçeyi beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır." TTK'nın 602. maddesinde, "Ödeme protestosundan yahut bu protestonun tanzimi için muayyen olan müddetin geçmesinden sonra yapılan ciro alacağı temlikî hükümlerini meydana getirir." hükmü öngörülmüştür. TTK'nın 690. maddesinin göndermesiyle bonolarda da uygulanması gereken TTK'nın 602. maddesi gereğince, protestodan sonra yapılan cironun geçerli olduğu, ancak Borçlar Kanununa göre alacağın temlikine ilişkin bir temliknameye ihtiyaç duyulmaksızın alacaklının yetkili hamil bulunduğu kabulü gerekir.

Somut olayda, alacaklı M.. K..’in borçlular C.. İş.Ltd., H.... T.. Gayrimenkul A.Ş. aleyhinde kambiyo senetlerine mahsus icra takibi başlattığı, takibe dayanak 5 adet bonoda keşidecinin C... Ltd., lehtarın H... cirantanın T..Gayrimenkul A.Ş. olup, bu şirketin beyaz cirosu ile son cirantanın M.. K.. olduğu anlaşılmıştır.

Borçlu T.. Gayrimenkul A.Ş. takibe konu senetlerin H... ve eşi M.. yapılan 11.07.2007 tarihli "Lemontri Satış Sözleşmesi" gereğince, daire bedeli satış karşılığında verildiğini, senetlerin tahsil cirosu ile İş Bankası Pozcu Şubesine verildiğini, senetlerin vadesinde ödenmemesi üzerine keşideci aleyhinde ödememe protestosu düzenlendiğini, alıcıların daire alımından vazgeçmesi üzerine bedelsiz kalan senetlerin 27.02.2010 ta-

rihli varlığı çekişmesiz teslim tutanağı ile M.. K..’e teslim ve iade edildiğini, alacaklı lehine yapılan bir ciro olmadığından alacaklının yetkili hamil olmadığını, ancak alacaklının teslim aldığı 27.02.2010 tarihinden sonra senetlerin arkasını imzalayarak takibe koyduğunu ileri sürerek icra mahkemesinden takibin iptali ile lehine %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Takibe konu senetleri ciranta T.. Gayrimenkul A.Ş.’nin beyaz ciro ile alacaklıya geçtiği, senet arkasında İş Bankasına yapılmış bir tahsil cirosunun olmadığı görülmekte ise de, dosya arasında bulunan ödeme protestoları ile İş Bankası’nın senet tevdi bordrosundan anlaşılabileceği ve alacaklının da kabulünde olduğu gibi T..Gayrimenkul A.Ş.’nin senetleri protesto ettirdiği, takip alacaklısına yapılan ciro ödeme protestosundan sonra yapıldığı ve bu şekli ile cironun alacağın temliki hükümlerini meydana getirdiği görülmektedir. Alacaklı 04.05.2010 tarihli cevabında takibe konu senetlerin Lemontri Satış Sözleşmesine dayalı olarak verildiğini, anılan sözleşmede senetlere açıkca bir atfın bulunmadığını, senetlerin Timur Gayrimenkul A.Ş.’nin kendilerine olan borcu sebebiyle protestodan sonra ciro ile verildiğini, borçlunun borçlu olmadığını İİK’nin 68 anlamında belgelerle ispatlayamadığını ileri sürerek davanın reddi ile lehine %40’tan az olmamak üzere icra inkar tazminatı verilmesini talep etmiştir.

Şu halde, TTK’nın 602.maddesi uyarınca alacaklıya yapılan ciro alacağının temliki hükümlerini doğuracağından yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde borçlunun ileri sürdüğü defilerin TTK’nın 690. maddesinin göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken TTK’nın 602 ve 589/son maddeleri ve alacağın temliki hükümlerine göre değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde usule uygun bir temlik ve cironun alacaklıya yapılmadığından, senetlerin karşılıksız kaldığından ve alacaklının kambyo hukukuna göre takip yapma hakkı bulunmadığından bahisle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Şikâyet olunan-alacaklı vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

İstem, şikâyet olunanın alacaklı sıfatını taşımadığı iddiasıyla icra takibinin iptaline ilişkindir.

Şikâyetçi vekili, şikâyet olunan ile şikâyet dışı H...., müvekkili şirket tarafından inşa edilen bir taşınmazı satın almak üzere anlaşarak, adı geçenlerin müvekkiline bonolar verdiğini; bonoların tahsil için bankaya verildiğini ve vadesinde ödenmemesi nedeniyle protesto edildiğini; sonrasında adı geçenlerin taşınmazı almaktan vazgeçtiklerini ve bunun üzerine bonoların şikâyet olunana iade edildiğini; geçerli bir ciro olmamasına ve şikâyet olunanın yetkili hamil sıfatını taşımasına rağmen, bonolara dayalı olarak icra takibine geçtiğini ileri sürerek sıfatı olmayan kişinin bedelsiz bonolara dayalı olarak giriştiği takibin iptaline karar verilmesini istemiştir.

Şikâyet olunan vekili müvekkilinin bonolarda yetkili hamil olduğunu, bunların şikâyetçi tarafından ciro edilerek müvekkiline teslim edildiğini ve bunun teslim tutanağıyla da desteklendiğini; şikâyetçinin borçsuzluğuna dair 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 68 inci maddesinde düzenlenen belgeleri sunmadığını bildirerek şikâyetin reddini savunmuştur.

İcra Mahkemesince alacaklının takip hukukuna göre hak sahibi olup olmadığının ve takip dayanağı senedin kambiyo senedi vasfını taşıyıp taşımadığının re'sen inceleneceği; bonoların satım sözleşmesi nedeniyle verildiğinin sözleşme ve tevdi bordrosuyla anlaşıldığı, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme gereğince verilen bonoların kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediği ve bunlara dayalı olarak kambiyo senedine özgü yolla ilamsız takip yapılamayacağı; şikâyetçi tarafından bankaya tevdi edilen bonolar için protesto işleminin yapıldığı ve bu aşamadan sonra usulüne uygun bir temlik beyanı ve cironun bulunmadığı; bonoları şikâyet olunana teslim eden kimsenin şirket yetkilisi sıfatını haiz olmadığı ve şikâyet olunanın, bedelsiz kalan bonolara dayalı olarak takip yapma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin kabulü ile takibin iptaline dair verilen karar, şikâyet olunan-alacaklı M.. K.. vekilinin temyizi üzerine Özel Daire tarafından yukarıda gösterilen gerekçe ile bozulmuş ve mahkemece önceki gerekçe genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı şikâyet olunan-alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; takip dayanağı bonolar-daki T...Gayrimenkul Geliştirme Yapı ve Yatırım AŞ. cirosunun protestodan önce bankaya tahsil amacı ile mi, yoksa protestodan sonra alacak-

lı-şikayet olunana alacağın temlik sonucu doğuracak şekilde mi yapıldığı; buradan hareketle alacaklı-şikayet olunanın yetkili hamil olup olmadığı ve temlik alan sıfatıyla kendisine karşı şahsi defilerin ileri sürülüp sürülelemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Ciro emre yazılı senetlerin devri için, zilyetliğin devri ile birlikte bulunması gereken hukuki bir işlem olup (6762 s. TTK.m.559); temlik, tahsil veya rehin amaçlarıyla yapılabilir. Temlik cirosu senette mündemiç hakkın devrini sağlarken, rehin cirosu bu hakkın rehnedilmesini sağlar. Tahsil cirosu ise hak üzerinde bir mülkiyet değişikliğine yol açmayıp, senet kendisine ciro edilen kimseye, senetten doğan alacağı tahsil edebilmesi için yetki verir (6762 s. TTK.m.600). Tahsil cirosu açıkça bu ibareyi içeren bir ciro şeklinde yapılabileceği gibi uygulamada “gizli tahsil cirosu” olarak adlandırılan biçimde ve dışarıya karşı temlik cirosu şeklinde görünmekle birlikte ciro edenle, lehine ciro edilen arasındaki yapılan ve hak sahipliğinin el değiştirmeyeceğine ve sadece tahsil amacı için devrin yapılacağına ilişkin anlaşma uyarınca da yapılabilir. Ne var ki tahsil cirosunun gizli olması hali, üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi bakımından ispat sorunları taşımaktadır ve emareler bu hususun ispatlanması için yeterli sayılamaz.

Bu noktada cironun en geç hangi tarihe kadar yapılabileceği ve gecikmiş cironun sonuçları üzerinde de durulmalıdır.

Şikâyet tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (690 ıncı maddesi uyarınca bonolarda da uygulanması gereken) “Vadeden sonraki ciro” başlıklı 620 nci maddesi şu şekildedir;

“Vadenin geçmesinden sonra yapılan ciro, vadeden önce yapılan bir cironun hükümlerini doğurur; şu kadar ki; ödenmeme protestosundan yahut bu protestonun tanzimi için muayyen olan müddetin geçmesinden sonra yapılan ciro ancak alacağın temlik hükümlerini meydana getirir.

Aksi sabit oluncaya kadar tarihsiz bir ciro protestonun tanzimi için muayyen olan müddetin geçmesinden önce yapılmış sayılır”.

Somut olayda şikâyet olunan ile üçüncü kişi H.. Ö..’ün, şikâyetçi şirketle mesken satımı konusunda anlaştıkları ve bu amaçla takip konusu bonoların da içinde bulunduğu bir miktar kambyo senedini şikâyetçiye verdikleri hususu uyuşmazlık konusu değildir.

Şikâyet olunan usulüne uygun ciro silsilesine göre yetkili hamil olduğunu ileri sürmekte; şikâyetçi ise bonoları tahsil cirosu ile banka şubesine teslim ettiğini ve bu banka şubesi tarafından ödememe protestosu

düzenlendiğini, müvekkilinin cirosunun bu amaçla yapıldığını ve satım sözleşmesinden cayılması sonrasında şikâyet olunanla sözleşmenin tasfiyesi kapsamında bonoların şikâyetçiye iade edildiğini ileri sürmektedir.

Dosyanın incelenmesinde şikâyetçinin iddiasının aksine, bankaya yapılmış bir tahsil cirosu bulunmamaktadır. Bu durumda şikâyet olunanın yetkili hamil olduğunun ve şikâyetçinin cirosunun ödememe protestosundan sonra yapıldığının kabulü gerekir. Yukarıda vurgulanan yasal düzenlemeye göre bu cironun alacağın temlik hükmünde olduğu tartışmasızdır. Bu durumda mahkemece Türk Ticaret Kanunu'nun 602 ve 589/son maddeleri ve alacağın temlik hükümlerine göre değerlendirme yapılarak varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler icra mahkemesinin dar yetkili olduğunu, İcra ve İflâs Kanunu'nun 170 inci maddesi uyarınca yetkili hamil görünen (şikâyet olunan) M.. K.. aleyhindeki şikâyetin reddinin doğru olduğunu; adı geçenle şikâyetçi arasındaki şahsi defilerin icra mahkemesince incelenemeyeceğini; buradaki incelemenin sırf senet metninden anlaşılan hususlarla sınırlı olması gerektiğini ve maddi hukuka ilişkin bir yargılamada incelenecek konular bakımından bozma kararı verilemeyeceğini görüşü ile yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşünü ileri sürmüşlerse de açıklanan gerekçelerle çoğunluk tarafından bu görüş benimsenmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Şikâyet olunan vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen gerekçelerle **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 06.05.2015 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

BONODA TAHRİFAT • KÖTÜNİYET • TAZMİNAT

ÖZET: İcra takibine konu olan bonoda tahrifat yapıldığı ve alacaklının kötüniyetli olduğu anlaşılmadığından alacaklının fazladan talep ettiği miktar esas alınarak en az %20 oranında tazminata hükmedilmelidir.

YHGK E:2013/2270, K: 2015/1351, T: 15.05.2015

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

Dava, kambiyo senetlerine özgü yolla yapılan icra takibinin durdurulması istemine ilişkindir.

Davacı/borçlu vekili; takibe konu senedin gerçekte 120,00 TL olarak düzenlenip davalıya verildiğini, davalının senedi 28.120,00 TL olarak tahrif ettiğini ileri sürerek, takibin fazlaya olan kısmının iptalini ve alacaklı aleyhine % 40 oranında tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı/alacaklı vekili; kambiyo senedi üzerinde tahrifat yapılmadığını, senet üzerinde yazılı olduğu miktarda davacının borçlu olduğunu savunarak davanın reddini ve % 40 oranında tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel Mahkemece; takibe konu bononun rakamla yazılı bedel kısmında “28” rakamının sonradan eklenerek tahrifat yapıldığının bilirkşi raporuyla sabit olduğu, bu nedenle yazıyla yazılan bedele itibar edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne, fazladan istenen 5.880,00TL asıl alacak yönünden takibin durdurulmasına ve İİK’nin 169-a-6 maddesi gereğince haksız istenen asıl alacağın % 40’ı oranında tazminatın davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Davalı/alacaklı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, her davanın açıldığı tarihteki duruma göre hükme bağlanacağı, 25.04.2011 tarihinde açılan dava tarihinde yürürlükte bulunan İİK. 169/a-6 maddesindeki %40 tazminata hükmedileceğine ilişkin düzenlemenin bu davada uygulanmasının gerektiği, davanın açıldığı tarihten sonra 6352 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle değiştirilen ve 05/07/2012

tarihinde yürürlüğe giren İİK. 169/a-6 maddesindeki %20 tazminat verilmesine ilişkin düzenlemenin bu davada uygulanamayacağı belirtilerek direnme hükmü kurulmuştur.

Hükmü temyize, davalı/alacaklı vekili getirmektedir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; İİK'nin 169/a-6 maddesi uyarınca davalı/alacaklı aleyhine uygulanması gereken tazminat oranının yüzde yirmi (% 20) mi yoksa yüzde kırk (% 40) mı olması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin mevzuatın belirtilmesinde yarar vardır.

Kambiyo senetleri hakkındaki özel takip usulleri 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 167 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Haciz yoluyla takip 168 ve devamı maddelerinde, bu takip şekline ilişkin borca itiraz 169-169/a maddelerinde, imzaya itiraz 170.maddesinde, borçlunun kambiyo hukuku bakımından şikayeti ise İİK.170/a maddesinde düzenlenmiştir.

Somut olaya tatbiki gereken İİK'nin 169/a maddesi uyarınca borcun itfa veya imhal edildiği veya senedin metninden zamanaşımına uğradığı veya borçlunun borçlu olmadığı yahut icra dairesinin yetkili olmadığı kanaatine varılırsa itirazın esası hakkındaki karara kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına da karar verilebilecektir.

Uyuşmazlığın niteliği gereği aynı Kanun'un 169/a maddesinin 6.fıkrası üzerinde durulmalıdır. Bu yasa hükmü aynen; "(Ek fıkra: 09/11/1988 - 3494/32 md.) (Değişik cümle: 17/07/2003-4949 S.K./46. md.) Borçlunun itirazının icra mahkemesince esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde kötü niyeti veya ağır kusuru bulunan alacaklı, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere; takip muvakkaten durdurulmuş ise bu itirazın reddi halinde borçlu, diğer tarafın isteği üzerine takip konusu alacağın (Değişik ibare: 02/07/2012-6352 S.K./34.md.) yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir. Borçlu, menfi tespit ve istirdat davası açarsa yahut alacaklı genel mahkemede dava açarsa, hükmolunan tazminatın tahsili dava sonuna kadar tehir olunur ve dava lehine sonuçlanan taraf için, daha önce hükmedilmiş olan tazminat kalkar." şeklinde düzenleme içermektedir.

Bu aşamada belirtilmelidir ki, alacaklının tazminatla mahkûm edilebilmesi için "kötüniyetli veya ağır kusurlu" olduğunun ispat edilmesi gerekir. Örneğin; ciranta tarafından keşideci aleyhine yapılan takipte, ciranta

kambiyo senedindeki imzanın keşideciye ait olup olmadığını bilebilecek durumda olmadığından itirazın kabulüne karar veren mahkemenin cı-ranta aleyhine tazminata karar vermemesi gerekir (Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. baskı, Ankara 2013, s.803).

Öğretiye ve Yargıtay uygulamasına göre, alacağının bulunmadığını bil-diği veya bilmesi gereken bir durumda olduğu halde, icra takibine girişen alacaklı, kötü niyetli kabul edilir. Örneğin, alacağı kendisine tamamen ödenmesine rağmen icra takibi başlatan, kefil hakkında kefalet limitinin üzerindeki bir miktar için takip yapan, vadeden önce icra takibine giri-şen veya kredi sözleşmesinde imzasının bulunmadığı kendisine bildirilen bankanın gerekli incelemeyi yapmaksızın icra takibi başlatması durumlara-nda alacaklı kötüniyetli sayılmalıdır (Baki Kuru, a.g.e. s.258).

Hukuk Genel Kurulu'nun emsal nitelikteki bir kararında da; "...kredi sözleşmesinin düzenlenmesi aşamasında bu sözleşmeye müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatı ile imza atan kişilerin kimliklerini bilmek (ve de-netlemek) sözleşmenin hakim tarafı olan davacı bankanın yükümlülüğün-de olup, sözleşmede yer alan imzaların kime ait olduğunu bilebilecek du-rumdadır. Bu nedenle de alacaklı bankanın, sözleşmedeki sahte imzaya dayalı olarak davahılar aleyhinde icra takibine başlaması ve imza itirazına rağmen itirazın iptali davasını açması onun takipte haksız ve kötü niyetli olduğunu gösterir" şeklinde karar verilmiştir (HGK, 29.01.2014 gün ve 2013/ 19-469 E., 2014/45 K).

Uyuşmazlığın çözümü için dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, alacaklının kötüniyetli veya ağır kusurlu olduğunun belirlenmesi duru-munda tazminat miktarının asgari miktarının belirlenmesi için uygu-lanması gereken oranın takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmaması gerektiği noktasıdır. Her ne kadar yerel mahkemece direnme gerekçesinde bu oranın (%40) olduğu belirtilmiş ise de, yukarıya aynen alınan yasa maddesi açık olup, alacaklı için öngörülen oranın yüzde yirmi (%20) olduğu açıktır. Direnme kararındaki yanlış, anılan yasa maddesin-de 17.07.2003 gün ve 4949 sayılı Kanun'un 46. maddesi ile yapılan deği-şiklikten önce hem alacaklı hem de borçlu için tatbiki gereken oran yüzde kırk iken, bahsi geçen bu yasa değişikliğinden sonra alacaklı için oranın yüzde yirmiye düşürölmesine rağmen borçlu için yüzde kırk olarak ayn-en bırakılması, daha sonra 02/07/2012 gün ve 6352 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle borçlu için de bu oranın yüzde yirmi olarak alacaklıyla eşit-lenmiş olmasından ibarettir.

Somut olayda, Afyonkarahisar 2. İcra Müdürlüğü'nün 2011/50 esas sayılı dosyasında alacaklı (davalı) tarafından borçlu (davacı) aleyhine

21.02.2011 tarihinde 6.000,00 TL asıl alacak, 3.590,29 TL işlemiş faiz ve 18,00 TL komisyon olmak üzere toplam 9.608,29 TL alacak için davaya konu 28.120,00 TL olduğu belirtilen bonoya dayalı kambiyo senetlerine özgü takip başlatılmıştır. Yerel mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporuyla da senet üzerindeki rakamla yazılı bedel kısmındaki “120 YTL” ibaresinin başına “28” rakamının sonradan farklı bir mürekkepli kalemle eklenerek “28.120,00 TL” tutarlı senedin üretildiği belirlenmiş durumdadır.

Bu itibarla, takibe konu bonoda tahrifat yapıldığı hükme esas alınan bilirkişi raporuyla belirlendiğinden takipte kötüniyetli olduğu anlaşılan alacaklının, fazladan talep ettiği 5.880,00 TL asıl alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminatla sorumlu tutulması gereklidir. Yerel mahkemece, yüzde yirmi oranının üzerinde tazminata hükmedilmesi için hiçbir gerekçe ortaya konmamış olması nedeniyle bozma ilamına karşı direnme kararı verilmesi yerinde görülmemiştir.

O halde, gerekçesi gösterilmeksizin fazladan talep edilen alacak üzerinden % 40 oranında tazminata karar verilmesinin doğru olmadığına işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı/alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 15.05.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

BONODA “MALEN” KAYDI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Bonoda “malen” ibaresi bulunduğu böyle bir bonoda malın teslim alındığı borçlu tarafından kabul edilmiştir.

Bu noktada alacaklının malın teslim edildiğini ispatlama yükümlüğü yoktur. Malın teslim edilmediğini borçlu kanıtlamalıdır.

Y.HGK E:2013/2402, K: 2015/1532 T: 10.06.2015

(...Davacılar vekili, müvekkillerinin davalı şirketten akrabaları olan dava dışı N.A.’ya hediye olarak 06.04.2010 tarihli fatura karşılığı 3.377,75-TL tutarında mal aldıklarını, ayrıca kendileri için de bazı eşyalar beğenerek davalıdan toplam 6.000-TL tutarında mal almak üzere anlaştıklarını ve takibe konu edilen 6.000-TL bedelli senedi davalıya verdiklerini, hediye olarak alınan malların 06.04.2010’ da N.A.’ ya teslim edildiğini, ancak müvekkillerinin kendileri için almak istedikleri malları almaktan vazgeçerek davalıya bildirdiklerini, davalı tarafın elindeki senet 6.000-TL bedelli olsa da, müvekkillerinin borçlarının satılan mal bedeli olan 3.377,75-TL olup, bu borcun taksitleri bittiğinde senedi iade edeceğine dair beyanına güvenerek senedi iade almadıklarını, müvekkillerinin hediye aldıkları maldan kaynaklanan borçlarının 1.900-TL’lik kısmını davalıya ödediklerini, geriye 1.477,7-TL borç kalmasına rağmen, davalının 6.000-TL’lik senede dayanarak 4.100-TL bakiye borç kalmış gibi ihtiyati haciz kararı aldığını ve Denizli 7.İcra Müdürlüğü’nün 2010/9116 takip dosyasından takip başlattığını, müvekkillerinin takibe konulan senetten ve takipten dolayı yalnızca 1.477,75-TL borçlarının bulunduğunu belirterek, talep edilen 2.622,25-TL’lik kısımdan davalıya borçlarının olmadığını tespitine ve davalı aleyhine %40 kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin davacılara 18.05.2010 tarihli fatura karşılığı mal sattığını, buna istinaden davacıların 18.05.2010 düzenleme tarihli, 15.07.2010 ödeme tarihli 6.000-TL bedelli senedi düzenleyerek verdiklerini, borcun 1.900-TL sini ödediklerini, ancak geri kalan 4.100-TL nin ödenmemesi nedeniyle icra takibi başlattıklarını, davacıların borçlu olmadıklarını iddia ettikleri miktar bakımından ödeme ya da mal iadesi yapıldığını yazılı delillerle ispat etmeleri gerektiğini, ispat

yükünün davacılar da olduğunu, zira senette “malen” kaydının bulunduğunu, önce malın teslim edildiğini ve akabinde senedin düzenlendiğini belirterek, davanın reddine ve %40 kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, davacının davaya konu takip dosyasında 15.07.2010 ödeme tarihli 6.000-TL bedelli senetten dolayı asıl alacak olarak borcunun 1.477,75-TL olduğunu (2.622,25-TL borcunun bulunmadığının) tespitine, davalı tarafın kötüniyetli olduğu ispat edilemediğinden kötüniyet tazminatına hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmiş, hüküm her iki taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dava, kambyo senedi nedeniyle borçlu olunmadığının tespitine ilişkin olup, bonoda “malen” kaydı bulunmaktadır. Bu durum malın teslim edildiğine karine teşkil edip aksinin, iddia eden tarafından yazılı şekilde ispat edilmesi gereklidir. Mahkemece ispat külfetinin tayininde hataya düşülerek malın teslim edildiğini davalı alacaklı yanın ispatlamadığı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir....)

gerekçesiyle dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, kambyo senetlerine özgü haciz yoluyla yapılan icra takibine konu yapılan bonodan dolayı borçsuzluğun tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar taraf vekillerinin temyizleri üzerine, Özel Dairece yukarıda yazılı nedenlerle bozulmuş; yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararı, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; “Malen” kaydını içeren bonoda ispat yükünün hangi tarafta olduğu noktasında toplanmaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve uygulanması gereken hukuki kurum ve kuralların ne olduğunun tespitinde yarar vardır.

I-Borç ikrarı:

Hemen belirtilmelidir ki, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 17.maddesine göre, borcun sebebini ihtiva etmemiş olsa bile borç ikrarı geçerlidir. Her alacak hakkının varlığı, bunu sağlayan bir hukuk ilişkisine ve bunun sebebine dayanır. Bu sebep, alacak hakkının doğumunu, hukukça ödenmesi gerekli bir hakkın var olduğunu sağlayan bir olay veya tek taraflı ya da karşılıklı bir irade açıklamasını veya bu yol ile iki iradenin uygun olarak birleşmesiyle meydana gelir. Oysa, bu sebebi göstermeden, yalnız borçlu olduğunu açıklayan kişinin, iki taraf arasındaki ilişkinin nedenini göstermeden, bir hakkın veya borcun varlığını, ödeneceği iradesini açıklamasını kanun yeterli görmüştür. Borcu doğuran irade açıklaması, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nın 290. maddesi hükmünce yazılı bir belgede tesbit olunmuş ise, bu gibi durumlarda, borcu yükümlenen kişi, yükümlendiği borcun saikinin ve amacının kapsadığı yönü kural olarak, tanıkla ispatlayamaz. İradenin bu yolda açıklanmasını sağlayan nedenler, iradenin doğup gerçekleşmesini sağlayan ön nedenler, genellikle doğan hukuki sonuca etkili olmadıklarından daha çok bu açıklamanın amacı olan neden üzerinde durulmak gerekir.

Nitekim, mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 17.maddesini yorumlayan 12.04.1933 gün ve 30/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, borç ikrarını içeren beyyine aleyhine delil ileri sürülebilir, ancak ikarda borcun sebebi açıklanmış ise, davalı bu sebebin gerçekleşmediğini kanıtlayabilir. Eğer borcun sebebi belirlenmemiş ise, davalı önce ikrarın belli bir sebebi bulunduğunu, sonra bu sebebin gerçekleşmediğini kanıtlamak hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere, 1086 sayılı HUMK'un 290. maddesi ile 12.04.1933 gün ve 30/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca bedelsizlik iddiası ispat edilebilecektir (Hukuk Genel Kurulunun 17.04.2015 gün ve E:2013/19-1622, K:2015/1238 sayılı ilamı).

II-Kambiyo senedi ve bononun hukuki niteliği:

Hukuk Genel Kurulu'nun 17.12.2003 gün ve E:2003/19-781, K:2003/768; 12.10.2011 gün ve E:2011/19-473, K:2011/607; 04.12.2013 gün ve E:2013/19-89, K:2013/1645; 14.05.2014 gün ve E:2013/19-1155, K:2014/660; 17.04.2015 gün ve E:2013/19-1622, K:2015/1238 sayılı ilamlarında da belirtildiği üzere; bütün mücerret alacaklarda olduğu gibi kambiyo senedi alacağı da kural olarak, uygun bir asıl borç ilişkisine, bir illi ilişkiye dayanır. Bir kambiyo senedi düzenleyip veren ve bu senedi alan herkes, bütün hukuki işlemlerin yapılmasına temel teşkil eden bir gayeye ulaşmak istemektedir. Kambiyo senedinden kaynaklanan talebin geçerliliği, temel ilişkiden kaynaklanan temel talebin ve bununla ilgili olarak

taraflar arasında varılmış amaca ilişkin mutabakatın geçerliliğinden tamamen bağımsızdır. Kambyo senedinden doğan talep hakkına kambyo hukuku, temel talebe ise, bu talebin ait olduğu hukuk kuralları uygulanır.

Bu genel açıklamadan sonra, hemen belirtmelidir ki, bono, ödeme vaa-di niteliğinde bir kambyo senedi olup, bağımsız borç ikrarını içerir (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın 691/1.maddesi).

Bonoda şekil şartları TTK'nın 688.maddesinde sayılmıştır. Bunlar; “Bono” ya da “Emre Muharrer Senet” ibaresi, kayıtsız şartsız bir bedel ödeme vaadi, vade, ödeme yeri, lehtar, keşide yeri ve tarihi, keşidecinin imzasıdır. Zorunlu şartlardan biri eksik olduğu takdirde, senedin bono niteliği kaybolur. Bunlardan vade ve ödeme yeri esaslı şekil şartlarından değildir. Sayılan zorunlu şekil şartlarının yanında seçimlik şartlar da vardır. Bonoya isteğe bağlı olarak, faiz, bedelin nakden ya da malen alındığı veya yetkili mahkeme kayıtları da konulabilir.

Yerleşik Yargıtay kararlarında ve öğretide de kabul edildiği gibi, bono-lara özgü seçimlik unsurlardan biri de, temel borç ilişkisinden kaynak-lanan borcun dayandığı nedenin gösterilmesine yönelik “bedel kaydı”dır. Yinelemek gerekirse “bedel kaydı” kambyo senedinin ihtiyari kayıtların-dandır. Bu kayıt keşidecinin (borçlunun), senedin lehदारından (alacaklı-dan) karşı edayı aldığı ispatı yarar. Aslında kambyo senetleri hukuku yönünden bu kayıtların bir anlamı ve önemi yoktur. Çünkü, kambyo se-nedinin düzenlenmesiyle, soyut bir borç ilişkisi yaratılmaktadır. Bu ne-denle de karşı edimin elde edilip, edilmediğinin önemi de bulunmamak-tadır. Temel borç ilişkisinin bir sözcükle senede yansıtılması şeklinde ortaya çıkan bedel kaydının varlığı ya da yokluğu senedin bono niteliğini etkilemez. Bedel kayıtları daha çok keşideci ile lehदार arasındaki iç ilişki yönünden ve ispat konusunda önem taşır. Kişisel def'i nedenlerinin varlığının kanıtlanmasını kolaylaştırır.

Sözü edilen kayıtlar özellikle ispat hukuku açısından ilgilileri bağlayıcı niteliktedir. Bedel kaydı içeren bononun lehदारı, artık senedin “kayıtsız ve koşulsuz bir borç ikrarı olduğu” yolundaki soyutluk kuralına dayanamayacaktır.

Borç ikrarını içeren bir belge aleyhine kanıt sunulabilir. Ancak; ikrar borcun nedenini içeriyorsa, sadece bu nedenin gerçekleşmediğinin kanıtlanması gerekir (YİBK'nun 12.4.1933 gün ve 1933/30-6 sayılı ilamı).

Bonoda kural olarak ispat yükü senedin bedelsiz olduğunu iddia eden tarafa aittir. Ancak, bir defa bir mal alışverişine dayandığı “malen” kaydıyla ya da bir alacak borç ilişkisine dayandığı “nakten” kaydı ile senede

yazılmışsa, artık buna uyulmak gerekir. Bu kayıtların aksinin savunulması senedin ta'lili (nedene, illete bağlanması) anlamına gelir ki, böyle bir durumda ispat yükü yer değiştirir. Senedi ta'lil eden, savını kanıtlamak yükümlülüğü altına girer. Senette borcun nedeni “mal” ya da “nakit” olarak belirtilmişse, tarafların yazılı borç sebebine dayanmaya hakkı olacağından, ispat yükü bunun aksini ileri süren tarafa ait olacaktır. Eğer yanlardan biri senet metninde yazılı kaydın doğru olmadığını söylüyorsa, lehine olan senet karinesi çürümüş sayılacak, bunun sonucu olarak da, iddiası paralelinde ispat yükünü de üstlenecektir. Buna senedin ta'lili denmektedir. Bu anlamda ta'lil senet metninde açıklanan düzenleme (ih-das) nedenine aykırı beyanda bulunma anlamına gelmektedir.

Nihayet, “malen” ibaresi bulunan bir bonoda malın teslim alındığı, borçlu tarafından ikrar edilmiştir. Alacaklının teslim ettiğini kanıtlamak yükümlülüğü yoktur. Yazılı ikrarın aksini diğer bir deyişle, malın teslim edilmediğini borçlu kanıtlamak yükümlülüğündedir (HGK'nın 17.12.2003 gün ve E:2003/19-781, K:2003/768; 17.04.2015 gün ve E:2013/19-1622, K:2015/1238 sayılı ilamları).

III-Menfi tespit konulu eldeki davada ispat yükünün özellikleri:

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 72.maddesi gereğince borçlu icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu olmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir. Kural olarak, bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran/iddia eden taraf, o vakıayı ispat etmeye mecburdur (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi).

İspat yüküne ilişkin bu genel kural, menfi tespit davaları için de geçerlidir. Yani, menfi tespit davalarında da, tarafların sıfatları değişik olmakla beraber, ispat yükü bakımından bir değişiklik olmayıp, bu genel kural uygulanır. Bu davalarda da bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran (iddia eden) taraf o vakıayı ispat etmelidir.

Menfi tespit davasında borçlu ya borçlanma iradesinin bulunmadığını ya da borçlanma iradesi bulunmakla birlikte daha sonra ödeme gibi bir nedenle düştüğünü ileri sürebilir. Borçlu borcun varlığını inkar ediyorsa, bu durumlarda ispat yükü davalı durumunda olmasına karşın alacaklıya düşer. Borçlu varlığını kabul ettiği borcun ödeme gibi bir nedenle düştüğünü ileri sürüyorsa, bu durumda doğal olarak ispat yükü kendisine düşecektir.

Görülmektedir ki, menfi tespit davasında kural olarak, hukuki ilişkinin varlığını ispat yükü davalı/alacaklıdadır ve alacaklı hukuki ilişkinin (borcun) varlığını kanıtlamak durumundadır. Borçlu bir hukuki ilişkinin

varlığını kabul etmiş, ancak bu hukuki ilişkinin senette görüldenden farklı bir ilişki olduğunu ileri sürmüştü bu kez, hukuki ilişkinin kendisinin ileri sürdüğü ilişki olduğunu ispat külfeti davacı borçluya düşmektedir. Zira, davacı borçlu senedin bir hukuki ilişkiye dayanmadığını değil, başka bir hukuki ilişkiye dayandığını ileri sürmekte; temelde bir hukuki ilişkinin varlığını kabul etmektedir (Hukuk Genel Kurulu'nun 17.12.2003 gün ve E:2003/19-781, K:2003/768; 12.10.2011 gün ve E:2011/19-473, K:2011/607; 04.12.2013 gün ve E:2013/19-89, K:2013/1645; 14.05.2014 gün ve E:2013/19-1155, K:2014/660; 17.04.2015 gün ve E:2013/19-1622, K:2015/1238 sayılı ilamları).

IV-İspat hukuku yönünden geçerli kurallar:

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 287.maddesi (6100 sayılı HMK m.189/3);

“Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emreylediği hususlar başka suretle ispat olunamaz. İki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında olveçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz.”

Hükmünü amirdir.

Aynı Kanunun 288.maddesinde (6100 sayılı HMK m.200/I) “senetle ispat” ve 289. maddesinde (6100 sayılı HMK m.200/II) de “senetle ispat gereken hallerde karşı tarafın açık muvafakati ile tanık dinlenebileceği” hususları düzenlenmektedir.

Yine Aynı Kanunun 290.maddesinde (6100 sayılı HMK m.201);

“Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defi olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ... liradan az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz. “

denilmekte ;

293.maddesinde de (6100 sayılı HMK m.203);

“Aşağıdaki hallerde her halde şahit ikame olunabilir:

1-Usul ve fûru, birader ve hemşire veya karı koca ve kayınpeder ve valide ile damat ve gelin arasındaki muameleler,

2-Cürümden mütevellit olsun olmasın tazminatı müstelzim fiiller,

3-Yangın veya kazayı bahri veyahut düşman istilasası gibi senet alınması gayrimümkün veya fevkalade müşkül hallerde yapılan muameleler.

4-Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmıyan muameleler,

5-Akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu.”

Hükmü yer almaktadır.

Usul hukukumuzda senede karşı senetle ispat zorunluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defi (savunma) olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler, m.290'daki meblağdan az bir miktara ilişkin olsa bile tanıkla ispat olunamaz; ancak senet (kesin delil) ile ispat edilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, senede karşı senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralın istisnaları da m.293'de belirtilmiştir.

Bunun yanında, 18.03.1959 gün ve 18/21 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, tanıkla kanıtlama yasağı, yalan tanıklığı önleme ve davada tarafların çıkarlarını koruma amacına yöneliktir. Değeri belli miktarı aşan hukuki işlerin tanıkla kanıtlanması yasağına ilişkin ilkeler, kamu düzeni düşüncesiyle yasaya konulmuş hükümlerden değildir. Ancak yazılı sözleşme ile ya da duruşma tutanağında usulüne uygun olarak belgelendirilmiş ikrar ile anlaşılan açık bir muvafakat bulunduğu takdirde sadece belli tanıklar dinlenebilir.

Somut olay bu ilke ve kavramlar ışığında değerlendirildiğinde:

Eldeki dava, kambyo senedinden dolayı borçlu olunmadığının saptanması istemine ilişkin olduğuna göre, konunun kambyo, ispat hukuku açısından ve yukarıdaki açıklamaların ışığında ele alınması gerekir.

Görülmekte olan davada, davacılar senetteki imzayı inkar etmemiş; davacılar, takibe konu yapılan bono nedeniyle davalıya borçlu bulunmadığını iddia ederek, borçlu olmadığının tespitini istemiştir.

Yukarıda vurgulandığı üzere, senede karşı senetle ispat kuralı gereğince, davacı-borçlu takibe konulan bononun bedelsiz olduğunu yazılı delille kanıtlaması gerekir. Takibe konu yapılan senedin (bononun) metninden bu anlaşılamadığı gibi, davacılar bu iddiasını yasal olarak ispatlayacak yazılı bir delil de dosyaya sunmamıştır. Zira, davacılar, senedin (bononun) keşidecisi ve kefili, davalı da lehtarı olduğuna göre, senedin tarafı olan davacı üçüncü kişi olmadığından, bedelsizlik iddiasını tanıkla değil, usulün öngördüğü biçimde yazılı delille ispatlaması gerekir.

Bunun yanında, tanık dinleme yoluyla bonoların geçersizliğinin ispatı ancak, 18.03.1959 gün ve 18/21 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki şartlar dairesinde mümkün olduğundan, eldeki davada ise, bu

şartlar da gerçekleşmemiştir.

Davaya konu bonoda “malen” ibaresi bulunduğuna göre, böyle bir bonoda malın teslim alındığı, borçlu tarafından ikrar edilmiştir. Alacaklının teslim ettiğini kanıtlamak yükümlülüğü yoktur. Yazılı ikrarın aksini diğer bir deyişle, malın teslim edilmediğini borçlu kanıtlamak yükümlülüğündedir.

Şu durumda, uyuşmazlığa ve takibe konu yapılan bononun hukuken geçerli olduğunun kabulü gerekir.

O halde, davacı-borçlu bononun bedelsiz olduğunu ileri sürdüğüne göre, ispat yükü davacılarıdır. Davacılar bu iddiasını ise, yazılı delille kanıtlamalıdır.

Öyleyse, mahkemece, hatalı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru değildir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 10.06.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

SÖZLEŞMENİN TARAFI VE SORUMLUSU

ÖZET: Bir sözleşmeyi şirket adına değil kendi adına imzalayan kişi o sözleşmenin sorumlusu olup, şirketin sorumluluğundan söz edilemez.*

Y. HGK E.2014/2-238, K.2015/1776, T. 16.9.2015

(... Davacı vekili, müvekkili ile davalılar arasında taşınmaz kiralınması için 11.10.2008 tarihli komisyon akdi imzalandığını, taşınmazın kiralınması için üzerine düşen tüm edimlerini yerine getirdiğini ve taşınmazın davalı şirket tarafından kiralandığını, ancak bu güne kadar

* Gönderen: Av. Talih UYAR

komisyon ücretinin ödenmediğini ileri sürerek 5.040,00 TL komisyon ücreti ile 2.210,00 TL cezai şart olmak üzere toplam 7.250,00 TL'nin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 7.040,00 TL'nin yasal faizi ile davalılardan tahsiline karar verilmiş,

Hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, tellaklık sözleşmesinden kaynaklanan komisyon ücreti alacağının tahsili isteğine ilişkindir. Davaya dayanak yapılan sözleşme davacı ile davalı A.K. tarafından imzalanmıştır. Davalı A.K. sözleşmeyi şahsi adına imzalamış olup diğer davalı şirket adına imzalamadığına dair bir kayıt bulunmamaktadır. Davalı A.K. taşınmazda kiracı olmadığına göre adı geçen davalının sözleşmeden olayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Diğer davalı şirket yönünden ise sözleşmede taraf olmadığı gibi şirket yetkilisi tarafından adına düzenlenmiş geçerli bir sözleşmede bulunmamaktadır. Dolayısı ile davalı şirketinde bu sözleşmeden dolayı sorumlu tutulması düşünülemez. Öyle ise, mahkemece davanın her iki davalı yönünden de reddine karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle ve 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.

TEMYİZ EDEN: Davalılar vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

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

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Dairenin bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz eden peşin harcının yatırana geri verilmesine 16/09/2015 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

TİCARİ DAVALAR

ÖZET: Mutlak ticari davalar yasada belirlenmiştir. Nisbi ticari davalar, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde ticari sayılan davalardır. Bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi hem de iki tarafında tacir olması gerekir.*

YHGK E:2014/1026, K:2015/1765, T: 16.09.2015

(...Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan, sözleşmeye aykırı olarak ayıplı imâl edilen eserden dolayı oluşan hazine zararı alacak istemine ilişkindir.

Yerel mahkemede görülen davanın yapılan açık yargılaması sonucunda, mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine, karar kesinleştiğinde ve süresinde talep edildiğinde dosyanın görevli ve yetkili Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık davanın ticari dava niteliğinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

6102 Sayılı Türk Ticaret Yasası'nın 3. maddesinde bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Türk Ticaret Yasası'nın 5/1. maddesinde, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın Asliye Ticaret Mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevlidir. Türk Ticaret Yasası'nın 11. maddesinde ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir. Yine aynı Yasa'nın 19/II. maddesinde taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğeri için de ticari iş sayılır düzenlemesine yer verilmiştir.

Dava konusu somut olayda davalı yüklenici şirket davacı iş sahibi J.. K.'na ait 4 kalem zırlı landrover camının imali ve teslimi işini üstlenmiş, yanlar arasında 23.08.2010 tarihli sözleşme düzenlenmiştir. Davalı yüklenici edimini ifa etmiştir. Ancak davacı idare teslim edilen zırlı landrover camından 68 adedinin ayıplı olması nedeniyle doğan

* Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

zarardan dolayı 16.320,00 TL alacak isteminde bulunmuştur. Yerel mahkemece yapılan yargılama sonucunda davacı idarenin tacir olmadığı, davanın özelliği gereği ticari dava niteliği taşımadığı davaya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bakılması gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Oysa davalı yüklenici Rodoplu İnşaat Temizlik Güvenlik ve Ticaret Ltd. Şti. olup sözleşme kapsamındaki zırhlı landrover camı imal işi şirketin ticari işletmesiyle ilgili bulunmaktadır ve davalı yönünden ticari iş niteliği arz etmektedir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Yasası'nın 19/II. maddesi gereğince davalı yönünden ticari iş niteliğinde olan bu sözleşme davacı taraf açısından da ticari iş sayılır. Buna rağmen yerel mahkemece görevsizlik kararı verilmesi isabetli olmamıştır.

Açıklanan nedenlerle görevli mahkeme Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi'dir. İşin esasının incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme neticesi görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir. ...)

gerekçesiyle bozularak, dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava; taraflar arasında düzenlenen eser sözleşmesi uyarınca davacı iş sahibine davalı yüklenici şirket tarafından teslim edilen zırhlı landrover camlarının bir kısmının ayıplı olması nedeniyle doğan zararın tazmini istemine ilişkindir.

Davacı vekili, taraflar arasında düzenlenen 23.08.2010 tarihli sözleşme uyarınca davalı şirketin müvekkili şirkete zırhlı landrover camının imali ve teslimi işini üstlendiğini ancak müvekkili şirkete davalı şirketçe teslim edilen zırhlı landrover camından 68 adedinin ayıplı olduğunu, uğranılan zararın da davalı tarafça giderilmediğini ileri sürerek, 16.320.00 TL hazine zararının işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacı idarenin tacir olmadığı, davanın özelliği gereği ticari dava niteliği taşımadığı, davaya asliye hukuk mahkemesinde bakılması gerektiğinden bahisle, dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine

dair verilen karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda yazılı nedenlerle bozulmuş; yerel mahkemece, önceki kararda dayatılan gerekçeler genişletilerek direnme kararı verilmiş, direnme kararını taraf vekilleri temyize getirmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davaya konu sözleşme ile imal edilmesi üstlenilen işin her iki taraf açısından ticari iş niteliğinde bulunup bulunmadığı ile varılacak sonuca göre uyuşmazlığın çözüm yerinin ticaret mahkemeleri olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

I-Davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Öncelikle ticari iş ve ticari dava kavramları üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın 3. maddesi hükmüne göre bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir. Bir işin ticari veya adi olması, farklı kuralların uygulanmasını gerektirir. Bir işin ticari olup olmadığını kanunda öngörülen kurallar uyarınca saptamak gerekir. Eğer iş ticari ise özel ticari kuralların uygulanması zorunlu olur. Ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işler, yani, haklı veya haksız fiil yahut işletmeyi ilgilendiren her iş ayrık durumlar dışında, ticari iş sayılır. Bu işler, eğer bir ticari işletmeyi ilgilendirmiyorsa, ticari iş sayılmazlar (ERİŞ Gönen, Gerekçeli- Açıklamalı-İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler Ticaret Sicili Yönetmeliği ve İlgili Tebliğler, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Mart 2013, 1. Cilt, Sh, 323).

Ticari davalar ise aynı Kanunun 4/1 maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri ve tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın Türk Medenî Kanunu'nun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde; fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta; borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere

ilişkin özel hükümlerde ve bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu maddeye göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için tarafların her ikisinin tacir olması ve uyuşmazlığın her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğması veya ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olması veyahut da açılan davanın maddede altı bent halinde sayılan davalardan olması gerekir. Taraflardan biri tacir değilse veya tacir olmasına rağmen uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgisi yoksa ticari davanın varlığından söz edilemez.

Ticari davalar, mutlak ticari davalar, nispi ticari davalar ve yalnızca bir ticari işletmeyle ilgili olmasına rağmen ticari nitelikte kabul edilen davalar olmak üzere üç gruba ayrılır.

Mutlak ticari davalar, tarafların tacir olup olmadığına ve işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın ticari sayılan davalardır. Mutlak ticari davalar, TTK'nın 4/1. maddesinde bentler halinde sayılmıştır. Bunların yanında Kooperatifler Kanunu (m.99), İcra İflas Kanunu (m.154), Finansal Kiralama Kanunu (m.31), Ticari İşletme Rehni Kanunu (m.22) gibi bazı özel kanunlarda belirlenmiş ticari davalar da bulunmaktadır. Bu guruptaki davaların ticari dava sayılabilmesi için taraflarının tacir olması veya ticari işletmeleriyle ilgili olması gibi şartlar aranmaz. TTK'nın 4/1. bendinde sınırlı olarak sayılan davalar arasında yer alması veya özel kanunlarda ticari dava olarak nitelendirilmesi yeterlidir. Bu davalar kanun gereği ticari dava sayılan davalardır.

Nispi ticari davalar, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili olması halinde ticari nitelikte sayılan davalardır. TTK'nın 4/1. maddesine göre, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları ticari dava sayılır. Bu hükme göre bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu şartlar birlikte bulunmadıkça, uyuşmazlık konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir. Ticari iş karinesinin düzenlendiği TTK'nın 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmez. TTK, kanun gereği ticari dava sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hal böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava haline getirmez.

Üçüncü grup ticari davalar, yalnızca bir tarafın ticari işletmesini ilgilendiren havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davalardır. Yukarıda açık-

landığı üzere bir davanın ticari dava sayılması için kural olarak ya mutlak ticari davalar arasında yer alması ya da her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili bulunması gerekirken havale, vedia ve fikri haklara ilişkin davaların ticari nitelikte sayılması için yalnızca bir yanın ticari işletmesiyle ilgili olması TTK'da yeterli görülmüştür.

6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi ile değişik TTK'nın 5/1. maddesinde, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın, asliye ticaret mahkemesinin tüm ticarî davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevli olduğu belirtilmiştir. Buna göre, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki hukuki ilişki, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki halinden farklı olarak iş bölümü ilişkisi değil görev ilişkisidir. Bu nedenle, asliye ticaret mahkemesinin bakması gereken davalarda, asliye hukuk mahkemesi görevli sayılamaz. Göreve ilişkin düzenlemeler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca kamu düzenine ilişkin olup mahkemelerce ve temyiz incelemesi aşamasında Yargıtayca re'sen dikkate alınır. Bu kuralın tek istisnası, 6335 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik 6102 sayılı TTK'nın 5/4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yargı çevresinde ayrı bir asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde, asliye hukuk mahkemelerine açılan davalarda görev kuralına dayanılmamış olması görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez.

Somut olayda uyuşmazlık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmakta olup, bu nevi davaların ticari dava olduğuna ya da asliye ticaret mahkemelerinde görüleceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, eldeki davanın ticari dava olarak kabulü ile uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesi tarafından çözülebilmesi için, uyuşmazlık konusu işin her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olması zorunludur.

Uyuşmazlık konusu "zırhlı landrover camının imalatı ve teslimi" işinin, davalı şirketin ticari işletmesiyle ilgili olduğu konusunda hiç bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, davacı kurumca uyuşmazlık konusu işin ihalesi, ticari işletmeleriyle ilgili olarak değil kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirmiştir. Kaldı ki, TTK'nın 16/2. maddesi uyarınca devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirin yarısından fazlasını kamu

görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılamayacağından J.. K..nın tacir olarak kabulü de mümkün bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, tacirin işlerinin ticari olması ilkesi de burada işlevsiz hale gelmiştir.

Hal böyle olunca, eldeki davaya bakma görevi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesine ait olup mahkemece, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın göreve ilişkin dava şartı noksanlığı nedeniyle reddine karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasa-ya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir.

II- Davalı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Bozma nedenine göre avukatlık ücreti, yargılama giderleri yönünden temyiz itirazları Dairece incelenmediğinden, davalı vekilinin bu yöne ilişkin itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

1- Yukarıda (I.) bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının ONANMASINA,

2- (II.) bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 15. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE, 16.09.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

MURİS MUVAZAASI • OLAYLARIN AKIŞI

ÖZET: Değerler arasında aşırı bir fark bulunduğu temlike rağmen miras bırakanın çekişmeli taşınmazda oturmaya devam ettiği, miras bırakanın mal satma ihtiyacının bulunmadığı ve satış bedeli ödendiğine ilişkin savunmanın da kanıtlanmadığı dikkate alındığında somut olayda muris muvazaası bulunduğu sonucuna varılmalıdır.

Y. I HD E. 2012/13201, K. 2013/1713, T. 11.2.2013

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı miras payı oranında tapu iptal ve tescil, bu istek yerinde görülmediği takdirde ise tenkis isteğine ilişkindir.

Mahkemece; davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; miras bırakanın 11.12.2007 tarihinde öldüğü, geride mirasçı olarak ilk eşinden olma davacı kızları ile dava dışı ikinci eşini bıraktığı, davalının ise ikinci eşinin yeğeni olup, sonradan ikinci eşin davalıyı evlat edindiği, çekişmeli 2637 parsel sayılı taşınmazdaki 1/2 payın miras bırakan tarafından kayden 2.300 TL bedelle satış biçiminde 21.11.2003 tarihinde davalıya temlik edildiği, davalının banka hesabından çektiği parayı elden miras bırakana ödediğini ve bu olaya davacı C.B.S.'in de şahit olduğunun savunduğu ve bu savunmasını ispat için davacıya yemin önerdiği, davacının da sözü edilen olayı ve olguyu görmediği hususunda yemin ettiği anlaşılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki; HMK.'nın 225. maddesi "Yeminin konusu, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalardır. Bir kimsenin bir hususu bilmesi onun kendisinden kaynaklanan vakıa sayılır." hükmünü öngörmektedir. Bu yasal düzenleme karşısında, davalının gerçek değer üzerinden ödeme yaptığı yolundaki savunmasını kanıtlamadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, gerek tanık beyanları ve gerekse taşınmazın gerçek değerini saptayan bilirkişi raporu gözetildiğinde, değerler arasında açık ve aşırı

fark bulunduğu, temlike karşın miras bırakanın çekışmeli taşınmazda ölünceye kadar oturmaya devam ettiğı ve miras bırakanın satıma ihtiyacının bulunmadığı davalının satın aldığı ve satış bedelinin ödendiğı savunmasın da kanıtlanamadığı, miras bırakanın ilk eşinden olma çocuklarından mal kaçırmak amacıyla ikinci eşin yeğeni ve sonradan evlatlığı olan davalıya bağışladığı ancak resmi işlemin satış şeklinde yapıldığı işlemin bedelsiz ve danışıklı olduğu duraksanmayacak biçimde kanıtlanmaktadır.

O halde, yapılan işlemin aslında bağış olmasına karşın, tapuda satış biçiminde gerçekleştirildiğı ve birasçılardan mal kaçırmaya amacı ile temlikte bulunulduğu anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere davanın reddi doğru değildir.

Davacıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerle (6100 sayılı yasanın geçici 3. maddesi aracılığı ile) 1086 sayılı HUMK'un 428 maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 11.02.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

VASIYETTEN DÖNME • MURİS MUVAZAASI

ÖZET: Vasiyetten dönmenin gerçekleşmesi için sağlararası kazandırmanın geçerli bir satışa dayanması gerekir.

Bu nedenle lehine mal vasiyet edilmiş olan mirasçının, vasiyetçinin sonradan yaptığı satışın muvazaa sebebiyle iptalini istemesi mümkündür.

Davalının taşınmazı satın aldığı tarihte öğren-ci olduğu eşinin de çalışmadığı anlaşıldığından muris muvazaası sebebiyle tapu kaydının iptali-ne karar verilmesi gerekir.

Y. 3 HD E.2013/7594, K. 2013/8560, T. 28.5.2013

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davacıların babası R.K.'dan eşi M.K.a kalan hissesini muris M.K.'ın 16.06.1986 tarihinde düzenlediği vasiyetname ile üvey çocukları olan davacılar ile davalının eşi F.'a (6 kişiye) 1/6'sar vasiyet etmesine rağmen dava dışı f.'a sonradan verdiği vekaletname ile taşınmazın (davadışı) F.'un eşi davalı G.'e 11.01.2008 tarihinde 13.200 TL'ye devredildiğini, o tarihte M.K.'ın 90 yaşında olduğunu, davacılardan mal kaçırmak için davalının baskısı ile satış gibi gösterildiğini belirterek, dava konusu 123 parselde bulunan taşınmazın tapu kaydının iptali ile davacıların hisseleri nisbetinde tescilini talep etmiştir.

Davalı vekili cevabında, M.K.'ın hasta olduğunu, uzun yıllar davalının baktığını, satışın gerçek değerinden değil, beyan olunan değerden yapıldığını, bu hususun muvazaanın varlığını kanıtlamayacağını beyan etmiştir.

Mahkemece; dava konusu taşınmazın satış tarihindeki değerinin tapuda gösterilen değerden çok fazla olması nedeniyle muvazaalı işlem olduğundan bahisle davanın kabulü ile tapu kaydının iptaline, 16.06.1986 tarihli vasiyetname gereğince davacıların 1/6'sar hisseleri oranında tesciline karar verilmiş, hükmü davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosya kapsamında davacıların babası R.K.'ın resmi nikahlı ilk eşi M.K.'ın çocuğı olmadığı için davaların annesi ile gayri resmi evlendiğı ve

ondan davacılar ve davalının eşi F. olmak üzere 6 çocuğu olduğu, M.K.'ın eşi R.'tan kendisine kalan dava konusu taşınmazı 16.06.1986 tarihinde noterden düzenlediği resmi vasiyetname ile üvey evlatları olan davacılar ile davalının eşine 1/6'şar hisseli vasiyet ettiği anlaşılmaktadır.

Diyarbakır 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2010/1728 E., 2011/681 K. sayılı ilamı ile "vasiyetnamenin açılıp okunmasına" karar verildiği, dosya kapsamından vasiyet alacaklısı F.K.'a tebligat yapılmadığı kararın kesinleşmediği saptanmıştır.

Davada, muvazaalı olarak davalıya devredilen tapu kaydının iptalhi ile düzenleme şeklinde noterde düzenlenen vasiyetname gereğince davacılar adına tescili talep edilmektedir.

Kendisine muayyen mal vasiyet edilen kişiler vasiyet edenin külli halefi olmayıp, cüz-i halefidir. Miras açıldığı zaman vasiyet edilen mal kendiliğinden vasiyet alacaklılarına geçmez. TMK'nın 600. maddesi gereğince vasiyeti ifa ile yükümlü olan mirasçılara karşı vasiyetin yerine getirilmesine yönelik dava hakkı vardır.

Vasiyetnamenin tenfizi ve buna bağlı olarak tapu iptal - tescil davasının görülebilmesi için, vasiyetnamenin açılıp okunduğu, itiraza uğramadığı veya iteraz edilmişse (vasiyetnamenin iptali veya tenkisi yönünden) itirazların reddedilerek kesinleşmesi gerekir

TMK'nın 517. maddesine göre, miras bırakan bir kimseye onu mirasçı atamaksızın belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunabilir. Vasiyet alacaklısı kişisel (şahsi) talep hakkına sahiptir. TMK'nın 600/1. maddesi gereğince, vasiyet alacaklısı, vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona; yoksa yasal veya atanmış mirasçılara karşı yöneltilmesi gerekir.

Diğer yandan; vasiyetname, ölüme bağlı bir tasarruf olup, ölüm halinde hukuki sonuç doğurur.

TMK'nın 542. maddesinde; mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle, yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir. 543. maddesinde ise, mirasbırakan yok etmek suretiyle de vasiyetnameden dönebilir. Aynı kanunun 544/1. maddesinde, mirasbırakan, önceki vasiyetnamesini ortadan kaldırmaksızın yeni bir vasiyetname yaparsa kuşkuyla yer bırakmayacak surette önceki vasiyetnameyi tamamlamadıkça sonraki vasiyetname onun yerini alır. 2. fıkrafta, "belirli mal bırakma vasiyetinde vasiyetnamede aksi belirtilmedikçe mirasbırakanın sonradan o mal üzerinde bu vasiyetle bağdaşmayan başka bir tasarrufta bulunmasıyla ortadan kalkar" hükümleri yer almaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.11.2002 gün, 2002/2-874 E.-893 K. sayılı ve 19.09.2011 tarih, 2012/3-235 E. -600 K. sayılı ilamlarında da bahsedildiği gibi vasiyetten dönmenin gerçekleşmesi için sağlararası kazandırmanın geçerli bir satışa dayanması gerektiği belirtilmiştir.

Somut olayda, muris M.K. 16.061986 tarihli vasiyetname ile 123 parseldeki payını davacılar ile davalının eşi F.a 1/6'şar olarak muayyen mal vasiyeti ile temlik tasarrufla bulunmuş, daha sonra aynı taşınmazı dava dışı f.'a verdiği vekaletname ile davalı G.'e 11.01.2008 tarihinde satış yoluyla temlik etmiştir.

Mirasbırakan, vasiyette bulunduktan sonra, vasiyeti ile bağdaşmayacak nitelikte olmak üzere ve ölüme bağlı olmayan bir tasarrufla, vasiyete konu şey üzerinde bir tasarrufla bulunursa, bu davranış ilk vasiyetten rücu anlamını taşır.

TMK'nın 544. maddesi gereği, sağlararası kazandırma ile vasiyet konusu malın, vasiyetnamede yazılı kişilere değil, başkasına satılması vasiyetten dönme olarak değerlendirilmektedir.

Vasiyetten dönmenin gerçekleşmesi için sağlararası kazandırmanın geçerli bir satışa dayanması gerekir.

Davacılar, dava konusu taşınmazın muvazaalı işlem ile davalıya devredildiğini iddia etmiştir.

TBK'nın 19. maddesi (BK'nun 18. maddesi) gereğince muvazaa, tarafların 3. kişileri aldatmak amacıyla ve fakat gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır. Muris muvazaası ise, mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmayı hedefleyen birasbırakanın gerçek amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği taşınmazını tapuda yaptığı sözleşmede iradesini satış doğrultusunda açıklamak suretiyle devrini gerçekleştirmesidir.

Muvazaa ispat edildiği takdirde sonradan yapılan sözleşme mutlak butlan ile batıl olacağından hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.

Bu durumda, lehine muayyen mal vasiyetinde bulunan davacıların vasiyetnameden kaynaklanan kişisel hakka dayanarak vasiyetçinin sonradan yaptığı satışın muvazaa nedeniyle iptalini istemekte hukuki yararları vardır (Yargıtay 2 H.D. 21.11.2001 958-1035).

Dosya kapsamından, davalının taşınmazı tapuda satın aldığı tarihte öğrenci olduğu, geliri bulunmadığı gibi eşinin de çalışmadığı tanık beyanları ile sabit olduğuna göre, mahkemece; muris muvazaası nedeniyle tapu

kaydının iptali ile “vasiyetçi” M.K. adına tesciline karar verilmesi gerekir.

Bundan sonra, lehine muayyen mal vasiyetinde bulunan kişilerin (davacıların), vasiyetnameden doğan kişisel haklarını usulüne göre “16.06.1986 tarihli vasiyetnamenin okunması” dosyası ile vasiyetname-nin okunup, itiraza uğramadığı veya itiraz edilmişse (vasiyetnamenin ip-tali veya tenkisi yönünden) itirazları reddedilerek kesinleştikten sonra TMK’nın 600. maddesi gereğince vasiyetçinin “yasal mirasçıları”na karşı taraf teşkili sağlanarak ileri sürme hakkına kavuşmuş olacaklardır.

Bu durumda, mahkemece; muris muvazaasına dayalı olarak tapu kay-dının iptali ile vasiyetçi adına tesciline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazı-lı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK’un 428. maddesi gereğince **BO-ZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 28.05.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVA • YETKİLİ MAHKEME

ÖZET: Haksız fiilden doğan dava olay yeri mahkemesinde de açılabilir. Bu davacıya tanınmış bir seçimlik hak olup, davalının ikametgah mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmaz.

Y. 4 HD E.2015/15134, K. 2016/2993, T. 7.3.2016

Dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, yetkisizlik kararı verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, ... çiftlik mevkiinde bulunan taşınmaza ilişkin davalılar aleyhine açtığı davaları kazandığı, ancak davalıların, hileli ve muvazaalı işlemleri nedeniyle davalılarca başlatılan haksız takipler ile davacının lehine sonuçlanan davalar neticesinde uğramış olduğu maddi ve manevi zararın giderilmesini istemiştir.

Davalılar, süresinde yetkili itirazında bulunmuş, esas bakımından da davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, yetki itirazı kabul edilerek, yetkili olduğu gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 16. maddesindeki "...” hükmü haksız eylemden kaynaklanan tazminat davaları için özel yetki kuralı olup, davacıya seçimlik hak tanımaktadır.

Dosya içeriğinden, davacının yerleşim yerinin ... olduğu, davanın haksız eyleme dayalı tazminat davası olup davacının, ...'nın 16. maddesi kapsamında haksız fiilin gerçekleştiği yerde dava açtığı anlaşılmaktadır. Şu halde, mahkemenin yetkili olduğu gözetilmeden yazılı gerekçe ile yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, işin esası incelenmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 07/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EMEKLİ MAAŞININ HACDEZİLMESİ

ÖZET: Emekli maaşının haczedilmesi ve bir süre bu durumun devam etmesi halinde, hacizle tahsil edilmiş olan miktarlar geri alınamaz. İcra işlemine yapılan şikayet tarihinden sonraki miktarlar geri alınabilir.

Y. 4 HD E.2015/5265, K. 2016/3059, T. 9.3.2016

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerekçirici nedenlere özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışına kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava, emekli maaşından yapılan haksız kesintilerin iadesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı tarafından aleyhine başlatılan icra takibinde emekli maaşına haciz konularak yapılan kesintilerin dosyaya aktararak davalıya ödendiğini, ... nezdinde açtığı davada haczin kaldırılmasına karar verildiğini belirterek emekli maaşından haksız olarak kesilen ve davalıya ödenen miktarın iadesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, 5754 sayılı yasa ile değişik 5510 sayılı ... 93. maddesi uyarınca sigortalılar ve hak sahiplerinin kurum nezdinde düoğan alacaklarının devir ve temlik edilemeyeceği, gelir aylık ve ödeneklerinin 88. maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemeyeceği hükmünün yer aldığı bu düzenlemeye rağmen memur emeklisi olan davacının maaşından haksız olarak kesintinin davalı kurumca yapıldığı, kesintinin yasal dayanağının 01/10/2008 tarihinde yasal düzenleme ile ortadan kalktığı, bu duruma rağmen davacının maaşından haksız kesintinin yapıldığı gerekçesiyle bilirkişi raporuna itibar olunarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından; tren kazasında ölenin hak sahipleri tarafından açılan dava sonucu davalının ödediği tazminatın rücuen tahsili için geçit bekçisi aleyhine açtığı davanın 2002/544 esas, 2003/1324 karar sayılı kararı ile kısmen kabulüne karar verildiği, bu karara istinaden davalı ta-

rafından davacı hakkında başlatılan icra takibi kapsamında 03/02/2006 tarihinde davacının emekli maaşına haciz konulduğu, uzun bir süre kesinti yapıldıktan sonra, emekli maaşına haciz konulamayacağından bahisle davacı tarafından ... nezdinde 26/06/2013 tarihinde şikayette bulunulduğu, davacının şikayeti haklı görülerek 19/09/2013 tarihinde haczin kaldırılmasına kesin karar verildiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda; mahkeme kararına dayanılarak alacağın takip konusu yapıldığı, emekli maaşına konulan haciz nedeniyle yapılan kesintilere davacının itiraz etmeyerek zımnen rıza gösterdiği, uzunca bir süre geçtikten sonra, 26/06/2013 tarihinde ... şikayette bulunarak emekli maaşına konulan hacze ve kesinti işlemine karşı rıza göstermeme iradesini ortaya koyduğu anlaşılmaktadır. Bu hal ve şartlar altında, davacının geçmişe dönük yapılan kesintilerin iadesini istemesi Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Şu halde, sadece şikayet tarihinden sonra yapılan kesintilerin iadesine karar verilmesi gerekirken, davacının zımnen rıza gösterdiği dönemi de kapsayacak şekilde iadeye karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenle davalı yararına **BOZULMASINA**, davalının diğer temyiz itirazlarının (1) numaralı bentte gösterilen nedenlerle reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 09/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGI YOLU

ÖZET: Jandarmanın uyguladığı haksız fiil nedeniyle ölenin yakınları tarafından açılacak davaya İdari Yargı'da bakılması gerekir.

Y. 4. HD. E. 2015/3815, K. 2016/2397 T. 25.02.2016

Davacılar ... ve diğeri vekili Avukat ... tarafından, davalılar .. ve diğeri aleyhine 12/08/2009 gününde verilen dilekçe ile maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 28/01/2014 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacılar vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından

hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, haksız fiil nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı .. yönünden davanın husumet bakımından reddine; diğer davalı yönünden istemin kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından sadece davalı .. hakkında verilen karar yönünden temyiz edilmiştir.

Davacılar, .. ebe olarak görev yapmakta olan kızları .. olay tarihinde .. görevli olan jandarma er davalı ... tarafından kasten öldürüldüğünü, olay ile ilgili ceza davasında davalının mahkum olduğunu, olayda davalının tam kusurlu olduğunu, olay tarihi itibarıyla vatani görevini yapmakta olan davalının her tür bakım, gözetim ve eylemlerinin .. sorumluluğunda olduğunu, bu nedenle .. da dava konusu olay bakımından kusursuz sorumlu olduğunu, olay nedeniyle kızlarının desteğinden yoksun kaldıklarını belirterek, uğradıkları maddi ve manevi zararlarının giderilmesi isteminde bulunmuşlardır.

Davalı idare, meydana gelen haksız eylemin faili olmadığı gibi eylem nedeniyle idareye atfedilebilecek bir kusur olmadığını, haksız eylem ile idarenin yürüttüğü faaliyet ve sorumluluğu arasında özel hukuk hükümleri ışığında illiyet bağı bulunmadığını, özel hukuk hükümlerinden kaynaklanan ve adli yargı mahkemelerinde ileri sürülebilir bir sorumluluğunun olmadığını, haksız eylemin davalının kolluk hizmetini ifası sırasında meydana gelmediğini, bu durumun idarenin sorumluluk hallerinden sayılan hizmet kusuru veya hizmetin kötü işlemesi olarak dahi sayılamayacağı belirterek davanın husumetten reddini, mahkeme aksi kanaatte ise davanın idari yargıda görülmesi gerektiğinden görevsizlik kararı verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece; davalı ... yönünden istemin kısmen kabulüne karar verilmiş; davalı .. yönünden ise, “askerliğini yapmakta olan davalı .. kamu görevini ifa ettiğinin kabulü ile, kamu görevi ifa edenlerin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi, ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturduğu, bu durumda sorumlunun, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olacağı ve bu nedenle de davanın o kurum aleyhine açılması gerektiği, ancak davalı .. haksız fiil teşkil eden eyleminin .. yürüttüğü kolluk hizmetinin ifası sırasında meydana gelmediği, olayda davalının kişisel kusurunun bulunduğu, hizmet kusurunun bulunmadığı, bu haliyle olaya ilişkin davanın adli yargıda görülmesi gerektiği” gerekçesiyle davalının görev itirazının reddine ve davalı .. bakımından açılan davanın husumetten reddine karar verilmiştir.

Davacının davalı .. yönelik temyiz itirazları yerindedir. Davalı .. bir kamu tüzel kişiliği olup kural olarak, eylem ve işlemleri kamusal nitelik taşır. Dava konusu olayda, istemin ileri sürülüş ve olayın gerçekleşme biçimine göre davanın anılan davalıya yöneltilmesinin nedeni de davalı idarenin hizmet kusurundan doğan zararın ödetilmesi istemidir. Görevin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi hizmet kusuru niteliğindedir. İdarenin hizmet kusurundan doğan zararlardan dolayı 2577 sayılı .. 2/1-b maddesi gereğince bu tür istemlerin tam yargı davası olarak idari yargı yerinde açılacak davada ileri sürülmesi gerekir. Görev sorunu, kamu düzenine ilişkin olup açıkça veya hiç ileri sürülmese de yargılamanın her aşamasında mahkemelerce kendiliğinden gözetilir.

Mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davalı .. yönünden yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, işin esası incelenerek yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 25/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KİŞİLİK HAKLARI

ÖZET: Kişilik hakları saldırıya uğrayana, manevi tazminat verilmelidir.

Y. 4. HD E.2015/3632, K.2016/2525 T. 29.02.2016

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 20/12/2013 gününde verilen dilekçe ile haksız fiil nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kabulüne dair verilen 30/11/2014 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsiz-

lik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalının diğer temyiz itirazları yönünden;

Dava, haksız fiil nedeni ile uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı ile arkadaş olduğunu, sonrasında davalının bir takım tekliflerini kabul etmemesi nedeni ile kendisini borçlu göstererek senet düzenlediğini ve icra takibine koyduğunu, davalının... yargılanarak ceza aldığını belirterek haksız icra takibi nedeni ile uğramış olduğu manevi zararının tazminini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı tarafından sahte senetle icra takibi başlatılmış olduğu ve yapılan şikayet sonucu davalının resmi evrakta sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından mahkum olduğu belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakimnin hukuka ve hakkaniyete göre hüküm vereceği ... 4. maddesinde belirtilmiştir. Bir ceza olmadığı gibi mal varlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Davaya konu olayda; olayın gelişim şekli, olay tarihi ve yukarıdaki ilkeler nazara alındığında hükmedilen manevi tazminat miktarı fazladır. Şu durumda daha alt düzeyde manevi tazminata karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda (2) no'lu bentte açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, (1) no'lu bentte gösterilen nedenlerle davalının diğer temyiz itirazlarının reddine ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 29/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ

KİRALANAN YERİN TAHLİYESİ • 10 GÜNLÜK SÜRE

Özet: Kira sözleşmesi bütünüyle incelendiğinde kiralananın TBK Genel Hükümlere tabi olduğu açıkca anlaşılmaktadır. TBK m.315 gereğince genel hükümlere tabi kiralananın tahliyesi için gönderilen Örnek 13 ödeme emrinde 10 günlük süre verilmesi yasaya uygun olup takibin açılmasında ve davanın yürütülmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır.

Y 6. HD. E.2015/9497, K.2016/1328, T. 24.02.2016

İcra mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar, davacılar tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, kesinleşen icra takibi nedeniyle tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece; ödeme emrinde ödeme süresinin 30 gün yerine 10 gün olarak bildirildiğinden davanın reddine karar verilmiş, karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Kira alacağının tahsili ve kiralananın tahliyesi istemli İİK'nin 269 vd. maddeleri gereğince yapılan icra takibinde, borçluya gönderilen ödeme emrinin Türk Borçlar Kanunu'nun 315/2 ve 362/2 inci maddelerinde yazılı, kira sözleşmesinin türüne göre 10 , 30 veya 60 gün içerisinde takibe konu kira parasının ödenmesi gerektiği ve kanuni müddet geçtikten sonra icra mahkemesinden borçlunun kiralanan yerden tahliyesinin istenebileceği ihtarını ihtiva etmesi gerekir. Ayrıca borca itiraz edilmesi halinde, İİK'nin 269/b maddesi gereğince icra mahkemesinden itirazın kaldırılması yanında kiralananın tahliyesi de talep edilecekse, TBK'nın 315/2 veya 362/2 maddeleri gereğince verilen ödeme süresinin beklenilmesi bundan sonra davanın açılması gerekir. Ödeme için kanunda öngörülen süre sona ermeden kiralananın tahliyesi talep edilemez. Türk Borçlar Kanununun 315/2 maddesi hükmü uyarınca “ kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar.

Davacılar ile davalı arasında inşaat malzemeleri satış yeri olarak kullanılmak üzere 05.12.2014 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesi imzalandığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesi bütünüyle incelendiğinde kiralananın TBK Genel Hükümlere tabi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. TBK 315 gereğince genel hükümlere tabi kiralananın tahliyesi için gönderilen Örnek 13 ödeme emrinde 10 günlük süre verilmesi yasaya uygun olup takibin açılması ve davanın yürütülmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle işin esası hakkında karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile red kararı verilmiş olması doğru değildir.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanun'la eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428 ve İİK'nin 366.maddesi uyarınca kararın **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edenlere iadesine, 24/02/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SÖZLÜ KİRA SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Sözlü kira sözleşmesinde kira bedelinin ödendiği her türlü delille (yemin dellii de dahil) kanıtlanabilir.

Y. 6.HD E.2015/3648, K.2016/841, T.11.02.2016

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı alacak ve tahliye davasına dair karar, davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, kira alacağının tahsili ve temerrüt nedeni ile kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece tahliye istemi yönünden davanın feragat nedeni ile reddine, kira alacağı istemi yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından, alacakla ilgili hükme yönelik olarak temyiz edilmiştir.

Davacı vekili dava dilekçesinde; Müvekkiline ait ahır ve arsasının sözlü kira akdi ile davalıya kiraya verildiğini, yapılan anlaşmaya göre söz konusu yerin çatısının onarılmasının kiradan mahsup edileceğini ve üzerine de 2.000,00 TL kira ödeneceğinin kararlaştırıldığını, davalının bah-

sedilen onarımı yaptığını ancak kira parasını ödemediğini, gönderilen ihtarla rağmen kira borcunu ödemeyen davalının temerrüde düştüğünü belirterek 2.000,00 TL kira alacağının davalıdan tahsili ile kiralananın tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili ise müvekkilinin davaya konu yeri davacıdan yıllık 2.000,00 TL kira bedeli ile kiraladığını, davacının 5-6 ay sonra müvekkili tarafından ahıra yapılan masrafların kiraya sayılacağını belirterek ahır boşaltmasını istediğini, yapılan masrafın 1 yıllık kira alacağını karşıladığını belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. Mahkemece mahallinde keşif yapılmış olup hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davalı tarafından kiralanda yapılan tamiratın değerinin 1.921,95 TL olduğu belirtilmiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda 2.000,00 TL kira alacağından 1.921,95 TL tamirat değeri düşüldüğünde bakiye 78,05 TL alacağın kaldığı belirtilerek alacağa ilişkin davanın kısmen kabulü ile 78,05 TL alacağın davalıdan tahsiline, tahliye isteminin feragat nedeni ile reddine karar verilmiştir.

Davacı kira ilişkisinin 21.08.2012 tarihinde başladığını, kira bedelinin kiralananın çatısının onarılması ve ayrıca yıllık kira parası olarak 2.000,00 TL'nin ödenmesi konusunda anlaşma yapıldığını 2.000,00 TL kiranın ödenmediğini iddia etmiş, davalı ise kira parasının 2.000,00 TL olduğunu, yapılan tamirat masrafının kiradan mahsup edileceğini savunmuştur. Mahkemece her ne kadar, davacı tarafından gönderilen ihtarnamele onarım masrafının kiradan mahsup edileceğinin belirtildiği gerekçesi ile hüküm verilmiş ise de, ihtarnamede 2.000,00 TL yıllık kira bedelinin çatının onarım masrafları haricinde ayrıca ödenmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Taraflar arasında davacıya ait taşınmazın kiralınması hususunda sözlü anlaşma bulunduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Uyuşmazlık, kararlaştırılan 2.000,00 TL kira parasının içerisinde onarım bedelinin bulunup bulunmadığı, kiralananın onarım bedelinin 2.000,00 TL den mahsup edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Kira ilişkisinin varlığını ve şartlarını kiraya veren kanıtlamakla yükümlüdür. Buna karşılık kiracının da kira parasının ödendiğini kanıtlaması gerekir. Taraflar dava ve cevap dilekçelerinde her türlü delile dayanmış, duruşmada ise her türlü delille kastedilenin yemin delili olduğunu, yemin deliline dayandıklarını açıkça beyan etmişlerdir. Davacı kiraya veren iddia ettiği kira bedelini kanıtlayamamış ise de açıkça yemin deliline dayanmış olduğundan kira bedeli konusunda davacı vekiline, davalıya yemin teklif etme hakkının hatırlatılması ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 11.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GÖREVLİ MAHKEME • ARAÇ KİRALAMA

ÖZET: Dava, araç kiralama sözleşmesi uyarınca teminat olarak alınan senedin tahsili amacıyla başlatılan icra takibi nedeniyle borçlu olmadığıнын tespiti istemine ilişkindir. Bu durumda taraflar arasındaki uyuşmazlığın kira ilişkisine dayandığının kabulü gerekir. Davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde değil Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılır.

6.HD E: 2015/7898, K: 2016/899, T: 15/02/2016

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı menfi tespit davasına dair karar, davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Dava, araç kiralama sözleşmesi uyarınca teminat olarak alınan senedin tahsili amacıyla başlatılan icra takibi nedeniyle borçlu olmadığıнын tesbiti istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

01/10/2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nın 4/1-a maddesine göre "Kiralanan taşınmazların, 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dahil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalarda" Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Mülga 1086 sayılı HMUK.'dan farklı olarak bu düzenlemede miktar ayırımı yapılmaksızın tahliye, alacak, tazminat, kiracılık sıfatının tespiti gibi tüm kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri Sulh Hukuk Mahkemesi olarak gösterilmiştir.

Dava, araç kiralama sözleşmesi uyarınca teminat olarak alınan sene-din tahsili amacıyla başlatılan icra takibi nedeniyle borçlu olmadığının tesbiti istemine ilişkindir. Bu durumda taraflar arasındaki uyumsuzluğun kira ilişkisine dayandığının kabulü gerekir. Davanın, 6100 Sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra 06/09/2013 tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesinde açıldığı anlaşılmıştır. Görev kamu düzenine ilişkin olup bu hususun yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi gerekir. Mahkemece dava dilekçesi görev yönünden reddedilerek görevsizlik kararı ile dosyanın görevli Sulh Hukuk Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, işin esasının incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK'ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK'un 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine 15/02/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

İŞÇİNİN PRİM ALACAĞI

ÖZET: “Prim” ücretin ekidir.

İşçinin prime hak kazanması için prim ödenmesi için gerekli dönemin sonuna kadar çalışması gerekmez. İşyerinde çalışılan süreyle sınırlı olarak prim istenebilir.

Toplu iş sözleşmesi veya bireysel sözleşme olmadan da fiili uygulamayla verilen prim “iş şartı” niteliğinde olu, işveren tarafından tek taraflı olarak kaldırılamaz veya azaltılamaz.

İşe iade davasının sonucu olan dört aylık ücret ve haklara prim de dahildir.

Prim alacağına en yüksek mevduat faizi uygulanır.

Devamlılık arz eden prim ödemesi kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. Prim alacağının zamanaşımı süresi beş yıldır.

Y.7 HD. E. 2014/3290, K. 2014/10476, T.12.5.2014

Davacı vekili, davacının davalı işyerinde çalışmakta iken iş akdinin eylemli bir şekilde işverence feshedildiğini, bu nedenle Mahkemenin 2011/736 Esas sayılı dava dosyası ile işe iade davası açtıklarını, davanın kabulüne karar verildiğini ve kararın kesinleştiğini, işe iade başvurusunda bulunduklarını, ancak işverence davacının işe alınmadığını, hak ettiği alacaklarının da ödenmediğini, bu nedenle Bursa 4. İcra Müdürlüğü'nün 2013/2190 sayılı takip dosyası ile icra takibi yaptıklarını, ancak davalı tarafça takibe itiraz edildiğini öne sürerek yapılan itirazın iptali ile takibin devamını ve :30 oranında icra inkar tazminatının da davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, davaya konu alacağın likit olmadığını, bu nedenle takibe itiraz ettiklerini, işe iade kararına istinaden yapılan iş başvurusunun kabul edilmediğini, davacının işsizlik sigortasından yararlanmış olduğunu

bu nedenle 4 aylık bota geçen süre ücretinin reddine karar verilmesi gerektiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, işe iade kararı çerçevesinde işverence yasal başvuruya rağmen işe başlatılmaması nedeniyle davacının, hukuki fesih tarihi olan 21.01.2013 tarihi itibarıyla kıdem tazminatına, ihbar tazminatı, işe iade kararının ferî sonuçlarından olan 4 aylık iş güvencesi tazminatı, yine 4 aylık boşta geçen süre ücretine hak kazandığı; kıdem, ihbar tazminatı, iş güvencesi tazminatı, yine 4 aylık boşta geçen süre ücretine hak kazandığı; kıdem, ihbar tazminatı iş güvencesi tazminatı alacaklarını hukuki fesih tarihi olan 21.01.2013 tarihindeki emsali işçinin ücret ve sosyal hakları çerçevesinde, 4 aylık ota geçen süre ücretini ise fesih tarihi olan 13.10.2011 tarihi ve bu tarihi takip eden 4 aylık süredeki ücretler ve sosyal haklar, yine bu işçilik kalemlerindeki artışlar çerçevesindeki talep edebileceği, prim alacağı ile ilgili iddiaların ise somut delillerle kanıtlanmadığı, takibe konu alacakların yargılamayı gerektirdiği ve likit olmadığı sabit olduğundan İİK 67. maddedeki inkar tazminatı şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın, kısmen kabulüne karar verilmiştir

Taraflar arasındaki davacının prim alacağı olup olmadığı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 32'nci maddesinin ilk fıkrasına göre, genel anlamta ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin eklerinin neler olduğu müstakilen düzenlenmemiş olmakla birlikte, değinilen maddenin ikinci fıkrasındaki "... banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının..." ibaresi gereğince, ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörüldüğünden "prim" ve "ikramiye" ücretin eki olarak İş Kanununda ifadesini bulmuştur.

Prim, işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödemeler şeklinde tanımlanabilir. Prim ödemesinden amaç, işçinin daha verimli bir şekilde çalışmaya özendirilmesidir. Primin kişiye özgü olması sebebiyle ikramiyeden farklı olarak prim ödemelerinin genel bir nitelik taşıması gerekmez. Bununla birlikte, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece prim uygulaması yönünden de işverenin eşit davranma borcu söz konusudur.

İşçinin prime hak kazanması için işyerinde prim ödemesini gerektiren dönemin sonuna kadar çalışmış olması gerekmez. İşyerinde çalışılan süreyle sınırlı olmak üzere işçinin prim talep hakkı vardır.

Prim uygulaması, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan prim ödemesi “işyeri şartı” niteliğindedir. Her durumda uygulamanın tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması doğru değildir. Prim uygulaması yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 sayılı Yasanın 22’nci maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen primler yönünden değişiklik ise, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder.

İşçinin işe iade kararı üzerine çalıştırılmadığı dört aya kadar boşta geçen süreye ait yasada geçen “diğer haklar” kavramına primler de dahildir. Başka bir anlatımla işçinin 4857 sayılı Yasanın 21’nci maddesinin üçüncü fıkrasında sözü edilen çalışmadığı en çok 4 aya kadar süre için bu dönemde çalışıyormuş gibi prim talep hakkı vardır. Hesaplama işçinin çalıştığı sıradaki ortalama mal veya hizmet üretimi verilerine göre yapılabilir.

Primlerin ödendiğini ispat yükü işverene aittir. 4857 sayılı Kanunun 5754 sayılı Yasayla değişik 32’nci maddesine göre, belli bazı işyerleri bakımından prim ödemeleri işçi adına açılan banka hesabına yatırarak gerçekleştirilmelidir.

Prim ödeme günü taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa Borçlar Kanununun 101’nci maddesi uyarınca temerrüt için işçinin ihtarına gerek vardır.

Prim uygulaması bireysel iş sözleşmesinden veya işyeri uygulamalarından doğmaktaysa, gününde ödenmeyen primler için 4857 sayılı Yasanın 34’üncü maddesinde öngörülen bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanmalıdır. 1475 sayılı Yasa döneminde doğan prim alacakları bakımından temerrüt tarihinden 4857 sayılı İş Kanunun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihine kadar yasal faize, bu tarihten sonrası için ise bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde, Yasanın 32’nci maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler gözönünde tutulur. Buna göre devamlılık gösteren prim ödemeleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmalıdır.

Prim alacakları, Borçlar Kanununun 126’ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca eş yıllık zamanaşımına tabidir.

Somut olayda; davacı, çalıştığı dönem boyunca her senenin sonunda prim sosyal hakkından faydalanmış olduğunu, 10.10.2011 olan fesih tarihinin üzerine boşta geçen 4 ay eklendiğinde 10.02.2012 tarihine kadar doğacak ücret ve diğer hakların kendisine ödenmesi gerektiğini, bu nedenle ödenmeyen 2011 yılı prim alacağının da davalıdan tahsili gerektiğini iddia etmiştir.

Dosya içerisinde bulunan maaş bordroları incelendiğinde; davacıya, Ocak 2011 ayında 3.765,12 TL performans primi ve 1.822,35 TL performans primi-2 adı altında ödeme yapıldığı görülmektedir. Davacı, Ocak 2011 ayında ödenen prim alacağının 2010 yılına ait olduğunu iddia etmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, primlerin hangi kriterlere göre belirlendiği ve 2011 yılı prim alacağına hak kazanma koşullarına ilişkin dosyada bilgi olmadığından hesaplama yapılmadığı belirtilmiştir. Mahkemece bu nedenle davacının prim alacağı olduğunu ispatlayamadığı gerekçesiyle talebin reddine yönelik hüküm kurulmuş ise de; davacıya daha önce prim ödemesi yapıldığı dosya kapsamı ile sabit olduğuna göre, primlerin hangi kriterlere göre belirlendiği ve 2011 yılı prim alacağına hak kazanma koşullarının araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde talebin reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.

Taraflar arasında, İİK 67. maddesinde düzenlenen icra inkar tazminatı koşullarının oluşup oluşmadığı hususu da ayrı bir uyuşmazlık konusudur.

İtirazın iptali davasında borçlunun haksızlığına karar verilmesi halinde ve alacaklının talep etmiş olması şartıyla, borç miktarının Yasada gösterilen orandan az olmamak kaydıyla icra inkar tazminatına hükmedilir. İcra inkar tazminatına karar verilebilmesi için alacağın belirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Özellikle, işçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurları, işverence bilinen ya da belirlenebilecek hususlardır. 4857 Yasayın 8 inci ve 28 inci maddelerinin, işverene bu gibi konularda belge düzenleme yükümü yüklediği de gözden uzak tutulmalıdır. Ancak hak tartışmalı ise icra inkar tazminatına hükmedilemez (Yargıtay HGK. 4.3.2009 gün 2009/9-57 E, 2009/ 110 K).

Borçlu belirli bir alacak için yapılan icra takibinde borcun bir kısmına itiraz etmek istediğinde, itiraz ettiği kısmı açıkça göstermek zorundadır. Borçlu buna uymaz ve borcun tamamına itiraz ederse, itirazın iptali davası sonucunda borçlu olduğu miktar bakımından icra inkar tazminatı ödemekle yükümlüdür.

Alacağın likit olması şartıyla, itirazın iptali davası sonunda borçlunun itirazının kısmen kabulü halinde dahi, kabul edilen kısım bakımından icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

İcra inkar tazminatı, asıl alacak bakımından söz konusu olur. İşlemiş faiz isteği yönünden icra inkar tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir.

İcra takibinde işlemiş faiz için de takip tarihinden itibaren faiz talep edilmiş olması durumunda, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesi, faize faiz yürütülmesi anlamına gelir ki, Borçlar Kanununun 104/son maddesi ile 3095 sayılı Yasanın 3 üncü maddesi uyarınca faize faiz yürütülmesi mümkün olmaz. Bu halde, asıl alacak bakımından takip tarihinden itibaren faiz yürütülmesine karar verilmelidir.

Somut olayda; Mahkemece davaya konu taleplerin yargılamayı gerektirdiği, bu nedenle alacağın likit olmadığı kabul edilerek icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir. İşçinin kıdemi, ücreti gibi hesap unsurlar, işverence bilinen ya da belirlenebilecek hususlar olduğundan alacağın likit olmadığından sözedilemez ise de, davacının prim alacağı olup olmadığı alacağın likit olup olmadığının tespitinde önem arz etmektedir. Bu nedenle, davacının prim alacağı olup olmadığı mahkemece netleştirildikten sonra alacağın likit olup olmadığı yeniden değerlendirilmelidir. Mahkemece, davacının prim alacağı olduğunun halinde, prim ödemeleri işçinin performansına bağlı ise yargılama gerektireceği, düzenli olarak ödenmekte ise alacın likit kabul edilmesi gerektiği düşünülmelidir. Davacının prim alacağı bulunmadığı sonucuna ulaşılması halinde ise, alacak likit kabul edilerek davacı yararına icra inkar tazminatına hükmedilmelidir. Mahkemece bu hususlar gözetilmeden alacağın likit inkar tazminatına hükmedilmelidir. Mahkemece bu husurlar gözetilmeden alacağın likit olmadığı kabul edilerek icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının davalıya yükletilmesine, 12.05.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE • İŞLETMESEL KARAR • TUTARLILIK
•
SENDİKAL TAZMİNAT

ÖZET: Davacının iş akdi sipariş azalması nedeniyle ortaya çıkan işgücü fazlalığı gerekçe gösterilerek feshedilmiş ise de, fesihten üç ay öncesinde ve sonrasında yeni işçi alımı yapıldığı, işverenin işletmesel kararı tutarlı uygulamadığı anlaşıldığından feshin geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır.

Sendika üyesi olmayan, işyerinde aktif şekilde sendikal faaliyeti gerçekleştirmeyen işçiye sendikal tazminat verilemez.

Y. 7 HD E. 2015/37103, K. 2015/21352, T. 04.111.2015

Davacı, feshin geçerli nedene dayanmadığını, sendikal nedenlerle feshin yapıldığını belirterek feshin geçersizliğine, işe iadesine, sendikal tazminat ile boşta geçen süre ücretine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, 2011, 2012, 2013 ve 2014 yıllarına ilişkin üretim adetlerinin aylık bazda değerlendirildiğinde 2104 yılı üretim karamlarının önceki yıl ve aynı dönem aylarına göre (özellikle bir önceki yıla göre 1/3 oranında ve neredeyse 1/2 oranında azaldığını, 2014 yılı Eylül, Ekim, Kasım ve Aralık aylarındaki üretim adetlerinin sürekli düşüş göstermesinin üretimin uzun bir süre seklenen seviyelere ulaşamayacağını görüldüğünü, 2014 yılı üretim kapasitesinin sipariş düzeylerinin beklenen düzeyin çok altında kaldığını, üretim kapasitesinin düşmesi, işletmeden kaynaklanan bu olumsuzluğun yakın zamanda düzelenmeyeceğinin görülmesi ve istihdam fazlası işçi oluşması üzerine ve davacı ve bir kısım işçinin usul şartları yerine getirelerek işten çıkartıldığını, işten çıkarmaların uygulanmadan önce bu durumun Türkiye İş Kurumu İl Müdürlüğüne 24/10/2014 tarihinde bildirildiğini, davacının sendikal sebeplerle işten çıkarıldığı iddiasının gerçek olmadığını, daha önce bireysel açılan hiçbir davada sendikal fesih iddiası olmadığını, sadece Türk Metal Sendikası vekillerince açılan davalarda sendikal fesih iddiasında bulunulduğunu, feshin sendikal nedenlerle gerçekleştiği iddiasının ispattan yoksun, dayanıksız kötü niyetli ve davalı firma aleyhine kanaat uyandırmaya yönelik olduğunu, ayrıca davalı firmanın Türk Metal Sendikasıyla TİS görüşmeleri yaparak TİS imzalandığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davalı işyerinde toplu işçi çıkartılmasını gerektirecek bir ekonomik daralma bulunmadığı, mevcut durumun işçi çıkartılması suretiyle gederilmesi kararının feshin son çare ilkesine uygun bulunmadığı, fesih öncesi ve sonrasında yeni işçi alımı yapılmış olduğu gözönünde bulundurularak işveren tarafından yapılan feshin hukuka aykırı olduğu, haklı veya geçerli bir fesih nedeni bulunmadığı, feshin sendikal nedenle gerçekleştirildiği iddiası bakımından yapılan değerlendirmese ise; davalı işyerinde 2011 yılından itibaren başlayan sendika yetki alma sürecinin 2014 yılı sonuna kadar devam ettiği, bu kapsamda davalı işyerinde sendikal çekişmenin bariz belirtilerinin bulunduğu, önceki aşamalarda da yapılan yargılamalar neticesinde birtakım işçiler lehine işe iade davası içeriğinde sendikal tazminata hükmedildiği, davacı ve arkadaşlarının işten çıkartılması tarihlerinin sendikanın yetki tespiti davasının karar aşamasına gelindiği esnada sendikal örgütlenmenin önüne geçebilmek amacıyla sendikal nedenle feshin yapıldığı gerekçesiyle feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesi ile sendikal tazminatın davacı işçinin 1 yıllık ücreti tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işçinin başvurusu üzerine işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmaz ise, işçiye ödenmek üzere en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminatın belirlenmesi gerekir. Dairemizin yerleşik uygulaması gereği, iş güvencesi niteliğindeki bu tazminat işçinin kıdemi, fesih sebebi gibi olgular dikkate alınarak belirlenmelidir. Madenin alt ve üst sınırları aşamaz. Üst sınırın aşılmasının tek istisnası mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesindeki sendikal nedenle yapılan fesihlerdir. (6356 sayılı Kendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesi) Bu maddese sendikal neden halinde işe başlatmama tazminatının işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği açıklanmıştır.

Dosya içeriğine göre davacının iş akdi sipariş azalması nedeniyle ortaya çıkan işgücü fazlalığı gerekçe gösterilerek feshedilmişse de fesihten 3 ay önce de ve sonrasında yeni işçi alımı yapıldığı, işverenin işletmesel kararı tutarlı uygulamadığı bilirkişi raporu ve dosya kapsamıyla sabit olduğundan mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetli olup davalının bu yöne tair temyiz itirazı yerinde değildir. Ancak davacının sendikaya üyeliğinin bulunmadığı, sendikal faaliyetlerde ne şekilde aktif rol aldığıının ispatlanamadığı anlaşıldığından sendikal tazminat telebinin reddi ile davacının 14.06.2013-31.10.2104 tarihleri arasındaki çalışmasının 6 ay - 5 yıl aralığında olması nedeniyle işe başlatmama tazminatının davacının kıdemine göre 4 aylık brüt ücret tutarında belirlenmesi dosya içeriğine uygun düşecektir.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin tarih ve sayısı belirtilen kararın **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE,**

3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdirenen davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE,**

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTİĞİNE,**

5- Alınması gereken 27.70 TL harçtan peşin yatırılan 25,20 TL hrcın mahsubu ile bakiye 2,50 TL harcın davalıdan alınarak Hazine'ye gelir kaydına,

6- Davacının yapmış olduğu 114,10 TL yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'ne göre 1.500,00 TL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine

8- Artan gider ve delil avansının ilgisine iadesine

9- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, 04/11/2015 gününde oybirliğiyle **KESİN** olarak karar verildi.

İŞE İADE DAVASI • TESPİT DAVASI

ÖZET: İşe iade davası “tespit davası” olup işe iade davasının sonucunda işçilik alacaklarının tahsili yönünde eda davası hükmü kurulamaz.*

Y7 HD E. 2015/37250, K. 2016/3142, T. 15.2.2016

Mahkemece, davalı işveren tarafından yapılan fesih işleminin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle davacının, davalı alt işveren Pronet A.Ş.'ye iadesine, işe iadenin maddi sonuçlarından davalıların bilikte sorumlu tutulmalarına karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 18 vd. maddeleri uyarınca feshin geçersizliği istemi yani işe iade davasında kurulacak hüküm tespit hükmü niteliğindedir. Dolayısıyla işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların miktar belirtimsiz, faiz ile ilgili herhangi bir ibare de kullanılmaksızın hüküm altına alınması ve ödenmesi gerektiğinin tespiti ile yetinilmesi gerekir.

Tespit davalarında yalnızca tespit hükmü verilir, eda hükmü verilemez.

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta davacı işçinin iş sözleşmesinin işletmesel karar uyarınca feshedilmesinin geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi isabetlidir. Ancak hüküm fıkrasında “davacının yasal süresi içerisinde işe başlatılmaması halinde işçinin dört aylık ücret tutarında işe başlatmama tazminatının davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, davacıya süresinde başvurusu halinde kararın kesinleşmesine kadar haketmiş olduğu en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine” şeklinde eda hükmü kurulması da hatalı olmuştur.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 4857 sayılı İş Yasasının 20/3. maddesi uyarınca mahkeme kararı bozulup ortadan kaldırılmış ve Dairemizce aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıdaki açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkememizin kararın **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,

2- Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının ait işveren davalı Pronet Güv.Danş.Hiz.A.Ş.'ye **İŞE İADESİNE**

* Gönderen: Av. Şevket Güney BİGAT

3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı alt işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat-
tan her iki davalı birlikte sorumlu olmak kaydı ile miktarın davacının kı-
demi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti
tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4- Davacı işçinin işe iadesi için davalı alt işverene süresi içinde mür-
acaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en
çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalılardan müstereken ve
müteselsilen tahsilinin **GEREKTİĞİNE**,

5- Alınması gereken 29,20 TL harçtan peşin alınan 25,20 TL harcın
mahsubu ile bakiye 4,00 TL harcın davalıdan alınarak Hazineye gelir kay-
dına,

6- Davacının yapmış olduğu 252,20 TL yargılama giderinin davalılar-
dan tahsili ile davacıya verilmesine, davalıların yaptığı yargılama giderinin
üzerinde bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'ne göre 1.800,00 TL avu-
katlık ücretinin davalılardan alınarak davacıya verilmesine,

8- Artan gider ve delil avansının ilgisine iadesine,

9- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalılara iadesine,
15.02.2016 gününde oybirliğiyle **KESİN** olarak karar verildi.

İŞE İADE • OTUZ İŞÇİ KOŞULU • YURT DIŞI İŞYERİ

YAZILI BİLDİRİM • ŞEKİL KOŞULU

ÖZET: İşe iade davasında otuz işçi koşulu tespit edilirken işverenin aynı işkolunda yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçi sayısı da dikkate alınacaktır.

Fesih sebepleri de belirtilmek suretiyle yazılı bildirim yapılmadan gerçekleştirilen fesih geçersiz olup işe iade kararı verilmelidir.*

Y.7. HD. E.2015/34705, K.2016/3452, T.17.2.2016

Davacı verili, ziraat mühendisi olan davacının davalı şirkette 04.05.2012-23.11.2014 tarihleri arası organik tarım kontrolörü olarak çalıştığını, 24.11.2014 tarihinde eğitim yapılacağı bahanesi ile İzmir'e çağırılıp performansının düşük olduğu gerekçesiyle iş akdinin İsviçre'den feshedildiği söylenerek kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin belgeler sunulduğunu, feshin yazılı yapılmadığını belirterek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı verili, işe iade davasının belirsiz süreli iş akdi ile çalışıp en az altı aylık kıdemi olan işçiler tarafından en az 30 işçi çalıştıran işverenlere karşı açılabileceğini, davalı şirkette fesih tarihinde çalışan sayısının yedi olduğunu, bu durumun iş güvenliği yükemlerinin davalı işveren aleyhine uygulamayacağı anlamına geleceğini, dava şartının olmadığını, bu sebeple davanın reddi gerektiğini, müvekkili şirketin tüzel kişiliği olmayan bir irtibat bürosu ya da şubesi olmadığını, kendi tüzel kişiliği olan TTK'ya tabi bir limited şirketi olduğunu, aynı zamanda bir Türk şirketi vasfının bulunduğunu, müvekkili şirketin İsviçre'deki ortaklarının eldeki işe iade davasına konu ve taraf haline getirmelerinin yersiz olduğunu, iş güvenliği kapsamında olmayan işyerlerinde işçinin işine son verilirken geçerli bir sebebe dayanma veya işçinin savunmasını alma zorunluluğu olmadığını, davacının tüm yasal haklarının ödendiğini, işe iade şartlarının mevcut olmadığını belirterek, savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, şirketin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan tüzel kişiliğe haiz bir şirket olduğu, davalı şirketin yurtdışındaki B.İ. A.G.'nin irtibat bürosu veya şubesi olduğuna dair kayıt bulunmadığı, şir-

* Gönderen: Av. Şevket Güney BİGAT

ketlerin ve şahısların aynı amaca yönelik olarak değişik ülkelerde yasal mevzuatları elverdiği ölüde şirketler kurabileceği, şirketi temsile yetkili şahısların yurtdışında bulunan şirket tarafından atanmadığı, şirket ortakları tarafından belirlendiği, davacının da yurt dışında bulunan şirket tarafından atanmadığı, davacının iş sözleşmesini davalı şirket ile imzalanmış olduğu ve davacı tarafından ibraz edilen belgelerde Türkiye'deki kontrollerin davalı şirket tarafından ve davalı şirket adına yapıldığı, davacının da işlemleri davalı şirket adına gerçekleştirdiği, banka kayıtlarının incelenmesinde davalı şirket tarafından kontrolü yapılan şirketlerin kontrol ücretlerinin davalı şirket hesabına yatırıldığı, davalı şirket ile yurtdışındaki şirket arasında ortaklar yönünden organik bağ bulusa bile davalı şirketin, İsviçre'deki şirketin Türkiye'deki şubesi olmayıp, davalı şirketin merkezi yurt dışında olan yabancı bir şikette ticari ilişkisi veya ortakları yönünden organik bağ içinde bulunmasının davalı şirketin Türkiye'de Türk Kanunlarına göre kurulmuş ayrı bir şirket olması gerçeğini değiştirmeyeceği karşısında yurt dışındaki işçi sayısının davalı şirkette çalışan işçi sayısına dahil edilmesi mümkün olmadığından ve buna bağlı olarak davacının işyerinde çalışan işçi sayısı yönünden iş güvencesi hükümlerine tabi olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir

Taraflar arasında fesih tarihi itibarıyla işverence otuz veya daha fazla işçi çalıştırılıp çalıştırılmadığı ve dolayısıyla davacının işgüvencesi kapsamında kalıp kalmadığı uyuşmazlık konusu olup, normatif dayanak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasına göre iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak için otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışmak gerekir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan sayısı bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir İşçi sayısına ilişkin bu hüküm nispi emredici olduğundan, daha az işçi sayısını öngören sözleşme hükümleri geçerli kabul edilmektedir.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde fesih bildiriminin işçiye ulaştığı tarih itibarıyla belirli-belirsiz süreli, tam-kısmi süreli, daimi-mevsimlik sözleşmelerle çalışan tüm işçiler dikkate alınır.

Kanun koyucu tarafından yurtdışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzeltme yapılmadığı gibi aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Uluslararası çalışan ve birçok ülkede işyeri açan bir kuruluşun açtığı işyerini bulunduğu ülke mevzuatına göre kurması ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik alması, aynı iş kolunda birçok işyeri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle uluslararası çalışan ve Türkiye'de şuesi ya da

acentesi bulunan şirketler bakımından Türkiye'deki işyerinde çalışan işçi sayısının 30'dan az olduğu gerekçesi ile o işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yoksun bırakılması yasanın gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun olmayacaktır.

Somut olayda, davalı şirketin uluslararası alanda faaliyet gösteren ve Türkiye'de şubesi bulunan bir şirket olduğu, Türkiye'de 7, dünya genelinde ise binlerce çalışanı olduğu hususları taraflar arasında ihtilaflı olmayıp ihtilaf, yurt dışındaki şubelerde çalışan işçilerin de işçi sayısı ve iş güvencesi hükümleri bakımından dikkate alınıp alınmayacağı noktasındadır. Yukarıda belirtilen ilkeler ve benzer olaylarda Dairemiz ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlar gözetildiğinde, davalı işyeri bakımından fesih tarihinde 30 işçi şartının oluştuğunun kabulü ile esasa girildiğinde davacıya kıdem ve ihbar tazminatının ödenerek iş akdinin feshedildiğinin tartışmasız olduğu ancak feshin İş Kanunu 19. maddesine göre yazılı olmadığı ve sebepleri açıkve kesin bildirilmediğinden fesih konusunda yasadaki usule uyulmadığı anlaşıldığından, eshın geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile 30 işçinin belirlenmesinde salt Türkiye'de çalışan işçi sayısının nazara alınmasının gerektiği gerekçesiyle davanın reddi isabetli olmamıştır.

Yukarıda açıklanan sebeplerle 4857 sayılı Kanun'un 20/3 maddesi gereğince mahkemece verilen kararın bozularak ortadan kaldırılması ve Dairemizce aşağıda yazılı hükmün kurulması gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1. Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA**,
2. Feshin **GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE**,

3. Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 aylık brüt ücreti tutarında **BELİRLENMESİNE**,

4. Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalıdan tahsilinin **GEREKTEĞİNE**,

5. Alınması gereken 20,20 TL harçtan peşin yatırılan 25,20 TL harcın tenzili ile bakiye 4,00 TL harç giderinin davalıdan tahsili ile Hazine'ye gelir kaydına,

6. Davacının yapmış olduğu 167,90 TL'dan ibaret olan yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7. Karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT'ne göre 1.800,00 TL avukatlık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

8. Dosyada bulunan kullanılmayan gider ve delil avanslarının ilgisine iadesine

9. Peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 17.02.2016 tarihinde oybirliğiyle **KESİN** olarak karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

YILLIK İZİN ÜCRETİ • HESAP YÖNTEMİ

ÖZET: Yıllık izin ücretinin çıplak brüt ücrete göre hesaplanması gerekir.*

Y.9 HD. E. 2012/35515, K. 2014/4680, T. 17.2.2014

Somut olayda davacı, davalı Bakanlığa ait hastanede alt işveren işçisi ve temizlik görevlisi olarak 17.02.2006-14.11.2010 arasında, aylık çıplak bürüt 760,50 TL, 144,98 TL yol ve yemek parası dahil giydirilmiş brüt 905,48 TL ücretle çalışmıştır.

Mahkemece, davacının yıllık izin ücreti alacağı, kullanılmıyayan 56 günlük izin karşılığı $56 \times 905,48 / 30 = 16.90,22$ TL brüt olarak hesaplanıp hüküm altına alınmıştır.

Yıllık izin ücreti, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. maddesindeki geniş anlamda ücret niteliğinde olmayan, bağımsız fesihle birlikte alacağa dönüşün muaccel olan ve İş Kanunu'nun 59. maddesinde açık hüküm bulunmadığından çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanması gereken, temerrüt tarihinden itibaren yasal faize tabi bir alacaktır.

Mahkemece, davacının yıllık izin ücreti alacağının giydirilmiş brüt ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17.02.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

* Gönderen: Av. Ergün KIRCI

DEVLET HASTANESİ İŞÇİSİ • DAVADA HUSUMET

ÖZET: Devlet hastanesinin tüzel kişiliği bulunmadığından T.C. Sağlık Bakanlığı'na tebliğ yapılarak davaya devam edilmelidir.*

Y 9.HD E. 2012/9739, K. 2014/15154, T. 12.5.2014

A) Davacı İsteinin Özeti:

Davacı, davalı Z.D.H.'inde alt işveren işçisi ve temizlik görevlisi olarak çalışırken haksız şekilde işten çıkarıldığını iddia ederek, kıdem-ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretinin ödetilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Z.D.H. Başhekimliği vekili, davacının alt işveren şirketin işçisi olduğundan husumet yokluğundan davanın reddini istemiştir.

Davalı Şirketler, davaya cevap vermemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı Z.D.H. Başhekimliği vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Somut olayda, dava dilekçesinde davalı olarak, Z.D.H. gösterilmiş, mahkemece bu davalıya tebligat yapılmış, davalı Z.D.H. aleyhine hüküm kurulmuştur.

Z.D.H.'nin tüzel kişiliği ve taraf sıfatı bulunmadığından dava dilekçesinin T.C. Sağlık Bakanlığı'na tebliğ edilip yargılamaya devam edilmesi gerekirken mahkemece taraf teşkili sağlanmadan karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, 12.05.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

* Gönderen: Av. Ergün KIRCI

ŞARTLI İSTİFA DİLEKÇESİ • KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: “Kıdem ve ihbar tazminatları ödenmek” üzere verilmiş olan dilekçeyi alarak işleme koyan işverenin dilekçedeki şartları kabul ettiği dikkate alınmalı ve işçinin ihbar ve kıdem tazminatı talebi kabul edilmelidir.

Y. 9 HD E.2012/33394, K. 2014/25488, T. 08.09.2014

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalıya ait işyerinde 31/07/2003 tarihinde davalı işyerinde çalışmaya başladığını, iş akdi haklı ve geçerli hiçbir neden olmaksızın 08/02/2010 tarihi itibarıyla feshedildiğini, davalı işverene 12/01/2010 tarihli dilekçe ile müracaat ettiğini ve 08/02/2010 tarihi itibarıyla yasal tazminatlarının tarafına ödenmesini ve ayrılmak istediğini belirttiğini, ancak bilahare 08/02/2010 tarihli dilekçesi talebini geri çektiğini bildirdiğini, davalı işverenin iş akdini 08/02/2010 tarihi itibarıyla haklı ve geçerli hiçbir neden olmadan feshettiğini, kıdem ve ihbar tazminatlarının da ödemediğini, 12/02/2010 tarihli ibraname imzalandığını, bu ibraname ile “kıdem-ihbar tazminatı dahil iş yasasından kaynaklanan tüm talep ve dava hakkı saklı kalmak kaydıyla fesih bildirimi niteliğindeki bu ibranameyi imzaladığını beyanla fazlaya ilişkin hak ve alacakları saklı kalmak kaydı ile 1.000 TL Kıdem, 1.00 TL ihbar tazminat alacakları toplamı 2000 TL’nin tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının işyerindeki görevinden kendisinin istifa ettiğini, bizzat kendisinin hazırladığı ve tarafından imzalanan 12/01/2010 tarihli istifa dilekçesini, yine bizzat davacının kendisinin Özgür iradesi ile doğrudan işverene 14/01/2010 tarihinde Bizzat Elden vererek ve dilekçesinin işleme konulmasını istediğini, davacının kimseden etkilenmeden elden İŞVERENE verdiği bu istifa dilekçesi, aynı gün 14/02/2010 tarihinde işveren tarafından işleme konulduğunu, davacının 12/01/2010 tarihli görevinden 08/02/2010 tarihi itibarıyla AYRILMAK İSTİYORUM gereğini arz ederim demek suretiyle istifa ettiğini, istifanın ŞARTA BAĞLI istifa olmadığını, istifanın tazminat koşuluna bağlanmadığını, tazminat ödenirse ayrılırım, ödenmezse ayrılmam iradesi bulunmadığını, dilekçede irade beyanı, istifa ediyorum ama iyi işçi olduğumdan tazminatlarını istiyorum denildiğini, tazminat talebini kabul edip etmemekte davalı işverenin serbest olduğu-

nu, nitekim işveren tarafından tazminat isteninin kabul edilmeyeceğini, dilekçenin arkasına AYNI GÜN verilen istifa ettiğine göre tazminat alamaz şerhi ile da açılmamış ve aleniyet ve hüküm kazandığını beyanla haksız ve yasal dayanaktan yoksun davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti0

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının Kartal I. İş Mahkemesinin 2010/186 esas sayılı dosyası ile işe iade davası ikame ettiğini ve mahkememizce bekletici mesele yapılan Kartal 1 İş Mah.2010/186 E-721 K. sayılı dava dosyasının Yargıtay'dan 9/3/2012 tarihi itibarı ile onanarak kesinleştiği, mahkemenin gerekçesinde davacının 14.1.2010 tarihli dilekçe baskı altında verdiğini ifade etmediği, 8.2.2010 tarihi itibarı ile işten ayrılmak istediğini ifade etmiş olduğunun tespit edildiği ve iş sözleşmesinin davacının isteği üzerine gerçekleştiğinin belirtildiği ve maddi vakanın Yargıtay onamasından geçerek kesinleştiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili yasal süreci içinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Davacının imzasını taşıyan ve işe iade davasında karara dayanak yapılan 12.01.2010 tarihli istifa dilekçesi şartlı olarak kıdem ve ihbar tazminatları ödenmek üzere verilmiş olup, bu dilekçesin davalı işverence işleme konulması durumunda Dairemizin yerleşik uygulamasına göre davalının dilekçedeki koşulları da kabul ettiğinin dikkate alınması gerekir.

Kaldı ki, davacı tarafından açılan ve red ile sonuçlanan işe iade davasında feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiş ve bu husus kresinleşmiştir. Açıklanan durum karşısında davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü gerekirken yanlıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde taleplerin reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 08.0.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EMSAL ÜCRETLER • ORTALAMA MİKTAR

ÖZET: Emsal ücret araştırması sonucunda elde edilen ücret miktarlarının ortalamasına göre işçinin ücreti tespit edilmelidir¹⁰

Y 9.HD. E. 2014/5603, K. 2014/39385, T. 22.12.2014

Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Davacı işçi, 1400 Avro net ücret aldığını ve yanında barınma ve üç öğün yemeğin de işverence karşılandığını iddia etmiş, davalı işveren ücretin 4.50 Avro/saat olduğunu savunmuştur.

Davacı tanığı iddiayı doğrulamış, davalı tanık dinletmemiştir. Yapılan emsal ücret araştırmasında emsal ücret 3.000 - 3.500 TL/net olarak tespit edilmiş, mahkemece savunmaya itibarla hesap yapan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulmuş ise de, varılan **SONUÇ** dosya kapsamına ve toplanan delillere uygun değildir.

Davacı işçi davalının Libya, Arnavutluk ve Afrika şantiyelerinde aşçı olarak çalışmıştır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında davacı işçinin ücretinin taleple bağlılık ilkesi de dikkate alınarak, emsal araştırması ile tespit edilen miktar ortalamasına göre belirlenip, alacakların bu ücrete göre hesap edilmesi gerekirken, eksik belirlenen ücrete göre yapılan hesaba itibarla hüküm kurulması hatalıdır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin doğru olarak hesap edilip edilmediği noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin hesabında bordrodaki tahakkuklar dışlanmış ise de, bordroların bu anlamda gerçeği yansıtmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin 2011/625 Esas, 2013/1055 Karar sayılı dosyasındaki 26/09/2011 tarihli bilirkişi raporundaki bordrolara yönelik inceleme ve değerlendirme yerindedir. Bu rapor da dikkate alınarak gerekirse ek rapor alınarak sonuca gidilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

Hükmedilen miktarların net mi yoksa brüt mü olduğunun hükümde

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.12.2014, T. 2014(5602-39384 sayılı kararı da aynı doğrultudadır.

belirtilmemesinin infazda tereddüde yol açacağının düşünülmemesi de isabetsizdir.

SONUÇ:

Temyiz ounan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgisine iadesine, 22/12/2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İHBAR TAZMİNATI • FESİH BİLDİRİMİ

ÖZET: İşçinin tek taraflı ücretsiz izine çıkarılması iş akdinin feshi anlamına gelir.

Mevsimlik işte ya da askı süresi sonunda işçinin işe çağrılmaması da fesih anlamındadır.

Fesih bildirimi yazılı yapılmalıdır. Ancak bu koşul geçerlilik değil, ispat koşuludur.

İşverenin feshinin ardından henüz ihbar tazminatı ödenmeden işçinin emeklilik başvurusunda bulunması işveren tarafından gerçekleştirilen feshi ortadan kaldırmayacaktır.

İş Kanunundaki bildirim süreleri kısaltılamaz ve ortadan kaldırılamaz.

Bildirim süresi en fazla ihbar tazminatı ve kötünîyet tazminatı süreleri kadar uzayabilir.

İş sözleşmesini haklı nedenlerle fesheden taraf, fesih haklı nedene dayansa dahi ihbar tazminatı alamaz. Askerlik, evlilik gibi feshlerde işveren işçiden ihbar tazminatı isteyemez.

İşçiye yeni iş arama izninin kullandırılmamış olması ihbar önelini gecersiz kılamaz. İhbar tazminatı da kıdem tazminatında olduğu gibi giydirilmiş ücrete göre hesaplanır.*

Y9. HD. E.2014/22908, K.2015/34195, T.02.12.2015

İhbar önelleri ve ihbar tazminatı yönlerinden taraflar arasında uyumsuzluk söz konusudur.

İş sözleşmesi taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırabilme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.

* Gönderen: Av. Şevket Güney BİGAT

Maddede düzenlenen bildirimli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanınması gerekmez.

Fesih bildirimi bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukuki alanını etkilediğinden, açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimi geçerli değildir.

Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkarabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmektedir.

Mevsimlik ya da vizesi yönünden ise, askı süresinin bitiminde veya mevsim başlangıcında işçinin işe çağırılmaması, Dairemizce işverenin feshi olarak değerlendirilmektedir (Yargıtay 9.HD. 18.4.2006 gün 2006/4823 E. 2006/10605 K.)

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanununun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazalı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hakimiyet alanına girdiği andır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaşması ile sonuçlarını doğurur ve bundan tek taraflı olarak dönülemez. Dairemizce, daha önce verilen kararlarda, derhal yapılan fesihlerde henüz ihbar tazminatı ödenmemişken ve yine ihbar öneli içinde işçinin emeklilik başvurusu hali, işçinin emeklilik suretiyle feshi olarak değerlendirilmekteydi. Bu halde işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz ise de, kamu kurumları bakımından kıdem tazminatı hesabında daha önce borçlanmış olduğu askerlik süresinin dikate alınması gerekmekteydi. Kamu kurumu işyerleri bakımından askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına yansıtılması noktasında işçi lehine olarak değerlendirilebilecek bu husus, işçinin ihbar tazminatına hak kazanamaması yönüyle de işçinin aleyhinedir. Dairemizin, derhal feshin ardından önel içinde işçinin emeklilik için dilekçe vermesi halinde feshin işçi tarafından gerçekleştirildiği görüşü, işe iadeyle ilgili iş güvencesi hükümleri de dikkate alındığında, 4857 sayılı İş Kanununun sistematğine uygun düş-

memektedir. Gerçekten açıklanan çözüm tarzında, işveren feshi yerine emeklilik sebebiyle işçinin feshine değer verildiğinden, işçi iş güvencesinden de mahrum kalmaktadır. Bu nedenle, işverenin derhal feshinin ardından, işçinin ihbar tazminatı ödenmediği bir anda yaşlılık aylığı için tahsisde bulunmasının, işveren feshini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir. Dairemizce, konunun bütün yönleriyle ve yeniden değerlendirilmesi sonucu, işverence yapılan feshin ardından ve henüz ihbar tazminatı ödenmediği bir sırada işçinin emeklilik için başvurusunun işçinin emeklilik sebebiyle feshi anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır. Dairemizin 2008 yılı ve sonrasında vermiş olduğu kararlar bu doğrultudadır (Yargıtay 9. HD 26.6.2008 gün 2007/24004 E. 2008/17671 K.).

Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı Yasanın 17 nci maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir. Ancak, bildirim önellerinin arttırılabileceği belirtilmiş olmakla birlikte, Yasada bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırın hakim tarafından belirlenmesi ve en fazla ihbar ve kötüniet tazminatlarının toplamı kadar olması gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9 H.D. 21.3.2006 gün 2006/109 E. 2006/7052 K., 14.7.2008 gün 2007/24490 E, 2008/20203 K.).

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın ve usulüne uygun bildirim öneli tanımadan fesheden tarafın, karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminattır. Buna göre, öncelikle iş sözleşmesinin Kanunun 24 ve 25'inci maddelerinde yazılı olan nedenlere dayanmaksızın feshedilmiş olması ve 17 inci maddesinde belirtilen şekilde usulüne uygun olarak ihbar öneli tanınmamış olması halinde ihbar tazminatı ödenmelidir. Yine haklı fesih nedeni bulunmakla birlikte, işçi ya da işverenin 26'ncı maddede öngörülen hak düşürücü süre geçtikten sonra fesih yoluna gitmeleri durumunda, karşı tarafa ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü doğar.

İhbar tazminatı, iş sözleşmesini fesheden tarafın karşı tarafa ödemesi gereken bir tazminat olması nedeniyle, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmaz. İşçinin 1475 sayılı Yasanın 14'ün8cü maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan fesihlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez.

Yasada ihbar tazminatının miktarı "bildirim süresine ait ücret" olarak belirlenmiştir. Buna göre ihbar tazminatı, yasadaki doğan götürü tazminat olarak nitelendirilebilir. Bu niteliği itibarıyla Borçlar Kanununun

125'ninci (6098 sayılı TBK 146) maddesine göre on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

İşçiye bildirim süresi içinde yeni iş arama izninin kullandırılmamış olması, tanınan ihbar önelinin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz (Yargıtay 9 HD. 1.12.2009 gün 2008/11880 E, 2009/32502 K.)

İhbar tazminatının hesabında Kanunun 32'nci maddesinde yazılı olan ücrete ek olarak, işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülebilir menfaatler de dikkate alınır. Ücret dışında kalan parasal hakların bir yılda yapılan ödemeler toplamının 365'e bölünmesi suretiyle bir günlük ücrete eklenmesi gereken tutar belirlenir.

Somut olayda ihbar tazminatı haksız feshe muhatap olan tarafça talep edilebileceğinden, haklı nedenle olsa dahi iş sözleşmesini fesheden davacının ihbar tazminatı talep edemeyeceği gözetilmeden bu alacağın hüküm altına alınması doğru değildir.

F) **SONUÇ:**

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.12.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞÇİ ALACAKLARI • KİSMİ ÖDEME • MAHSUP YÖNTEMİ

ÖZET: İşçinin birden fazla alacağının bulunması halinde yapılan kısmi ödemeden; önce normal ücret, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil ücretleri mahsup edilir; kalan miktardan kıdem ve ihbar tazminatı mahsuy edilir. Bu noktada önce kıdem tazminatı mahsup edilir. Kalan miktar da ihbar tazminatı ve izin ücretinden orantılı olarak mahsup edilir.

Y. 9 HD E. 2014/20871, K. 2015/12561, T. 31.3.2015

Uyuşmazlığın normatif dayanağı Borçlar Kanununun 84-86 maddeleridir. Borçlar Kanununun 84'üncü maddesinde "Borçlu faizk veya masrafları tediye gecikmiş değil ise kısmen icra eylediği tediye resülmale mahsup edebilir. Alacaklı alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya sair teminat almış ise borçlu kısmen icra eylediği tediye temin edilen veya

teminatı daha iyi olan kısma mahsup etmek hakkını haiz değildir” kuralına yer verilmiş; 85’nci maddesinde “birden fazla borcu bulunan borçlu, borçları ödemek zananında bu borçlardan hangisini tediye etmek istediğini alacaklıya beyan etmek hakkını haizdir. Borçlu beyanatta bulunmadığı surette vukubulan tediye kendisi tarafından derhal itiraz edilmiş olmadıkça alacaklının makbuzda irae ettiği borca mahsup edilmiş olur” hükmü öngörülmüş, 86’ncı maddede ise “kanunen muteber bire beyan vaki olmadığı yahut makbuzda bir güne mahsup gösterilmediği takdirde, tediye muaccel olan borca mahsup edilir. Meteaddit borçlar muaccel ise tediye, borçlu aleyhinde birinci olarak takip edilen borca mahsup edilir. Takibat vaki olmamış ise tediye, vadesi iptida hulül etmiş olan borca mahsup edilir. Müteaddit borçların vadeleri aynı zamanda hulül etmiş ise mahsup mütenasiben vaki olur. Hiç bir borcun vadesi hulül etmemiş ise alacaklı için en az teminatı haiz olan borca mahsup edilir” kuralı düzenlenmiştir

II. Genel Hükümler Yönünden Değerlendirme

Borçlar Kanununun yukarıda belirtilen hükümleri öncelikle muacceliyet ve temerrüt kavramlarının açıklanmasını gerektirmektedir.

Muacceliyet, alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisidir. Borç muaccel olmadan borçlu temerrüdü söz konusu olmaz.

Temerrüt, en kısa tanımıyla, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) hale gelmiş bir borcun ifasındaki gecikmedir. Kural olarak, bu tür (muaccel) bir borcun borçlusu alacaklının ihtar ile temerrüde düşer (BK. m. 101/1). Başka bir ifadeyle temerrüdün söz edilebilmesi için, öncelikle muaccel bir borcun ve alacaklısının o borca yönelik ihtarının bulunması gerekir. Kural böyle olmakla birlikte, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarının gerekmediği bazı durumlar da vardır; Örneğin, ifa gününün taraflarca birlikte kararlaştırıldığı (BK m. 101/2), borçlunun borcu ifa etmeyeceğini bildirmiş olduğu veya hal ya da durumundan bu sonuca varılabildiği (BK m. 107/1) durumlarda, temerrüdün gerçekleşmesi için alacaklının ihtarına gerek yoktur.

Tek bir borç ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, borçlu para borcunun faiz ve masraflarını ödemede temerrüde düşmemişse yaptığı kısmi ödemeyi ana para borcuna mahsup etme hakkına sahiptir. Ancak, para borcunun bir kısmı için kefalet, rehin veya benzeri bir teminat verilmişse, yapılan kısmi ödemenin teminatlı olan borca mahsubu istenemez. Bu durumda, kısmi ödemenin teminatsız olan ya da teminatı daha az

olan borca mahsubu gerekir. Borçlu, faiz ve masrafları ödemede temerrüde düşmüşse yaptığı kısmi ödeme öncelikle gecikmiş faiz ve masraf borçlarına mahsup edilecektir. Hukuk Genel Kurulunun 27.9.2000 tarih ve 200/12-1148 esas, 2000/1148 esas, 2000/1193 karar sayılı ilamında da vurgulandığı üzere, Borçlar Kanununun 84'üncü maddesi gereğince; ödemelerin öncelikle asıl alacaktan düşülebilmesi için, borçlunun faiz ve masrafları ödemede gecikmemiş olması zorunludur. Gecikme ve alacaklının iradesini açıklaması halinde, ödenen kısmın öncelikle faizden düşülmesi gerekir. İcra takibi, ödemeye ihtirazi kayıt konulması irade açıklamasıdır.

Birden fazla borcu bulunan borçlunun yaptığı ödeme, ifa zamanında beyan ettiği borca mahsup edilir. Borçlu, ödeme sırasında yapılan ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu beyan etmemiş veya alacaklının makbuzda belirttiği borca derhal itirazda bulunmamışsa makbuzda belirtilen borca mahsup edilmelidir.

Birden fazla para borcunun ulunduğu bir borç ilişkisinde, borçlunun, yapılan kısmi ödemenin hangi borç için mahsup edildiğini belirtmemesi, alacaklının da ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu makbuzda göstermemesi durumunda, kısmi ödemenin hangi borca mahsup edileceği sorunu Borçlar Kanununun 86'ncı maddesine göre çözümlenmelidir. Bu gibi durumlarda, kısmi ödeme öncelikle muaccel olan borç için yapılmış sayılır. Ödeme zamanında birden fazla borç muaccel hale gelmişse, ödeme ilk takibe konulan borca mahsup edilir. Muaccel olan borçlardan hiçbirisi takibe verilmemişse kısmi ödeme ifa zamanı önce gelen borca mahsup edilmiş sayılır. Borçların ifa zamanları (vadeleri) aynı günde gelmişse yapılan kısmi ödeme borçların miktarlarıyla orantılı olarak mahsup edilir. Borçlardan hiçbirinin ifa zamanı gelmemişse, kısmi ödeme alacaklı için güvencesi en az olan borca mahsup edilmiş sayılır.

III. İşçi Alacakları Yönünden Değerlendirme

İş sözleşmesinden doğan para borçlarının kısmi ifasında, mahsubun ne şekilde yapılacağı ile ilgili 4857 sayılı İş Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından, Borçlar Kanununun yukarıda belirtilen genel hükümleri kapsamında sorun çözümlenmektedir. İşçinin işverenden bir alacağının, örneğin sadece kıdem tazminatı alacağının bulunduğu durumlarda, kısmi ödeme nedeniyle mahsup işlemi Borçlar Kanununun 84'üncü maddesi çerçevesinde yapılacaktır. Dairemiz uygulamasına göre, temerrüde düşmüş olan işverenin yaptığı kısmi ödeme işçinin bu hususta beyanda bulunup bulunmadığına bakılmaksızın öncelikle faiz ve masraflara mahsup edilmelidir.

Borcun taksitle ödenmesi konusunda yapılan anlaşma aksi göngörülmemişse, kural olarak, işçinin faiz talebinden vazgeçtiğini kapsar. Ancak, bu sonuç işverenin taksit anlaşmasına uygun hareket etmesine bağlıdır. İşverenin taksitlerden birini zamanında ödememesi halinde, işçinin faizle ilgili feragati geçersiz hale gelir ve sadece ödenmeyen taksit için değil, tüm alacak için faz talep hakkı doğacaktır. Bu durumda ödenmiş olan önceki taksitlerin öncelikle faiz ve masraflara mahsubu gerekecektir. Kuşkusuz taksit sözleşmesinin işçinin serbest iradesi ile meydana gelmesi gerekir.

İşçinin birden fazla alacağının söz konusu olması halinde, yapılan kısmi ödemenin hangi alacağa ilişkin olduğu işveren tarafından ödeme sırasında belirtilmemiş ve işçi tarafından da bu husus makbuzda gösterilmemiş ise, mahsup işlemi Borçlar Kanununun 86'ncı maddesine göre yapılacaktır. İş Kanununda işçinin sözleşme ve kanundan doğan alacaklarının muacceliyet ve vade zamanları konusunda değişik hükümler öngörölmüştür.

4857 sayılı İş Kanununa göre ücret en geç ayda bir ödenir (m 32/5). İş hukuku mevzuatımızda Basın İş Kanununun 14 üncü maddesi hariç, ücretin peşin ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle ücret, çalışılan ayı takip eden aybaşında muaccel hale gelmektedir. Fazla mesai, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin muacceliyet tarihleri normal aylık ücret gibidir. İşçinin ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti sözleşmenin feshi ile muaccel hale gelir.

1475 sayılı İş kanununun 14 ve 4857 sayılı İş Kanunun 120'nci maddesi uyarınca, işveren kıdem tazminatı borcu bakımından iş sözleşmesinin feshedilildiği tarihte temerrüde düşer. Yukarıda belirtilen diğer tazminat ve alacaklar bakımından ise, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları ödeme zamanı ya da işçi tarafından gönderilecek ihtarnamede belirtilen ödeme günü itibariyle işverenin temerrüdü gerçekleşir.

Buna göre örneğin, 5.000 TL ihbar tazminatı, 7.500 TL kıdem tazminatı, 2.500 TL ücret, 2.000 TL fazla mesai ve 500 TL yıllık izin ücreti alacağı olmak üzere takibe konu yapılmamış toplam 17.500 TL alacağı olan bir işçiye işveren tarafından yapılacak 15.000 TL lik bir kısmi ödeme, öncelikle muaccel olan normal aylık ücret ve fazla mesai alacağına ilişkin borçlarına mahsup edilmelidir. Kalan miktar ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti borcuna mahsup edilecektir. Anılan borçların muacceliyet tarihleri aynı olduğundan, temerrüt tarihi önce gerçekleşmiş olan borca yani kıdem tazminatına mahsup edilecektir. Kalan 3.000 TL'lik ödemenin, ihbar ve izin ücreti borcuna mahsubu anılan borçların muacceliyet

ve temerrüt tarihlerinin aynı olması nedeni ile miktarları ile orantılı olarak yapılacaktır. Kalan toplam borç 5.500 TL olup, ihbar tazminatının bu miktara oranı $5.000/5.500=10/11$, izin ücretinin oranı $500/5=1/11$ olmakla, $3.000 \times 10/11=2.727$ TL ihbar tazminatına, $3.000 \times 1/11=273$ TL izin alacağına mahsup edilecektir. Böylece işverenin 2.273 TL ihbar tazminatı, 227 TL izin ücreti olmak üzere toplam 2.500 TL borcu kalmış olacaktır.

Somut olayda, davacı işçinin banka hesabına 05.06.2006 tarihinde işveren tarafından 3.500,00 TL ödeme yapıldığına dair banka ödenti belgesi sunulduğu anlaşılmaktadır. Davacıdan bu ödeme belgesine karşı diyeceklerinin sorularak, soncuna göre bu miktarın işçilik alacaklarından mahsup edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmemesi hatalıdır.

3- Hükmedilen tazminat ve ücretin net mi yoksa brüt mü olduğunun hükümde belirtilmemesinin kararın infazında tereddüt yaratacağının düşünülmemesi de isabetsizdir.

F) **SONUÇ:**

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 31.03.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞE İADE DAVASI • 10 GÜNLÜK SÜRE

ÖZET: Kararın kesinleştiğini bir aylık süre içinde öğrenme imkanı bulunan işverenin kesinleşen kararın tebliğinden sonra işe başlatılma başvurusunda bulunmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralları ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca bu hususta belirtmek gerekir ki, kesinleşen kararın tebliği işçinin başvurusu ile ilgilidir. Bu sebeple kesinleşen kararın işverene tebliğine dahi gerek yoktur.*

Y. 9 HD E. 2014/22187, K. 2015/34767, T. 08.12.2015

A) Davacının İsteminin Özeti:

Davacı, kesinleşen işe iade kararı üzerine noterden gönderdiği ihtarname ile işe iade başvurusunda bulunduğunu, bir aylık süre içinde işe başlatılmadığını herhangi bir ödeme yapılmadığını iddia ederek fark kıdem tazminatı, boşa geçen süre ücreti, iş güvence tazminatı ile vekalet ücreti ve yargılama giderinin tahsili için icra takibi yaşattığını, davalı tarafından itiraz edilmesi üzerine itirazın iptali ile takibin devamına, davalının %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının kanuni üresi içinde herhangi bir başvurusu bulunmadığını, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesindeki düzenleme uyarınca kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene aşvuruda bulunmasının zorunlu olduğunu, bu süre içinde başvuruda bulunmadığı için işverence yapılmış olan feshin geçerli fesih sayılacağını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davacının kesinleşen kararın tebliğinden önce yaptığı işe iade başvurusunun kanuni süreci içinde yapılmış bir başvuru olmadığı ve kararın kesinleşmesinden sonra yapılmış bir başvurusu da bulunmadığından işverenlikçe yapılan feshin geçerli hale geldiği ve davacının işe iade kararında öngörülen mali sonuçları talep hakkı olmayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

* Gönderen: Av. Cem TUNÇBİLEK

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Taraflar arasında davacının kesinleşen işe iade kararını internet üzerinden öğrenmesi ile işe başvuru hakkının doğup doğmadığı, onama ilamının tebliğini beklemesi gerekip gerekmediği uyuşmazlık konusudur.

Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinde düzenlenmiştir.

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 miktarında belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

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 sürelerle 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.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hibir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.

Somut uyuşmazlıkta, İstanbul 9. İş Mahkemesinin 2009/340 esas sayılı davacının işe iade ilişkin kararın Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 27.12.2010 tarihli onama ilamı ile kesinleştiği davacı vekilinin 28.01.2011 tarihinde internet üzerinden öğrenmesi üzerine uzun süren yargılama sebebi ile davacının daha fazla mağduriyet yaşamaması için 28.01.2011 tarihinde Kadıköy 17. Noterliğinden keşide olunan işe iade başvurusu yaptığı anla-

şılmaktadır. 4857 sayılı Kanun'un 21/5. maddesinde işçinin kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Kanunda düzenlenen on işgünlük başvurus üresi hak düşürücü süredir.

Çağımızda internet üzerinden birçok bilgi ve belgeye ulaşılabilmektedir. Ulusal yargı ağı projesi de bu kapsamda bilgi ve teknolojinin daha etkin kullanılması amacı ile kurulmuştur. Her ne kadar Mahkemece davacının kesinleşen kararın tebliğinden önce yaptığı başvurunun kanuni ve süresi içinde yapılmış işe iade başvurusu olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş ise, davacının başvuru hakkı ihtarnamayı çektiği tarihte doğmuştur. Bu tarihten itibaren 4857 sayılı Kanun'un 21/5. maddesine göre davacı süresi içinde başvurmuştur. İş Kanunu 21/1 maddesine göre işveren, işçiyi başvurusundan itibaren bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Kararın kesinleştiğini bir aylık süre içinde öğrenme imkanı bulunan işverenin kesinleşen kararın tebliğinden sonra işe başlatılma başvurusunda bulunmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralları ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca bu hususta belirtem gerekir ki, kesinleşen kararın tebliği işçinin başvurusu ile ilgilidir. Bu sebeple kesinleşen kararın işverene tebliğine dahi gerek yoktur. Davacı ise, kararın kesinleştiğini öğrendiği tarihten itibaren süresinde başvurmuştur. Hal böyle iken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir

F) SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 1.100,00 TL duruşma avukatlık parasının karışı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08/12/2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: İşçinin ücretini ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımı ile ihbar ve kıdem tazminatının belirli olduğunu düşünmek isabetli değildir.

İzin ücreti bakımından da durum aynı şekildedir.

Fazla çalışma, genel tatil ve hafta tatili ücreti alacaklarının da davanın başında belirlenmesi mümkün değildir.

İşçilik alacaklarına, ilişkin davanın belirsiz alacak davası olduğu kabul edilmelidir.*

Y. 9 HD E.2015/14601, K. 2015/20243, T. 3.6.2015

A) Davacı Talebinin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı şirkete ait işyerinde 01/04/2003-11/07/2014 tarihleri arasında, müşteri ilişkileri operasyon müdürü olarak çalıştığını, iş akdinin emeklilik nedeniyle davacı tarafından feshedildiğini, iş aktinin feshi esnasında davacının net ücretinin 3.950 TL olduğunu, davacının yemek yardımından yararlandığını, davacının kıdem tazminatının ödenmediğini, davacının bazı yıllara ait ücretli izinlerinin işveren tarafından kullanılmadığını ve fesih esnasında izin ücretinin ödenmediğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ile izin ücreti, ücret ve ihtar gideri alacaklarını talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının kendi isteği ile işten ayrıldığını, davacının emeklilik nedeniyle iş aktini feshettiği yönündeki beyanının gerçek olmadığını, davacının kıdem tazminatına hak kazanmadığını, davacının ücretinin net 2.950 TL olduğunu, davacıya yemek yardımı, yol yardımı vb. adlar altında hiçbir yan ödeme yapılmadığını, davacının talep ettiği tüm alacaklarının ödendiğini savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, talep edilen alacakların davanın açıldığı anda hesaplanabilir ve belirlenebilir olduğu, davacının bu alacakları belirsiz alacak davası yoluyla talep etmesinde hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle, davanın usulden reddine karar verilmiştir.

* Gönderen: Av. Osman MERT

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Davaya konu işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı noktasında 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 hekme göre “Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir”. Şu hale göre davanın açıldığı tarihte alacak miktarının belirlenmesi imkansız ise belirsiz alacak davası açılabilir. Öte yandan alacaklı tarafından alacağın miktar veya değerinin tam olarak belirlenmesi beklenemez ise yine belirsiz alacak davası açılabilir.

Belirsiz alacak davasını düzenleyen HMK’nın 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 hakkuna ulaşmasını kısıtlayan şekilde ele alınması doğru olmaz.

Dava konusu alacak karşı tarafın vereceği bilgi veya belgelerle belirlenecek, 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 aldığımız, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 3, 8, 22, 28, 32, 37, 67. maddelerinde işverene çalışan her bir işçi yönünden kayıt tutma ve işçiye belge verme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Bütün yasal yükümlülüklerle uyan işveren bakımından kural olarak işçi alacaklarının belirsiz olduğundan söz edilemeyecektir. Zira işçinin çalışma süresinin tam olarak kayda geçirildiği, öz sözleşmesi ile ücreti, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlendiği, işçiye her ay ücret hesap pusulası verildiği, günlük ve haftalık iş sürelerinin işçiye ön-

ceden 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 yararlanılan işçinin ücreti ile eklerinin toplu iş sözleşmesinde yer alması sebebiyle işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Yine de hakimin taktir alanına giren manevi tazminat, taktiri indirimine 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 açılabilmesi ifade edilmiştir.

Gerekçede örnek olarak “keşif ve bilirkişi raporu” ile alacağın miktarının tesbit 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 getirmedğinde, 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 ombejkif olarak imkansız olması halinde belirsiz alacak davası açılabilir. 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 aldirarak 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 bikiyet ve tam olarak belirlemesi mümkün görülmemelidir. Ancak işyerinde hukuk müşaviri, personel uzmanı, muhasebe müdürü gibi konumda çalışan bir işçi bakımından aynı sonuca varmak mümkün olmayacaktır.

Belirsiz alacak davası hukuk sistemimize girmeden önce icra inkar tazminatına hak kazanma yönünden likit (belirli) olma kriteri içtihat olarak kabul edilmiştir. Bu kriterin, alacağın belirli olup olmamasında da dikkate alınabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. 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 edebir durumad olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez" (HKG. 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 E. 2010/397 K., HGK, Y. HGK. 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K).

Genel mahiyette bu açıklamalardan sonra işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olmayacağı noktasında Dairemizce belirlenen kriterler aşağıdaki gibidir;

Kıdem tazminatı hesabı için, işçinin çalıştığı süre, fasilalı çalışma olup olmadığı, bu süre içinde ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu alınıp alınmadığı, ücretsiz izin uygulaması olup olmadığı, grevde geçen sürenin varlığı, işçinin son ücreti, ücretin eki niteliğindeki ödemelerin son bir yıllık toplamı, işçiye sağlanan aynı hakların parasal değeri ve son bir yıllık ortalaması, ücretin eki mahiyetindeki ödemelerin devamlılık arz edip etmediği gibi konuların net olarak bilinebilmesi gerekir. Bu yüzden işçinin hesabın unsurlarına dair sözü edilen bir veya birkaç konuda belirsizlik halinde kıdem tazminatının başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün olamaz. HMK'nın 107. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere alacaklının "alacağın tamamını tam olarak" tespiti mümkün değildir. Bu nedenle hesabın unsurlarındaki tartışma ve belirsizlik, alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurur. Ancak ücret ve eklerine dair tartışma kıdem tazminatı tavan sınırlaması sebebiyle sonuca etkili değilse, kıdem tazminatının belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği düşünülmelidir.

İhbar tazminatı hesabı noktasında kıdem tazminat için sözü edilen tavan sınırlaması hariç, hemen hemen aynı verilere ihtiyaç vardır. İşçinin çalışma süresindeki tartışmanın ihbar süresine dair dilimi etkilemesi veya işçinin ücreti ve eklerindeki herhangi bir tartışma halinde ihbar tazminatı hesabı da belirsizdir.

İşçinin ücretini ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımı ile ihbar ve kıdem tazminatının her durumda belirli olduğunu söylemek isabetli bir yaklaşım olmaz. Çalışma süresine ve ücreti ile eklerine dair yasal yükümlülüğe rağmen işverence belge verilmemiş bir işçinin, işverende mevcut işyeri şahsi sicil dosyasına ulaşmadan ve işverence bilgi ve belge sunulmadan önce henüz dava açma aşamasında bu tür tazminatların tamamını ve tam olarak hesaplamasını beklemek ve bunu bir dava şartı olarak kabul etmek, hak arama özgürlüğünü zedeler. Bu konuda alınacak olan uzman raporun da hesap noktasında aynı belge eksiklikleri sebebiyle yeterli olmayacağı gibi, iş sözleşmesi yasal hakları ödenmeksizin feshedien işçiden dava öncesinde alacaklarını belirleyebilmek için hesap raporu almak yönünde bir masraf yapmasını beklemek de doğru olmaz.

Yıllık izin ücreti hesabının unsurları, işçinin çalışma süresi ve ücretin miktarıdır. İşverence yasal düzenlemelere rağmen bu yönlerden belge düzenleme ve işçiye verme yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması halinde işçinin yıllık izin ücretini dava öncesinde tam olarak belirlemesi mümkün olmayabilir. Bu açıdan çalışma süresi ve ücretin tartışmalı olması durumunda yıllık izin ücreti belirsiz alacak davasına konu edilebilir. Ancak çalışma süresi ve ücretin işçiye verilmiş veya ulaşabileceği belge ve kayıtlarla kesin olarak saptanabildiği hallerde yıllık izin ücretinin belirli olduğu ve belirsiz alacak davasına konu olamayacağı söylenebilecektir.

Fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücretler için ise çalışmaların tamamının puantaj kayıtlarına dayandırıldığı istisnai durumlar dışında hakimin takdiri indirimi söz konusu olduğundan, alacakların, davanın açıldığı aşamada tam olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu itibarla sözü edilen alacakların belirsiz alacak davasına konu edilebileceği ilke olarak kabul edilmektedir.

Hakimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak alacak miktarı veya değerinin belirlenmesi halinde alacak belirsizdir (Yargıtay 9 HD. 27.07.2012 gün ve 2012/1757 E. 2012/5742 K.).

Dairemizin kısmi dava ile ilgili verdiği bu ölçütleri kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K sayılı kararında “İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklar-

da, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru olmayacağını, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesinin daha doğru olacağını” açıkça belirtmiştir.

Aynı dava dilekçesinde birden fazla işçilik alacaklarının talep edildiği durumlarda davaların yığılmasından söz edilir ki, alacağın belirli olup olmadığı her bir alacak kalemi bakımından somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.10.2012 gün, 2012/9-838 E, 2012/715 K. sayılı kararı da bu yöndedir.

Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani aslilik-ferilik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davalaların yığılması dendiği yukarıda belirtilmiştir (HMK. Mad 110.) Birden fazla istemin yer aldığı ve işçi-işveren uyumsuzluklarında işçinin işçilik alacakları için açtığı davanın rönk teşkil ettiği bir dava türüdür. Davacı birçok talebini, tek bir dava dilekçesi ile talep etmektedir. Aslında kural olarak talep sayısınınca dava mevcuttur. Davacı her bir talebi için dava dilekçesinde olguları (vakıaları) ayrı ayrı belirtmek ve ispat yükü kendisinde ise ispat etmek zorundadır. Yapılan yargılamada her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapılır. Yargılama sonunda da her biri hakkında olumlu veya olumsuz karar verilir. İşte davaların yığılması halinde, davacının isteklerinin bir kısmı belirli bir kısmı belirsiz alacak davası konusu olabilir. Bu durumda talep edilen alacaklardan açıkça belirli olan ve tartışmalı olmayanlar için belirsiz alacak davası veya kısmi dava ile talepte bulunulamaz. Bu nedenle dava şartlarının da her talep açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bir talep için dava şartının yokluğu, dava şartı olan ve gerçekleşen talepler içinde davanın usulden reddini gerektirmez.

Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmını ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği takdirde, hakim hemen davayı reddetmememi, HMK’nın 115/2. maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağımı belirleyerek buna göre talepte bulunması için davacıya kesin süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir. Dairemiz kararları ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin kararları yönündedir (Yargıtay 9 HD. 26.01.2012 gün, 2014/1962 E, 2014/6034 K.; Yargıtay 9 HD. 27.02.2012 gün ve 2012/1757 E, 2012/5742 K.; Yargıtay 19 HT 16.01.2014 gün, 2013/17491 E, 2014/1332 K. Yargıtay 19. HD, 16.01.2014 gün, 2013/17366 e, 2014/1329 K.).

Alacağın belirsiz olması halinde alacaklı, belirsiz alacak davası açabileceği gibi kısmi dava olarak da alacağın tahsilini talep edebilir.

Dava dilekçesinde alacağın belirsiz olduğundan söz edilmiş olsa da, kısmi dava açıldığının ifade edilmesi halinde davanın türünün kısmi dava olarak kabulü gerekir. Zira alacak belirsiz ise kısmi dava yoluyla alacağın istenmesine engel bir durum yoktur. Bu ihtimalde ise kısmi dava ancak talep edilen kısım itibarıyla zamanaşımını keser. Yargılama ise alacağın belirlenen kalan kısmı ıslah veya ek dava ile talep edildiğinde arttırılan miktarlar bakımından faiz başlangıcı -kural olarak- talep tarihidir. Bu nedenle davanın türünün belirsiz alacak davası veya kısmi dava oluşunun sonuçları farklı olup, tereddüt halinde hakim tarafından bu husus davacıya açıklatılmalı ve davanın türü ön inceleme tutanağına yazılarak tahkikat aşamasına geçilmelidir.

Belirsiz alacak davası ise mevcut yasal düzenleme çerçevesinde üç değişik şekilde açılabilir. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davasının açılabilmesi HMK'nın 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 raszgele 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,pp TL olarak açıklamak suretiyle kıdem tazminatıyla ilgili belirsiz alacak tahsil davası açabilir. Bu advada, kayıtlarda geçen süre ve asgari ücrete göre belirlenebilen miktar talep edilmelidir. Başka bir anlatımla tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında alacaklı belirleyebildiği kadarıyla bir hesaplama yapmalı ve bu miktarı talep etmelidir. Dava dilekçesinde şimdilik kaydıyla farazi bir miktar (100,00 TL) gösterilmesi halinde, davanın, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak kasulü doğru olmaz.

Tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında, işverenin vereceği cevap, ön inceleme aşamasında bu yönde uzlaşma veya tahkikat aşamasında belirsizlik ortadan kalktığında, 107/2. maddeye göre davacı miktarı artırabilir ve alacağın tümünün tahkilini talep edebilir. Bu aşamada iddianın genişletilmesi yasağı devreye girmez.

HMK'nın 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak elirli hale geldiğin-

de 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 belirlentikten sonra artırılan kısım için fazi 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'nın 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'nın 107/2. maddesine göre miktarın artırılması mümkün değildir. Zira sözü edilen hüküm, beirsiz alacak davasının miktar belirtilmesi yoluyla eda davası biçiminde açılması halinde uygulama alanı bulabilir. An cak belirsiz alacak tespit davasında yapılan yargılama ile alacak belirlentikten sonra, davanın tamamen ıslahı suretiyle alacağın tahsili talep edilebilir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olaark açılması ve ardından ıslahla eda davasına dönüştürülmesinin, davanın belirli bir miktar üzerinden açılmasından farkı, faiz başlangıcı noktasında kendisini gösterir. Belirsiz alacak davası tespit daası olarak açıldığında faiz başlangıcı, alacakların raram 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 edilebilir. Zira alacaklı işveren veya resmî kurum kayıtlarında geçen belirleyebildiği miktarı davaya konu etmek yerine, fazari 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 alaktan söz edilmeksizin kısmi taleplerde bulunulması halinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilir.

Kısmi eda külli tespit davasının açıldığı anda alacağın tamamı için zaman aşımını 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 ileride talep edildiği tarihten itibaren faize karar verilmelidir.

6100 sayılı HMK'nın 114'üncü maddesinde davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartı olarak belirtilmiştir. Aynı yasanın 1115'inci maddesinde ise;

“(1) Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı norsanlığını her zaman ileri sürebilirler.

(2) Mahkeme, dava şartı norsanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.

(3) Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması halinde, davacının belirsiz alacak davası açması hukuki yararının varsayılacağını öngörmüştür. Kısaca dava açıldığında alacak belirli değil veya tartışmalı ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılması için hukuki yarar vardır.

Somut uyuşmazlıkta dava ve cevap dilekçelerinden, taraflar arasında

davacının aldığı ücret konusunda uyuşmazlık bulunduğu, tazminatların hesaplanmasında esas alınacak ücret miktarının belirsiz olduğu anlaşılmıştır.

Öncelikle yukarıdaki ilke kararımızda da açıkça belirtildiği üzere, kıdem tazminatı hesabı için, işçinin çalıştığı üsre, fasılalı çalışma olup olmadığı, bu süre içinde ihbar önelini altı hafta aşan istiharat raporu alınıp alınmadığı, ücretsiz izin uygulaması olup olmadığı, grevde geçen sürenin varlığı, işçinin son ücreti, ücretin eki niteliğindeki ödemelerin son bir yıllık toplamı, işçiye sağlanan aynı hakların pasal değeri ve son bir yıllık ortalaması, ücretin eki mahiyetindeki ödemelerin devamlılık arz edip etmediği gibi konuların net olarak bilinebilmesi gerekir. Bu yüzden işçinin hesabın unsurlarına dair sözü edilen bir veya birkaç konuda belirsizlik halinde kıdem tazminatının başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün olamaz. HMK'nın 107. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere alacaklının "alacağın tamamını tam olarak" tespiti mümkün değildir. Bu nedenle hesabın unsurlarındaki tartışma ve belirsizlik, alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, tazminatlara esas ücret miktarının davacı tarafca davanın açıldığı anda tam olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı açıkça anlaşılmıştır. Ücret konusundaki bu belirsizlik alacakları da belirsiz kılmaktadır. Dolayısıyla davacının belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararı vardır. Mahkemenin aksi yöndeki tespit ve değerlendirmesi hatalı olup kararın bozulması gerekmiştir.

Öte yandan, talep edilen alacakların belirli olduğu kabul edilse dahi, mahkemece davanın hukuki yarar yokluğundan (dava şartı noksanlığından) usulden reddine karar verilebilmesi için, 6100 sayılı HMK'nın 115'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davacı tarafa dava şartı eksikliğini gidermesi için bir başka ifadeyle belirsiz olan alacaklarını belirli hale getirebilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Dava şartı olan hukuki yarar, tamamlanabilir dava şartlarındandır. Mahkemece, davacı tarafa bu şekilde bir süre verilmediği anlaşılmıştır. Karar bu yönüyle de hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 03/06/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SAĞLIK SORUNLARI • HAKLI FESİH • KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: Yaşadığı sağlık sorunlarıyla yaptığı iş de dikkate alındığında, sağlık sorunlarından da söz ederek istifa eden işçinin hizmet akdini haklı nedenle feshettiği sonucuna varılmalı ve kıdem tazminatına hükmedilmelidir.

Ancak, bu durumda davacı işçi ihbar tazminatı alamaz. İşçinin ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır.

Y. 9 HD, E. 2014/7568, K. 2015/21785, T. 16.6.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, 02.03.200-29.04-2011 tarihleri arasında davalı işyerinde getir götür işinde çalıştığını, iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ve fazla çalışma alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının istifa ederek işten ayrıldığını, fazla çalışmanın söz konusu olmadığını, yıllık izinlerini kullandığını, taleplerinin zamanaşımına uğradığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davalının iş sözleşmesini feshetmekte haksız olduğu, fazla çalışma yaptığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı tarafca temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kakarın dayandığı yasal gerektirici nedenlere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı, davalı işyerinde 02.03.2000-29.04.2011 tarihleri arasında çalıştığı saittir. Davacı iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürmüştür. Davalı işveren ise davacının istifa ederek işten ayrıldığını savunmuştur. Davacı bu istifa dilekçesinin irade fesadı ile alındığını

ileri sürmüş ise de bunu kanıtlayamamıştır. davacı 07.03.2011 tarihli istifa dilekçesinde yaşadığı sağlık sorunları nedeniyle işyerinde yapmak zorunda kaldığı ağır işleri yapamadığını belirterek iş sözleşmesini sağlık nedeniyle ihbar öneli vererek sona erdirmiştir. Dosya içindeki sağlık raporlarına göre işyerinde koli taşıma gibi getir götür işlerini yaptığı tanık beyanları ile anlaşılan davacının menüsküs ve bel fitiği rahatsızlığının bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacının 1956 doğumlu olması da nazara alındığında yaşadığı sağlık sorunları ile yaptığı iş nazara alındığında davacının iş sözleşmesini sağlık sebepleriyle İş Kanununun 24/1 maddesi uyarınca haklı nedenle feshettiği sabittir. İş sözleşmesini haklı nedenle de olsa fesheden taraf ihbar tazminatına hak kazanamaz. Mahkemece davacının ihbar tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir.

3- Taraflar arasında, işçilik alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yorsun kalabilmesini ifade eder. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere zamanaşımı, alacak hakkını sona erdirmeyip sadece onu “eksik bir borç” haline dönüştürür ve “alacağın dava edilebilme özelliği”ni ortadan kaldırır. Bu itibarla zamanaşımı savunması ileri sürüldüğünde, eğer savunma gerçekleşirse hakkın dava edilebilme niteliği ortadan kalkacağından, artık mahkemenin işin esasına girip onu da incelemesi mümkün değildir.

Kısmi davada ise zamanaşımı yalnızca dava edilen kısım kesilir. Henüz açılmayan (saklı tutulan) ve daha sonra ıslahla arttırılan bölüm için zamanaşımı işlemeye devam eder. Ancak kısmi davadaki miktar, kısmi davanın açıldığı dava tarihine göre geriye doğru belirlenen zamanaşımı süresini kapsar. Bakiye alacak talep edildiği tarihe göre, geriye doğru zamanaşımı süresi içinde kalıyor ise zamanaşımına uğramadığı kabul edilmelidir. Kısaca kısmi davadaki alacak miktarı belirlendiği tarihten itibaren öncelikle ileriye doğru gerçekleşen alacak için mahsup edilmeli, bakiye alacak ise ondan sonraki süreyi kapsamalıdır. İlk kısmi davada belirlenen alacak mahsup edildikten sonra bakiyenin talep edildiği tarihten geriye doğru zamanaşımı süresi içinde kalan alacka, alacaklı lehine hüküm altına alınmalıdır.

Dosya içeriğine göre kısmi olarak açılan davada davacı vekili bilirkişi hesap raporundan sonra ıslah sureti ile alacakları arttırmış ve davalı vekili ise ıslaha karşı zamanaşımı itirazında bulunmuştur. Hem mülga 818 sayılı Borçlar Kanunuun 126/3, hem de 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunun 147/1 maddesine göre işçi ücretlerine

ilişkin davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Fazla çalışma alacağı bu tür alacaklardandır. Hüküm altına alınan fazla mesai karşılığı ücret alacağı kısmi olarak istenen miktar dışlandığında kalan kısmı ıslah tarihine göre geriye beş yıllık süre dikkate alındığında beş yılın dışında kalan kısmın zamanaşımına uğradığı anlaşılmaktadır. Mahkemece ıslaha karşı zamanaşımı itirazının dikkate alınmadan ve ek rapor alınmadan ıslah ile artırılan miktarında hüküm altına alınması hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesi 16.06.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • BORDRO TAHAKKUKLARI

ÖZET: Bordrolarında fazla çalışma ücreti tahakkuku bulunan aylar fazla çalışma ücreti hesabında dikkate alınmaz ve dışlanır.

Bordrolar imzasız da olsa ödenmediği itirazı bulunmuyorsa aynı şekilde değerlendirme yapılmalıdır.*

Y 9 HD E. 2014/26140, K. 2015/36415, T. 23.12.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, iş akdinin haklı nedenle davacı tarafından feshedildiğini iddia ederek kıdem tazminatı, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarının faiziyle tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, advacının 03.12.2009-26.04.2013 tarihleri arasında lojistik alanında faaliyet gösteren ve Türkiye genelinde ihaleler alan davalı şirket bünyesinde, T.'de bulunan B. depolarında depo uzmanı olarak çalıştığını, davalı şirketin B. depolarındaki ihaleyi kaybetmesi üzerine, 16.04.2013 tarihinde davacıya ihtarname göndererek iş akdinde bulunan hüküm gereği ikamet adresine daha yakın ve ulaşımı daha kolay olan, çalışma koşulları aynı kalmak şartıyla aylık ücreti 1.000 TL'ye çıkartılarak,

* Gönderen: Av. Nalan KAHRAMAN

01.05.2013 tarihinden itibaren yine depo uzmanlığı görevi ile depo-ya naklettiğini bildirdiğini, tebligatın davacıya 18.04.2013 tarihinde tebliğ edildiğini, davacının 18.04.2013 tarihinden itibaren işe gelmediği gibi yeni işyerinde de işbaşı yapmadığını, bu nedenle 26.04.2013 tarihinde davacıya 2. bir ihtarname gönderilerek davacının iş akdinin haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti alacağının tahsiline, hafta tatili talebinin reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki benzin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

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 içi yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada öz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta;

Dosyada bulunan bordrolarda fazla çalışma tahakkuku bulunmaktadır. İmza olmasa da ödenmediği itirazı da bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışma ücreti ödenen ayların dışlanması gerekirken, bilirkişi raporundaki “ücretlerin gerçek ücret üzerinden gösterilmediği ve davacının da imzasının olmadığı gözetilerek bordroların gerçeği yansıtmadığı göz önünde bulundurularak fazla mesai tahakkuklarının hesaplanan miktar-

lardan düşölmediğı" açıklamasına itibarla yerinde olmayan gerekçe ile fazla çalışma tahakkuku bulunan aylar dışlanmaksızın sonuca gidilmesi hatalıdır. Fazla çalışma alacağı talebi ve buna bağılı olarak feshin haklılığı yapılacak araştırmaya göre yeniden değeriendirilmelidir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 23.12.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KIDEM TAZMİNATI

HESABA ESAS GİYDİRİLMİŞ ÜCRET

ÖZET: Kıdem tazminatına esas olan ücretin tespitiinde işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebiilen tüm menfaatlar dikkate alınır.

İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere verilen havlu, sabun gibi iş araçları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz.*

Y 9 HD. E. 2014/28406, K. 2016/887, T. 18.01.2016

Miktar ve değeri temyiz kesinlik sınırını aşmayan taşınır mal ve alacak davalarına ilişkin nihai kararlar HUMK'un 427/2. maddesi uyarınca temyiz edilemez.

Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz.

Birleştirilen davalarda, temyiz sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir.

İhtiyari dava arkadaşılığında, temyiz sınırı her dava arkadaşının davası için ayrı ayrı belirlenir.

Karşılık davada, temyiz sınırı asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı belirlenir.

* Gönderen: Av. Nalan KAHRAMAN

Tespit davalarında, temyiz sınırı tespit davasının öncüsü olduğu eda davasının miktar ve değerine göre belirlenir.

Temyiz sınırından fazla bir alacağın tamamının dava edilmiş olması halinde, hükümde askıl istemin kabul edilmeyen bölümü temyiz sınırını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Kısaca temyize konu edilen miktara bakılarak kesinlik belirlenir.

Alacağın bir kısmının dava edilmesi halinde, kısmi davada kesinlik sınırı dava edilen miktara göre değil, alacağın tamamına göre belirlenir.

Yargıtay İçtihadı Berliştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.21975 gün ve 1975/6-8 sayılı içtihadında, "5521 sayılı yasada açık düzenleme olmamakla birlikte, bu yasanın 15. maddesindeki düzenleme gereği HUMK'un 427. maddesindeki kesinlik sınırının iş mahkemelerinde verilen kararlarda da uygulanması gerektiği, grup halinde açılan davaların salt iş mahkemelerine özgü bir dava türü olmadığı, bu neenle seri olarak açılan davalarda her dosya için kesinlik sınırına bakılması gerektiği" açıkça belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre davalı tarafça temyize konu edilen miktar 1209,26 TL. olup, karar tarihi itibarıyla 1.890,00 TL'lik kesinlik sınırı kapsamında kaldığından davalının temyiz isteminin HUMK'un 427/2, 432/4 maddeleri, uyarınca REDDİNE, nisbi temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine,

1- Davacı temyizi yönünden yapılan incelemede;

a- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

b- Davacı alacaklarının hesabında dikkate alınması gereken ücret noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde 4857 sayılı İş Kanununun 32'nci maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası prim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dahil olup, tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan pirim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir.

İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere verilen havlu, sabun yardımı, arızı fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili alacakları dikkate alınmaz.

Dairemiz kararlarında, ücret dışındaki para veya para ile ölçülebilen menfaatlerin, tazminata yansıtılmasında son bir yıl içinde yapılan ödemeler toplanmasının 365'e bölünmesi suretiyle bir güne düşen miktarın belirleneceği kabul edilmektedir. (9 H.D. 29.9.12005 gün 2005/342, E, 2005/31714, K., Yargıtay 9 HD. 12.4.1999 gün 1999/5910 E, 1999/7119 K.) Dönemsel bir niteliği olmayan parasal haklar bakımından, yıl içinde yapılan ödemelerin 365 güne bölünmesi suretiyle bir güne düşen tutarın belirlenmesi yerindedir.

Somut uyuşmazlıkta Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının belirlenen çıplak ücretine sadece yemek yardımı eklenmiş ise de, davalı tazminat bordrosunda yemek yardımı yanında yol yardımını da eklemiştir. Bu halde yol yardımının da dikkate alınması gerekir. Öte yandan davacının son bordrosunda ve ücrette emsal alınan işçilerin bordrolarında sağlık yardımı yapıldığı görülmüş olup emsal işçilerdeki ek ödemelerden davacının yararlanıp yararlanmadığı araştırılıp buna göre davacının giydirilmiş ücreti belirlenmeli iken ücretin yazılı şekilde tespiti hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.01.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GECE VARDİYASI • FAZLA ÇALIŞMA

ÖZET: İşçinin 18.00 - 08.00 vardiyasındaki 14 saatlik mesaisinde 1,5 saat dinlenme arası düşüldükten sonra kalan 5 saatlik süre gece çalışmasından doğan çalışma süresidir.*

Y 9 HD. E, 2014/31298, K. 2016/2391, T. 15.2.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı Bakanlığa ait hastanede alt işveren işçisi ve elektrikçi olarak çalışırken iş sözleşmesini fazla çalışma ücreti ve asgari geçim indirimi alacaklarının sebebiyle ve haklı nedenle feshettiğini iddia ederek, kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti ve asgari geçim indirimi alacaklarının ödetilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı T.C. Sağlık Bakanlığı vekili, husumet yokluğundan davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının fazla çalışma ve asgari geçim indirimi alacaklarının ödenmemesi sebebiyle feshin haklı olduğu sonucuna varılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı T.C. Sağlık Bakanlığı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Davacının saat 18.00-08.00 vardiyalarında çalıştığı dönemlerde 14 saatlik mesaide 1,5 saat ara dinlenmesinin düşülmesi sonucunda 7,5 saati geçen gece çalışmaları için günlük 5 saat fazla çalışmasına rağmen, mahkemece, bu dönem fazla çalışmasının yasal dayanağı olmadan günlük 3 saatle sınırlandırılması davacı temyizi olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

2- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerekçelerle sebeplere göre davalı T.C. Sağlık Bakanlığı'nın aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

* Gönderen: Av. Erol BOYLAN

3- Somut uyuşmazlıkta, davacıya ait ücret bordrolarında asgari geçim indirimi tahakkuku bulunmaktadır. İşveren, bordrolardaki bu tutarları alt işverenin banka hesabına yatırdığına dair belgeler sunmuştur. Davalı vekili, bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde banka kayıtlarının istenip bordrolarla karşılaştırılarak ödemelerin dışlanması talep etmiştir. Bordrolar imzasız dahi olsa bordroda yazılı tutar işçinin banka hesabına yatırılmış ise alacağın ödendiği kabul edilmelidir.

Mahkemece, alt işverenin ve davacının banka kayıtları istenerek bordrolarda yazılı asgari geçim indirimi tutarlarının davacıya ödenip ödenmediğinin tespiti ile sonuca gidilmesi gerekirken mahkemece, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) **SONUÇ:**

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA**, 15.02.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

GECE ÇALIŞMASI • FAZLA ÇALIŞMA

TANIK BEYANLARI • HAKLI FESİH

ÖZET: İşçinin gece çalışması yedi buçuk saati geçemez. Haftada kırkbeş saat aşılmamış olsa da, günde yedi buçuk saati aşan gece çalışmaları fazla çalışmadır.

Dava konusu işyerine komşu ya da yakın başka işyerlerinde çalışan ve dava konusu işyerindeki çalışma düzenini bilebilecek durumda olan tanık beyanlarına itibar edilmemelidir.

Ücreti zamanında ödenmeyen işçi hizmet akdini haklı nedenle fesheder ve kıdem tazminatına hak kazanır.

İşverin ödeme güçlüğü içine düşmesi bu sonucu etkilemez.

Buradaki ücret kavramı geniş anlamda ücrettir.*

Y. 9 HD, E. 2014/30478, K. 2016/3423, T. 22.2.2016

Davacı vekili, müvekkilinin fazla mesai ve genel tatil ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile iş akdini haklı olarak feshettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ile yıllık izin, fazla çalışma ve genel tatil ücretlerinin ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekili, davacının 15.03.2011 tarihinde davalılardan E.E. adına çalıştırılan işyerinde işçi olarak işe girdiğini, 27.06.2011 tarihine kadar bu işyerinde asgari ücret ile çalıştığını, bu işyerinin davalı E.E. adına kayıtlı olmasına rağmen, fiilen işyerini E.E.'in eşi olan diğer davalı M.E.'in çalıştırdığını, davalı M.E.'in davacıyı Tekirdağ tarafındaki yazlık inşaatı için 28.06.2011 tarihinde ayrıldığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının, davalılardan M.E.'a ait iş yerinde çalıştığının

* Gönderen: Av. Erol BOYLAN

tespit edildiği, işyerinden istifa ederek ayrıldığı, dava dilekçesiden de davacının fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi ve genel tatil ücretlerinin ödenmemesi ile işten ayrıldığının davacı tarafından ifade edildiği, dosya içeriği tiibariyle dinlenen davacı şahitlerinin davalıya ait iş yerinde çalışmadıklarından iş ve çalışma koşullarını bilemeyecekleri, bu konuya ilişkin Yargıtay içtihatları da göz önüne alınarak bu husustaki beyanlarına itibar edilemeyeceği kanaatine varılmakla davacının fazla mesai yaptığı ve genel tatillerde çalıştığı iddiasını ispat edemediği, böylece davacının haklı veya geçerli bir sebep olmaksızın istifa ederek işyerinden ayrıldığı gerekçesiyle davacının kıdem tazminatı, fazla çalışma ve genel tatil ücreti istemlerinin reddine karar verilmiş, yıllık izin ücreti istemi hüküm altına alınmış, davalı E.E.'a yönelik davanın ise reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır.

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 sonca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilenen genel mazı 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 anlaşıyorsa, 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 görünen den 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.

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).

Somut uyuşmazlıkta, davacı tanıkları, davacının çalıştığı işyerine komşu ya da yakın işyerlerinde çalıştıklarından dolayı işyerinin çalışma düzenini bilebilecek durumda olmalarına karşın beyanlarına yerel Mahkemece itibar edilmemesi hatalıdır. Nitekim, anılan tanık beyanlarına göre bilirkişi tarafından yapılan hesaplamada davacı işçinin fazla çalışma ücreti bulunduğu belirtilmiştir.

3- İşçinin ödenmeyen işçilik hakları sebebiyle iş sözleşmesini haklı olarak feshedip feshetmediği konusu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

İşçinin emeğe karşılığı olan ücret işçi için en önemli hak, işveren için en temel borçtur. 4857 sayılı İş Kanununun 32'nci maddesinin dördüncü fıkrasında, ücretin en geç ayda bir ödeneceği kurala bağlanmıştır. 5953 sayılı Basın İş Kanununun 14'üncü maddesinin aksine, 4857 sayılı Yasa'da ücretin peşin ödeneceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Buna göre, aksi bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmadığı sürece işçinin ücreti bir ay çalışıldıktan sonra ödenmelidir.

Ücreti ödenmeyen işçinin, bu ücretini işverenden dava ya da icra takibi gibi yasal yollardan talep etmesi mümkündür.

1475 sayılı Yasa döneminde, toplu olarak hareket etmemek ve kanun dışı grev kapsamında sayılmamak kaydıyla 818 sayılı Borçlar Kanununun 81'nci maddesi uyarınca ücret ödeninceye kadar iş görme edimini ifa etmekten, yani çalışmaktan kaçınabileceği kabul edilmekteydi. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 97 inci maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. 4857 sayılı İş Ka-

nununda ise ücret daha fazla güvence altına alınmış ve işçi ücretinin yirmi gün içinde ödenmemesi durumunda işçinin iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabileceği açıkça düzenlenmiş, toplu bir nitelik kazanması halinde dahi bunun kanun dışı grev sayılamayacağı kurala bağlanmıştır.

Ücreti ödenmeyen işçinin alacağı konusunda takibe geçmesi ya da ücreti ödeninceye kadar iş görme edimini yerine getirmekten kaçınması, iş ilişkisinin devamında bazı sorunlara yol açabilir. Bu bakından, işverenle bir çerişme içine girmek istemeyen işçinin, haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı da bulunmaktadır. Ücretin hiç ya da bir kısmının ödenmemiş olması bu konuda önemsizdir.

Ücretin ödenmediğinden söz edebilmek için işçinin yasa ya da sözleşme ile belirlenen ücret ödenme döneminin gelmiş olması ve işçinin bu ücrete hak kazanması gerekir (Yargıtay 9 HD. 18.1.2010 gün, 2008/14546, E, 2010/193 K).

4857 sayılı iş Kanununun 24 üncü maddesinin (II) numaralı bendinin (e) alt bendinde sözü edilen ücret, geniş anlamda ücret olarak değerlendirilmelidir. İkramiye, prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, fazla mesai, hafta tatili, genel tatil gibi alacakların ödenmemesi durumunda da işçinin haklı fesih imkanı bulunmaktadır (Yargıtay 9 HD. 16.7.2008 gün 2007/22062 E, 2008/16398 K.).

İşçinin ücretinin işverenin içine düştüğü ödeme güçlüğü nedeniyle ödenmemiş olmasının sonuca bir etkisi yoktur. İşçinin, ücretinin bir kısmını Yasanın 33'üncü maddesinde öngörülen ücret garanti fonundan alabilecek olması da işçinin fesih hakkını ortadan kaldırmaz.

Somut uyuşmazlıkta, bilirkişinin davacı tanıklarının beyanlarına itibar ile yaptığı hesaplamaya göre davacının işçinin fazla çalışma ücreti alacağının olduğu ve bu durumda, fazla çalışma ücreti ödenmeyen davacının iş akdini feshi haklı olduğundan kıdem tazminatı talebinin kabulü yerine reddi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÖZEL ÖĞRETİM KURUMU • İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: Özel Öğretim Yasası'na tabi olarak çalışan öğretmenlerin yasa gereği asgari süreli sözleşmeyle çalıştıkları kabul edilmeli, bu sözleşmenin İş Kanunu bakımından belirsiz süreli sözleşme olduğu dikkate alınmalı ve ihbar tazminatına hükmedilmelidir.*

Y 9 HD E. 2014/26392, K. 2016/2749, T. 16.2.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, Eylül 2001 tarihinden itibaren A.Ş. Eğitim Kurumları adı altında davalı işverenlerde çalıştığını, önce stajyer öğretmen daha sonra beden eğitimi öğretmeni ve son 6 yıldır uygulamalı dersler bölüm başkanı beden eğitimi öğretmeni olarak 31.08.2013 tarihine kadar kesintisiz çalıştığını, bu süreçte A.Ş. ve Y.K.Ş.'in emir ve talimatı altında görev yaptığını, 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, Milli Eğitim Bakanlığı Özel Okullar Çerçeve Yönetmeliği maddelerinde yer alan kurucu ve kurucu temsilcileri kavramına tüm davalıların girdiğini, iş sözleşmesinin haklı neden olmadan sözlü olarak feshedildiğini, asıl fesih nedeninin hamileliği olduğundan feshin kötüniyetli olduğunu, ücretinin 2.010.00 TL olduğunu, davalı işyerinde toplu işçi çıkartıldığını, hak ve alacakları için davalılara ihtarname çekmesine rağmen ödeme yapılmadığını iddia ederek; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı ile ücret alacağının tazmininin talep etmiştir.

B) Davalıların Cevabının Özeti:

Davalılar, davacının Şirketlerine ait işyerinde belirli süreli iş sözleşmesi ile beden eğitimi öğretmeni olarak çalıştığını, sözleşmenin 1 yıl ve yazılı olarak yapıldığını, belirli süreli iş sözleşmesinin 31.08.2013 tarihinde sona ereceği belirtildiğinden davacının iş sözleşmesinin haksız sına erdirildiğinden bahsedilmeyeceğini, ihbar tazminatının söz konusu olmayacağını, iş sözleşmesinin zincirleme yapılmasının belirli olma özelliğini ortadan kaldırmayacağını, bu nedenle davacının kıdem tazminatına hak kazanamayacağını, belirli süreli iş sözleşmesinin süre sonunda davacının işine son verildiğini, hamilelik nedeniyle işine son verilmediğini, haricen öğrenildiğine göre davacının doğumunun 2014 yılı Ocak/Şubat ayına

* Gönderen: Av. Gülnaz Mutlu MARAL

denk geldiğini, hamileliğinin bilinemeyeceğini, eksik maaş ödendiği iddiasının doğru olmadığını, ücretin 2012-2013 ilk dönem 1.968,05 olduğunu, ikinci altı aylık dönemde zamlı maaş olduğunu, davacının belirttiği 2.200-2.800 TL maaşın brüt olduğunu beyanla davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davalılardan Y.K. ve A.Ş. hakkında davanın husumetten reddine; diğer davalı A.Ş. Eğitim Kurumları Ltd.Şti. hakkında ise davanın kıdem tazminatı yönünden kısmen kabulüne; ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı ve ücret alacağı yönünden de reddine karar vermiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasındaki hizmet akdinin niteliği ve buna göre davacı işçinin ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki eğitim ve öğretimin süreklilik arzemesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin gerek ilk kurulmasında ve gerek yenilenmesinde esaslı unsur aranması karşısında 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na göre çalışan yöneticiler ile öğretmenlerin, kısaca eğitim personelinin sözleşmelerinin belirli veya asgari süreli olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bir eğitim personeli bu kapsamda eğitim faaliyeti devam ettiği sürece çalıştırılmakta ve emekli olsa da iş sözleşmesi devam etmektedir. Bu çalışma 10 yılı aşan bir süreyi de kapsamaktadır.

Gerçekten eğitim personeli ile ilgili yazılı sözleşme yapılması hükmü değerlendirildiğinde bu sözleşmenin belirli süreli olmaktan çok asgari süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira kanunun 9. maddesine göre "Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile özel öğretim kurumunu temsil eden kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli (Eğitim ve Öğretim yılı) olmak üzere yönetmelikteki esaslara göre yazılı olarak yapılmalıdır." Buradaki en az bir takvim yılı ibaresinden açıkça bir asgari süre öngörüldüğü açıktır. Eğitim ve öğretim devam eden bir fa-

aliyet olduğuna göre asgari süre iki yılda, üç yılda olabilir. O halde eğitim personeli ile yapılan sözleşmenin yasadan kaynaklanan asgari süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.

5580 sayılı Özel Öğretim Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 625 sayılı kanunun 32/son maddesindeki hüküm olan "Süresi öğretim yılı içinde sona, eren sözleşmeler öğretim yılı sonuna kadar kendiliğinden yenilenmiş sayılır" hükmü 5580 sayılı kanununda yer almamıştır. Bu hüküm 5580 sayılı yasa döneminde eğitim elemanı ile yapılacak iş sözleşmesinin asgari süreli olduğunu ve ilk asgari süreli sözleşme düzenlenmesinden sonra, yeniden yapılmasının belirli süreli sayılmasını gerektirmediği gibi tekrar asgari sürenin kabul edilmediğini göstermektedir.

Asgari süreli sözleşmeler, tarafların bildirimli fesih haklarını asgari bir süre için ortadan kaldırdıkları belirsiz süre sözleşmelerdir. Tarafların öngördükleri asgari sürenin bitimi ile sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, sözleşme belirsiz süreli olarak devam etmektedir. Bu özelliği nedeniyle asgari süreli sözleşmeler belirli süreli olarak kabul edilmemektedir. Belirsiz süreli olarak kabul edilmelerinin nedeni tarafların sözleşmenin sona erme zamanını belirlememiş olmalarıdır. Belirsiz süreli kabul edildikleri için asgari süreli sözleşmenin işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işçi şartları varsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir (MOLLAMAHMUTOĞLU, H; İş Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2008, s.318).

5580 sayılı yasa kapsamındaki eğitim personeli için en az bir takvim yılı için yazılı sözleşme imzalamaktadır. Eğitim yılı devam ettiğinde eğitim personeli ile yasadan kaynaklanan yeni bir asgari süreli sözleşme imzalanmaktadır. Eğitim ve öğretim devam ederken, takvim yılı içinde ayrılan öğretmen yerine kalan süre içinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılması olanağı vardır. Bu bir objektif neden kabul edilebilir. Ancak eğitim ve öğretim başına asgari süreli sözleşme yapıldıktan sonra eğitim ve öğretim devam ettiği için belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için esaslı ve yenilenmesi içinde objektif neden olmadığı sürece eğitim personeli ile yapılan iş sözleşmesinin asgari süreli olarak kabulü gerekir.

Somut uyuşmazlıkta; beden eğitimi öğretmeni olan davacı işçinin, davalı işyerinde 01.10.2001 - 31.08.2013 tarihleri arasında yenilenen 1 yıl süreli sözleşmeler ile çalıştığı sabittir. Buna göre ilk sözleşme asgari süreli olup, sonradan imzalanan sözleşmeler iş sözleşmesini belirli hale getirmeyecektir. Taraflar arasında iş sözleşmesi belirsiz süreli hale gelmiştir. İhbar tazminatının kabulü gerekirken reddi hatalıdır.

3- Hükmedilen miktarın net mi brüt mü olduğunun kararda belirtilmesinin infazda tereddüte yol açacağının düşünülmemesi de isabetsizdir.

F) **SONUÇ:**

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 1.350,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıya yükletilmesine peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ • HESAPLAMA YÖNTEMİ

ÖZET: Fazla çalışma ücreti son dönemin ücretine göre değil, ait olduğu dönemlerin ücretlerine göre hesaplanır.

Geçmiş dönemlerin ücreti bilinmiyor ise, asgari ücretle oranlama yapılarak geçmiş dönemin ücretleri belirlenir.

Yüzde usulü, parça başı ücret ve bahşişle çalışan işçinin fazla çalışma ücreti hesaplanırken; çalışmış olan saatin ücreti dikkate alınmada sadece %50 fazlalık üzerinden hesap yapılır.*

Y. 9 HD E. 2014/29426, K. 2016/2537, T. 15.02.2016

Davacı, 1. davalıya ... ait işyerinde 09/11/2005-30/09/2011 tarihleri arasında garson olarak çalıştığını, son ücretinin aylık net 1.300,00 TL olduğunu, çalıştığı süre boyunca günde 12 saat mesai yaptığını, mu mesaisinin ulusal ve dini bayram günlerinde de devam ettirdiğini, ancak bu çalışmalara dair ücretlerin ödenmediğini, yıllık izinlerinin kullandırılmadığını, 30/09/2011 tarihinde hiçbir gerekçe gösterilmeden iş akdinin feshedilerek işten çıkarıldığını, feshe ragmen ödeme yapılmadığını, açılan dava sonunda celp edilen belgeler incelendiğinde davacının 1. davalı işçisi değil, 2. davalı /...) işçisi olduğunun öğrenildiğini iddia ederek, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, ulusal bayram-genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı... vekili; davacının iş akdinin kendisi tarafından feshedilmediğini, davacının kendi el yazısı ile yazdığı istifa dilekçesi ile istemi ile işten ayrıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

* Gönderen: Av. Nalan KAHRAMAN

Davalı ... vekili; davacının işçisi olarak çalışmadığını, böyle bir çalışanı olmadığını, bu durumda davanın husumet yokluğundan reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının davalı ... işçisi olduğu, davacının istifa ederek iş yerinden ayrıldığı, temsilde hata sebebiyle davalı ... hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığı gerekçesi ile fazla mesai ücreti, genel tatil ücreti taleplerinin kabulüne, kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti taleplerinin reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı ve davalı ... vekili yasal süresi içinde 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 çalışma ücretlerinin hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 63. 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. Kanun'un 41. maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar olup, 63. madde hükmüne göre dentleştirme 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 çalışma ücretinin son ücrete göre hesaplanması doğru olmayıp, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanması gerekir. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Bu durumda fazla çalışma ücretlerinin hesabı için işçinin son ücretinin bilinmesi yeterli olmaz. İstek konusu dönemler açısından da ücret miktarlarının tespit edilmesi gerekir. İşçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde, bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak buna göre tespiti gerekir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanılması gibi durumlarda, meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler için ücret araştırması yapılmalı ve dosyadaki diğer delillerle birlikte değerlendirmeye tabi tutularak bir karar verilmelidir.

İşçinin normal çalışma süresinin sözleşmelerle haftalık kırkbeş saatin altında belirlenmesi halinde, işçinin bu sürenin 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.

4857 Sayılı Kanun’un 41. maddesinin dördüncü fıkrası, işçiye isterse ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır. Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı bir saat otuz dakika, fazla süreli çalışmada ise bir saat onbeş dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin de sözleşmelerle artırılması mümkündür.

Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarına belirli bir yüzde olarak eklenen paraların, işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine “yüzde usulü ücret” denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı Kanunun 51 nci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. İşveren, yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puanlarına eklenir (Yönetmelik Md. 4/1.) Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde, çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutarı ödenmiş olmaktadır. Yapılan bu açıklamalara göre; yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin %150 zamlı miktarına göre değil, sadece %50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay’ca son yıllarda taktiri indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. 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.

Somut uyuşmazlıkta, mahkemece bilirkişi raporundaki haftalık 11,5 saat fazla mesai çalışması yapıldığına dair hesaplamaya itibar edilmişse de, aynı iş yeri ile ilgili olarak Dairemizce aynı gün temyiz incelemesi yapılan ... İş Mahkemesi’nde görülen ... Esas, ... Karar sayılı dosyasında yer

alan bilirkişi raporundaki fazla mesai çalışmasına dair hesaplanan iş yeri çalışma düzenine daha uygun olduğu, bu hesaplamaların tanıklar ve ...'ın ifadeleri ile de uyumlu olduğu görülmüştür. Bu sebeple davacının çalışma düzeninin yukarıda belirtilen dosyaya göre belirlenmesi, ayrıca bu çalışma düzenine göre belirlenen haftalık fazla çalışma saatinin davacının bahşişde olması dikkate alınarak sadece %50 zamlı kısma göre hesaplanması gerekmektedir. Aynı iş yerinde, aynı işi yapan işçilerin aynı çalışma düzeni ile çalışması gerektiğinden Dairemizce uygulama birliği gerçekleştirilmiştir. Açıklanan sebeplerle hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde ilgilie iadesie 15.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • SON ALT İŞVEREN

ÖZET: Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçinin son alt işvereni olan işveren de asıl işveren ile birlikte işçinin tüm hizmet süresine ilişkin alacaklarından sorumludur.*

Y. 9 HD. E. 2014/31714, K. 2016/3991, T. 25.2.2016

Davacı vekili; müvekkilinin davalı belediyede diğer alt işverenlere bağlı olarak çalıştığını, son olarak ... tarafından iş akdine son verildiğini beyan ederek, kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil, yıllık izin, hafta tatili ücretleri alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı Belediye vekili; davacı ile aralarında iş akdi bulunmadığını, kendi elemanları olmadığını, güvenlik işinin ihale ile alındığını beyan ederek, davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir. Davalı ... vekili; esas işverenin davalı belediye olduğunu, müvekkili şirketin belediyenin açmış olduğu ihaleyi kazandığını, davacının daha önceden bu işyerinde çalışmakta olduğunu beyan ederek, davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkemece yargılama sonunda toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı ... hakkında açılan davanın feragat sebebiyle reddine, davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığının ispatlan-

* Gönderen: Av. Nalan KAHRAMAN

madığı davacının diğer davalılar ... ile ...'nden bir kısım işçilik alacakları bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili ile davalılar .. ve ... vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1) Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalılar ... ve ... tüm, davacı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2) Davacı dava dilekçesinde 50 TL yıllık izin ücreti alacağı talep etmiş, 19.11.2012 harç tarihli ıslah dilekçesiyle talebini 2.551,38 TL'ye çıkarmıştır. Mahkemece bu alacak hakkında hüküm kurulmamış, karar gerekçesinde iş ve duruşma sebebiyle zuhulen bu talep yönünden hüküm tesis edilemediği belirtilmiştir. Davacının yıllık izin ücreti talebi hakkında olumlu-olumsuz karar verilmemesi hukuka aykırıdır.

3) Davacı son olarak asıl işveren davalı ... ile son alt işveren davalı ... de sorumlu olduğundan fazla çalışma ücreti ve ulusal bayram ve genel tatil ücretleri alacaklarının tümünün asıl işveren Belediye ile son alt işveren ... den müstereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesi gerekirken son alt işveren ...'nin bu şirkette çalışılan süre ile sorumlu tutulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istenmesi halinde ilgiliye iadesine 25/02/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET AKDİNİN FESHİ • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: İşçinin hizmet sözleşmesinin geçerli sebeple ya da haklı sebeple feshedildiğini işveren ispatlamakla yükümlüdür.

Geçerli sebep bakımından da, işveren öncelikle feshin şekil yönünden geçerli olduğunu ispatlamalıdır.*

Y. 9 HD. E. 2015/26323, K. 2016/4671, T. 03.03.2016

Davacı vekili; müvekkilinin davalı işverene ait işyerinde 05.11.2011 tarihinden itibaren güvenlikçi olarak almaya başladığını, 12.03.2014 günü akşamı işe gittiğinde kendisine 11.03.2014 tarihinde işe alkollü geldiği iddiası ile işine son verildiğine dair tutanak imzalatılmak istendiğini, ancak müvekkilinin işe alkollü geldiğini kabuletmeyerek bu tutanağı imzalamadığını, bu şekilde müvekkilinin işine son verildiğini, müvekkilinin görevini tam ve eksiksiz olarak yapmasına rağmen işine son verilmesinin haksız bir uygulama olduğunu, davalı işyerinde işyeri sorumlu müdürün değişmesinden sonra müvekkili gibi pek çok kişinin bu şekilde uydurma gerekçelerle işine son verildiğini beyan ederek, feshin geçersizliğine, davanın işe iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin görevini ifa edemeyecek derecede işe sarhoş gelmesi, bu hususun ise hem iş sözleşmesine hem de İş Kanun'un 25/II Maddesine açıkça aykırılık teşkil etmesi sebebiyle iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğini beyan ederek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece 11/03/2014 tarihli tutanakta davanın işe içiki ve sarhoş olarak geldiğinin ifade edildiği, söz konusu tutanağın tutanak tanığı olan davalı tanıkları... ile ... tarafından doğrulandığı gerekçesiyle feshin haklı nedene dayandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 Sayılı İş Kanunu'nda 20/2 maddesi uyarınca “feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir.” İşveren ispat yükü-

* Gönderen: Av. Nalan KAHRAMAN

nü yerin getirirken, öncelikle feshin biçimsel koşullarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli (veya haklı) olduğunu kanıtlayacaktır. Daremizin kararlılık kazanan uygulaması bu yöndedir.

Somut uyuşmazlıkta güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iş sözleşmesi işyerine alkollü gelmesi sebebiyle haklı sebeple feshedilmiştir. Dosyada davacının g gün alkollü olduğu gösterir bir doktor raporu bulunmamaktadır. Davalı bu konuda bir tatanak sunarak tanık anlatımlarına dayanmıştır.

11.03.2014 tarihli tutanakta davacının işyerine içkili ve sarhoş gelerek görevini ifa edemeyecek durumda olduğunu tespit edildiği belirtilmiştir. Mahkemece söz konusu tutanağın tutanak tanığı olan davalı tanıkları ... ile ... tarafından doğrulandığı gerekçesiyle feshin haklı nedene dayandığı kabul edilmişse de; tutanak tanığı ... beyanında davacının alkollü olduğunu diğer tutanak tanığı ...'nin kendisine söylediğini, anladığı kadarıyla ...'in fabrika içerisinde davacı ile karşılaştığını davacının alkollü olduğunu düşündüğünü, kendisine bir bakmasını söylediğini, davacının yanına gittiğini tuhaf konuştuğunu konuşmasını yaydığını ancak bir koku hissetmediğini ifade etmiştir. Davacı tanıkları da davacının içkili olduğunu gösterir bir farklılık hissetmediklerini beyan etmişlerdir. Tanık beyanları ve dosya kapsamı dikkate alındığında davacının o gün alkollü veya sarhoş olduğunu kanıtlanmadığı, iş sözleşmesinin haklı veya geçerli sebeple feshedildiğini ispat yükü üzerinde olan işverenin bu ispat yükümünü yerine getirmediği, davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozma nedenidir.

FAZLA ÇALIŞMALAR • HAKKANİYET İNDİRİMİ

ÖZET: Fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacaklarından yapılan %50 oranındaki hakkaniyet indirimi fazladır.

Y. 9. HD E. 2014/34778, K. 2016/5966, T. 14.03.2016

Uyuşmazlık fazla mesai ve genel tatil alacağından yapılan indirim oranı noktasında toplanmaktadır.

Fazla çalışma ve genel tatil çalışmalarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtayca son yıllarda tak-

tiri indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır. Ancak fazla çalışma ve genel tatil çalışmasının tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan genel tatil ve fazla çalışma miktarına göre takdir edilmelidir. Hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda bir indirimle gidilmemelidir (Yargıtay 9 HD. 21.03.2012 gün, 2009/48913, Eş 2012/9400 K).

Mahkemece fazla çalışma ve genel tatil alacağından yapılan %50 oranındaki indirim hakkın özünü etkileyecek düzeyde fazladır. Daha makul bir oranda indirim yapılması için kararın bozulması gerekmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgisine iadesine, 14/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASI

ÖZET: Mahkemece her bir davacı işçi bakımından fesih nedenine göre değerlendirme yapılmamıştır. Her bir davacı işçi bakımından fesih nedeni ile bağlı kalınarak öncelikle iddiaya konu fesih yönünden deliller değerlendirilmeli, varsa eylemin barışçıl ve demokratik olup olmadığı, davacı işçi eyleme katılmışsa eylemin süresi belirlenmek suretiyle ölçülü biçimde kullanılıp kullanılmadığı değerlendirmeye alınmalıdır. Fesih bildiriminde zarar iddialarına dayanılmışsa, gerekirse bu yönde deliller değerlendirilmek suretiyle sonuca gidilmelidir. Devamsızlığa ve davranışa dayanan fesih nedenleri bakımından da deliller ayrıca değerlendirilmelidir. Tanık beyanları da her bir dava özelinde davacıya özgü fesih nedeni yönünden ele alınmalıdır. Dosya kapsamına göre her bir fesih nedeni ve delil durumuna göre iç hukuk ve uluslar arası hukuk yönlerinden somut olaya özgü değerlendirme yapılmalıdır.

9 HD E:2016/7873, K:2016/6349, T:17/03/2016

Davacı, feshin geçersizliğine, işe iadesine ve yasal sonuçlarına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davacının davalı işverenin zorlamasıyla Türk Metal Sendikasına üye olmak zorunda kaldığını, sendikaların saflığı ilkesine aykırı davrandığı için gerçekte sendika niteliğine sahip olmadığını, bazı işçilerin Türk Metal Sendikasından 2015 Mayıs ayında istifa ederek, Birleşik Metal İş Sendikasına üye olduğunu, davalı işverenliğin fesih yazısı ile davacının yasa dışı greve katıldığını, teşvik etti-

ğini, işveren vekillerine karşı tutum aldığını ileri sürerek işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenlerine dayanarak iş sözleşmesini sona erdirdiğini, sayıları 20.000 aşan metal işçisinin ...ve ...ve gibi belli başlı sanayi kentlerinde en çok ihracat yapan işyerlerinde gösterdikleri demokratik tepkiye yasa dışı grev olarak nitelendirmenin olanaklı olmadığını, davalı işverenliğin işçilerin sendika seçme hakkı kullanmalarının kendilerine karşı bir saldırı olarak gördüklerini, işçilerin sadece sendika seçme haklarına saygı duyulmasını ve dayanışma aidatı ödeyerek istifa ettikleri sendikanın Toplu İş Sözleşmesinden yararlanmayı istediklerini, davalı işverenliğin dayanışma aidatı dilekçelerini kabul etmediklerini, alırken temsilcileri ile birlikte alıp işçileri istifadan vazgeçmeye zorlayarak sendika seçme özgürlüğüne ilk müdahaleyi yaptıklarını, davalı iş verenliğin işçileri üye olmaya zorladıklarını, idari izinli işçilerin telefon mesajı ile işe çağırılıp misafir kartı bastırarak içeri alındıklarını ve işçilerden demokratik haklarını kullandığı için işverene hitaben özür dilekçesi yazmalarının istediklerini ve yazmayanların güvenlik görevlileri aracılığı ile dışarı çıkartıldığını, ertesi gün tekrar telefon mesajı ile işe çağırıldıklarını, davalı işverenliğin gerçeğe aykırı fesih nedenleri ürettiğini, üyeliğinde ısrar eden tüm işçilere matbu fesih yazıları gönderdiğini, raporlamaların hafızlık ve aylık periyotlarda usta başı tarafından yapılırken, sendika seçme özgürlüğünü kullanan işçilerin raporlama yapmamakla suçlandıklarını, ayrıca davalı iş yerinde 690 işçinin birlikte hareket ettiği halde bu işçiler içerisinde davacı ve arkadaşlarının iş sözleşmelerini sona erdirmesinin haklı gösterecek diğer işçilerin yapmayıp davacıların yapmış olduğu hiç bir tavır ve tutum olmadığını, davalı işverenliğin geri kalan işçilerle çalışabildiğine ve fesih yoluna başvurmaya gerek duymadığına göre işten atılan işçilerle çalışmaya devam etmesine fesih yazısındaki sebeplerin engel olmadığını, fesih yazısında her işçi için matbu hazırlanmış sebepler olduğunu, bu sebeplerin bir kısım işçi için geçerli ve haklı fesih nedeni olarak gözükmekle davacıların iş sözleşmesinin haklı nedenlerle sona erdirilmesinin fesih hakkının açık net kötüye kullanılması olduğunu, davalı iş verenlikle sendika arasındaki ilişkinin organik bir bağa dönüştüğünü, işverenliğin sendika hakkına yapmış olduğu bu müdahalenin aynı zamanda çalışma hakkının da ihlali olduğunu belirterek yapılan feshin geçersizliğine davacının işe iadesine çalıştırılmayan süreye ilişkin olarak 4 aya kadar ücretinin sosyal hakları ile birlikte ödenmesine, feshin gerçek nedeni sendikal faaliyet olduğundan 6356 sayılı yasanın 25. maddesi gereğince işe iade tazminatının 1 yıllık ücretinden az olmayacak şekilde belirlenmesine karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle, davalı iş yerinin 10 yıldan beri iş yerinde yetki alarak toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürüten sendika ile huzur ve güven ortamında karşılıklı saygı çerçevesinde çalışmalarını yürüttüğünü, iş yerinde yetkili sendika ile 30/12/2014 tarihinde imzalanmış 01/09/2014-31/08/2017 dönemini kapsayan toplu iş sözleşmesinin hala yürürlükte olduğunu, davalı şirketin davacı tarafın iddiasının aksine sendikal hak ve özgürlüklere son derece saygılı olduğunu, Türkiye genelinde Aralık 2014 tarihinde imzaladığı toplu iş sözleşmesinin sağladığı hakları beğenilmediği bahanesi ile yine Türkiye çapında sendikal hareketlerin başladığını, 2015 ayı Mayıs ayında iş yerinde yetkili olan istifaların davalı şirkete bildirilmeye başlandığını, üye olan bir kısım işçilerin şirket yöneticileri ile görüşerek işverenden parasal bir taleplerinin olmadığını, iş yerinde . istemediklerini bu nedenle sendika değiştirdiklerini ve iş vereninde üye kaydında yardımcı olmasını istediklerini beyan ettiklerini, şirket yöneticilerinin de işçilerin istedikleri sendikaya üye olabileceklerini ancak 31/08/2017 tarihine kadar başka bir sendikanın yetki alamayacağını, şirket olarak iş ve üretimin aksamadığı sürece müdahil olmayacaklarını bildirdiğini, davalı şirket yöneticilerinin sendikal rekabetten kaynaklanan olaylara hiç bir şekilde müdahale etmediklerini, davalı işyerinde 18/06/2015 tarihinde 24:00-08:00 gece vardiyası çalışanlarınca sahur yemeği verilmediği gerekçesi ile eylem başlatıldığını ve iş yerinin işgal edildiğini, üretimin aksatıldığını, sahur yemeğinin de verilmediğinin gerçeği yansıtmadığını, daha önceki yıllarda olduğu gibi sahurda çorba ve sınırsız kahvaltı dağıtıldığını, ayrıca 18/06/2015 günlü İş Mahkemesinin 2015/4 D.ış sayılı dosyasında tanık ifadeleri ve bilirkişi raporu ile iş yerinde sahur yemeğinin niteliği bahane edilerek işin durdurulduğunun ve yavaşlatıldığının ve bir kısım işçilerin iş yerini işgal ettiklerinin tespit edildiğinin ve Başsavcılığına müracaat ile aynı tarihte iş ve çalışma hürriyetinin ihlali ile şikayette bulunulduğunu ve bu dosyanın takipsizlikle sonuçlandığını ancak bu karara itiraz edildiğini, 19/06/2015 tarihinde gönderilen yazı ile bu sendikasının iş yeri temsilcisi seçimini yaptıklarını ve seçilen iş yeri temsilcilerinin davalı şirkete faks yolu ile ulaştırıldığını ve 19/06/2015 tarihinde üyesi olduğu ve tüm Avrupa'da örgütlü davalı şirkete gönderdiği yazı ile sendikal özgürlüğün kısıtlandığının, ve diğer sözleşmelere aykırı davrandığını ve bu durumun davalı şirketin yurt dışındaki müşteri ve tedarikçilerine de şikayet ettiği de bildirilerek müşteri kaybına uğrayacağı yolunda tehdit edildiğini, 18/06/2015 tarihinde başlayan eylemlerin daha sonraki süreçte devam ettirildiğini, işi yavaşlatma, çalışanları işi yavaşlatma konusunda baskı, üye olduğu sendikadan istifaya zorlama işvereni

tehdit ve hakaret ile devam ettirilen eylem ve protestolarında bir kısım çalışanlar tarafından iş yerinde ve fabrika karşısında sürdürüldüğünü, 18/06/2015 tarihinden itibaren artan bir şekilde devam eden belirtilen eylemler sonucunda üretimin durma noktasına geldiğini ve üretim kaybının 240.798,48 Euro seviyesine ulaştığını, seçtiği temsilci ve diğer bazı üyelerin temsilcilik odasına gelerek işverenden para isteyeceklerini vermediği takdirde yapılacak eylemlerde desteğini istediklerini belirttiklerini ve temsilcilerinin bu talebi reddettiklerini, olayların bu derece artması ve iş yeri huzurunun kalmaması, üretimin aksamaması için eylemci ve işin başından beri tehditte bulunan işi durdurma ile ilgili yeni eylemler organize eden gerek işveren ve gerekse çalışanlara hakaret eden, yapılan hesaplamalar sonucu işverene 30 günlük ücretleri karşılanamayacağı tutarda zarar veren 11 işçinin işine 11/07/2015 tarihinde son verilerek ilişkilerinin kesildiğini, 11/07/2015 tarihinden sonraki günlerde bir kısım çalışanların işi yavaşlatma, çalışan işçiler üzerinde baskı kurma ve tehdit etme eylemlerinin devam ettiğini, işverene ve vekillerine çok ağır hakaret ve tehdit sloganları atılmaya başlandığını, ihtar ve ikaza rağmen işi durduran, yavaşlatan bir kısım çalışanların üretim raporlarını tanzim etmeyi dahi reddettiklerini işverenin iş yerinde disiplinin tamamen ortadan kalktığını baskı ve tehditlerden bunalan işçilerin çalışamaz hale geldiği ortam nedeniyle 20/07/2015 günlü eylem ve protestoları organize eden 12 işçinin iş sözleşmesinin fesih edildiğini, olayların yaklaşık bir ay devam ettiğini ve üretimin aksadığını ve iş yeri huzurunun bozulduğunu ancak yinede iyi niyetle direnişçi işçileri işe davet ederek çalışma barışını tekrar tesis etmeye çalışan işveren ve yetkililerinin bu defa 20/07/2015 tarihinde 24:00-08:00 gece vardiyası çıkışında yeni ve daha vahim bir eylemle karşılaştıklarını, vardiyadan çıkan bir kısım çalışanların iş yerinden çıkmadığını, eylemin iş yeri işgaline dönüştüğünü, bu durumun tespiti amacıyla bu defa İş Mahkemesince 2015/..D. İş sayılı dosyası ile işyerinde tespit yaptırıldığını ve işçilerin toplu olarak iş yerini terk etmeyerek iş yerini işgal ettiklerinin üretimin durma noktasında geldiğinin ve bir takım işçilerin içeri girmiş olmasına rağmen üretim bölümünde kart basmayarak iş başı yapmadıklarının bilirkşi heyetince belirlendiğini, olayların doruk noktaya dayandığı 20/07/2015 tarihinde C. Başsavcılığına müracaat ile konut dokunulmazlığının ihlali ve tahliye talepli şikayette bulunulduğu bu süreç boyunca üye eylemci işçilerin devamlı olarak işe davet edildiğini, gelip çalışmak isteyenlerin iş başı yaparak çalışmalarını sürdürdüğünü, ancak sendikaca dağıtılan kırmızı şapka ile sendika üyesi oldukları bariz olan ve çalışmak isteyenler hakkında hiç bir işlem yapılmadığını, 22/07/2015 tarihinde Noterliğinin 13118 yevmiye nolu tespiti ile üçlü vardiya düzeninde çalışan şirketin tek vardiya ile çalışmasını sürdürdüğünü, ham madde

ve enerji ile ilgili bir sıkıntı olmadığı halde 16/24-24/08 vardiyalarında çalışma olmadığının açıkça ortaya çıktığının, 20/07/2015 tarihinden 27/07/2015 tarihine kadar iş yerini işgal eden, işçilerin eylemlerine son vermelerinin sabır ve iyi niyetle beklendiğini, iş kaybı göz ardı edilmiş ise de, eylemlerin bir hafta boyunca devam ettirilmesi ve bu süreçte devamlı olarak iş veren ve yetkililer ile çalışanlara hakaret ve tehditlerin devam etmesi üzerine, bu defa kolluk kuvvetlerince direnişçi işçilerin fabrika sahası dışına çıkarıldığını, iş yeri işgali ve direnişine katılan 280 den fazla işçiden davacı ve arkadaşları gibi eyleme son vermeyen, eylemde aktif rol oynayarak diğer işçi ve çalışanların üzerinde baskı kuran sadece 78 işçinin iş sözleşmesinin iş kanunu 25/2 ve 6356 sayılı yasanın 70. Maddesine dayanılarak tazminatsız ve ihbarsız olarak sonlandırıldığını, kolluk kuvvetlerince tahliye edilen işçilerden iş akdi fesih edilmeyenlere idari ücretli izin verildiğini, bu işçilerle ilgili işlem yapılmadan önce davalı şirket yetkililerinin tüm iyi niyet çabaları ile işe davet edildiğini ve 26/07/2015 ve 27/07/2015 tarihlerinde Noter huzurunda beyanlarının alındığını ve büyük çoğunluğu işten çıkartılan arkadaşları tekrar işe alınmadan çalışmayacaklarını ifade ederek iş yerini terk ettiklerini, bu süre içinde iş başı yapmayan işçilerin istifa iradeleri açıkça ortaya çıktığı için noter huzurundaki beyan ve iradeleri karşısında işten çıkışlarının verilmek zorunda kaldığı, dava dilekçesinde belirtildiği üzere davacının mayıs 2015 tarihinde istifa ederek diğer sendikaya üye olduğunu ve bu durumun davalı şirketçe bilinmesine rağmen davacının yasa dışı eylemlere katılarak iş yerinde üretimi durdurma noktasına gelinceye kadar sendika seçme hakkına müdahalede bulunulmadığını, söz konusu iş yerinde gösterilen tepkinin iddianın aksine demokratik bir tepki değil tam tersine iş yerine zarar verme amacına yönelik yasa dışı bir eylem olduğunu, iş verenin yönetim hakkının eşit işlem borcu ile sınırlandırıldığı iddiasının doğru olmadığını, belirli sınırlar içerisinde doğru olan bu ilkenin davalı şirket tarafından davalı ve arkadaşlarına sonuna kadar uygulandığını, eyleme katılarak üretimi aksatan, aksatmaları konusunda çalışanları tehdit eden çalışanlara aynı uygulamanın eksiksiz yapıldığını, direnişi yaparak iş yerini işgal eden 280 den fazla çalışan içinde davacının iş akdi feshinin yönetim hakkının eşit kullandığının tam bir göstergesinin olduğunu, direnişi işgale baskı ile tehditle ve zorla katılmak zorunda kalan çalışanların iyi niyeti dikkate alınarak iş akitlerine son verilmediğini bu şekilde olan işçilerin hangi sendikaya üye olduklarına bakılmaksızın halen iş yerinde çalışmalarını sürdürdüklerini belirterek tüm bu nedenlerle haksız davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, Anayasa'nın "Grev ve Lokavt" başlığını taşıyan 54.maddesinde, "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasını ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunda düzenlenir. Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz. Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve iş yerleri kanun ile düzenlenir" düzenlemesinin yer aldığı, 2010 yılında yapılan referandum ile maddenin "siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, iş yeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz" şeklindeki 7.fıkrasının yürürlükten kaldırıldığı, Genişletilmiş Avrupa Sosyal Şartının 5.maddesinde, "akit taraflar, çalışanların ve çalıştırılanların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için, yerel, ulusal ve uluslar arası örgütler kurmak ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya geliştiren ek amacı ile ulusal mevzuatın bu örgütü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt eder" kuralının olduğunu ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Türkiye'ye ilişkin kararlarında şartın ilgili hükümlerini de uyguladığı, Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması hakkında 87 sayılı sözleşmenin 11.maddesinde benzer şekilde örgütlenme hakkının korunacağından söz edildiği, 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi'nin 1.maddesine göre "İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine halel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır. Böyle bir himaye bilhassa bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak; bir sendikaya üye olmayı yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvaffakı ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkartmak veya başka suret ile onu izrar etmek; maksatları güden hareketlere mütaallik hususlarda uygulanacaktır" şeklinde kurallara yer verildiği belirtilerek konuyla ilgili Anayasal ve uluslar arası düzenlemeler açıklanmıştır.

Mahkemece, işyerinde Mayıs 2015 döneminde başlayan sendika üyeliğinden toplu istifalardan ve üyeliklerden söz edilmiş, 11/07/2015 tarihinde sendika temsilciliğine seçilen 11 işçinin iş sözleşmelerinin işverence feshedildiği buna tepki olarak davacıların ve iş yerinde çalışan diğer bir kısım işçilerin iş yerinde mesai saatleri dışında yemek ve çay molalarında ve işe giriş ve çıkış saatlerinde üretimi aksatmadan alkışlı ve sloganlı protestolarda bulundukları, 20/07/2015 tarihinde işveren tarafından bu eylemlerde öncülük ettiği tespit edilen ve yine'na üye olanlardan 12 ki-

şinin bu sebeplerle iş akdinin feshedilmiş olduğu, bu durumu da protesto etmek ve işten çıkartılan arkadaşlarının yeniden işe iadelerini sağlamak için davacılar ve bir kısım çalışanların yemek ve çay molalarında, işe giriş ve çıkış saatlerinde işi ve üretimi aksatmayacak şekilde alkışlı ve sloganlı protestolarda bulundukları ancak iş yerinde yine aynı şekilde baskıların devam etmesi ve işten çıkartılan çalışanların işe iade edilmemesi ve kendilerinin de bu sebeple işten atılma baskısı altında olmaları ve bu korku içinde bulunmaları nedeni ile 20/07/2015 tarihinden 26/07/2015 tarihine kadar iş yerinde diğer çalışan işçileri ve üretimi engellemeyecek ve aksatmayacak şekilde üretim bölümleri dışındaki alanlarda oturarak çalışmadan bekleme şeklinde oturma eylemi yaptıkları, bu eylemin 6 gün sürdüğü, bu eylem sürecinde işverenin eyleme katılanların cep telefonlarına SMS göndererek idari izinli olduklarını belirterek eylemlerini sona erdirip işe başlamaları yönünde talepte bulunduğu, eyleme katılan çalışanların eyleme katılmayıp çalışmaya devam eden kişilere herhangi bir baskı ve müdahalede bulunmadıkları, 26/07/2015 tarihinde iş yerine çağrılan kolluk kuvvetleri tarafından eylem yapan kişilerin çıkartılarak eylemin sonlandırıldığı daha sonrasında işveren tarafından eyleme katılan sendikalı çalışanların cep telefonlarına SMS gönderilerek tekrar işe devam etmeleri hususunda görüşmek üzere iş yerine çağrıldıkları, iş yerine gelenlerin normal personel kartı ile giriş yaptırılmayarak güvenlik görevlileri tarafından misafir bölümünden içeri alındıkları, yapılan görüşmelerde bir kısım çalışanın işten atılan arkadaşlarının işe iade edilmeleri halinde ve kendilerine sendikal baskı uygulanmaması durumunda işe başlayabileceklerini belirtmeleri üzerine bu kişilerin güvenlik görevlileri çağrılarak iş yeri alanı dışına çıkartıldıkları ve bu şekilde iş sözleşmelerinin sona erdirildiği, eylemin sona erdiği gün 76 kişinin işten çıkartıldığı daha sonrasında bu eyleme katılmaları nedeni ile üyesi 242 kişinin iş akitlerinin sona erdirildiği işe başlatılan kişilerin işe başlamalarından kısa bir süre sonra Birleşik Metal İş Sendikası'ndan istifa ettikleri ve çoğunluğunun tekrar iş yerinde örgütlü önceki sendikaları olan geçiş yaptıkları üyesi olup çalışan kişi sayısının 2-3 kişi ile sınırlı kaldığı açıklanmış ve yapılan eylemin barışçıl nitelikte toplu eylem olarak demokratik hakkın kullanılması niteliğinde olması nedeni ile ayrıca işverenin yapılan fesihte eşit davranma borcuna aykırı ve keyfi davranması ve tutarlı davranmaması nedenleri ile yapılan feshin haklı ve geçerli nedene dayanmadığı kanaatine varılmıştır. İşveren tarafından yapılan fesih iş yerinde’nda yapılan istifalar sonrası işçilerin toplu olarak’na üye olmaları ve bu sendika’nın iş yerinde örgütlenemeye çalışması ve işverenin de iş yerinde farklı bir sendika istememesi ve’na üye olan işçilerin iş akitlerinin feshedilmesi

nedeni ile tamamen işçilerin istedikleri sendikaya üye olma sendika seçme özgürlüğü ve örgütlenme hakkına engel olmak amacı ile sendikal nedenler ile iş akitlerini feshettiği kanaatine varılarak feshin geçersizliğinin tespiti ile 6356 sayılı yasa 25/5 maddesi gereğindeki düzenleme gereğince davacının başvurusu ve işverenin işe başlatması ve ya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın ödenmesi gereken tazminat miktarının 1 yıllık brüt ücret tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Davalıya ait işyerinde 30/12/2014 tarihinde işyerinde örgütlü olan ile bağtılanan 01/09/2014 – 31/08/2017 tarihleri arasında yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi mevcuttur.

İşyerinde Mayıs 2015 döneminde bazı işçilerin istifa ederek üye oldukları bu arada işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmelerinden yararlanmak için dayanışma aidatı dilekçesi verdikleri dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Üye olan işçilerin işyerinde seçim yapmak suretiyle işyeri sendika temsilcilerini seçmeleri ve örgütlenme aşamalarında bu kişilerin işveren ve diğer çalışanlar tarafından muhatap alınmalarını istemeleri demokratik bir hakkın kullanımı niteliğindedir. Temsilci olarak seçilen 11 işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinin haklı nedene dayandığı yönteminde kanıtlanamamıştır. Dairemizce yapılan değerlendirmede salt temsilci seçilen işçilerin iş sözleşmelerinin 18/06/2015 tarihindeki toplu eylem sebebiyle feshedilmesi geçerli nedene dayanmadığı gibi, fesihlerin sendikal nedenle yapıldığı bu açıdan işyeri sendika temsilcisi seçilen işçiler bakımından mahkemece verilen kararların yerinde olduğu kabul edilmiştir.

Öte yandan, dosya içeriğine göre işyerinde 690 civarında işçinin toplu eylemlere katıldığı ileri sürülmesine rağmen 240 civarında işçinin iş sözleşmesi değişik nedenlerle feshedilmiş olup, toplu eylem nedenine dayalı fesihler bakımından davalı işverence eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, eyleme katılan tüm işçiler arasında davacı işçinin eyleme katılarak üretimi aksatan, aksatmaları konusunda çalışanları tehdit eden ve eylemleri yönlendiren konumunda olduğunu yöntemince kanıtlayamamıştır. Bu itibarla toplu eylem nedenlerine dayalı olarak işverence yapılan feshin haklılığından söz edilmesi mümkün değildir. Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması, geçerli

nedeni ortadan kaldırmamaktadır. Sendikal neden ve geçerli neden yönlerinden gerekli araştırma yapılmalıdır. Yukarıdaki paragrafta sözü edilen 11 işçi dışında kalan davacı işçiler bakımından feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığı ve dahi sendikal nedenin varlığı noktasında yapılan inceleme ve değerlendirmeler yeterli değildir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davalı işyerinde çalışan sayısı, her iki sendikaya üye olan ve üyelikten istifa eden işçi sayıları, dayanışma aida-tı dilekçesi veren işçilerin sayısı, halen işyerinde üye işçi olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilmelidir. İşverenin yaptırmış olduğu mahkeme ve noter tespitleri ile işçilere gönderilen SMS yazıları ve tanık beyanları dikkate alınarak, işveren tarafından işçilerin sendika seçme özgürlüğüne müdahale edip etmediği belirlenmelidir. İşverence işçilerin sendikal özgürlüklerine müdahalede bulunulmadığı belli bir sendika yararına veya aleyhine bir tutum izlenmediği belirlenirse, aşağıda belirtilen fesih nedenlerine göre geçerli nedenin mevcut olup olmadığı ortaya konulmalıdır. İşverenin sendikayı seçme özgürlüğüne çeşitli yöntemlerle doğrudan veya dolaylı olarak müdahalede bulunduğu belirlendiğinde, kural olarak işçilerin buna karşı toplu eylem hakkının varlığından söz edilebilir. Ancak işverence işçilerin belli bir sendikaya üye olma veya olmama noktasında yönlendirdiğini tespiti halinde dahi, işçilerin buna karşı tepkilerini barışçıl ve demokratik bir biçimde ortaya koyup koymadıkları değerlendirilmeli ve ölçülü şekilde kullanılıp kullanılmadığı ele alınmalı sonucuna göre feshin geçerli olup olmadığı belirlenmelidir.

Dosyaların çoğunluğunda 03/08/2015 tarihinde işçiye yapılan bildirimde, 20-26 07/2015 tarihlerinde yapılan ve kolluk güçleri tarafından sona erdirilen toplu işgale katılınmasına rağmen iş sözleşmesinin feshedilmeyerek ücretli idari izne çıkarıldıkları, iş başı yapmaları gereken günde gelmelerine rağmen daha önce işten çıkarılmış olan arkadaşlarının geri alınması kaydıyla iş başı yapabileceklerini söyledikleri ve işyerini terk ettikleri açıklaması yer almaktadır. Bu savunma şekline göre öncelikle iş sözleşmesinin sona erme biçimi belirlenmeli ve işe iade davası açma ön koşullarından olan işveren feshinin mevcut olup olmadığı ortaya konulmalıdır. İşveren feshinin varlığı kabul edildiği taktirde işçiye yapılan bildirimde geçen yönlerden dosya içindeki deliller değerlendirilmeli ve feshin haklı ya da geçerli nedene dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. Davalı işveren, işyerinde 20-26/07/2015 tarihleri arasında yapıldığını ileri sürdüğü toplu eyleme dayalı olarak iş sözleşmesini feshetmediği halde mahkemece, işçilerin demokratik toplu eylem hakkından söz edilerek karar verilmesi hatalıdır. Yine kararda yer alan, toplu eyleme dayalı olarak idari izin verilen işçilerin daha sonra da aynı toplu eylem sebebiyle çıka-

rıldıkları yönündeki gerekçe de tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarını karşılamamaktadır.

Seri halde yargılaması yapılan dosyaların bazılarında fesih tarihleri 20/07/2015 olup, işçilerin 11/07/2015 tarihinde mesai saatleri içinde toplu eyleme katılarak çalışan sendika temsilcileri ile işveren yetkililerine hakaret içeren sloganlar atmaları, üretimi yavaşlatmaları, yavaşlatılması yönünde diğer çalışanlara baskı uygulamaları, bu yolla maddi manevi zarara neden olunması, tüm uyarılara rağmen iş raporlarının doldurulmaması ve çalışma barışının bozulması gibi nedenlere dayanılmıştır. Mahkemece, feshe konu edilen maddi vakıalar yönünden dosyadaki delil durumuna göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmamıştır.

Aynı mahkemece karara bağlanan ve Dairemizce aynı gün temyiz incelemesine konu olan bazı dosyalarda ise işverence işçiye bildirilen fesih yazısında çeşitli tarihlerdeki devamsızlık nedenine dayanılmıştır. Sözü edilen dosyalarda da mahkemece demokratik toplu eylem hakkından söz edilerek karar verilmiş, devamsızlık iddialarına dair tarafların delilleri değerlendirilmemiştir.

Görüldüğü üzere davalı işveren işçilere yönelik olarak farklı tarihlerde birbirinden çok farklı fesih nedenlerine dayanarak fesih yoluna gitmiştir. Feshe konu olayların bazılarıyla ilgili olarak işverence mahkemeden tespit talebinde bulunulmuş ve noter tespiti işlemleri yaptırılmıştır.

Mahkemece her bir davacı işçi bakımından fesih nedenine göre değerlendirme yapılmamıştır. Her bir davacı işçi bakımından fesih nedeni ile bağlı kalınarak öncelikle iddiaya konu fesih yönünden deliller değerlendirilmeli, varsa eylemin barışçıl ve demokratik olup olmadığı, davacı işçi eyleme katılmışsa eylemin süresi belirlenmek suretiyle ölçülü biçimde kullanılıp kullanılmadığı değerlendirmeye alınmalıdır. Fesih bildiriminde zarar iddialarına dayanılmışsa, gerekirse bu yönde deliller değerlendirilmek suretiyle sonuca gidilmelidir. Devamsızlığa ve davranışa dayanan fesih nedenleri bakımından da deliller ayrıca değerlendirilmelidir. Tanık beyanları da her bir dava özelinde davacıya özgü fesih nedeni yönünden ele alınmalıdır. Dosya kapsamına göre her bir fesih nedeni ve delil durumuna göre iç hukuk ve uluslar arası hukuk yönlerinden somut olaya özgü değerlendirme yapılmalıdır. Mahkemece eksik incelemeye karar verilmesi hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir.

F)HÜKÜM:

Yukarda açıklanan gerekçe ile; temyiz olunan kararın **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 17/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: 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.

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.

Davacının kıdem tazminatına esas ücreti emsal ücret araştırılması yapılarak belirlenmiş ve işveren tarafından bildirilen ücret kabul edilmemiştir. Bu halde hesabın unsuru olan ücret davanın başında belirli olmadığından, davacının kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı ile ilgili taleplerini belirsiz alacak davası konusu yapmasında hukuki yararı vardır. Davacının kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı ile ilgili esastan karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

Y.9. HD E:2014/34138, K: 2016/6699 T:21.03.2016

Davacı, kıdem tazminatı ile fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti, ücret, asgari geçim indirimi alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı şirkette cilacı ustası olarak 11/01/2007 - 09/11/2012 ta-

rihleri arası davalı şirketin ücretini ödememesi ve geç ödemesi sebebiyle sözleşmesinin fesh edildiğini, son olarak ayda 1.650 TL net ücret aldığını müvekkilinin resmi ve dini bayramlarda arada sırada çalışma yapıldığını, çalışma süresi boyunca 14 ay yurt dışında görev yaptığını, dini ve resmi bayramlarda gıda ve erzak yardımı yapıldığını, cumartesi günleri de dahil olmak üzere 6 gün çalışma yapıldığını, sabah 08:00 den akşam 18:30 a kadar çalıştığını haftanın 3 günü gece 22:00 a kadar mesai yapıldığını , öğlen 1 saat yemek molası verildiğini ve 15'er dk dan 2 defa çay molası verildiğini, servis olduğunu , yıllık izinlerinin bir kısmının kullanmadığını, Ekim ve Kasım maaşının ödenmediğini, Eylül ayında 700,00 TL ödeme yapılmadığını, Asgari Geçim İndirimi ödenmediğini iddia ederek, kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti, ulusal bayram-genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti, asgari geçim indirimi ve ücret alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacı vekilinin kıdem ve yıllık izin alacağı açmada hukuki yarar bulunmadığından bu alacaklar için belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararı bulunmadığından davanın başında bunların miktarının hesaplanabileceği anlaşıldığından bu taleplerin reddine, genel tatil ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, asgari geçim indirimi ve ücret alacağı taleplerinin kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili yasal süresi içinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davaya konu kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin ile ilgili işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı noktasında 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.

Belirsiz alacak davasını düzenleyen HMK’nın 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 yükümlülöklere uyan işveren bakımından kural olarak işçi alacaklarının belirsiz olduğundan söz edilemeyecektir. Zira işçinin çalışma süresinin tam olarak kayda geçirildiği, iş sözleşmesi ile ücreti, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlendiği, işçiye her ay ücret hesap pusulası verildiği, günlük ve haftalık iş sürelerinin işçiye önceden bildirildiği, işçinin yaptığı olağanüstü çalışmalar için kendisine belge verildiği durumlarda, işçinin birçok 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 indirimine 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 açılabilmesi 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 açılabilir. 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 aldirarak olası işçilik alacaklarını belirlemesi de hak arama özgürlüğü önünde engel olarak değerlendirilebilir.

Talep sonucunun rakam olarak ifadesinin imkansızlığı, davacının tam olarak miktarını bilmediği ve bu bilgisizliğini davalının sahasında bulunan vakialardan kaynaklandığı durumlarda söz konusudur.

Genel mahiyette bu açıklamalardan sonra işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olmayacağı noktasında Dairemizce belirlenen kriterler aşağıdaki gibidir;

Kıdem tazminatı hesabı için, işçinin çalıştığı süre, fasıllı çalışma olup olmadığı, bu süre içinde ihbar önelini altı hafta aşan istirahat raporu alınıp alınmadığı, ücretsiz izin uygulaması olup olmadığı, grevde geçen sürenin varlığı, işçinin son ücreti, ücretin eki niteliğindeki ödemelerin son bir

yıllık toplamı, işçiye sağlanan aynı hakların parasal değeri ve son bir yıllık ortalaması, ücretin eki mahiyetindeki ödemelerin devamlılık arz edip etmediği gibi konuların net olarak bilinebilmesi gerekir. Bu yüzden işçinin hesabın unsurlarına dair sözü edilen bir veya birkaç konuda belirsizlik halinde kıdem tazminatının başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün olamaz. HMK'nın 107. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere alacaklının "alacağının tamamını tam olarak" tespiti mümkün değildir. Bu nedenle hesabın unsurlarındaki tartışma ve belirsizlik, alacağın da belirsiz olması sonucunu doğurur. Ancak ücret ve eklerine dair tartışma kıdem tazminatı tavan sınırlaması sebebiyle sonuca etkili değilse, kıdem tazminatının belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği düşünülmelidir.

İhbar tazminatı hesabı noktasında kıdem tazminat için sözü edilen tavan sınırlaması hariç, hemen hemen aynı verilere ihtiyaç vardır. İşçinin çalışma süresindeki tartışmanın ihbar süresine dair dilimi etkilemesi veya işçinin ücreti ve eklerindeki herhangi bir tartışma halinde ihbar tazminatı hesabı da belirsizdir.

İşçinin ücretini ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımı ile ihbar ve kıdem tazminatının her durumda belirli olduğunu söylemek isabetli bir yaklaşım olmaz. Çalışma süresine ve ücreti ile eklerine dair yasal yükümlülüğe rağmen işverence belge verilmemiş bir işçinin, işverende mevcut işyeri şahsi sicil dosyasına ulaşmadan ve işverence bilgi ve belge sunulmadan önce henüz dava açma aşamasında bu tür tazminatların tamamını ve tam olarak hesaplamasını beklemek ve bunu bir dava şartı olarak kabul etmek, hak arama özgürlüğünü zedeler. Bu konuda alınacak olan uzman raporu da hesap noktasında aynı belge eksiklikleri sebebiyle yeterli olmayacağı gibi, iş sözleşmesi yasal hakları ödenmeksizin feshedilen işçiden dava öncesinde alacaklarını belirleyebilmek için hesap raporu almak yönünde bir masraf yapmasını beklemek de doğru olmaz.

Yıllık izin ücreti hesabının unsurları, işçinin çalışma süresi ve ücretin miktarıdır. İşverence yasal düzenlemelere rağmen bu yönlerden belge düzenleme ve işçiye verme yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması halinde işçinin yıllık izin ücretini dava öncesinde tam olarak belirlemesi mümkün olmayabilir. Bu açıdan çalışma süresi ve ücretin tartışmalı olması durumunda yıllık izin ücreti belirsiz alacak davasına konu edilebilir. Ancak çalışma süresi ve ücretin işçiye verilmiş veya ulaşabileceği belge ve kayıtlarla kesin olarak saptanabildiği hallerde yıllık izin ücretinin belirli olduğu ve belirsiz alacak davasına konu olamayacağı söylenebilecektir.

Fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücretler için ise çalışmaların tamamının puantaj kayıtlarına da-

yandırıldığı istisnai durumlar dışında hakim taktiri indirimi söz konusu olduğundan, alacakların, davanın açıldığı aşamada tam olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu itibarla sözü edilen alacakların belirsiz alacak davasına konu edilebileceği ilke olarak kabul edilmektedir.

Hakimin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak alacak miktarı veya değerinin belirlenmesi halinde alacak belirsizdir

Dairemizin kısmi dava ile ilgili verdiği bu ölçütleri kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.10.2012 gün ve 2012/.... E, 2012/... K sayılı kararında “İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru olmayacağını, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesinin daha doğru olacağını” açıkça belirtmiştir.

Aynı dava dilekçesinde birden fazla işçilik alacaklarının talep edildiği durumlarda davaların yığılmasından söz edilir ki, alacağın belirli olup olmadığı her bir alacak kalemi bakımından somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. sayılı kararı da bu yöndedir.

Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği takdirde, hakim hemen davayı reddetmemeli, HMK.’nın 115/2 maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağın belirleyerek buna göre talepte bulunması için davacıya kesin süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir. Dairemiz kararları ile Yargıtay Hukuk Dairesinin kararları bu yöndedir.

Alacağın belirsiz olması halinde alacaklı, belirsiz alacak davası açabileceği gibi kısmi dava olarak da alacağın tahsilini talep edebilir.

Dava dilekçesinde alacağın belirsiz olduğundan söz edilmiş olsa da, kısmi dava açıldığının ifade edilmesi halinde davanın türünün kısmi dava olarak kabulü gerekir. Zira alacak belirsiz ise kısmi dava yoluyla alacağın istenmesine engel bir durum yoktur. Bu ihtimalde kısmi dava ancak talep edilen kısım itibarıyla zamanaşımını keser. Yargılama ile alacağın belirlenen kalan kısmı ıslah veya ek dava ile talep edildiğinde arttırılan miktarlar bakımından faiz başlangıcı -kural olarak- talep tarihidir. Bu nedenle davanın türünün belirsiz alacak davası veya kısmi dava oluşunun sonuçları farklı olup, tereddüt halinde hakim tarafından bu husus davacıya açıklatılmalı ve davanın türü ön inceleme tutanağına yazılarak tahkikat aşamasına geçilmelidir.

Belirsiz alacak davası ise mevcut yasal düzenleme çerçevesinde üç de-

ğişik şekilde açılabilir. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davasının açılabilceğı HMK'nın 107. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörölmüşür. 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 belirleyebildiğı miktarı davaya konu etmelidir. Bu konuda rastgele bir miktarı talep etmesi doğru olmaz. Örneğın, işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında 10 yıl ve asgari ücretten hizmeti görünen bir işçi, çalışma süresini 12 yıl ve ücretini net 2.000,00 TL olarak açıklamak suretiyle kıdem tazminatıyla ilgili belirsiz alacak tahsil davası açabilir. Bu davada, kayıtlarda geçen süre ve asgari ücrete göre belirlenebilen miktar talep edilmelidir. Başka bir anlatımla tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında alacaklı belirleyebildiğı kadarıyla bir hesaplama yapmalı ve bu miktarı talep etmelidir. Dava dilekçesinde şimdilik kaydıyla farazi bir miktar (100,00 TL) gösterilmesi halinde, davanın, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak kabulü doğru olmaz.

Tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında, işverenin vereceğı cevap, ön inceleme aşamasında bu yönde uzlaşa 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'nın 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak belirli hale geldiğinde arttırım, sadece bir kez yapılabilir. İkinci kez arttırım yapılmak istenirse, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, dava tarihinde alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 157. maddesi uyarınca, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra zamanaşımı yeniden işlemeye başlar. Bu nedenle yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemeyeceğinden, davacının talep arttırım dilekçesi üzerine ileri sürölen zamanaşımı definin de sonuca bir etkisi olmaz.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı, davadan önce temerrüt söz konusu değılse 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 açılabilceğı HMK'nın

107/3. maddesinde kabul edilmiş olmakla, davanın miktar belirtmeden açılması da imkan dahilindedir. Bu halde hukuki yarar yokluğu ile ilgili tartışmalara mahal vermemek için, 107. maddenin son cümlesinde, belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasında hukuki yararın bulunduğu ifade edilmiştir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabilmesinin en önemli sonucu, belirsiz alacak tespit davasının da alacağın tamamı için zamanaşımını kesmesidir. Bu husus, 107. maddenin gerekçesinde açıklanmıştır.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasının ardından, alacağın yargılama sırasında belirlenmesi üzerine HMK'nın 107/2. maddesine göre miktarın arttırılması mümkün değildir. Zira sözü edilen hüküm, belirsiz alacak davasının miktar belirtilmesi yoluyla eda davası biçiminde açılması halinde uygulama alanı bulabilir. Ancak belirsiz alacak tespit davasında yapılan yargılama ile alacak belirlendikten sonra, davanın tamamen ıslahı suretiyle alacağın tahsili talep edilebilir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılması ve ardından ıslahla eda davasına dönüştürülmesinin, davanın belirli bir miktar üzerinden açılmasından farkı, faiz başlangıcı noktasında kendisini gösterir. Belirsiz alacak davası tespit davası olarak açıldığında faiz başlangıcı, alacakların rakam olarak talep edildiği ıslah tarihi olmalıdır. Belirsiz alacak davası ile kesilmiş olan zamanaşımını yargılama sırasındaki işlemler ve hakimnin her kararı ile kesileceğinden ıslaha karşı ileri sürülen zamanaşımını defî sonuca etkili değildir.

HMK 107. maddesinin gerekçesine göre belirsiz alacak davasının, kısmen eda davasıyla birlikte külli tespit davası olarak da açılabilmesi imkan dahilindedir. O halde belirsiz alacak davasında bir miktarın tahsili yanında, kalan tutarın tespiti istenebilecek ve yargılama sırasında belirlendiğinde kalan miktar da talep edilebilecektir.

Bunun tam eda davasından farkı, belirlenebilen miktarın talebi yerine, kısmi bir miktarın istenebilmesidir. Örneğin belirsiz bir alacak için alacaklı tarafından belirsiz alacak davası açıldığında ve 100,00 TL için tahsil, kalan miktarı için ise alacağın tespiti istendiğinde kısmi eda külli tespit davasından söz edilir. Zira alacaklı işveren veya resmi kurum kayıtlarında geçen belirleyebildiği miktarı davaya konu etmek yerine, farazi bir miktar için talepte bulunmuştur. Sözü edilen davanın kısmi davadan farkı ise, alacaklının kısmi dava açtığını belirtmeksizin belirsiz alacak davasından söz ederek taleplerde bulunmasına dayanır. Yukarıda açıklandığı üzere belirsiz bir alacak için alacaklının açıkça kısmi dava açtığı-

nı belirterek talepte bulunması veya belirsiz alacaktan söz edilmeksizin kısmi taleplerde bulunulması halinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilir.

Kısmi eda külli tespit davasının açıldığı anda alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. Yargılama sırasındaki işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlayacağından yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemez. Bu nedenle yargılama sırasında arttırılan taleplere karşı yapılan zamanaşımı defi sonuca etkili değildir. Ancak faiz başlangıcı açısından tahsil amaçlı belirsiz alacak davasından farklı bir durum vardır. Davaya konu edilen miktar bakımından faiz başlangıcı olarak dava tarihi kabul edilmelidir. Alacağın kalan kısmın sadece tespiti istenmiş olmakla, belirlenen bakiye alacak miktarının ileride talep edildiği tarihten itibaren faize karar verilmelidir.

6100 sayılı HMK'nın 114. Maddesinde davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartı olarak belirtilmiştir. Belirsiz alacak ve tespit davasında, kanun açıkça alacak miktarının veya değerinin belirlenememesi veya olanaksız olması halinde, davacının belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının varsayılacağını öngörmüştür. Kısaca dava açıldığında alacak belirli değil veya tartışmalı ise, belirsiz alacak ve tespit davası açılması için hukuki yarar vardır. Takip eden 115/2 maddedeki kurala göre ise “Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder”. Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir. Dairemiz kararlılıkla hukuki yarar şartının tamamlanabilir dava şartı olduğunu kabul etmektedir(27.12.2012 gün ve 2012/.... E., 2012/... K). Bu nedenle belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıldığında, dava konusu edilen alacak açık ve tam olarak belirli ise davacıya tam eda davası açması, tamamlanabilir hukuki yarar şartını yerine getirmesi için öncelikle süre verilmeli, süre sonunda yerine getirmediği takdirde davanın hukuki yarar şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmelidir.

Davacının, aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebini, aralarında bir derecelendirme ilişkisi yani asililik-ferilik ilişkisi kurmadan aynı dava dilekçesinde ileri sürmesine davaların yığılması denir(HMK. Mad.110). Birden fazla istemin yer aldığı ve işçi-işveren

uyuşmazlıklarında işçinin işçilik alacakları için açtığı davanın örnek teşkil ettiği bir dava türüdür. Davacı birçok talebini, tek bir dava dilekçesi ile talep etmektedir. Aslında kural olarak talep sayısınınca dava mevcuttur. Davacı her bir talebi için dava dilekçesinde olguları (vakıaları) ayrı ayrı belirtmek ve ispat yükü kendisinde ise ispat etmek zorundadır. Yapılan yargılamada her bir talep hakkında ayrı ayrı inceleme yapılır. Yargılama sonunda da her biri hakkında olumlu veya olumsuz karar verilir. İşte davaların yığılması halinde, davacının isteklerinin bir kısmı belirli bir kısmı belirsiz alacak davası konusu olabilir. Bu durumda talep edilen alacaklardan açıkça belirli olan ve tartışmalı olmayanlar için belirsiz alacak davası veya kısmi dava ile talepte bulunulamaz. Bu nedenle dava şartlarının da her talep açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bir talep için dava şartının yokluğu, dava şartı olan ve gerçekleşen talepler içinde davanın usulden reddini gerektirmez.

Somut uyuşmazlıkta, davacı iş akdini haklı nedenle feshettiğini iddia ederek işçilik alacaklarını talep etmiştir. Davalı taraf cevap dilekçesi sunmamış olmakla, taleplerin reddini savunmuştur. Davacının kıdem tazminatına esas ücreti emsal ücret araştırılması yapılarak belirlenmiş ve işveren tarafından bildirilen ücret kabul edilmemiştir. Bu halde hesabın unsuru olan ücret davanın başında belirli olmadığından, davacının kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı ile ilgili taleplerini belirsiz alacak davası konusu yapmasında hukuki yararı vardır. Davacının kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı ile ilgili esastan karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

Diğer taraftan somut uyuşmazlıkta bir an için tazminatların başlangıçta belirlenebileceği kabul edilse dahi, belirlenebilir olan tazminatlar hesap raporu ile belirlenmiştir. Alacak belirsiz alacak davası konusu yapılmayacağı kabul edilse dahi tamamlanabilir dava şartı olan hukuki yarar şartını yerine getirmesi için kesin süre verilmeden yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 21.03.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ELEKTRONİK GAZETELERİN YAYIN KOORDİNATÖRLÜĞÜNÜ YAPAN ÇALIŞAN GAZETECİDİR

ÖZET: İşçilik hakları ile ilgili değerlendirme 4857 sayılı Yasaya göre değil 5953 Sayılı Yasa'ya göre yapılmalıdır.

Y.9. HD. E:2014/35444 K:2016/6557 T: 21.03.2016

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile izin ücreti alacağının ödenilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti

Davacı, davalıya ait Vatan Gazetesi'nde köşe yazarı olarak çalışırken haksız şekilde işten çıkarıldığını iddia ederek, kıdem-ihbar tazminatı ve yıllık izin ücretinin ödenilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti

Davalı Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık Şirketi vekili, davacının telif sözleşmesi ile çalışıp aralarında iş sözleşmesi bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece, kesinleşen hizmet tespiti davasında davacının davalıya ait işyerinde iş sözleşmesi ile çalıştığının tespit edildiği ve feshin haksız olduğu sonucuna varılarak, davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz

Kararı, davacı ve davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacı işçinin 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun kapsamında gazeteci olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasanın 1 inci maddesinde, “Bu Kanun hükümleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki işçi tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır. Bu Kanunun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara gazeteci denir” şeklinde kurala yer verilerek Kanunun kapsamı ve gazeteci tanımı ortaya konulmuştur. Buna göre Kanunun kapsamında kalan işyerleri Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajansları olarak sıralanabilir. Kanunda bahsi geçen “gazete” ve “mevkute” gibi kavramların nesne anlamında olmadığı günlük gazete ya da daha uzun dönemsel yayınların basıldığı yer olan işletmenin anlaşılması gerektiği açıktır. Bununla birlikte gazete ve dönemsel yayının Türkiye’de yayınlanması bir başka zorunluluktur. Bahsi geçen dört tür işyerinde fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar, Kanunda gazeteci olarak adlandırılmıştır.

Günlük veya çok kısa aralıklarla yayınlanan, günlük haber ileten, nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazetenin yayınlanması bir başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Dairemizce elektronik gazetelerin yayın koordinatörlüğünü yapan çalışanın, 5953 sayılı Yasa kapsamında gazeteci olduğu kabul edilmiştir.

Fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya söz konusu alanlarda çalışmayı ifade eder. Buna göre, yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, kameraman, ressam, karikatürist gibi çalışanlar gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olup, gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Ancak aynı tür işyerlerinde teknik sorumlu, şoför, sekreter, muhasebe elemanı, satış ve pazarlama gibi işlerde çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilemezler.

Öte yandan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 38 inci maddesinde, özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanların da 5953 sayılı Kanunun kapsamında olduğunu açıklanmıştır. Özel radyo ve televizyonların haberle ilgili birimlerinde çalışanlar yönünden fikir ve sanat işi yapma koşulu söz konusu değildir. Ancak haberle ilgili birimde çalışma kavramı, haberin oluşumu-

na doğrudan katkı sağlama olarak değerlendirilmelidir. Buna göre haber müdürü, muhabir, foto muhabiri, spiker, haber kameramanı gibi çalışanlar gazeteci olarak değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, uplink görevlisi, şoför, diğer teknik ve idari personelin, haberin oluşumuna doğrudan katkıları olmadığından gazeteci kavramına dahil değildirler.

Günlük veya çok kısa aralıklarla yayımlanan, günlük haber ileten nispeten büyük boyutta basılı eser olarak tanımlanabilen gazetenin umuma hitap etmesi ve devamlılık göstermesi gerekir. Gazetenin yayınlanması başka anlatımla basılıp çoğaltılması gerekirse de, günümüzde teknoloji ve iletişimin geldiği nokta itibarıyla, gazetenin nesne olarak basımı ve dağıtımı bir zorunluluk değildir. Gazetenin elektronik ortamda, umuma açık olarak yayınlanması ve okuyucunun yararlanmasına sunulması da mümkündür. Dairemizce elektronik gazetelerin yayın koordinatörlüğünü yapan bir çalışanın 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun kapsamında gazeteci olduğu kabul edilmiştir.

5953 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde, “Devlet, vilayet ve belediyeler ve İktisadi Devlet Teşekkül ve müesseseleriyle sermayesinin yarısından fazlası bu teşekküllere ait şirketlerde istihdam edilen memur ve hizmetliler hakkında bu Kanun hükümleri”nin uygulanmayacağı hükme bağlanarak, gazeteci kavramı ile bağımsızlık ve tarafsızlık unsuru arasında bir bağ kurulmuştur.

Somut uyuşmazlıkta, davacının, davalıya ait’nde spor yazarı ve muhabir olarak 16.08.2003-26.06.2006 arasında çalıştığı kesinleşen hizmet tespiti davası, tanık beyanları ve dosyadaki belgelerden açıkça anlaşılmaktadır.

Davacı, 5953 sayılı Yasaya tabi gazeteci olup dava konusu işçilik alacaklarını hak edip etmediği ve hesabının Basın İş Kanunu’na göre değerlendirilmesi gerekirken, mahkemece, 4857 sayılı Yasaya göre hesap yapan bilirkişi raporuna itibar edilerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşama incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek hâlinde ilgililere iadesine, 21.03.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

LİBYA'DA YEMEKHANE SORUMLUSU - AŞÇI OLARAK ÇALIŞAN İŞÇİNİN AYLIK ÜCRETİ

BANKA HESABI • EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI

ÖZET: İspata elverişli olmayan ve imza içermeyen bordro ile karar verilemez.

Y.9. HD E: 2014/34981 K: 2016/7191 T: 24/03/2016

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile izin ücreti alacaklarının ödenilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde duruşmalı olarak davacı avukatı tarafından temiz edilmiş ise de; HUMK'un 438.maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin 01/01/1989-01/07/2008 tarihleri arasında davalı şirketin yurtdışında bulunan şantiyelerinde "yemekhane sorumlusu" aşçı olarak çalıştığını ve haksız olarak işten çıkarıldığını beyanla kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, müvekkili şirketi inşaat firması olduğunu, yurtdışındaki işleri proje bazlı olarak yaptığını, taleplerin zamanaşımına uğradığını ve davacının istifa ederek ayrıldığını beyanla davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, emsal dosyalarda toplanan deliller ve eldeki dosyada toplanan deliller değerlendirildiğinde davalı şirketin yurtdışı şantiyelerinde çalışanların saat ücreti ile çalıştıkları, maaş hesabına her ay farklı ücret yatırılmasının da saat ücreti ile çalışılmasından kaynaklandığı, bu nedenle davacının 0.88 Libya Dinarı karşılığı 3.57 saat ücreti ile çalıştığı kabul edilerek ilgili seçeneğe göre karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Davacı işçi, davalı şirketin Irak ve Libya'daki şantiyelerinde aşçı olarak çalıştığını, en son 1.300,00 USD ücret aldığını belirterek davaya konu ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti alacaklarını talep etmiştir.

Davalı işveren son ücretin 0,88 Libya Dinarı karşılığı 3,57USD/saat olduğunu savunmuştur. Bu konuda işçinin imzasını içeren bir bordro vs sunulamamıştır.

Mahkemece, davacının savunmada geçen saat ücreti ile çalıştığı gerekçeyle bilirkişi ek raporun ikinci seçeneğine göre davaya konu isteklerin kabulüne karar verilmiştir.

Somut olayda davacının aylık temel ücretinin miktarı tartışma konusudur. Davacı tanıdığı davacının iddia ettiği ücreti doğrulamış, ücret araştırmasına gelen cevapta yurt içinde çalışan davacı emsali işçinin 2000-2200 TL alabileceği açıklanmıştır.

Mahkemece davalının savunduğu saat ücreti üzerinden yapılan hesaba itibar edilerek isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Mahkemece kabul edilen ücret, yurt içinde çalışan bir işçinin alabileceği ücret olarak sendika tarafından bildirilen ücretin dahi altında kalmaktadır.

Dosya içinde yer alan cari hesap kartının ile banka hesabı inceleme-sinden son aylarda 1.100,00 USD'nin üzerinde ödemeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim işçinin banka hesabına yapılan ödemeler "maaş ödemesi" olarak gösterilmiştir. Yurt dışında kullanılmak üzere bir miktar avans verildiği de dikkate alındığında davacı işçi iddia ettiği ücreti kanıtlamış durumdadır. Davalı işverence dosyaya sunulan ispata elverişli olmayan ve imza içermeyen bordro ve cari hesap kartına itibarla sonuca gidilmesi hatalıdır. Davacının ücreti 1.300,00 USD olarak kabul edilmeli ve bilirkişi raporunda sözü edilen ücreti esas alan ilgili seçenek mahkemece bir değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmelidir.

SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 24/03/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

SGK RÜCU DAVASI • KASTİ SUÇLARDA İNDİRİM

**ÖZET: Haksız fiilin kasten işlendiği durumlarda cezaya bağlı olarak tazminatta indirimde gidilme-
lidir.**

Y. 10 HD., E. 2012/21455, K. 2012/21185, T. 12.11.2012

Dava: Dava, 29.04.2004 tarihinde davalı A. tarafından öldüröln 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalının haksahiplerine yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle uğradığı zararın istenmesine ilişkin Kurum işleminin iptali ve menfi tespit istemine ilişkindir. Mahkeme, F. hakkında karar verilmesine yer olmadığına, A. hakkında davanın kısmen kabulüyle, 3/4 oranında indirim yaparak belirlediği Kurum zararından sorumlu olduğuna karar vermiştir.

Hükmün, davalı Kurum tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi:

KARAR: Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle; HUMK'nın 388. maddesine aykırı şekilde davacı A. isminin karar başlığına yazılmamasına ilişkin eksikliğin, aynı Kanunun 459. (HMK'nın 304. maddesi) uyarınca mahallinde her zaman giderilmesinin mümkün olmasına göre, sair temyiz itirazlarının REDDİNE;

1) Maddi tazminat; maddi zararın, yani bir kimsenin mamelekinde iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesi için, sorumlu olan şahıs tarafından yerine getirilmesi gereken edadır.

Diğer bir tanımla da tazminat, borçlu tarafından yapılan ve alacaklı mamelekindeki eksilmeyi telafi eden bir edadır.

Tazminat, hiçbir şekilde zarar miktarından fazla olamaz. Zarar miktarı tazminatın azami sınırını teşkil eder (Turgut Uyar, Açıklamalı - İçtihadlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, Birinci Cilt, 1990 bası, s. 549).

Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçek-

leştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermek durumundadır. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan tam tazmin ilkesinin katı uygulanması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenledir ki, bazı hallerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyede daha uygun düşeceği kabul edilmektedir. Bu düşünceden hareketle, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda zararın kapsamının belirlenmesine etkili iki hüküm mevcuttur. Bunlar 43 ve 44. maddelerde yer alan hükümlerdir.

44. madde bir anlamda 43. maddeyi tamamlamaktadır. Zira 43. madde hakimın tazminatın miktarın hal ve durum ile kusurun ağırlığına göre belirlenmesini emretmişken; 44. madde tazminattan indirim yapılmasını gerektiren hal ve durumlara işaret etmiştir. Her iki madde hakim, tazminatın şeklini ve kapsamını tayin etme yetkisi verdiği gibi bazı olguların varlığı halinde, tazminattan indirim yapma veya gerektiğinde tamamen kaldırma yetkisi de tanımıştır.

Tazminat Miktarının Tayini üst başlıklı 43. maddenin 1. fıkrası ile; hakimın, olayların özelliklerine ve durumun gereğine göre zararın miktarını tespit edeceği hükme bağlanmıştır.

Hal ve mevkiin icabından amaç, somut olayın niteliğidir. Bunun başında haksız fiilin işleniş biçimi, yani fiilin ağırlığı; ardından ise kusurun ağırlığı gelmektedir. Kanun bunu hatanın ağırlığı şeklinde ifade etmiştir. Kanun kusurun ağırlığını tazminat miktarının belirlenmesine ölçü olarak algıladığına göre, zararın hesabından sonra, sorumlu kişinin kusuru ağır ise, tazminat zarar miktara eşit olabilir. Sorumlu kişinin kusuru hafif ise, hükmedilecek tazminat miktarı, zarara denk olmayabilir. Burada sözü geçen, olayın özellikleri, durumun gereği (hal ve mevkiin icabı), tarafların sıfatı, konmu, sosyal ve ekonomik durumları içinde değerlendirilebilecek geniş yoruma açık kavramlardır. Buradaki amaç, olayın özelliklerine göre hakkaniyet uygun bir sonuca ulaşmaktır. Buna göre hakim, tazminatın şeklini somut olayın niteliğine göre tayin etme olanağına sahiptir.

Tazminattan indirim veya red sebepleri ise 44. maddede düzenlenmiş olup, bu madde daha çok zarar görenle ilgilidir. Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle, maddede sayılan belirli hal ve durumlarda tazminattan indirim yapılması mümkün bulunmaktadır. 44. maddeyle 43. madde birbirini tamamlayan hükümlerdir. Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine

getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçülerle (kusurun objektifleştirilmesi) bir kusur sayılıp sayılamayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Ortak kusurun varlığı halinde, hakim, ortak kusurun tazminata etkisini, başka bir anlatımla bunun bir tenkis sebebi mi, yoksa zarar ziyan hükmünden tamamen sarfinazar edilebilecek bir sebep mi olduğunu takdir edecektir. Hakim bu yolda takdir hakkını kullanırken hak ve adalete uygun sonuca varacak bir yol izlemelidir. Bunun için de, her şeyden evvel maddenin amacının iyi bilinmesi gerekir. Türk hukukunda Borçlar Kanunu'nun 44/1. maddesinin (hiç bir kimse kendi kusurundan yararlanamaz) ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Bu ilke hak ve adalet düşüncesine de (M.K. md. 2.) uygun düşmektedir. Zarar gören kendi davranışıyla zarara neden olmuş ise bu zarar başkasına yüklenmemeli, payı ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar tespit edilmelidir (Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku sh. 319; Oser Schönerberger, Borçlar Hukuku, Adalet Bakanlığı yayını, Recai Seçkin çevirisi sh. 409).

Maddenin bu amacı göz önüne alındığında; gerçek ortak kusur halinde zararın bu kusura isabet eden payın indirilmesi olduğu; zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise istisnai bir durum olduğu kabul edilmelidir (Oser Schönerberger, sh. 411). İşte maddenin belirlenen bu amacı altında bir değerlendirme yapılırken, zarar verenin ve zarar görenin olay içindeki ortak kusurlu davranışlarının nedeni, çeşidi (kast-ihmal) ve zararlı sonuç ile birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucu olayda ortak kusurun etki ağırlığı o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağı) tamamen kesmemekle beraber, ikinci plana itsin; istisnai amaç (tazminat hükmündeki tamamen sarfinazar edilmesi) hak ve adalete uygun hale gelsin. Genellikle haksız fiilin kasten işlenmesi hallerinde; zarara etki ve ağırlığı ne olursa olsun ortak kusur, tazminattan tamamen sarifinazar edilmesini gerektirmemektedir. Zira, zarar verenin kasti bir davranışının sonucu, meydana gelen zarardaki payını ikinci plana atabilecek, bir ortak kusurlu davranış olarak kabulü hak ve adalet duygularına uygun düşmeyecektir. Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi kapsamında yer alan idrimi veya ret sebepleri şu şekilde sıralanabilir;

a) Zarar görenin zarara razı olması; burada sözü edilen rıza ile hukuka uygunluk sebebi olan MK. md. 24. maddedeki rızayı biri biriyle karıştırmamak gerekir. 44. maddede öngörülen rıza, hukuka uygunluk bebebinin koşullarını taşımayan rızadır.

b) Zarar görenin kusuru (ortak kusur); 44. maddeye göre zarar görenin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği, zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı taktirde bu durum tazminattan indirim ya da tazminat isteminin reddi sebebi olabilecektir. Haksız fiil failin zararın doğumuna ya da artmasına yol açan fiili kusurlu olduğu için sorumluluğa yol açmaktadır. Ancak, bu durum zarar görenin davranışlarından kaynaklanmışsa, ortak kusurdan söz edilir. Zarar görenin kusurlu davranışları derecesi açısından iki tür etki gösterebilir; zarar görenin kusuru ağır ise, bu durum illiyet bağıını kesen bir sebeptir. Bu durumda, haksız fiilin illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun koşulları gerçekleşmediğinde, tazminat gündeme gelmeyeceği için bundan indirim de söz konusu olmayacaktır. Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır. O halde, ortak kusur, haksız fiilde zarar gören kişinin zararın doğumuna ya da artmasına neden olan kusurlu davranışlarını ifade eder. Zarar görenin ortak kusur teşkil eden davranışları, zararın doğumuna ya da artmasına ilişkin olabileceği gibi sorumlunun durumunu ağırlaştıran ortak kusur da olabilir.

c) Ağır kusurun bulunmadığı hallerde zarar verenin zor duruma düşecek olması nedeniyle tazminatın indirilmesi; bu hal, zarar görenden hareket ederek özel bir indirim sebebi öngörmüştür (Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Turhan Kitabevi, s. 312. 313, 314).

Diğer yandan, zarar gören, zararlandırıcı olayın sebep olacağı zarara önceden razı olabilir. Zarar gören, zarara açık veya örtülü bir irade beyanıyla razı olabileceği gibi, rızanın, diğer birtakım olgulardan da çıkarılması mümkündür. Bu duruma yargısal kararlarda en sık rastlanılan örnek; içkili sürücünün arabasına, onun bu durumunu bilerek binen bir kişinin, meydana gelebilecek zarara önceden, kapalı bir şekilde razı olduğunun kabulü yönündedir. Makul bir insanın aynı şartlarda kendi yararı gereğince yapmaması gereken hakette bulunması da, zarar görenin ortak kusurunu ifade etmektedir. Zarar görenin bu kusuru, illiyet bağıını kesmeyecek yoğunlukta ize tazminattan bir indirim sebebidir. Burada da hakim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hakkaniyet düşüncesiyle indirim yapabilecektir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.03.2010 tarih, 2010/130 Esas ve 2010/161 Karar sayılı ilamı)

Yapılan açıklamalar çerçevesinde; eldeki gibi kurumun rücu hakkı olan zarara neden olan haksız fiilin kasten işlenmesi hallerinde ceza mahkemesinin kesinleşen kararında 5237 sayılı Kanunun 29. maddesi gereğince haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlendiği gerekçesiyle;

Ağırlaştırılmış müebbet hapiste yapılan indirim sonucu ceza: 24 yıla indirilmişse %25, 23 yıla indirilmişse %35, 22 yıla indirilmişse %45, 21 yıla indirilmişse %55, 20 yıla indirilmişse %65, 19-18 yıla indirilmişse %75,

Müebbet hapiste yapılan indirim sonucu ceza: 18 yıla indirilmişse %25, 17 yıla indirilmişse %35, 16 yıla indirilmişse %45, 15 yıla indirilmişse %55, 14 yıla indirilmişse %65, 13-12 yıla indirilmişse %75 oranlarında Kurum zararından indirim yapılarak alacağın (taleple bağlı) hüküm altına alınması hak ve adalet ile açıklanan kanun metinlerinin getiriliş amacına uygun olacaktır.

Bu çerçevede somut olayda; Yargıtay onaması ile kesinleşen Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi'nin 04.10.2005 gün ve 560/510 sayılı kararına göre; sanık konumundaki davalı A.'a, sigortalı F.'i kasten öldürmek suçundan 5327 sayılı Kanun'un 81. maddesi uyarınca verilen müebbet hapis cezasının; haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlediği gerekçesiyle aynı Kanunun 29. maddesi uyarınca 16 yıl hapis cezasına indirilmiş olması nedeniyle;

2) Karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 12. maddesindeki "Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde gösterilen hukuki yardımların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise avukatlık ücreti, (yedinci maddenin ikinci fıkrası, dokuzuncu maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile onuncu maddenin son fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla,) Tarifenin üçüncü kısmına göre belirlenir." hükmü gereğince konusu para olan davada avukatlık ücretinin nispi olarak tespit edilmesi gerekir.

Mahkemenin, bu maddi ve hukuki olguları gözetmeksizin, yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar vermiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenleridir. O halde, davalı Kurum avukatının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 12.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SGK RÜCU DAVASI • İŞ KAZASI KOŞULLARI

ÖZET: Eldeki davada çözümlenmesi gereken ilk sorun, kazanın bir trafik kazası mı yoksa trafik-iş kazası mı olduğudur. Zira kaza bir trafik-iş kazası ise davanın yasal dayanağı, 5510 sayılı Kanunun “İş Kazası ve Meslek Hastalığı ile Hastalık Bakımından İşveren ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu” başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrası olup, anılan düzenlemede, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edileceği belirtilmiştir.

Kazanın, yukarıda belirtilen 13. madde kapsamında yer almaması durumunda, davanın yasal dayanağı, yine 5510 Sayılı Kanun'un “Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu” başlıklı 39. maddesi olup, üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûl olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilecektir.

Y10 HD E: 2014/20646 K:2016/165 T. 18.01.2016

Dava, meydana gelen trafik kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerine yapılan sosyal sigorta yardımlarının kazaya sebep olan araç şoförü ve sigortacısından rücu tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı K... avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, tem-

yiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Kurum tarafından hak sahibine, 1479 sayılı Kanunun 82. maddesi gereğince 506 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca gerçekleşen iş kazası sonucu aylık bağlandığı belirtilmiş ise de, 15.09.2009 tarihinde gerçekleşen kaza hakkında anılan Kanunların değil, 5510 sayılı Kanunun yürürlükte bulunduğu anda tereddüt yoktur.

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde iş kazası, “a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) (Değişik bendi: 17.04.2008 - 5754 S.K./8.mad) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) (Değişik bent: 17.04.2008 - 5754 S.K./8.mad) Bu Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olay olarak tanımlanmıştır.

Somut olayda, sigortalının içinde yolcu olarak bulunduğu aracı kullanan diğer davalı Muhammed’in direksiyon hâkimiyetini kaybetmesi nedeniyle karşı yönden gelen araçla çarpışması sonucunda vefat ettiği anlaşılmaktadır. Sigortalının kaza geçirdiği yerde bulunma zamanı ve sebebi, ilgili ceza mahkemesi kararı, sigortalılığına esas faaliyeti, varsa tanık beyanı ve diğer tüm deliller birlikte değerlendirilerek olayın oluş şekli, gidecek iş kazası olup olmadığı 13. madde kapsamında belirlenmelidir.

Eldeki davada çözümlenmesi gereken ilk sorun, kazanın bir trafik kazası mı yoksa trafik-iş kazası mı olduğudur. Zira kaza bir trafik-iş kazası ise davanın yasal dayanağı, 5510 sayılı Kanunun “İş Kazası ve Meslek Hastalığı ile Hastalık Bakımından İşverenin ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu” başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrası olup, anılan düzenlemeye, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride ya-

pılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edileceği belirtilmiştir.

Kazanın, yukarıda belirtilen 13. madde kapsamında yer almaması durumunda, davanın yasal dayanağı, yine 5510 sayılı Kanunun “Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu” başlıklı 39. maddesi olup, üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilecektir. Bu kapsamda yapılacak değerlendirmede, sorumluluğun doğması için aranan kast unsuru özellikle gözetilmeli ve irdelenmelidir.

Mahkemece, yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular karşısında öncelikle sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelir/aylığın uzun vadeli sigorta kollarından mı yoksa kısa vadeli iş kazası meslek hastalıkları sigorta kolundan mı bağlandığı hususunun davacı kurumdan sorularak, açıklıkla belirlenmesi, daha sonra olayın net olarak belirlenmesi ile davanın yasal dayanağının belirlenmesi ve yukarıdaki ilkeler kapsamında davalıların sorumlu olup olmadıkları irdelendikten sonra davacı kurumun alacağı olup olmadığının irdelenmesi gereği gözetilmeksizin, eksik inceleme ve yanılığılı değerlendirme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı Kurum avukatının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 18.01.2016 gününde oy birliğiyle karar verildi.

SGK RÜCU DAVASI • GERÇEK ZARAR HESABI

ÖZET: Dava konusu edilen gelirlerin, 5510 sayılı Yasa'nın 54. madde uyarınca indirildiğinin anlaşılması halinde; 5510 sayılı Yasa'nın 54. madde uyarınca indirilmiş hali üzerinden hesaplanan ilk peşin sermaye değerli gelir miktarı dikkate alınarak kurum alacağının belirlenmesi gereklidir.

Y10. HD E. 2014/21066 K.2015/22727 T.21.12.2015

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı kurum ile davalı avukatları tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı Kurum, 24.06.2011 tarihli iş kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan peşin değerli gelirler ve yapılan cenaze masrafı nedeniyle uğranılan Kurum zararının davalıdan tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı olay tarihinde yürürlükte bulunan ve 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunudur.

5510 sayılı Kanunun "İş Kazası Ve Meslek Hastalığı İle 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 yapılmalı, 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. Anlaşılabacağı üzere rücu alacağından sorumluk belirlenirken gelirlerin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerleri ile yargılamada yöntemince hesaplanacak gerçek (maddi) zarar karşılaştırması yapıp düşük (az) olan tutarın hükme esas alınması 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 Fransa'dan alınan 1931 tarihli "PMF" cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tablolarının uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH2010 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. 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 kalan ömür süresi daha uzun olsa bile, destek süresi, sigortalının kalan ömrü ile sınırlı olup çocuklardan erkeğin 18, ortaöğretimde 20, yüksek öğretim durumunda 25 yaşını doldurduğu tarih itibarıyla gelirden çıkacağı kabul edilmeli, evlenme tarihine kadar gelire hak kazanacağı belirgin bulunan kızın, aile bağlarına, sosyal ve ekonomik duruma, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına göre evlenme yaşı değişkenlik arz ettiğinden bu konuda Türkiye İstatistik Kurumunca bölgelere göre hazırlanan istatistiklerden yararlanılmalıdır.

Gelirin yansıma oranına gelince; 5510 sayılı Kanunun 19. ve 34 maddeleri uyarınca, ölenin gelirinin % 70'i dağıtımına esas tutulmalı, çocuk yoksa bu meblağın

% 75'i eşe bağlanmalıdır. Çocuk varsa eşin payı (% 70 üzerinden) % 50'ye düşmeli, her bir çocuk için % 25 gelir bağlanmalıdır.

Eldeki davada ise; gerçek zararın yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde belirlenmesi ve ilk peşin değerli gelirle karşılaştırılması sonucu düşük olanın kusur karşılığına isabet eden miktarına karar verilmesi gereği gözetilmeksizin gerekirken, hak sahibi eş ve çocuklar yönünden eksik araştırma ve yanılgılı değerlendirme ile yetersiz hesap raporunda belirlenen gerçek zarar esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

3-Sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri, sigortalının/hak sahibinin yaşı, gelirin kesilme olasılığı ve iskonto oranı gözetilerek belirlenen tutarı ifade etmektedir. 5510 sayılı Yasa'nın 54. maddesi ise, "malullük, 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.

Eldeki davada ise kazalı sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirle-
re ilişkin tablolarda bir eksiltme olduğu ayrıca hak sahiplerinden P...’a
ayrıca ölüm aylığının da bağlanıldığı anlaşılmakta olup, bu hususun da-
vacıkuruma sorulması ile dava konusu edilen gelirlerin, 5510 sayılı Ya-
sa’nın 54. madde uyarınca indirildiğinin anlaşılması halinde; 5510 sayı-
lı Yasa’nın 54. madde uyarınca indirilmiş hali üzerinden hesaplanan ilk
peşin sermaye değerli gelir miktarı dikkate alınarak kurum alacağının
belirlenmesi gereklidir.

Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki ilkeler uyarınca, sigortalının
vefatı ile sonuçlanan iş kazası nedeniyle hak sahiplerinin gerçek zarar
miktarı hesaplanarak, gerçek zarar ile 5510 sayılı Yasa’nın 54. maddesi
uyarınca bulunacak ilk peşin sermaye değerli gelir miktarlarının karşıla-
ştırmak suretiyle düşük olan tutarın kusur karşılığına hükmetmek gereği
gözetilmeksizin, yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup,
bozma nedenidir.

O hâlde, taraf avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları ka-
bul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASI-
NA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 21.12.2015 gününde
oy birliğiyle karar verildi.

SGK RÜCU ALACAĞI • KUSUR RAPORU

ZAMANAŞIMI

ÖZET: Hukuk hakiminin genelde ceza mahkemesinden verilen "hükümlülük" kararı ile bağlı olmasına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ceza yargılamasında kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı sözkonusu olmadığından, hukuk hâkimini bağlayacak bir ceza mahkemesi kararından söz etmenin mümkün olmayacağı sonucuna ulaşılacağı belgindir.

Gerçek kusur oran ve aidiyetinin tespiti için konuda ehil trafik uzmanı bilirkişisinden alınacak kusur raporu sonrası yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, maddi olgunun belirlenmesinin bilirkişiye bırakıldığı ve maddi veri ile vakıalarla örtüşmeyen bilirkişi raporu dayanak alınarak yazılı şekilde karar verilmiş olması, usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Zamanaşımı süresinin, hem zararın, hem de tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren, bir başka anlatımla, ancak her iki olgu gerçekleştikten sonra işlemeye başlayacağı dikkate alınmalıdır.

Y.10 HD E:2014/25533 K:2015/780 T:20.01.2015

5510 sayılı Kanunun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 21. maddesindeki; " ... İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir." düzenlemesi getirilmiş ise de, söz konusu düzenlemenin, anılan Kanunda, yürürlüğü öncesinde gerçekleşen olaylardan kaynaklanan rücu tazminat davalarında uygulanmasına imkan veren bir düzenleme bulunmadığı ve genel olarak Yasaların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) ku-

ralı sonucu olarak davanın yasal dayanağının 506 sayılı Yasanın 26/2. maddesi olduğu belirgindir.

506 sayılı Kanunun 26/2. maddesine göre, işkazası veya meslek hastalığı 3. bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3. kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir. Anılan madde kast/kusur sorumluluğuna dayanmakta olup, hükme dayanak alınan kusur oran ve aidiyetlerinin maddi olayla uyum içinde olması gerekir. Buna göre maddi olguyu tespit etmek hâkime ait bir görev olup, öncelikle zararlandırıcı sigorta olayının ne şekilde olduğu dosya içeriğindeki tüm deliller takdir olunarak, varsa, çelişkiler ve eksiklikler giderilerek belirlenmeli ve kabul edilen maddi olgular doğrultusunda kusur oran ve aidiyeti konusunda bilirkişi incelemesine gidilmelidir.

Bu yönde gözetilmesi gereken Kartal 2. Asliye Ceza Mahkemesinde, taksirle yaralamaya neden olmak suçundan sanıklar M.. Ş.. ve Y.. T.. haklarında açılan ceza davasında; suçta kusuru olmadığı belirlenen M.. Ş..'ın beraatine, (aleyhe temyiz olmadığından kesinleşmiştir); tam kusurlu olduğu belirlenen Y.. T.. hakkında ise mahkumiyet kararı verilen hükmün, Y.. T.. tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay'ın verdiği bozma kararı çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucu Y.. T.. hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.02.2012 gün, 2011/639 Esas ve 2012/30 Karar sayılı ilamında ayrıntıları açıklandığı üzere; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aynen seçenek yaptırıma çevirme, erteleme kurumlarında olduğu gibi hükmün ve cezanın bireyselleştirilmesi kurumlarından birisidir. Özellikle ilk defa suç işleyen kimselerin hemen cezalandırılmasını ceza adaleti ile güdülen amaca uygun görmeyen Kanun koyucu, verilecek cezanın bireyselleştirilmesinde olduğu gibi kurulan hükmün açıklanıp açıklanmayacağı konusunda da hâkime takdir yetkisi vermeyi uygun görmüştür. Böylece hâkimin yetkisi arttırılarak, bir şansa daha ihtiyacı olan sanıkların hâkim tarafından durumlarının bir daha değerlendirilmesi imkânı getirilmiştir.

Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahiptir.

5271 sayılı Kanunun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, hukuki nitelikçe durma kararı niteliğin-

de değildir. Bu karar “koşullu bir düşme kararı” niteliğinde olup, anılan maddede yasa yolu da açıkça itiraz olarak öngörülmüştür. Koşulların gerçekleşmesi halinde 5271 sayılı Kanunun 223. maddesinde belirtilen düşme kararı verileceğinden, ancak bu aşamada yani düşme kararı verildiğinde, hükümlere ilişkin yasa yolu olan, temyiz yasa yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Yargılama sistemimizde temyiz yasa yolu, yalnızca hükümler bakımından kabul edilmiştir. Hükümler ise 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bunlar arasında yer almadıklarından hüküm niteliğinde de değildir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.02.2009 gün ve 2009/4-13 E., 2009/12 K. sayılı ilamı).

CMK’nın 223. maddesinde bu kararlardan hangilerinin hüküm olduğu açıklanmıştır.

Buna göre; “mahkûmiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşme kararları” birer hükümdür.

Yine “adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararları” da yasa yolu bakımından hüküm sayılır.

Bunlardan mahkûmiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine dair hükümlerin uyuşmazlığı sona erdiren, davanın esasını çözen nitelikteki hükümler oldukları konusunda öğretide genel bir kabul bulunmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise, 5271 sayılı CMK’nın 223. maddesinde belirtilen hükümlerden değildir. “Kurulan hükmün sanık hakkında

hukuksal bir sonuç doğurmamasını” ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, davayı sonuçlandıran ve uyuşmazlığı çözen bir “hüküm” değildir. Bunun sonucu olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar, CMK’nın 223. maddesinde sayılan hükümlerden olmadığından, bu tür kararların yasa yararına bozulması durumunda yargılamanın tekrarlanması yasağına ilişkin kurallar uygulanamayacağı gibi, davanın esasını çözen bir karar bulunmadığı için verilecek hüküm veya kararlarda lehe ve aleyhe sonuçtan da söz edilemeyecektir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.05.2011 gün ve 2011/4-61 E., 2011/79 K.; 06.10.2009 gün ve 2009/4-169 E., 2009/223 K. sayılı ilamları). Kaldı ki, CMK’nın 231/5. maddesinde, hükmün açıklanmasının geri

birakılması kararının sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile kurulan hüküm, belli bir süre sanık hakkında hüküm ifade etmemekte, her hangi bir sonuç doğurmamaktadır. Sanık bulunduğu hal üzere bırakılmakta, aynen yargılanan kimse durumunda kalmakta ve yapılan yargılama geçici bir süre askıda kalmaktadır. Askı süresi boyunca, yargılanan kimsenin sanık sıfatı devam eder ise de, hiçbir şekilde bu kimse hükümlü sayılamaz. Bu nedenle hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen kimse, hiçbir haktan yoksun bırakılamaz ve ayrıca bu karara dayanarak hiçbir hukuki statüden dışarıya çıkarılamaz.

Burada açıklanması gereken Borçlar Kanununun, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk arasında münasebet başlıklı 53. (6098 sayılı Kanunun 74.) maddesindeki, "Hakim, kusur olup olmadığına ... karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkamıyla bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez." düzenlemesinden çıkan genel sonuç olan, hukuk hakiminin genelde ceza mahkemesinden verilen "hükümlülük" kararı ile bağlı olmasına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ceza yargılamasında kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı sözkonusu olmadığından, hukuk hâkimini bağlayacak bir ceza mahkemesi kararından söz etmenin mümkün olmayacağı sonucuna ulaşılacağı belirgindir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, HMK. 266 ve devamı (HUMK. 275 vd.) maddelerine göre takdiri kanıt olarak düzenlenen "bilirkişi"; görülmekte olan davada hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi imkanı bulunmayan ve özel, teknik bilgiyi gerektiren konuda/konularda oy ve görüşüne başvurulun, bu anlamda mahkemeye yardımcı olan üçüncü kişi olarak tarif edilmektedir. Konuluş sebepleri arasında hâkimlik mesleğinin niteliğini ve tarafları pahalı yargıdan korumak bulunan maddede, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişinin oy ve görüşünün alınması mahkemenin takdir yetkisi içerisinde kabul edilmiş olup, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile tespiti/çözümlemesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulması, emredici hükümle yasaklanmıştır. 04.06.1958 gün ve 15/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da belirtildiği gibi, hakim, kanunları doğrudan doğruya uygulayarak iddia ve savunmadaki sonuç ve istemleri karara bağlamakla yükümlüdür. Bir davada yargı görevine

giren konular için bilirkişi düşüncesi alınamaz, yargı görevi bilirkişiye aktarılamaz. Yargılama görev ve yetkisini elinde bulunduran hakimin hak ve adalete uygun karar vermek zorunluluğu bulunduğu gibi, davayı en az giderle ve en kısa sürede sonuçlandırmak için kendisinden beklenen özeni gösterme yükünün de varlığı tartışmasızdır.

Dosya içerisinde dava konusu maddi olgunun oluşu ile kusur oran ve aidiyeti açısından birbiriyle çelişkili çok sayıda tespit ve bilirkişi raporu olduğu görülmektedir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, dosyadaki bilgi ve belgeler ile özellikle davalı Y.. T..'nin 16.12.2002 tarihli şikayet dilekçesi, 16.03.2005 havalı tarihli "kaza oluş beyanı" içerikleri dikkate alınarak; mahkemenin yapması gereken; 10.12.2002 tarihinde yağışlı havada saat 15:00 sularında tek yönlü, asfalt yolda sigortalının içinde bulunduğu ve davalı M.. Ş.. yönetimindeki ... plaka sayılı aracın, önündeki M.. Y.. yönetimindeki ... plaka sayılı araca çarparak neden olduğu maddi hasarlı trafik kazası sonrası; kazaya karışan araçların emniyet şeridinde park haline alındığı, akabinde görevli polislerin arkadan gelen araçları durdurmaya çalışırken davalı Y.. T.. yönetimindeki ... plaka sayılı aracın direksiyon hakimiyetini kaybedip ekseri etrafında dönmek suretiyle dengesizce ilerleyip sol arka kısmıyla park halindeki ... plaka sayılı aracın arkasına çarparak sigortalının yaralanmasına sebep olacak şekilde meydana gelen trafik iş kazasındaki, özellikle ceza davasında Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesinden alınan 15.03.2006 tarihli raporun dikkate alındığı; gerçek kusur oran ve aidiyetinin tespiti için konuda ehil trafik uzmanı bilirkişisinden alınacak kusur raporu sonrası yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, maddi olgunun belirlenmesinin bilirkişiye bırakıldığı ve maddi veri ile vakıalarla örtüşmeyen bilirkişi raporu dayanak alınarak yazılı şekilde karar verilmiş olması, usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

3-) Borcu ortadan kaldırmamakla birlikte, yerine getirmekten kaçınma yetkisi veren zamanaşımı defii, ancak bunu ileri süren taraf yönünden sonuç doğurmakta, bir başka anlatımla, mahkemece kendiliğinden gözetilemeyen zamanaşımı defii, yasal süresinde ileri sürüldüğü takdirde değerlendirmeye alınabilmektedir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 109. maddesinde; motorlu araç kazalarından doğan maddi zararların tazminine ilişkin istemlerin, zarar görenin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrayacağı; tazminat yükümlüsüne karşı kesilen zamanaşımının, sigortacıya karşı da kesilmiş olacağı

hüküm altına alınmıştır. Anlaşılacağı üzere maddedeki zamanaşımı süresi, zararın ve eylemi gerçekleştirenin (failin) öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlamakta olup, Kurumca zararın öğrenilme tarihinin, gelirin onay, giderlerin sarf ve ödeme günü olduğu açıktır. Tazminat yükümlüsünün öğrenilme tarihine ilişkin olarak ise, Kurumun yetkili organının faili öğrendiği tarih esas alınmalıdır. Bu kapsamda; ceza mahkemesince yargılanıp hakkında cezalandırma kararı verilen üçüncü kişi yönünden, Kurumun, ceza kararının kesinleştiği tarihte faili öğrendiği kabul edilmeli, cezalandırma kararının söz konusu olmadığı durumlarda ise yöntemince yapılacak araştırma sonunda tazminat yükümlüsünün kim olduğunun öğrenilme tarihi açıklıkla saptanmalıdır. Önemle belirtilmelidir ki zamanaşımı süresinin, hem zararın, hem de tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren, bir başka anlatımla, ancak her iki olgu gerçekleşikten sonra işlemeye başlayacağı dikkate alınmalıdır. Uygulamada, devam eden ceza davasında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi, Kurum sigorta müfettişi veya Çalışma Bakanlığı iş müfettişi raporunun Kurumun yetkili makamlarına intikal tarihi ya da ilk rücu davasının açılma tarihi faile ıttıla tarihi olarak kabul edilmektedir.

Bu yasal çerçevede, davacının ıslah dilekçesiyle arttırdığı miktara ilişkin davalı Y.. T.. avukatının yasal süresinde yaptığı zamanaşımı itirazı dikkate alınarak değerlendirme yapılmaksızın yazılı şekilde karar verilmiş olması, usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, tarafların avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davacı avukatı yararına takdir edilen 1.100,00 TL duruşma avukatlık parasının davalı Y.. T..'ye yükletilmesine, davalı Y.. T.. avukatı yararına takdir edilen 1.100,00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 20.01.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SGK RÜCU ALACAĞI • ÜÇÜNCÜ KİŞİ KUSURU

ÖZET:İşverenin sorumluluğu yönünden, sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken harcama ve ödemeler yönünden birinci fıkrada herhangi bir sınır öngörülmemişken; bağlanan gelirler yönünden, gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamına, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği öngörülmüştür.

Anılan maddenin dördüncü fıkrası, üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemekte olup; buna göre, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilebilecektir.

Üçüncü kişinin rücu alacağından sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına dayanır. Bir başka ifadeyle; üçüncü kişi, ancak kusurlu bir hareketinin varlığı halinde rücu alacağından sorumludur. İş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın üçüncü kişinin kusuru sonucunda meydana gelmesi halinde rücu edilecek miktar ise; sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan ödemelerin tümünün, bağlanacak gelirlerin ise başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının, kusur karşılığından oluşmaktadır.

Y.10 HD E:2013/3358 K:2013/24638 T:17.12.2013

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteginin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava; 09.06.2010 tarihli trafik kazasında ölen sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerin işveren ile kazaya sebep olan sürücü ve araç işletenden tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı olay tarihinde yürürlükte olan 5510 sayılı Kanunun 21. Maddesidir.

5510 sayılı Kanunun İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin sorumluluğunu düzenleyen 21'inci maddenin birinci fıkrası hükmü, sigortalıya ya da ölümü halinde hak sahiplerine bağlanan gelirler ile yapılan harcama ve ödemelerin işverenden rücu tahsili koşulları düzenlenmiş olup; işverenin sorumluluğu için, zarara uğrayanın sigortalı olması, zararı meydana getiren olayın iş kazası veya meslek hastalığı niteliğinde bulunması, zararın meydana gelmesinde işverenin kastının veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketinin ve bu hareket ile meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Buradan, işverenin, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuatın kendisine yüklediği, objektif olarak mümkün olan tüm tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu nedenle iş kazası veya meslek hastalığı şeklinde sosyal sigorta riskinin gerçekleşmesi halinde, kusur esasına göre meydana gelen zararlardan Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı rücu sorumlu olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

İşverenin sorumluluğu yönünden, sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken harcama ve ödemeler yönünden birinci fıkra da herhangi bir sınır öngörülmemişken; bağlanan gelirler yönünden, gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamına, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği öngörülmüştür.

Anılan maddenin dördüncü fıkrası, üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemekte olup; buna göre, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilebilecektir.

Üçüncü kişinin rücu alacağından sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına dayanır. Bir başka ifadeyle; üçüncü kişi, ancak kusurlu bir hareketinin varlığı halinde rücu alacağından sorumludur.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın üçüncü kişinin kusuru sonucunda meydana gelmesi halinde rücu edilecek miktar ise; sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan ödemelerin tümünün, bağlanacak gelirlerin ise başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının, kusur karşılığından oluşmaktadır.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla sebebiyet vermeleri halinde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62'nci (818 sayılı Mülga Borçlar Kanununun 50 ve 51) maddeleri uyarınca teselsül hükümlerine göre birlikte sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu halde, Türk Borçlar Kanunu'nun 62'inci maddesi uyarınca kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkı baki kalmak koşuluyla, her bir sorumlu yönünden kusurlarına düşen miktar ayrılmaksızın teselsül kullarına göre sorumluluklarına hükmedilebilecektir.

İş kazası veya meslek hastalığına birlikte neden olan sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda, yapılan harcama ve ödemeler yönünden ayrı bir durum söz konusu olmadığından, toplam kusurlarına düşen ödemelerden müteselsilen sorumluluklarına hükmedilir. İşveren; sigortalı ya da hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin tümünden ancak sigortalı ya da hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere, üçüncü kişi ise böyle bir sınırlama olmaksızın ilk peşin sermaye değerinin yarısından sorumludur. Bu durumda, işveren; sigortalı ya da hak sahibinin işverenden isteyebileceği gerçek zararı aşmayan ilk peşin sermaye değerinin müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşeninden sorumludur. Üçüncü kişinin ise ilk peşin sermaye değerinin yarısının müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşen tutarından sorumlu olması gerekecektir.

Davaya konu somut olaya gelince; hükme esas alınan 29.02.2012 tarihli kusur raporunda davalı işverenin %30, üçüncü kişi olan diğer davalıların %70 oranında kusurlu oldukları, hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değeri toplamının 51.404,62 TL olduğu, her bir hak sahibine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin hesaplanan gerçek zararın altında kaldığı, davalıların toplam %100 kusurlu olmalarına göre; teselsül hükümleri uyarınca ilk peşin sermaye değerli gelirin yarısından tüm davalıların müştereken müteselsilen sorumlu oldukları, ilk peşin sermaye değerli gelirin kalan yarısından ise işverenin 21'inci maddenin birinci fıkrası hükmü uyarınca sorumlu olması gerekmektedir.

Mahkemece; yukarıda açıklanan maddi ve hukuki esaslar ile Hukuk Muhakemeleri Kanununun 26. (mülga HUMK 74.) maddesindeki talep-

le bağıllık ilkesi gözetilerek, davacı Kurumun birleşen davadaki talebine göre; ilk peşin sermaye değerli gelirin yarısının %70'i olan 17.991,61 TL'nin tüm davalılardan müştereken ve müteselsilen, 33.413,01 TL'nin işveren A... Metal Ev Gereçleri Tekstil Ltd. Şti'nden tahsiline karar verilmesi gerekirken, yanlgılı değerlendirme sonucu yazılı biçimde eksik rücu alacağının hüküm altına alınmış olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 17.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SSK RÜCU ALACAĞI • GERÇEK ZARAR

ÜÇÜNCÜ KİŞİ KUSURU

ÖZET: İşverene 5510 sayılı Kanunun 23; üçüncü kişiye ise aynı kanunun 21/4'üncü maddesine dayanılarak Borçlar Kanunu'nun 61 ve devamı maddelerinde düzenlenen teselsül hükümleri doğrultusunda dava açıldığı hâllerde, birlikte sorumlu olanların müşterek kusurla hareket etmemiş olmaları nedeniyle, kusurlu üçüncü kişinin, 5510 sayılı Kanunun 21/4'üncü maddesine uygun olarak, kusur sorumluluğu dâhilinde ilk peşin sermaye değerinin yarısından sorumlu olacağı, münhasıran 23'üncü maddeden kaynaklanan sorumluluğun ise işverene ait olacağı göz önünde tutulmalıdır.

Davaya konu somut olaya gelince, 5510 Sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde “bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri”, 21'inci maddesinin dördüncü fıkrasında “bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı” dendiğine göre yasanın buyurucu nitelikte olan bu açık hükmü karşısında, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebilecekleri tazminat miktarının (tavanın) hesaplanmasına gerek bulunmamakta olup, Mahkemece gerçek zarar hesabı yaptırılmış olması isabetsiz bulunmuştur.

Öte yandan, hükme esas alınan kusur raporunda davalı işverenin % 50, üçüncü kişi olan diğer davalı S.. T..'ın % 20, kazalının % 30 oranında kusurlu olduğu, sigortalıya bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin 14.024,46 TL, geçici işgöremezlik ödeneğinin 3133,97 TL olduğu, davalı işverenin 23'üncü madde hükmü uyarınca Kurum zararının % 85'inden sorumlu olduğu;

teselsül hükümleri uyarınca ilk peşin sermaye değerli gelirin yarısı (7012,08 TL) ile ödemeler toplamının % 70 kusur karşılığından ise davalı S.. T..’ın 21/4’üncü madde gereğince müştereken müteselsilen sorumlu tutulması gerekir

Y10 HD E:2014/5259, K:2015/1867, T:10.02.2015

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkeme, ilamında belirtildiği şekilde isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmü, tarafların vekillerinin temyiz etmeleri üzerine temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi M.. A.. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davalı S.. T..Nak. San. Tic. Ltd. Şti. vekilinin tüm, davacı Kurum ve davalı S.. T.. vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddine;

2-Dava, 28.03.2010 tarihli iş kazasında sürekli işgöremezlik kaybına uğrayan sigortalıya bağlanan gelirlerin ve yapılan ödemelerin tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı olay tarihinde yürürlükte olan 5510 sayılı Kanunun 23 ve 21/4’üncü maddeleridir.

5510 sayılı Kanunun süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk bakımından işverenin sorumluluğunu düzenleyen 23’üncü maddesi hükmüne göre; sigortalı çalıştırmaya başladığının süresi içinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığı Kurumca tespit edildiği tarihten önce iş kazası meslek hastalığı ve hastalık meydana gelmiş ise, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken her türlü masraflar ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri, 21 inci maddenin birinci fıkrasında yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene ödettirilecektir.

Sözü edilen madde ile işverenin kaçak işçi çalıştırmasının önlemesi amaçlanmış olup, maddenin düzenleniş şekline de açıkça anlaşılabileceği üzere, 23’üncü maddeye göre işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk ilkesine dayanır. Zararlandırıci sigorta olayında işverenin hiç kusuru olmasa bile, şayet sigortalının işe girişi süresinde Kuruma bildirilmemiş ise, Kurumca yapılan sosyal sigorta yardımlarının tamamından sorumlu tutulması gerekir. Öte yandan; 6098 sayılı Türk

Borçlar Kanununun 51'inci maddesindeki; "Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler." ve 52'nci maddesindeki "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir." hükümleri gözetilerek, zarar gören(sigortalının) müterafik kusurları da nazara alınarak söz konusu maddeler kapsamında Hâkim tarafından takdir edilecek uygun bir indirimin yapılması gereği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Anılan Kanunun 21'inci maddesinin dördüncü fıkrası, üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemekte olup; buna göre, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilebilecektir.

Üçüncü kişinin rücu alacağından sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına dayanır. Bir başka ifadeyle; üçüncü kişi, ancak kusurlu bir hareketinin varlığı halinde rücu alacağından sorumludur.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın üçüncü kişinin kusuru sonucunda meydana gelmesi halinde rücu edilecek miktar ise; sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan ödemelerin tümünün, bağlanacak gelirlerin ise başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının, kusur karşılığından oluşmaktadır.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla sebebiyet vermeleri halinde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62'nci (818 sayılı Mülga Borçlar Kanununun 50 ve 51) maddeleri uyarınca teselsül hükümlerine göre birlikte sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu halde, Türk Borçlar Kanunu'nun 62'inci maddesi uyarınca kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkı baki kalmak koşuluyla, her bir sorumlu yönünden kusurlarına düşen miktar ayrılmaksızın teselsül kullarına göre sorumluluklarına hükmedilebilecektir.

İşverene 5510 sayılı Kanunun 23; üçüncü kişiye ise aynı kanunun 21/4'üncü maddesine dayanılarak Borçlar Kanunu'nun 61 ve devamı maddelerinde düzenlenen teselsül hükümleri doğrultusunda dava açıldığı hâllerde, birlikte sorumlu olanların müşterek kusurla hareket etmemiş olmaları nedeniyle, kusurlu üçüncü kişinin, 5510 sayılı Kanunun 21/4'üncü maddesine uygun olarak, kusur sorumluluğu dâhilinde ilk peşin sermaye değerinin yarısından sorumlu olacağı, münhasıran 23'üncü

maddeden kaynaklanan sorumluluğun ise işverene ait olacağı göz önünde tutulmalıdır.

Davaya konu somut olaya gelince, 5510 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde "bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri", 21'inci maddesinin dördüncü fıkrasında "bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı" dendiğine göre yasanın buyurucu nitelikte olan bu açık hükmü karşısında, hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebilecekleri tazminat miktarının (tavanın) hesaplanmasına gerek bulunmamakta olup, Mahkemece gerçek zarar hesabı yaptırılmış olması isabetsiz bulunmuştur.

Öte yandan, hükme esas alınan kusur raporunda davalı işverenin % 50, üçüncü kişi olan diğer davalı S.. T..'ın % 20, kazalının % 30 oranında kusurlu olduğu, sigortalıya bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin 14.024,46 TL, geçici işgöremezlik ödeneğinin 3133,97 TL olduğu, davalı işverenin 23'üncü madde hükmü uyarınca Kurum zararının % 85'inden sorumlu olduğu; teselsül hükümleri uyarınca ilk peşin sermaye değerli gelirin yarısı (7012,08 TL) ile ödemeler toplamının % 70 kusur karşılığından ise davalı S.. T..'ın 21/4'üncü madde gereğince müştereken müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeksizin, yanlışlı değerlendirme sonucu, davalı S.. T..'ın ilk peşin sermaye değerli gelirin tamamının %75'inden sorumlu tutulmuş olması;

3-)Dosya kapsamında bulunan gelir bağlama kararında, sigortalıda oluşan % 16,2 meslekte kazanma gücü kaybı oranı bakımından 01.12.2012 tarihinde kontrol kaydı bulunmasına, giderek bu durumun gerek rücu alacağı, gerekse ilk peşin değeri oluşturan miktara doğrudan etkili bulunması karşısında, kontrol muayene kaydının sonucunda meslekte kazanma gücü kaybı oranında değişiklik olup olmadığı, değişiklik olması halinde değişikliğin, ilk peşin sermaye değerli gelire etkisinin olup olmadığının Kurumdan araştırılarak ulaşılan sonuçta yapılacak değerlendirmeye göre karar verilmesi gerekirken, sigortalının kesinleşen meslekte kazanma gücü kaybı oranı belirlenmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenleridir.

O hâlde, davacı ve davalı S.. T.. vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istem halinde davalı S.. T..'a iadesine, 10.02.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUM RÜCU ALACAĞI • ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DURUMU

ÖZET:Yapılan açıklamalar çerçevesinde somut olayda; ölen sigortalı hak sahiplerine ölüm aylığı mı yoksa iş kazası ölüm geliri mi bağlandığı Kurumdan sorularak tespit edilmeli, ölüm aylığı bağlandığının belirlenmesi halinde, anılan 39’uncu madde uyarınca Kurumun rücu hakkının varolması için şart olan kast unsuru yoksa davanın reddine karar verilmelidir. Şayet, sigortalı hak sahiplerine iş kazası geliri bağlanmış ise davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Yasanın 21/4 madde hükmü olacağından, anılan madde çerçevesinde yapılacak inceleme ve değerlendirme sonucuna göre karar verilmelidir.

Y.10. HD E:2014/17287 E, K:2015/21818 T: 10.12.2015

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Kurum ve davalılardan H.. A.. vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Bağ-Kur sigortalılarına yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle meydana gelen Kurum zararının rücu hakkının yasal dayanağı olan 1479 sayılı Kanunun 63. maddesine göre; “Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar. Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere, (...) ve diğer sorumlulara rücu eder...” düzenlemesiyle, üçüncü kişinin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için, “suç sayılır hareketi” ile yardımların yapılmasına neden olma koşulu öngörülmüştür. “Rücu edilebilmesi için üçüncü kişinin suç sayılır hareketinin, 1479 sayılı Kanunda yazılı yardımların yapılmasını gerektirecek nitelikte olması gerekmektedir... Kurumun yapmış olduğu yardımları sorumlulara rücu edebilmesini sağlayan üçüncü kişinin suç sayılır hareke-

ti, Türk Ceza Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu kavramın içine hem cürüm hem de kabahat suçları girmektedir...”(Levent Akın, Bağ-Kur Sigorta Yardımları, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996, s.197) “Bu yön, zararlar üçüncü kişinin eylemi arasında uygun neden-sonuç bağlantısının varlığını zorunlu kılmaktadır. Eğer böyle bir bağlantı yoksa, üçüncü kişinin yardımlardan sorumlu tutulması düşünülemez. Madde hükmünün öngördüğü “suç”la çerçevelenmiş sınırlı bir sorumluluk bulunduğu ortadadır.”(M.Çenberci,T.Uyar, Bağ-Kur Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, Ankara 1979, s.263)

1479 sayılı Kanununun (83, 84, geçici 10 ve ek geçici 6. maddesi hariç olmak üzere) 63. ve diğer maddeleri 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanunun 106. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış, uzun vadeli sigorta kolları bakımından üçüncü kişinin sorumluluğuna ilişkin olarak 5510 sayılı Kanunun 39. maddesi ile; “Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücû edilir.

Malûllük, vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücû edilmez.” şeklinde düzenlenme yapılmıştır.

Bilindiği üzere, Kanunlar, metinlerinde belirtilen tarihte yürürlüğe girer ve buna bağlı olarak hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için doğurmaya başlar.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Kast” başlıklı 21. maddesi; “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” düzenlemesini içermektedir. Buna göre, Kanunun suç saydığı bir eylem dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için, kural olarak eylemin kasten işlenmiş olması gerekir.Kastın unsurları ise:

1-)Öngörme Unsuru; Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için, sonuç alt unsuru da dahil olmak üzere yasal tanımda yer alan tüm unsurları öngörmüş, yani onları bilmiş olması gerekir.

2-)İsteme (irade) Unsuru; Bir şeyin bilinmiş olması, o şeyin aynı zamanda istenmiş olduğunu göstermez.Yani, öngörme, aynı zamanda iste-

me anlamına gelmez.Bu nedenle, failin kasten hareket ettiğini söyleyebilmek için, başta kanunda tanımlanan sonuç alt unsuru olmak üzere, öngördüğü tüm hususları aynı zamanda istemiş olması gerekir.

Failin öngördüğü ile istediği arasında uygunluk varsa, yani öngördüğü sonuca ulaşmak için iradesini harekete geçirmişse, kastı oluşmuş sayılır ve bundan sorumlu tutulur.(Kayıhan İçel, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:6 Sayı:12 s.61-70)

5510 sayılı Kanunun 39. maddesi, 1479 sayılı Kanunun 63. maddesiyle karşılaştırıldığında; “suç sayılır hareket” yerine “kast”; “ilk peşin değer” yerine “ilk peşin sermaye değerinin yarısı” ölçütü getirilerek 1479 sayılı Kanuna oranla daha dar kapsamlı bir içerik oluşturmuş olup, bu düzenlemenin amacı; “kasti” hareketiyle sigortalı veya sigortalının ölümü halinde haksahiplerine aylık bağlanmasına neden olan üçüncü kişiye kısmen de olsa medeni ceza vermek ve Kuruma gelir sağlamaktır.(Resul Aslan-köylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi Bağ-Kur Kanunu ile Karşılaştırmalı, s.951)

5510 sayılı Kanunun 21/4 maddesi hükmüne göre;İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.

5510 sayılı Kanunun 39. maddesi hükmüne göre; Kurumun rücu hakkı, üçüncü kişinin sadece kasıtlı fiili haline özgülenmiştir. Yasanın açık ve buyurucu hükmüne göre; üçüncü kişi, kasta dayanmayan fiili sonucunda sigortalının malül kalmasına veya ölümüne neden olmuş ise, sigortalıya veya hak sahiplerine bağlanan aylıkların ilk peşin değerinin yarısından sorumlu tutulması mümkün değildir.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde somut olayda; ölen sigortalı hak sahiplerine ölüm aylığı mı yoksa iş kazası ölüm geliri mi bağlandığı Kurumdan sorularak tespit edilmeli, ölüm aylığı bağlandığının belirlenmesi halinde, anılan 39’uncu madde uyarınca Kurumun rücu hakkının varolması için şart olan kast unsuru yoksa davanın reddine karar verilmelidir. Şayet, sigortalı hak sahiplerine iş kazası geliri bağlanmış ise davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Yasanın 21/4 madde hükmü olacağından, anılan madde çerçevesinde yapılacak inceleme ve değerlendirme sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin, eksik araş-

tırma ve inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı Kurum ve davalılardan H.. A.. vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istem halinde davalılardan H.. A..'a iadesine, 10.12.2015 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KURUM RÜCU ALACAĞI

•

ÜÇÜNCÜ KİŞİ ve BİRLİKTE SORUMLULUK

ÖZET: Hükme esas alınan kusur raporunda davalı işverenin % 20, üçüncü kişi olan sürücünün (dolayısıyla onun mali ve hukuki sorumluluğunu üstlenmiş durumda olan sigorta şirketinin) % 75, kazalının % 5 oranında kusurlu olduğu, hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin, 10.682,55 TL (baba) ve 11.323,15 TL (anne) olduğu, ancak annenin 24.01.2011'de emekli olup gelirinin fiili ödemeye dönüştüğü, fiili ödemenin 1.739,45 TL olması karşısında bu değerlerin esas alınması gerektiği, böylece davalı işverenin 21/1'inci madde hükmü uyarınca Kurum zararının, ilk peşin sermaye değerli gelir ve fiili ödemenin işveren kusuru karşılığı ile, üçüncü kişinin 21/4 kapsamında sorumlu olacağı tutarın (ilk peşin sermaye değerinin 1/2'sinin üçüncü kişinin kusur karşılığı ve fiili ödemenin üçüncü kişinin kusur karşılığı) toplamından sorumlu olduğu, üçüncü kişinin (davalı sürücü ve sürücünün kullandığı aracı sigortalayan davalı sigorta şirketinin) müteselsilen sorumlu olacağı tutarın ise işveren dahil davalıların kusurları toplamının gelirinin ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile ve

fiili ödemenin yine işveren dahil davalıların kurları toplamı ile çarpılarak elde edilecek tutar olduğu gözetilmeksizin, yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Y. 10. HD E.2014/17957, K.2015/21623, T.08.12.2015

Dava, iş kazası sonucu vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerin 5510 sayılı Kanunun 21. maddesince tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece, bozma üzerine ilâmında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Kurum ve davalılar E... S... A.Ş. (E...S... A.Ş.) vekilleri ile S.. Y.. tarafından temyiz edilmesi üzerine, davacı Kurum ve davalılar E.. S... A.Ş. (E.. S... A.Ş.) vekillerinin temyiz isteklerinin süresinde oldukları anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Davalı davalı S.. Y..’ın temyiz istemi yönünden;

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 8’inci maddesi gereğince iş mahkemelerinin nihai kararları tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz olunabilir. İnceleme konusu davada hüküm 15.07.2014 gününde davalıya tebliğ edilmiş, temyiz ise yasal sekiz günlük süre geçtikten sonra 15.12.2014 tarihinde gerçekleşmiştir. O hâlde 01.06.1990 günlü, 1989/3 Esas ve 1990/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı dikkate alınarak davalının temyiz isteminin süre aşımı nedeniyle REDDİNE;

2-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacı Kurumun tüm, davalılardan E...S... A.Ş. (E..S... A.Ş.) vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine;

3-5510 sayılı Kanunun 21’inci maddesinin dördüncü fıkrası, üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemekte olup; buna göre, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilebilecektir.

Üçüncü kişinin rücu alacağından sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına dayanır. Bir başka ifadeyle; üçüncü kişi, ancak kusurlu bir hareketinin varlığı hâlinde rücu alacağından sorumludur.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın üçüncü kişinin kusuru sonucunda meydana gelmesi halinde rücu edilecek miktar ise; sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan ödemelerin tümünün, bağlanacak gelirlerin ise başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının, kusur karşılığından oluşmaktadır.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla sebebiyet vermeleri hâlinde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62'nci (818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 50 ve 51) maddeleri uyarınca teselsül hükümlerine göre birlikte sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu hâlde, Türk Borçlar Kanunu'nun 62'inci maddesi uyarınca kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkı baki kalmak koşuluyla, her bir sorumlu yönünden kusurlarına düşen miktar ayrılmaksızın teselsül kullarına göre sorumluluklarına hükmedilebilecektir.

Bu yasal çerçevede eldeki davada; hükme esas alınan kusur raporunda davalı işverenin % 20, üçüncü kişi olan sürücünün (dolayısıyla onun mali ve hukuki sorumluluğunu üstlenmiş durumda olan sigorta şirketinin) % 75, kazalının % 5 oranında kusurlu olduğu, hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin, 10.682,55 TL (baba) ve 11.323,15 TL (anne) olduğu, ancak annenin 24.01.2011'de emekli olup gelirinin fiili ödemeye dönüştüğü, fiili ödemenin 1.739,45 TL olması karşısında bu değerlerin esas alınması gerektiği, böylece davalı işverenin 21/1'inci madde hükmü uyarınca Kurum zararının, ilk peşin sermaye değerli gelir ve fiili ödemenin işveren kusuru karşılığı ile, üçüncü kişinin 21/4 kapsamında sorumlu olacağı tutarın (ilk peşin sermaye değerinin 1/2'sinin üçüncü kişinin kusur karşılığı ve fiili ödemenin üçüncü kişinin kusur karşılığı) toplamından sorumlu olduğu, üçüncü kişinin (davalı sürücü ve sürücünün kullandığı aracı sigortalayan davalı sigorta şirketinin) müteselsilen sorumlu olacağı tutarın ise işveren dahil davalıların kusurları toplamının gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile ve fiili ödemenin yine işveren dahil davalıların kusurları toplamı ile çarpılarak elde edilecek tutar olduğu gözetilmeksizin, yanlışlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan, tazmin sorumlularının sigortalı ya da hak sahiplerine yapmış oldukları ödemelerin rücu alacağından düşülmemesi gerekmekte ise de; sigorta şirketlerinin 2918 sayılı Kanun kapsamında poliseye dayalı

akdi sorumluluğu nedeniyle poliçe limitini teşkil eden miktarın sürücü ne oranda kusurlu ise o miktarın sigortalı ya da hak sahiplerine ödediğinin geçerli belgelerle kanıtlanması durumunda; sigorta şirketlerinin mükerrer ödeme ile karşı karşıya bırakılmaması bakımından ödedikleri miktar oranında sorumlu tutulmaması, yargılama giderleriyle vekalet ücretinden sorumluluğun da, poliçe limiti kapsamındaki ödeme yükümlülüğüyle orantılı olarak belirlenmesi gerekir.

Mahkemece; yukarıda açıklanan ilkeler gözetilmek suretiyle ödeme yapıp yapılmadığı, yapılmışsa kime yapıldığı ve poliçedeki hangi teminat yönünden ödeme yapıldığı, tarih ve miktarı dayanağı belgeler de getirtilerek, gerektiğinde sigorta şirketi kayıtları üzerinde inceleme yapılarak yön-temince araştırıldıktan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davalı E...S.. A.Ş. (E... S... A.Ş.) vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

Kuşkusuz bozma üzerine yapılacak yargılamada, hükmü temyiz etmeyenler yönünden Kurum lehine oluşan usûlî kazanılmış hak durumunun gözetilmesi gereği de unutulmamalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek hâlinde davalılardan E...S... A.Ş. (E... S... A.Ş.) ile S.. Y..’a iadesine, 08.12.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

KURUM RÜCÜ ALACAĞI • BAĞLANAN GELİRİN NİTELİĞİ

ÖZET: Kazanın, yukarıda belirtilen 13. madde kapsamında yer almaması durumunda, davanın yasal dayanağı, yine 5510 sayılı Kanunun “Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu” başlıklı 39. maddesi olup, üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücû edilecektir. Bu kapsamda yapılacak değerlendirmede, sorumluluğun doğması için aranan kast unsuru özellikle gözetilmeli ve irdelenmelidir.

10. HD E: 2014/20646, K2016/165 T. 18.01.2016

Dava, meydana gelen trafik kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerine yapılan sosyal sigorta yardımlarının kazaya sebep olan araç şoförü ve sigortacısından rücu tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı K... avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Kurum tarafından hak sahibine, 1479 sayılı Kanunun 82. maddesi gereğince 506 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca gerçekleşen iş kazası sonucu aylık bağlandığı belirtilmiş ise de, 15.09.2009 tarihinde gerçekleşen kaza hakkında anılan Kanunların değil, 5510 sayılı Kanunun yürürlükte bulunduğu tereddüt yoktur.

5510 sayılı Kanunun 13. maddesinde iş kazası, “a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b) (Değişik bendi: 17.04.2008 - 5754 S.K./8.mad) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) (Değişik bent: 17.04.2008 - 5754 S.K./8.mad) Bu Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olay olarak tanımlanmıştır.

Somut olayda, sigortalının içinde yolcu olarak bulunduğu aracı kullanan diğer davalı Muhammed'in direksiyon hâkimiyetini kaybetmesi nedeniyle karşı yönden gelen araçla çarpışması sonucunda vefat ettiği anlaşılmaktadır. Sigortalının kaza geçirdiği yerde bulunma zamanı ve sebebi, ilgili ceza mahkemesi kararı, sigortalılığına esas faaliyeti, varsa tanık beyanı ve diğer tüm deliller birlikte değerlendirilerek olayın oluş şekli, gidecek iş kazası olup olmadığı 13. madde kapsamında belirlenmelidir.

Eldeki davada çözümlenmesi gereken ilk sorun, kazanın bir trafik kazası mı yoksa trafik-iş kazası mı olduğudur. Zira kaza bir trafik-iş kazası ise davanın yasal dayanağı, 5510 sayılı Kanunun "İş Kazası ve Meslek Hastalığı ile Hastalık Bakımından İşverenin ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu" başlıklı 21. maddesinin 4. fıkrası olup, anılan düzenlemede, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edileceği belirtilmiştir.

Kazanın, yukarıda belirtilen 13. madde kapsamında yer almaması durumunda, davanın yasal dayanağı, yine 5510 sayılı Kanunun "Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu" başlıklı 39. maddesi olup, üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilecektir. Bu kapsamda yapılacak değerlendirmede, sorumluluğun doğması için aranan kast unsuru özellikle gözetilmeli ve irdelenmelidir.

Mahkemece, yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular karşısında öncelikle sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelir/aylığın uzun vadeli

sigorta kollarından mı yoksa kısa vadeli iş kazası meslek hastalıkları sigorta kolundan mı bağlandığı hususunun davacı kurumdan sorularak, açıklıkla belirlenmesi, daha sonra olayın net olarak belirlenmesi ile davanın yasal dayanağının belirlenmesi ve yukarıdaki ilkeler kapsamında davalıların sorumlu olup olmadıkları irdelendikten sonra davacı kurumun alacağı olup olmadığının irdelenmesi gereği gözetilmeksizin, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı Kurum avukatının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 18.01.2016 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • KUSUR RAPORU

ÖZET:İşverenler, çalıştırdığı sigortalıların beden ve ruh bütünlüğünü korumak için yararlı her önlemini, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdürler.

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.

10. HD. E. 2014/20097, K.2016/217, T. 19.01.2016

Dava, 21.03.2007 tarihinde meydana gelen iş kazasında sürekli işgöremezlik kaybına uğrayan sigortalıya yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle oluşan Kurum zararının rücu tazmini istemine ilişkindir.

Mahkeme, davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmü, davacı K.. avukatının temyiz etmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen

raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-) 5510 sayılı Yasa'nın 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 21. maddesindeki; "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. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır. İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir." düzenlemesi getirilmiş ise de, söz konusu düzenlemenin, anılan Yasa'da, yürürlüğü öncesinde gerçekleşen olaylardan kaynaklanan rücu tazminat davalarında uygulanmasına imkan veren bir düzenleme bulunmadığı ve genel olarak Yasaların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralı sonucu olarak davanın yasal dayanağının 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesi olduğu belirgindir.

Bu maddedeki, "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 tarife göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı (Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 tarihli ve E:2003/10 K:2006/106 sayılı Kararı ile bu fıkra da geçen "sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere" bölümü iptal edilmiştir.) Kurumca işverene ödettirilir. İş kazası veya meslek hastalığı, 3. bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3. kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir." düzenlemesine göre; davaya konu iş kazasında kusurlu olanlar davacı Kurumun rücu alacağından kusurları karşılığı sorumluluğu olup; bu kapsamda tazmin kararı verilecek miktarın belirlenmesi için gerçek zarar hesabı yapılması gerekmez.

Kusur raporlarının 506 sayılı Yasa'nın 26., 4857 sayılı Yasa'nın 77. ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 2 vd. maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir. 4857 sayılı 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 üstün değer olarak korunması gereğinden hareketle; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu yönde, işçilerin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, iş güvenliği tedbirlerinin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenlerden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin, tedbirlerin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır. Bu itibarla işverenler, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçilerin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi düşünceler ile almaktan çekinemeyeceklerdir. Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı da, işverenlerin önlem alma ödevini etkilemez. İşverenler, çalıştırdığı sigortalıların beden ve ruh bütünlüğünü korumak için yararlı her önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulamakla yükümlüdürler.

İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuat hükümlerini içerir belgelerin kendilerine verilmesini değil, eylemli olarak, bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal öneme sahip bulunan araç ve gereçlerin sigortalılar tarafından kullanılması sağlandığında, kazalanma ihtimalinin tamamen ortadan kaldırılabilmesi de yadsınamaz bir gerçektir. 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.

Bu açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde; tüm dosya içeriği ve olayın oluş şekline göre, davalı işveren ve sigortalının kusur durumlarının yasal mevzuat çerçevesinde irdelenmeyen ve bu kapsamda yukarıda açıklanan gerekleri karşılamadığı belirgin olan kusur raporunun hükme dayanak alınması yerinde değildir. Bu bakımdan, 506 sayılı Yasanın 26., 4857 sayılı Yasanın 77. maddeleri ile İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü ve diğer yasal mevzuat kapsamında iş kazasının gerçekleştiği iş kolu ile işçi sağlığı ve iş güvenliği alanında uzman kişilerden seçilecek bilirkişi kurulundan yöntemince düzenlenecek bilirkişi raporu alınmalı, oluşan kazaya karşı hangi önlemlerin alınması gerektiği, bunların işverence alınıp alınmadığı ve alınmış tedbirlere sigortalı ve diğer ilgililerin uyup uymadığı hususları ortaya konularak gerçek kusurlu olanların ve kusur oranlarının tespiti yapıldıktan sonraki değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

2-) Kabule göre;

a-) Tazmin istemi daha fazla olmasına ve davaya konu işkazasında davalının % 20 kusurunun olduğu belirlenmiş olmasına karşın, Kurum zararının % 10 undan sorumlu tutulmuş olması;

b-) HMK'nın 297. maddesine aykırı biçimde tazmin kararı verilen Kurum alacaklarının ayrı ayrı miktar ile faiz başlangıç tarihleri yazılmaksızın ve mevcut durum itibarıyla bakiye alacak kalmamasına karşın fazla hakların saklı tutulması suretiyle infazda tereddüte neden olacak biçimde yazılı şekilde karar verilmiş olması, isabetsizdir.

Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı olduğu üzere karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, 19.01.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SGK RÜCU DAVASI • İŞ KAZASI

ÖZET: Rücu sorumlusu üçüncü şahıs, ilk peşin sermaye değerinden kusuruna düşen miktarın yarısından sorumludur.

10. HD E: 2014/23251 K:2016/3283 T: 15.03.2016

Dava, rücûan tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilâmında belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, taraflar vekillerince 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.

Dava; 10.09.2010 tarihli iş kazası sonucu vefat eden sigortalının hak sahibine bağlanan gelir ve yapılan ödemenin davalılardan tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı olay tarihinde yürürlükte bulunan ve 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunudur.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla sebebiyet vermeleri halinde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62'nci (818 sayılı Mülga Borçlar Kanununun 50 ve 51) maddeleri uyarınca teselsül hükümlerine göre birlikte sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu halde, Türk Borçlar Kanunu'nun 62'inci maddesi uyarınca kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkı baki kalmak koşuluyla, her bir sorumlu yönünden kusurlarına düşen miktar ayrılmaksızın teselsül kurallarına göre sorumluluklarına hükmedilebilecektir.

İş kazası veya meslek hastalığına birlikte neden olan sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda, yapılan harcama ve ödemeler yönünden ayrık bir durum söz konusu olmadığından, müteselsilen sorumluluk esası geçerlidir.

Lokanta işyerinde LPG patlaması şeklinde gerçekleşen somut olayda, davalı işveren Ü..... A.....'nın % 30, dava dışı ve L.... tesisini kuran M..... L.... Dağ. Tic. ve San. A.Ş.'nin %45, kazalının %25 oranında kusurlu bulunduğu anlaşılmakla, teselsüle dayalı olarak açılan davada, M..... L....

Dağ. Tic. ve San. A.Ş.’nin kusurunun da dikkate alınarak hüküm tesisinde bir isabetsizlik yoktur. Ancak, 5510 sayılı Kanunun “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 işverenenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettilir...İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir...” şeklinde düzenlenen 21. maddesi karşısında, işverenin 21/1’inci madde hükmü uyarınca Kurum zararının, ilkpeşin sermaye değerli gelirlerin işveren kusuru karşılığı ile, üçüncü kişinin 21/4 kapsamında sorumlu olacağı tutarın (ilk peşin sermaye değerinin 1/2’sinin üçüncü kişinin kusur karşılığı) toplamından sorumlu olduğu, üçüncü kişinin müteselsilen sorumlu olacağı tutarın ise, işveren dahil davalıların kusurları toplamının gelirin ilk peşin sermaye değerinin 1/2’sinin, yine işveren dahil davalıların kusurları toplamı ile çarpılarak elde edilecek tutar olduğu gözetilmelidir.

O hâlde, taraflar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek hâlinde davalı ...’ye iadesine, 15.03.2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

RÜCU DAVASINDA KUSUR

ÖZET: Tazminat davası da gözetilerek, işçi sağlığı ve iş sağlığı ile iş kazasının meydana geldiği alanda uzman bilirkişilerden kusur oran ve aidiyetini mevzuata ve oluştaya uygun olarak belirleyen kusur raporu alındıktan sonra, gerçek zarar tavan hesabı yaptırarak, sonucuna göre karar verilmelidir

Y.10. HD. E:2014/23383, K:2016/3311, T. 15.03.2016

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün davacı ve davalı avukatları tarafından temyizi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1-Dava; 09.07.2009 tarihli iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan gelirlerin tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanunun 21. maddesidir. Anılan maddede kusur sorumluluğuna dayanmakta olup, işveren ve 3. kişiler rücu alacağından kusurlarının varlığı halinde sorumludurlar.

Sigortalı tarafından işveren şirket hakkında açılan ... Asliye Hukuk (İş Mahkemesi sıfatıyla) Mahkemesi'nin ... tarih ve ... esas ve ... karar sayılı tazminat davasında ; işveren şirket % 75, sigortalı %25 oranında kusurlu bulunmuş, hükme esas alınan rapor ve tazminat dava dosyası eldeki dosya içine alınmamış, böylece denetime imkan sağlanmamıştır.

5510 sayılı Yasanın 21. maddesinde düzenlenmiş bulunan rücu davaları, sigortalının alacağından bağımsız, kanundan doğan basit rücu hakkına dayalı olup; sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazmin sorumluları aleyhine açılan tazminat davalarında alınan kusur tespitine ilişkin bilirkişi raporuyla ulaşılan sonuçlar, rücu davasında bağlayıcı nitelikte bulunmamakta; 5510 sayılı Yasanın 21. maddesi çerçevesinde, işçi sağlığı ve iş güvenliği kuralları yönünden ayrıntılı irdelene içermesi halinde, güçlü delil olarak kabul edilebilmektedir. (Hukuk Genel Kurulu 17.01.2010 tarih 2010/10-10 Esas, 2010/14 Karar sayılı Kararı)

2-5510 sayılı Kanunun “İş Kazası Ve Meslek Hastalığı İle 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.

Anılan maddenin açık hükmü karşısında; ilk peşin sermaye değerli gelirin, Kurum yararına tazmini mümkün kısmının belirlenebilmesi için gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmaktadır.

Mahkemece, tazminat davası da gözetilerek, işçi sağlığı ve iş sağlığı ile iş kazasının meydana geldiği alanda uzman bilirkişilerden kusur oran ve aidiyetini mevzuata ve oluşa uygun olarak belirleyen kusur raporu alındıktan sonra, gerçek zarar tavan hesabı yaptırarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı ve davalı vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 15.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

ÖDEME EMRİ • FAİZ ORANI

ÖZET: Borçlunun yasal süre içinde ödeme emrinde talep edilen faiz oranına itiraz etmemesi üzerine kesinleşen faiz oranına göre faiz hesaplanmalıdır.

Y. 12 HD. E, 2015/20219, K. 2015/30346, T. 3.12.2015

Alacaklı tarafından borçlular hakkında kambyo senetlerine özgü haciz yoluyla başlatılan takipte 45.000,00 TL asıl alacak, 10.548,49 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 55.548,49 TL alacağın, takip tarihinden itibaren işleyecek %23 faizi ile tahsilinin istendiği, talep edilen faizin cinsinin belirtilmediği, takibin bu haliyle kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Takip dosyasının incelenmesinde;

Alacaklının takip tarihinden itibaren %23 oranı üzerinden işleyecek faiz talebinde bulunduğu, borçluların yasal sürede ödeme emrinde talep edilen faiz oranına itiraz etmediği, alacaklının talep ettiği oranın, takip tarihinde geçerli olan ticari veya yasal faiz oranına denk gelmediği görülmektedir. Bu nedenle alacaklının talebinin ticari veya yasal faiz olduğu sonucuna varılamaz. Ödeme emrinde talep edilen faiz oranının, yasal ve ticari faizin üzerinde olması ve itiraz edilmeksizin kesinleşmesi durumunda, anılan faizin uygulanması gerekecektir.

Borçluların, yasal sürede, ödeme emrinde talep edilen faiz oranına itiraz etmemeleri üzerine kesinleşen bu oran üzerinden faiz hesaplanması gerekir.

O halde, mahkemece, itiraz edilmemekle kesinleşen %23 faiz oranı üzerinden hesaplama yapılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, olayda uygulama yeri olmayan değişen oranlarda avans faizi üzerinden hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 03.12.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

MAHKEME KARARI • FAİZ TALEBİ

ÖZET: İlamda faize hükmedilmemiş ise, ilamda yazılı olan alacaklara ilam tarihinden itibaren faiz istenebilir.

Y. 12 HD E. 2015/27849, K. 2016/3899, T. 15.2.2016

Şikayetçinin icra mahkemesine başvurusunda, kendisine gönderilen icra emrinin dayanak tasarrufun iptali ilamına aykırı olarak düzenlendiğini ileri sürerek icra emrinin iptaline karar verilmesini talep ettiği, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

İcra takip dosyasının incelenmesinde; alacaklı tarafından genel haciz yolu ile ilamsız takip başlatıldığı, şikayetçi aleyhinde açılan tasarrufun iptaline ilişkin davada verilen ..., 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 23.06.2015 tarih ve 2014/260 Esas, 2015/403 Karar sayılı kararı ile; "davalı ... hakkında İİK'nin 283/2. maddesi gereğince davanın bedele dönüşmesi nedeniyle davalı ...'nın dava konusu takip dosyasındaki alacak ve fer'ileri ile sınırlı olarak dava konusu taşınmazı elden çıkardığı tarih olan 07.08.2009 tarihindeki dava konusu takip dosyasındaki alacak ve fer'ileri toplamı olan 81.000,00 TL ile sorumluluğuyla davalı ...'dan alınarak davalıya ödenmesine" hükmedildiği görülmüştür.

Bu durumda icra emrinin, tasarrufun iptali ilamına uygun yapılması zorunludur. Yine ilamın hüküm kısmının aynen infazı zorunlu olup, dar yetkili icra mahkemesi yorum yoluyla hüküm kısmını değiştiremez (HGK'nın 08/10/1997 tarih ve 997/12-517 Esas, 1997/776 Karar sayılı kararı).

Kural olarak ilamda faize hükmedilmediği hallerde alacaklı, takibe konulması için kesinleşmesine gerek bulunmayan ilamlarda hükmedilen alacağa ve fer'ilerine (ücreti vekalet, harca ve mahkeme masraflarına da), karar tarihinden itibaren yasal faiz isteyebilir. İcra müdürü de ilamın hüküm fıkrası ile bağlı olup, mahkeme kararını yorumlayarak işlem tesis edemez. Aksi durum, ilama aykırılık nedeniyle İİK'nin 16/2. maddesi uyarınca süresiz şikayete tabidir.

O halde mahkemece, tasarrufun iptaline ilişkin ilamda gösterilen 81.000,00 TL yönünden karar tarihi olan 23.06.2015'ten itibaren yasal faiz talep edebileceğinden, icra emrinin ilama aykırı olan bu kısmının iptali yerine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Şikayetçinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**,) peşine alınan harcın itek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15.02.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İHTİYATİ HACİZ • BORCA İTİRAZ

ÖZET: İhtiyati hacizde borçlu itirazının alacaklıya tebliğ edilmesi gerekir. Bu işlem yapılmadan alacaklı yönünden yedi günlük itirazın kaldırılması süresi işlemez.

Y. 12 HD. E. 2015/31042, K. 2016/4415, T. 18.2.2016

Alacaklının başlattığı genel haciz yoluyla takipte borçlular borca itiraz delekçelerinin alacaklıya tefhim edilmesine karşın İİK'nin 264/2 maddesi uyarınca yedi günlük yasal süresi içerisinde itirazın kesin kaldırılması veya itirazın iptali davası açılmadığını, ihtiyati haczin hükümsüz kaldığını ileri sürerek icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, şikayetin kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu'nun "İhtiyati haczi tamamlayan merasim" başlıklı 264/2. maddesinde; "İcra takibinde, borçlu ödeme emrine itiraz ederse bu itiraz hemen alacaklıya tebliğ olunur. Alacaklı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını istemeye veya mahkemede dava açmaya mecburdur. İcra mahkemesi, itirazın kaldırılması talebini reddederse alacaklının kararın tefhim veya tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde dava açması lazımdır." hükmü yer verilmiştir.

Somut olayda, alacaklının genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacak sebebiyle borçlular hakkında 26.12.2014 tarihinde genel haciz yoluyla ilamsız takip başlattığı, ... Ticaret Mahkemesi'nin 31.12.2014 tarih ve 2014/577 D. İş sayılı ihtiyati haciz kararının takip tarihinden sonra dosyaya ibraz edildiği, örnek 7 ödeme emrinin borçlu ...'a 08.01.2015 tarihinde tebliğ edildiği ve her iki boçlunun yasal 7 günlük süresi içerisinde 09.01.2015 tarihinde icra dairesinde borca itiraz ettiği ve icra memurun-

ca 09.01.2015 tarihinde takibin durdurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. İİK'nin 264/2. maddesinde yer alan ve yukarıda belirtilen yasal düzenleme uyarınca borçlunun itirazın hemen alacaklıya tebliğ edilmesi gerekir. Takip dosyası içerisinde yapılan incelemede borçluların itirazının alacaklıya tebliğ edildiğine dair tebligat evrakı ya da icra tutanaklarında bu konuda bir tespit bulunmamaktadır. Borçluların itirazı alacaklıya tebliğ edilmediğine göre, itirazın kaldırılması veya iptali istemiyle açılacak davaya ilişkin 7 gün süre işlemeye başlamaz.

O halde, mahkemece, alacaklı tarafından İİK'nin itiyatı haczi tamamlayan merasim başlığı altında yazılı olan 264. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hükme uygun olarak ihtiyati haciz yapıldığından borçluların şikayetinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile aksi yönde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 18/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İLAMSIZ TAKİBE İTİRAZ • ÖDEME EMRİNİN İPTALİ

• ŞİKAYET YOLU

ÖZET: Borçlunun ilamsız takibe itiraz etmiş olması, ayrıca şikayet yoluyla ödeme emrinin iptalini istemesine engel değildir.

Y. 12 HD E. 2015/32703, K. 2016/7559 T. 9.2.2016

Alacaklı tarafından borçlu hakkında genel haciz yolu ile başlatılan ilamsız icra takibinde; borçlunun ödeme emrinin tebliği üzerine 7 günlük yasal sürede icra mahkemesine başvurusunda, takip dayanağı belgelerin ödeme emri ile birlikte gönderilmediğini ileri sürerek takibin iptalini talep ettiği, mahkemece, gerekli belgelerin ödeme emri ile borçluya gönderildiği ve borçlu verilince icra dairesine yapılan borca itirazla, borçlunun borçtan ve takipten haberdar olduğu gerekçesi ile şikayetin reddine karar verildiği öngörülmektedir.

İİK'nin 58. maddesi gereğince, takip belgeye dayandığı takdirde, belge aslı veya örneğinin takip talebine ve ayrıca aynı Kanunun 61. maddesi uyarınca da ödeme emrine eklenmesi gerekmektedir. Takibin ilamsız olması bu duruma etkili değildir.

Somut olayda; örnek 7 numaralı ödeme emrinde, borcun sebebi; "... İş Mahkemesi'nin 2009/98 E., 2014/82 K. sayılı kararına istinaden ... 2. İcra Müdürlüğü'nün 2014/1813 E., sayılı dosyası ile başlatılan takip dosyasına alacaklı şirketçe ödenen 336.930 TL paranın borçlu şirketin de borçtan sorumlu olması nedeniyle kusuru oranında hissesine düşen miktar olan 168.400 TL'nin rücu tahsili" olarak gösterilmiş ve yapılan ödemeye ilişkin bir banka dekontu ile söz konusu İş Mahkemesi ilamının onaylı sureti takip dosyasına sunulmuş olmasına rağmen, borçluya tebliğ edilen ödeme emri tebliğat zarfında "örnek 7 ödeme emri vardır" ibaresinin yazılı olduğu ve dolayısıyla takip dayanağı belge suretlerinin borçluya tebliğ edilen ödeme emri ekinde gönderilmediği anlaşılmaktadır.

Borçlunun, yapılan ilamsız icra takibi nedeniyle yasal süre içerisinde icra dairesinde borca itiraz etmiş olması, icra mahkemesinden şikayet yoluyla ödeme emrinin iptalini istemesine engel teşkil etmez. Zira, şikayetin kabulü halinde, hakkında yeniden ödeme emri tebliği gerekeceğinden, borçlunun yukarıda özetlenen talepte bulunmasında hukuki yararı vardır. Bu durumda, mahkemece, şikayetin kabulü ile ödeme emri tebliğ işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken, somut olaya uygun olmayan gerekçe ile şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan, HMK'nın 297. maddesinin (1) fıkrasının (e) bendi gereğince hükümde "gerekçeli kararın yazıldığı tarihin" yer alması zorunlu olup, kanunun bu emredici hükmüne aykırı davranılması da doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09.02.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA DOSYASI • AVUKATLA TAKİP • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Alacaklı asil tarafından başlatılan icra dosyasına vekaletname ibraz ederek kapak hesabı çıkartılmasını isteyen avukat o dosyada vekil sıfatını kazanmış olup, kapak hesabına vekalet ücretinin de ilave edilmesi gerekir.

Y. 12 HD E. 2015/28956, K. 2016/5541, T. 29.2.2016

Alacaklı tarafından genel haciz yoluyla başlatılan ilamsız takibe karşı borçlunun, sair şikayetleri yanında dosya kapak hesabında faiz uygulamasını hatalı yapıldığından bahisle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, asıl alacağı işleyecek faiz oranının borçlu aleyhine olacak şekilde hatalı uygulandığı, ayrıca alacaklının vekili tarafından takip dosyasında işlem yapılmadığından alacaklının lehine vekalet ücreti talep edilmeyeceği belirtilerek dosya kapak hesabına yönelik şikayetin kabulüne karar verilmiştir.

İİK'nin 138/3. maddesi; "Vekil vasıtasıyla yapılan takiplerde vekalet ücretinin miktarı, alacaklı ile borçlu arasında yapılmış sözleşmeye bakılmaksızın, icra memuru tarafından avukatlık ücret tarifesine göre hesaplanır. Bu şekilde tayin olunan vekalet ücreti de takip masraflarına dahildir." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklının vekille takip ettiği icra dosyalarında, vekalet ücreti icra takip giderlerinden olup, icra takibi sonucunda haksız çıkan borçludan alınır.

Somut olayda, Avukat ...'ın 13.07.2012 tarihinde alacaklı adına, icra takip dosyasına vekaletname vererek dosya kapak hesabı çıkartılmasını talep ettiği görülmüştür. Bu durumda, alacaklının, icra takip dosyasında vekille temsil edildiğinin kabulü gerekir.

O halde, mahkemece, yukarıda yapılan açıklama doğrultusunda, dosya kapak hesabında vekalet ücretinin hesaplamaya dahil edilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile aksi yönde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.02.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SIRA CETVELİ • YEDİEMİN ÜCRET ALACAĞI

ÖZET: İcra müdürlüğünce sıra cetveli yapılması gerektiğine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, aksi yönde ve yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, bu kararın bu nedenle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmakla şikayetçinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.*

Y. 12 HD. E. 2015/19001, K. 2015/23229, T. 06.10.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 06.04.2015 tarih ve 2014/34643 Esas, 2015/8594 Karar sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihi tetkiki üçüncü kişi G.V.Y. A.Ş. tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi. E.G. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından borçlu G.Ç.İ.Ltd.Şti. hakkında, "... plakalı aracın 597 günlük işlemiş yediemin alacağına" dayalı olarak genel haciz yolu ile ilamsız takibe başlandı, takibin ilerleyen safhasında ... plaka sayılı aracın satılarak paraya çevrildiği, takipte 3. kişi konumunda olan şikayetçi rehin alacaklısının icra mahkemesine başvurusunda, yedieminin takibe konu olacak miktarının, hak edilen yediemin ücretinden, fazla gösterdiğini, yediemin ücreti alacağının takibe konu edilmesi halinde adi alacağa dömlüyeceği kendilerinin de rehin alacaklısı olduğundan satış sonucu elde edilen bedelin tamamının kendilerine ödenmesi gerektiğini belirttiği ancak mahkemece yediemin ücretinin rüçhanlı alacak olup icra masraflarından sayıldığı için ilk önce yediemine ödeme yapılmasında engel olmadığından bahisle şikayetin reddine karar verildiği görülmektedir.

Somut olayda, alacaklı tarafın yapılan genel haciz yolu ile ilamsız takipte, şikayetçinin alacaklı ya da borçlu sıfatı bulunmamaktadır. Şikayetçinin alacağın miktarına ve alacağın kendisine ödenmesine ilişkin iddiaları, sıra cetveli yapılması ve buna itiraz edilmesi halinde, sıra cetveline itiraz olarak ileri sürülebilecek ve orada tartışılabilecek husurlar olup, bu aşamada anılan şikayetin dinlenme olanağı bulunmamaktadır.

* Gönderen: Av. Tayfun EYİLİK

O halde, mahkemece, icra müdürlüğünce sıra cetveli yapılması gerektiğine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, aksi yönde ve yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, bu kararın bu nedenle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmakla şikayetçinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Üçüncü kişi G.V.Y.A.Ş.'nin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 06.04.2015 tarih ve 2014/34643 E. 2015/8594 K. sayılı onama ilamının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 06.10.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZ TAHLİYESİ • TAŞINMAZDAKİ EŞYALAR

ÖZET: İcra müdürünün takip borçlusuna “İİK'nin 135/2. maddesi uyarınca çıkarılan tahliye emrinde yazılı tahliye süresi dolduktan sonra borçluyu taşınmazdan zorla çıkarılıp alıcıya teslim edilmesi gereklidir. Taşınmaz içindeki eşyanın bulunması taşınmazın tahliyesine engel bir durum değildir.*

Y. 12 HD, E. 2015/21085, K., 2015/31356, T. 14.12.2015

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için, Tekkik Hakimi E.B. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü; Alacaklının şikayet yoluyla icra mahkemesine yaptığı başvuruda, borçluya ait taşınmazı 24.02.2014 tarihinde yapılan ihalede alacağa mahsuben satın aldıklarını, ihalenin kesinleştiğini, taşınmazın alacaklı adına tescil edildiği, taşınmazın tahliye edilerek taraflarına teslim edilmediğini, icra dairesince yediemin ve depo temin edilmesi taleplerinin kabul edilmediği gibi alacaklı olarak kendilerinin temin ettiği yediemin ve deponun ise Alaplı ilçesi sınırları dışında bulunduğu gerekçesi ile kabul edilmediğini belirterek müdürlük işlemlerinin iptalini talep ettiği anlaşılmaktadır.

* Gönderen: Av. Tayfun EYİLİK

İİK'nin 135/2 maddesinde "Taşınmaz borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akte dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmek ise onbeşgün içinde tahliyesi için borçluya veya işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkarılıp taşınmaz alıcıya teslim olunur." hükmü düzenlenmiştir. Anılan hükümde tahliye emrinin konusu olan taşınmazda bulunan eşyalarla ilgili bir düzenleme bulunmduğundan, tahliye ve teslimle ilişkin ilamların icrası ile ilgili İİK'nin 26/4. fıkrası hükmünün olayda kıyasen uygulanması gereklidir.

Somut olayda, taşınmazın 24.02.2014 tarihinde alacaklıya alacağı mahsuben ihalesinin yapıldığı, ihalenin kesinleşerek taşınmazın alacaklı adına tescil edilidği 18.04.2014 tarihinde İİK'nin 135/2. fıkrası uyarınca tahliyesi için taşınmaza gidilerek, taşınmazda hazır bulunan borçlu E.C.'a taşınmazı tahliye etmesi için yeniden 15 gün süre verildiği, 09.05.2014 tarihinde tekrar tahliye için adrese gidilerek adreste borçlular E.C. ve H.C. ile borçlularla birlikte bulunan kişilere taşınmazı tahliye etmeleri için 15 gün süre verildiği, 02.02.2015 tarihinde tekrar tahliye için adrese gidildiği, borçlular E.C. ve H.C. hazır olduğu halde borçlulara ait eşyalar için yediemin temin edilemediği gerekçesi ile tahliye işleminin yapılamadığı, alacaklının taşınmatda bulunan eşyaların yediemin deposuna konulması taleplerinin Ereğli ilçesinde bulunan yediemin depolarının yargı çevresi dışında kaldığı, icra müdürlüğü tarafından Alaplı ilçesinden yediemin ve depo temin etmesi talebinin de böyle bir görevi bulunmadığından dolayı reddedilidği, red kararlarının şikayet konusu yapıldığı, icra mahkemesince şikayetin reddine karar verildiği görülmektedir.

İcra müdürünün takip borçlusuna "İİK'nin 135/2. maddesi uyarınca çıkarılan tahliye emrinde yazılı tahliye süresi dolduktan sonra borçluyu taşınmazdan zorla çıkarılıp alıcıya teslim edilmesi gereklidir. Taşınmaz içindeki eşyanın bulunması taşınmazın tahliyesine engel bir durum değildir. Tahliye sırasında taşınmaz içinde bulunan eşya somut olaya kıyasen uygulanması gereken İİK'nin 26/4. fıkrasına göre tahliyede borçlu hazır ise borçluya teslim olunur. Borçlu hazır değil ise vekiline veya ailesi halından veyahut müstahdemlerinden reşit bir kimseye tevdi olunur. Bunlardan da kimse bulunmazsa mezkur eşya masrafı ileride borçluya ödetilmek üzere peşin olarak alacaklıdan alınıp emin bir yerde veya alacaklının yedinde hıfzettirilir. Görüldüğü üzere icra müdürünün taşınmazda bulunan eşyayı öncelikle borçlu veya maddede yazılı kimselere teslim ve tevdi etme görevi tahliye sırasında kimse bulunmaması halinde ise İİK'nin 26/4. maddesinde yazılı usule göre eşyaları yediemine veya alacaklıya teslim etme görevi ve yükümlülüğü bulunmaktadır.

O halde, mahkemece, istemin kabulü ile taşınmazın İİK'nin 135/2. ve kıyasın uygulanması gereken aynı Yasanın 26/4. maddeleri uyarınca şik-

kayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 14/12/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VARLIK YÖNETİM ŞİRKETİ • KDV MUAFİYETİ

ÖZET: Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Sosyal ve Askeri Amaçlı İstisnalarla Diğer İstisnalar" başlıklı 17/4. maddesinin (1) bendi ile; "30/01/2002 tarihli ve 4743 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan varlık yönetim şirketlerinin bankalar, özel finans kurumları ve diğer mali kurumlardan devraldığı alacakların tahsili amacıyla bu alacakların teminatını oluşturan mal ve hakların (müzayede mahallinde satışı dahil) teslimi ile aynı Kanuna göre finansal yeniden yapılandırma çerçeve anlaşmaları hükümleri kapsamında yeniden yapılandırılan borçların ödenmemesi nedeniyle bu borçların teminatını oluşturan mal ve hakların (müzayede mahallinde satışı dahil) teslimi" istisna kapsamında tutulmuştur. Bu yasa hükmüne göre, alacaklı varlık yönetim şirketi, alacağına karşılık borçluya ait aracı cebri icra yolu ile alması halinde Katma Değer Vergisi'nden muaf olacaktır.

Y. 12 HD. E. 2014/1029, K. 2014/3158, T. 10.12.2013

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tekkik Hakimi K.A. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü;

Alacaklı varlık yönetim şirketi tarafından borçlu aleyhinde başlatılan ilamsız icra takibinde; borçlu adına kayıtlı aracın, alacağa mahsuben varlık yönetim şirketine 18/06/2013 tarihinde ihale edildiği, alacaklı vekiline ihale bedelini yatırmak üzere yedi günlük süre verildiği, alacaklı vekilinin icra mahkemesine başvurusunda; yasa gereği müvekkili varlık yönetim şirketinin anılan ihale nedeniyle KDV uygulamasından muaf olduğunu bildirerek KDV alınmamasına yönelik talebinin reddine ve ihale bedelinin süresinde yatırılmamış olması gerekçesiyle satışın düşürülmesine ilişkin 26/06/2013 tarihli icra müdürlüğü kararının kaldırılmasını talep ettiği; mahkemece, 3065 sayılı KDV Kanunu'nda yer alan istisnanın her borçtan dolayı yapılan satışlarda uygulanamayacak olup takibe konu alacağın rehinle veya ipotekle teminat altına alınan alacaklardan olmadığı, alacaklının bahsi geçen yasa hükmünde yer alan istisnadan takibe konu alacak bakımından yararlanamayacağı gerekçesiyle KDV alınmasına yönelik şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinde; "Türkiye'de yapılan aşağıdaki işlemler Katma Değer Vergisine tabidir" hükmü yer almaktadır. Aynı Kanun'un 1. maddesinin (d) bendinde, müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların Katma Değer Vergisine tabi olduğu hükme bağlanmış olup 19. maddenin birinci bendinde ise; "Diğer kanunlardaki vergi muafiyet ve istisna hükümleri bu vergi bakımından geçersizdir. Katma değer vergisine ilişkin istisna ve muafiyetler ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir" hükmü öngörülmüştür. Yasa koyucu Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 11. ve sonraki maddelerinde, kanunun 1. maddesine göre KDV'den sorumlu olanlarla ilgili olarak bazı hallerde muafiyete ilişkin düzenlemeler getirmiştir.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Sosyal ve Askeri Amaçlı İstisnalarla Diğer İstisnalar" başlıklı 17/4. maddesinin (1) bendi ile; "30/01/2002 tarihli ve 4743 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan varlık yönetim şirketlerinin bankalar, özel finans kurumları ve diğer mali kurumlardan devraldığı alacakların tahsili amacıyla bu alacakların teminatını oluşturan mal ve hakların (müzayede mahallinde satışı dahil) teslimi ile aynı Kanuna göre finansal yeniden yapılandırma çerçeve anlaşmaları hükümleri kapsamında yeniden yapılandırılan borçların ödenmemesi nedeniyle bu borçların teminatını oluşturan mal ve hakların (müzayede mahallinde satışı dahil) teslimi" istisna kapsamında tutulmuştur. Bu yasa hükmüne göre, alacaklı varlık yönetim şirketi, alacağına karşılık borçluya ait aracı cebri icra yolu ile alması halinde Katma Değer Vergisi'nden istisna olacaktır.

Somut olayda, alacaklı varlık yönetim şirketi, borçlu aleyhinde başlatıldığı takip sırasında yapılan ihalede borçluya ait aracı alacağına mahsuben aldığına göre; Katma Değer Vergisi'nden istisna tutulması gerekir.

O halde mahkemece; şikayetçi şirketin Katma Değer Vergisi'nden 3065 sayılı Kanun gereğince istisna tutulması sebebiyle icra müdürlüğü kararının iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerden İİK'nin 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilanın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10/02/2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HACZİN DÜŞMESİ • MESKENİYET İTİRAZI

ÖZET: Yasal süre içerisinde satış istenmemiş, haciz düşmüştür. Bu noktada yapılacak olan meskeniyet şikayetinin reddi gerekir. Zira, haciz düştüğünden korunması gereken bir menfaat yoktur.

Y. 12 HD. E. 2015/31065, K. 2016/5661, T. 29.2.2016

Alacaklı tarafından başlatılan ilamsız takipte, borçlunun taşınmazına haciz konulduğu, borçlunun icra mahkemesine başvurusunda, haline munasip evi olması sebebiyle haczin kaldırılmasını talep ettiği mahkemece taşınmazın 50.000 TL'den aşağı olmamak üzere satılmasına, elde edilecek paranın 50.000 TL'sinin borçluya kalanın alacaklıya verilmesine karar verildiği görülmektedir.

İİK'nin 82/12. maddesine dayalı olarak haczedilemezlik şikayetinde bulunulabilmesi için şikayet tarihi itibarıyla hukuken geçerli bir haczin varlığı şarttır. Borçlunun haczedilemezlik şikayetinde bulunması üzerine öncelikle İİK'nin 106. ve 110. maddeleri uyarınca haczin düşmüş olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Şikayet tarihinden önce yukarıda belirtilen maddeler uyarınca haczin düşmüş olduğunun belirlenmesi halinde şikayetin konusu olmayacağından başvurunun fuzili yapıldığı kabul edilmelidir.

Taşınmaz üzerine haczin konulduğu tarih nazara alındığında yürürlükte bulunan, İİK'nin 106. maddesinde; alacaklının, haczolunan mal taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebileceği, 110. maddesinde ise; yasal süresi içinde malın satılması istenmez veya talep geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haczin kalkacağı düzenlenmiştir.

Somut olayda, şikayete konu taşınmaza 02/05/2013 tarihinde haciz konulduğu, alacaklının 11/06/2014 tarihinde satış talebinde bulunduğu, şikayet tarihi itibarıyla haczin düşmüş olduğu, bu durumda borçlunun meskeniyet şikayetinde bulunmasında korunmaya değer bir hukuki yararı bulunmadığı anlaşılmakla şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile işin esası incelenerek kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca re'sen (**BOZULMASINA**), bozma nedenine göre alacaklının temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.02.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FATURAYA DAYANNA İLAMSIZ TAKİP • DAVADA GÖREV

ÖZET: Faturaya dayanılacak yapılan ilamsız takibe itiraz edilmiş ise, sorun İcra Mahkemesinde değil Genel Mahkemede çözülecektir.

Y. 12 HD E. 2015/32795, K. 2016/8352, T. 22.3.2016

İİK'nin 68/1. maddesi uyarınca; ilamsız icra yolu ile yapılan takipte, talebine itiraz edilen alacaklının takibi, imzası ikrar veya noterlikçe tasdik edilen borç ikrarını içeren bir senede yahut resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir makbuz veya belgeye dayanıyorsa, icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Maddenin son fıkrasında ise, itirazın kaldırılması talebinin esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde borçlunun, talebin aynı nedenlerle reddi halinde ise alacaklının, diğer tarafın talebi üzerine yüzde yirmiden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edileceği hükme bağlanmıştır.

Somut olayda; alacaklı şirket, takip talebinde borcun kaynağını göstermeksizin, borçlu aleyhine genel haciz yoluyla ilamsız takip başlattığı, borçlunun takibe, borca, işlemiş faize itirazda bulunduğu, takibin durdurduğu anlaşılmıştır.

Alacaklının takibe dayanak yaptığı belge faturalar olup, bu belgeler İİK'nin 68/1. maddesi kapsamında itirazın kaldırılmasını sağlayacak belgelerden olmadığı gibi, alacağın varlığının tespiti, borçlulardan talep edilip edilemeyeceği de yargılamayı gerektirmektedir.

Mahkemece, alacaklının, borçlu N.Y.'ın itirazının kaldırılması talebinin, takibe dayanak belgenin İİK'nin 68. maddesinde sayılanlardan olmaması ve alacağın varlığının yargılamayı gerektirmesi sebebiyle esasa ilişkin olmayan nedenlerle reddi doğrudur. Ancak bu durumda işin esasına girilmemesi nedeniyle alacaklının İİK'nin 68/7. maddesi uyarınca tazminata mahkum edilmesi isabetsiz olup, mahkeme kararının belirtilen nedenle bozulması gerekir ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile Uzunköprü İcra Hukuk Mahkemesi'nin 16.01.2015 tarih ve 2014/127 E- 2015/1 K. sayılı kararının hüküm bölümünün 2 nolu bendinde tazminata ilişkin olarak yer alan "İİK 68/son maddesi uyarınca alacağın %20'si olan 13.387,44 TL tazminatın davacıdan alınarak davalıya verilmesine" şeklindeki kısmın karar metninden tamamen çıkarılmasına, kararın düzeltilmiş bu şekliyle İİK'nin 366. ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca (**ONANMASINA**), mahkeme kararı düzeltilerek onandığından harç alınmasına yer olmadığına, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 22.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İLAMSIZ TAKİP • BORCA İTİRAZ

ÖZET: İlamsız takipte faiz dahil borca yönelik itirazların yedi gün içinde İcra Müdürlüğü'ne yapılması gerekir.

Y. 12 HD. E. 2015/31737, K. 2016/8647, T. 23.03.2016

Alacaklı tarafından genel haciz yolu ile ilamsız icra takiine başlandığını, borçluya ödeme emrinin 28.01.2015 tarihinde tebliğ edildiği borçlunun ise 24.04.2015 tarihinde icra mahkemesine yaptığı başvuruda takipte yabancı para alacağının Türk Lirası karşılığının gösterilmediğinin, ödeme emrinde takip dayanağının belirtilmediğini, temerrüde düşürülmediklerini, faiz istenemeyeceğini faiz oranının da yasaya aykırı olduğunu ileri sürerek, takibin ve ödeme emrinin iptalini talep ettiği, mahkemece, istemin süre aşımından reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

İİK'nin 58/3. maddesine göre alacağın Türk parası ile tutarının takip taleplerinde gösterilmesi zorunludur. Aynı zorunluluk, İİK'nin 60/1. maddesi gereğince ödeme emri için de geçerlidir. Somut olayda ödeme emrinde yabancı para alacağının Türk Parası karşılığı gösterilmiş olmakla birlikte takip taleplerinde söz konusu yasa hükmünün yerine getirilmediği görülmüştür. Bu noksanlık kamu düzeni ve devletin hükümlerine hakları ile ilgili olup, süresiz şikayet nedeni olduğu gibi, takibin her safhasında doğrudan doğruya göz önünde tutulmalıdır. (Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.1999 tarih, 99/12-271 Esas, 99/301 Karar sayılı kararı)

Somut olayta takip taleplerinde ve ödeme emrinde yabancı para alacağının harca esas değerinin gösterilmiş bulunması karşısında, İİK'nin 58/3. maddesindeki koşulun yerine getirildiğinin kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece bu yöndeki şikayetin süre aşımı nedeniyle reddi isabetsiz ise de ret kararı sonucu itibarı ile doğrudur.

Öte yandan temerrüt oluşmadığı, faiz istenemeyeceği ve faiz oranına ilişkin iddialar borca itiraz olup, takibin şekline göre İİK'nin 62/1. maddesi uyarınca, ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde icra müdürlüğüne yapılması gerekir. İcra Müdürlüğü yerine, icra mahkemesine yapılan itiraz fuzuli olup bir hukuki sonuç doğurmaz.

O halde mahkemece istemin açıklanan nedenlerle reddi yerine süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesi doğru değil ise de, sonuçta istem reddedildiğinden sonucu itibarıyla doğru olan kararın onanması gerekmektedir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'un 438. maddeleri uyarınca (**ONANMASINA**), alınması gereken 29,20 TL temyiz harcından, evvelce alınan harç varsa mahsubu ile eksik harcın temyiz edenden tahsiline, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZ HACZİ • TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN DEVRİ

ÖZET: Taşınmaz üzerine konulan haciz düşmemiş, üçüncü kişi taşınmazı hacizle yükümlü olarak satın almıştır. Bu durumda haczin devam ettiği kabul edilecektir.

Y. 12 HD. E. 2016/7038, K. 2016/9468, T. 30.3.2016

Alacağını temlik eden takip alacaklısı... tarafından davadışı borçlular hakkında başlatılan genel haciz yolu ile ilamsız takipte, şikayetçi - 3. kişi ... borçlu adına kayıtlı taşınmazı 09/02/2004 tarihinde satın aldığını, alacaklı tarafından süresinde satış istenmediğinden taşınmaz üzerindeki haczin İİK.'nın 106-10. maddeleri gereğince düştüğünü belirtilerek, alacaklı vekilinin taşınmaza yeniden haciz konulması talebinin, taşınmazın haciz yüklü olarak satın alındığından bahisle kabulü ile yapılan satış işlemlerinin iptali talebinde bulunduğu, mahkemece şikayetin kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.

Somut olayta taşınmazın tapu kaydına 09.12.2011 tarihinde haciz konulduğu ve taşınmazın bu tarihte şikayetçi - 3. kişi ... adına kayıtlı olduğu görülmüştür.

HGK'nın 07.04.2004 tarih ve 2006/12-210 E. 2004/208 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, taşınmazın borçlunun borcu nedeniyle haczedilebilmesi için, haciz tarihinde borçlunun adına kayıtlı olması zorunludur. Bir başka deyişle; haciz tarihinde takipte taraf olmayan 3. kişi adına kayıtlı olan taşınmazın, borçlunun borcu için haczi mümkün bulunmamaktadır.

Bu durumda taşınmaz şikayetçi 3. kişi adına kayıtlı iken konulan 09.12.2011 tarihli haciz yasaya aykırı olmakla, mahkemenin bu hacze ilişkin kararı doğru olup, sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

İcra takip dosyasının incelenmesinde, taşınmazın tapu kaydına 16.08.1999 tarihinde haciz konulduğu ve bu sırada taşınmazın borçlu adına kayıtlı olduğu, temlik eden takip alacaklısı... Tarafından 31.07.2001 tarihinde satış istenerek, satış masrafinin dosyaya yatırıldığı görülmüştür.

Buna göre haciz tarihi itibarı ile yürürlükte olup olayda uygulanması gereken İİK'nın 106. maddesinde öngörülen iki yıllık yasal sürede satış istenmiş olup, dairemizin değişen içtihatlarına göre anılan maddede düzenlenen sürenin hesabında hacizden itibaren ilk satış talebinin tarihi esas alınacağından, haciz düşmemiştir.

Şu hale göre 16.08.1999 tarihli ilk haciz geçerli olup, şikayetçi - 3. kişi taşınmazı bu hacizle yükümlü olarak satın almış olmakla, mahkemece anılan hacze yönelik şikayetin reddi yerine onu da kapsar şekilde haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetzirdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

HAKSIZ AZİL • KARŞI YAN VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Haklı bir sebep olmadan azledilen avukat, karşı taraf vekalet ücretini de müvekkilinden isteyebilir.

Y. 13 HD E. 2014/13222, K. 2015/4856, T. 19.2.2015

Davacı, davalıların vekilleri olarak yazılı ücret sözleşmesi yaparak, tazminat davası açtığını ancak davalıların sebepsiz yere kendisini azlederek bilgisi dışında davayı takipten vazgeçtiklerini bildirerek takip edilen davada tahsil edilen tazminat belirlenerek %20'sinin azil tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazların reddi gerekir.

2- Dosyanın incelenmesinde; Davacı avukatın, davalıların vekili olarak tazminat davası açtığı ve aralarında vekalet ücreti sözleşmesi imzalandığı ancak davalıların davacıyı azlederek advayı takipten vazgeçtikleri, davacı avukata vekalt ücretini ödemedikleri dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Mahkemece, davacının karşı yan vekalet ücreti talebinin reddine karar verilmiştir. Davacı avukat davadan azledilmekle dosyadan elini çekmiş olması nedeniyle davalı müvekkillerinden Avukatlık Kanununun 164/son maddesi hükmü uyarınca karşı yan vekalet ücretini de talep edebilir. Mahkemece bu kısım isteğin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenle davacının sair temyiz taleplerinin reddine, 2. bentte açıklanan nedenle kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/111-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 19.02.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TARIM İŞÇİSİ • İŞÇİLİK HAKLARI**UYGULANACAK KANUN**

ÖZET: Davacı davalıya ait işyerinde tarım işçisi olarak çalışmış olup, uyuşmazlığın 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre çözülmesi gerekir.

Y. 13 HD E. 2014/41252, 2015/32088, 5.11.2015

Davacı, davalıların murisine ait tarım ve hayvancılık çiftliğinde işe başladığını, 20 yıl süreyle çalıştığını, tarım işçisi olduğunu, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca haklarının verilmediğini haksız biçimde işine son verildiğini ileri sürerek; fazlaya dair hakları saklı tutularak, 10.000 TL tazminatın faizi ile birlikte ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Davacı, daalılara ait işyerinde tarım işçisi olarak çalışmış olduğundan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 393 ve devamı maddeleri uyarınca uyuşmazlığın çözümü ve varsa tazminat miktarı belirlenmesi gerekir. Yargılamada alınan bilirkişi raporunda ihbar ve kıdem tazminatı alacağı hesap edilmiş, mahkemece rapor ve dosya kapsamına göre talebi kabul edilmiştir. Yapılan inceleme yeterli değildir. Mahkemece konusunda uzman bilirkişiden davacının T.B.K. hükümleri uyarınca talep edeceği bir hakkın bulunup bulunmadığı ve varsa miktarı konusunda rapor alınmak suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2- Bozma nedenine göre tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün taraflar yararına **BOZULMASINA**, ikinci bent gereğince tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yerolmadığına, peşin alınan 148.50 TL temyiz harcının istek halinde iadesine, 05/11/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET SÖZLEŞMESİ • İŞÇİLİK ALACAKLARI • BORÇLAR KANUNU

ÖZET: İş Kanunu kapsamında olmayan çalışanın işçilik hakları Borçlar Kanununa göre belirlenecektir.

Bu durumda davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Y. 13 HD. E. 2015/27034, K. 2015/32128, T. 5.11.2015

Davacı, davalıya ait çiftlikte 05.06.2002-15.06.2006 tarihleri arasında çalıştığının hizmet tespiti davasıyla tespit edildiğini, hizmet sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesi nedeniyle ihbar ve kıdem tazminatına hak kazandığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin haklı saklı kalmak kaydıyla, 100 TL kıdem tazminatının 15.06.2006 tarihinden itibaren, 100 TL ihbar tazminatının da dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davacının çalıştığı işyerinin İş Kanunu kapsamı dışında kalması, kıdem ve ihbar tazminatlarının da İş Kanunu'nda düzenlenmiş olması nedeniyle, davacının kıdem ve ihbar tazminatı hakkının bulunmadığı değerlendirilerek, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı ile aralarındaki hizmet sözleşmesine dayalı olarak kıdem ve ihbar tazminatının tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır. ... İş Mahkemesi'nin 20097205 E. 2011/422 K. Sayılı kesinleşen kararına göre davacının davalıya ait çiftlikte 05.06.2002 15.06.2006 tarihleri arasında çalıştığı, hayvanlarla ilgilendiği hususu sabittir. Çekişme, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 393. ve devamı maddelerinde (Eski BK.nun 313 md)düzenlenen hizmet adinden kaynaklanmakta olup, davacı, davalının haksız olarak iş akdine son verdiğini iddia etmiştir. Bu durumda, uyumsuzluk hizmet aktinin haklı nedenle feshedilip edilmediği ve davacının tazminata hak kazanıp kazanmadığı ve ayrıca diğer işçilik alacaklarından davalının sorumlu olup olmadığı konusunda toplanmaktadır. 4857 Sayılı Kanun'un 4/1-b maddesinde tarım işinin yapıldığı işyerlerinde İş Kanunu'nun uygulanmayacağı vurgulanmıştır. Bu durumda uyumsuzlukta uygulanacak hükümler davanın açıldığı tarih itibariyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'dur. Davacının istemleri arasında kıdem ve ihbar tazmi-

natı bulunmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 434. maddesi "Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır. "hükmü, yine TBK'nın 437/1. maddesinde ise, "Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür." hükmü ve yine anılan maddenin 2. fıkrasında ise, "Diğer durumlarda hakim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı sebeple feshin maddi sonuçlarını serbektçe değerlendirir." hükmü vazedilmiştir. Az yukarıda vurgulandığı üzere, öncelikle mahkemece fesih üzerinde durulması gerekir. Mahkemece, feshin haklı olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmamıştır.

Oysa az yukarıda düzenlenen 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 434 e 437 maddelerinde hem işçinin hem de işverenin sözleşmeyi feshedebileceği, ancak tazminat isteminde bulunabilmesi için feshin işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi, ya da işçinin fesihde haklı olması gerektiği anlaşılmalıdır. Öte yandan süreli akitlerde de vaktinden önce fesihle ilgili TBK'nın 437/2. maddesinde düzenleme bulunmaktadır.

Somut olaya dönülecek olursa, mahkemece, sözleşmenin feshin haklı olup olmadığı değerlendirilmeli, feshin işveren tarafından haksız ya da işçi tarafından haklı olarak feshedildiğinin belirlenmesi halinde işçinin TBK'nın az yukarıda değinilen hükümlerinde düzenlenen tazminatları isteyebileceği gözetilmeli ve bu konuda davacının tüm delilleri ve davalının da karşı delilleri toplandıktan sonra, gerekirse uzman bilirkişiden rapor alınarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan 27,70 TL harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/III-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 05/11/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNDE TARİFENİN ALTINDA ÜCRET KARARLAŞTIRILMASI

AVUKATIN GEÇERSİZLİK İDDİASINDA BULUNAMAYACAĞI

ÖZET : Gerek taraflarca imzalanan 01.06.2009 tarihli Avukatlık ücret sözleşmesinde gerekse de davanın kesinleşmesinden sonra davacı tarafından yazılan 04.11.2011 tarihli yazıda, avukatlık ücretinin dava değeri olan 456.312.50.TL'nin %5' i olarak ödenmesi yönündeki istem dikkate alınarak davacı avukat tarafından Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi gereğince Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin altında avukatlık ücreti kararlaştırılmaz hükmünün ileri sürülmesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine göre hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu durumu da kanun himaye edemez. O halde mahkemece, taraflar arasında dava değeri olan 456.312.50.TL'nin %5' i olarak kararlaştırılan avukatlık ücretinin hesaplanarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde asıl alacak yönünden davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*

Y13 HD E.2014/26928, K.2014/31322, T. 15.10.2014

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, avukat olduğunu, davalının vekili olarak 2009 yılında dava değeri 456.312.50.TL olan tazminat davası açtığını, davalı ile aralarında imzalanan 01.06.2009 tarihli Avukatlık ücret sözleşmesine göre dava değerinin %5' i oranında vekalet ücreti alacağını kararlaştırdığını, davalının yargılama sırasında aldığı karar üzerine davanın konusuz kaldığını,

* Gönderen: www.hukukmedeniyeti.org

davanın bitmesine rağmen vekalet ücretinin ödenmediğini ayrıca sözleşmede kararlaştırılan %5 oranında vekalet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin altında kalmasından dolayı bu kararlaştırmanın Avukatlık Kanunu' na aykırı olduğunu, vekalet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi üzerinden ödenmesi gerektiğinden tarife göre 27.822.05.TL asıl alacak ve 1.502.39.TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 29.324.44.TL vekalet ücretinin tahsili için ilamsız icra takibinde bulunduğunu, davalının takibe haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek vaki itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatına karar verilmesi istemiştir.

Davalı, sözleşmede kararlaştırılan bedelden fazla ücretin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, 27.822.5.TL üzerinden itirazın iptali ile takibin devamına, icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Her ne kadar Mahkemece, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi gereğince Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin altında avukatlık ücretinin kararlaştırılamayacağı, kanunun bu hükmüne aykırı olarak yapılan sözleşmelerin geçersiz olduğu, buna göre vekalet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanması gerektiği gerekçesi ile itirazın asıl alacak yönünden iptaline karar verilmiş ise de; Taraflar arasında imzalanan 01.06.2009 tarihli Avukatlık ücret sözleşmesine göre 456.312.50.TL değerindeki tazminat davasında dava değerinin %5'i vekalet ücreti olarak ödenmesi kararlaştırılmıştır. Davanın sonuçlanmasını takiben davacı avukat tarafından 04.11.2011 tarihli yazı ile davalıdan aralarındaki sözleşme gereğince tazminat tutarının %5' i olan 22.815.00.TL' nin makul sürede ödenmesi istenmiştir. Bu bedelin ödenmemesi üzerine de davacının, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi üzerinden hesaplanan 27.822.05.TL asıl alacak ve 1.502.39.TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 29.324.44.TL vekalet ücretinin tahsili için davalı aleyhine ilamsız icra takibinde bulunduğu dosya kapsamı ile sabittir. Gerek taraflarca imzalanan 01.06.2009 tarihli Avukatlık ücret sözleşmesinde gerekse de davanın kesinleşmesinden sonra davacı tarafından yazılan 04.11.2011 tarihli yazıda, avukatlık ücretinin dava değeri olan 456.312.50.TL' nin %5' i olarak ödenmesi yönündeki istem dikkate alınarak davacı avukat tarafından Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi gereğince Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin altında avukatlık ücreti kararlaştırılmaz hükmünün ileri sürülmesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine göre hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu durumu da kanun himaye edemez. O halde mahkemece, taraflar arasında dava değeri olan 456.312.50.TL' nin %5' i olarak kararlaştırılan

avukatlık ücretinin hesaplanarak hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde asıl alacak yönünden davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, davalının diğer temyiz itirazı ile davacının temyiz itirazının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, 2. bentte açıklanan nedenle davalının diğer temyiz itirazı ile davacının temyiz itirazının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15.10.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SULH HALİNDE HER İKİ TARAFIN KARŞI TARAF VEKALETİ ÜCRETİ DAHİL AVUKATLIK ÜCRETİNDEN SORUMLU OLACAĞI

ÖZET Somut olayda davacı avukatın, davalı M. ile yaptığı sözleşme gereğince sözleşmeden kaynaklanan vekalet ücretinden her iki davalı da sorumlu olduğu gibi, karşı yan vekalet ücretinden de her iki davalının sorumlu olduğu kabul edilerek sonuca göre karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir.*

Y13 HD E.2014/3079, K.2014/17007, T. 02.06.2014

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı M.. K..’ın vekili olarak diğer davalı Ç.. K..’a karşı maddi ve manevi tazminat talepli boşanma davası açtığını, davacı ile davalı M..

* www.hukukmedeniyeti.org

K.'ın vekalet ücreti konusunda yaptıkları sözleşmeye göre 5.000,00 TL maktu ve mahkeme tarafından hükme bağlanacak tazminat tutarı toplamının %5 i tutarında nisbi vekalet ücreti ödenmesi konusunda anlaştıklarını, Ankara 7. aile Mahkemesinin 2009/1258 esas sayılı dosyası ile açtığı davanın M. K. lehine sonuçlandığını 1.750,00 TL nafaka, 200.000,00 TL maddi, 25.000,00 TL manevi tazminata hükmedildiğini kararın temyizi aşamasında davalı M.. K.. tarafından davadan feragat edildiğini ödenmesi gereken vekalet ücretinden 3.000,00 TL si dışında ödeme yapılmadığını ileri sürerek alacağının tahsili için başlattığı icra takibine vaki itirazın iptaline karar verilmesini dilemiştir.

Davalılar, davanın reddine karar verilmesini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile Ankara 20. İcra Müdür-lüğünün 2012/15962 esas sayılı dosyasında davalı borçlu M.. K.'ın 2.000,00+11.250,00 Tl toplamı 13.250,00Tl vekalet ücreti alacağı yönünden davalı Ç.. K.'ın ise 1.100,00Tl asıl alacak ve 15,40Tl işlemiş faiz yönünden itirazlarının iptaline ve takibin bu miktarlar üzerinden devamına, fazlaya ilişkin talebin reddine, iptaline karar verilen 13.250,00TL asıl alacağın %20'si oranında icra inkar tazminatının davalı M.. K.'dan, 1.100,00TL asıl alacağın %20 si oranında icra inkar tazminatının davalı Ç.. K.'dan alınarak davacıya verilmesine, yasal şartları bulunmadığından kötü niyet tazminatı takdirine yer olmadığına karar verilmiş;hüküm,ta-raflarca temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerek-tirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir İsabetsizlik bulunma-masına göre davalıların tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Avukatlık Kanununun 165.maddesinde, “sulh ile sonuçlanan işlerde her iki taraf avukatlık ücretinin ödenmesi konusunda avukata karşı mü-teselsilen sorumludurlar.” hükmü mevcut olup, davanın sulh ile sonuç-lanması halinde, avukat müvekkilinden aralarındaki ücret sözleşmesinde kararlaştırılan miktarın tamamını isteyebileceği gibi davada sulh olunan miktara göre karşı tarafa yükletilen vekalet ücretini de isteyebilir. (Bkz. HGK.'nın 16.2.1994 T. 1993/13-810 E., 1994/60 K. sayılı kararı) Aynı sorumluluk, müvekkille sulh anlaşması yapan karşı taraf için de geçerli-dir. Burada, kanundan doğan teselsül hallerinden biri söz konusu olup, Borçlar Kanununun 142. maddesinde düzenlenen “alacaklı, müteselsil borçluların cümlesinden veya birinden borcunun tamamen veya kısmen edasını istemekte muhayyerdir” hükmüne göre, müteselsil sorumluluğun gereği olarak, sulh sözleşmesinin taraflarının her biri borcun tamamın-dan sorumludur. Alacaklı taraf, 6098 Sayılı Yasanın 163/1.maddesi uya-

rinca,müteselsil borçlulardan hepsinden veya birinden borcun tamamen veya kısmen edasını istemekte muhayyerdir.

Somut olayda davacı avukatın, davalı Miray ile yaptığı sözleşme gereğince sözleşmeden kaynaklanan vekalet ücretinden her iki davalı da sorumlu olduğu gibi, karşı yan vekalet ücretinden de her iki davalının sorumlu olduğu kabul edilerek sonuca göre karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalıların temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, aşağıda dökümü yazılı 735,80 TL kalan harcın davalılardan alınmasına, 24,30 TL peşin harcın davacıya iadesine, 02.06.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKAT VEKALET ÜCRETİ VE MASRAFLARIN ÖDENMEMESİ

HAKLI İSTİFA HALİNDE KARŞI ÜCRETİ TAHSİL EDİLMESE DAHİ HAK KAZANACAĞI

ÖZET: Davacı vekalet ücreti ve yaptığı masrafların ödenmediği gerekçesi ile istifa etmiştir. Bu sebeple istifası haklı olup davacı, tahsil edilmese dahi karşı yan vekalet ücretine hak kazanmıştır. Hal böyle iken, mahkemece karşı yan vekalet ücreti yönünden de kabul kararı verilmesi gerekir*

Y13. HD. E. 2014/39561, K.2015/33056, T. 12.11.2015

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının vekili olarak Denizli 3 İş Mahkemesinin 2009/431 Esas sayılı dosyasında görev yaptığını ve davanın aynı mahkemenin

* www.hukukmedeniyeti.org

2011/12 Karar sayılı ilamı ile davalı lehine sonuçlandığını, bu dava sırasında yapılan yargılama gideri, tanık, bilirkişi, tebligat ve diğer bütün masrafları vekil sıfatı ile yaptığını, yargılama sonucu alınan ilamın infazı için Denizli 5 icra müdürlüğünün 2011/3917 Esas sayılı takibini yaptığını, davalının bu dava ve icra dosyasından doğan ücreti vekalet alacağını vermediğini, kendisine bedelin ödenmesi ve istifasını içerir ihtarname göndermesine rağmen ödeme yapılmadığını, bunun tahsili için Denizli 5 icra müdürlüğünün 2012/4237 Esas sayılı takip dosyası ile davalı hakkında icra takibi yaptığını, davalının itirazı üzerine takibin durduğunu belirterek davalının icra takibine vaki itirazının iptaline, takibin devamına ve % 20 inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, Davanın KISMEN KABULÜ İLE, davalının Denizli 5. İcra Müdürlüğünün 2012/4237 esas sayılı takip dosyasında talep edilen asıl alacağın 13.303,60 TL lik kısmına vaki itirazın iptali ile, takibin 13.303,60 TL si asıl alacak üzerinden devamına ve bu miktar asıl alacağı takip tarihinden itibaren değişen oranlarda yasal faiz uygulanmasına, Davacının fazlaya ilişkin itirazın iptali talebinin reddine, karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı, eldeki dava ile yaptığı masraf ve vekalet ücreti alacağının tahsilini istemiş, mahkemece kısmen kabul kararı verilmiştir. Avukatlık Kanununun 171/1 maddesinde düzenlenen “Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder.” ve “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nin 2 nci maddesinde düzenlenen “... avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ÜCRETİ KARŞILIĞIDIR.” Hükümleri gereğince avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini talep edemez. (Bkz. Aynı doğrultuda Bkz. HGK. 23.03.1983 4/562-156; HGK. 03.07.1987 3/92-599; 13. HD. 2005/15433 E.2008/3694 K.; 13. HD. 2008/6280 E. 2008/11580) Ancak haksız azil halinde olduğu gibi, avukatın haklı olarak vekillikten istifa etmesi halinde de, işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, avukat, haklı istifa tarihi itibarıyla muaccel olan vekalet ücreti alacağının ödetilmesini talep edebilir.

Borçlar Kanununun 396/1 inci maddesine göre vekillikten istifa her zaman mümkün olup, bu istifa vekalet ilişkisini ileriye doğru sona er-

diren bozucu ve yenilik doğuran bir işlemdir. Vekilin istifa hakkını her zaman kullanması da mümkündür. Ancak istifa haklı değil ve müvekkil de bu nedenle zarara uğramışsa, vekil bu zarardan sorumludur. Avukatlık Kanununda ise haksız istifa halinde, vekil yönünden Borçlar Kanunundaki aynı konuya ilişkin açıklanan bu düzenlemelere göre daha ağır bir sorumluluk esası getirilmiştir. Gerçekten de, Avukatlık Kanununun 174/1 maddesinde, “üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat ücret talebinde bulunamaz.” Hükmü mevcut olup, bu hükümle, vekaletten haklı bir neden olmadan istifa eden avukatın, Borçlar Kanunundaki vekalet akdine ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir zarar şartı olmadan da müvekkile karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre, haksız olarak işi bırakan, vekaletten istifa eden avukat, ücrete hak kazanamadığı gibi, aksine bir hüküm mevcut değilse aldığı peşin ücretleri, kullanmadığı masraf avanslarını da iş sahibine iade etmek zorundadır.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakılacak olursa; davacı vekalet ücreti ve yaptığı masrafların ödenmediği gerekçesi ile istifa etmiştir. Bu sebeple istifası haklı olup davacı, tahsil edilmese dahi karşı yan vekalet ücretine hak kazanmıştır. Hal böyle iken, mahkemece karşı yan vekalet ücreti yönünden de kabul kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ

Birinci bentde açıklanan nedenle sair temyiz itirazların reddine, ikinci bentde açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan 227,20 TL harcın istek halinde iadesine, 12/11/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MAZERET KABUL EDİLEREK YOKLUĞUNDA KARAR VERİLMESİ, BİLİRKİŞİ RAPORUNA KARŞI BEYANDA BULUNMA SÜRESİ

ÖZET: Mahkemece mazeret kabul edilmesine rağmen aynı gün yargılamaya son verilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Mazeretli olduğu kabul edildikten sonra, duruşma günü kendisine bildirilmeyen tarafın yokluğunda karar verilemeyeceği gibi, bilirkişi raporu kendisine 16.10.2014 tarihinde tebliğ edilen davalı vekilinin bilirkişi raporuna karşı iki haftalık beyanda bulunma süresi dolmadan da karar verilmesi mümkün değildir. O halde mahkemece davacılar vekilinin mazereti kabul edildiğine göre, davalı vekilinin bilirkişi raporuna karşı iki haftalık beyanda bulunma süresi dolmadan mazeretin kabul edildiği duruşmada yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.*

Y. 13. HD E.2015/20865, K.2015/22004, T. 25.06.2014

Taraflar arasındaki tüketici hakem heyeti kararına itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozulması istenilmekle, incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının davacı şirketten web üzerinden Samsung marka Galaxy Note II N 7100 model cep telefonu satın aldığını, satış yapılırken maddi hata neticesinde 1.799,00 TL üzerinden satışa çıkması gerekirken yanlışlıkla 17,99 TL üzerinden satışa sunulmuş gibi gözüktüğünü, indirim oranının da %99 olarak gözüktüğünü, ilgili ürünün davalı yanca internet üzerinden satın alındığını, yazım hatası fark edilir edilmez satış işleminin iptal edildiğini, bunun üzerine davalının tüketici hakem heyetine başvurduğunu, Yenimahalle Kaymakamlığı Tüketici Sorunları

* www.hukukmedeniyeti.org

Hakem Heyetinin 19.09.2013 tarih ve 2013/30169 sayılı kararı ile aslında 1.799,00 TL olan son model cep telefonunun 17.99 TL karşılığında tüketiciye iadesine karar verildiğini ileri sürerek tüketici sorunları hakem heyeti kararının iptalini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, karar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca kanun yararına temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında, internet üzerinden cep telefonu satışının yapıldığı hususu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, mahkemece mazere-ti kabul edilen tarafın, bilirkişi raporuna karşı beyanda bulunma süresi dolmadan esas hakkında karar verilip verilemeyeceği hususundadır.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 280/1.maddesine göre; “Bilirkişi, raporunu, varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak mahkemeye verir; verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir.” Aynı yasanın 281/1.maddesine göre de; “Taraflar, bilirkişi raporunun, kendilerine tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde, raporda eksik gördükleri hususların, bilirkişiye tamamlattırılmasını; belirsizlik gösteren hususlar hakkında ise bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını mahkemeden talep edebilirler.”

Somut olayda bilirkişi tarafından hazırlanan 26.09.2014 tarihli rapor duruşma günü beklenmeksizin taraf vekillerine tebliğe çıkartılmış ve davalı vekiline 16.10.2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Davalı vekili 21.10.2014 tarihli dilekçe ile aynı gün Çankırı 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2014/367 esas sayılı dosyasında duruşmasının olduğunu, duruşmaya katılamayacağını belirterek mazeretli sayılmasını talep etmiştir. Mahkemece mazeret kabul edilmesine rağmen aynı gün yargılamaya son verilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Mazeretli olduğu kabul edildikten sonra, duruşma günü kendisine bildirilmeyen tarafın yokluğunda karar verilemeyeceği gibi, bilirkişi raporu kendisine 16.10.2014 tarihinde tebliğ edilen davalı vekilinin bilirkişi raporuna karşı iki haftalık beyanda bulunma süresi dolmadan da karar verilmesi mümkün değildir. O halde mahkemece davacılar vekilinin mazere-ti kabul edildiğine göre, davalı vekilinin bilirkişi raporuna karşı iki haftalık beyanda bulunma süresi dolmadan mazeretin kabul edildiği duruşmada yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma talebinin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına temyiz talebinin kabulü ile Ankara 2.Tüketici Mahkemesinin 21.10.2014 tarih ve 2013/ 4342 esas 2014/ 2435 karar sayılı kararının sonuca etkili olmamak üzere kanun yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 25.6.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**TAHKİM DİVANINDA TAKİP EDİLEN İŞLERDEN
KAYNAKLANAN AVUKATLIK ÜCRETİ**

ÖZET: Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyinin (CCBE), “Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü” ve “Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları”nın “Ücretlerin Düzenlenmesi” başlıklı “3.4” no’lu bölümünde de; “Bir avukatın talep edeceği ücret, müvekkile açıkça bildirilmeli, adil ve makul olunmalı, avukatın tabi olduğu yasa ve meslek kurallarıyla uyum içinde olmalıdır.

Y.13. HD E.2013/23329, K.2014/23087. T. 08.07.2014

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı Gümrük ve Turizm İşl. Tic. A.Ş. vekili avukat S.. A.. ile davacı Asil B.. Ç..’in gelmeleriyle duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı avukat, davalı G.. A..’nin (GTİ), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Tahkim Divanında görülmüş olan, P.. Ofisi...A.Ş. tarafından GTİ aleyhine açılan 2010/1 numaralı tahkim davasında, GTİ tarafından S....A.Ş. aleyhine açılan 2010/2 numaralı tahkim davasında ve Setur...A.Ş. tarafından GTİ aleyhine açılan 2010/2 numaralı tahkim da-

vasına ilişkin karşı davada, sahibi olduğu Çekinmez Hukuk Bürosundan avukatlık hizmeti aldığını, hukuk bürosu olarak, davalı şirketi tahkim davalarında başarı ile temsil ederek, söz konusu davaların GTİ lehine **sonuç**lanmasını sağladıklarını, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığından, Avukatlık Kanununun (AK) 164. Maddesi gereğince en az %10 üzerinden ödenmesi gereken vekalet ücretinin ödenmediğini, 28.5.2012, 2.7.2012, 16.7.2012 tarihli ihtarlardan da sonuç alınamadığını, alacağının tahsili için başlatmış olduğu icra takibine ise itiraz edildiğini ileri sürerek, tüm hakları saklı kalmak koşuluyla, itirazın iptaline, 1.456.035,00 TL ve 1.478.231,00 Euro (toplam 4.728.394,96 TL) miktarındaki takibin, takip tarihinden itibaren işleyecek faizleriyle birlikte devamına, %40 icra icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacı ile 1.11.2009 ve 2.1.2010 tarihlerinde olmak üzere, birbirini takip eden iki adet hukuki danışmanlık sözleşmesi imzalandığını, davacının, ilk sözleşme ile birlikte 1.11.2009 Tarihli bir de taahhütname verdiğini, bu taahhütnamede, hukuki danışmanlık hizmetinin, 27.10.2009 tarihli sözleşme öncesi görüşmelerde mutabık kalınan, kapsam ve bedel gibi hususlardaki çerçevesinin çizildiğini, buna göre davacının, avukatlık mesleğinin etik kurallarına uygun davranacağını, yaptığı tüm çalışmalar hakkında, takip eden ay içerisinde yazılı rapor sunacağını, danışmanlık hizmeti dışında yürütülen davaların ise, dava konularının içeriklerine göre, kendileriyle birlikte değerlendirilerek ücretlendirileceğini taahhüt ettiğini, davacının asli ediminin, hukuki danışmanlık hizmeti olup, tahkim davaları sürecinde de, bu hizmetin devam ettiğini, danışmanlık hizmetinin gereği olarak davacının, tüm hukuki ihtilaflarla birlikte, ödenecek ücretle ilgili olarak da bilgi verme, aydınlatma, hukuki izahatlarda bulunma yükümlülüğü bulunduğunu, oysa ki sözleşmedeki “davalara ilişkin ücretin ayrıca kararlaştırılacağına” ilişkin açık hükme rağmen, tahkim davalarının ücreti konusunda hiçbir şekilde bilgilendirilmediklerini, ücretin avukat tarafından yazılı ve sözlü olarak dile getirilmediğini, sözleşmedeki ücretin mutabakat ile kararlaştırılması yoluna gitmeyen ve Avukatlık Kanununun 164/4. maddesini hiçbir şekilde zikretmeyen davacının, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun davranmadığını, bu durumun hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, 4.6.2013 tarihli bilirkişi raporu hükme esas alınarak, “taraflar arasındaki sözleşmede her ne kadar dava ve işlerin, konularının içeriklerine göre taraflarca değerlendirilerek, karşılıklı mutabık kalınması halinde ayrıca ücretlendirileceği belirtilmiş ise de, tahkim davaları için

ücret belirlenmemesinde, davacı avukatın bir kusurunun bulunmadığı, davacının, söz konusu her iki tahkim davası yönünden vermiş olduğu hukuki yardım için Avukatlık Yasasının 164/4. maddesi gereğince ücrete hak kazandığı, anılan yasada, ücretin müddeabihin %10 ile %20'si arasındaki bir oranda belirlenmesi gerektiği belirtilmişse de, davacının talebinin %10 taban miktardan olduğu, buna göre yapılan hesaplamada, davacının tahkim davaları nedeniyle, 1.456.035 TL ve 1.478.23,00 Euro (TL karşılığında toplam 4.725.738,90 TL) vekalet ücreti alacağının bulunduğu” belirtilmek suretiyle, davanın kabulüne, takibe yapılan itirazın iptaline, asıl alacak (1.456.035 TL ve 1.478.23,00 Euro) üzerinden hesaplanacak %20 inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm, davalı şirket tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava, vekalet ücreti alacağının tahsili için başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkin olup, davacı avukatın, TOBB Tahkim Divanında görülmüş olan, P.. Ofisi...A.Ş. tarafından GTİ aleyhine açılan 2010/1, GTİ tarafından S.....A.Ş. aleyhine açılan 2010/2 ve S.....A.Ş. tarafından GTİ aleyhine karşı dava olarak açılan 2010/2 numaralı tahkim davalarında, davalı şirketi avukat olarak temsil ettiği, davaların sonuçlanarak kesinleştiği ihtilafsızdır.

Davacı, tahkim davalarına ilişkin yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığından, AK'nun 164/4. maddesi gereğince vekalet ücreti 2013/23329-2014/23087

Talebinde bulunmuş, davalı ise taraflar arasında hukuki danışmanlık sözleşmesi bulunduğunu, sözleşmede dava ve takip işlerinin, taraflarca değerlendirilerek, karşılıklı mutabık kalınması halinde ayrıca ücretlendirileceğinin kararlaştırıldığını, davacı avukatın ise bu konudaki edimlerini yerine getirmediğini, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü söz konusu olmasına rağmen, tahkim davalarından kaynaklanan avukatlık ücreti ve olası sonuçları konusunda bilgi vermediğini, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına aykırı davrandığını, talep edilen ücretin ise fahiş olduğunu savunmuştur.

Davanın, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağına ilişkin olması nedeniyle, uyuşmazlığın çözümü için öncelikle, avukat ve müvekkil arasındaki ilişkiler ve “avukatlık ücreti” konusundaki ulusal ve bir kısım uluslararası ilke ve meslek kurallarının incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Avukatlık Kanununun 1. maddesinde, avukatlık mesleğinin serbest bir meslek olduğu belirtilmekle beraber, avukatın yaptığı işin aynı zamanda bir kamu hizmeti olduğu vurgulanmış, 2. maddesinde, avukatın, hukuki

bilgi ve tecrübelerini, adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edeceği, 34. maddesinde de, avukatların, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlü oldukları açıklanmıştır.

Aynı Kanunun 163 ve devamı maddelerinde, avukatlık ücreti ve buna ilişkin sınırlandırmalar ile yazılı bir sözleşmenin mevcut olması halinde ücret sözleşmesinin geçerlilik koşullarına, yazılı bir sözleşmenin bulunmaması halinde de, ücretin belirlenmesine ilişkin ilke ve esaslara yer verilmiştir.

Avukatlık Kanununun, 5043 sayılı yasa ile değişik 164/4.maddesinde ise, “Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihın değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir.” hükmü öngörülmüştür.

Konu ile ilgili uluslararası ilke ve meslek kurallarının incelenmesine gelince;

27 Ağustos 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen ve “Havana Kuralları” olarak bilinen, “Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler”in, “Avukatların Görev ve Sorumlulukları” başlıklı 13. Maddesinin (a) bendinde; “Müvekkillerine, sahip oldukları haklar ve yükümlülükler ile müvekkillerinin haklarını ve yükümlülüklerini ilgilendirdiği ölçüde hukuk sisteminin işleyişi konusunda

Kendilerine bilgi vermek”, avukatların en temel görevleri arasında sayılmıştır.

Avrupa Baroları ve Hukuk Birlikleri Konseyinin (CCBE), “Avrupa’da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü” ve “Avrupa’da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları”nın “Ücretlerin Düzenlenmesi” başlıklı “3.4” no’lu bölümünde de; “Bir avukatın talep edeceği ücret, müvekkile açıkça bildirilmeli, adil ve makul olunmalı, avukatın tabi olduğu yasa ve meslek kurallarıyla uyum içinde olmalıdır.” denilmiştir.

Yine, 7.10.2002 tarihinde Uluslararası Avukatlar Birliği (UIA) Genel Kurulunca kabul edilen, “21. Yüzyılda Avukatlık Meslek Kurallarına Dair Turin İlkeleri”nde de, “Avukatların mesleklerini, bir yandan kendilerine emanet edilen menfaatleri korurken, bir yandan da yasaların bilinmesini, anlaşılmasını, uygulanmasını gözeterek şekilde icra etmek, avukatların hakları ve görevleridir.” denildikten sonra, “ücretler” başlıklı bölümde ise, “Verdiği hizmetler karşılığında hakça bir ücret almak avukatın hakkıdır. Avukatın ücreti, sabit bir ücret olabileceği gibi, sağlanan hizmetlere göre de belirlenebilir. Müvekkil kabul ettiği takdirde, vekalet sonunda elde edilen netice de, ücretin belirlenmesinde dikkate alınabilir. Meslek kurallarına uygun şekilde, ekonomik ve mali düşüncelerin ön plana geçmesine izin vermeden, hizmet duygusuyla mesleğini icra etmek avukatın görevidir.” şeklindeki açıklamalara yer verilmiştir.

Tüm bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakılacak olursa; taraflar arasında önce 1.11.2009, daha sonra da 2.1.2010 tarihinde hukuki danışmanlık hizmet sözleşmesi imzalanmış, sözleşme süresinin bir yıl olduğu, feshedilmediği takdirde kendiliğinden yenileneceği, aylık ücretin net 5.000,00 TL olduğu kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 2.2.maddesinde ise, “müvekkilin dava ve takip işleri, danışmanlık hizmetine dahil değildir. Bu işlere ait ücretler, dava ve takip konularının içeriklerine göre taraflarca değerlendirilecek, karşılıklı mutabık kalınması halinde, ayrıca ücretlendirilecektir.” hükmü öngörülmüştür. Nitekim ilk sözleşme öncesi davacı tarafından verilen 1.11.2009 tarihli belgede de, “davalarınızın bedeli, konularının içeriklerine göre, sizlerle beraber değerlendirilerek ücretlendirilecektir.” şeklinde aynı doğrultuda bir de taahhütname verilmiştir.

Sözleşmenin özellikle 2.2.maddesi hükmünden, davacının asıl ediminin, hukuki danışmanlık hizmeti olmakla beraber, müvekkil tarafından verilecek olan dava ve takip işlerinin de, bir diğer edim olarak yapılacağı, ancak bu işler için, dava ve takip konularının içeriklerine göre taraflarca mutabık kalınacak miktar üzerinden, aylık danışmanlık ücreti haricinde ayrıca ücret ödeneceği anlaşılmaktadır. Esasen bu konuda taraflar arasında da ihtilaf bulunmamaktadır. Ne var ki sözleşmenin bu hükmüne rağmen, davacının takip etmiş olduğu tahkim davalarının açılıp, devam ettiği süreç içinde ücretin belirlenmediği, ancak davaların sonuçlanmasından sonra taraflar arasında ücret konusunda ihtilaf çıktığı görülmektedir. Davacı, ücretin belirlenmediği hallerde, AK’nun 164/4. maddesi gereğince ücretin belirlenmesinin yasal bir 2013/23329-2014/23087

Zorunluluk olduğunu iddia ederken, davalı ise davacının, gerek sözleşme öncesi gönderdiği 01.11.2009 tarihli belgede, gerekse sözleşmenin ilgili hükmünde, ücretin davalarda belirlenme şeklinin çerçevesinin çizildiğini, ancak davacı avukatın, sözleşme gereğince yükümlülüğü olan, müvekkilini diğer konularda olduğu gibi bilgilendirme, aydınlatma ve ücret tespitine davet etme görevini yerine getirmediğini, avukatlık mesleğinin ilkeleri ile Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı davranarak, fazla miktarda avukatlık ücreti alabilmek için davanın kesinleşmesine kadar sessiz kaldığını savunmuş, sözleşmenin açık hükmü gereğince ücretin AK'nun 164/4. maddesine göre belirlenmeyeceğini ileri sürmüştür.

Her ne kadar hükme esas alınan bilirkişi raporunda, “ücretin belirlenmesinde iş sahibinin menfaati olduğu, davalı iş sahibinin ücret teklifi alıp, ona göre hareket etmesi gerektiği, bu nedenle ücretin daha önceden belirlenmemesinde davacının değil, davalı şirketin kusurlu olduğu” belirtilmişse de, davalı şirkete bu konuda yükümlülük getiren bir hüküm olmadığı gibi, aksine sözleşmede mutabakatın karşılıklı olarak sağlanacağını yazılı olduğu, davacının, davalı şirketin hukuki danışmanı olduğu ve dava konusu tahkim davalarından önce ve yargılamalar sürecinde de devam eden danışmanlık sözleşmesine göre, vekil sıfatıyla davacıya karşı bilgi ve hesap verme yükümlülüğü altında olduğu gözetildiğinde, bu konudaki asıl sorumluluğun, vekalet verene değil, vekile ait olduğu sonucuna varılmalıdır.

Bilindiği üzere vekalet sözleşmesinde, “sadakat ve özen gösterme”, “hesap verme” borçları, vekilin en temel borçları olup, bu sorumluluğun belirlenmesinde ise, basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır. Davacı ise, basiretli bir vekil gibi hareket edip, sözleşmenin 2.2.maddesinde öngörülen, “tahkim davalarındaki ücretin belirlenmesi” konusundaki yükümlülüğünü yerine getirmemiş, bu konuda davalıya bilgi ve hesap vermemiş, sessiz kalmayı tercih etmiştir. Davacının, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan söz konusu borçlarını gereği gibi yerine getirmemiş olması, onun lehine sonuçlar doğurmamalıdır.

Gerçekten de, avukatların görev ve sorumluluklarına ilişkin “Havana Kuralları”nın 13. maddesinde belirtildiği gibi, “müvekkillerinin haklarını ve yükümlülüklerini ilgilendirdiği ölçüde, hukuk sisteminin işleyişi konusunda kendilerine bilgi vermek”, avukatların müvekkillerine karşı en temel görevleri arasındadır. Her ne kadar avukatın verdiği hizmetler karşılığında hakça bir ücret talep etmesi, onun en tabii hakkı ise de, bu ücretin müvekkile açıkça bildirilmesi, adil ve makul olunması gerektiği

de, az yukarda değinilen uluslararası hukukun kabul ettiği en temel ilke ve esaslardandır. Esasen somut olayda, sözleşmenin 2.2.maddesinin de, davalı yönünden bu amaç ve kaygılarla düzenlendiği, davacı tarafından da kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla taraflar arasında, davaların görüldüğü sırada da devam eden bir hukuki danışmanlık sözleşmesinin mevcut olması ve özellikle bu sözleşmenin 2.2.maddesindeki özel düzenleme karşısında, mahkemenin kabulünün aksine, davacı ve davalı arasında hiçbir yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Aynı şekilde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini, “danışmanlık hizmeti” ile “dava ve işler” şeklinde, birbirinden bağımsız olarak düşünmek ve değerlendirmek de doğru ve isabetli değildir. Nitekim davalar yönünden vekalet ilişkisinin, taraflar arasındaki “danışmanlık hizmeti” konusundaki ilk ve esas sözleşmede yer verilen özel bir düzenleme sonucunda gerçekleştiği açıktır. Öte yandan Dairemizce öteden beri kabul edilen kökleşmiş içtihatlarda da, “Hizmet Hukuk Müşavirliği” olarak adlandırılan, hizmet ve vekalet sözleşmelerinin unsurlarını kapsayan, karma nitelikteki bu tip danışmanlık sözleşmelerinin, AK’nun 164/4. maddesinde öngörülen sınırlandırmalardan bağımsız olarak geçerli kabul edildiği, bu konudaki ihtilafların da, tarafların serbest iradeleri ile düzenledikleri ve geçerli olan bu sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği” açıkça ifade edilmiştir.

O halde somut olayda da, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi bütün olarak değerlendirip, dava konusu uyuşmazlığın da, sözleşmenin 2.2.maddesindeki özel düzenleme esas alınarak çözümlenmesi gereklidir. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu tahkim davalarını takip edip sonuçlandıran davacı avukatın, vekalet ücretine hak kazandığı tartışmasızdır. Ne var ki, gerek danışmanlık sözleşmesinin gerekse bu sözleşmenin 2.2.maddesindeki özel düzenlemenin gereğini yerine getirmeyen, davalı müvekkiline ücret konusunda bilgi ve hesap verip, olası bir mutabakat sağlamayan davacının, edimlerini ve vekalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmasının, kendi lehine sonuçlar doğurması kabul edilemeyeceğinden, mahkemece, söz konusu tahkim davalarında davacı avukatın, davalıya sağladığı hukuki yardım nedeniyle sarf etmiş olduğu emek ve mesaisine karşılık, hak ve nesafete göre alması gereken vekalet ücreti tespit edilip, tespit edilecek bu miktar üzerinden hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ

1. bentte açıklanan nedenlerle, temyiz edilen hükmün **BOZULMASINA**, 2. bent gereğince davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada yer olmadığına, 1.100,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan 80.749,20 TL. temyiz harcının istek halinde iadesine, 08.07.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TIBBİ HATA

HATALI SÜNNETLE KÜÇÜĞÜN CİNSEL ORGANININ 1/3'ÜNÜN YOK EDİLMİŞ OLMASI

TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİNİN VEKALET İLİŞKİSİ OLMASI

ÖZET: Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.

Y.13. HD E.2014/34423, K.2015/30153 T. 15.10.2015

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün davacılar avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde taraflardan gelen olmadı-ğından incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, küçük çocukları M.. N..'nin 10/05/2007 tarihinde davalı tarafından poliklinikte sünnet edildiğini, ancak yaptığı tıbbi hata nedeniyle çocuğun organında siyahlaşma, morarma ve kabuklaşma başladığını,

bunun üzerine çocuğun bir dizi ameliyata ve uzun süren tedavilere maruz kaldığını, çocuğun organının 2/3'ünün bulunmadığını ve baş kısmının tamamen işlevsiz durumda olduğunu, tedaviler sonucunda çocuğun tamamen iyileşip iyileşemeyeceğinin de belirsiz olduğunu ve çocuğun cinsiyetini yitirdiğini, tüm bu olumsuzlukların ailenin tüm yaşamını felce uğrattığını ileri sürerek, davacı anne için 75.000,00TL manevi, 4.000,00TL maddi, davacı baba için 75.000,00TL manevi, 5.000,00TL maddi, küçük çocuk için 100.000,00TL manevi, 1.000,00TL de maddi tazminat olmak üzere toplam 260.000,00TL tazminatın haksız eylemin meydana geldiği 10/05/2007 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemişlerdir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, ispatlanamayan davanın reddine, karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Dava, davalı doktorun sünnet operasyonunu hatalı yapması sonucu, küçüğün cinsel organının işlevini yitirmesine sebebiyet vermesi nedeniyle istenilen maddi-manevi tazminata ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil komusunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.

Mahkemece, her ne kadar alınan adli tıp raporu işaret edilmek suretiyle, ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiş ise de, alınan rapor incelendiğinde, "Sünnetin yapıldığı 10.05.2007 tarihinden, Gaziantep Üniversitesi Tıp Fakültesi Plastik Cerrahi Anabilim Dalı tarafından yatırıldığı 29.05.2007 tarihine kadar 19 gün olduğu, bu döneme kadar yapılan sünnetin kontrolünün yapıp yapılmadığının belgelenemediği, küçüğün penisinde oluşan nekrozun sünnet esnasında bir tıbbi uygulama hatası mı yoksa sünnet sonrası yara bakımı ve pansumanın hatalı yapılmasından mı kaynaklandığının ayrımının yapılamadığı oy birliği ile mütalaa olunur." şeklinde rapor verildiği; raporda davalı tarafından yapılan sünnet operasyonunda kusur bulunup bulunmadığı yeterli şekilde değerlendirmeye tabi tutulmadığı gibi, hükme esas olacak şekilde bilimsel görüş de sergilenmediği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, bu konuda rapor düzenlemeye ehil ve donanımlı bir Üniversiteden, aralarında plastik cerrahi, çocuk cerrahisi ve üroloji uzmanlarının bulunduğu, akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kurulundan, dava konusu olayda

davalı doktora atfı kabil bir kusur olup olmadığı hususunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalının kusurlu olup olmadığının belirlenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu yön göz ardı edilerek, eksik incelemeye dayanılarak, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, davalının temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenle hükmün temyiz eden davacı yararına **BOZULMASINA**, 2.bent gereğince davalının temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan 25,20 TL. temyiz harcının istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15/10/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HATALI SÜNNET
•
SÜNNETİ YAPAN DOKTORUN BAŞKA
BİR MAHKEMEDEKİ İKRARI
•
VEKALET İLİŞKİSİ, VEKALET İLİŞKİSİNDE ÖZEN BORCU
•
MANEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLMESİ GEREKTİĞİ

ÖZET: Davalı doktorun ceza dosyasında sanık olarak verdiği ifadedeki ikrarı dikkate alındığında kusurlu olduğu sabittir. Hal böyle olunca, böyle bir olayın içinde yaşayan davacıların ruh ve beden huzurlarının bozulduğu, duyulan elem ve acı göz önünde tutularak başka bir araştırmaya da gerek görülmeden davacılar yararına manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, hukuki nitelendirmede, maddi olgular ve delillerin takdirinde apaçık hataya düşülerek özellikle dosya içeriğine uygun düşmeyen Yüksek Sağlık Şurası raporu benimsenerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*

Y.13. HD E.2014/809, K.2014/10016, T. 02.04.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar, çocukları davacı Ege'nin davalı hastanede 25.01.2009 tarihinde sünnet ameliyatı olduğunu, ameliyatı davalı hastanenin istihdam ettiği diğer davalı genel cerrah doktor B.. K.. tarafından yapıldığını, davalı doktorun ameliyat sırasında gerekli özeni göstermeyerek pens ile birlikte kesilecek deri parçasını yukarı çekip sünneti gerçekleştirmesi gerekirken, penis başını pensle uzatması ve aradaki kalınlık farkını dikkate almadan

* Gönderen: www.hukukumedeniyeti.org

deri parçasıyla birlikte penis başını da keserek hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmasına neden olduğunu, davacı E., ruhi ve bedeni açıdan telafisi mümkün olmayacak acılar ve ağrılar içinde kalması nedeni ile yıprandıklarını, ileri sürerek toplam 65.000 TL manevi tazminatın faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep ve dava etmişlerdir.

Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, olay nedeni ile İzmir 8.Sulh ceza Mahkemesinde davanın açıldığı, ceza mahkemesi tarafından dosyanın Yüksek Sağlık Şurasına gönderildiği, Yüksek Sağlık Şurasından alınan rapora göre dava konusu olayda meydana gelen penis amputasyonunun sünnet komplikasyonu olarak değerlendirilmesi gerektiği, davalı doktorun kusuru bulunmadığı gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Bir davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK'nın 76. maddesi gereği doğrudan hakimnin görevidir. Davacılar, çocukları davacı Ege nin sünnet ameliyatının hatalı yapılması nedeni ile zarara uğradıkları iddiası ile eldeki tazminat davasını açmışlardır. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır (BK m. 386-390). Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK m. 321/1). O nedenle tedaviyi üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. 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 de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri gözönünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamala-

rında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor ve hastane sorumlu tutulmamalıdır.

Somut olaya bakıldığında, dava, davacılarından E. hatalı sünnet ameliyatı nedeni ile hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanması nedeni ile uğradıkları zararlardan dolayı davalılar aleyhine açılmış bulunan manevi tazminat talebinden ibarettir. Olay nedeni ile İzmir 8.Sulh Ceza mahkemesinde davalı doktor hakkında taksirle yaralama suçundan dava açıldığı, ve ceza mahkemesinde aldırılan Yüksek Sağlık Şurasının 5-08-2011 tarihli raporu esas alınarak sanık hakkında beraat kararı verildiği, davacıların temyizi sonucu dosyanın temyiz incelemesinde olduğu ve henüz kesinleşmediği anlaşılmıştır. Ceza yargılaması sırasında sanık olarak ifade veren davalı doktor "Lozan Tıp merkezinde genel cerrahi uzmanı olarak çalıştığını, müşterilerin(davacıların) oğulları E.. sünnetini yapmamı istemeleri üzerine, sünnet ameliyatına başladığını, lokal anestezi yaptığını, penis başını kıştırkaç arkasına da koyarak kesiği yaptığını, ancak kanama olduğunu, bu esnada mağdurun ailesinin sünnet işlemini kameranaya çekmek için ameliyathaneye girip çıktıklarını, dikkatinin dağıldığını, kanamayı durduramadığını, mağdurun glass dokusu fazla yumuşak olduğundan dolayı uzun etkili kullanılan marcain kismaya sebebiyet verdiğini, bunu göremediğini, daha dikkatli olsaydı böyle bir olayın meydana gelmeyeceğini zannettiğini...) beyan etmiştir. Davalı doktorun ceza dosyasında sanık olarak verdiği ifadedeki ikrarı dikkate alındığında kusurlu olduğu sabittir. Hal böyle olunca, böyle bir olayın içinde yaşayan davacıların ruh ve beden huzurlarının bozulduğu, duyulan elem ve acı göz önünde tutularak başka bir araştırmaya da gerek görülmeden davacılar yararına manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, hukuki nitelendirmede, maddi olgular ve delillerin takdirinde apaçık hataya düşülerek özellikle dosya içeriğine uygun düşmeyen Yüksek Sağlık Şurası raporu benimsenerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, temyiz olunan kararın temyiz eden davacılar yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan 21.15 TL harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02.04.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

İŞ SAHİBİNİN MENFAATİ • VEKALETSİZ İŞ GÖRME

ÖZET: Taraflar arasında yazılı bir eser sözleşmesi olmasa da, davalı ilanları yayınlandığından ilanı yapan davacıya vekaletsiz iş görme kurallarına göre bir ücret ödenmesi gerekir.

Y. 14 HD. E. 2012/7835, K. 2012/8434, T. 14.6.2012

KARAR: Dava, eser bedelinin tahsili için girişilen icra takibine itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemleriyle açılmıştır.

Davalı, davaya yanıt vermemiştir.

Mahkemece, akti ilişki kanıtlanmadından bahisle dava reddedilmiştir.

Hükmü, davacı temyiz etmiştir.

Davacı, davalı ile yapılan sözlü sözleşmeye dayanarak davalı şirkete ait reklamların muhtelif tarihlerde billboardlarda yayınlandığını, bedelinin 4.419,78 TL olduğunu ileri sürerek davalı aleyhine icra takibi yapmış, davalının borca ve ferilerine itiraz etmesi üzerine de İcra ve İflas Kanununun 67. maddesine dayanarak eldeki davayı açmıştır. Gerçekten, taraflar arasında yazılı bir eser sözleşmesi bulunmamaktadır.

Ne var ki, yapılan ilanlara ait billboard fotoğrafları dosyaya sunulmuştur. Sunulan bu fotoğraflardan, davalının işyeri ile ilgili ilanların yapıldığı görülmektedir. Yanlar arasında yazılı bir eser sözleşmesi olmasa da davalı ilanları gazetelerde yayınlandığından, vekaleti olmadan başkası namına tasarrufta bulunmuş sayılır. Vekaletsiz iş görme, Borçlar Kanununun 410 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan yasanın 413. maddesi gereğince, iş sahibinin menfaati için yapılmış olan işte yapan kimsenin halin icabına göre zaruri veya faydalı bulunan masraflarını ve hakimın takdir edeceği zararını iş sahibinin tazmin etmesi gerekir.

Mahkemece yapılması gereken iş, davalının şirketin billboardlarda yayınlanan reklamları için davacının sunduğu kanıtlar çerçevesinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak işin mahiyet ve niteliği itibarıyla ve ilanların yayınlandığı tarihlere göre davacının vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca

talep edebileceği miktarı hesaplatmak, bu şekilde istemi bir karara bağlamak olmalıdır.

Değinilen yönün göz ardı edilmesi doğru olmadığından, karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırıma iadesine, 14.06.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SATIŞ VAADI • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Birden çok taşınmazın satışını vaat alan kişinin bu eyleminin ticari amaçla yapıldığı anlaşıldığından davaya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bakılmalıdır.

Y. 14 HD E. 2015/10725, K. 2015/9091, T. 15.10.2015

Dava, davalı yükleniciden temlik alınan kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Davalılar, davanın reddini savunmuş, mahkemece dava esastan incelenerek sonuçlandırılmıştır.

Hükmü, davalı şirket vekili temyiz etmiştir.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Türeticinin Korunması Hakkında Kanun her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamaktadır.

Konut satış sözleşmeleriyle devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri de kanun kapsamına alınmıştır. Söz konusu taşınmazın da bir konut satış sözleşmesiyle satın alındığı belirtilerek bu dava açılmıştır.

Anılan kanunun 3. maddesinin (k) bendindeki tanıma göre tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (I) bendindeki tanıma göre d tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil 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, si-

gorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 73. maddesinin (1) bendi gereğince de bu kanun uygulaması ile ilgili çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılması gerekir.

Somut olayda davacı, 10 adet bağımsız bölümün satışını vaat alan bir kişidir. Satışını vaat aldığı bağımsız bölümler birden çok olduğundan, bu kişiyi Türetici Kanunu kapsamında kalan bir kişi olarak kabul etmek mümkün değildir. Satış vaadi ticari amaçla yapılmış sayılacağından, davayı görmeye tüketici mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesi görevli olduğundan, mahkemece kamu düzeninden olan görev hususu re'sen gözetilerek çekişmenin esası incelenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırıma iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 15.10.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SATIŞ VAADİ • TESCİL İŞLEMİ • DEPO KARARI

ÖZET: Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine, dayanan tescil işleminin hüküm altına alınabilmesi için sözleşmede belirlenen bedel ödenmiş olmalıdır. Ancak, ödenmeyen bedel varsa depo ettirilmelidir.

Y. 14 HD E. 2015/8956, K. 2015/9538, T. 27.10.2015

Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil, birleştirilen dava sözleşmenin iptali isteğine ilişkindir.

Bir kısım davalılar, satış vaadi sözleşmesinin muvazaalı olduğunu, teminat amaçlı düzenlendiğini, bedelinin ödenmediğini belirterek davanın reddini savunmuşlardır.

Davalı-Davacı H., G., vekili birleştiren dava ile, Adana ... Noterliği'nin 17.08.1998 tarihli 16. yevmiye no'lu satış vaadi sözleşmesinin iptalini istemiştir.

Mahkemece, asıl davanın kısmen kabul ve kısmen reddine, birleştirilen davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davalı-davacı H., G., ile davalılar C., Y., T., Y., O., A., Y., vekili temyiz etmiştir.

1- Yapılan yargılamaya, toplanan delillere ve tüm dosya içeriğine göre asıl davanın bir kısım davalıları ile birleştirilen satış vaadi sözleşmesinin iptaline ilişkin davanın davacısı H., G.'ün satış vaadi sözleşmesinin muvazaalı düzenlendiğine yönelik temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2- Diğer temyiz itirazlarına gelince;

Kaynağını Borçlar Kanunu'nun 22. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nun 213. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nu 706. ve Noterlik Kanunu'nun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.

Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayanan tescil isteminin hüküm altına alınabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan bedel ödenmiş olmalıdır. Ancak, bedelden ödenmeyen bir kısım var ise, bu bedel Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca depo ettirilmelidir. Davalıların dayanağı olan Adana Noterliği'nin 17.08.1998 tarihli 16. yevmiye no'lu satış vaadi sözleşmesinde sözleşmeye konu taşınmazın satış bedelinin "500.000.000 TL" olduğu belirtilmiş ise de gerek satış vaadinde bulunan davalıların murisi T. Y., gerekse satış vaadini kabul eden N.Y. tarafından satış bedelinin ödendiğine ilişkin beyanlarının sözleşmeye geçirilmediği açıkça anlaşılmaktadır. Satış vaadi sözleşmesinin zorunlu unsurlarından olan "satış bedeli" sözleşmede belirtilmekte ise de gerek sözleşme kapsamından gerekse dosya içerisindeki belge ve delillere göre satış vaadini kabul eden N.Y. tarafından satış bedelinin ödendiğini kanıtlamadığından Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca dava konusu taşınmazın satış vaadine konu kısmının dava tarihindeki rayiç değeri belirlenerek satış vaadinde bulunan T.Y.'ün mirasçıları adına depo ettirilmesi için davacıya süre verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1). bentte açıklanan nedenlerle bir kısım davalılar ile davacı H., G., vekilinin satış vaadi sözleşmesinin muvazaalı düzenlendiğine

yönelik temyiz itirazlarının reddine, (2). bentte yazılı nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin yatırılan harcın istek halinde yatıran taraflara iadesine, 1.100,00 TL Yargıtay duruşma vekalet ücretinin davacı-davalı N.Y.'ten alınarak kendisini vekil ile temsil ettiren bir kısım davalılar ile birleştirilen dosya davacısına verilmesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.10.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAT SÖZLEŞMESİ • ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAKLARI

ÖZET: Arsa sahibiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapan yükleniciden sözleşmede ona bırakılmış olan bağımsız bölümü temlik alan kişinin arsa sahibini borcu ifaya zorlayabilmesi için öncelikle temlik işleminin sıhhatini ispatlaması gerekir.

Y. 14 HD E. 2015/7505, K. 2015/9525, T. 27.10.2015

Dava, arsa sahibi ile yüklenici arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciden bağımsız bölüm temlik alan davacının tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili ile davalı yüklenici S.İ. arasında yapılan Diyarbakır Noterliğinin 16.12.1998 tarihli 4. yevmiye no'lu taahhütnamesi ile B blok 6. katta 1. daire ile D-Bloktan bir daireyi davacıya vermeyi taahhüt ettiğini, yapılan inşaattan B blok 8. katta yer alan 30 ve 32 no'lu dairelerin davacıya teslim edilmesine rağmen tapusunun devredilmediğini belirterek 975 ada 291 parsel sayılı taşınmatda B blok 8. kat 30 ve 32 no'lu dairelerin davacı adına tescilini talep etmiştir.

Birleştirilen dava ile, davalı arsa maliki B.B. dava açılmadan önce vefat ettiğinden davacı tarafından B.B. mirasçılarına karşı dava yöneltilmiştir.

Davalı yüklenici S.İ. 10.10.2007 havale tarihli dilekçesi ile dava konusu dairelerin gerçek hak sahibinin davacı olduğunu, arsa sahibi ölünce mirasçılarının tapuları vermeye yanaşmadıklarını belirtmiştir.

Mahkemece, davacıya yapılan temlike arsa malikinin taraf olmadığı, satış vaadi sözleşmesi niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle asıl ve birleştirilen davaların reddine karar verilmiştir. Hükmü, davacı ekili temyiz etmiştir. Arsa sahibi ile aralarındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan yüklenicinin şahsi hakkını üçüncü kişiye temlik etmesi halide üçüncü kişinin ifa talep edip edemeyeceğinin saptanmasında öncelikle yüklenicinin edimini (eseri meydana getirme ve teslim borcunu) yerine getirip getirmediğinin, ardından sözleşme hükümlerindeki diğer borçlarını ifa edip etmediğinin açıklığa kavuşturulması zorunludur.

Davaya konu olayın, temlik işleminin hukuki niteliği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeinde yüklenicinin borçlarının neler olduğu ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümleri çerçevesinde incelenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

Alacağın temlik ve borcun nakli Borçlar Kanununun 162 ila 181. maddelerinde düzenlenmiştir. Temlik, alacağın ona bağlı bütün (yan ve öncelik) hakları ile birlikte devralana geçmesini sağlar ve bu işlem yapılırken borçlunun rızası alınması gerekmez. Temlik, hatta borçlunun muhalefetine rağmen geçerli olarak doğar ve hükümlerin hasıl eder. Borçlunun temlikten sonraki asıl muhatabı artık alacağı temellük eden (devralan) kişidir. Bu itibarla borçlunun borçtan kurtulabilmesi için temlik işleminin sonar borcunu devralan kimseye ifa etmesi gerekir. Kural budur. Şu hale göre temlik anına kadar borçlu temlikin dışında iken temlik anından itibaren evvelki alacaklı temlik işleminin dışına çıkmaktadır.

Temlikin, temlik edenle borçlu (arsa sahibi) arasında bazı ilişkilerin doğmasına neden olduğu çok açıktır. Zira temlik alan evvelki alacaklının yerine geçmiş borçludan (arsa sahibinden) ifayı istemek, gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak onun hakkı olmuştur. Arsa sahibi ile aralarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bulunan yükleniciden sözleşmede ona bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümü temlik alan üçüncü kişinin, arsa sahibini (borçluyu) ifaya zorlayabilmesi içni öncelikle temlik işlemini ve işlemin sıhhatini kanıtlaması gerekir. Fakat temlik kanıtlanmış olursa da yukarıda açıklandığı üzere ifa delebinin muhatabı olan arsa sahibi ifaya derhal uymak zorunda değildir. Gerçekten Borçlar Kanununun 167. maddesi hükmüne göre “Borçlu, temlike vakıf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene kaşı dahi dermeyan edebilir.” Buna göre temliki öğrenen boçlu temlik olmasaydı önceki alacaklıya karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defileri yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürebilir hale gelir. Temlikin konusu yüklenicinin arsa payı karşılığı arsa sahibi ile yaptığı sözleşme

uyarınca hak kazandığı gerçek alacak ne ise o olacağından, temlik eden yüklenicinin arsa sahibinden hak kazanmadığını üçüncü kişiyetemlik etmesi arsa sahibi bakımından önemsizdir. Diğer taraftan yüklenici arsa sahibine karşı öncelikli edimini tamamen veya kısmen yerine getirmeden kazanacağı şahsi hakkı üçüncü kişiye temlik etmişse, üçüncü kişi Borçlar Kanununun 81. maddesinden yararlanma hakkı bulunan arsa sahibini ifaya zorlayamaz. Burada yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan borçlarının neler olduğuna ilişkin bazı açıklamaların yapılması gerekmektedir. Genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenici, belli bir sonucu meydana çıkararak onu iş sahibine teslim etmeyi taahhüt eder. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin “eseri meydana getirme borcu” dayanağını Borçlar Kanununun 355. maddesinden alır. Anılan hükme göre; “İstisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibinin) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.” Yasada “şey” olarak ifade edilen “eser”dir.

Bir iş görerek eseri meydana getirmek ve meydana getirilen eseri iş sahibine teslim etmek (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, binayı sözleşmeye, amacına ve fen ve sanat kurallarına uygun imal ederek arsa sahibine teslim etmek) yüklenicinin ana borcudur. Kural olarak da aslolan sözleşmenin kararlaştırıldığı şekilde eksiksiz ifasıdır. Aksi halde, sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Böyle bir durumda da bir taraf edimini yerine getirmiş kabul edilemez;

Somut olayın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümleri çerçevesinde incelenip değerlendirilmesine gelince; 818 sayılı BK’nın 163. maddesi uyarınca alacağın temlikinin biçim koşuluna bağlı olmaksızın yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Bu nedenle, arsa sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen 16.12.1998 tarihli 4. yevmiye numaralı inşaat sözleşmesi gereğince davalı yüklenici tarafından yapılan temlik işlemi resmi şekle tabi değildir. Davacının dayandığı Diyarbakır ... Noterliği’nin 16.12.1998 tarihli 43696 yevmiye no’lu taahhütnamesi geçerli olduğundan Dairemizin yukarıda belirtilen ilkeleri doğrultusunda gerekli araştırma ve inceleme yapılarak dava konusu dairelerin yükleniciye düşüp düşmediği, yüklenicinin edimini yerine getirip getirmediği, davacının yüklenicinin halefi olarak şahsi hak kazanıp kazanmadığı belirlenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının

kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre dier temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 27.10.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

SATIŞ VAADİ • DEPO BEDELİNİN TESPİTİ

ÖZET: Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanan tescil işleminin kabul edilmesi için sözleşmede belirlenen bedel ödenmiş olmalıdır. Ödenmeyen kısım varsa depo ettirilmelidir.

Bu iş yapılırken, taşınmazın dava tarihi itibarıyla değeri tespit edilmeli ödenen miktar satış bedeliyle oranlanmalı ve bu orana göre rayiç bedel üzerinden depo edilecek bedel belirlenmelidir.

Y. 14. HD E. 2015/10774, K. 2015/10298, T. 13.11.2015

Dava, satış vaadi sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Davalılar, davacı tarafın herhangi bir ödeme yapmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, satış bedelinin dava tarihindeki güncelleştirilmiş değeri depo ettirilerek tapu iptali ve tescil isteminin kabulüne karar vermiştir.

Hükmü davalılar temyiz etmiştir.

Kaynağını Türk Borçlar Kanununun 29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanununun 237. maddesi ile Türk Medeni Kanununun 706. ve Noterlik Kanununun 89. maddesi hükümleri uyarınca noter önünde re'sen düzenlenmesi gereken, bir başka anlatımla geçerliliği resmi şekil şartına bağlı kılınan, tam iki tarafa borç yükleyen ve krşisel hak sağlayan sözleşme türüdür. Vaat alacaklısı, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcıdan edim yerine getirilmediğinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir.

Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesine dayanan tescil isteminin hüküm altına alınabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan bedel ödenmiş

olmalıdır. Ancak, bedelden ödenmeyen bir kısım var ise, bu bedel Borçlar Kanununun 97. maddesi uyarınca depo ettirilmelidir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında somut olaya gelince; dava konusu 1226 (103 ada 3) sayılı parsel, Giresun .. Noterliği'nin 18.01.1993 tarihli ve 7. ... yevniye numaralı satış vadi sözleşmesi gereğince davalıların murisi Ş., A., tarafından 10.000.00 ETL'ye dava dışı A.Y.'e satmayı vaad edildiği onun da taşınmazdaki hak ve hisselerinin tamamını 20.02.1990 tarih 2. ... yevmiye numaralı satış vaadi sözleşmesi ile davacıya satmayı vaad ettiği anlaşılmaktadır. Satış vaadi sözleşmesinin taraflarınca satış bedelinin 5.000.000,00 ETL kısmı peşin kalan kısmının ise tapu devrinde ödeneceği kararlaştırılmıştır. Davacı satış bedelinin tamamının ödendiği kanıtlayamadığına göre dava konusu taşınmazın dava tarihindeki rayiç değeri belirlenerek, ödenen 5.000.000,00 ETL taşınmazın sözleşmedi satış bedeli olan 10.000.000,00 ETL'ye oranlanmalı ve bu orana göre dava konusu bağımsız bölümün dava tarihindeki rayiç değeri üzerinden belirlenecek bakiye satış bedelinin depo edilmesi için davacıya süre verilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, satış bedelinin ödenmeyen kısmının güncelleştirilmiş değeri esas alınarak hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalıların temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde yatırırlara iadesine, 13.11.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

ESER SÖZLEŞMESİ • AYIPLI MAL

ÖZET: Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşımaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir.*

Y. 15 HD. E. 2015/5019, K. 2016/1326, T. 02.03.2016

KARAR:

Asıl dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak ile ilgili yapılan icra takibine itirazın iptali talebine, karşı dava ayıplı imalat nedeniyle alacak talebine ilişkin olup mahkemece asıl davanın kabulüne, karşı davanın reddine dair verilen karar davalı karşı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı davasında, davalıya 3 ayrı fatura ile makine imal edip teslim ettiğini, bundan kaynaklanan bakiye alacağının makinelerin ayıplı olduğu iddiası ile ödenmediğini, oysa makinelerde ayıp bulunmadığı gibi süresinde de ayıp ihbarında bulunulmadığını açıklayarak alacağı ile ilgili yapılan icra takibine davalının itirazının iptaline karar verilmesini talep etmiş, davalı savunmasında ve 10.04.2014 tarihli açıklama dilekçesinde makinelerden “DS 350 S İki Başlı Çıta Kesme Makinesi”nin arızalı olduğundan hiç kullanılmadığını, davacı tarafından garantili imal edilmesine rağmen ayıpların giderilmediğini, bu nedenle bakiye alacağın ödenmediğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiş, karşı davasında ayıplı makine nedeniyle davacıya ödediği 32.00,00 TL’nin iadesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, makinelerin davalı karşı davacıya Mayıs/2010 tarihinde teslim edildiği, ayıp ihbarının ilk kez 13.12.2010 tarihinde çekilen ihtarla yapıldığı, süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığı gerekçesi ile asıl davanın kabulüne karşı davanın reddine karar verilmiştir.

* Gönderen: Candaş GÜROL

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, 3 adet makine üretimine ilişkin olmasına göre eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup davanın çözümlenmesinde uygulanması gereken hükümler, sözleşme tarihinde yürürlükte olan mülga 818 sayılı BK'nın 355 ve devamı maddeleridir. Eser sözleşmesinde ayıba dair hükümler, 818 sayılı BK'nın 359-363 maddeleri arasında düzenlenmiştir. 818 sayılı BK'nın 360. maddesi ayıplı işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması olarak tanımlamıştır. Ayıp eserde olması gereken lüzumlu vasıfların veya sözleşmede kararlaştırılan vasıfların eksikliğini ifade etmektedir. 818 sayılı BK'nın 359/1. maddesine göre iş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre geç sayılmayacak bir süre içinde eseri muayene edip varsa ayıplarını yükleniciye bildirmesi gerekir. BK'nın 359/1. maddesine göre açık ayıplarda bildirimin "işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz" diğer bir ifadeyle işlerin olağan akışına göre geç sayılmayacak bir süre içinde, 818 sayılı BK'nın 362/3. maddesine göre gizli ayıplarda ise gizli ayıba vakıf olur olmaz (öğrenir öğrenmez) yapılması gerekir. Ayıp halinde iş sahibinin hakları 818 sayılı BK'nın 360. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre iş sahibinin seçimlik hakları sözleşmeden dönme, bedelden indirim yapılmasını veya ayıbın giderilmesini talep etme haklarıdır. Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaide-leri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşınamaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir. Diğer taraftan ayıbın varlığını ihbar şekil koşuluna bağlı olmayıp tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir. Sözleşme gereği garanti taahhüdü bulunduğunda ise Dairemizce mevcut uygulamalarına göre ayrıca ayıp ihbarına gerek yoktur.

Somut olayda davacı karşı davalı tarafından 3 ayrı makinenin davalı karşı davacıya mayıs - ağustos - eylül 2010 tarihlerinde düzenlenen faturalarla tesliminin yapıldığı, her üç makine için fatura tarihlerinden itibaren 2 yıl garanti verildiği, davadan önce davalı karşı davacı tarafından makinelerden birinin ayıplı olduğunun gönderilen ihtar ile davacı karşı davalıya bildirildiği, bundan sonra 27.01.2011 tarihinde eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda teslim ve davanın açıldığı tarih itibarıyla garanti süresinin dolmadığı, dolayısıyla ayıp ihbarına gerek kalmaksızın davalı-karşı davacının ayıp iddiasının incelenmesinin gerektiği açıktır. Mahkemece alınan teknik bilirkişi raporunda makinenin ayıplı ve kullanılamaz durumda olduğu açıklanmış ise de 3. makineden hangisi olduğu konusunda ayrıntılı bir açıklamaya yer verilmemiştir. Yapılması ge-

reken iş bilirkişiden ek rapor alınarak davalı karşı davacının 10.04.2012 tarihli açıklama dilekçesinde bildirdiği makinenin ayıplı olup olmadığının incelenmesi suretiyle sonucuna göre asıl dava ve karşı dava hakkında yukarıda açıklanan ilkelere göre karar verilmesinden ibaret iken hukuki değerlendirmede yanılğıya düşölerek eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamış, bu nedenle kararın karşı davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davalı karşı davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediğı temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı - k. davacıya geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 02.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TRAFİK KAZASI TAZMİNAT HESABI

BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ

ÖZET: Boya-badana işi yapan davacının kaza tarihi itibariyle, yaşadığı yere ve mevsimine göre tüm yıl boyunca çalışıp çalışamayacağını ve yıl içerisinde belediyede çalıştığı 05:00-13:00 mesai saatleri dışında çalışabileceği dönemlere göre, yıllık ve aylık ortalama gelirinin ilgili meslek kuruluşlarından sorulup araştırılarak kazadan önceki ortalama gelir durumu tespit edildikten sonra, dosyanın aktüerya uzmanı bilirkişiye tevdi ile ek rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Bu rapora karşı davalılar vekilinin 26.03.2012 tarihli dilekçesi ile ileri sürdüğü itirazlar doğrultusunda dosyanın yeniden bilirkişiye gönderilmesi üzerine bilirkişice 22.04.2013 tarihli ek rapor ile karar tarihine en yakın verilere göre hesaplama yapılmış ve davacının sonuçta iş göremezlik zararının 156.638,70 TL olduğu belirtilmiş ve bu miktardan Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından bağlanan ilk peşin sermaye değerinin yarısı olan 48.873,47 TL'nin indirilmesi ile davacının iş göremezlik zararının toplamda 107.765,23 TL olduğu bildirilmiştir. Davacı tarafından 23.02.2012 tarihli rapora ve bu raporda belirlenen 138,362,06 TL'lik tazminat miktarına itiraz edilmemiş olmakla bu durum davalı yönünden usulü kazanılmış olup mahkemece davacı tarafından itiraz edilmeyen 138,362,06 TL'den SGK tarafından bağlanan ilk peşin sermaye değerinin yarısı olan 48.873,47 TL'nin indirilmesi sureti ile bulunacak sonuç tazminata hükmedilmesi gerekirken

Y.17. HD E:2013/17954 E, K2015/11122 T. 22.10.2015

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı A.. B.. ve V.. K.. tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalıların işleteni, sürücüsü ve zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olduğu aracın sebep olduğu kazada müvekkilinin yaralandığını ve malul kaldığını açıklayıp tedavi gideri, ulaşım masrafı, geçici ve sürekli iş göremezlik zararı için ıslah ile artırılan toplam 138.362,00 TL maddi, 15.000,00 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı A.. B.., davanın reddini savunmuştur.

Davalılar A.. B.. ve V.. K.. vekili, manevi tazminatın ödenmesine ilişkin taraflar arasında protokol bulunduğunu, gerçekleşen kazada davacının kusurunun da araştırılması gerektiğini ileri sürerek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre davanın kısmen kabulü ile 117.288,05 TL maddi tazminatın davalılardan tahsiline, manevi tazminat talebi konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş; hüküm, davalı A.. B.. ve V.. K.. tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davalı A.. B..’ın yaptığı temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede;

Mahkeme hükmü, davalı A.. B..’a 27.06.2013 tarihinde tebliğ edilmiş, temyiz dilekçesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) 437. maddesinde öngörülen 15 günlük yasal süre geçirildikten sonra 09.09.2013 tarihinde harç yatırılarak temyiz defterine kaydedilmiştir. Süresinden sonra yapılan temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 01.06.1990 gün ve 3/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, Yargıtay’ca da bu yolda karar verilebileceğinden, süresinden sonra verilen temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir.

Davalı V.. K..’ın, yaptığı temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede;

2-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı V.. K..’ın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine, karar vermek gerekmiştir.

3-Dava, trafik kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Dava dilekçesi içeriği, tanık beyanları ve dosya kapsamına göre, kazada yaralanan davacının kazadan önce Belediyede temizlik işçisi olarak 05:00-13:00 mesai saatleri arasında çalıştığı, mesai saatleri dışında ve tatillerde boya-badana işi yaptığı anlaşılmaktadır. O halde; boya-badana işi yapan davacının kaza tarihi itibarıyla, yaşadığı yere ve mevsimine göre tüm yıl boyunca çalışıp çalışmayacağını ve yıl içerisinde belediyede çalıştığı 05:00-13:00 mesai saatleri dışında çalışabileceği dönemlere göre, yıllık ve aylık ortalama gelirinin ilgili meslek kuruluşlarından sorulup araştırılarak kazadan önceki ortalama gelir durumu tespit edildikten sonra, dosyanın aktüerya uzmanı bilirkişiye tevdi ile ek rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, tanık beyanına bağlı kalınarak yılın her günü belediyedeki mesai saatleri dışında yaptığı boya-badana işinden dolayı aylık asgari ücretin 3/4 oranında ortalama gelir elde ettiği esas alınarak düzenlenen bilirkişi raporu doğrultusunda eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

4-Dosya kapsamında bulunan 23.02.2012 tarihli bilirkişi raporunda davacının geçici ve sürekli iş göremezlik zararının 138.362,06 TL olduğu belirtilmiş, anılan rapora herhangi bir itirazda bulunulmayarak 09.03.2012 tarihli ıslah dilekçesi ile bu raporda belirtilen rakam esas alınarak dava dilekçesi ile talep edilen maddi tazminat miktarı davacı tarafından 138.362,00 TL olarak ıslah edilmiştir. Bu rapora karşı davalılar vekilinin 26.03.2012 tarihli dilekçesi ile ileri sürdüğü itirazlar doğrultusunda dosyanın yeniden bilirkişiye gönderilmesi üzerine bilirkişice 22.04.2013 tarihli ek rapor ile karar tarihine en yakın verilere göre hesaplama yapılmış ve davacının sonuçta iş göremezlik zararının 156.638,70 TL olduğu belirtilmiş ve bu miktardan Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından bağlanan ilk peşin sermaye değerinin yarısı olan 48.873,47 TL'nin indirilmesi ile davacının iş göremezlik zararının toplamda 107.765,23 TL olduğu bildirilmiştir. Davacı tarafından 23.02.2012 tarihli rapora ve bu raporda belirlenen 138,362,06 TL'lik tazminat miktarına itiraz edilmemiş olmakla bu durum davalı yönünden usulü kazanılmış olup mahkemece davacı tarafından itiraz edilmeyen 138,362,06 TL'den SGK tarafından bağlanan ilk peşin sermaye değerinin yarısı olan 48.873,47 TL'nin indirilmesi sureti ile bulunacak sonuçtazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı A.. B..'ın temyiz

dilekçesinin reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı V.. K..’ın sair temyiz itirazlarının reddine, 3 ve 4 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı V.. K..’ın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılar A.. B.. ve V.. K..’a geri verilmesine 22.10.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK • İDARİ DAVA

NOT: Davalılarda Karayolları Genel Müdürlüğü için görevsizlik kararı verilmelidir.

Küçüğün vefat ettiği gün ile üretken hale gelecek askerlik süresi de dahil davacılara eylemli olarak destek olacağı yaşa kadar küçük için yapılacak bakım ve yetiştirme giderinin belirlenip destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekir

Y.17. HD. E.2013/2901, K.2014/2015 T. 17.2.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, dair verilen hükmün süresi içinde davacılar vekili ile davalı A..Belediye Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

K A R A R

Davacı vekili, müvekkillerin murisi ve desteği N..Ş.. D..’ın, davalıların işleteni ve sürücüsü ve ZMSS sigortacısı olduğu araçların karıştığı trafik kazası sonucu hayatını kaybettiğini belirterek davacı anne ve baba için 100,00'er TL maddi ve 25.000,00'er TL manevi, kardeşler Ganime, Özlem, Furkan ve Melek için 10.000,00'er TL manevi, 100,00'er maddi, büyükanne ve büyükbaba için 100,00'er TL maddi ve 25.000,00'er TL manevi tazminat talep etmiş, 09.03.2012 tarihli ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini 38.875,18 TL olarak artırdığını belirtmiştir.

Davalılar, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere göre, davanın kısmen kabulü ile Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine açılan davanın olayda kusurunun olmaması nedeniyle usulden reddine, davalı sigorta şirketi aleyhine açılan manevi tazminat davasının reddine,davacı anne için 19.537,59 ve baba için 15.599,90 TL maddi ve 20.000,00'er TL manevi, kardeşler G. ve F. için 5.000,00'er TL, M., Ö., Suat ve Z. için 10.000,00'er TL manevi tazmina-

ta karar verilmiş, hüküm; davacılar vekili ve davalılardan Acıgöl Belediye Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-) Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacılar vekilinin tüm, davalılardan Acıgöl Belediye Başkanlığı vekilinin aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-) Bir kamu hizmeti görmekle yükümlü davalı idareye 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 7/a maddesinde karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldırma görevleri verilmiş bulunmaktadır. Bu görevin 2918 sayılı yasada verilmiş olması bunun ihlali nedeniyle oluşacak zarardan dolayı idarenin özel hukuk hükümlerine tabi olacağı sonucu çıkarılamaz. Hizmet kusurundan kaynaklanan zararlar yönünden idare aleyhine tam kaza davasının idari yargı yerinde açılması gereklidir. Esasen 2918 sayılı yasanın hukuki sorumluluğa ilişkin 85 ve onu izleyen maddelerinde araç işletenin sorumluluğu düzenlenmiş olup, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu bu yasa kapsamı dışında tutulmuştur.

Bu nedenle, mahkemece, idari yargının görevli olması nedeniyle, davalılardan Karayolları Genel Müdürlüğü açısından görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmaması ve kararın açıklanan nedenle bozulması gerekmiştir.

3-) Dava, trafik kazası sonucu ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Dosya kapsamına göre; 20.02.2012 tarihli bilirkişi raporunda davacı anne ve babanın 19.537,00 TL destek tazminatı alacağı hesaplanmış, itiraz üzerine alınan ve hükme esas kabul edilen 03.04.2012 tarihli bilirkişi raporunda ise davacı annenin 22.516,00 TL, davacı babanın ise 15.559,00 TL destek tazminatı alacağı olduğu belirtilmiş, ancak mahkemece gerekçesi açıklanmadan, davacı anne için 19.537,59 TL, davacı baba için 15.599,90 TL destek tazminatına karar verilmiş olması doğru olmamıştır. Mahkemece yapılacak iş aktüerya raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi ve karar verilen tazminat miktarına nasıl ulaşıldığını gerekçeli kararda tartışmak olmalıdır.

4-) Kabule göre;

a) Mahkemece hükme esas alınan aktüer raporu CSO verileri dikkate alınarak hazırlanmıştır.

Yargıtay yerleşik uygulamalarına göre desteğin ve destek ihtiyacı olanların muhtemel yaşam süreleri belirlenirken Population Masculine Et – Feminine (PMF) yaşam tablosu esas alınmalıdır. Ayrıca, destekten yoksun

kalma tazminatı hesaplanırken rapor tanzim tarihine kadar gerçekleşen zararın bilinen veriler nazara alınarak ve iskontoya tabi tutulmadan somut olarak, rapor tanzim tarihinden sonraki zarar da bilinen son gelir nazara alınıp 1/Kn katsayısına göre her yıl %10 oranında artırılmak ve iskonto edilmek suretiyle hesaplanmalıdır (YHGK., 28.06.1995 tarih, 1994/9-628 Esas, 1995/694 Karar).

Yukarıda anlatılan hukuksal veriler ışığında mahkemece PMF yaşam tablosu esas alınarak davacıların gerçek zararının tespit edilip sonucuna göre bir karar verilmesi açısından hükmün bozulması gerekmektedir.

b) Tazminatın kapsamı ile ilgili olarak hazırlanan ve yerel mahkemece de benimsenen bilirkişi raporunda; 13 yaşında iken yaşamını yitiren Nuri Şahin'in 18 yaşından itibaren ailesine destek olabileceği varsayılmış, yaşa idi gelir elde etmeye başlayacağı 01.01.2016 tarihinden anne babanın bakiye ömrü boyunca asgari ücret üzerinden destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmış, ancak bakım ve yetiştirme giderleri hesaplanmamıştır.

Kural olarak davacı ana ve baba, çocuğun bakım ve yetiştirme giderlerini sağlamakla yükümlü bulunduklarından, ölen küçüğün kazanç sağlayarak destek olabilecek duruma gelinceye kadar ona yapılması gereken bakım ve yetiştirme giderleri tasarruf edilmiş olur. Bu nedenle, ana ve babanın mal varlığında meydana gelecek olan artışın destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekir. Bu durumda, küçüğün vefat ettiği 04.12.2010 günü ile üretken hale gelerek askerlik süreside dahil davacılara eylemli olarak destek olacağı yaşa kadar küçük için yapılacak olası bakım ve yetiştirme giderlerinin belirlenip destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, küçüğe yapılacak bakım ve yetiştirme giderlerinin bilirkişiden alınacak ek rapor ile belirlenerek hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilerek karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda (1) bendde açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin tüm, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2, 3 ve 4 nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalılardan Acıgöl Belediye Başkanlığı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, aşağıda dökümü yazılı 4,05 TL kalan onama harcının temyiz eden davacılarından alınmasına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Acıgöl Belediye Başkanlığına geri verilmesine 17.2.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇOCUĞUN ÖLÜMÜ • YETİŞTİRME GİDERİ

ÖZET: %20 olarak asgari ücret üzerinden belirlenen yetiştirme gideri fazladır.

Kazaya sebep olan araç ticariyse ticari temerrüt (avans) faizi istenebilir.

17. HD E.2013/3711, K.2014/3150 T. 06.03.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR: Davacılar vekili, davalının trafik sigortacısı olduğu aracın neden olduğu kazada müvekkillerinin desteğinin hayatını kaybettiğini ileri sürerek, toplam 5.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatı ve cenaze giderinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulü ile toplam 5.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatı ve cenaze giderinin davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebepler ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacılar vekilinin aşağıdaki bentler dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir. Davacılar vekili, davalı şirkete zorunlu trafik sigortalı aracın neden olduğu trafik kazasında müvekkillerinin çocuğu Serhat Kandemir'in vefat ettiğini ileri sürerek, sigorta kapsamında kalan destekten yoksun kalma zararlarının tahsilini istemiştir.

Mahkemece, davacıların destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yapılmış, bilirkişi raporuna göre karar vermiştir. Serhat kaza tarihinde 5 yaşında olup, destek oluncaya kadar anne ve babası tarafından yetiştirilmesi için ayrılacak giderin tespiti için desteğinin içinde bulunduğu iktisadi ve sosyal durumun göz önünde bulundurulması gerekir. MK'nın 185.madde hükmü gereğince, anne-baba birlikte çocukların bakımından sorumludurlar. Dava konusu olayda, davacı

anne ev hanımı olup geliri bulunmamaktadır. Bu bakımdan vefat eden çocukları için tek yetiştirme gideri tespit edilip, tarafların bu miktarın 1/2'sinden sorumlu olmalarına karar vermek gerekir. Raporda asgari ücretin %20'si oranından belirlenen yetiştirme gideri 1/2 oranında tazminattan indirilmiş ise de davacıların sosyal koşulları dikkate alındığında %20 olarak belirlenen yetiştirme gideri fazla bulunmuş, buna dayanarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

3-Kazaya neden olan araç ticari araçtır. TTK'nın 3 ve 21. maddeleri ile 3095 SK'nın 1 ve 2/1.maddeleri uyarınca ticari temerrüt faizi de talep edilebilecektir. 4489 SK ile değişik 3095 SK'nın 2/2.maddesi uyarınca gerçek veya tüzel kişi tacirler arasında, haksız eylem de dahil, her türlü nedenden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, talep halinde, TCMB'nın kısa vadeli avans kredileri için uyguladığı faiz oranında temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken, mahkemece yazılı gerekçelerle yasal faize karar verilmesi de doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 ve 3 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacılar yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar geri verilmesine 6.3.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK

•

TAZMİNAT HESABINDA YÖNTEM

ÖZET: Destekten yoksun kalanın tüm yaşamı boyunca aynı payı destekten alacağı düşüncesi yanlıştır.

9 yaşındaki çocuk için desteğin başlayacağı zamana kadar yetiştirme gideri hesaplanmalıdır.

17. HD. E.2014/20142 , K. 2014/18674, T. 16.12.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

K A R A R

Davacı vekili, müvekkilinin oğlu Y.. D..., plakası ve sürücüsü tespit edilemeyen bir kamyonun çarpması sonucu yaşamını yitirdiğini belirterek ıslahla birlikte 21.119,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kabulü ile 21.119,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece hükme esas alınan kusur raporlarında, plakası alınmayan ve sürücüsü tespit edilemeyen kamyonun dikkatsiz ve tedbirsiz hareket ettiği, kaza yerinin meskun mahal olduğu belirtilerek kamyon sürücüsünün tamamen kusurlu olduğu belirtilmiştir. Oysa, kazanın köy yolunda meydana geldiği anlaşılmakla birlikte kazaya ilişkin soruşturma dosyasında alınan tanık ifadelerinde, olay tarihinde 9 yaşında olan desteğin kamyonu asıldığı ve düşerek kamyonun altında kaldığı, kamyon sürücüsünün desteğin akrabası olan L.. D.. olduğu yönünde beyanlar olduğu görülmüştür. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 138. maddesinde, yaya- ların uyacakları kurallar açıklanmış olup kazanın yol üzerinde meydana gelmesi, desteğin kamyonu asıldığına dair beyanlar dikkate alındığında hükme esas alınan kusur raporlarının dosya kapsamına uygun olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, kamyon sürücüsü olduğu iddia edilen L.. D.. hakkında görülen ceza davasında, tanıkların bir kısmının soruşturma dosyasındaki ifadelerini değiştirdikleri görülmüş ve neticeden yeterli delil elde edilemediği gerekçesiyle “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca sanık L.. D.. hakkında beraat kararı verildiği anlaşılmıştır. Bu itibarla, ceza mahkemesi kararında araç sürücüsünün L.. D.. olmadığı yönünde bir tespitin bulunmadığı, dolayısıyla 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi gereğince hukuk hakimini bağlayıcı somut bir olgudan söz edilemeyeceği açıktır. Bu durumda mahkemece, ceza dosyasındaki tüm bilgi ve belgeler de incelenerek desteğe çarpan araç sürücüsünün L.. D.. olup olmadığının etraflıca tartışılması, araç sürücüsünün L.. D.. olmadığı kanaati hasıl olursa olayın oluş şekline ve dosya kapsamına uygun kusur oranlarının belirlenmesi yönünde Karayolları Fen Heyeti'nden rapor

alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

2-Bir insanın ölümü hukukî anlamda bir zarar olmamakla beraber, bu yüzden yine de bazı zararlar meydana gelmiş olabilir. İşte BK'nın 45/II. maddesinin (6098 sayılı TBK m. 53) öngörmüş olduğu hal, ölüm sonucu vukua gelen bir kısım zararların tazminini hükme bağlamaktadır. Bu hükme göre, ölenin yardımından faydalananlar, bu yüzden yoksun kaldıkları faydayı, tazminat olarak, sorumludan isteyebilirler. Buna “destekten yoksun (muinden mahrum) kalma tazminatı” denir. Yasa metninden de anlaşılacağı gibi destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalan zararlıdır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir. Yani haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nın 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir.

Destekten yoksun kalma zararının hesabında, destekten yoksun kalanlara müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı belirlenmelidir. Ölenin parasal veya bedensel destekliğinin derecesi ile bundan yoksun kalanların tazminat isteklerinin ölçüsü ya da hesaplama yöntemi konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Gerçek yardım miktarının yeterli delillerle ispat edilemediği durumlarda yargıç, takdir hakkını kullanarak yardım miktarını belirleyebilecektir. Bu belirlemede destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktara etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır. Hayatın olağan akışı içinde, destek sayılan kimsenin baktığı kimselere gelirini belli paylara bölerek baktığı pek söylenemese de tazminat hesabında bir paylaştırma yapmak zorunlu hale gelmektedir.

Buna göre öncelikle gelirin tamamının, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılamayacağı, ölenin gelirinden bir bölümünü kendisine ayıracağı, bu tahsisten vazgeçilemeyeceği ve bu suretle yardımın (payların) geliri yutmaması ilkesi dikkate alınmalıdır. Ayrıca ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının (hiçbir tasarruf düşüncesine yer bırakmadan) destek görenlere dağıtılması da kabul olunamaz. Öte yandan, destek görececek kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamı kadar olmalıdır. Bunun dışında destekten yoksun kalan-

lardan bir kısmının davacı olup diğer kısmının davacı olmadığı durumda talepte bulunmayan destek görenlerin paylarının da hesaplamada gözönünde tutulması gerekmektedir.

Somut olayda, destekten yoksun kaldığını iddia eden davacı, müteveffanın annesi olup mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı tüm yaşam boyunca sabit % 20 oranında desteklik payı olarak davacıya ayrılmıştır. Oysa, destek Yüksel, 9 yaşında vefat etmiş olup olağan hayat tecrübelerine göre evleneceği ve çocuk sahibi olacağı kabul edilerek evleneceğinin kabul edilebileceği zamana kadar bekar olduğu dönem için davacı için daha fazla, evlendiği dönem ve çocuk ya da çocuklarının olduğu varsayıldığı dönemlerde ise giderek daha az pay ayrılması şeklinde hesaplama yapılması gerekirken desteğin davacıya bakiye yaşamı boyunca sabit bir oranda destek olacağı varsayımına göre hesaplama yapılması doğru olmayıp bu yöndeki bilirkişi raporunun hükme esas alınması isabetli olmamıştır.

3-Destek Y.. D.., kaza tarihinde 9 yaşında olup destek oluncaya kadar annesi tarafından yetiştirilmesi için ayrılacak giderin tespiti bakımından desteğin içinde bulunduğu iktisadi ve sosyal durumun göz önünde bulundurulması gerekir. Hükme esas alınan aktüerya raporunda, %2,5 oranında yetiştirme gideri indirimi yapılmıştır. Davacının sosyal ve ekonomik durumu, Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik uygulamaları dikkate alındığında uygulanan indirim oranı azdır. O halde mahkemece, aktüer bilirkişiden anılan hususta ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 16.12.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KIZ ÇOCUĞUNUN DESTEKLİĞİ
•
DESTEĞİN BAŞLAYACAĞI YAŞ

ÖZET: 6 yaşında olan kız çocuğu için desteğin başlayacağı yaş 22 olmalıdır.

Anne ölmüşse babadan %10 yetiştirme gideri hesaplardan düşülmelidir.

Y.17. HD E. 2013/1711, K.2014/106 T. 13.1.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

K A R A R

Davacılar vekili; davalı tarafa zorunlu mali sorumluluk sigortası ile sigortalı araç sürücüsünün kaza yapması neticesinde desteğin öldüğünü açıklayıp fazlaya dair haklarını saklı tutarak 4.000'er TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, ıslah ile bu talebini 44.573 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre davacı A.. A.. adına açılan davanın konusuz kalması nedeni ile esastan karar verilmesine yer olmadığına, 44.573 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dava trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Davacı A.. A.. yargılama devam ederken vefat etmiş, davacı vekili bu davacı ile ilgili davanın konusuz kaldığını bildirmiştir. Yargılama sırasında ölen kişinin mirasçılarının usulünce davaya davet edilmesi ve davaya devam edip etmeyecekleri hususunda beyanları alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken ölümle vekalet ilişkisi sona eren vekilin beyanına dayanarak davacı hakkındaki davanın konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi isabetli olmamıştır.

2-Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacı annenin yargılama sırasında vefatı nedeni ile anneye ayrılan payın yarısı davacı

babaya eklenerek desteğin, %25 oranında babasına pay ayırabileceği sonucuna varılmış olup, bu oran esasen dosya kapsamına göre fazla olup, annenin payının babaya eklenmesi de doğru görülmemiştir.

3 Davacıların desteği olan K. kaza tarihinde 6 yaşında olup, MK'nın 185.madde hükmü gereğince, anne-baba birlikte çocukların bakımından sorumludur, aynı yasanın 327.maddesinde ise "Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır" denilmektedir. Bu nedenle annesi ve babasının gelirlerinin bir kısmını desteğe yetiştirme gideri olarak ayıracaklarının kabulü gerekir. Hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından yetiştirme gideri indirilirken ilk raporda her iki davacı için de ayrı ayrı %5 oranında yetiştirme gideri indirilmiş, ikinci raporda ise annenin ölümü nedeni ile davacı baba için %7,5 oranında yetiştirme gideri indirilmiştir. Yerleşik ve kabul gören uygulamaya göre, bakım ve yetiştirme giderlerinin anne ve babanın destek tazminatından 1/2 oranında indirilmesi gerekmektedir. Annenin ölümünden sonra davacı babanın yetiştirme giderinin tümünden sorumlu olması gerekirken baba için %7,5 oranında yetiştirme gideri indirilmesi doğru görülmemiştir.

Tazminatın kapsamı ile ilgili olarak hazırlanan ve yerel mahkemece de benimsenen bilirkişi raporunda; 6 yaşında iken yaşamını yitiren Kevser Birsen'in 18 yaşından itibaren ailesine destek olabileceği varsayılmış, asgari ücret üzerinden destekten yoksun kalma tazminatı hesaplamıştır. Kız çocukları için 22 yaşından itibaren destek olacağının kabulü ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerekmektedir.

O halde yukarıda açıklananlar doğrultusunda bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm tesisi isabetli değildir.

4-Bozma nedenine göre davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1,2 ve 3 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, 4 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 13.1.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU • DESTEKLİK HESABI

ÖZET: Sosyal ve ekonomik koşullara 22 yaşında başlayacağı aktüer alanında uzman bilirkişiden alınacak raporla hesaplanmalıdır.

Yargıtayca kabul gören %10 arttırma ve iskonto tekniği uygulamak yerine %0 teknik faiz oranı uygulanan ve denetime elverişli olmayan aktüerhesabına göre karar verilmesi isabetli değildir. Desteğin zamanla evleneceği gözetilmeli paylar belirlenmelidir.

Y.17. HD. E. 2014/1335, K.2014/9697 T. 12.06.2014

Taraflar arasındaki tahkim davası hakkında Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından verilen 30.09.2013 gün, 2013/E-1801-14 Esas, K-2013/1953 Karar Sayılı kararın davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili, müvekkillerinin oğlunun gerçekleşen trafik kazasında hayatını kaybettiğini, davalının, müvekkili F. Ç.'a ait aracın zorunlu mali mesuliyet sigortacısı olduğunu ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 21.000,00'er TL destekten yoksun kalma tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacı F. Ç.'ın, aracın işleteni olduğu ve ölenin tam kusurlu hareketi ile kazaya sebebiyet verdiğiinden talep hakkı bulunmadığını ileri sürerek talebin reddini savunmuşlardır.

Sigorta Tahkim Komisyonunca, dosyaya ibraz edilen belgeler, taraf iddia ve savunmaları çerçevesinde dosya üzerine yapılan inceleme neticesinde, davacı V. Ç. yönünden talebin kabulü ile 21.000,00 tazminatın tahsiline, davacı F. Ç.'ın tazminat talebinin reddine karar verilmiş; karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, davacı anne F. Ç.'ın kazaya konu aracın işleteni olmasına göre, davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davalarda, aktüerya alanında uzman bilirkişiden alınacak raporda, davacıların her biri için destekten yoksun kalacakları sürenin, çocuklar için, yaşları, okuldaki eğitim durumları, içinde yaşadıkları sosyal ve ekonomik koşullar değerlendirilerek ayrı ayrı belirlenmesi kabul gören uygulamaya göre çocuklar 22 yaşın desteğin başlayacağı yaş olarak kabulü, destek süresince yetiştirme giderlerinin destek tazminatından indirilmesi, raporun düzenlendiği en yakın tarih, bilinen dönem kabul edilerek ölenin bilinen gelirine göre davacıların gerçekleşen zararının ve sonraki bilinmeyen dönem için gelirin her yıl % 10 oranında artırılıp, % 10 oranında iskonto uygulanmak suretiyle hesaplanarak bilinmeyen dönem zararının hesaplanması ve davacıların somut koşulları dikkate alınarak denetime elverişli şekilde belirlenmesi gerekirken Sigorta Tahkim Komisyonunca, Yargıtayca kabul gören %10 artırma ve iskonto tekniği uygulanmaksızın hazırlanan, %0 teknik faiz oranı uygulanan ve aktüeryal hesaplama teknikleri kullanılan ve denetime açık olmayan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması isabetli değildir.

Öte yandan, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacı anne-babaya desteğin gelirinin % 25'i oranında pay ayrılacağı sonucuna varılmış olup bu oran esasen dosya kapsamına göre azdır. Yerleşik uygulamalara göre, öncelikle desteğin elde edeceği gelir olarak kabul edilen asgari ücretin % 30'unu desteğin kendisi için ayracağı kabul edilerek geride kalan % 70'inden başlangıçta toplam % 50'sinin anne ve babasına ayracağı, desteğin zamanla evlenmesi sonucunda bu oranın % 30'a düşeceği, daha sonra çocuk sahibi olmasına ve çocuk sahibine göre bu oranın % 20, % 15 veya % 10 oranına düşeceği esas alınarak bu ilkelere göre davacı ile ölen desteğin sübjektif durumları nazara alınarak, yaşamı süresince farklı oranlarda destek olacağının kabulü ve buna göre anılan oranların yarısı üzerinden davacı babaya tazminat hesabı yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir.

Bu durumda mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda gerektiğinde aynı ya da başka bilirkişiden rapor alınarak, davacıya çeşitli dönemlerde desteğin gelirinden ne oranda pay ayrılacağına denetime elverişli ve bu konudaki itirazları karşılayacak şekilde belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar geri verilmesine 12.06.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • İŞLETEN SIFATI

ÖZET: Kiracının işleten sıfatının belirlenmesinde kira sözleşmesinin uzun süreli olması araç üzerinde fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir.

İslah dilekçesinin de davalı sigorta şirketine tebliği gerekir.

Desteğin çocuk olması halinde 18 yaşın bitimiyle anne babasına destek olmaya başlayacağı, bu yaşa kadar hesaplanacak yetiştirme giderlerinin de anne babadan destek tazminatı ölçütünde düşmesi gerekir.

17. HD E.2013/5061, K.2014/6919, T. 02.05.2014

KARAR

Asıl dava dosyasında davacı vekili, davalıların ZMSS sigortacısı, sürücüsü, işleteni ve işveren olduğu araçla davacının çocuğuna çarparak ölümüne neden olduğunu, kazanın oluşunda davalı tarafın tamamen kusurlu bulunduğunu belirterek 10.000,00TL maddi tazminatın tüm davalılardan sigorta şirketi açısından dava tarihinden, diğer davalılar açısından kaza tarihinden, 30.000,00TL manevi tazminatın ise sigorta şirketi dışındaki davalılardan kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiş iken; ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini yükseltmiştir. Birleşen davada da davacı vekili, aynı gerekçelerle 10.000,00 TL maddi tazminatın tüm davalılardan, 50.000,00TL manevi tazminatın ise sigorta şirketi dışındaki tüm davalılardan kaza tarihinden itibaren işleyecek faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiş iken; ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini arttırmıştır.

Davalı sigorta şirketi vekili, davanın reddini savunmuştur.

Davalı Belediye vekili, kazanın belediye tarafından yaptırılan bir iş esnasında meydana gelmediğini, kazaya karışan sürücünün kendi inisiyatifi ile üstlendiği bir iş esnasında tamamen kendi kusuru ile meydana geldiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Davalı Ltd. Şti vekili, iş makinesinin maliki olmadıklarını işleten sıfatının bulunmadığını, sürücünün kendilerine iş akdi ile bağlı bulunmadığını, kazaya karışan sürücünün kendi inisiyatifi ile üstlendiği bir iş

esnasında tamamen kendi kusuru ile meydana geldiğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Davalı sürücü, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak; asıl dava bakımından davalılardan İnşaat Elektronik Teks.Turizm ve Gıda San.Tic.Ltd.Şti. ile davalı Kağıthane Belediye Başkanlığı hakkında açılan maddi-manevi tazminat davasının reddine, davacının diğer davaları hakkında açtığı maddi tazminat davasının kabulüne, dava konusu -32.281,86-TL.maddi tazminatın davalı G.. G..’ten kaza tarihinden itibaren, diğer davalı sigorta şirketinden dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte müştereken ve müteselsilen alınmasına, davacı tarafa verilmesine, davalı sigorta şirketinin poliçe teminat limiti ile sınırlı olmak üzere sorumlu tutulmasına, davacı tarafın manevi tazminat davasının kısmen kabulüne, dava konusu -10.000,00-TL.manevi tazminatın kaza tarihinde” işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı G.. G..’ten alınmasına; birleşen dava bakımından davalılardan İnşaat Elektronik Teks.Turizm ve Gıda San.Tic.Ltd.Şti. ile davalı Kağıthane Belediye Başkanlığı hakkında açılan maddi manevi tazminat davasının reddine, davacının diğer davaları hakkına maddi tazminat isteminin kabulüne dava konusu -29.174,74-TL.maddi tazminatın davalı G.. G..’ten kaza tarihinden itibaren, diğer davalı sigorta şirketinden dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte müştereken ve müteselsilen alınmasına, davalı sigorta şirketinin poliçe teminat limiti ile sınırlı olmak üzere sorumlu tutulmasına,dava konusu -10.000,00-TL.manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı G.. G..’ten alınmasına, davacı tarafa verilmesine, fazlaya ilişkin manevi tazminat isteminin reddine,

karar verilmiş; hüküm davalı sigorta şirketi vekili ve her iki davacı vekili tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, her iki davacı vekilinin ve davalı sigorta şirketi vekilinin aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Davacı M..K..ve davacı S.. K.. vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesinde;

a- Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

2918 sayılı KTK’nu hükümlerine göre, trafik kaydı “işleteni” kesin ola-

rak 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 “işleten: araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı 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 işletilmesi bir kimse- nin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün ünvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen şirket ile işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müşte- reken ve müteselsilen sorumlu olurlar” hükmüne yer verilmiştir.

Bu yasal düzenleme karşısında, kazaya karışan araçların meydana ge- tirdikleri zararlardan araç sahiplerinin hukuken sorumlu olacağı ilkesi benimsenmiş ise de, araç malikleri tarafından herhangi bir sebeple ya- rarlanılması için bir başka kimseye devir edilmesi halinde (kısa bir süre için kiralınması 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 olarakta, araç mali- ki sorumlu tutulmamalıdır. Gerek doktrinde, gerekse Yargıtay’ın uygula- malarında, kiracının işleten sıfatının belirlenmesinde, kira sözleşmesinin uzun süreli olması, araç üzerinde fiili hakimiyet ve ekonomik yararlanma unsurlarının birlikte bulunması gerekmektedir.

Somut olayda, kazaya karışan aracın polise bilgileri ve kaza tarihinde- ki sahiplik bilgilerine göre .. Finansal Kiralama A.Ş.’ye ait olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda ceza dosyasındaki belgeler ve diğer delillerde getirtil- mek suretiyle davalı... Ltd. Şti’nin bu aracı ... Finansal Kiralama A.Ş.’den kiralayıp kiralamadığı, davalı şirketin işleten sıfatının bulunup bulunma- dığı araştırılarak sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli bulunmamıştır.

b-Manevi tazminat, zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat, bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın kar- şılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar

sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. Takdir edilecek miktarın, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan miktar kadar olması gerekir. 22.6.1976 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim, bu konuda takdir hakkını kullanır iken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir. Somut olayda, kazanın oluşunda davalı sürücünün tam kusurlu bulunması, tarafların ekonomik ve sosyal durumu, olay tarihine göre paranın alım gücü gibi nedenler dikkate alındığında, her iki davacı için hükmedilen manevi tazminat miktarı az olup, daha fazla manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

2-Davalı sigorta şirketi vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

İslah dilekçesinin davalı sigorta şirketine tebliğ edilmediği görülmüştür. Anayasanın 36., HMK 27 (HMUK 73) maddelerinde de açıklanan savunma hakkını kullanabilmesi için dava dilekçesi gibi ıslah dilekçesinin de Tebligat Yasası ve ilgili yönetmelik hükümlerine uygun şekilde tebliğ edilmesi zorunludur. Kamu düzenine ilişkin bu yönün gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

Öte yandan, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda kaza sonucu vefat eden küçüğün 15 yaşının bitimiyle anne ve babasına destek olmaya başlayacağı kabul edilmiştir. Oysa ki; yerleşik ve kabul gören uygulamaya göre, desteğin çocuk olması halinde 18 yaşın bitimiyle anne babasına destek olmaya başlayacağı, 18 yaşına kadar hesaplanacak bakım ve yetiştirme giderlerinin de anne ve babanın destek tazminatından yarı oranında indirilmesi gerekmektedir. Bu hususta yeniden hesaplama yapılması amacıyla bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre karar vermek gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle her iki davacı vekilinin ve davalı sigorta şirketi vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle her iki davacı vekilinin ayrı ayrı, 3 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı sigorta şirketi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacı ve davalı sigorta şirketine geri verilmesine 02.05.2014 gününde oy birliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • P.M.F. TABLOSU

ÖZET: Desteğin ve destek ihtiyacı olanların olası yaşam süreleri PMF tablosuna göre belirlenir.

Kız çocuğunun desteklik yaşının 21 yaşından sonra başlatılması gerekir.

Bu yaşa kadar da yetiştirme gideri hesaplanmalıdır.

17. HD. E.2013/16898, K.2014/7048 T. 05.05.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacılar ve davalılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalıların işleteni, sürücüsü ve trafik sigortacısı olduğu aracın kusurlu olarak sebebiyet verdiği trafik kazası sonucu müvekkillerinden L.. G..'ün yaralandığını, kızları Ç.. G..'ün ise vefat ettiğini belirterek, davacı Lütfiye için 100,00 TL tedavi gideri, 100,00 TL geçici iş göremezlik, 10,00 TL daimi iş göremezlik, 1.000,00 TL destek tazminatı ve 50.000,00 TL manevi tazminat, davacı Çoşkun için 1.000,00 TL destek ve 50.000,00 TL manevi tazminat, davacılar İrem ve Gizem için 5.000,00'er TL manevi tazminat talep etmiş, bilirkişi raporu doğrultusunda ıslah dilekçesi verilmiştir.

Davalılar vekili, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere göre, davanın kısmen kabulü ile davacı L.. G..'ün tedavi giderlerine ilişkin talebinin feragat nedeni ile reddine, davacı Lütfiye için 27.712,00 TL maluliyet, 52.374,76 TL destek ve 5.000,00 TL manevi tazminat, davacı Çoşkun için 46.353,17 TL destek ve 5.000,00 TL manevi tazminat, davacı İrem ve Gizem için 2.500,00'er TL manevi tazminata karar verilmiş, hüküm davacılar ve davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-) Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece hükme esas alınan aktüer raporu CSO verileri dikkate alınarak hazırlanmıştır.

Yargıtay yerleşik uygulamalarına göre desteğin ve destek ihtiyacı olanların muhtemel yaşam süreleri belirlenirken Population Masculine Et – Feminine (PMF) yaşam tablosu esas alınmalıdır. Aynı ilkeler daimi iş gö-

remezlik tazminatı hesaplanırken dikkate alınacak bakiye ömür hesabı için de geçerlidir. (YHGK., 28.06.1995 tarih, 1994/9-628 Esas, 1995/694 Karar).

Yukarıda anlatılan hukuksal veriler ışığında mahkemece PMF yaşam tablosu esas alınarak davacıların gerçek zararının tespit edilip sonucuna göre bir karar verilmesi açısından hükmün bozulması gerekmiştir.

2-) Kabule göre;

a-) Hükme esas alınan aktüerya bilirkişi raporunda, 2005 doğumlu davacılar desteğinin 21 yaşına kadar anne babasının bakımında olacağı kız çocuğu olması nedeni ile bu yaştan sonra eğitim v.b süreçleri tamamlayarak anne babasına destek olabileceği kabul edilmiştir. Ancak bilirkişi tarafından hesap yapılırken hatalı bir şekilde desteğin 16 yaşında olacağı 31.01.2021 tarihinden itibaren hesap yapılmıştır.

O halde, mahkemece dosyada raporu bulunan aktüerya uzmanı bilirkişiden Ek rapor alınıp, sonuca göre karar vermek gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

b-) Kural olarak davacı ana ve baba, çocuğun bakım ve yetiştirme giderlerini sağlamakla yükümlü bulunduklarından, ölen küçüğün kazanç sağlayarak destek olabilecek duruma gelinceye kadar ona yapılması gereken bakım ve yetiştirme giderleri tasarruf edilmiş olur. Bu nedenle, ana ve babanın mal varlığında meydana gelecek olan artışın destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekir. Bu durumda, küçüğün öldüğü 29.12.2010 günü ile üretken hale gelerek davacılara eylemli olarak destek olacağı 21 yaşına kadar küçük için yapılacak olası bakım ve yetiştirme giderlerinin belirlenip destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, küçüğe yapılacak bakım ve yetiştirme giderlerinin bilirkişiden alınacak ek rapor ile belirlenerek anne ve baba yönünden hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilerek karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

c-) Davacı L.. G.. için maluliyeti bakımından yapılan aktüerya raporunda kusur indirimi geçmiş dönem için yapılmış ancak bilinmeyen döneme ilişkin aktif ve pasif dönem zararı hesaplanırken kusur indirimi yapılmamış olması da doğru görülmemiştir.

d-) Kazaya karışan aracın niteliğine göre, hükmedilen tazminat yönünden yasal faize karar verilmesi gerekirken, avans faizine hükmedilmesi de isabetli değildir.

3- Bozma neden ve şekline göre taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle taraf vekillerinin temyiz itirazlarının kabulüne, bozma nedenlerine göre taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar verilerek hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden taraflara geri verilmesine 05.05.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK • KÜÇÜĞÜN ÖLÜMÜ

ÖZET: Yetiştirme gideri düşünülerek P.M.F tablosuna göre tespit edilen bakiye yaşlara göre tazminat hesabi yapılmalıdır.

Y. 17. HD E. 2013/13676, K.2014/19187 T. 22.12.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne dair verilen hükmün, süresi içinde davalı Güvence Hesabı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili; müvekkillerinin desteği olan Yakup'un kendi kusuruy-la meydana gelen tek taraflı kazada öldüğünü belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, davacı eş ve üç çocuk için 1.500'er TL'den toplam 6.000 TL destek tazminatının dava tarihinden itibaren yasal faiziyle tahsiline karar verilmesini talep etmiş, 8.2.2013 tarihli dilekçesi ile talebini eş S.için 81.510 TL, çocuk A.için 20.485 TL, S. için 14.339 TL, S.için 8.666 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili; yetki, zamanışımı ve esas yönünden davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; bilirkişi raporu benimsenerek ve ıslah doğrultusunda davanın kabulüne, eş S. için 81.510 TL, çocuk A. için 20.485 TL, S.için 14.339 TL, S. için 8.666 TL tazminatın dava tarihinden yasal faiziyle tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı Güvence Hesabı vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeeyen sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazası nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece hükme esas alınan tazminat raporunda ölenin ve sağ kalan eşin muhtemel bakiye ömür süreleri TRHA 2010 tablosuna göre belirlenmiş, kaza tarihinde 48 yaşında olan ölenin 31.75 yıl bakiye ömrü olduğu kabul edilerek eş için bakiye 31.75 yıl üzerinden hesaplama yapılmış, ölenin reşit olmayan bir çocuğu daha bulunduğu halde bu çocuğun payı belirlenmemiş, yetiştirme ve bakım masrafları tazminattan düşölmemiş, eşin evlenme ihtimalinin bulunup bulunmadığı yönünden bir değerlendirme yapılmamıştır.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre, muhtemel yaşam sürelerinin tespitinde PMF tablosu uygulanmakta, çocuklar için yapılacak yetiştirme giderleri tazminat miktarından düşölmekte, eşin olay tarihindeki yaşı, çocuk sayısı, sosyal yaşantısı ve ekonomik durumu göz önünde bulundularak evlenme ihtimali belirlenmekte olup, alınan rapor bu hususları içermediğinden hükme esas alınamaz. O halde, mahkemece bakiye ömür sürelerinin PMF tablosuna göre belirlenmek, yetiştirme gideri düşölmek ve eşin evlenme ihtimali belirlenmek suretiyle bu hususta bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi isabetli olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 22.12.2014 günü üye E.S.B. karşı oyu ve oyçokluğuyla karar verildi.

DESTEK TAZMİNATI • YETİŞTİRME GİDERİ

ÖZET: Yetiştirme gideri baba tarafından karşılanıyor, anne çalışmıyorsa, çocuğun ölümünde hesaplanacak yetiştirme giderinin anne payından da düşülmesi hatalıdır.

Y. 17. HD. E. 2014/5039, K. 2015/11325, T. 27.10.2015

DAVA VE KARAR:

Taraflar arasındaki maddi tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü.

Davacılar vekili; davalı nezdinde zorunlu mali sorumluluk sigortalı tescilsiz aracın müvekkillerinin 5 yaşındaki çocukları T.'a çarpması sonucu 26.08.2011 tarihinde meydana gelen trafik kazasında T.'ın hayatını kaybettiğini belirterek, davacı anne M.'ye ve Baba M. için 4.000'er TL destekten yoksun kalma tazminatının 20.10.2011 temerrüt tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmiş, 05.11.2013 tarihinde taleplerini davacı M. için 33.084,87 TL, M. için 19.550,78 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili; müvekkilinin sigortalının kusuru ve sigorta limiti kapsamında sorumlu olduğunu öne sürerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; bilirkişi raporu benimsenerek, davanın kısmen kabulü ile, davacı M. için 5.865,23 TL, davacı M. için 8.164,64 TL destekten yoksun kalma tazminatının 21.10.2011 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, kahrkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde, özellikle, oluşan ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Dava, trafik kazasındaki kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece karara esas alınan bilirkişi raporunda, davacı anne M.'nin çalışmadığı, herhangi bir gelirin bulunmadığı belli olduğu halde, hesaplanan tazminattan %5 oranında yetiştirme gideri indirimi yapılmıştır. Esasen bu indirimin yapılabilmesi için davacının çalışan, geliri olan, desteğin yetiştirme giderlerini kısmen de olsa üstlenmiş olan kişilerden olması gerekmektedir. Oysa davacı anne ev hanımıdır, bir geliri yoktur. Yetiştirme giderleri davacı baba tarafından karşılanmaktadır. Bu itibarla, davacı anne için hesaplanan destek tazminatından yetiştirme gideri indirimi yapılması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıdaki (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine; (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılara geri verilmesine, oybirliğiyle karar verildi.

SİGORTA SÖZLEŞMESİ • MUTLAK TİCARİ DAVA • TİCARİ FAİZ

ÖZET: Taraflar arasındaki ilişki Ticaret Kanununda yer alan sigorta sözleşmesinden kaynaklandığından, yaralanmadan doğan tazminata ticari avans faizi istenebilecektir.

Y. 17 HD., E. 2012/10723, K. 2013/6910, T. 13.5.2013

Davacı vekili, davalıların işleteni, sürücüsü ve trafik sigortacısı olduğu aracın trafik kazası sonucunda tam kusurlu olarak yaya müvekkiline çarpması sonucu ağır şekilde yaralanmasına neden olduğunu ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, iş gücü kaybı için 100,00 TL kadar tazminat ve 20.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiş, 05.04.2012 tarihinde verilen ıslah dilekçesi ile daimi iş gücü kaybı tazminatını 1.919,31 TL olarak ıslah ettiğini bildirmiştir.

Davalı sigorta vekili ile diğer davalılar, davanın reddi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, toplanan delillere göre davanın kısmen kabulü ile 1.919,31 TL. maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, davalı sigortanın poliçe limiti ile sorumluluğuna, 3.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, davalı sigorta açısından açılan davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılan değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

Taraflar arasındaki ilişkin TTK'da düzenlenen sigorta sözleşmesinden kaynaklandığından ve bu tür sözleşmeler TTK'nın 3. ve 4. maddeleri hükmü uyarınca tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın mutlak ticari işlerden olduğundan avans faizi istenebilir. Buna göre dava dilekçesinde avans faizine karar verilmesini talep edilmiş olan mahkemece, talep gibi hükmedilen alacağa avans faizi uygulanmasına karar verilmesi gerekirken, yasal faize karar verilmesi bozma nedeni ise de; bu yanılmanın giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden hükmün, 6100 Sayılı HMK'nın geçici 3/2 maddesi delaletiyle 1086 Sayılı HMK'nın 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün (1) numaralı bendinde yer alan "yasal faizi" ibaresinin hükümden çıkartılarak yerine "avans faizi" ibaresinin yazılmasına ve hükmün bu haliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 13.05.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI • TİCARİ FAİZ

ÖZET: Zarara sebebiyet veren araç kamyonet olup, ticari araçtır.

Bu nedenle destekten yoksun kalma tazminatına ticari faiz olan avans faizi işletilmesi gerekir.

Y. 17 HD E. 2012/2483, K. 2013/2277, T. 25.2.2013

Davacı vekili, müvekkillerinin murisi G.E.'in yolcu olarak bulunduğu davalıya trafik sigortalı aracın tek taraflı kaza yapması sonucu murisin vefat ettiğini, kazanın oluşumunda murisin hiçbir kusurunun bulunmadığını belirterek davacılar için 1.000 TL destekten yoksun kalma tazminatının 28/07/2010 tarihinden itibaren işleyecek ticari (avans) faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, 22/08/2011 tarihli ıslah dilekçesi ile davacı eş H. için 46.267,67 TL, davacı çocuk G. için 17.329,06 TL, davacı çocuk O. için 4.244,68 TL destekten yoksun kalma tazminatı talep ettiklerini bildirmiştir.

Davalı vekili, davacıların murisin desteğinden yoksun kaldıklarını ispat etmesi gerektiğini, olayda hatır taşıması olduğunu, ayrıca avans faizi istenemeyeceğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kabulüne, davacı H. için 50.267,67 TL, davacı G. için 17.329,06 TL, davacı O. için 4.244,68 TL destekten yoksun kalma tazminatının 29/07/2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkeme kararlarında nelerin yazılacağı HUMK'un 388. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm soncu 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 gerekir. aynı kural HUMK'un 389. maddelerinde de tekrarlanmıştır. Kaza HUMK'un 389. maddelerinde de tekrarlanmıştır. Keza HUMK'un 389. maddesinde de "kararın tefhimi en az 388. maddede belirtilen hüküm soncunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur" hükmüne yer verilmiştir. Bu kurallar yargıda açıklık ve netlik prensibinin bir gereğidir. Aksi hal, hükmün infazında tereddüt ve yeni ihtilaflara neden olur.

Somut olayda, kısa kararda davacı H. E. için 56,267,67 TL destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilirken, gerekçeli kararda 50,267,67 TL olarak yazılmış olması infazda tereddüt yaratacak çelişki niteliğinde olduğundan HUMK'un 388. maddesi açık hükmüne uygun olmayan biçimde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

2- Davacılar verilince temerrüt faizi olarak avans faizi istenilmiş, ancak mahkemece yasal faize hükmedilmiştir. Oysa zarara neden olan aracın cinsi kamponet olup ticari araçtır. Bu itibarla davada temerrüt faizi olarak ticari faiz niteliğindeki avans faizine hükmedilmesi gerekirken yasal faize hükmedilmesi isabetli değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar geri verilmesine 25/02/2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SİGORTA POLİÇESİ

•

PRİMLERİN ACENTE TARAFINDAN TAHSİLİ

ÖZET: Sigorta primlerinin acente tarafından tahsil edilmesi acente ile ana şirket arasındaki ilişkiyi ilgilendirmekte olup, bu durum poliçenin sıhhatini etkilemez.

Y. 17 HD E. 2014/1147, K. 2015/12764, T. 26.11.2015

Davacı vekili, dava dışı L.E. tarafından 28.09.2009 tarihinde davalı Y.K. sigortanın acentası olan diğer davalıya başvurarak can poliçesi yaptırdığını, poliçenin ödemelerinin de toplu olarak acentaya yapıldığını, hastanede tedavi olduktan sonra poliçenin aktivite edilmemiş olduğunu öğrendiğini belirterek, sigorta poliçesinin iptaline, ödenen primlerin dava tarihinden avans faizi ile geri alınmasına ve 10.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden yasal faizi ile davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Y.K.S.A.Ş. vekili poliçenin ilk primi dışında bir ödemenin yapılmadığını ve poliçenin ihbarsız olarak iptal edildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak; kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, can hayat poliçesine dayalı tazminat istemine ilişkindir.

6100 sayılı HMK madde 222 “-(1) Mahkeme, ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebilir. (2) Ticari defterlerin, ticari davalarda delil olarak kabul edilebilmesi için, Kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış ve defter kayıtlarının birbirini doğrulamış olması şarttır. (3) İkinci fıkrada belirtilen şartlara uygun olarak tutulan ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekir. Bu şartlara uygun olarak tutulan defterlerdeki sahibi lehine ve aleyhine olan kayıtlar birbirinden ayrılamaz. (4) Açılış veya kapanış onayları bulunmayan ve içerdiği kayıtlar birbirini doğrulamayan ticari defter kayıtları, sahibi aleyhine delil olur. (5) Taraflardan biri tacir olmasa dahi, tacir olan diğer tarafın ticari defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini belirtir; ancak, karşı taraf teftişlerini ibrazdan kaçınırsa, ibrazı talep eden taraf iddiasını ispat etmiş sayılır” hükmünü getirmiştir.

Davacı can poliçesi primlerinin diğer poliçelerle toplu olarak ödemesinin yapıldığını belirtmiş, davalı sigorta şirketi vekili ise primlerin vade tarihinde ödenmediği gibi vade tarihinden sonra da müvekkil şirkete herhangi bir prim ödemesi yapılmadığını, toplam ödenmesi gereken primin 2.388,00 TL olduğunu, sadece taksitlerden bir tanesinin 20.11.2009 da 477,60TL olarak ödendiğini ve poliçesinin 10.01.2010 tarihinde iptal edildiğini savunmuştur. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda acentanın kayıtlarının incelenmediği ancak ödemeye dair sunulan belgelerin bu poliçe ile illiyet bağının kurulamadığı belirtilmiştir.

Sigorta primlerinin davalı şirketin yetkili temsilcisi olan diğer davalı acenta tarafından tahsil edilmesi hususu davalılar arasındaki iç mesele olup poliçenin sıhhatini etkilemeyecektir. Eldeki davada acenta kayıtlarının bu nedenle incelenmesi büyük öneme sahip olup davacının acentaya toplu ödeme yaptığı iddiası araştırılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulmuştur. O halle mahkemece, davanın iddialarının araştırılması için, davalı acentaya HMK 222. maddesi uyarınca ticari defter ve belgelerini sunması ya da bulunduğu yerin bildirilmesi için usulüne uygun ihtar

yapılıp söz konusu kayıtların bilirkişi aracılığı ile incelenmesi ve defter ve belgeler de verilen kesin süre içinde sunulmadığında ya da yeri bildirilmediğinde ise davalı acentanın ticari defter ve belgeleri ibrazdan imtina etmiş olması dikkate alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile verilen hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 26/11/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKDEN YOKSUN KALMA

• ÇOCUĞUN ÖLÜMÜ

ÖZET: Bilirkişi raporunun sadece itiraz karşılar nitelikte olması ve itiraz eden aleyhine yeni durum yaratmaması gerekir, meğer ki karşı taraf itirazı bulunsun. Ret sebebi ayrıolan her bir davacı yönünden davalılar lehine tek bir vekalet ücretine hükmedilmelidir.

Y.17. HD E.2012/7592, K.2012/7824, T. 14.06.20124

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili, davalıların işleteni sürücüsü ve trafik sigortacısı olduğu aracın neden olduğu kaza sonucunda müvekkillerinin desteğinin hayatını kaybettiğim ileri sürerek, toplam 1.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının ve 50.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı A... Sigorta A.Ş aleyhine açılan manevi tazminat isteminin reddine, dahili davalı E... Sigorta A.Ş hakkında karar verilmesine yer olmadığına,

davanın kısmen kabulüne davacı Hayriye ve Şaban için toplam 1.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının davalılardan, toplam 18.000,00 TL manevi tazminatın sigorta şirketi dışındaki davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiş hüküm davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacılar vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Destekten yoksun kalma tazminatı Borçlar Kanunu'nun 45/II.maddesinde düzenlenmiş olup "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir." şeklinde hükme bağlanmıştır. Destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumların korunmasıdır. Davacı anne ve baba kaza tarihinde 12 yaşında olan çocuklarını, farazi desteklerin! kaybetmişlerdir. Mahkemece tazminat miktarının belirlenmesi için alınan ilk bilirkişi raporunda davacıların çocukları büyüyüp çalışmaya başlayıncaya kadar her bir davacının gelirinin % 5'i oranında yetiştirme gideri ayracağı kabul edilmiş, davacılar rapora itirazında anne için yetiştirme

gideri ayrılmasının doğru olmadığını, raporda eksik tazminat hesaplandığını belirterek rapora itiraz etmişlerdir, itiraz üzerine başka bir bilirkişi heyetinden alınan raporda bu kez her bir davacı için % 10 oranında yetiştirme gideri indirimi yapılmış sonuç olarak ilk raporda belirlenenden daha az tazminat tutarı hesaplanmıştır, ilk rapora sadece davacılar tarafından itiraz edilmiş olması karşısında, ikinci bilirkişi raporunun itirazları karşılayacak nitelikte olması gerekir. Mahkemece anılan husus dikkate alınarak itirazları karşılayacak ek rapor alınmak suretiyle davacılar yönünden daha aleyhe sonuç doğmayacak şekilde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

3- Dava E... Sigorta A.Ş.'ye ihbar edilmiştir. Dava ihbar edilen kişi davalı olarak davada yer almadığından O'nun hakkında hüküm kurulması ve lehine vekalet ücreti takdiri de doğru olmamıştır.

4- Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT 3/2 maddesinde "müteselsil sorumlulukta dahil olmak üzere birden fazla davalı aleyhine açılan

davanın reddinde red sebebi ortak olan davalılar vekili lehine tek avukatlık ücretine ..." hükmolunacağı hükmü karşısında davacı HK ile davacı İK tarafından açılan maddi tazminat davasının reddi sonucu her bir davacı yönünden tüm davalılar lehine tek vekalet ücretine hükmolunması gerekirken davalı A.O. Sigorta A.Ş için ayrı, diğer davalılar içinde ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2, 3 ve 4 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacılar yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar geri verilmesine, 14.06.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi

DESTEK GÖRME YAŞI • ÇOCUKLARIN ÖĞRENİMİ

ÖZET: Öğrenim gören çocuklar için 22 yaşın desteğin sona ereceği yaş olarak kabul edilmesi ve öğrenin belgelerinin getirilmesi gerekir.

Ölenin Almanya'da yaşadığı tespit edilirse Almanya'da ki ücretlerin pasif dönem hesabında esas alınması gerekir.

Y.17. HD E.2013/10055, K.2014/9990, T. 26.06.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacılar vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili; müvekkillerinin desteğinin sürücüsü olduğu motosiklete, davalı sürücünün aracı ile çarpması neticesinde desteğin öldüğünü açıklayıp fazlaya dair haklarını saklı tutarak toplam 15.000,00 TL maddi, 15.000,00 TL manevi, 15.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, ıslah ile bu talebini yükseltmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre davanın kısmen kabulü ile Z. için 7.496,31 TL, F. M. için 122,33 TL, M. A. için 145,39 TL, M. için 9,25 TL, M. için 120,06 TL, Se. için 151,72 TL, D. için 1.408,75 TL, K. için 2.889,46 TL, S. için 158,51 TL, R. için 9,25 TL, eş Z. için 5.000,00 TL, diğer davacı çocuklar için 850,00'er TL maa-nevi tazminatın tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçe-sinde, dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm, davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazası nedeni ile destekten yoksun kalma tazminatı is-temine ilişkindir.

Mahkemece destekten yoksun kalma zararı hususunda, aktüerya ala-nında uzman bilirkişiden alınacak raporda, davacıların her biri için des-tekten yoksun kalacakları sürenin, çocuklar için, yaşları, okuldaki eğitim durumları, içinde yaşadıkları sosyal ve ekonomik koşullar değerlendi-riyerek, ayrı ayrı belirlenmesi, kabul gören uygulamaya göre, çocuklar için 22 yaşın, desteğin sona ereceği yaş olarak kabulü, destek süresince yetiş-tirme giderlerinin destek tazminatından indirilmesi suretiyle destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerekmektedir.

Davacı vekili tarafından, müvekkili M.. Ö.. hakkında 19 yaşında olsa da yurt dışından lise dengi okulda eğitim gördüğünü ileri sürerek mü-vekkili M.. Ö.. lehine de destekten yoksun kalma tazminatı isteminde bulunmuştur. Mahkemece, davacı M.. Ö..'in öğrenim belgelerinin yetkili makamdan temini ile dosyaya eklenecek belgelerden sonra bilirkişi ince-lemesi yaptırılarak hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3- Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, destekten yok-sun kalma zararı hesaplanırken ölenin 60 yaşından sonraki pasif dönem-de asgari ücret düzeyinde destek olacağı varsayılarak hesaplama yapılmış-tır. Ölenin, Almanya'da yaşadığı dosya kapsamı ile sabittir. Bu durumda ölenin pasif dönem desteklik hesabı yönünden Almanya'daki ücretler esas alınmak sureti ile hesaplama yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin tüm, davacılar vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2 ve 3 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, aşağıda dökümü yazılı 1.345,56 TL kalan harcın temyiz eden davalıdan alınmasına 26.06.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi

TRAFİK KAZASI • TAZMİNAT HESABI

ÖZET: Desteğin kask takmadan motosiklete binmiş olmasının birlikte kusur yönünden tartışılması gerekir.

Yetiştirme gideri mahsubunun yapılması gereklidir.

Y.17. HD E.2013/13521, K.2014/18490, T. 15.12.2014

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacılar vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili, plakası bilinmeyen bir aracın 14/10/2011 tarihinde davacıların oğlu Aykut'un sevk ve idaresindeki motosiklete çarpması nedeniyle desteğin vefat ettiğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla her bir davacı için 1.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatı ve 500,00 TL cenaze olmak üzere 3.000,00 TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiş, ıslah dilekçesiyle destekten yoksun kalma tazminatı talebini anne için 100.096,00 TL'ye, baba için 64.302,00 TL'ye, cenaze gideri talebini toplam 3.936,00 TL'ye yükseltmiş, yargılama sırasında cenaze masrafı talebinden vazgeçmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna dayanılarak, kazada davacıların murisinin kask takmaması nedeniyle 1/8 oranında kusurlu olduğu gerekçesiyle davacı anne Süheyla için 90.666,98

TL, davacı baba Muhammet için 64.302,00 TL destekten yoksun kalma maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebepler ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacılar vekili ve davalı vekilinin aşağıdaki bentler dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2)Dava, trafik kazasından kaynaklanan vefat nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44/1 maddesi hükmüne göre zarara uğrayan, zarar doğuran eyleme razı olmuş veya kendisinin sebep olduğu hal ve şartlar zararın meydana gelmesine etki yapmış veya tazminat ödevlisinin durumunu diğer bir surette ağırlaştırmış ise, hakim, tazminat miktarını hafifletebilir.

Davacıların motosiklet sürücüsü desteği, meydana gelen kazada genel beden ve kafa travmasına bağlı gelişen yaygın beyin harabiyeti nedeniyle vefat etmiştir. Kazanın oluşumunda araç sürücülerinin kusur oranlarının değerlendirilmesi için alınan ve mahkemece de benimsenen bilirkişi raporunda plakası belli olmayan otomobil sürücüsü 7/8 oranında, davacıların desteği koruma gözlüğü ve kask takmadığı için 1/8 oranında kusurlu bulunmuştur. Ancak, kazanın oluş biçiminde desteğin koruma gözlüğü ve kask takmamasının etkisi olmayıp, hatalı tutum ve davranışının bulunmadığı göz önünde tutularak, plakası tespit edilemeyen araç sürücüsü tam kusurlu kabul edilmek suretiyle hesaplanacak tazminat tutarından, desteğin motosiklete kasksız olarak binmiş olması nedeniyle müterafik kusurlu olduğu kabul edilerek BK'nun 44. (6098 sayılı TBK'nın 52) maddesi gereğince indirim yapılmasının gerekip gerekmediği hususu tartışıldıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken, bu husus karar yerinde değerlendirilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

3) Mahkemece, davacıların destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesi için iki ayrı bilirkişiden rapor alınmış, 12.02.2013 tarihli ikinci bilirkişi raporuna göre karar vermiştir. D. A..kaza tarihinde 17 yaşında olup, yüksekokulda elektrik bölümü öğrencisidir. MK'nın 185. maddesi gereğince, anne-baba birlikte çocukların bakımından sorumludurlar.

Her baba ve annenin çocuğunu belli bir yaşa kadar büyütme, yetiştirmek ödevi olup çocuğun ölümü nedeni ile artık yapılması gerekmeyecek yetiştirme giderlerinin belirlenecek destekten yoksun kalma tazmina-

tından düşülmesi gerekmektedir. O halde, mahkemece yetiştirme gideri mahsubunun yapılmaması gerektiğine dair görüş benimseyen 12.02.2013 tarihli ikinci raporun esas alınarak hüküm kurulması doğru olmamıştır. Bu halde, yetiştirme giderlerinin mahsup edildiği 19.07.2012 tarihli birinci bilirkişi raporuna itibar edilerek ve davalının kazanılmış hakları gözetilerek sonucuna göre karar verilmesi için hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.

4) 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 14. maddesi gereğince ihdas edilen G.. H.. Yönetmeliği'nin 15. maddesi gereğince rizikonun bilgi ve belgeleri ile birlikte ihbar edildiği tarihte Hesabın tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmakta, ödememe halinde temerrüt gerçekleşmektedir. Başvurulmadan dava açılması veya icra takibi başlatılması halinde ise bu tarihlerde temerrüt gerçekleşir. Zira, davalı ile davacılar arasındaki hukuki ilişki sözleşme ilişkisi değildir. Borcun nedeni haksız eylemdir. Yukarıda anılan hükümlere göre davalı G.. H.. bakımından temerrüt faizinin başlangıcını oluşturan ihbar yükümlülüğünde esas olan, zarar miktarı değil, kazanın ihbar edilmesidir. Kazanın ihbar edilmesiyle, zararın miktarını belirlemek Hesabın sorumluluğundadır. Davacılar tarafından tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsili talep edildiği halde mahkemece tazminata faiz işletilmemesi doğru olmamıştır.

5) Karar ve ilam harcı yargılama giderlerinden olup davanın kabul edilen kısmı üzerinden yürürlükteki tarifelere göre hesaplanır ve davanın kabul edilen kısmı üzerinden tespit edildiğinden davanın kabul ve ret oranına göre taraflar arasında paylaştırılmadan tamamının davalıdan alınmasına karar verilir. Nispi karar ve ilam harcı davanın tamamen veya kısmen kabulü halinde verilen hükümlerde davalıdan alınır. Davanın tamamen reddi halinde maktu karar ve ilam harcının davacıdan tahsiline karar verilir. Nispi karar ve ilam harcının 1/4'i dava açılırken davacı tarafından peşin olarak ödenir. Hüküm verilirken peşin alınan harcın mahsubu ile bakiye harcın davalıdan tahsiline, peşin olarak davacıdan alınan harcın davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verilmelidir.

Somut olayda davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, kabul edilen tazminat üzerinden hesaplanan 10.585,93 TL'den harçtan dava açılırken alınmış olan 21,15 TL peşin harç ve 500,00 TL ıslah harcının mahsubu ile 10.064,78 TL bakiye karar harcının davalıdan tahsili ile Hazineye irat kaydına karar verildikten sonra davacı tarafından ödenen 45,60 TL harç ve 500,00 TL ıslah harcının diğer yargılama giderlerine dahil edilerek toplam 1.503,10 TL yargılama giderinin kabul ve ret oranına göre 1.352,70 TL'nin davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Oysa yukarıda açıklandığı üzere davanın tamamen veya kısmen kabulü halinde, kabul edilen kısım üzerinden hesaplanan

harcın tamamından davalı sorumludur. Davacı tarafca dava açılırken yatırılan harcın ve ıslah harcının da davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verilmelidir.

Bu durumda mahkemece, davacı tarafından ödenen 45,60 TL harç ve 500,00 TL ıslah harcının diğer yargılama giderlerine dahil edilmeden ve davanın kabul-ret oranına göre taraflar arasında paylaştırılmadan tamamının davalıdan tahsili ile davacılara ödenmesine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün taraflar yararına, (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına, (4) ve (5) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle hükmün davacılar yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar ve davalıya geri verilmesine 15.12.2014 gününde üye A.O'nın karşı oyu ve oy çokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

HİZMET TESPİTİ DAVASI • HÜK DÜŞÜMÜ SÜRESİ

ÖZET: Hizmet tespiti davalarında hak düşümü süresi beş yıl olup, bu süre işçinin çalıştığı yılın sonundan itibaren işlemeye başlar.

Y. 21 HD E. 2015/18421, K. 2016/1081, T. 4.2.2016

Dava, davacının Kuruma bildirilmeyen ve 1999/8. Ayı ile 03.04.2007 tarihleri arasında davalı işyerinde geçen ve Kuruma kayıt ve tescil edilmeyen çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, bozma ilamına uyulmasına rağmen bozma gereği yerine getirilmeden hizmet tespiti davasının kabulüne karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 79/10. ve 5510 sayılı Yasa'nın 86/8. maddelerine göre Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştırılan Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının davalı işverene ait çay bahçesinden 2000-2007 tarihleri arasında geçen çalışmalarının kısmi olarak Kuruma bildirildiği anlaşılmakla birlikte Dairemizin bozma ilamında davacının talep ettiği dönem yönünden bordro tanığı ve gerekirse komşu işyeri tanığı dinlenmesi belirtilmiş ise de mahkemece dinlenen tanıkların bir kısmının davacının aralıksız çalışmasını doğrulamasına rağmen bir kısım tanıkların işyerinin kışın kapalı olduğunu belirtmesi nedeniyle tanık beyanları arasındaki çelişki giderilmeden yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalılardan N.T.P.'e iadesine 04/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ARAÇ MALİKİ VE İSTİHDAM EDENİN SORUMLULUĞU • YETERSİZ ÖDEME • GÜNCELLEME YÖNTEMİ

ÖZET: Davalının hem araç maliki hem de adam çalıştıran olarak kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır. Sigortanın yetersiz ödemesi varsa ödeme günüyle rapor günü arasında mevcut verilerle hesaplama yapılmalı ve ödeme günü verilerine göre zararın karşılanan oranı güncel tazminattan düşülmelidir.

Y. 21. HD. E. 2014/15464, K. 2015/2548, T. 16.02.2015

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere, kanuni gerektirici sebeplere, tarafların temyizinin kapsamına ve özellikle ölenin olayda hiç kusurunun bulunmadığının anlaşılıp davalılar arasındaki kusur dağılımının kendi aralarında görülmesi muhtemel rücu davasında yeniden değerlendirilmesinin mümkün bulunmasına göre davalı A.K. vekilinin tüm, davacılar vekili ile davalılardan T.P.S.A. A.A.Ş. vekilinin ise aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine

2- Dava, 08.06.2002 tarihindeki iş kazasında vefat eden sigortalının hak sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemlerine ilişkindir.

Mahkemece; davalı C.K. aleyhine açılan maddi ve manevi tazminat davalarının bu davalının araç maliki olarak kazada kusurunun bulunmaması gerekçesi ile reddine, davacı eş Ş.'ın maddi tazminat istemi bakımından; Taleple bağlı kalınarak 105.673,47 TL. maddi tazminattan davalı Ö.N.Y. yönünden ıslah dilekçesi dikkate alınarak 40.031,96 TL'lık miktarın diğer davalılar yönünde ise asıl dava ve birleşen dava talep miktarları dikkate alınarak 49,830,20 TL'lık miktarın, iş kazası tarihi olan 08.06.2002 tarihinden itibaren yasal faiz oranı ile birlikde davalılar Ö.N.Y., O.K. ve davalı T.P.S.A.A.A.Ş. (Eski ünvanı T.A.S.ve T.A.Ş.)'den belirtilen miktarlarla müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya ödenmesine, davacının fazlaya dair talep ve dava hakkının saklı tutulmasına, davacı çocuk Z.R.'nın maddi tazminat istemi bakımından; Yargatay bozma ilamı öncesi verilen kararı davacı temyiz etmediğinden davalılar lehine kazanılmış hak olduğundan 9.947,60 TL maddi tazminattan 1.291,97 TL maddi

tazminatın iş kazası tarihi olan 08.06.2002 tarihinden itibaren yasal faiz oranı ile birlikte davalılar Ö.N.Y., O.K. ve davalı T.P.S.A.A.Ş. (Eski ünvanı T.A.S.ve T.A.Ş.)’den belirtilen miktarlarla müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya ödenmesine, bu dava yönünden dava dilekçesinde talep edilen miktara göre fazlaya dair talebin reddine, davacı çocuk U.’ın maddi tazminat istemi bakımından; Yargıtay bozma ilamı öncesi verilen kararı davacı temyiz etmediğinden davalılar lehine kazanılmış hak doğduğundan 3.363,36 TL maddi tazminattan 17.710,71 TL maddi tazminatın iş kazası tarihi olan 08.06.2002 tarihinden itibaren yasal faiz oranı ile birlikte davalılar Ö.N.Y., O.K. ve davalı T.P.S.A.A.Ş. (Eski ünvanı T.A.S.ve T.A.Ş.)’den belirtilen miktarlarla müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya ödenmesine, bu dava yönünden dava dilekçesinde talep edilen miktara göre davacının fazlaya dair isteminin reddine, davacıların manevi tazminat istemleri bakımından; davacı iş ve çocuklar için 8.000,00’er TL anne ve baba için ise 4.000,00’er TL manevi tazminatın iş kazası tarihi olan 08.06.2002 tarihinden itibaren yasal faiz oranı ile birlikte davalılar Ö.N.Y., O.K. ve T.P.S.A.A.Ş.’den müştereken ve müteselsilen alınarak davacılar ödenmesine, davacı anne ve babanın manevi tazminata dair fazla istemlerinin reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamındaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden T.P.S.A.A.Ş. işçilerinden olan davacılar yakını kazalı A.B.’nın 06.08.2002 tarihli trafik-iş kazasında yaşamını yitirdiği, anılan kazanın davalılardan O.K.’nın kullanımındaki servis aracının diğer davalı Ö.N.Y.’ın kullanımındaki araç ile çarpışması suretiyle meydana geldiği, bu kaza nedeniyle başlatılan ceza soruşturması neticesinde davalı O. ile Ö.N. aleyhine taksirle ölüme neden olmaktan ötürü kamu davası açıldığı, açılan ceza davası yargılaması sonunda davalı O. ile Ö.N.’nin mahkumiyetine karar verilip bu kararın Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleştiği, davalı C.K.’nın hem davalı O.K. kullanımındaki servis aracının ruhsat maliki hem de davalı şirket T.P.S.A.A.Ş. ile taşıma sözleşmesi yapılan dava dışı Ö.Ç.T.S.T.L.Ş.’nin yetkilisi olduğu, 08.06.2002 tarihli yargılama konusu kaza sonrasında sigorta şirketlerince kazalının hak sahiplerine 18.000,00 TL ödeme yapıldığı, hükme esas alınan hesap raporunda bu miktar ödemenin ödenme tarihinden yasal faiziyle hesaplanan tazminatlardan düşülerek neticeye varıldığı anlaşılmıştır.

Kural olarak tazminat alacaklısına yapılmış ödemenin bu miktar ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ödemenin söz edilecek mitar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Ödemenin yapıldığı tarihdeki verilerle hesapla-

nan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunduğu durumlarda yapılan ödeme ancak kısmi ödeme makbuzu niteliğinde kabul edilebilir. Ödemenin ifa amacı taşımaması halinde ise tazminattan indirilmesi mümkün değildir.

Bunun yanında; 2918 sayılı Yasa'nın 85. maddesinde araç maliki ve işletenin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde (818 sayılı BK'nın 55) ise adam çalıştırmanın sorumluluğu düzenlenmiştir.

Her iki halde de yani gerek araç maliki ve işletenin ve gerekse istihdam edenin sorumluluğunun kusura dayalı sorumluluk olmadığı, işletenin sürücüsünün istihdam edenin de çalıştırdığı kişinin zarar doğurucu eylemlerinden sorumlu olacakları ortadadır.

Tüm bu açıklamalar sonrasında somut olayda ;davalı C.K.'nın hem kazaya konu servis aracının maliki hem de bu servis aracının bağlı bulunduğu anlaşılan Ö.Ç.T.S.T.L.Şti4nin yetkilisi olduğu gözetildiğinde bu davalının gerek araç maliki işleten, gerekse istihdam eden (adam çalıştıran) olarak kusursuz sorumluluğu tartışılmadan "kazada kusurunun bulunmadığı" gerekçesi ile aleyhine açılan davaların reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Bunun yanında bozma sonrası alınıp hükme esas yapılan hesap raporunda da yanlış yöntem izlendiği anlaşılmaktadır. Zira bilirkişide yapılan bu hesaplamada davacıların güncel verilere göre tespit olunan zararından, 18.000,00 TL'lik sigorta şirket ödemesinin (bu ödemeden hak sahiplerine düşen miktarların) ödenme zamanlarından aşlayan yasal faiziyle birlikte düşürülerek davacıların netice zararları hesaplanmıştır. Böylesi bir hesaplama yönteminin hakkaniyetli sonuç doğurmayacağı açık olup bu yönüyle maddi tazminat davaları bakımından bu raporun esas alınarak neticeye varılması da doğru görülmemiştir.

Yapılacak iş, öncelikle davacı eş ve çocukların maddi tazminat davaları bakımından, hak sahiplerine yargılama konusu trafik-iş kazası sonrasında sigorta şirketince yapılan ödeme tarihindeki verilere göre davacıların maddi zararlarını hesaplatarak sigorta şirketince yapılan bu ödemelerin davacılar zararını hangi oranlarda karşıladığını tespit etmek, sonrasında davacıların güncel verilere göre maddi zararlarını yeniden hesaplatıp bu güncel zararlardan sigorta şirketince yapılan ödeme oranında indirim ile neticeye varmaktır. Ayrıca davalı C.K.'nın gerek araç maliki işleten gerekse istihdam eden (adam çalıştıran) olarak kusursuz sorumluluğu ile varsa bu davalının sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenleri karar yerinde etraflıca tartışıp yine taraflar yararına oluşan usuli kazanılmış hak durumunu da gözетerek yeni bir karar vermekten ibarettir.

O halde, davacılar vekili ile davalılardan T.P.S.A.A.A.Ş. vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacılar ile davalılardan T.P.S.A.A.S.ve T.A.Ş.'ne iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden O.K.'ya yükletilmesine, 16.02.2015 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İŞGÜCÜ KAYBI

ÖZET: Bina inşaat işlerinde görüldüğü gibi, ana binayı veya asıl işi bitirmekle yükümlü bir işveren, bu işin doğrama, döşeme, su tesisatı gibi bölümlerini araçılara devretmektedir. Bu gibi durumlarda asıl-alt işveren ilişkisinden söz edilebilir. Arsanın veya bir binanın salt maliki olarak yada ihale makamı sıfatıyla işin bütünüyle devredilmesi durumlarında, ortada aracı denilen kumandan söz edilemez.

%9,30 işgücü kayıp oranı için takdir olunan 16.000,00.-TL. manevi tazminat fazladır.

Y.21. HD E.2015/11487 ,K.2016/5389 T. 28.03.2016

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar vekillerince temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

KARAR

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere, kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle 30.06.2011 olan olay tarihinin kararda 24.06.2011 olarak belirtilmesinin mahallinde her zaman giderilebilecek maddi ya-

nılgıdan kaynaklanmasına göre davalıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine.

2-Dava, 30.06.2011 tarihindeki iş kazasında yaralanarak %9,30 oranında sürekli iş göremezliğe maruz kalan sigortalının maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece; 51.936,13-TL maddi, 16.000,00-TL de manevi tazminatın olay tarihi 24.06.2011 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, davalı..’nün bir sözleşme ile “Göztepe yerleşkesi yönetim ve enstitü binası yapını” işini diğer davalı şirket .’ye verdiği, kazalının bu şirket çalışanı iken merdiven boşluğundan düşerek yaralandığı, kazanın oluşumunda %80 oranında davalı ‘nin, %20 oranında ise kazalı işçinin kusurlu olduğu, Mahkemece davalı Üniversitenin asıl işveren olduğu kabulüne göre dayanışmalı sorumluluğa karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu noktada somut olayda uyumsuzluğun sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle asıl işveren-alt işveren kavramlarının açıklanması gerekir.

4857 sayılı Kanun’un 2.maddesine göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir.

İş Kanunu’nun 2.maddesinin 7. fıkrasına göre bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur. 5510 sayılı Kanun’un 12/6.maddesi ile de asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur.

4857 sayılı Kanun’un 2/7.maddesi ile işçilerin İş Kanunu’ndan, sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları, 5510 sayılı Kanun’un 12/6.maddesi ile de Kurumun alacakları ve işçinin sosyal güvenlik hakkı

daha geniş koruma, güvence altına alınmak istenmiştir. Aksi halde, 4857 veya 5510 sayılı Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçmak isteyen işverenlerin işin bölüm veya eklentilerini muvazaalı bir biçimde başka kişilere vermek suretiyle yükümlülüklerinden kaçması mümkün olurdu.

Asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu "müteselsil sorumluluktur". Asıl işveren, doğrudan bir hizmet sözleşmesi bulunmamakla birlikte İş Kanunu'nun 2.maddesinin 6. fıkrası gereğince alt işverenin işçilerinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uğrayacakları maddi ve manevi zarardan alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu nedenle meslek hastalığına veya iş kazasına uğrayan alt işverenin işçisi veya ölümü halinde mirasçıları tazminat davasını müteselsil sorumlu olan asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açabilecekleri gibi yalnızca asıl işverene veya alt işverene karşı da açabilirler.

Alt işverenden söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından sorumlu tutabilmek için bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır.

a) İşyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren bulunmalıdır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.

b) Bir başka işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde iş almalı ve sigortalı çalıştırmalıdır.

c) İşverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi bulunmamaktadır. d) İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte olmamalıdır, aksi halde iş alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde bulunacaktır.

e) İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, iş anahtar teslimi verildiğinde veya işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır.

f) Alt işverenin aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi yada yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Asıl işve-

renden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, alt işverenden söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.05.1995 gün ve 1995/9-273-548 sayılı kararı da aynı yöndedir.)

Yine 5510 sayılı Yasanın 13/e bendine göre işçilerin, işverence sağlanan bir taşıt ile işin yapıldığı yere gidiş gelişi esnasında meydana gelen kaza iş kazası sayılır. İşverenin işinin görülmesi için sigortalıların işin görüleceği yere emniyetli ve güvenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri işverenin yükümlülüğünde olan bir husustur. İşveren bu görevini kendi araç ve işçisiyle yapabileceği gibi başkasına ait araç ve işçi ile de yerine getirebilir. Taşıma işinin işverenin nam ve hesabına yapılması halinde diğer sorumlular yanında işverenin de işçiye karşı doğrudan sorumluluğu bulunmaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalara ilaveten eklemek gerekirse, yapılan bir işte aracıdan bahsedilebilmek için öncelikle asıl işveren ve bunun tarafından ortaya konulan bir iş olmalı ve görülmekte olan bu işin bölüm ve eklentilerinden olan iş veya işler alt işverene devredilmelidir. Çoğu kez bina inşaat işlerinde görüldüğü gibi, ana binayı veya asıl işi bitirmekle yükümlü bir işveren, bu işin doğrama, döşeme, su tesisatı gibi bölümlerini araçlara devretmektedir. Bu gibi durumlarda asıl-alt işveren ilişkisinden söz edilebilir. Buna karşı, bir işin bütünüyle bir işverene devri durumunda veya işin anahtar teslimi denilen biçimde verilmesi durumunda, artık asıl-alt işveren ilişkisi ortada bulunmamaktadır. Arsanın veya bir binanın salt maliki olarak yada ihale makamı sıfatıyla işin bütünüyle devredilmesi durumlarında, ortada aracı denilen kurumdan söz edilemez. Çünkü burada iş tamamıyla ve bütün olarak bağımsız bir işverene devredilmekte olup işi devralan kişi artık asıl işveren olarak nitelendirilmelidir.

Dava konusu somut olayda ise, davalı ..nün asıl işinin eğitim olduğu ve iş kazasının oluşumunda kusurunun bulunmadığı hususlarında tartışma bulunmamaktadır. Kendisine kusur atfedilmeyen bu davalının anılan iş kazası nedeniyle sorumluluğu ancak asıl işveren olması halinde alt işverenin kusurundan ötürü olabilir ki somut olayımızda böyle bir durumun söz konusu değildir. Zira davalı Üniversite'nin kendi işgal konusu olmayan "yönetim ve enstitü binası yapımı" işini diğer davalı 'ne anahtar teslimi olarak vermiş olup bu işin yapımı veya denetiminde işçi de çalış-

tırmamıştır. Halin böyle olmasına göre davalı . bakımından asıl işveren olarak sorumluluğunun bulunduğu gerekçesine dayanarak davanın kabulüne karar verilmesinin hatalı olduğu açıktır.

Bunun yanında gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47 .maddesi gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi hükmüne göre hakimın özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile sigortalı yakınlarına verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmeli- dir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikler göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez ve yine 22.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere zarar görenin müterafık kusurunun varlığı halinde bu durumun manevi tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu açıklamalar sonrasında tarafların sosyal ekonomik halleri ile kusur durumları, iş kazasının meydana geldiği tarih ve davacının kazalının maluliyet oranı gözetildiğinde hüküm altına alınan 16.000,00-TL tutarındaki manevi tazminatın fazla olduğu da bellidir.

O halde, davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 28.03.2016 gününde oy birliğiyle karar verildi.

MEVSİMLİK ÇALIŞMADAN DOLAYI AÇILACAK HİZMET TESPİTİ DAVASI

ÖZET: Hak düşümü süresinin mevsimlik çalışmalarda son çalışma döneminden sonra başlar. Yönetmelikte sayılan belgelerden birisinin dahi verilmiş olması halinde artık Kanun'un 79/10 (eski 8) maddesinde yer alan hak düşürücü süreden söz edilemez. Yargıtay uygulamasında anılan maddenin yorumu geniş tutulmakta; eğer sayılan belgelerden birisi işveren tarafından verilmişse burada Kurumun işçinin çalışmasından haberdar olduğu ve artık hizmet tespiti davası için hak düşürücü sürenin varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir.

Y.21. HD E.2015/10202, K.2016/5655 T.31.03.2016

Davacı, yaz tatilleri dışında 16.09.1988-28.03.2004 tarihleri arasında bildirilenler dışında 506 sayılı Yasa'ya tabi olarak günün asgari ücreti ile çalıştığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin reddine karar vermiştir.

Hükmün davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava, davacının yaz tatilleri dışında 16/09/1988-28/03/2004 tarihleri arasında davalı işverene ait iş yerinde geçen ve Kuruma bildirilmeyen sigortalı çalışmalarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 10/11/2000-30/06/2001, 13/09/2001-15/06/2002, 01/10/2002-13/06/2003, 01/10/2003-28/03/2004 tarihleri arasında numaralı i unvanlı işyerinden hizmet bildirimlerinin yapıldığı anlaşılmaktadır.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 79/10. ve 5510 sayılı Yasa'nın 86/8. maddeleri bu tip hizmet tespiti davaları için özel bir ispat yöntemi öngörmemiş ise de davanın niteliği kamu düzenini ilgilendirdiği ve bu nedenle özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi gerektiği Yargıtay'ın ve giderek Dairemizin yerleşmiş içtihadı gereğidir.

506 sayılı Yasa'nın 79/10. ve 5510 sayılı Yasa'nın 86/8. maddelerine göre Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalışıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalışıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları nazara alınır. Yasada yer alan 5 yıllık süre hak düşürücü olup mahkeme tarafından kendiliğinden nazara alınması gerektiği gibi davacının aynı işyerinde çalışmasını sürdürmesinin veya 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olma- yacağı ve hak düşürücü sürenin, kesilmesi ve durmasının mümkün bulunmadığı hukuksal gerçeği de ortadadır.

İşverenin, çalıştırmış olduğu sigortalılara ait hangi belgeleri Kuruma vermesi gerektiği Kanun'un 79/1.maddesinde açıkça ifade edildiği üzere yönetmeliğe bırakılmıştır. Atıf yapılan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin dördüncü kısmında işverence verilecek belgeler düzenlenmiştir. Bunlar, aylık sigorta primleri bildirgesi (SSİYön.Madde16) , dört aylık sigorta primleri bordrosu (SSİYön. Madde 17), sigortalı hesap fişi (SSİY. Yön. Madde 18) vs.dir. Yönetmelikte sayılan bu belgelerden birisinin dahi verilmiş olması halinde artık Kanun'un 79/10 (eski 8) maddesinde yer alan hak düşürücü süreden söz edilemez. Yargıtay uygulamasında anılan maddenin yorumu geniş tutulmakta; eğer sayılan belgelerden birisi işveren tarafından verilmişse burada Kurumun işçinin çalışmasından haberdar olduğu ve artık hizmet tespiti davası için hak düşürücü sürenin varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir.

Maddede belirtildiği üzere yönetmelikle tespit edilen belgelerin (iş giriş bildirgesi) verilmesi durumunda hak düşürücü süreden bahsedilemeyeceği gibi çalışmaların sigorta müfettiş raporu ile saptanması durumunda da hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemeyeceği açıktır. Bir sigortalının askere gitmeden önce çalıştığı işyerini askerliğe müteakip girmesi durumunda hizmet akdi mecburi hizmet nedeniyle kesilmiş olduğundan artık hak düşürücü sürenin oluştuğundan bahsedilemez. Davacıya ödenen ücretten sigorta primi kesilen hallerde, davacının iş ve sosyal sigorta mevzuatının öngördüğü sigorta hak ve yükümlülüklerini yerine

getirmesi nedeniyle Kurumun Yasa'dan kaynaklanan denetim ve inceleme görevini yapmaması karşısında hak düşürücü sürenin işlemeyeceği kabul edilmelidir.

Davacının sigortalı çalışmalarının Kuruma kısmen bildirildiği hallerde, eksik bildirimlere yönelik olarak açılan davada hak düşürücü süre işlemeyecektir. (Hukuk Genel Kurulunun 23.06.2004 gün ve 2004/21-369 E, 2004/371 K. sayılı kararı)

Ayrıca çalışmanın blok çalışma niteliğinde olması yani kesintisiz devam etmesi halinde hak düşürücü süreden bahsedilemeyeceği gibi, mevsimlik çalışmanın bulunması ve bu çalışmanın yıllar itibariyle kesintisiz sürdüğünün kabulü halinde de çalışılmayan dönemde hizmet akdi askıda olduğundan hükme esas alınan 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak, mevsimlik çalışmanın sona erdiği yılın sonu esas alınması gerekir.

Somut olayda, davacının 10/11/2000-30/06/2001, 13/09/2001-15/06/2002, 01/10/2002-13/06/2003, 01/10/2003-28/03/2004 tarihleri arasında okulların açık olduğu dönemlerde çalışmalarının bulunduğu, davacının talebinin okulların açık olduğu dönemlere göre 16/09/1988-28/03/2004 tarihleri arasında devam eden çalışmalarının tespitine yönelik olduğu anlaşıldığından davacının dava konusu ettiği süredeki çalışmalarının kesintisiz devam ettiğinin anlaşılması halinde hak düşürücü sürenin söz konusu olması mümkün değildir.

Yapılacak iş, davacının 10/11/2000-30/06/2001, 13/09/2001-15/06/2002, 01/10/2002-13/06/2003, 01/10/2003-28/03/2004 tarihleri arasında okulların açık olduğu dönemlerde çalışmalarının bulunduğu anlaşıldığından işin esasına girmek, tarafların gösterdikleri delilleri toplamak, davacının çalışmalarının okulların açık olduğu dönemler itibariyle kesintisiz devam edip etmediğini belirlemek, kesintisiz olduğunun anlaşılması halinde hak düşürücü sürenin söz konusu olamayacağını göz önünde bulundurarak sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 31/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edilir

21. HD E 2015/18310 E. , K2016/2691 T. 23.02.2016

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle, maddi tazminat talebinin reddine, 30.000.00TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi ve davalı vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 23/02/2016 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı vekili Avukat T S Ö ile karşı taraf vekili Avukat T H geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konusulup düşünüldü ve aşağıda karar tesbit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, kanuni gerektirici sebeplere göre taraf vekillerinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine.

2-Dava, 24.10.2009 tarihli iş kazasında yaralanarak %17 oranında sürekli iş göremezliğe maruz kalan sigortalının maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, 30.000,00-TL. manevi tazminatın kaza tarihi olan 24.10.2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, manevi tazminata ilişkin fazlaya dair is-

tem ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Maddi tazminat davası bakımından yapılan incelemeye göre: Kurumu tarafından karşılanmayan zararın ödetilmesine ilişkin davalarda (tazminat davaları) öncelikle haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tazminattan düşülmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir. 5510 sayılı yasanın 21/4. maddesine göre ise "... İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir." hükmü düzenlenmiştir.

Dosya kapsamından; 24.10.2009 tarihli iş kazasının oluşumunda %60 oranında davalı şirketin, %20 oranında dava dışı forklift sürücünün, %20 oranında ise davacı kazalının kusurlu olduğu, hükme esas alınan hesap raporunda davacı D.. A.'e Kurumca iş kazası sigorta kolundan bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin %80'inin rücuya tabi olduğu değerlendirilmesi ile hesaplanan zarardan düşüldüğü anlaşılmaktadır.

Somut olayda, davacı D.. A.'in maddi zararının belirlenmesi sırasında mükerrer tahsile neden olmamak için hesaplanan maddi zararlarından rücuya tabi Kurum tahsislerinin düşülmesi gerektiği hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. İhtilaf davacı D.. A.'in hesaplanan maddi zararından düşülmesi gereken Kurum tahsisinin rücuya tabi miktarının belirlenmesi hususunda olup 5510 Sayılı Yasanın 21/4 maddesinde açıkça iş kazasının üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi halinde sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin "yarısının" rücuya tabi olacağı düzenlenmiştir. Burada tartışılması gereken diğer bir husus da üçüncü kişi kavramından neyin anlaşılması gerektiğidir ki ilgili yasa metni ve başlığından anlaşıldığı üzere işveren dışındaki herkes üçüncü kişidir. Hal böyle olunca işbu dosyada yargılama konusu iş kazasında kusuru bulunan dava dışı forklift sürücünün üçüncü kişi sıfatını taşıdığı açıktır. Bu kapsamda davacının hesaplanan maddi zararından Kurum tahsisinin tenzili sırasında 5510 sayılı yasanın 21/4 maddesinin gözetilerek dava dışı forklift sürücünün kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile davalı işveren şirketin kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin tamamı toplamalarının düşülmesi gerekirken bu hususun gözetilmediği hesap raporuna itimat ile neticeye varılması doğru olmamıştır.

Manevi tazminat davası bakımından yapılan incelemeye göre: 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47 .maddesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi) hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile sigortalı yakınlarına verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez ve yine 22.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere zarar görenin müterafik kusurunun varlığı halinde bu durumun manevi tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu açıklamalar sonrasında somut olayda; tarafların sosyal-ekonomik halleri, iş kazasının meydana geldiği tarih, tarafların kusur durumu ile davacının yaralanmasının niteliği gözetildiğinde hüküm altına alınan 30.000,00-TL miktarlı manevi tazminat fazladır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, taraf vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Kararın yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, davacı ile davalı yararına takdir edilen 1.350.00TL. duruşma Avukatlık parasının karşılıklı olarak birbirlerine yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde taraflara iadesine, 23/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI DESTEKTEN • YOKSUNLUK

ÖZET:Kendi çalışmalarından dolayı yaşlılık aylığı alan baba, maddi tazminattan yararlanamaz. Üçüncü kişinin %80 kusura var ise bunun yarısı olan %40'ın tazminattan indirilmesi uygundur.

Y. 21. HD E. 2015/13669 E. , K.2015/22577, T.15.12.2015

Davacılar murisinin, iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle, davalılardan E.. S.. A.Ş. ve aleyhine açılan davaların reddine, davacıların diğer davalılar aleyhine açtıkları maddi tazminat davalarının reddine, 100.000.00TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte diğer davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacılar verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacılar vekilince duruşmasız, davalılardan vekilince de duruşmalı olarak talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 15/12/2015 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalılardan vekili Avukat ile karşı taraf vekili Avukat geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıda karar tesbit edildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre temyiz eden davalı vekilinin tüm davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava 29.08.2011 tarihinde meydana gelen trafik iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davacıların maddi tazminat istemlerinin reddine, manevi tazminat istemlerinin ise kısmen kabulüne karar verilmiş ve bu karar süresinde davacılar vekili ile davalılardan vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece davacılar yararına manevi tazminatların takdiri ve poliçe kapsamına göre sigorta şirketleri dışındaki davalılardan tahsiline karar

verilmesi ile kendi çalışmalarından dolayı yaşlılık aylığı aldığı anlaşılan davacı baba E.. C..’ın ölenin desteğinde olmadığına kabulü ve maddi tazminat isteminin reddi isabetlidir. Sigorta tahsisleri ile karşılandığından bahisle davacı anne A.. C..’ın maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi ise aşağıda açıklanan nedenlerle isabetli olmamıştır.

Davanın bu yönüyle yasal dayanağını, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nu oluşturmaktadır. Kanunun 55. maddesinde, “ Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez.” hükmüne yer verilmiştir.

Davaya konu iş kazası, 5510 sayılı Kanun’un yürürlük tarihinden sonra meydana geldiğinden, Kurumca rücu edilebilen peşin değer; kusurlu olan işveren bakımından 5510 sayılı Kanun’un 21/1, kusurlu üçüncü kişiler bakımından ise aynı yasanın 21/4 maddesine göre belirlenmelidir.

Davacı A.. C..’ın çocuğu olan sigortalı öldüğü iş kazasında; Sigortalının % 20, servis aracı sürücüsü olan davalı A.. A..’ın % 80 oranında kusurlu olduğu, davalı sigorta şirketlerinin kazanın meydana geldiği aracın zorunlu ve ihtiyarı mali mesuliyet sigorta poliçelerini düzenledikleri, diğer davalıların sorumluluğunun ise asıl ve alt işveren ile işleten olmaktan kaynaklandığı, dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.

Mahkemece 03.04.2015 günlü hesap bilirkişi raporu ile davacı A.. C..’ın hesaplanan zararından, anılan davacıya Kurumca bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin tamamının rücuya tabi görülerek hesaplanan zarardan düşülmek suretiyle maddi zararının karşılandığı sonucuna varıldığı görülmektedir.

Öncelikle zararlandırıcı sigorta olayının meydana gelmesinde sigortalının %20 oranında kusurlu bulunduğu belirgin olup, ilk peşin sermaye değerinin sigortalının kusuruna karşılık gelen % 20’lik bölümünün rücu edilmesinin söz konusu olamayacağı 5510 Sayılı Yasanın 21/1 maddesindeki düzenleme karşısında açıktır. Sigortalının kusurunun dışında kalan bölümün indirilmesinde ki yöntem gelince; Bu durumda indirim usulü, kusurun işveren ya da üçüncü kişide bulunmasına göre 5510 sayılı Yasanın 21/1 ve 21/4 maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Somut olayda servis araç sürücüsü olan davalı A.. A..’ın üçüncü kişi olduğu açıktır. Hal böyle olunca ilk peşin sermaye değerinin rücuya tabi olan bölümünün 5510 sayılı Yasa’nın 21/4. Maddesi dikkate alınarak be-

lirlenmesi gerekir. 5510 sayılı Yasa'nın 21/4. maddesinde ise "... İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir." hükmü düzenlenmiştir. Somut olay bakımından üçüncü kişinin kusurunun %80 olmasına göre; peşin sermaye değerinin rücu edilebilir bölümünün bunun yarısı olacağı, diğer bir deyişle hak sahibine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin %40'nın indirilmesi suretiyle, sigorta tahsisleri ile karşılanmayan zararın bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği açıktır.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmadan ve özellikle ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilir bölümü yerine tamamının indirilmesi suretiyle yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacılar vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, davacılar yararına takdir edilen 1.100.00 TL. duruşma Avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davacılar iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının davalılardan yükletilmesine, 15.12.2015 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

İŞ KAZASI • SÜRE VERİLMESİ

ÖZET: Bir olayın iş kazası olup olmadığının açık bir şekilde ortaya konulmasının zararlandırıci olaya dair yapılacak yargılamada mahkemelerin görevine ilişkin neticelerinin de bulunması nedeniyle önemli olup, olayın iş kazası olup olmadığına dair ihtilaf öncelikle Kurumun yapacağı tahkikata, sonrasında ise tarafların açacağı tespit davalarının neticesine bağlı bir ihtilaf olup açılan tazminat davalarında öncelikle çözümü gereken bir husustur.

Y. 21. HD. E.2016/4589 K.2016/4660 T. 17.03.2016

Davacılar murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, davalı B.H.P.M.ve D.S.T.L.Ş-ti yönünden görevsizliğine, davalı M.A. yönünden açılmamış sayılmasına karar vermiştir.

Hükmün, davacılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde oludğu anlaşıldıktan ve Tekkik Hakimi M.K. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

Dava, iş kazası neticesinde murislerinin vefat etmiş olması nedeniyle davacıların maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, görevsizlik kararı verilerek dosyanın İstanbul Anadolu Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiş, hüküm davalı Şirket vekili tarafından temyiz edimiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın ödetilmesine ilişkin davalarda (tazminat davaları) zararlandırıci sigorta olayının iş kazası niteliğinde olup olmadığı öncelikle Kurum tarafından tespit olunacak bir husustur.

Bir olayın iş kazası olup olmadığının açık bir şekilde ortaya konulmasının zararlandırıci olaya dair yapılacak yargılamada mahkemelerin görevine ilişkin neticelerinin de bulunması nedeniyle önemli olup, olayın

iş kazası olup olmadığına dair ihtilaf öncelikle Kurumun yapacağı tahkikata, sonra ise tarafların açacağı tespit davalarının neticesine bağlı bir ihtilaf olup açılan tazminat davalarında öncelikle çözümü gereken bir hususdur.

Somut olayda, meydana gelen olayın Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 12.06.2013 tarih ve 106225-İNC/11 nolu inceleme raporunda iş kazası olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı şirkete Kurumu taraf haline getirip olayın iş kazası olup olmadığının tespiti için bildiriminde bulunmak üzere süre verilerek bu davanın sonucu beklenmeden, olayın iş kazası olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle eksik araştırma ile davanın görev yönünden reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.

Diğer taraftan, davacının taraf olmadığı bir idari yargı kararındaki, davalı şirket ile davacı arasındaki iş ilişkisinin eser sözleşmesine dayandığı ve aralarında işçi işveren ilişkisi bulunmadığı yönündeki tespit, tazminat davasına konu zararlandırıcı olayın iş kazası olmadığına gerekçe yapılması da yerinde görülmemiştir.

Yapılacak iş; davalı şirkete, Sosyal Güvenlik Kurumuna ve hak alanını etkileyeceğinden dolayı davacı aleyhine “iş kazası olmadığının tespiti” davası açması için önel vermek, açılacak tespit davasını bu dava için bekletici sorun yaparak, verilen önelin sonucuna göre tüm delilleri bir arada değerlendirerek karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, usule uygun biçimde olayın iş kazası olduğu yönündeki Kurum tespitine rağmen, yazılı gerekçeyle görevsizlik yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 17.03.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI

TAZMİNAT HESAPLAMA YÖNTEMİ

ÖZET: Bu kapsamda davacının hesaplanan maddi zararından Kurum tahsisinin tenzili sırasında 5510 sayılı yasanın 21/4 maddesinin gözetilerek dava dışı forklift sürücünün kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile davalı işveren şirketin kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin tamamı toplamalarının düşülmesi gerekirken bu hususun gözetilmediği hesap raporuna itimat ile neticeye varılması doğru olmamıştır.

Tarafların sosyal-ekonomik halleri, iş kazasının meydana geldiği tarih, tarafların kusur durumu ile davacının yaralanmasının niteliği gözetildiğinde hüküm altına alınan 30.000,00-TL miktarlı manevi tazminat fazladır.

Y.21. HD. E.2015/18310, K.2016/2691, T.23.02.2016

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle, maddi tazminat talebinin reddine, 30.000.00TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi ve davalı vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine, dosya incelenerek, işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 23/02/2016 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı vekili Avukat T S Ö ile karşı taraf vekili Avukat T H geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konusulup düşünüldü ve aşağıda karar tesbit edildi.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, kanuni gerektirici sebeplere göre taraf vekillerinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine.

2-Dava, 24.10.2009 tarihli iş kazasında yaralanarak %17 oranında sürekli iş göremezliğe maruz kalan sigortalının maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, 30.000,00-TL. manevi tazminatın kaza tarihi olan 24.10.2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, manevi tazminata ilişkin fazlaya dair istem ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Maddi tazminat davası bakımından yapılan incelemeye göre: Kurumu tarafından karşılanmayan zararın ödetilmesine ilişkin davalarda (tazminat davaları) öncelikle haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tazminattan düşülmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir. 5510 sayılı Yasa'nın 21/4. maddesine göre ise "... İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir." hükmü düzenlenmiştir.

Dosya kapsamından; 24.10.2009 tarihli iş kazasının oluşumunda %60 oranında davalı şirketin, %20 oranında dava dışı forklift sürücünün, %20 oranında ise davacı kazalının kusurlu olduğu, hükme esas alınan hesap raporunda davacı D.. A..'e Kurumca iş kazası sigorta kolundan bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin %80'inin rücuya tabi olduğu değerlendirilmesi ile hesaplanan zarardan düşüldüğü anlaşılmaktadır.

Somut olayda, davacı D.. A..'in maddi zararının belirlenmesi sırasında mükerrer tahsile neden olmamak için hesaplanan maddi zararlarından rücuya tabi Kurum tahsislerinin düşülmesi gerektiği hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. İhtilaf davacı D.. A..'in hesaplanan maddi zararından düşülmesi gereken Kurum tahsisinin rücuya tabi miktarının belirlenmesi hususunda olup 5510 Sayılı Yasa'nın 21/4 maddesinde açıkça iş kazasının üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi halinde sigortalya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin "yarısının" rücuya tabi olacağı düzenlenmiştir. Burada tartışılması gereken diğer bir husus da üçüncü kişi kavramından neyin anlaşılması gerektiğidir ki ilgili yasa metni ve başlığından anlaşıldığı üzere işveren dışındaki herkes üçüncü kişidir. Hal böyle olunca işbu dosyada yargılama konusu iş kazasında kusuru bulunan dava dışı forklift sürücünün üçüncü kişi sıfatını taşıdığı açıktır. Bu kapsamda davacının hesaplanan maddi zararından Kurum tahsisinin tenzili sırasında 5510 sayılı yasanın 21/4 maddesinin gözetilerek dava dışı forklift sürücünün kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile davalı işveren şirketin kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin tamamı toplamalarının düşülmesi gerekirken bu hususun gözetilmediği hesap raporuna itimat ile neticeye varılması doğru olmamıştır.

Manevi tazminat davası bakımından yapılan incelemeye göre: 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47 .maddesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi) hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile sigortalı yakınlarına verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez ve yine 22.06.1966 gün 1966/7-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde de açıklandığı üzere zarar görenin müterafik kusurunun varlığı halinde bu durumun manevi tazminatın takdirinde göz önünde bulundurulması gerekir.

Bu açıklamalar sonrasında somut olayda; tarafların sosyal-ekonomik halleri, iş kazasının meydana geldiği tarih, tarafların kusur durumu ile davacının yaralanmasının niteliği gözetildiğinde hüküm altına alınan 30.000,00-TL miktarlı manevi tazminat fazladır.Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, taraf vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Kararın yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, davacı ile davalı yararına takdir edilen 1.350.00TL. duruşma Avukatlık parasının karşılıklı olarak birbirlerine yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde taraflara iadesine, 23/02/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ

AVUKATIN GÖREV SUÇLARINDA KAMU GÖREVLİSİ SAYILACAĞI

ZİMMET• HİZMET NEDENİYLE EMNNİYETİ SUİSTİMAL

SİGORTALI ÇALIŞAN AVUKAT • ETKİN PİŞMANLIK

ÖZET : Görev ve yetkisi nedeniyle tahsil ettiği ya da teslim aldığı paraları iş sahibi müvekkillerine ya da işvereni olan büro sahibi katılana teslim etmeyip mal edinmesi şeklindeki eylemlerinin zincirleme biçimde basit zimmet, iddianamenin 1, 16 ve 17 no.lu bentlerinde açıklanan, katılana ait büronun muhasebe servisinden avans mahiyetinde aldığı paraları, herhangi bir iş yapmadan ve karşılığında masraf belgesi de ibraz etmeden, uhdesine geçirmek ya da iş sahibi alacaklılara borçlusundan tahsil edilmediği halde alacak tahsil edilmiş gibi işvereni olan katılanın bilgisi ve rızası haricinde vermek suretiyle katılana yönelik zincirleme biçimde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçlarını oluşturur.*

Y 5. CD E.2013/13819, K2015/16465, T. 19.11.2015

Mahalli mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

5237 sayılı TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi

* www.hukukmedeniyeti.org

bir surette sürekli, sürekli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde “kamu görevlisi” tanımının yapıldığı, maddenin gerekçesinde de “...kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.” dendiikten sonra kamusal faaliyetin; “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.” biçiminde tanımlandığı, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/04/2011 gün 2010/9-258 Esas, 2011/46 sayılı Kararında, “5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki “kamu görevlisi” tanımında yer alan “katılan kişi” ibaresi ile madde gerekçesinde yer alan “kamusal faaliyet” açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında “kamu görevlisi”, yapılan faaliyetin de “kamusal faaliyet” sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve Yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.” denildiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1.maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki Baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 sayılı TCK’nın 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; 1136 sayılı Kanunun 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve Barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden avukatların kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı, 5237 sayılı TCK’nın 5. maddesinin 01/01/2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle anılan Kanunun genel hükümlerine aykırı olan sınırlayıcı nitelikteki Avukatlık Yasasının 62. maddesinin özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından zımnen ilga edilmiş sayılmasının gerektiği ve TCK’nın 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı da nazara alınarak, dosya kapsamına göre İstanbul Barosuna kayıtlı olup, 19/01/2006 – 08/04/2010 tarihleri arasında katılan Avukata ait büroda sigortalı olarak çalışan sanık Avukatın, iddianamenin 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 no.lu bentlerinde belirtilen ve 01/01/2009 tarihinden sonra görev ve yetkisi nedeniyle tahsil ettiği ya da teslim aldığı paraları iş sahibi müvekkillerine ya da işvereni olan büro sahibi katılana teslim etmeyip mal edinmesi şeklindeki eylemlerinin zincirleme biçimde basit zimmet, iddianamenin 1, 16 ve 17 no.lu bentlerinde açıklanan, katılana ait büronun muhasebe servisinden avans mahiyetinde aldığı paraları, herhangi bir iş yapmadan

ve karşılığında masraf belgesi de ibraz etmeden, uhdesine geçirmek ya da iş sahibi alacaklılara borçlusundan tahsil edilmediği halde alacak tahsil edilmiş gibi işvereni olan katılanın bilgisi ve rızası haricinde vermek suretiyle katılana yönelik zincirleme biçimde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçlarını oluşturacağı, iddianamenin 6 no.lu bendinde ifade edilen ve 01/01/2009 tarihinden evvel reddiyat makbuzuyla teslim aldığı teminat bedelini müvekkiline ya da iş sahibi katılan Avukata vermeyip mal edinmesi biçimindeki eyleminin de zimmet suçunun teselsülü mahiyetinde olduğu gözetilmeden, delillerin değerlendirilmesinde ve suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde sadece zincirleme biçimde güveni kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması,

Sanığın savunmasında katılanın zararını gidermek üzere Şişli 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/715 Esas sayılı dava dosyasını, davacısı A.D.'tan temlik almak suretiyle katılanın talimatı doğrultusunda H.C.B.'ya temlik ettiğini beyan etmesi karşısında bahse konu davanın akıbetinin araştırılması, dava temlik alan lehine neticelenmiş ise ve verilen karar kesinleşmişse katılanın zararının karşılanıp karşılanmadığının tespit edilmesi, keza sanık Avukat tarafından katılan Avukata verildiği anlaşılan 30/05/2010 vade tarihli 2.200.000 TL meblağlı senet bedelinin katılana ödenip ödenmediği, ödenmiş ise katılanın ve/veya üçüncü şahısların uğramış oldukları zararın tamamen giderilip giderilmediği hususlarının araştırılarak TCK'nın 168 ve 248. maddelerinin uygulanma kabiliyeti bulunup bulunmadığının tereddüde mahal bırakmayacak şekilde tespit edilmemesi,

Görevi kötüye kullanma suçunda, TCK'nın 53/1. maddesi gereğince hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olan hak yoksunluğuna hükmedilmemesi,

Yüklenen suçları TCK'nın 53/1-e maddesindeki hak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işleyen sanık hakkında aynı Yasanın 53/5. maddesinin uygulanmaması,

Katılan B.. G.. adına dosyaya vekaletname sunulmadığı halde, infazda tereddüt oluşturacak biçimde "...vekalet ücretinin sanıktan alınarak katıllara verilmesine," biçiminde karar verilmesi,

Hükmün esasını oluşturan kısa kararda sanıktan tahsili gereken yargılama gideri miktarının ve ayrıntılı dökümünün, keza gerekçeli kararın hüküm fıkrasında da yargılama giderinin ayrıntılı dökümünün gösterilmemesi suretiyle CMK'nın 324/2. maddesine muhalefet edilmesi,

Kanuna aykırı, katılan Levent vekili ile sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan, 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca hükümlerin **BOZULMASINA**, 19/11/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**BARODAN ATANAN AVUKATIN DURUŞMALARA
KATILMAMASI****ATAMANIN BARODAN KENDİSİNE BİLDİRİLMEDİĞİ
SAVUNMASI**

ÖZET: Sanığın atamadan haberdar olmadığına ilişkin savunması karşısında, kendisine bu görevlendirme ile ilgili olarak İstanbul Barosu tarafından yazılı veya sözlü biçimde bildirim yapıp yapılmadığı hususunun araştırılmasından sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraat kararı verilmesi doğru değildir.*

Y.5. CD E.2012/16082, K.2014/3733 T. 03.04.2014

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenecek, gereği düşünüldü:

İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, B.. M..nin 2009/234 Esas sayılı dosyasında yargılanan E.. I..a CMK'nın 150/3. maddesi uyarınca zorunlu müdafii olarak atandığı halde mazeret bildirmeksizin 18/05/2010, 16/09/2010, 22/12/2010 ve 15/03/2011 tarihli celselere katılmayarak görevini kötüye kullandığı iddiası ile cezalandırılmasının talep edildiği; duruşma tutanak suretlerinden anlaşıldığı üzere sanığın zorunlu müdafii olarak atandığı, başka suçtan tutuklu bulunan E.. I..ın 16/09/2010, 22/12/2010 ve 15/03/2011 tarihli celselerde hazır edildiği, ancak müdafii bulunmadığından savunmasının alınamadığı, yargılanan E.. I..ın bu celselerde hazır edilmesi amacıyla yapılan giderler, davanın gereksiz yere uzaması hususları nazara alındığında objektif cezalandırma şartının oluştuğu gözetilerek, sanığın haberdar olmadığına ilişkin savunması karşısında, kendisine bu görevlendirme ile ilgili olarak İstanbul Barosu tarafından yazılı veya sözlü biçimde bildirim yapıp yapılmadığı hususunun araştırılmasından sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraet kararı verilmesi,

* www.hukukmedeniyesi.org

Kanuna aykırı, O yer Cumhuriyet Başsavcı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 03/04/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATIN DURUŞMAYA KATILMAMASI

KATILMADIĞI DURUŞMALARDA ETKİLİ İŞLEMLERİN YAPILMAMIŞ VE ZARARIN BULUNMAMASI

ÖZET : Duruşmaya mazeret bildirmeksizin katılmadığı celsede esasa etkili bir işlemin yapılmadığı ve bir kısım sanıkların dinlenmesi için ara kararı kurulduğu ve 31/07/2007 tarihli celsede ise katılanın sanığı azlettiğine dair dilekçesi alınarak dosyaya konulduğu ve daha sonraki celselerde de katılana CMK 150/3. maddesi uyarınca müdafii atandığının anlaşılması karşısında beraatine hükmedilmesi gerekir. *

Y.5. CD E.2013/952, K. 2014/4458, T. 21.04.2014

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:

Adıyaman Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın İstanbul 9. Ağır Ceza (Kapatılan) Mahkemesinin 2006/65 Esas sayılı dava dosyasında 09/02/2006 tarihinde vekaletname ile katılanın vekilliğini üstlendiği, 15/06/2006 tarihinde yapılan ilk duruşmaya katılarak tahliye talep ettiği ve 28/09/2006 tarihli ikinci duruşmada da sanığın savunmasına katıldığını beyan ederek savunmada bulunduğu, 10/04/2007 duruşmaya mazeret bildirmeksizin katılmadığı celsede esasa etkili bir işlemin yapılmadığı ve bir kısım sanıkların dinlenmesi için ara kararı kurulduğu ve 31/07/2007 tarihli celsede ise katılanın sanığı azlettiğine dair dilekçesi alınarak dosyaya konulduğu ve daha sonraki celselerde de katılana CMK 150/3. maddesi uyarınca müdafii atandığının anlaşılması karşısında, azledildiğini öğrendiği için duruşmaya katılmadığını beyan eden sanığın bu savunmasının aksini kanıtlamaya ve katılanın mağduriyetine yol açtığına dair yeterli delil bulunmadığı ve atılı suçtan beraatine karar verilmesi

* www.hukukmedeniyeti.org

gerektiği halde yanılıklı değerlendirme ile yazılı şekilde mahkumiyetine hükmolunması,

Kabule göre de, 5237 sayılı TCK'nın 53/1-e maddesindeki yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle atılı suçu işlediği kabul edilen sanık hakkında aynı Kanunun 53/5. madde ve fıkrası gereğince, cezanın infazından sonra başlamak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Sanık hakkında tayin olunan kısa süreli hapis cezasının ertelendiği gözetilmeden TCK'nın 53/4. maddesi hükmüne aykırı şekilde hak yoksunluğuna karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 21/04/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU

CİNSEL İSTİSMAR

•

ONBEŞ YAŞINI TAMAMLAMIŞ MAĞDURE

ÖZET: Sanığın lise öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi kabul edilemez.

Y.CGK E. 2013/478, K.2014/34 T. 04.02.2014

Çocukların cinsel istismarı suçundan sanık A.. Ö.'in 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 43, 31/3, 62 ve 53. maddeleri uyarınca 5 yıl 6 ay 20 hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna ilişkin, Isparta Ağır Ceza Mahkemesince verilen 18.07.2008 gün ve 266-177 sayılı hükmün, sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 05.03.2013 gün ve 9213-2242 sayı ile;

“Nüfus kaydına göre 14 yaş 5 aylık olup bu yaşı Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulunca doğrulanan mağdurenin beyanı ve savunmaya göre, sanığa baştan beri kendisinin 16 yaşı içerisinde olduğunu söylediğinin anlaşılması karşısında, suç oluşumuna etkisi bakımından mağdurenin beslen-

me düzeni, hormonal gelişimi gibi faktörler dikkate alınarak nüfusa kayıtlı yaşından daha büyük gösterip göstermediği hususunda tam teşekküllü bir devlet hastanesi veya adli tıp kurumundan rapor alınması ve bu husus mahkemece de gözlemlendikten sonra kaçınılmaz hata halini düzenleyen TCK'nın 30. maddesi gözetilerek hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 08.05.2013 gün ve 21963 sayılı ile;

"...Mağdurenin sanığa 16 yaşında olduğuna ilişkin beyanları yaşa itiraz olarak değerlendirilebileceği ancak mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı ve kaçınılmaz bir hatanın da söz konusu olmadığı olayda TCK'nın 30. maddesindeki hata hallerinin mevcut olmadığı, Yüksek 14. Ceza Dairesinin uygulamaları incelendiğinde; 15 yaşından küçük mağdureler ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ancak bilahare mağdure ile resmi evlilik yapan veya birlikte yaşamaya devam eden ve ortak çocukları olan sanıklar ile alakalı davalarda, mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun, TCK'nın 30. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararları verildiği görülmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki 434. madde benzeri bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmaması karşısında, aile birliğini sağlamaya matuf bir uygulamanın hukuki olmaktan ziyade vicdani olarak değerlendirildiği kanaati uyandırmaktadır. Aynı durumda olup da resmi evlilik gerçekleştirmeyen sanıklar yönünden haksızlık oluşturabilecek bu uygulama, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunu cebir veya tehdit ile gerçekleştiren sanıklar açısından da uygulanabilirliği düşünüldüğünde, bu nitelikteki suçları işleyenlerin daha az ceza almaları veya eylemlerinin şikayete bağlı suça dönüşme ihtimali karşısında, adaletsiz ve kamu vicdanını zedeleyen kararların verilmesine yol açabileceği..." görüşüyle itiraz kanun yoluna başvuru olarak, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

5271 sayılı CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesince 21.05.2013 gün ve 5501-6314 sayılı ile, itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanık hakkındaki 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin

uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Mağdurenin 15.08.1991 doğumlu olup, lise birinci sınıf öğrencisi olduğu, sanık ve mağdurenin olaydan 6 ay kadar önce internet üzerinden tanıştıkları ve görüntülü olarak görüşmeye başladıkları, olay tarihinden bir ay kadar önce de yüzyüze gelerek konuştukları,

Mağdurenin 08.02.2006 tarihinde evinden kaçarak sanığın okulunun bulunduğu Keçiörlü ilçesine geldiği, telefon etmesi üzerine kendisini karşılayan sanığın öğrenci evinde 3 gün birlikte kaldıkları, bu süre içinde birden çok cinsel ilişki kurdukları,

Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporuna göre, hastane doğumlu olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamlamadığı ve 15 yaşının içinde olduğu,

Mağdurenin; sanıkla ilk tanıştığında 16 yaşında olduğunu söylediğini beyan ettiği,

Sanığın aşamalarda özetle; mağdurenin kendisine yaşını 17 olarak söylediğini savunduğu,

Anlaşılmaktadır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın "Hata" başlıklı 30. maddesi üç fıkra halinde;

"Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır." şeklinde düzenlenmiş iken, 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun 4. maddesi ile eklenen; "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz" biçimindeki dördüncü fıkra ile son halini almıştır.

Maddede çeşitli hata halleri düzenlenmiş olup, maddenin birinci fıkrasında suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir.

İkinci fıkra ile kişinin, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususundaki hatasından yararlanması öngörülmüş, buna göre, kardeşi olduğunu bilmediği bir kişiyi öldüren fail, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden olan kardeşini öldürmekten değil, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacağı, değersiz zannederek değerli bir kolyeyi çalan fail hakkında ise değer azlığı hükmünün uygulanacağı ilke olarak kabul edilmiştir.

Üçüncü fıkra, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı hüküm altına alınmış olup, fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir. Failin bu fıkra hükmünden yararlanabilmesi için, bulunduğu durum itibarıyla hatasının kaçınılmaz olması şartı aranmıştır.

Maddeye 5377 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkra ise, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, diğer bir ifadeyle, eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmişse ve bu yanlışlığı içinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır.

Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanması yönüyle kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi şartı aranmakta olup, hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Uyuşmazlığa ilişkin olarak maddenin birinci fıkrasının daha ayrıntılı ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde; "Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi vestiyerden kendisinin ki zannederek başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden

cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir.

Fıkra da ayrıca, maddi unsurlarda hata hâlinde, taksirle sorumluluğa ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabilirdi; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanlışlığında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır..." açıklamalarına yer verilmiştir.

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olup, bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik ya da hatalı bilgi, maddi unsurlara ilişkin bir hatadır. Bu hatanın kastın varlığına engel olacak düzeyde bulunması halinde sanığa ceza verilmeyecektir. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu belirtildiğinden, taksirle de işlenebilen bir suçun maddi unsurlarında tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu hataya düşülmesi kusurluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin, gerekli dikkat ve özeni göstermeden gece gördüğü karartıya av hayvanı olduğunu düşünerek ateş eden ve bir kişinin ölümüne neden olan fail, taksirle öldürmeden sorumlu olacaktır.

Öğretide bu konuya ilişkin olarak; "Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Örneğin, arkadaşını ziyarete giden bir kimsenin, arkadaşının olduğu düşüncesiyle bir başkasının konutuna girmesi veyahut onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla rızaen cinsel ilişkide bulunanın, mağdurun reşit olduğunu düşünerek bu eylemi gerçekleştirmesi." (M.E.A. - A.G. - A.C.Y., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, s. 522), "Failin suç tipindeki bir unsurda yanılması, bu suçun kasten işlenmesini engeller. Bu takdirde suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, so-

rumluluk taksirli suçtan dolayıdır." (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, s. 362) şeklinde görüşlere yer verilmiştir.

Uyuşmazlığa konu olan "Çocukların cinsel istismarı" suçu 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde düzenlenmiş olup, maddenin ilk iki fıkrası;

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğı gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklindedir.

Suçun maddi unsurlarından birisi de mağdur olup, kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde üç grup mağdura yer vermiştir. Birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğı gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış çocuklardır. Birinci ve ikinci grupta yer alan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın dahi gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış istismar suçunu oluşturmakta, eylemin bu kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi ise anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin suç oluşturmaları için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikayet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.

Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi

unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir.

Suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmeğe olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanık ile mağdurenin internet üzerinden tanıştıkları ve yaklaşık altı ay süreyle arkadaşlık yaptıkları sabit olan olayda, meslek yüksek okulu öğrencisi olan sanığın lise birinci sınıf öğrencisi olan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığından, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları mevcut değildir.

Bu nedenle, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2-Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 05.03.2013 gün ve 9213-2242 sayılı bozma kararının **KALDIRILMASINA**,

3- Usul ve kanuna uygun bulunan Isparta Ağır Ceza Mahkemesinin 18.07.2008 gün ve 266-177 sayılı kararının **ONANMASINA**,

4- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, 04.02.2014 günü yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

CİNSEL İSTİSMAR

SANIĞIN BİR SÜRE NİŞANLI KALDIĞI MAĞDURENİN YAŞININ 15'DEN KÜÇÜK BİLMEDİĞİ İDDİASININ DİNLENEMEYECEĞİ

**ÖZET:15 yaşını tamamlamayan mağdure ile rıza-
sıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocuğun cin-
sel istismarında ceza alması uygundur.**

Y. CGK E.2013/14-564, K.2013/445 T. 26.04.2013

Çocuğun cinsel istismarı suçundan sanık Ç.K.'ın 5237 sayılı TCK'nın 103/1-a-2, 43 ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 04.03.2009 gün ve 331-65 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 14. Ceza Dairesince 26.04.2013 gün ve 10320-5107 sayı ile;

"Nüfus kaydına göre 14 yaş 10 aylık olup bu yaşı Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulunca doğrulanan mağdurenin beyanı ve savunmaya göre, 02.08.2008 tarihinde resmî olarak evlendiği ve müşterek bir çocuğunun bulunduğu ve evliliğin de halen devam ettiği olayda, sanığa kendisinin 15 yaşından büyük olduğunu söylediğinin anlaşılması ve Adli Tıp uygulamalarına göre de, bazen kemik yaşının beslenme düzeni ve hormonal gelişim gibi faktörlerin tesiriyle gerçek yaşa göre farklılık gösterebileceğinin de bilinmesi karşısında, TCK'nın 30. madde hükümleri bakımından hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak ve mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemine de tespit ederek, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 21.06.2013 gün ve 167221 sayı ile;

"Bilindiği üzere 'hata' hali 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olup anılan maddede; '(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz' şeklinde düzenlenmiştir.

Anılan maddede çeşitli hata halleri düzenlenmiştir. Birinci fıkrada suçun maddi unsurlarında hata yani unsur yanılışına yer verilmiştir. Başka bir deyişle suçun kast bakımından bilinmesi gereken unsurlarındaki hatayı ifade eder. Maddi unsurlarda yanılış o suç ile ilgili yanlış ve eksik bilgi şeklinde ortaya çıkar. Bu durumda kast ortadan kalkacağı için fail hakkında beraat kararı verilecektir. Ancak fail maddi hususlarda eksik ve yanlış bilgi değil de şüphe ile hareket etmişse veya olası kast ya da bilinçli taksir söz konusu ise hatadan sözedilemez. Diğer taraftan maddi hatanın kişinin kusuruna dayanması durumunda bu fıkranın uygulama alanı bulunmamaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında da, suçun nitelikli unsurlarında hatayı düzenlemektedir. Bu durum da kastı ortadan kaldıracak cihetle, failin yalnızca suçun temel şekline göre cezalandırılır. Bu fıkrada belirtilen hata halinde kişi suçun temel haline ilişkin unsurlarında hataya düşmemiş ancak nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hata ile hareket etmiştir.

Kanunun 30/3. maddesinde iki farklı, hem hukuka uygunluk nedenlerinde hem de kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarındaki hata hali düzenlenmiştir. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarındaki yanılış durumunda fail bu hatasından yararlanır ancak hatanın kaçınılabılır olması halinde; sanık cezalandırılacaktır.

Maddenin dördüncü fıkrasında ise fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata haline yer verilmiştir. 'Fail kusurlu sayılması için, işlediği fiilin hukuk düzeni tarafından haksız kabul edildiği bilincinde olması gerekir. Fail yapacağı bir davranışın toplumsal düzeni korumayı amaçlayan sosyal ve hukuksal kurallara aykırı düştüğü bilincinde ise, haksızlık bilinci vardır.' (Türk Ceza Kanunu, Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç shf.820), Diğer yandan kaçınılabılır bir hataya düşen failin cezalandırılması gerekecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, dava konusu maddi olay değerlendirildiğinde; mağdurenin sanığa 15 yaşından büyük olduğuna ilişkin beyanının, mağdurenin yaşına itiraz olarak değerlendirilebileceği, ancak

mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı ve kaçınılmaz bir hatanın da söz konusu olmadığı olayda TCK'nın 30. maddesindeki hata hallerinin mevcut olmadığı, Yüksek 14. Ceza Dairesinin uygulamaları incelendiğinde; 15 yaşından küçük mağdureler ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ancak bilahare mağdure ile resmi evlilik yapan veya birlikte yaşamaya devam eden ve ortak çocukları olan sanıklar ile alakalı davalarda, mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı hususunun, TCK'nın 30. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararları verildiği görülmektedir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunundaki 434. madde benzeri bir düzenlemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmaması karşısında, aile birliğini sağlamaya matuf bir uygulamanın hukuki olmaktan ziyade vicdani olarak değerlendirildiği kanaati uyandırmaktadır. Aynı durumda olup da resmi evlilik gerçekleştirmeyen sanıklar yönünden haksızlık oluşturabilecek bu uygulama, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunu cebir veya tehdit ile gerçekleştiren sanıklar açısından da uygulanabilirliği düşünüldüğünde, bu nitelikteki suçları işleyenlerin daha az ceza almaları veya eylemlerinin şikayete bağlı suç dönüşme ihtimali karşısında, adaletsiz ve kamu vicdanını zedeleyen kararların verilmesine yol açabileceği düşünülmektedir" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

5271 sayılı CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesince 02.07.2013 gün ve 7156-8430 sayı ile, itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

İnceleme, sanık Ç. K. hakkında kurulan hükümle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma imkânının bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Nüfus kayıtlarına göre mağdurenin 01.02.1991, kardeşinin ise 21.07.1989 doğumlu olduğu, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 07.04.2008 günlü raporunda; mağdurenin olay tarihi olan 03.12.2005 de

radYOlojik olarak 15 yaşı içerisinde olduğu ve 15 yaşı tamamlamadığı görüşüne yer verildiği anlaşılmaktadır.

Mağdure kolluk anlatımında; kendi isteği ve ailesinin izni ile sanık ile imam nikahıyla evlendiğini ve sonrasında birlikte olduğunu, bir çocuklarının dünyaya geldiğini belirtmiş, mahkemede sanık ile sonradan resmi nikah yaptırdıklarını söylemiő,

Mağdurenin hakkında beraat kararı verilen babası sanık S.Ö.; kızının normalde 1989 doğumlu olduğunu, ancak nüfusa 1991 olarak kayıt edildiğini, kızının 15 yaşımdan büyük olduğunu, ancak nüfusta küçük gözük-tüğünden dolayı resmi nikah yapamadıklarını dile getirmiş,

Sanık kolluktaki savunmasında; mağdure ile ailelerinin rızası doğrul-tusunda 03.12.2005 tarihinde düğün yaparak evlendiklerini, ancak mağ-durenin yaşımdın küçük olması nedeniyle resmi nikah yapamadıklarını, düğün günü mağdure ile ilişkiye girdiklerini, 13.12.2006 tarihinde bir çocuklarının dünyaya geldiğini beyan etmiş,

Savcılıkta; mağdure ile rızasıyla birlikte olduklarını ve birlikte yaşı-dıklarını, imam nikahı yaptırmadığını, yaptığının suç olduğunu bilmedi-đini dile getirmiş,

Sorguda; kolluk anlatımı ile benzer olmakla birlikte mağdurenin ya-sımdın 15 den büyük olduğunu zannettiğini, çünkü mağdurenin kendisine böyle söylediğini, mağdurenin nüfusta küçük yazılması nedeniyle resmi nikah yaptıramadıklarını belirtmiş,

Mahkemede ise; önceki anlatımlarına benzer şekilde savunmada bu-lunmuőtur.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın "Hata" başlıklı 30. maddesi üç fıkra halinde;

"Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bil-meyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekteőtiđi hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekteőtiđi hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır" Şeklinde düzenlenmiş iken, 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun 4. maddesi ile eklenen, "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda ka-

çinilmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz" biçimindeki dördüncü fıkra ile son halini almıştır.

Maddede çeşitli hata halleri düzenlenmiş olup, maddenin birinci fıkrasında suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir.

İkinci fıkra ile kişinin, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususundaki hatasından yararlanması öngörülmüş, buna göre, kardeşi olduğunu bilmediği bir kişiyi öldüren fail, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden olan kardeşini öldürmekten değil, kasten öldürmenin temel şeklinden sorumlu olacak, değersiz zannederek değerli bir kolyeyi çalan fail hakkında ise değer azlığı hükmü uygulanacaktır.

Üçüncü fıkra, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait şartların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanacağı hüküm altına alınmış olup, fıkra hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir. Failin bu fıkra hükmünden yararlanabilmesi için içinde bulunduğu şartlar bakımından hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir.

Maddeye 5377 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkra ise, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, diğer bir ifadeyle, eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmişse ve bu yanlışlığı içinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları göz önünde bulundurulacaktır.

Üçüncü ve dördüncü fıkraların uygulanması yönüyle kişinin kaçınılmaz bir hataya düşmesi şartı aranmakta olup, hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Uyuşmazlığa ilişkin olarak maddenin birinci fıkrasının daha ayrıntılı ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasının gerekçesinde; "Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması duru-

mu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi vestiyerden kendisinininki zannederek başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir.

Fıkırada ayrıca, maddî unsurlarda hata hâlinde, taksirle sorumluluğa ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliriyorsa; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanılığında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır..." açıklamalarına yer verilmiştir.

Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olup, bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik ya da hatalı bilgi, maddi unsurlara ilişkin bir hatadır. Bu hatanın kastın varlığına engel olacak düzeyde bulunması halinde sanığa ceza verilmeyecektir. Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu belirtildiğinden taksirle de işlenebilen bir suçun maddi unsurlarında tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu hataya düşülmesi kusurluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin, gerekli dikkat ve özeni göstermeden gece gördüğü karartıya av hayvanı olduğunu düşünerek ateş eden ve bir kişinin ölümüne neden olan fail, taksirle öldürmeden sorumlu olacaktır.

Öğretide bu konuya ilişkin olarak; "Suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, eylemin suç teşkil etmesi için bulunması zorunlu hususlara ilişkin bir yanılmadır. Örneğin, arkadaşını ziyarete giden bir kimsenin, arkadaşının olduğu düşüncesiyle bir başkasının konutuna girmesi veyahut onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla rızaen cinsel ilişkide bulunanın, mağdurun

reşit olduğunu düşünerek bu eylemi gerçekleştirmesi." (Artuk/Gökçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, s. 522), "Failin suç tipindeki bir unsurda yanılması, bu suçun kasten işlenmesini engeller. Bu takdirde suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, sorumluluk taksirli suçtan dolayıdır." (Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, s. 362) şeklinde görüşlere yer verilmiştir.

Uyuşmazlığa konu olan "çocukların cinsel istismarı" suçu 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde düzenlenmiş olup, maddenin ilk iki fıkrası;

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılr.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklindedir.

Suçun maddi unsurlarından birisi de mağdur olup, kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde üç grup mağdura yer vermiştir. Birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklardır. Birinci ve ikinci grupta yer alan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın dahi gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış istismar suçunu oluşturmakta, eylemin bu kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi ise anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin suç oluşturmaları için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikayet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.

Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir. Suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır.

Bu bilgiler ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Sanık sorgudaki savunmasında mağdureyi onbeş yaşından büyük olarak bildiğini, çünkü mağdurenin kendisine böyle söylediğini belirtmiş ise de, belli bir süre mağdure ile nişanlı kalan ve sonrasında düğün yaparak birlikte yaşamaya başlayan sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğü yönündeki savunması hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, sanığa yaşı 15 den büyük olarak söylediği yönünde mağdurenin de aşamalarda bir anlatımı bulunmamaktadır. Kaldı ki sanık sadece sorgudaki savunmasında mağdureyi 15 yaşından büyük olarak bildiğini belirtmiş, kolluk, savcılık ve mahkeme aşamalarında mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğü yönünde bir savunmada bulunmamış, aksine mağdurenin yaşının küçük olması nedeniyle resmi nikahlarını yaptıramadıklarını belirtmiştir. Nitekim, mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamlamadığını belirten Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporu da bu savunmayı doğrulamaktadır. Dolayısıyla mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir.

Bu nedenle, onbeş yaşını tamamlamamış olan mağdure ile zincirleme şekilde rızasıyla cinsel ilişkide bulunan sanığın çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetlidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire bozma kararının kaldırılarak, yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyeleri M.A. ve İ.; "S.. Ç... 10.05.1987 doğumlu, soruşturma aşamasında evlendiği eşi mağdure Sel-

da 01.02.1991 doğumludur. 13.12.2006 tarihinde ortak çocukları B.'nin hastanede doğması sonrası sanık ile mağdurenin gayri resmi evli oldukları ihbarı üzerine sanık hakkında soruşturma başlatılmıştır.

Sanık Ç., mağdure ile 03.12.2005 tarihinde düğün yaparak gayri resmi olarak evlendiklerini belirtmiştir. Bu durumda, sanık ile mağdurenin evlendikleri tarihte mağdurenin yaşı 14 yıl 10 ay 1 gün, sanığın ise 18 yıl 6 ay 23 gündür.

Sanık ile mağdurenin gayri resmi evlenmelerinden 12 ay 10 gün (1 yıl 10 gün) sonra ortak çocukları B.13.12.2006 tarihinde doğmuştur. 03.12.2005 olan suç tarihi sanığın savunmasına göre belirlenmiştir.

Özetle yukarıda anlatıldığı şekilde gelişen olayda, çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılan sanık hakkında, TCK'nın 103/2. maddesi gereğince verilen 8 yıl 4 ay hapis cezası istismar kastı olmadığından TCK'nın 30/4. maddesi gereğince oluşan hatadan yararlandırılarak cezalandırılmaması gerektiği ve 14. Ceza Dairesinin hata nedeniyle araştırma öngören bozma kararı yerinde olduğundan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının karara ilişkin itirazının reddedilmesi gerektiğini düşündüğümüzden itirazın kabulü yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Şöyle ki;

1- Sanık, 14 yaş 10 aylık olan mağdure ile yaptığı gayri resmi evliliğinin cinsel istismar suçunu oluşturduğu hususunda kaşınılmaz hataya düşmüştür. TCK'nın 103. maddesinin başlığı 'Çocukların cinsel istismarı' şeklindedir. Kanun koyucu bu madde ile çocukların gelişimlerini tamamlayamamaları nedeniyle, bilerek veya bilmeyerek cinsel istismara maruz kalabilecekleri düşüncesiyle cinsel saldırılara karşı korunmalarını amaçlanmıştır. Nitekim bu düzenleme yerinde ve gereklidir. Çok ciddiyetle de takip edilip uygulanması gerekir.

2- TCK'nın 103. maddesinin birinci fıkrasında;

'Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası'

Maddenin ikinci fıkrasında ise,

'Cinsel istismarın vücuda organ sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası' öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi maddenin ilk fıkrası ve en ağır ceza öngören ikinci fıkrasında çocukların cinsel istismarından bahsedilmektedir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Başkanı ve on Genel Kurul Üyesi de; "Sanığın sorguda mağdurenin onbeş yaşından büyük oldu-

ğunu bildiğini, çünkü mağdurenin kendisine böyle söylediğini savunmuş olması, Adli Tıp Kurumu raporunda mağdurenin kemik yaşı itibariyle suç tarihinde 15 yaşını bitirmediğinin bildirilmiş olması karşısında, mağdurenin suç tarihinde fiziki görüntüsü itibariyle onbeş yaşından büyük olup olmadığının tespiti ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinden, yerel mahkeme hükmünün, somut olayda 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiğinden bahisle bozulmasına karar veren Özel Daire kararının isabetli olduğu" görüşüyle itirazın reddine karar verilmesi gerektiği yönünde karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının **KABULÜNE**,

2-Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 26.04.2013 gün ve 10320-5107 sayılı bozma kararının **KALDIRILMASINA**,

3- Usul ve kanuna uygun bulunan Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 04.03.2009 gün ve 331-65 sayılı kararının **ONANMASINA**,

4- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, 05.11.2013 günü yapılan birinci müzakerede gerekli çoğunluk sağlanamadığından, 12.11.2013 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYALAR

UYGULAMADAN DOSYA I

SENDİKAL FAALİYETLER • SENDİKAL TAZMİNAT

ÖZET: İşyerinde sendikal örgütlenme konusunda fiilen çaba gösteren, toplantılara katılan işçinin hizmet sözleşmesinin sendikal sebeple feshedildiği kabul edilmelidir.

Burada işçinin sendika üyesi olması şart değildir.*

Y9. HD E.2014/19048, K.2014/29915, T. 06.03.2014

DAVA : Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini

Yerel Mahkeme, isteği hüküm altına alınmıştır

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için TetkikHakimi E.S. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, 16.10.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Mahkememizde görülmekte bulunan Tespit (İşe İade İstemli) davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

YEREL MAHKEME KARARI

DAVA: Davacı vekili dilekçesinde özetle; müvekkili davacının davalı şirketin Şişli C. Alışveriş Mağazısında "Uzman Satış Danışmanı" olarak çalışmakta iken iş akdinin işveren tarafından haklı ve geçerli sebep olmadığı halde, sendikal faaliyetleri ve örgütlenme çalışmaları sebebiyle feshe-

* Selma BETİN, Bölge Adliyesi Mahkemesi İş Dairesi Başkanı, (Eski İstanbul 15. İş Mahkemesi Yargıcı)

dildiğini, davalı işverenin sendikal çalışmalara katılan tüm işçilere baskı uyguladığını ve bu çalışmalara katılarak işyerinde sendikal örgütlenme yapmaya çalışan tüm işçilerin iş sözleşmelerini sonlandırdığını iddia ederek, iş akdinin feshinin iptali ile davacının işe iadesini talep ve dava etmiştir.

CEVAP

Davalı vekili dilekçesinde özetle; davacı işçinin iş sözleşmesinin iş gerekleri ile feshedildiğini, müvekkili şirketin bon beş yıldır zarar ettiğini, 5 yıllık zararın 70 milyon TL olduğunu, bu nedenle ticari faali daraltılmasının zorunlu hale geldiğini, 2011 yılında önce T.Mobilya San. Tic. A.Ş. ile T. Mo ve Dek. Ür. Tic.A.Ş.'nin birleştirildiğini, sermaye azaltımına gidildiğini, bazı işyerlerinin kapatıl gerektiğini, son olarak da istimdan durumunun gözden geçirildiğini, 2011'in 2. yansından bu yana dı şirketin bir fabrikası, beş mağazası ve bir deposunun kapatıldığını, bazı mağazaların kapatıldığını, depoların da kapatılarak mağaza içi cep depoların oluşturulduğunu, 2011'de 85.000m2 olan mağaza alanının 60.000 m2'ye gerilediğini, satış alanında %40 küçülme uygulandığını 31.12.2011'de çalışan sayısı 1776 son olarak sayının 1342'ye düştüğünü, durumun SGK kayıtlarından görülebileceğini, sadece Şişli mağaza 526 m2 bağımsız depo alanının cep depoya dönüştüğünü, Avcılar mağazada 1700 m2 küçülme sözleşme imza aşamasında oludğunu, Bilkent mağazasında 1500 m2 küçülme çalışması, İzmit mağazasında da faaliyeti sonlandırma çalışması sürdürüldüğünü, davacının sendikal çalışması gerekçesiyle iş akdinin feshedildiği iddiasının asılsız olduğunu, davalı müvekkilinin davacının sendikal çalışma içinde oludğunu bu davadaki beyanlarıyla öğrendiğini, feshin küçülme nedeniyle son çere olarak uygulandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

DELİLLER

SGK kayıtları, işyeri kayıtları, tanık anlatımları, Mahkemece oluşan, usul ve yasaya uygun olduğu sonuç ve kaanatine ulaşılan bilirkişi raporu ile tüm dosya kapsamıdır.

GEREKÇE

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının iş sözleşmesinin sendikal nedenle fesih edilip edilmediği, işe iade koşullarını oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Normatif dayanak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19-20-21-22-25 maddeleridir.

Somut olayda; davacının davalı işyerinde belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kıdeminin altı aydan fazla olduğu, davacının işveren vekili olmadığı, işyerinde 30'dan fazla işçi çalıştığı hususları taraflar arasında ihtilafsızdır.

Dava konusu fesih bildiriminde;

“02/06/2009 tarihinden bu İşyerimizde çalışıyorsunuz. Şirketimizin iş hacminin düşmesi sonucu işyeri daraltılması uygulamasına gidilmiş olup bu çerçevede şirketimizin Ankara’da, İstanbul’da bulunan bazı mağazaları kapatılmış olup, devam işyerlerimizdeki istihdam durumu da yeniden gözden geçirilmiş, bu süreçte personel azaltılması kaçın hale gelmiştir. Açıklanan nedenler ile iş sözleşmeniz 4857 sayılı İş Kanununun 17-18 Maddelerine istinadla 25/03/2013 tarihi itibarıyla feshedilmiştir.” denilmek suretiyle iş akdi işveren tarafından feshedilmiştir.

Davacı işçinin iş sözleşmesi, davalı işveren tarafından fesih bildirimi ile belirtilen organizasyonel yapılanma ve küçülme nedeniyle feshedilmiştir. Bu nedenle konuya işletme yönetimi açısından yaklaşılması gerekir.

Davalı şirket bir işletme olup; İşletmelerin genel olarak üç tür amacı vardır: Kar elde etme, varlığını sürdürme ve sosyal sorumluluk (topluma hizmet). Ekonomik bir birim olan işletme, toplumun ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri üretilirken ekonomik olma ilkesi güder, faaliyetlerini verimli, etkin ve karlı şekilde yürütmeye çaba gösterir.

İşletmeler yaşamlarını devam ettirmek amacıyla çeşitli yönetsel ve organizasyonel kararları almakla serbest olmakla birlikte bu tür çalışmaların hukuksal sonuçları da önem taşımaktadır.

Yeniden yapılanma çalışmaları işletmelerin yukarıdaki amaçlarını gerçekleştirmelerine etkinlik kazandırmak için yapılabilir. Organizasyonda yapılması öngörülecek değişiklikler ancak bunların kuruluşlarına olanak veren yasal veya yönetsel metinlerde değiştirmeler yapılarak sağlanır. İşletmeler yaşamlarını devam ettirmek amacıyla çeşitli yönetsel ve organizasyonel kararları almakta serbest olmakla birlikte bu tür çalışmaların hukuksal sonuçları da önem taşımaktadır. İşletmesel nedene dayanan fesih halinde, işletmesel kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme ve değerlendirme yapılamayacağı gibi yerindelik denetimi de yapılamaz. Buna karşılık yargı denetimi, bir işletmesel kararın alınıp alınmadığı, bu işletmesel kararın alınmasına yol açan işyeri içi veya dışı olguların gerçekten mevcut olup olmadığı, bu işletmesel kararın gerçekten uygulanıp uygulanmadığı ve işletmesel karar ile çalışma yerlerinin ortadan kalkması arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunup bulunmadığı

yönünde yapılabilir. Yani işletmesel karar ile bu kararın uygulanmasında başvurulacak araç ve yöntemlerin ölçülmesi yargısal denetime dahildir. davalı işverenin fesih kararı tutarlılık, keyfilik, ölçülülük ve gereklilik yönünden denetlenebilir.

Şirketin 21 No ve 30/04/2013 tarihli Yönetim Kurulu kararında Bayrampaşa, Merter, Ankamall, Modoko, Ank. Siteler mağazalarının kapatılması, Bursa, İzmit'in küçülmesi, Adana'nın AVM içinde daha ekonomik mağazaya taşınması, döneminde 3 milyon TL olan faaliyet zararının 31/03/2013 döneminde 1,3 milyon TL'ye gerilediği görüldüğü, iyileşmenin sınırlı olduğu, halen kredi borcunun 53 milyon gibi büyük bir rakam olması, Zararda olunması nedenleri ile ilave önlemler alınması gerektiği, buna bağlı olarak Avcılar, İzmit, Bursa, Antalya mağazalarının küçülmesi, gerekirse kapanması, uygunsa bayi ya da 3. şahıslara devri, Bilkent mağazasının yeniden küçültülmesi, alımlarının sıkı kontrolü, işgücü planlaması yapılarak gerek olması halinde personel azaltımı yapılması, ilave tasarruf tedbirlerinin alınması kararlaştırılmıştır. Şirketin 31/10/2012 tarihli ve 253 nolu Yönetim Kurulu Kararında da kredi borcu ve zarar nedeniyle benzeri kararlar alındığı ve iş gücü planlaması yapılarak gerek olması halinde personel azaltımı yapılması, ilave tasarruf tedbirlerinin alınmasının kararlaştırıldığı görülmektedir.

Belirtilen iki karardan 31/10/2012 tarihli karar, fesihlerden çok öncesine, önceki yıla ait olup fesi ilerle ilişkilendirilmesi güç olmaktadır. 30/04/2013 tarihli Yönetim Kurulu Kararı fesihlerinin uygulandığı döneme gelmektedir. Ancak, dava konusu fesihlerin 8 adedi bu karardan önce 29/04, 23/04 ve 25/03, diğerleri ise 03/05, 06/05 ve 10/05 tarihlerinde, bu karardan hemen sonraki haftada gerçekleştirilmiştir. Karardan önce uygulanan fesihlerin bu kararla da ilişkilendirilemeyeceği açıktır. Karardan hemen sonra uygulanan fesihlerin ise yeterli araştırma, çalışanların başka bölümlerde değerlendirilmesi vb. çalışmalar yapılamadan uygulanmış olacağı düşünülmektedir.

Dosyaya sunulan diğer kararlardan 2011 yılı gibi ya çok eski, ya da örneğin 22 nolu 17/06/2013 tarihli karar veya 33 nolu ve 26/07/2013 nolu kararlar gibi fesih tarihlerinden sonraya ait, fesihlerle doğrudan ilişkilendirilmeyecek kararlar oldukları belirlenmiştir. Belirtilen hiç bir kararda, şirketin davacının çalıştığı C. Mağazasının küçültülmesine yönelik somut bir ifadeye rastlanmamıştır.

Yukarıda söz edilen iki karar ile dosyadaki eski tarihli ve fesih sonrasına ait tüm Yönetim Kurulu kararlarının dava konusu fesihlerle ilişkilendirilmesi mümkün değildir.

İşletmesel kararın feshe yol açabilmesi için iş yokluğu veya azalmasına neden olması, bu zorunlu iş azalmasının soncunda işgücü fazlasının ortaya çıkması gerekir. İşletmede gerçekleştirilen işlerin dağılımı, yoğunluğu, gereken personel sayısı ve nitelikleri, iş azalması sonucunda da hangi kadrolarda fazlalık olduğu İş Değerleme çalışmaları ile belirlenebilmektedir. İş Değerlendirme yöntemleri, işletmelerde performans ölçüm ve adaletli bir ücretlendirme için uygulanmaktadır. “Norm kadro” çalışması olarak da tanımlanabilecek bu çalışmalar neticesinde birimlere ve kişilere düşen işler ve yoğunluk değerleri belirlenmekte, personelin gerçekleştirdiği kişi başına üretilen veya raporlanabilen ürün/hizmet miktarı ile hizmet cirosu veya birim cirosu ile personel sayısı arasındaki oranlar belirlenmekte, iş yokluğu ya da azalması bu şekilde tespit edilebilmektedir.

Davalı tarafın, davacı işçinin performansına, verimine veya yeterliliğine ilişkin herhangi bir iddia bulunmamaktadır. Bu nedenlerle işin ve hizmetin gereğinin kalmadığı ispatlanamamıştır.

Bunun yanı sıra; dosyada norm kadro çalışması yapıldığına dair bir delil sunulmamış, davacı işçinin çalıştığı birimin ürettiği faydalardaki nitel ya da nicel değişimler belirtilmemiştir. Örneğin birimin gerçekleştirdiği kişi başına raporlanabilen hizmet sayısı veya şirket cirosu ile birimin personel sayısı arasındaki oranlarda bu oranlarda oluşan (varsa) azalmalar belirtilebilirdi. Bu türden oranlar ve mağazadaki personel sayısının gereğinden fazla olduğuna yönelik ispatlayıcı veriler verilememiştir. Bu verilerin bulunmaması sebebiyle de personelin gerçekleştirdiği çalışmalardan elde edilen nitel ya da nicel faydalarda zaman içinde nasıl bir değişim gözlemlendiği, personelin performansının ve sağladığı faydanın ne kadar değiştiğine ilişkin sonuca ulaşılammıştır.

Küçülme stratejisi veyahut işletmesel karar neticesinde yeniden yapılanmaya gidilen işletmelerde istihdam fazlalığı oluşabilmektedir. Bu durumda işveren istihdam fazlalığı oluşan bölümlerdeki işgücünü başka bölümlerde değerlendirmeye çalışmalı, aynı veya benzer nitelikte yeni personel istihdam etmememi, benzer veya aynı pozisyonlara yeni personel gerektiğinde öncelikle yapılanma neticesinde istihdam fazlalığı haline gelen personeline bu olanağı sunmalıdır. Bu yaklaşım, işverinin feshe son çare olarak yaklaştığını ve işletmesel kararı tutarlılıkla uyguladığını, keyfi uygulamadığını göstermesi bakımından önem taşımaktadır. İşletmesel kararın tutarlı şekilde uygulandığının denetlenebilmesi amacıyla fesih sonrası 6 aylık döneme ait SGK sigortalı hizmet listelerinin incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Davalı tarafından dosyaya 04/02/2013 tarihli dilekçe ekinde Eylül, Ekim, Kasım, Aralık 2012 ve Ocak, Şubat, Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos, Eylül, Ekim, Kasım 2013 dönemlerine ait yeni işe alımları ile işten çıkışlarının listesi sunulmuştur. Bu listelerde davalı şirketin fesih döneminde ve Yönetim Kurulu kararlarında belirtilen küçülme ve personel tenkisiatı dönemlerinde 375 personelin iş sözleşmelerinin sonlandırıldığı, yine bu dönemde 351 yeni personelin ise işe alındığı görülmektedir.

İşe yeni alınan 251 personel arasında; çok sayıda Kasa Personeli, Satış Danışmanı, Müşteri Hizmetleri Personeli, Depo Personeli, Cep Depo Şefi, az sayıda da Satış Müdürü, Satış Müdür Yardımcısı, Kuransal İletişim Müdürü, Gör.Düz. Sorumlusu, Planlama Elemanı, Muhasebe elemanı, Muhasebe Müdürü, Bilgisayar Operatörü, Veri Uzmanı, Çağrı Merkezi Elemanı ve enzeri kadrolarda personel bulunduğu belirlenmiştir.

Davacının unvanlarının Satış Danışmanı, Depo Personeli, Satış Müdür Yardımcısı, Kasa Personeli, Müşteri Hizmetleri Personeli, Satış Müdürü oldukları göz önüne alındığında belirtilen ve yeni personel alınan pozisyonlarda değerlendirilebilecekleri görülmektedir.

Dosyaya sunulan davalı şirketin Şişli üyükdere Caddesindeki davacıların çalıştığı işyerine ait 2012/10 ve 2013/09 dönemleri (ve u dönemler arasındaki tüm dönemler dahil) S.G.K. kayıtları incelendiğinde, söz konusu mağazada bu dönemde 70 yeni çalışanla iş sözleşmesi kurulduğu, 77 çalışanın ise iş sözleşmesinin sonlandırıldığı görülmektedir. (Mağaza toplam çalışan sayısının son dönemde 49 olduğu görülmektedir.)

Davalı işverenin, bir yandan küçülme sebebine dayanarak personel azaltımına giderken, diğer taraftan fesih döneminde yeni işçiler istihdam ettiği anlaşılmaktadır. İşveren, işletmeden kaynaklanan geçerli nedenle fesih işlemi yönündeki işletmesel kararlarla çelişen uygulamaları girmemelidir. Yeni personel alımı yapan şirketin fesih için gösterdiği gerekçelerin ve istihdam fazlası iddiasının inandırıcılıktan uzak olmaması gerekir.

Bu durumda, aynı veya başka pozisyonlar için dahi olsa yeni işçiler alınması halinde işyerinde istihdam fazla sınırının ortaya çıktığı söylene-meyecektir. İş sözleşmesinin feshi dışında, görev yeri değişikliği ve başka bölüm/departmanlarda çalıştırma olanağının araştırıldığına ilişkin herhangi bir delil bulunmamaktadır, davalı şirketin ticari büyüklüğü ve işletmesel hacmi göz önüne alındığında, davacının işyerindeki tecrübesi dikkate alınarak görev ve pozisyon değişikliği yapılabilir, kendisine uygun başka bir bölüm veya birimde çalıştırılması İması yoluna gidilebilir,

kendisine gerekirse bir alt pozisyon görevi teklif edilebilirdi. Bu yünden davalı iş veren tarafından feshin son çare olması ilkesine de uyulmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Bunun yanı sıra dosyadaki ihtilaflardan bir diğeri de davalının davacının iş sözleşmesini sendikal nedenlerle feshedip feshetmediği noktasında toplanmaktadır.

İş sözleşmesinin nedenlerle feshedildiğinin ispat yükü davacı işçiye aittir. İşverenin, işçinin iş sözleşmesinin sendikaya üye olması sebebiyle feshetmesi halinde, sendikal nedenlerle fesih söz konusudur. İşçinin sendikal üyeliği sebebiyle feshe korunması kapsamına işçinin bağımsız bir sendika üyesi olması gibi böyle bir sendikaya üyelik teklifinde bulunulması da girmektedir. Sendikal faaliyet ise işçilerin sendikanın toplantılarına katılması, yeni üye kaydetme çalışmaları, sendika yetkilileriyle görüşme, sendika ile ilgili seçimlere ve oylama katılma olabilir. İşçilerin sendikaya üye olma hakkı olumlu sendika hürriyetinin bir sonucu olup sendikal nedenlerle fesihden bahsedebilmek için, işçinin ayrıca sendikal faaliyete katılmış olması da şart değildir. Sözleşmesi feshedilen işçinin sendika üyesi olduğunu ispat etmesi, feshin sendikal nedenlerle yapıldığı anlamına gelmez, işçinin ayrıca feshin sendikal nedenlerle yapıldığını ispat etmesi gerekir. Buna karşılık, işçinin feshin sendikal nedenlerle yapıldığını ispat etmesi oldukça güçtür, feshin sendikal nedelelere dayandığını ispat etmesi olumlu işçi belirli bir olaydan çok, işverenin gerçek niyetini yani bir başka ifadeyle işverenin işlemine neden olan saik ortaya çıkarılması gerekir.

Sendikal tazminatın ispatlanması güç bir hususdur.

Dava konusu somut olayda; davacının herhangi bir tartışma konusu değildir, ancak sendika üyeliği olsa bile tek başına bu husus sendikal nedenle feshi ispatlamaya yeterli değildir. Davacının sendikaya üyeliği olmasa da tüm dosya kapsamındaki delillerden özellikle ayrıntılı alınan tanık anlatımları ile anlatılan olayların kronolojisi birlikte değerlendirildiğinde; davalı işverene bağlı işyerlerinde sendikal örgütlenmeyle ilgili olarak işyerinde personelden sorumlu tüm işçilerin bu amaçla iş ve işyeri şartları ile ilgili olarak bir araya gelmesi halinde, bu durumun derhal yöneticilerin araştırmasına ve sorgulama yapmasına neden olduğu, davacı ve birlikte dava açan işçilerin her ne kadar sendikaya üye olmasalar da sendikal örgütlenme çabasında oldukları, bunun için davalıya ait işyerlerinde sendikaya üye olma yol ve yöntemleri hususunda toplantılar yaptıkları, durumu fark eden yöneticilerin davacıyı ve diğer bu şekilde davranan işçileri yemek molalarında ve iş çıkışlarında izlemeye aldıkları ve sonuçta elde

ettikleri sendikal faaliyette bulundukları kanaatiyle iş akitlerini feshettikleri sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

HÜKÜM:

1- Davacının **KABULÜNE**

2- Davalı işverence yapılan **FESİHİN GEÇERSİZLİĞİNE**

3- Davacının **İŞE İADESİNE**

4- Davacı işçinin iş akdinin sendikal nedenle feshedildiği kanaatine varıldığından 6356 sayılı yasanın 25/4 ve 5. mad. Gereğince davacı işçinin 1 yıllık ücreti tutarında sendikal tazminatın davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin **TESPİTİNE**,

5- Davacı işçinin işe iade için 10 günlük yasal süre için de işveren aşvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşeceği tarihe kadar gerçekleşen en çok 4 aylık ücretinin ve diğer haklarının davalıdan alınarak davacıya ödenmesi gerektiğinin **TESPİTİNE**,

6- Davacı işçinin süresi içinde işe başlatılması durumunda varsa bu alaktan peşin ödenen ihbar ve kıdem tazminatının **MAHSUBUNA**,

7- 1.500 TL vekalet ücretinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine

8- Davacının yaptığı 48 TL tebligat gideri, 20,55 TL müzekkere gideri, 52,35 TL harç gideri, olmak üzere toplam 120,9 TL'nin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine,

9- Alınması gereken 25,30 TL harçtan peşin harcın mahsubu ile 0,90 TL eksik harcın davalıdan alınarak hazineye gelir kaydına

10- Tarafların yatırmış olduğu gider avansından kalanın karar kesinleştiğinde ve talep halinde kendilerine iadesine,

Dair, taraf vekillerinin yüzlerine karşı 5521 sayılı yasanın 8. md. HMK. nın 297/ç md. gereğince taraf vekilleri yönünden tefhimden itiaren Yargıtay ilgili dairesinde 8 gün içinde temyizi kabil olmak üzere verilen karar açıkça okundu, usulen anlatıldı. 06/03/2014

UYGULAMADAN DOSYA II

SOSYAL GÜVENLİK HAKKI

• FERAGAT

ÖZET: 5510 sayılı Yasa m.92 Gereğince Sosyal Güvenlik hakkından vazgeçmek mümkün değil ise de kesin hüküm teşkil etmemek üzere davanın feragat nedeniyle reddi mümkündür. *

Y. 10 HD E.2015/14564, K.2015/14767, T. 14.09.2015

Dava, hizmet tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tekkik Hakim tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Hüküm davacı tarafından süresinde temyiz edilmiş ise de, davacı tarafından 29.04.2015 tarihinde temyiz isteğinden vazgeçtiğinin bildirilmiş olması karşısında, temyiz dilekçesinin feragat sebebiyle reddi cihetine gitmek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçelerle davacının temyiz dilekçesinin feragat nedeniyle **REDDİNE**, 14.09.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YEREL MAHKEME KARARI

Mahkememizde görülmekte bulunan Tespit (Sosyal Güvenlik Hukuku İle İlgili Tespit Davaları) davasının yapılan açık yargılamasının sonunda.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

İDDİA: Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin davalı İNİN ikamet ettiği E. Mah. A. Yol M.Residences ... Blok D:10 Beşiktaş - İSTANBUL adresindeki evinde ve dışarıdaki işlerinde 11/05/2000 tarihinden 31/07/2010 tarihine kadar kesintisiz ve sürekli olarak çalıştığını,

* Gönderen: Av. Murat TOPÇUOĞLU

müvekkilinin sigorta yapılmasını talep etmesine ve talebini defalarca yinelenmesine karşın sigorta girişinin yapılmadığını beyan ederek, müvekkilinin davalı yanında 11/05/2000 tarihinden 31/07/2010 tarihine kadar çalıştığının tespiti ile müvekkilinin sigorta hizmetlerinden yararlanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

SAVUNMA

Davalı İlhan Tara Şahin vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının müvekkili nezdinde çalışma talebinde bulunduğunu, davacının ayda iki ya da üç kez gelerek ağırlıklı olarak ev hizmetlerinde genellikle de temizlik işlerinde çalıştığını, çalışmasının sürekli olmadığını, beyan ederek; davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekili cevap dilekçesinde özetle; kurum kayıtlarında mevcut olan durumun aksini iddia eden davacının HMK uyarınca aynı nitelikte belgelerle davasını ispat etmesi gerektiğini, hizmet akdine dayalı olarak eylemli veya gerçek biçimde çalışmasının da varlığının gerektiğini, bunun için işyeri kayıtları, kurum kayıtları ve 4 aylık dönem bordrolarının getirilmesi ve bu dönemde çalışan bordro tanıklarının dinlenmesinin filili ve gerçek çalışmanın tespiti bakımından zorunlu olduğunu beyan ederek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

KABUL VE GEREKÇE:

Dava, davacının davalı işverenin yanında 11/05/2000-31/07/2010 tarihleri arasında çalıştığının tespiti istemine ilişkindir.

Davacı asil ve vekili 29/04/2015 havale tarihli dilekçesi ile; açmış oldukları davadan ferat ettiklerini beyan etmişler, davacı vekilinin vekaletnamesinde feragat yetkisi bulunmadığından davacı asil mahkememizin 29/04/2015 tarihli oturumunda feragat beyanını imzası ile tasdik etmiştir.

Somut olayda; davacı asil ve vekili 29/04/2015 havale tarihli feragat dilekçesi ile açmış oldukları davadan feragat ettiklerini beyan etmiş, davacı asil ve vekilinin mahkememizin 29/04/2015 tarihli oturumunda feragat beyanını yinelenmesi ve davacı vekili ile davalı işveren vekilinin masraf ve vekalet ücreti talep etmediklerini beyan etmiş olması karşısında; 5510 sayılı Yasa'nın 92. maddesine göre Sosyal Güvenlik Hakkından vazgeçmek mümkün olmamakla birlikte kesin hüküm teşkil etmemek üzere davadan feragat etmenin mümkün olmasına göre, 11/04/1940 günlü ve 70 sayılı içtihadı birleştirme kararı gereğince davanın feragat nedeniyle reddine karar vermek gerekmiş ve buna dair aşağıdaki şekilde hüküm fıkrası tesis kılınmıştır;

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Davadan feragat nedeniyle davanın reddine,

Harçlar Kanununa göre alınması gereken 27,70 TL karar ve ilam harcından peşin olarak alınan 24,30 TL'nin mahsubu ile bakiye 3,40 TL'nin davacıdan tahsili ile hazineye irat kaydına,

Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin kedi üzerinde bırakılmasına, kararın kesinleşmesine müteakip bakiye gider avansının davacıya iadesine;

Davalı SGK kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden hüküm tarihi itibari ile yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince 1.500,00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı SGK'ya verilmesine,

Dair, taraf vekillerinin yüzüne karşı kararın tefhiminden itibaren 8 gün içinde Yargıtay nezdinde temyiz yasa yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 29/04/2015

YARARLI BİLGİLER

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Ocak	8.89	11.11	5.33	5.22	9.59	5.50
Şubat	9.23	10.96	4.72	6.11	8.79	5.61
Mart	9.36	10.79	4.23	6.95	8.03	5.64
Nisan	9.17	10.72	3.74	7.89	7.36	5.47
Mayıs	9.21	10.57	3.27	8.66	6.98	5.19
Haziran	9.42	10.24	3.18	9.03	6.74	
Temmuz	9.59	9.88	3.23	9.26	6.43	
Ağustos	9.76	9.33	3.39	9.55	6.14	
Eylül	10.03	8.60	3.58	9.84	5.92	
Ekim	10.26	7.80	3.93	10.11	5.58	
Kasım	10.72	6.98	4.10	10.32	5.33	
Aralık	11.09	6.09	4.48	10.25	5.28	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2012	2013	2014	2015	2016	2012	2013	2014	2015	2016
Ocak	0.38	0.18	3.32	0.33	0.55	0.56	1.65	1.98	1.10	1.82
Şubat	-0.09	0.13	1.38	1.20	-0.20	0.56	0.30	0.43	0.71	- 0.02
Mart	0.36	0.81	0.74	1.05	0.40	0.41	0.66	1.13	1.19	- 0.04
Nisan	0.08	-0.51	0.09	1.43	0.52	1.52	0.42	1.34	1.63	0.78
Mayıs	0.53	1.00	-0.52	1.11	1.48	-0.21	0.15	0.40	0.56	0.58
Haziran	-1.49	1.46	0.06	0.25		-0.90	0.76	0.31	-0.51	
Temmuz	-0.31	0.99	0.73	-0.32		-0.23	0.31	0.45	0.09	
Ağustos	0.26	0.04	0.42	0.98		0.56	-0.10	0.09	0.40	
Eylül	1.03	0.88	0.85	1.53		1.03	0.77	0.14	0.89	
Ekim	0.17	0.69	0.92	-0.20		1.96	1.80	1.90	1.55	
Kasım	1.66	0.62	-0.97	-1.42		0.38	0.01	0.18	0.67	
Aralık	0.12	1.11	-0.76	-0.33		0.38	0.46	-0.44	0.21	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2012	2013	2014	2015	2016	2012	2013	2014	2015	2016
Ocak	0.38	1.88	3.32	0.33	0.55	0.56	1.65	1.98	1.10	1.82
Şubat	0.29	0.31	4.75	1.53	0.34	1.13	1.95	2.41	1.82	1.80
Mart	0.65	0.50	5.52	2.60	0.75	1.55	2.63	3.57	3.03	1.75
Nisan	0.73	-0.01	5.61	4.06	1.27	3.09	3.06	4.96	4.71	2.55
Mayıs	1.27	0.99	5.06	5.22	2.77	2.87	3.21	5.38	5.30	3.15
Haziran	-0.24	2.46	5.12	5.49		1.95	4.00	5.70	4.76	
Temmuz	-0.56	3.48	5.89	5.15		1.71	4.32	6.18	4.85	
Ağustos	-0.30	3.52	6.33	6.19		2.28	4.21	6.28	5.27	
Eylül	0.72	4.43	7.24	7.81		-3.34	5.01	6.43	6.21	
Ekim	0.90	5.15	8.22	7.59		5.36	6.90	8.45	7.86	
Kasım	2.58	5.80	7.18	6.06		5.76	6.91	8.65	8.58	
Aralık	2.45	6.97	6.36	5.71		6.16	7.40	8.17	8.81	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2012	2013	2014	2015	2016	2012	2013	2014	2015	2016
Ocak	11.13	1.88	10.72	3.28	5.94	10.61	7.31	7.75	7.24	9.58
Şubat	9.15	1.84	12.40	3.10	4.47	10.43	7.63	7.89	7.55	8.78
Mart	8.22	2.30	12.31	3.41	3.80	10.43	7.29	8.39	7.61	7.46
Nisan	7.65	1.70	12.98	4.80	2.87	11.14	6.13	9.38	7.91	6.57
Mayıs	8.06	2.17	11.28	6.52	3.25	8.28	6.51	9.66	8.09	6.58
Haziran	6.44	5.23	9.75	6.73		8.87	8.30	9.16	7.20	
Temmuz	6.13	6.61	9.46	5.62		9.07	8.88	9.32	6.81	
Ağustos	4.56	6.38	9.88	6.21		8.88	8.17	9.54	7.14	
Eylül	4.03	6.23	9.84	6.92		9.19	7.88	8.86	7.95	
Ekim	2.57	6.77	10.10	5.74		7.80	7.71	8.96	7.58	
Kasım	3.60	5.67	8.36	5.25		6.37	7.32	9.15	8.10	
Aralık	2.45	6.97	6.36	5.71		6.16	7.40	8.17	8.81	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2012	2013	2014	2105	2016	2012	2013	2014	2015	2016
Ocak	11.11	5.33	5.22	9.59	5.50	6.95	8.62	7.53	8.80	7.87
Şubat	10.96	4.72	6.11	8.79	5.61	7.48	8.33	7.60	8.77	7.97
Mart	10.79	4.23	6.95	8.03	5.64	8.02	8.08	7.70	8.70	7.96
Nisan	10.72	3.74	7.89	7.36	5.47	8.59	7.66	7.97	8.57	7.84
Mayıs	10.57	3.27	8.66	6.98	5.19	8.68	7.51	8.23	8.45	7.71
Haziran	10.24	3.18	9.03	6.74		8.89	7.47	8.31	8.28	
Temmuz	9.88	3.23	9.26	6.43		9.11	7.47	8.35	8.07	
Ağustos	9.33	3.39	9.55	6.14		9.29	7.42	8.46	7.88	
Eylül	8.65	3.58	9.84	5.92		9.53	7.32	8.54	7.80	
Ekim	7.80	3.93	10.11	5.58		9.53	7.32	8.65	7.69	
Kasım	6.98	4.10	10.32	5.33		9.26	7.39	8.80	7.61	
Aralık	6.09	4.48	10.25	5.28		8.89	7.49	8.85	7.67	

Tablolar Açıklaması:

28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 Sayılı Yasa, yargılama usulüne ilişkin önemli değişiklikler getirmiştir. İdari yargıda kanun yollarına ilişkin tür, süre ve sınır açısından bazı düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıca adli yargıdaki basit yargılama usulüne benzer ivedi yargılama usulü getirilmiştir. Ticaret mahkemelerinde de tek hakimle ve kurul halinde görülme sınırı getirilmiştir.

11.09.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 6552 Sayılı Yasa da, ayrıca idari yargıda merkezî ve ortak sınavlara ilişkin olarak ayrı bir yargılama usulü daha getirmiştir.

İdari yargıda kanun yollarına ilişkin süreler ve sınırlar, bölge idare mahkemeleri kurulup Resmi Gazete'de ilan edildiğinde uygulanacaktır. 6545 sayılı yasa bölgeidare mahkemelerinin 3 ay içinde kurulacağını belirtmektedir, ancak bu süre bölge adliye mahkemelerinde olduğu gibi uzayabilir. Bundan dolayı her üç ihtimale karşı şimdiden bilgilendirici olsun diye hazırlanan tabloları sayın meslektaşlarımızın bilgisine sunuyoruz.

Buradaki veriler bilgi amaçlı olup olası yanlışlıklardan dolayı sorumluluk kabul edilmez.

01.01.2016		BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SÜRELER							Hazırlayan Av. Celli ÇELİK Bayerampaşa Belediyesi	
MAHKEME	Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İhtiyatî Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	Temyiz			Tashihi –İ Karar		Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararları Temyizi	
				Tefhim	Tebliğ	Cevap	Tebliğ	Cevap		
ASLİYE (Ticaret, Tüketici, Aile, Fikri Hukuk)	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	15	10	15	15	7	
SULH (Basit yargılama usulüne tabi davalarda duruşma gününe dek cevap verilebilir.)	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	---	8	10	15	15	7	
İŞ	İki Hafta	İki Hafta	Bir Hafta	8	8	10	---	---	7	
İCRA - Hukuk	İki Hafta	İki Hafta	---	10	10	10	10	10	7	
İCRA - Ceza	Duruşma	İki Hafta	---	Bir Hafta	Bir Hafta	Bir Hafta	---	---	Bir Hafta	
CEZA (Ağır Ceza, Asliye Ceza, Sulh Ceza, Fikri Ceza)	Duruşma	İki Hafta	---	Bir Hafta	Bir Hafta	Bir Hafta	1 Ay (C.Sav.)	---	Bir Hafta	
İDARİ YARGI Normal Yargılama Usulü (İdarede 60 Vergide 30 gün içinde dava açılır.)	30	İki Hafta	7	---	30	30	15	30	7	
İDARE İvedi Yargılama Usulü (İdareye müracaat etmeksizin 30 gün içinde dava açılır. İstinaf ve karar düzeltme yoktur.)	15	İki Hafta	---	---	15	15	---	---	7	
İDARE Merkezi ve ortak sınavlara ilişkin Yargılama Usulü (İdareye müracaat etmeksizin 10 gün içinde dava açılır. İstinaf ve karar düzeltme yoktur.)	3	----	----	----	5	5	---	---	7	

01.01.2016	BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINIRLAR						Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayerampaşa Belediyesi
	YILLAR	2011	2012	2013	2014	2015	
Hukuk Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427. maddesinin 2. fıkrası. Fikranın ilğadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 1.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2 ve m.3, 6100 geçici m.3, 5521 geçici m.1	1.540, 00	1.690, 00	1.820, 00	1.890, 00	2.080,00	2.190,00	
Hukuk Mahkemeleri Murafaa sınırı 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atfı yaptığı 438. maddesi. Maddenin ilğadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 10.000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3	15 620, 00	17 220, 00	18 560, 00	19 280, 00	21 220,00	22 400,00	
Hukuk Mahkemeleri Tashih-i Karar sınırı 1086 sayılı kanunun 5236 sayılı kanunla ilga edilen 427 maddesinin 5. fıkrasının atfı yaptığı 440. maddesi. Maddenin ilğadan önceki şeklinde 5219 sayılı kanunun 2A maddesiyle sınır 6000TL idi. 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5236 sayılı kanunun 19. maddesi (1086 ek m.4) de, ayrıca bu oranın 2005 yılından sonra her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 1086 geçici m.2, 6100 geçici m.3	9 350, 00	10 300, 00	11 100, 00	11 530, 00	12 690,00	13 390,00	
İcra Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı 2004 sayılı kanunun 5311 sayılı kanunla ilga edilen 363. maddesi. Maddenin ilğadan önceki şeklinde 30.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı kanunun 101. maddesiyle sınır (2003 yılı için) 2000TL idi. Aynı tarihte yürürlüğe giren aynı kanunun 102. maddesi (2004 ek m.1) de, bu oranın 2003 yılından sonra her yıl yeniden değerlendirme oranına göre artırılacağını düzenlemiştir. 2004 geçici m.7	4 420, 00	4 870, 00	5 240, 00	5 440, 00	5 980,00	6 310,00	

01.01.2016	BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULUNCAYA DEK SINIRLAR						Hazırlayan Av. Celli ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
	YILLAR	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Sulh Hukuk / Asliye Hukuk Görev sınırı 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4		7.780, 00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.
Ticaret Mahkemeleri Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme sınırı (5235 m.5)					300.000, 00	30.000,00	30.000,00
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde görülme, İtiraz/Temyiz ve Duruşa İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1, 2577 m.17, 45, 47 ve ek m.1, 05.07.2012 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2012 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.		8.380, 00	9.230, 00 05.07.2012'den sonra 25.000, 00	26.950, 00	28.000, 00	30.000,00	31.000,00
İlçe Tüketici Hakem Heyetleri Görev sınırı (6502 m.68) 28.05.2014 sonra görev sınırı içinde kalan tüm hakem heyeti kararları kesindir, ilam niteliğindedir.		1.031, 87 (Kesinlik)	1.161, 67 (Kesinlik)	1.191, 52 (Kesinlik)	1.272, 19 28.05.2014 sonrası < 2.000, 00	< 2.200,00	2.320,00
İl Tüketici Hakem Heyetleri Görev sınırı (6502 m.68) 28.05.2014 sonra görev sınırı içinde kalan tüm hakem heyeti kararları kesindir, ilam niteliğindedir.		2.693, 78	3.032, 65	3.110, 58	3.321, 17 28.05.2014 sonrası < 3.000, 00	< 3.300,00	3.480,00
Senetle / Tanıkla İspat sınırı 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200		590, 00 01.10.2011'den sonra 2.500, 00	2.500, 00	2.500, 00	2.500, 00	2.500,00	2.500,00
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı İlk altı ay ve Son altı ay		2.623, 23 2.731, 85	2.917, 27 3.033, 98	3.129, 25 3.254, 44	3.438, 22	3.438,22 3.709,98 3.828,37	4.092,53
Ceza Mahkemeleri para cezaları Temyiz / Kesinlik sınırı 1412 m.305, 5320 m.8, Anayasa mahkemesinin 2006/65 Esas 2009/114 Karar sayılı 23.07.2009 tarihli kararın, 5320 sayılı kanunun 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesi,	Beraat>	10.000, 00	10.000, 00	10.000, 00	10.000, 00	10.000,00	10.000,00
	Mahkûmiyet>	Sınır yok 14.04.2011'den sonra 3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000,00	3.000,00
İdari para cezalarına karşı başvuru üzerine Sulh Ceza mahkemesi İtiraz / Kesinlik sınırı 5326 m.28 f.10, 6217 m.27		2.000, 00 14.04.2011'den sonra 3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000,00	3.000,00

1086, 2004, 2576, 2577 ve 6502 sayılı kanunlardaki sınırlar, her yıl için bir önceki yılın kasım ayında ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre yeniden belirlenir. Ancak 1086, 2004 ve 6502 sayılı kanunlarda on liray 2576 ve 2577 sayılı kanunlarda ise bin lirayı aşmayan küsuratı dikkate alınmaz. 6100, 5521 ve 5235 sayılı kanunlarda ise parasal sınırların atılacağı yönünde bir düzenleme olmadıgından bu kanunlardaki sınırlar yürürlük tarihinden sonraki seneler için de aynen uygulanır.

01.01.2016	BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SÜRELER										Hazırlayan Av. Celi ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
MAHKEME	Cevap / Cevaba Cevap / İkinci Cevap	Bilirkişi Raporuna İtiraz	İhtiyatî Tedbir veya Yürütmenin Durdurulması Kararına İtiraz	İstinaf			Temyiz			İstinaf veya İtiraz veya Temyiz veya Tashihi Karar Dilekçe Reddi Kararı Temyizi	
				Tefhim	Tebliğ	Cevap	Tefhim	Tebliğ	Cevap		
ASLİYE (Ticaret, Tüketici, Aile, Fikri Hukuk)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta	
SULH (Basit yargılama usulüne tabi davalarda duruşma gününe dek cevap verilebilir)	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	---	2 Hafta	2 Hafta	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta	
İŞ	2 Hafta	2 Hafta	1 Hafta	8	8	2 Hafta	---	8	2 Hafta	1 Hafta	
İCRA - Hukuk	2 Hafta	2 Hafta	---	10	10	---	---	1 Ay	2 Hafta	1 Hafta	
İCRA - Ceza	Duruşma	Duruşma	---	7	7	---	---	7	7	7	
CEZA (Ağır, Asliye, Sulh, Fikri)	Duruşma	Duruşma	---	7	7	7	7 (5271 m.291 f.2)	7	7	7	
İDARİ YARGI Normal Yargılama Usulü (İdarede 60 Vergide 30 gün içinde dava açılır.)	30	2 Hafta	7	---	30	30	---	30	30	1 Hafta	
İDARİ YARGI İvedi Yargılama Usulü (İdareye müracaat etmeksiniz 30 gün içinde dava açılır. İstinaf yoktur.)	15	2 Hafta	---	---	---	---	---	15	15	1 Hafta	
İDARE Merkezî ve ortak sınavlara ilişkin Yargılama Usulü (İdareye müracaat etmeksiniz 10 gün içinde dava açılır. İstinaf ve karar düzeltilme yoktur.)	3	---	---	---	---	---	---	5	5	1 Hafta	

01.01.2016		BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SINIRLAR							Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi	
YILLAR	2011	2012	2013	2014	2015	2016				
Hukuk Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik sınırı 1086 mülga m.426A ve ek m.4, 6100 m.341	1.540, 00 01.10.2011'den sonra 1.500, 00	1.500, 00	1.500, 00	1.500, 00	1.500,00	1.500,00			1.500,00	
Hukuk Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı 1086 mülga m.428 ve ek m.4, 6100 m.362	7.780, 00 01.10.2011'den sonra 25.000, 00	25.000, 00	25.000, 00	25.000, 00	25.000,00	25.000,00			25.000,00	
Hukuk Mahkemeleri Temyizde Duruşma 1086 mülga m.438 ve Ek m.4, 6100 m.369	15.620, 00 01.10.2011'den sonra 60.000, 00	60.000, 00	60.000, 00	60.000, 00	60.000,00	60.000,00			60.000,00	
İcra Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik sınırı 2004 m.363 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 24. maddesiyle istinaf sınırı (2005 yılı için) 1.000TL olarak belirlenmiştir.	1.540, 00	1.690, 00	1.820, 00	1.890, 00	2.080,00	2.190,00			2.190,00	
İcra Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı 2004 m.364 ve ek m.1, 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5311 sayılı kanunun 25. maddesiyle temyiz sınırı (2005 yılı için) 10.000TL olarak belirlenmiştir.	15.620, 00	17.220, 00	18.560, 00	19.280, 00	21.220,00	22.400,00			22.400,00	
İş Mahkemeleri İstinaf / Kesinlik sınırı (5521 m.8)	1.000, 00	1.000, 00	1.000, 00	1.000, 00	1.000,00	1.000,00			1.000,00	
İş Mahkemeleri Temyiz / Kesinlik sınırı (5521 m.8)	5.000, 00	5.000, 00	5.000, 00	5.000, 00	5.000,00	5.000,00			5.000,00	
Sulh Hukuk / Asliye Hukuk Görev sınırı 1086 m.8 ve ek m.4, 6100 m.4	7.780, 00 01.10.2011'den sonra Asliye Hukuk	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.	Parasal değere sahip davalar Asliye Hukukta açılır.				
Ticaret Mahkemeleri Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme sınırı (5235 m.5)				300.000, 00	300.000,00	300.000,00			300.000,00	
İdari Yargı İstinaf / Kesinlik sınırı (2577 m.45 ve ek m.1) 28.06.2014 yürürlük tarihli 6545 sayılı kanun m.19 ile sınır (2014 yılı için) 5.000TL olarak belirlenmiştir.				5000, 00	5000,00	5000,00			5000,00	

BÖLGE ADLİYE VE BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ KURULDUĞUNDA SINIRLAR							Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi	
01.01.2016	YILLAR	2011	2012	2013	2014	2015	2016	
İdari Yargı Temyiz / Kesinlik sınırı (2577 m.46 ve ek m.1) 28.06.2014 yürürlük tarihli 6545 sayılı kanun m.20 ile sınır (2014 yılı için) 100.000TL olarak belirlenmiştir.					100.000, 00	110.000,00	116.000,00	
İdari Yargıda (İdare ve Vergi) Tek Hâkimle/Kurul halinde Görülme ve Duruşma İsteme sınırı 2576 m.7 ve ek m.1. 2577 m.17, 45 ve ek m.1, 05.07.2012 yürürlük tarihli 6352 sayılı kanun m.50 ve m.55 ile sınır (2012 yılı için) 25.000TL olarak belirlenmiştir.		8.380, 00	9.230, 00 05.07.2012'den sonra 25.000, 00	26.950, 00	28.000, 00	30.000,00	31.000,00	
İlçe Tüketici Hakem Heyetleri Görev sınırı (6502 m.68) 28.05.2014 sonra görev sınırı içinde kalan tüm hakem heyeti kararları kesindir, ilam niteliğindedir.		1.031, 87 (Kesinlik)	1.161, 67 (Kesinlik)	1.191, 52 (Kesinlik)	1.272, 19 28.05.2014 sonrası < 2.000, 00	< 2.200,00	< 2.320,00	
İl Tüketici Hakem Heyetleri Görev sınırı (6502 m.68) 28.05.2014 sonra görev sınırı içinde kalan tüm hakem heyeti kararları kesindir, ilam niteliğindedir.		2.693, 78	3.032, 65	3.110, 58	3.321, 17 28.05.2014 sonrası < 3.000, 00	< 3.300,00	< 3.480,00	
Senetle / Tanıkla İspat sınırı 1086 m.288 ve ek m.4, 6100 m.200		590, 00 01.10.2011'den sonra 2.500, 00	2.500, 00	2.500, 00	2.500, 00	2.500,00	2.500,00	
Yıllık Kıdem Tazminatı Tavan Miktarı İlk altı ay ve Son altı ay		2.623, 23 2.731, 85	2.917, 27 3.033, 98	3.129, 25 3.254, 44	3.438, 22	3.438,22 3.709,98 3.828,37	4.092,53	
Ceza Mahkemeleri para cezaları istinaf / Kesinlik sınırı 1412 m.305, 5320 m.8, Anayasa mahkemesinin 2006/65 Esas 2009/114 Karar sayılı 23.07.2009 tarihli kararı, 5320 sayılı kanunun 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren geçici 2. maddesi, 5271 m.272	Beraat>	10.000, 00	10.000, 00	10.000, 00	10.000,00	Bölge Adliye mahkemeleri kurulduğunda 500 gün	10.000,00	Bölge Adliye mahkemeleri kurulduğunda 500 gün
	Mahkûmiyet>	2.000, 00 07.10.2010'den sonra Sınır yok	Sınır yok 14.04.2011'den sonra 3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000,00	3.000,00	3.000,00
İdari para cezalarına karşı başvuru üzerine Sulh Ceza mahkemesi itiraz / Kesinlik sınırı 5326 m.28 f.10, 6217 m.27		2.000, 00	2.000, 00 14.04.2011'den sonra 3.000, 00	3.000, 00	3.000, 00	3.000,00	3.000,00	

1086, 2004, 2576, 2577 ve 6502 sayılı kanunlardaki sınırlar, her yıl için bir önceki yılın kasım ayında ilan edilen Yeniden Değerleme Oranına göre yeniden belirlenir. Ancak 1086, 2004 ve 6502 sayılı kanunlarda on İravy 2576 ve 2577 sayılı kanunlarda ise bin İravy aşmayan kisurular dikkate alınmaz. 6100, 5521 ve 5285 sayılı kanunlarda ise parasal sınırların arttırılacağı yöntinde bir düzenleme olmadıgından bu kanunlardaki sınırlar yururlik tarihinden sonraki seneler için de aynen uygulanır.

01.01.2015

FAİZ TABLOSU

Hazırlayan
Bayrampaşa Belediyesi
Av. Celil ÇELİK

Faizler, oran açısından “**Yasal Faiz**” ve “**Akdi Faiz**” olmak üzere ikiye ayrılırlar. Yasal faiz oranları, her alacağın mahiyetine göre mevzuatın belirlediği oranlardır. (6098 m.88 f.1, 3095 m.4, 6098 m.120 f.1, 6102 m.9) Mahiyeti açık olmayan alacaklarda faiz oranı kanuni (adi) faize göre belirlenir. (Örneğin 2004 m.118) Akdi faiz oranı ise sözleşmeyle belirlenir. Faizler, tür olarak ise “**Anapara faizi**” ve “**Temerrüt Faizi**” olmak üzere ikiye ayrılırlar. Anapara faizi, borçlu henüz temerrüde düşmeden ödenmesi gereken faizdir. Sözleşme uyarınca alacaklıya ait paranın faiz geliri elde etmek amacıyla ödünç verilmesi veya herhangi bir şekilde borçluda kalması üzerine faiz ödenmesi öngörülmüş ise anapara faizinden söz edilir. (Örneğin 6098 m.193 b.1, m.217 f.1 b.1, m.234, m.229 f.1 b.1, m.387 f.2, m.529 f.1, m.538 f.1, m.627 f.2, 6102 m.20) Anapara faizi, genellikle kredili, taksitli, vadeli vs. sözleşmelerde vade farkı adı altında alınır. Borçlu temerrüde düştüğünde ise ayrıca temerrüt faizi alınır. Anapara faizi temerrüt halinde anapara halini alır ve dolayısıyla temerrüt halinde anapara sayılan anapara faizi üzerinden ayrıca temerrüt faizi işletilir. Gerek anapara faizi ve gerek temerrüt faizi sürecinde, işleyen faizin belirli bir süre sonra anaparaya katılacağı ve oluşan yeni anapara üzerinden faiz işletilmesine devam edileceği kararlaştırılamaz. (3095 m.3, 6098 m.121 ve m.388 f.3) Sözleşmeyle kararlaştırılmış olsa bile faize faiz işletilmesi geçersizdir. İstisna olarak cari hesap sözleşmelerinde ve ayrıca iki tarafın tacir olduğu ödünç (karz) sözleşmelerinde sadece anapara sürecinde üç aydan aşağı olmamak üzere faize faiz işletilmesi kararlaştırılabilir. (6102 m.8 f.2) Faiz başlangıcı temerrüt tarihi olan alacaklarda temerrütten önceki döneme ilişkin faiz işletilemez.

Türk Borçlar kanununa ve Türk Ticaret Kanunu’na göre gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda ödenmesi gereken anapara faizlerinde kanuni (adi) faiz oranı uygulanır. (3095 m.1, 6098 m.88 f.1, 6102 m.9) Temerrüt faizi ise alacağın mahiyetine göre belirlenir. Adi alacaklarda kanuni (adi) faiz oranı, ticari alacaklarda ise ticari faiz oranı temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.2 f1 ve f.2, 6102 m.9) Diğer alacaklarda ise ilgili mevzuatın belirlediği oranlar temerrüt faizi olarak uygulanır. (3095 m.4, 6098 m.120 f.1)

Anapara faizi oranı ile temerrüt faizi oranı sözleşmeyle farklı oranlarda belirlenebilir. Adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen akdi anapara faizi oranı kanuni (adi) faiz oranının %50 fazlasını aşamaz, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi oranı ise kanuni (adi) faiz oranının %100 fazlasını aşamaz. (6098 m.88 f.2, 6098 m.120 f.2) Kanuni faizin %9 olarak uygulandığı günümüzde adi alacaklarda sözleşmeyle belirlenen anapara faizi (%9x1, 5) %13, 3 oranını, sözleşmeyle belirlenen temerrüt faizi ise (%9x2) %18 oranını aşamaz. Ticari işlerde ise gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.8 f.1) Taraflardan biri için ticari iş sayılan söz-

leşmelerde de gerek anapara faizi oranı ve gerek temerrüt faizi oranı serbestçe belirlenebilir. (6102 m.19 b.2) Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır. (6102 m.8 f.3) Yabancı para gibi diğer alacak türlerinde mevzuatta bir sınırlama bulunmamaktadır.

Alıcının tüketici sayıldığı ve satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılan taksitli sözleşmelerde; anapara faizi kanuni (adi) faizin en fazla %50 fazlası, temerrüt faizi ise yasaya göre uygulanan veya sözleşmeyle belirlenen anapara faizinin en fazla %30 fazlası olarak kararlaştırılabilir. (6098 m.253). Yıllık anapara faizi oranı (%9x1, 5) %13, 5 olarak belirlendiğinde, yıllık temerrüt faizi oranı da en fazla (%13, 5x1, 3) %17, 55 olarak belirlenebilir. Tüketicie yönelik peşin satımlarda temerrüt halinde %30 sınırlaması uygulanmaz. Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdi faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdi faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde ise bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce tüketiciye bildirilmesi zorunludur. (6502 m.25) Kredi kartları faizinde 5464 sayılı kanun uygulanır. (5464 m.26 f.6) Konut finansmanına yönelik kredilerde ve finansal kiralama işlemlerinde faiz oranı sabit veya değişken olarak ya da aynı kredi için her iki yöntem esas alınmak suretiyle belirlenebilir. Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi hâlinde oran tarafların rızası dışında değiştirilemez. Oranın değişken olarak belirlenmesi hâlinde ise, başlangıçta sözleşmede belirlenen oran, dönemsel geri ödeme tutarı başlangıçta sözleşmede belirlenen azami dönemsel geri ödeme tutarını aşmamak koşuluyla ve sözleşmede belirlenecek yurt içinde veya yurt dışında genel kabul görmüş ve yaygın olarak kullanılan endekslerden en düşük olanı baz alınarak değiştirilebilir. Bu amaçlarla kullanılabilecek referans faizler ve endeksler Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenir. (6502 m.36)

Sözleşmede anapara faizi oranı belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise ve anapara faizi oranı da mevzuatın alacak için düzenlediği temerrüt faizi oranından fazla ise, bu durumda anapara faizi oranı temerrüt faizi oranı olarak da uygulanır. (3095 m.2 f.3, 6098 m.120 f.3) Örneğin adi bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1, 5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık %9 değil %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi kanuni (adi) faizden yüksektir. Ticari bir alacakta sözleşmeyle anapara faizi oranı (%9x1,5) %13,5 olarak belirlenmiş ancak temerrüt faizi oranı belirlenmemiş ise, temerrüt halinde artık ticari temerrüt faizi oranı olan %10,5 değil anapara faizi olarak kararlaştırılan %13,5 oranı uygulanır. Zira anapara faizi oranı normalde uygulanması gereken ticari faiz oranından yüksektir.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI - ZAMANAŞIMI SÜRESİ - FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
AZAMI MEVDUAT FAİZİ 4857 m. 34, 1475 m.14	Kıdem tazminatı Kıdem tazminatı alacağının tümü için fesih tarihi-10 yıl-Fesih tarihi Fazla mesai ücreti Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün-5 yıl-İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih Bayram ve Genel tatil ücreti Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün-5 yıl-İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih Hafta tatili Her günün fazla mesaisi için işin yapıldığı gün-5 yıl-İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih Aylık Ücret Her aylık ücret için ay sonu-5 yıl- İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih İkramiye, yol, yemek vs. gibi yardımlar Her yardım için yardım tarihi-5 yıl- İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	İlgili alacaklarda bankaların açmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. Alacaklı, hangi bankanın mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunlu değildir. Fikili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranlarını uygulamaktadırlar. Çeçekte Merkez Bankasının web sitesinde ilan ettiği azami mevduat faizi oranları, bankaların fiilen uyguladığı oranlar değildir, bankalarca uyulması gereken azami sınırlardır. Faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği bankalardan fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faizle hükmetmektedirler.	Faiz başlangıç tarihi esas alınarak birer yıllık devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin mayıs ayının on sekizi ise oluşturulan tüm yıllık devirlerin başlangıç tarihi de her mayıs ayının on sekizi olur. Her bir devrede devir başlangıç tarihinde bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizi oranı, asıl alacağı devir sonuna dek uygulanır. Devir başlangıç tarihlerinin tekbül etmediği ara dönemlerde mevduat faizi oranlarındaki artışlar veya azalmalar dikkate alınmazlar. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç devir geçtiği ve her devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devrede kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve devre ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağı uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek işletme kredisi faizi veren bankadan sorulur. TCMB tarafından yayınlanan Azami Mevduat Faizi Oranları: 05.10.2010-13.10.2010 % 20 14.10.2010-20.10.2010 % 19 21.10.2010-13.01.2011 % 18 14.01.2011-20.04.2011 % 17 21.04.2011-30.01.2014 % 18 31.01.2014- % 20
AZAMI İŞLETME KREDİSİ FAİZİ 6356 m.18/3 ve m.53/2	İşçi sendikası aidatı Her ay aidatı için ayrı olarak her ay sonu-5 yıl-Toplu sözleşmede ita tarihi varsa bu tarih yoksa işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih	İşletme kredisi veren bankaların işletme kredilerinde temerrüt tarihi itibarıyla uyguladığı YILLIK en yüksek faiz oranı uygulanır. Faiz oranı dava konusu yapıldığı takdirde, tarafların bildirdiği bankalardan faiz başlangıç tarihinde uygulanan yıllık en yüksek işletme kredisi faiz oranları sorulur. Kanun bankaların kamu bankası olması zorunlu kilmamıştır. Ancak bankaların Türkiye Halk Bankası, Sınai Kalkınma Bankası, Türkiye Kalkınma bankası gibi işletme kredisi veren kamu bankaları olması gerektiği şeklinde Yargıtay içtihatları vardır. Merkez bankasından sorulması gerektiğini söyleyen Yargıtay kararları da bulunmaktadır. (Yargıtay 9. E:1998/3831 K:1998/3093 T:03.03.1998)	Azami mevduat faizi gibi hesaplanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde en yüksek işletme kredisi faizi veren bankadan sorulur.

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI – ZAMANAŞIMI SÜRESİ – FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
KAMU FAİZİ 6183 m.51, Anayasa m.46/ son	Vergi, resim, harç, prim, aidat vs. tüm kamu alacakları Tahakkuk tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde tebliğ edilmeyen veya tebliğ edilmesine rağmen vade tarihini takip eden yılbaşından itibaren 5 yıl içinde işlem yapılmayan alacaklar zaman aşımına uğrar. (213 Sayılı Kanun m.114, 6183 Sayılı Kanun m.102) Tahakkuk veya Vade tarihi-5 yıl-Vade tarihi Kamulaştırma bedeli Mülkiyetin idareye devri tarihi-10 yıl-Mülkiyetin idareye devri tarihi	6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında kanunun 51. maddesi uyarınca kamu alacakları ile Anayasanın 46/son fıkrasına göre kamulaştırma alacaklarına uygulanacak olan geçikme zammı oranları Bakanlar Kurulu kararıyla tespit edilir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK oran üzerinden AYLIK faiz hesaplanır. Ay kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Geçen her aya uygulanacak faiz oranı, ayın içinde bulunduğu döneme göre belirlenir. Faiz başlangıç tarihi esas alınarak AYLIK devreler oluşturulur. Faiz başlangıç tarihi örneğin ayın on sekizi ise oluşturulan tüm aylık devrelerin başlangıç tarihi de her ayın on sekizi olur. Faiz başlangıç tarihinden ödeme tarihine dek kaç aylık devir geçtiği ve geçen her aylık devre ait faiz oranı belirlenir. Devir kesirleri ise günlük olarak hesaplanır. Kesirli olan (tam olmayan) devrede kaç gün gecikme olduğu belirlenir ve aya ait AYLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur. Geçen her aylık devir için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır.	Dönemler Ve AYLIK Oranlar 08.03.1994-30.08.1995 % 12 31.08.1995-31.01.1996 % 10 01.02.1996-08.07.1998 % 15 09.07.1998-20.01.2000 % 12 21.01.2000-01.12.2002 % 6 02.12.2000-28.03.2001 % 5 29.03.2001-30.01.2002 % 10 31.01.2002-11.11.2003 % 7 12.11.2003-01.03.2005 % 4 02.03.2005-20.04.2006 % 3 21.04.2006-18.11.2009 % 2,5 19.11.2009-19.10.2010 % 1,95 19.10.2010- % 1,4
TECİL FAİZİ 2577 m.28 f.6,213 m.112 f.4, 6183 m.48	Vergi, resim, ikmalen tarhiyata dayanan tapu harçları, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafları, vergi cezası, para cezası ve gecikme zammı, tecile konu olan kamu alacaklarıdır. (213 m.112 f.4, 6183 m.48) Tam yargı ve vergi davalarında hükmedilen meblağın idarece hak sahibine geç ödennesi durumunda da tecil faizi uygulanır. (2577 m.28 f.6,)	Tecil faizi oranları Maliye bakanlığı tarafından yıllık oran olarak belirlenmektedir.	Tecil edilecek alacak miktarı ve vade tarihi belirlenir. Daha sonra alacağın kaç takside bölüneceği ve her bir takstitin ödeme tarihi belirlenir. Her taksit için vadeden itibaren ödeme tarihine dek kaç DÖNEM geçtiği ve her bir dönemde de kaç GÜN geçtiği bulunur. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	Dönemler Ve YILLIK Oranlar 28.04.2006-20.11.2009 % 24 21.11.2009-20.10.2010 % 19 21.10.2010- % 12
YABANCI PARA FAİZİ 3095 m.4a	Yabancı para borcu ihtiva eden kambiyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vade tarihi-3 yıl-Vade tarihi Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih-10 yıl-Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih (İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur.)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek icra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormaktadırlar ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirelere göre hesap yapılmaz. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurlarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağa en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağa ticari faiz uygulanır. (Yargıtay 12. HD. E.2006/12270 K.2006/15287 T.11.07.2006)	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur.

AYLIK ORAN ÜZERİNDEN AYLIK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Ay Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 100 AYLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Aylık Faiz Oranı / 3000

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI - ZAMANAŞIMI SÜRESİ - FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
	Adi alacak sözleşmeleri Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih-10 yıl-50-zileşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih İhbar tazminatı Fesih tarihi-10 yıl- İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih Yıllık izin ücreti Yıllık izin ücreti alacağının tümü için fesih tarihi -5 yıl- İşverenin temerrüde düşürüldüğü tarih Haksız fiil maddi ve manevi tazminat Öğrenme tarihi-2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanasımı-Olay tarihi Tam yargı davası Hizmet kusurunu öğrenme tarihi-1 yıl ve her durumda 5 yıl-Temerrüt tarihi İşveren kötü niyet tazminatı Fesih tarihi-10 yıl- Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Sesepsiz zenginleşme Öğrenme tarihi-2 yıl her durumda zenginleşme tarihinden itibaren 10 yıl-Zenginleşme tarihi (Zenginleşen iyi niyetli ise faiz başlangıcı borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihtir) Gazeteci ve Denizci kudem tazminatı Fesih tarihi-10 yıl-Temerrüt tarihi İş kazası maddi ve manevi tazminat Kaza tarihi-10 yıl-Kaza tarihi Kira ve Ecrimisil Her ay için ayrı olarak ay sonu-5 yıl- Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Kanu zarar alacağı Zarar tarihini takip eden yılın başı-10 yıl-Zarar tarihi Tüketiciye yönelik satış dolayısıyla satıcının alacağı Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih-5 yıl-50-zileşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	29.04.1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesi, yıllık faiz oranını %5 olarak belirlemiştir. 22 mart 1303 tarihli Mürabaha nizamnamesi'nde, adi alacaklarda sözleşmeyle yıllık faiz oranının %9'a kadar artırılabileceğini düzenlemiştir. 19.12.1984 tarihinde yürürlüğe giren 3095 sayılı yasanın 5. maddesi, Borçlar kanununda ve Ticaret kanununda faiz oranlarını düzenleyen hükümleri ve ayrıca Mürabaha nizamnamesini yürürlükten kaldırmış, aynı yasanın 1. maddesi ise, kanuni faiz oranını %30 olarak belirlemiş, ancak Bakanlar Kuruluna bu oran yüzde seksenine kadar artırma veya indirme yetkisini de vermiştir. 1997/9807 sayılı Bakanlar kurulu kararı ile 01.01.1998-31.12.1999 dönemi kanuni faiz oranı %50 olarak uygulanmıştır. 3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 18.12.1999 tarihli 4489 sayılı yasanın 1. maddesi ile değiştirilmiş, buna göre Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı Reeskont oranı, sonraki yıl için kanuni faiz oranı olarak belirlenmiştir. 30 Haziran günü uygulanan reeskont oranı eğer önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan reeskont oranından beş puan az veya fazla ise, bu durumda yıl iki döneme bölünmüştür, yılın ikinci yarısında 30 Haziran tarihindeki reeskont oranı geçerli olmuştur. Reeskont oranının uygulandığı süreçte yıllık veya yarım yıllık dönemler söz konusu olmuştur. 3095 sayılı yasanın 1. maddesi, 5335 sayılı yasanın 14. maddesi ile 30.04.2005 tarihinden geçerli olmak üzere tekrar değiştirilmiş, 01.05.2005 tarihinden itibaren uygulanmak üzere kanuni faiz oranı yıllık % 12 olarak belirlenmiş, Bakanlar kurulu da bu oranı yüzde onuna kadar indirmeye veya iki katına çıkarmaya veya kanuni faiz oranını aylık olarak belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bu tarihten itibaren artık reeskont oranı dikkate alınmamıştır. 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 01.01.2006 tarihinden itibaren kanuni faiz oranı yıllık %9 olarak belirlenmiştir.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Faiz başlangıcı tarihinden itibaren ödeme tarihine dek geçen süre içinde bulunan her dönem için ayrı faiz hesaplanmalıdır. Faiz başlangıcı tarihinden itibaren ödeme tarihine dek geçen süre içinde bulunan her dönemde kaç gün gecikme olduğu belirlenir, daha sonra döneme ait YILLIK faiz oranının günlerin toplamına karşılık gelen oranı bulunur, daha sonra her dönem için bulunan faiz oranları toplanır ve asıl alacağa uygulanır. Yıllık oran üzerinden günlük faiz hesaplanırken yılın 360 gün ya da 365 gün olarak kabul edilmesi konusunda birbirinden farklı kararlar bulunmaktadır. Genel teamülide bir ayın 30 gün kabul edilmesi yılın 360 gün kabul edilmesini gerektirmiştir. Yılın 360 gün kabul edilmesi halinde aşağıdaki formülle 36500 (365 x 100) olan paydanın 36000 (360 x 100) yapılması gerekmektedir.	Dönemler Ve Yıllık Oranlar 29.04.1926-19.12.1984 % 5 19.12.1984-31.12.1997 % 30 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 % 60 01.07.2002-30.06.2003 % 55 01.07.2003-31.12.2003 % 50 01.01.2004-30.06.2004 % 43 01.07.2004-30.04.2005 % 38 01.05.2005-31.12.2005 % 12 01.01.2006- % 9

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz = Takstit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI - ZAMANAŞIMI SÜRESİ - FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TİCARİ TEMERRÜT FAİZİ 3095 m.2/2	Aksi bir oran kararlaştırılmadığı sürece tüm ticari işlerde, temerrütten önce anapara faizi ödenmesi gerekiyor ise kanuni faiz oranı, temerrüt halinde ise ticari faiz oranı uygulanır. Ticari sözleşmeler Sözleşme ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih-10 yıl (inşaat ve imalat işleri gibi bazı sözleşmelerde 5 yıl)-Sözleşme ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Tacirin seipsiz zenginleşmesi Örneğin bankanın sözleşme olmaksızın müşterisi hesabından kesinti yapması, tacirin seipsiz zenginleşmesi sayılır. Öğrenme tarihi-2 yıl her durumda işlem tarihinden itibaren 10 yıl-İşlem tarihi Tacirin ticari işine veya ticari itibarna yönelik haksız filler Örneğin kaçak elektrik kullanma, tacire karşı haksız fill sayılır. Öğrenme tarihi-2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanasını-Olay tarihi Kambyo evrakları (çek, bono, polişe) Vade tarihi-3 yıl-Vade tarihi Fikri haklar Öğrenme tarihi-2 yıl her durumda olaydan itibaren 10 yıl veya ceza zamanasını-Olay tarihi Tüketicinin iade alacağı (Yargıtay 18.HD E.2010/19122 K.2011/11578 T:18.07.2011) Ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi-2 yıl-Temerrüt tarihi Konutta ayıp sonra ortaya çıksa bile teslim tarihi-5 yıl-Temerrüt tarihi Ayıplı mal ve hizmetten zarar tarihi-3 yıl ve 10 yıl-Temerrüt tarihi	6762 sayılı Türk Ticaret kanunun 9. maddesi, ticari faiz oranının belirlenmesinde 818 sayılı Borçlar kanunun 72. maddesine atıf yapmıştır. 3095 sayılı kanunun 1. maddesi, kanuni faiz olarak belirlenen sabit oranın gerek adi alacaklarda ve gerek ticari alacaklarda uygulanacağı, ancak reeskont oranının kanuni faiz oranından yüksek olması halinde ticari faiz oranının reeskont oranına göre belirleneceğini düzenlenmiştir. Aynı kanunun 2. maddesinde 4489 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, artık reeskont oranının kanuni (adi) faiz oranı sayılacağı, dolayısıyla reeskont oranının hem adi alacaklarda ve ticari alacaklarda uygulanacağı, ancak avans faiz oranının reeskont (kanuni) faiz oranından fazla olması durumunda avans faiz oranının ticari faiz oranı olarak uygulanacağı düzenlenmiştir. 5335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle sadece kanuni faiz oranının belirlenmesinde reeskont oranından vazgeçilmiştir, 4489 sayılı kanunun ticari faize ilişkin getirdiği hükümler ise halen yürürlüktedir. Ticari faiz uygulamalarında dönemler ve oranlar YILLIK veya YARIM YILLIK olarak belirlenir. Merkez Bankasının yayınladığı avans faizi oranlarına 31 Aralık ve 30 Haziran günü bakılır. Avans faiz oranı kanuni faiz oranından fazla ise, bu durumda Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü uyguladığı avans faiz oranı sonraki yıl için ticari faiz oranı olarak uygulanır. 30 Haziran tarihinde uygulanan avans faiz oranı bir önceki yılın 31 Aralık tarihinde uygulanan avans faiz oranından 5 puan altta veya üstte ise, bu durumda yıl iki döneme bölünür, 1 temmuz-31 aralık dönemi için 30 hazirandaki avans faiz oranı uygulanır.	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır. Ticari Faiz tabiri, 4489 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce 3095 sayılı Kanun Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin kanunun 1/1. maddesine göre belirlenecek yasal faiz oranını ifade etmekteydi. (Yargıtay HCK E:1997/11-278 K:1997/529 T:11.6.1997) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden önce dava dilekçesinde ticari faiz talep edilmiş ancak oran belirtilmemiş ise mahkemece kanuni (adi) faiz hükmedilirdi. Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra ise, ticari faiz tabiri, 3095 sayılı kanunun 2/2. maddesinde açıklanan avans faiz oranını ifade etmektedir. (Yargıtay 11.HD. E:2004/2192 K:2004/3206 T:29.03.2004) Değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.01.2000 tarihinden sonra dava dilekçesinde ticari faiz talep edildiği takdirde oran belirtilmese bile mahkemece ticari avans faizine hükmedilmektedir.	Dönemler Ve YILLIK Oranlar 01.01.1998-31.12.1999 % 50 01.01.2000-30.06.2002 % 70 01.07.2002-30.06.2003 % 64 01.07.2003-31.12.2003 % 57 01.01.2004-30.06.2004 % 48 01.07.2004-30.06.2005 % 42 01.05.2005-30.06.2005 % 42 01.07.2005-31.12.2005 % 30 01.01.2006-31.12.2006 % 25 01.01.2007-31.12.2007 % 29 01.01.2008-30.06.2009 % 27 01.07.2009-31.12.2009 % 19 01.01.2010-31.12.2010 % 16 01.01.2011-31.12.2011 % 15 01.01.2012-31.12.2012 % 17,75 01.01.2013-31.12.2013 % 13,75 01.01.2014-31.12.2014 % 11,75 01.01.2015- % 10,50

TECİL FAİZİ HESAPLAMA: Faiz = Takstit Asıl Alacağı x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36000 YILLIK ORAN ÜZERİNDEN GÜNLÜK FAİZ HESAPLAMA: Faiz = Anapara x Dönem Gün Sayısı x Dönem Yıllık Faiz Oranı / 36500

FAİZLER	UYGULANDIĞI ÖRNEK ALACAKLAR ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI - ZAMANAŞIMI SÜRESİ - FAİZ BAŞLANGICI	ORANLAR	HESAPLAMALAR	DÖNEMLER VE ORANLAR
TEDARİK TEMERRÜT FAİZİ 6102 m.1530	Ticari sözleşmeler Sözleşmede ödeme günü tayin edilmiş ise zamanaşımı ve faiz başlangıcı bu tarihtir. Sözleşmede ödeme günü belirlenmemiş ise; teslimden önce fatura gönderilmiş ise teslimden itibaren, teslimden sonra fatura gönderilmiş ise faturanın alındığı tarihten itibaren, faturanın alım tarihi belirlenmemiş ise teslim tarihinden itibaren, kabul veya li değli ise teslim tarihinden itibaren, kabul veya gözden geçirme usulü olan hallerde kabul veya gözden geçirmeden önce fatura gönderilmiş ise kabul veya gözden geçirmenin gerçekleştirildiği tarihten itibaren 30 günlük sürenin sonu, zamanaşımı ve faiz başlangıcıdır. Burada bahsedilen 30 günlük süreler yerine sözleşmeyle daha uzun süreler kararlaştırılabilir. Ancak alacaklı küçük ölçekli işletme (KOBİ) ise veya alacaklı tarım veya hayvan üreticisi ise veya borçlu büyük ölçekli işletme ise, teslim tarihinden veya faturanın alındığı tarihten veya gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren 60 günlük süreden daha uzun süreler sözleşmeyle kararlaştırılmaz. Zamanaşımı 10 yıldır.	Ticari işletmeler arası mal ve hizmet tedarik amacıyla yapılan ve iki tarafın tacir olduğu ticari işlemlerde kanundan veya sözleşmeden kaynaklı borcu ödemede temerrüde düşen borçlunun ödeyeceği ve büyük ticari faiz oranı, normal ticari temerrüt faizi oranından en az %8 fazla olmak koşuluyla Merkez bankası tarafından belirlenir. Merkez bankası, alacağın tahsili masrafları için aşgari giderim tutarını da belirlemektedir. (6102 m.1530/7)	Her dönem için ayrı olarak YILLIK oran üzerinden GÜNLÜK faiz hesaplanır. Kanuni faiz gibi hesaplanır.	Dönemler Ve YILLIK Oranlar 01.01.2013-31.12.2013 % 15 01.01.2014-31.12.2014 % 12,75 01.01.2015- % 11,50
BİNA GENEL GİDER FAİZİ 634 m.20	Bina aidatı Her ay aidatı için ayrı olarak her aybaşı-5 yıl- Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih Aidat şeklinde olmayıp bir kerede ödenmesi karar altına alınan bina ortak giderinde kanuni faiz uygulanır. Karar tarihi-10 yıl- Borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih	02.01.1965 tarihinde yürürlüğe giren 634 sayılı kat mülkiyeti kanunun 20. maddesi, kat maliklerinin ortak giderlere katılımını düzenlemiştir. Ödemelerin geçikmesi halinde genel hükümlere göre kanuni faiz uygulanmakta idi. Aynı kanunun 20. maddesinde 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı kanunla değişiklik yapılmış ve ödenmeyen giderler için aylık yüzde on gecikme tanzimati ödeneceği düzenlenmiştir. 28.11.2007 tarihinde yürürlüğe giren 14.11.2007 tarihli 5711 sayılı kanun ise, yüzde onluk oranı yüzde beşe indirmiştir.	Her ayın alacağı için ayrı olarak AYLIK gecikme faizi hesaplanır. Aidata YILLIK yasal faiz oranının uygulanacağı dönem için KANUNİ FAİZ gibi hesap yapılır. Aidata, AYLIK faiz oranının uygulanacağı dönemler için KAMU FAİZİ gibi hesap yapılır.	Aidata YILLIK Yasal Faiz Oranının Uygulanacağı Dönem 02.01.1965-13.04.1983 Aidata AYLIK Oranın Uygulanacağı Dönemler 13.04.1983-28.11.2007 % 10 28.11.2007- % 5
YABANCI PARA FAİZİ 3095 m.4a	Yabancı para borcu ihtiva eden kambyo evrakları (çek, bono, poliçe) Vade tarihi-3 yıl-Vade tarihi Yabancı para üzerinden yapılan sözleşmeler Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih-10 yıl-Sözleşmede ifa tarihi varsa bu tarih yoksa borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarih (İcra takiplerinde yabancı para ile birlikte o günün Türk parası karşılığının yazılması zorunludur.)	Alacaklı, hangi bankanın yabancı para mevduat faizi oranı yüksek ise o bankanın oranını uygular. Bankaların kamu bankası olması zorunludur. Fili uygulamada gerek alacaklılar ve gerek İcra daireleri Merkez Bankasının Web sitesinde ilan ettiği oranları uygulamaktadırlar. Ancak faiz oranına itiraz edildiği takdirde mahkemeler, tarafların bildirdiği kamu bankalarından fiilen uyguladıkları YILLIK mevduat faiz oranlarını sormak, tadirler ve sunulan en yüksek orana göre faize hükmetmektedirler.	Azami mevduat faizi gibi oluşturulan yıllık devirler göre hesap yapılmaz. İcra takiplerinde takip veya ödeme günü kurullarından hangisinin talep edildiği de belirtilir. Ödeme günü kuru tercih edildiğinde takip alacağı yabancı para alacağı olarak değerlendirilir ve asıl alacağı en yüksek yabancı mevduat faizi uygulanır. Takip günü kuru tercih edildiği veya tercih yapılmadığı takdirde Türk lirasına çevrilen alacağı ticari faiz uygulanır.	Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur. Her bir devre uygulanacak oran, devir başlangıç tarihinde ilgili yabancı para için en yüksek mevduat faizi veren kamu bankasından sorulur.

Dönem için 2814 m.1530/7 ve 14.11.2007 tarihli 5711 sayılı kanun ile 3095 m.4a

Dönem için 2814 m.1530/7 ve 14.11.2007 tarihli 5711 sayılı kanun ile 3095 m.4a

13.03.2015	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO					Hazırlayan Av. Celli ÇELİK Bayerampaşa Belediyesi	
Kamulaştırmaz elatma kavramı, 6830 sayılı İstimlak kanunun yürürlüğe girdiği 09.10.1956 tarihinden sonraki olaylar için söz konusudur. Bu tarihten önceki elatmalar ise, 221 sayılı kanun ile kamulaştırılmış sayılmıştır. Kamulaştırmaz elatmaya ilişkin düzenlemeler, birikmiş problemleri temizlemeye matuf al yasaası görülmündedirler. Her bir düzenlemenin ilişkin olduğu dönem ile düzenlemenin yürürlük süresi farklılık arz eder. Aşağıda kamulaştırmaz elatmaya ilişkin düzenlemeler kolay anlaşılabilmesi için tablo haline getirilmiştir.							
DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER	HUKUKİ DURUM	
-221 sayılı kanun	12.01.1961 tarihinden itibaren halen YÜRÜRLÜKTEDİR.	09.10.1956 tarihinden önceki elatmalar	Bedel	12.01.1961'den itibaren 2 yıl hak düşürücü süre	Fili tahsis tarihindeki değer	09.10.1956 tarihinden önce idarece elatılan yerler, 221 sayılı kanun ile kamulaştırılmış sayılmıştır. Bu dönemde ait elatmalar için yasanın yürürlüğe girdiği 12.01.1961 tarihinden itibaren 2 yıllık hak düşürücü süre içinde sadece bedel davası açılabilir.	
-16.05.1956 tarihli 1956/1 Esas 1956/6 Karar sayılı İçtihadı birleştirme kararı	16.05.1956 ile 5999 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi arası	16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları, 09.10.1956 tarihinden sonraki elatmalarda aksini düzenleyen kanun yürürlükte olmadığı sürece uygulanır	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer	16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları, idarece yerine el atılan mülk sahibinin dilerse müdahalenin menii davası açabileceğini ve dilerse bedel bu davalardan birini tercih etmeye zorlanamayacağını, ancak mülk sahibinin bu davalardan sadece birini açabileceğini, bu davalarda zamanaşımının söz konusu olmadığını, bedel davalarında dava tarihindeki değere hükmedileceğini düzenlemiştir.	
			Bedel	Süre yok			
-16.05.1956 tarihli 1954/1 Esas 1956/7 Karar sayılı İçtihadı birleştirme kararı			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı			
-2942 sayılı kanunun 38. maddesi -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları	2942 sayılı kanunun 38. maddesinin yürürlüğe girdiği 08.11.1983 tarihi ile iptal eden Kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi arası	09.10.1956 tarihi ile 2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli Kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	20 yıl hak düşürücü süre	Fili tahsis tarihindeki nitelikler dikkate alınarak dava tarihindeki değer	2942 sayılı kanunun 38. maddesi, 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararlarını yürürlükten kaldırmamış, doğrudan dava çözümlenmemiş, artı, mahkemesinin kararından önceki sadece hak düşürücü süreyi düzenlemiş, ayrıca mülk sahibi dışında zilyet ve mirasçılara da dava açma hakkı tanımıştır. Anayasa mahkemesinin geriye yürütmeyeceğini kesi gereği, 2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Kararın yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihinden önceki kazanılmış haklara uygulanması imkânı bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlük tarihine kadar ve ayrıca dava tarihine kadar 20 seneden fazla süre geçmiş ise, davacının her türlü dava hakkının düşeceği benimsenmiş idi.	
			Bedel	20 yıl hak düşürücü süre			
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı			

26.06.2013		KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO			Hazırlayan Av. Celli ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	2942 sayılı kanunun 38. maddesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2002/112 Esas 2003/33 Karar sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 04.11.2003 tarihi ile 5999 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi arası	09.10.1956 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki hali)**	5999 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 30.06.2010 tarihi ile kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “sadece” kelimesini iptal eden Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi arası	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı ►

HUKUKİ DURUM

* Kademeli normlar sıralamasında içtihadı birleştirme kararları sonra gelirler. 2942 sayılı Kamulaştırma kanunun 38. maddesinin iptal edilmesiyle kamulaştırmaz elatmayı düzenleyen bir kanun kalmadığından 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanmaya başlamıştır.

** 5999 Sayılı Kanun, müdahalenin menı davasını açma imkânını ortadan kaldırmış, bununla birlikte bedel davalarında 20 yıllık hak düşürücü süreyi de geriye dönük olarak kaldırmış, hak düşürücü süreden dolayı reddedilen bedel davalarının tekrar açılmasını sağlamış, ancak bedel davası açmak için en önce idareye müracaat edilmesini şart koşmuş, bedele ilişkin alacağa da ilama bağlı olsa bile haciz yasağı getirmiş, buna karşılık idareye aynı kamulaştırmaya pay ayırır gibi kamulaştırmaz elatmalar için yıllık bütçeden %2 pay ayırmasını ve ödemelerin sadece bu ödenekten yapılmasını emretmiştir. 5999 sayılı kanun, ayrıca tescile ilişkin yerel mahkeme kararının kesin olduğunu, bedele ilişkin yerel mahkeme kararının ise temyiz edilebilir olduğunu, bedele ilişkin yerel mahkeme kararının kesinleşme bile icra takibine konabileceğini, alacağa da kanuni faizin uygulanacağını düzenlemiştir. 5999 sayılı kanun, müracaat için bir süre öngörmemiş ancak müracaat var ise sessiz geçen altı aylık sürenin sonundan itibaren veya uyumsuzluk tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren dava hakkını üç aylık hak düşürücü süre ile sınırlandırmıştır. Yargıtay, idareye müracaat etmeden direkt açılan davada uzlaşmazlık iradesi içeren dava dilekçesinin müracaat ve uzlaşmazlık iradesi yerine geçeceğini, dava açmadan önce idareye müracaat etmenin dava şartı sayılmadığını ve dolayısıyla bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın direkt dava açabileceğini karar altına almıştır. (Yargıtay 5.HD, E:2011/967 K:2011/5754 T:31.03.2011, E:2011/17580 K:2011/20948 T:13.12.2011) Ancak dava açmadan idareye müracaat yapılmış ise veya açılan dava takipsizlikten dolayı düşmüş ise üç aylık hak düşürücü süre söz konusudur.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO				Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali) -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi ile 6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi arası	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi -5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki hali) **	6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesinin yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihi ile Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi arası	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	
-6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi -5999 sayılı kanun (22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali) -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları***	Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının A/2a maddesinin yürürlük tarihi olan 22.02.2013 tarihi ile 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi arası	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak idareye müracaat tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok ancak uzlaşma müracaatı yapılmış ise 3 aylık hak düşürücü süre	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı ►

HUKUKİ DURUM
* 5999 sayılı kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “sadece” kelimesinin Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle, bu dönem elatmalar için dava sınırlaması ortadan kaldırılmış ve mülk sahibine müdahalenin menî davası açma hakkı da tanınmıştır. 5999 sayılı kanunda düzenlenen müracaat şartı, haciz yasağı, idarenin %2 pay ayırması vs. hususlar, yürürlük süresince bu döneme ait elatmalar için aynen geçerli olmuştur.
** 6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesi, bu döneme ait elatmalar için 5999 sayılı kanunun (22.02.2012 tarihli değişiklikten önceki halinin) aynen uygulanmasını öngörmüş, ancak bu döneme ait elatmalar için idarenin yıllık bütçesinden ayıracağı payı %5'e çıkarmıştır. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için sadece bedel davası açılabilir.
*** Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararının 5999 sayılı kanunun altıncı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “sadece” kelimesini iptal eden A/2a maddesi, 22.02.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı kararın 6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesini iptal eden B maddesinin yürürlük tarihi her ne kadar 22.08.2013 ise de aynı dönemi düzenleyen 6487 sayılı kanunun 21. maddesi daha önce 11.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda 22.02.2013 ile 11.06.2013 tarihleri arası, 5999 sayılı kanunun 22.02.2012 tarihli değişiklikten sonraki hali ile birlikte kanunun boş bıraktığı alanda 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları da uygulama alanı bulur. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için mülk sahipleri bedel davası yerine müdahalenin menî davası açabilir. Yürürlük süresinde bu dönem elatmalar için 5999 sayılı kanunda düzenlenen müracaat şartı, haciz yasağı, idarenin %2 pay ayırması vs. hususlar aynen geçerlidir.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO				Hazırlayan Av. Celil ÇELİK Bayrampaşa Belediyesi
DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-6487 sayılı kanun m.21 -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları*	6487 sayılı kanunun 21. maddesinin yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihinden itibaren halen YÜRÜRLÜKTEDİR.	09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	El koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak davet veya müracaat tarihindeki değer. İdarenin sessiz kalması veya uzlaşmazlık tutanağının düzenlenmesi sonucu dava açılmış ise el koyma tarihindeki nitelikler esas alınarak dava tarihindeki değer.
			Bedel	Süre yok ancak malik ile idare arasında yapılan görüşmede uzlaşmazlık tutanağı tutulmuş ise malik açısından 3 aylık hak düşürücü süre söz konusudur. Bu 3 aylık sürede bedel davası açmayan idare de artık sadece kamulaştırma davası açabilir.	
			Ecrimisil	5 yıl zamanaşımı	

Tablonun devamı ►

HUKUKİ DURUM

* 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 6. fıkrasının ilk cümlesi, sadece bedel davası açılabilceğini düzenlemediğinden kanun boşluğunu dolduran 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları gereği bedel davası yerine müdahalenin menı davası da açılabilir. Malik bu davalardan sadece birini açabilir. Malik ayrıca ecrimisil davası da açabilir.

Bedel davası açılacak ise en önce idareye müracaat edilmesi gerektiği açıkça dava şartı olarak düzenlenmiştir. Derdest olan davalarda ise davacılar uzlaşma isteyip istemediklerini idareye veya mahkemeye kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde bildirebilirler. Malik tarafından müracaat veya dava konusu edilmemiş taşınmazlarla ilgili olarak idareye de maliki davet etme yetkisi tanınmıştır.

Bedel davası bir süreye tabi değildir. Hak düşürücü süreden dolayı reddedilen eski davalar da yeniden açılabilir. Ancak bedel davası açılmadan önce idareye müracaat edilmesi ve uzlaşma talep edilmesi gerekir. Müracaat tarihinden itibaren idare 6 ay sessiz kalmış ise veya idarece 6 ay geçmeden davet yazısı tebliğ edilmiş ancak tebliğden itibaren 6 ay içinde uzlaşma görüşmeleri yapılamamış ise, sürenin sonunda kamulaştırmaz elatma davası açılabilir.

Uzlaşma görüşmelerinde hemen nakdi ödemeye karar verilemez. Uzlaşma görüşmelerinde nakdi ödemeye ancak idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullanılması suretiyle uzlaşma sağlanamaması halinde karar verilir.

Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş ise malik açısından üç aylık hak düşürücü süre söz konusudur. Anayasa mahkemesinin 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı ve 01.11.2012 tarihli kararında benzer düzenleme içeren 5999 sayılı yasada düzenlenen 3 aylık sürenin hak düşürücü süre sayılmasında anayasaya aykırılığın bulunmadığı belirtilmiştir. İdare de, uzlaşmazlık tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren üç ay içinde bedel davası açılabilir. Üç aylık sürede bedel davası açmayan idare, eğer hala taşınmaza sahip olmak istiyor ise artık sadece kamulaştırma davası açabilir. Süresi içinde bedel davası açmadığından dolayı kamulaştırma davası açmak zorunda kalan idare, artık tüm bedeli peşin bloke etmek zorunda kalacak ve dolayısıyla bedel davalarında olduğu gibi kamulaştırmaz elatmalar için ayrılan paydan garameten ve taksitle ödeme imkânını kaybetmiş olacaktır.

Bedele ilişkin alacak ilama bağlı olsa bile haciz yasağı kapsamındadır. Buna karşılık idarece kamulaştırmaz elatmalar için yıllık bütçeden en az %2 pay ayrılır ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden ödemeler sadece bu ödenekten bütçe durumuna göre garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle yapılır.

Bu dönem elatmalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile vekalet ücretleri maktu olarak belirlenir. Tescile ilişkin yerel mahkeme kararı kesindir, bedele ilişkin yerel mahkeme kararı ise temyiz edilebilir. Bedele ilişkin yerel mahkeme kararı kesinleşme bile icra takibine konabilir ancak haciz işlemleri yapılamaz. Alacak taksitle bağlansa bile kanuni faiz uygulanır.

Hukuki elatmalara ilişkin davalar idari yargıda görülür. Bu hüküm kesinleşmemiş ve halen derdest olan davalara da uygulanır. İdare mahkemelerinin tapu tescil kararı verme yetkisi olmadığından, idare mahkemesi kararına dayanarak ödemede bulunan idare, adli yargıda malike karşı tescil davası açmalıdır. Hukuki elatmalara ilişkin daha önce adliye mahkemeleri tarafından belirlenmiş ve kesinleşmiş olan bedeller, sadece kamulaştırmaz elatmalara ilişkin ayrılan ödenekten ödenir. Hukuki elatmalara ilişkin idare mahkemesi tarafından belirlenen alacaklar ise genel bütçeden ödenir.

04.11.1983 tarihinden sonra 08.03.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2981 sayılı kanuna göre yapılan imar uygulamaları sonucu doğan alacaklarla ilgili düzenlemeler getirmiş olan 2942 sayılı kanunun geçici 6. maddesinin 12. fıkrası, 13.03.2015 tarihinde yürürlüğe giren Anayasa mahkemesinin 2013/95 Esas 2014/176 Karar sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. İptalden sonra bu alacaklar (yine iptal edilen 13. fıkra düzenlen 04.11.1983 sonrası güncel kamulaştırmaz elatmalar gibi) madde kapsamından çıkarılmıştır. Buna göre bu alacaklar dava tarihindeki rayiç değere göre belirlenir. Bu alacaklar için haciz yasağı, özel ödenekten ödenme, harç ve vekalet ücretinin maktu olması hususları uygulanmaz.

26.06.2013	KAMULAŞTIRMASIZ ELATMA TABLO				Hazırlayan Av. Celil CELİK Bayrampaşa Belediyesi
DÜZENLEME	YÜRÜRLÜK	DÖNEM	DAVA	SÜRE	DEĞER
-2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21.maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrası -16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları *	2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlük tarihi olan 11.06.2013 tarihi ile bu fıkrayı iptal eden Anayasa mahkemesinin 2013/95 Esas 2014/176 Karar sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 13.03.2015 tarihi arası	04.11.1983 ile 2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının yürürlüğe girdiği 11.06.2013 tarihi arası elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Bu döneme ilişkin beldelin takdiri konusunu düzenleyen kanun hükmü olmadığından kanun boşluğunu dolduran 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları gereği dava tarihindeki değer belirlenecektir.
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zama-naşımı	
-16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları**	6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrasını iptal eden Anayasa mahkemesinin 2013/95 Esas 2014/176 Karar sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararının yürürlük tarihi olan 13.03.2015 tarihinden itibaren halen YÜRÜRLÜKTEDİR.	04.11.1983 tarihinden sonraki elatmalar	Meni Müdahale	Süre yok	Dava tarihindeki değer
			Bedel	Süre yok	
			Ecrimisil	5 yıl zama-naşımı	

Tablonun devamı ►

HUKUKİ DURUM

*2942 sayılı kanunun 6487 sayılı kanunla değişik geçici 6. maddesinin 13. fıkrası, yürürlük süresince dönemi içinde fiilen el atılan veya kamulaştırması tamamlanmayan yerlerle ilgili açılan kamulaştırmaz elatma davalarını kapsadığı gibi fiilen elatılan veya kamulaştırması tamamlanmayan yerlerle ilgili idare tarafından gerçekleştirilen kamulaştırmaları da kapsamıştır. Kamulaştırma işleminin uzlaşmayla veya kamulaştırma davası açmak suretiyle gerçekleşmiş olması fark etmemekte idi.

Yürürlük süresince bedele ilişkin alacak ilama bağlı olsa bile haciz yasağı kapsamında sayılmıştır. Buna karşılık idarece kamulaştırmaz elatmalar için yıllık bütçeden en az %2 pay ayrılması ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden ödemelerin sadece bu ödenekten bütçe durumuna göre garameten ve sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitle yapılacağı düzenlenmiştir. Bu dönem elatmalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile vekalet ücretleri maktu olarak belirlenmiştir. Bu fıkra hükmünün derdest davalara da uygulanacağı düzenlenmiş idi.

Yürürlük süresince bu dönem fiilen el atılan yerlerle ilgili idare tarafından açılan kamulaştırma davalarında mahkemece kamulaştırma bedeline ilişkin peşin blokaj kararı verilmez ve sadece kamulaştırma bedeli tespit edilir. Bu dönem fiilen el atılan yerlerle ilgili kamulaştırma davasında tespit edilen bedel, kamulaştırmaz elatmalar için ayrılan paydan ödenir.

Haciz yasağı, harçların ve vekalet ücretlerinin maktu olması ve kamulaştırmaz elatma ödeneğinden ödenmesi hususları dışında bu dönem elatmalara ilişkin başkaca sınırlamalar olmamıştır. Bu dönem elatmalara ilişkin idareye müracaat zorunluluğu bulunmamakta idi. Uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş olsa bile malik üç ay içinde dava açmak zorunda değil idi. Bu döneme ait elatmalara ilişkin yerel mahkemelerin tescile ilişkin kararları kesinleşmedikçe icra olunamaz idi.

** 6111 sayılı kanunun geçici 2. maddesinin ve ayrıca 6487 sayılı kanunun 21. maddesiyle değişik 2942 sayılı kanunun geçici 6. maddesinin 13. fıkrasının iptal edilmesiyle bu döneme ilişkin kamulaştırmaz elatmayı düzenleyen bir kanun kalmadığından 16.05.1956 tarihli içtihadı birleştirme kararları uygulanır. Buna göre mülk sahipleri bu döneme ait elatmalar için müdahalenin meni davası açabileceği gibi isterlerse bedel davası da açabilirler. Bu dönem kamulaştırmaz elatmalar için haciz yasağı, özel ödenekten ödenme, harç ve vekalet ücretinin maktu olması hususları uygulanmaz. Bu döneme ilişkin alacaklar kesinleşmese bile genel bütçeden ödenebilir. Bu dönem elatmalara ilişkin idareye müracaat zorunluluğu bulunmadığı gibi uzlaşmazlık tutanağı düzenlenmiş olsa bile malik üç ay içinde dava açmak zorunda da değildir. Bu dönem elatmalara ilişkin yerel mahkemelerin tescile ilişkin kararları kesinleşmedikçe icra olunamaz.

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR



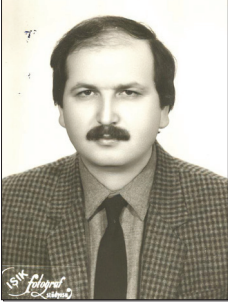
Baromuzun 4422 sicil sayısında kayıtlı

Av. RACİ KADIOĞLU

07/04/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1928 yılında Aksaray'da doğmuş, 1958 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 13538 sicil sayısında kayıtlı

Av. SEBAHATTİN İSMAIL

11/05/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1952 yılında Yunanistan'da doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



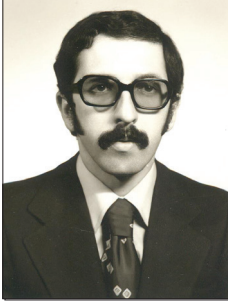
Baromuzun 20011 sicil sayısında kayıtlı

Av. İSMET USLU

08/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1935 yılında Biga'da doğmuş, 1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, hakimlikten emekliye ayrılı, 1995 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 10467 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSTAFA ÖZERMAN

17/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında İstanbul'da doğmuş, 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1977 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 17965 sicil sayısında kayıtlı

Av. ABDURRAHMAN ODABAŞ

14/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1926 yılında Erzurum'da doğmuş, 1949 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1957 yılında hakimlikten ayrılıp, 1957 yılında Samsun Barosu'nda mesleğini ifaya başlamıştır. 1972 yılında Samsun Barosu'ndan kaydı silinmiş olup, 1992 yılında Baromuz levhasına yeniden kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5165 sicil sayısında kayıtlı

Av. HALİDE GÖNÜL İŞLER

22/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1940 yılında İzmir'de doğmuş, 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



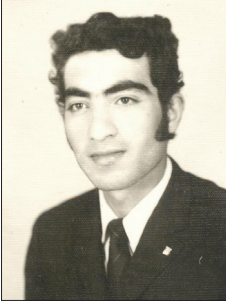
Baromuzun 8131 sicil sayısında kayıtlı

Av. SEMA ÖNAL

15/04/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1950 yılında Çaycuma'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9101 sicil sayısında kayıtlı

Av. UFUK TAVŞANCIL

17/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Gaziantep'de doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1974 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11347 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSTAFA BAHÇEKAPILI

28/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Maçka'da doğmuş, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



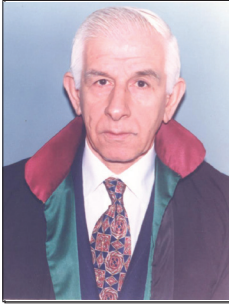
Baromuzun 10467 sicil sayısında kayıtlı

Av. EKREM ERDAL ÜNER

29/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Kavakköy'de doğmuş, 1969 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 23144 sicil sayısında kayıtlı

Av. EKREM ÖZONAY

22/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1934 yılında Mardin'de doğmuş, 1960 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1999 yılında hakimlikten emekli olup, 1999 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



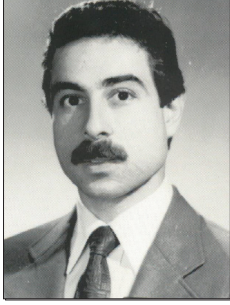
Baromuzun 17727 sicil sayısında kayıtlı

Av. CEM KÖSE

26/03/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1968 yılında İstanbul'da doğmuş, 1990 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1991 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11940 sicil sayısında kayıtlı

Av. YUSUF CEBECİ

11/04/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1955 yılında İstanbul'da doğmuş, 1979 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 28240 sicil sayısında kayıtlı

Av. MEHMET MUZAFFER SÖNMEZ

13/04/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1957 yılında Yayladağı'nda doğmuş, 1996 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2003 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 36835 sicil sayısında kayıtlı

Av. MUSTAFA AKYILDIZ

06/05/2016 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1956 yılında İkidere'de doğmuş, 2007 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 2008 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	31139	FATİH	TAŞDELEN	10/03/2016	ANKARA BAROSU
2	39416	MEHMET	ÇUBUKÇUOĞLU	10/03/2016	İZMİR BAROSU
2	47242	FİKRET	ÖZELER	10/03/2016	VAN BAROSU
3	47922	HASAN	ÖZDEMİR	10/03/2016	ANKARA BAROSU
4	48490	RUZİN	ADİYAMAN	10/03/2016	IĞDIR BAROSU
5	49107	GÖKÇE	ŞAHİN	10/03/2016	TRABZON BAROSU
6	53165	HASAN BASRİ	BAYRAKTAR	10/03/2016	KIRKLARELİ BAROSU
7	51464	ASLI	ATILGAN	17/03/2016	ANKARA BAROSU
8	52821	OSMAN NURİ	POLAT	17/03/2016	ANKARA BAROSU
9	53129	NEÇİRVAN	DEGER	17/03/2016	ŞIRNAK BAROSU
10	36659	GÜLŞEN ÖZLEM	YILDIR	24/03/2016	İZMİR BAROSU
11	48084	CİHAN EMRE	DURMAZ	24/03/2016	ADANA BAROSU
12	50518	MEHMET NASUH	GÖRDAĞ	24/03/2016	KONYA BAROSU
13	52076	BÜŞRA	DOYGUN	24/03/2016	İZMİR BAROSU
14	52137	AHMET	FİLİZ	24/03/2016	EDİRNE BAROSU
15	52293	MEHMET	KAFALI	24/03/2016	DENİZLİ BAROSU
16	52938	BATURAY	KESKİNBİÇAK	24/03/2016	TEKİRDAĞ BAROSU
17	10331	OSMAN	SULTUYBEK	31/03/2016	ÇANAKKALE BAROSU
18	33771	NAGEHAN	CAN KIR	31/03/2016	KASTAMONU BAROSU
19	44222	HAŞİM	DAYAR	31/03/2016	ŞIRNAK BAROSU
20	45189	NURDAN	DİNÇ	31/03/2016	BALIKESİR BAROSU
21	45775	GÜLDİL	GÜNDOĞAN	31/03/2016	BURSA BAROSU
22	52692	MEHMET ALİ	GÜMÜŞ	31/03/2016	HATAY BAROSU
23	53463	ÖMER	TEKİN	31/03/2016	K.MARAŞ BAROSU
24	20806	MEHMET	YILDIRIM	07/04/2016	DİYARBAKIR BAROSU
25	27838	PINAR	YILDIRIM	07/04/2016	MUĞLA BAROSU
26	29788	FİLİZ	KURU ÇARKI	07/04/2016	ANKARA BAROSU
27	31473	CUMALİ	DEMİRKAYA	07/04/2016	ANKARA BAROSU
28	31499	BERNA	YÜKSEKDAĞ	07/04/2016	MUĞLA BAROSU

NAKİLLER					
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
29	39363	SELİN	SÜER	07/04/2016	ANTALYA BAROSU
30	44590	MEHMET CAN	KUTAYER	07/04/2016	ZONGULDAK BAROSU
31	45419	ALPER	KOÇ	07/04/2016	BURSA BAROSU
32	46389	MEHMET ALİ	OCAK	07/04/2016	HATAY BAROSU
33	48843	ZEYNEP	YEMEZTAŞLICA	07/04/2016	SAKARYA BAROSU
34	50055	EFSANE	ÇİLEK	07/04/2016	BURSA BAROSU
35	50425	HÜLYA	YÜKSEL	07/04/2016	KOCAELİ BAROSU
36	50430	CEM	GÜRBÜZ	07/04/2016	ANKARA BAROSU
37	51046	GÜLAY	YILDIRIM	07/04/2016	KOCAELİ BAROSU
38	53023	CESUR	ŞAYLIG	07/04/2016	DİYARBAKIR BAROSU
39	36340	NAZIM	SARIALIOĞLU	17/04/2016	TRABZON BAROSU
40	44825	CÜNEYT	AYDIN	17/04/2016	GAZİANTEP BAROSU
41	47985	EMEL	TÜMKAYA	17/04/2016	HATAY BAROSU
42	48161	NECİM	DAĞ	17/04/2016	MARDİN BAROSU
43	48423	DAMLA	GÖNÜL	17/04/2016	ANKARA BAROSU
44	48627	YEŞİM	ARSLAN	17/04/2016	MERSİN BAROSU
45	50004	ÖZLEM	AYDIN	17/04/2016	SAMSUN BAROSU
46	31521	ELİF	Ç. KARAOĞLU	21/04/2016	ANKARA BAROSU
47	33957	ESMA	ÖZKARA ÖNOL	21/04/2016	GAZİANTEP BAROSU
48	39966	PINAR	ÖZER	21/04/2016	İZMİR BAROSU
49	45250	İREM	ÖZDEMİR	21/04/2016	ANKARA BAROSU
50	48207	TUĞBA	BAĞCI	21/04/2016	AYDIN BAROSU
51	50359	AHMET	ÇELİKASLAN	21/04/2016	GAZİANTEP BAROSU
52	51914	ÇAĞLASU T.	ÇOBAN	21/04/2016	AFYONKARAHİSAR BAROSU
53	52286	ALTAN	TAŞ	21/04/2016	ANKARA BAROSU
54	52655	HALİME	BAŞKAL	21/04/2016	ANTALYA BAROSU
55	46708	MİTHAT SONER	KARINLI	28/04/2016	OSMANİYE BAROSU
56	28715	LEVENT	YILDIRIM	05/05/2016	KONYA BAROSU
57	40005	MERVE	KARADUMAN	05/05/2016	İZMİR BAROSU

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
58	43639	MEVLÜT MURAT	HİDİROĞLU	05/05/2016	KAYSERİ BAROSU
59	47191	NAZLI	YILDIZ	05/05/2016	ADANA BAROSU
60	48127	HAYRİYE SELİN	KAP	05/05/2016	GAZİANTEP BAROSU
61	50724	AYŞEGÜL	ÖZYANIK	05/05/2016	RİZE BAROSU
62	51961	MERVE ARİFE	TÜMBÜL	05/05/2016	KONYA BAROSU
63	53117	ZEYNEP	KAHRAMAN	05/05/2016	DİYARBAKIR BAROSU
64	53543	ALEV	KOÇ	05/05/2016	İZMİR BAROSU
65	22402	ABDULAZİM	KAYA	12/05/2016	BATMAN BAROSU
66	29800	DİDEM	DİKMEN	12/05/2016	ÇANAKKALE BAROSU
67	31927	ASLI	ŞİMŞEK	12/05/2016	ANKARA BAROSU
68	38196	ASLI	KARACA	12/05/2016	İZMİR BAROSU
69	39389	MEHMET	GÖKALP	12/05/2016	İZMİR BAROSU
70	41510	CEREN	YORULMAZ	12/05/2016	ANKARA BAROSU
71	45436	SAMET	AYGUT	12/05/2016	TEKİRDAĞ BAROSU
72	49587	ÖZGE SELİN	SARP	12/05/2016	İZMİR BAROSU
73	49748	TAYFUN	AKGÜN	12/05/2016	KIRKLARELİ BAROSU
74	49905	DERYA	KURTOĞLU	12/05/2016	TEKİRDAĞ BAROSU
75	50058	HALİL	AKTOPRAK	12/05/2016	ADIYAMAN BAROSU
76	50106	YUSUF AYTEKİN	KESKİN	12/05/2016	OSMANİYE BAROSU
77	52139	FİKRET GÖKBERK	OSMANAĞAOĞLU	12/05/2016	ANKARA BAROSU
78	17236	EMİNE	MUSTAFAOĞLU	18/05/2016	BALIKESİR BAROSU
79	33303	CEMİLE	KEPENEK	18/05/2016	SAKARYA BAROSU
80	44492	SEHER	ÇETİN	18/05/2016	RİZE BAROSU
81	48340	TEVFİK	KARTAL	18/05/2016	AFYONKARAHİSAR BAROSU
82	53220	SERKAN	ÖRBEYİ	18/05/2016	VAN BAROSU

AYRILMALAR				
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	13822	MEHMET ATA	İŞGÖREN	10/03/2016
2	25599	ZEHRA	TUFAN	10/03/2016
3	26446	HÜSEYİN NACİ	YILMAZ	10/03/2016
4	27572	HASAN	AYDIN	10/03/2016
5	28005	ENGİN	EMRE	10/03/2016
6	28053	MURAT	KURT	10/03/2016
7	28078	RABİA	HAYVALI	10/03/2016
8	28287	İLKER	DOLGUN	10/03/2016
9	30151	SELAHATTİN	UÇMAZ	10/03/2016
10	30414	TUBA	YİĞİT	10/03/2016
11	30437	NİHAT	VANLI	10/03/2016
12	32181	HASAN SERDAR	TABANOĞLU	10/03/2016
13	32227	CÜNEYT	İPEK	10/03/2016
14	32695	MELEK	ÇOKYAMAN	10/03/2016
15	33071	HASAN	BAYRAKTAR	10/03/2016
16	35237	VEDAT	KELEŞ	10/03/2016
17	36024	ILGİM GİZEM	BİLGİN	10/03/2016
18	36167	ADEM	ÖZKAN	10/03/2016
19	36412	SERKAN	PAMUKÇUOĞLU	10/03/2016
20	37545	ÜLKÜ	OKUR	10/03/2016
21	38173	MUSTAFA	ASLAN	10/03/2016
22	38742	RUKET	ÖZDEMİR	10/03/2016
23	38882	CEMİL	DURSUN	10/03/2016
24	44649	BURCU	İRGE	10/03/2016
25	47729	FEVZİ	KAHRAMAN	10/03/2016
26	21888	ÜSTÜNER	ERDOĞAN	17/03/2016
27	23981	FATMA	YÜCEL	17/03/2016
28	24920	BAHRİ	BAHAR	17/03/2016
29	30824	GÜLAY	ÖZTÜRK	17/03/2016

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
30	38275	AHMET	ULUSOY	17/03/2016
31	38401	YELİZ	ULUSOY	17/03/2016
32	41082	SENEM	AKTAŞ	17/03/2016
33	50557	ECE DOĞASEL	ALTAY	17/03/2016
34	53090	ÖMER	ARSLAN	17/03/2016
35	19631	FATMA	KASAR	24/03/2016
36	28142	ÇİĞDEM	YAYLA GENÇ	24/03/2016
37	31653	SALİHA GÜLŞAH	ERTÜRK	24/03/2016
38	33978	NİLGÜN	CAN	24/03/2016
39	37776	EMRE	SARI	24/03/2016
40	39405	MEHMET	ASLAN	24/03/2016
41	39838	MİNE GÜNEŞ	DURUKAN	24/03/2016
42	39877	İLKUNUR DAMLA	KAYA KARAOĞLU	24/03/2016
43	40664	YUNUS	BOZAN	24/03/2016
44	42897	DERYA	ÖZBEK	24/03/2016
45	53399	GAMZE NUR	ÇELİK	24/03/2016
46	16559	SEMRA	TANER	31/03/2016
47	21811	ÜLKÜ EZGİ	DEMİR	31/03/2016
48	22568	CİHAT	YİTGİN	31/03/2016
49	22579	AYNUR	ÇELİK	31/03/2016
50	24770	SELÇUK HAKAN	ÇİFTÇİOĞLU	31/03/2016
51	25865	ESMA	ÜNLÜ	31/03/2016
52	25924	HÜSEYİN	TORTUK	31/03/2016
53	26749	SELİM	KARAKAŞ	31/03/2016
54	26758	KEMAL	KOÇ	31/03/2016
55	27525	MAHMUT	ÇEVİK	31/03/2016
56	28820	NUH	EKİZ	31/03/2016
57	30605	FATİH	TAŞDEMİR	31/03/2016
58	31252	YASEMİN	TUNÇEL	31/03/2016

AYRILMALAR				
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
59	32495	GÜLPINAR	DUMAN	31/03/2016
60	32981	ERKAN	ÜNLÜ	31/03/2016
61	36368	SUNA	ERŞENEL	31/03/2016
62	36606	TEZEL	AKBAY	31/03/2016
63	37130	HAMİT	AKINCI	31/03/2016
64	37709	ABDULLAH	BÜKCÜOĞLU	31/03/2016
65	38754	SEMA	ERDAĞI	31/03/2016
66	39011	TUĞBA	COŞKUN ÖNER	31/03/2016
67	40096	EMİNE	BARUT ÖZGER	31/03/2016
68	40138	MİNE	ÇAĞLI	31/03/2016
69	40593	ALİ	SAKARYA	31/03/2016
70	41936	DAMLA	CEYLAN TOPRAK	31/03/2016
71	41970	DİLEK	ZAPTİYE	31/03/2016
72	44347	İBRAHİM	DURMAZ	31/03/2016
73	46060	MİNE	UĞURTAŞ	31/03/2016
74	53180	ESRA	GİCİK	31/03/2016
75	9844	MUSTAFA	ÜNLÜSAYIN	07/04/2016
76	19306	BAYRAM CEM	KARA	07/04/2016
77	20083	BENGÜ	ERSOY	07/04/2016
78	21446	HANİFİ	ÇELİK	07/04/2016
79	21923	MUSTAFA	ÖZÜMAĞI	07/04/2016
80	21973	FAHRİ	ESMERAY	07/04/2016
81	22033	SEMA	ASAR ÇELİKOĞLU	07/04/2016
82	22745	TAHSİN	YILMAZER	07/04/2016
83	23143	AHMET	ÖNÇIRAK	07/04/2016
84	23499	HAMDİ	DEVECİ	07/04/2016
85	23845	MURAT	KARADAYI	07/04/2016
86	24119	MUSTAFA	ÖZDEMİR	07/04/2016
87	24179	ABDULAZİZ	ORHAN	07/04/2016

AYRILMALAR

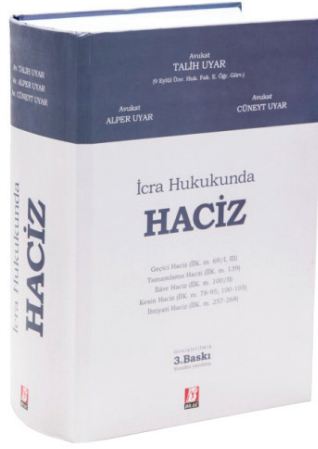
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
88	24361	İBRAHİM	AYDIN	07/04/2016
89	24551	HANDAN	KURT ÖĞLENİ	07/04/2016
90	24569	AYTEKİN	KÖSEDAL	07/04/2016
91	24925	AHMET HİLMİ	AVCI	07/04/2016
92	25100	ÜZEYİR	SOYDAŞ	07/04/2016
93	25118	ZAFER	ALPTEKİN	07/04/2016
94	25983	MUSTAFA SABRİ	DİLAVER	07/04/2016
95	26378	ŞENOL	KARTAL	07/04/2016
96	26487	HALİS	FIRAT	07/04/2016
97	26572	MEHMET	KAPLAN	07/04/2016
98	26651	SABRİ	BAYAR	07/04/2016
99	26918	ADİKE	AVCI	07/04/2016
100	26980	MUSTAFA	UYANMIŞ	07/04/2016
101	27058	EBRU	KOTAN ACAR	07/04/2016
102	27066	MİKAİL	ŞEKER	07/04/2016
103	27814	BİROL	ACER	07/04/2016
104	27962	MUHAMMET EMRE	TOTİK	07/04/2016
105	28300	İBRAHİM	AVCI	07/04/2016
106	29559	EBRU	ÇELİK TEZEL	07/04/2016
107	29955	AHMET	GÜNDOĞDU	07/04/2016
108	30090	AYHAN	KANLI	07/04/2016
109	30436	MURAT	NOKAY	07/04/2016
110	30492	HASAN	AKİN	07/04/2016
111	30615	ORKUN	İNCAZ	07/04/2016
112	31189	AYŞE	TÜRELİ	07/04/2016
113	31350	MEHMET	BİLGİN	07/04/2016
114	31515	ORHAN	CEYHAN	07/04/2016
115	31523	SEDAT	AYDIN	07/04/2016
116	31612	BÜLENT	AKAR	07/04/2016

AYRILMALAR				
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
117	32398	UTKU	ÜNLÜSAYIN	07/04/2016
118	32553	ORHAN	GÜL	07/04/2016
119	32609	SÜLEYMAN SERHAN	ÇINAR	07/04/2016
120	32912	FATİH	KOCABEY	07/04/2016
121	33073	CEM	TOKSÖZ	07/04/2016
122	33226	FATİH	ERDEMİR	07/04/2016
123	33287	FUNDA	HASANBAŞOĞLU	07/04/2016
124	33382	DAMLA	DİKMEN	07/04/2016
125	33402	ESRA PINAR	ÇELİK	07/04/2016
126	34598	BETÜL	BAŞ	07/04/2016
127	34605	OSMAN NURİ	ÖZ	07/04/2016
128	34850	MURAT	ACER	07/04/2016
129	34962	MEHMET DOĞAN	AĞRI	07/04/2016
130	34988	TAHİR	KAYGUSUZ	07/04/2016
131	35269	HASAN	AYDIN	07/04/2016
132	35712	GÜLÜZAR	AKAYDIN YENİCE	07/04/2016
133	35865	FETİYE	KARABULUT ŞEKER	07/04/2016
134	37849	SERKAN	YILDIRIM	07/04/2016
135	38174	MUSTAFA AYDIN	AŞIK	07/04/2016
136	38792	NECLA	YEŞİLYURT GÜLBİÇİM	07/04/2016
137	38813	EMRAH	BİRİNCİ	07/04/2016
138	38943	GÖNÜL	KURBAN	07/04/2016
139	39018	İLTERİŞ	ALTINTAŞ	07/04/2016
140	39982	GÖKHAN	GEZKÖY	07/04/2016
141	40111	ŞAZİYE EMEL	ARPACI	07/04/2016
142	40122	MUHAMMED FATİH	KAYA	07/04/2016
143	41668	OSMAN	KUTLUBAY	07/04/2016
144	42031	ESRA SULTAN	KUTLU	07/04/2016
145	43175	GÖKHAN	KARTAL	07/04/2016

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
146	21623	PINAR	EREN ÇAKIR	14/04/2016
147	25653	YUSUF	BİÇER	14/04/2016
148	26482	İSA	DEMİRCAN	14/04/2016
149	26618	MEHMET ŞAHİN	PARLAK	14/04/2016
150	29918	NİYAZİ	BOZBUĞA	14/04/2016
151	34370	ALPARSLAN	ÇAVDAR	14/04/2016
152	34408	HATİCE	ULUSOY ÖCAL	14/04/2016
153	38176	OLĞAY	TOY	14/04/2016
154	40214	ASUMAN	ÖZ	14/04/2016
155	49938	HAVVA	FINDIKOĞLU	14/04/2016
156	39208	SEMA	TARGAN	21/04/2016
157	21929	MUSTAFA	KOC AOĞLU	28/04/2016
158	25829	SİNAN	DÜMBÜL	28/04/2016
159	22038	HAKAN	PERÇİN	05/05/2016
160	29303	HAVVA	SEKMEN	05/05/2016
161	43280	EMRAH	KOÇAK	05/05/2016
162	48273	ALİ	SOYLU	05/05/2016
163	43528	DİLEK	BULUT	05/05/2016
164	21968	İSMAİL	KARATAŞ	18/05/2016
165	43239	SEÇKİN	YILMAZ	18/05/2016

KİTAP TANITIMI

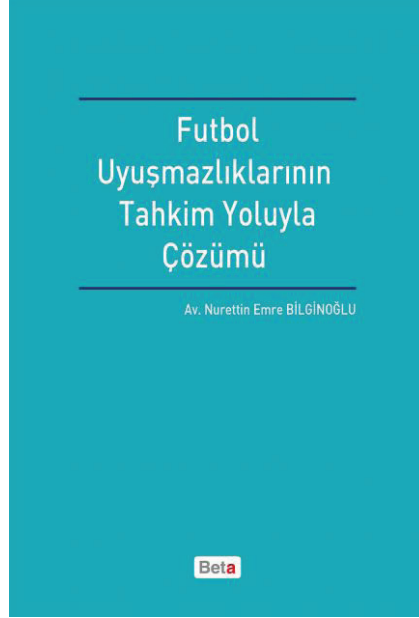


İCRA HUKUKUNDA HACİZ

Av. Talih Uyar, Av. Alper Uyar ve Av. Cüneyt Uyar tarafından hazırlanmış olan bu eseri, Bilge Yayınevi yayınlamıştır.

Yedi kısım'dan oluşan eserimizin "Haciz Türleri"nin incelendiği 'birinci kısım'ın 'birinci bölüm'ünde "Geçici (muvakkat) Haciz", 'ikinci bölüm'ünde "Tamamlama Haczi (Tamamlayıcı Haciz)", 'üçüncü bölüm'ünde "İlave (ek) Haciz", 'dördüncü bölüm'ünde "İhtiyati Haciz" ve 'beşinci bölüm'ünde "Kesin (icrai) Haciz", 'Haciz İşleminin Yapılması' konusunun incelendiği 'ikinci kısım'ında (§1. Haciz İsteme ve Süresi, §2. Hacze Başlama Müddeti, §3. Haczin Yapılış Şekli ve Haczi Yapan Memurun Yetkisi), "Haczin Konusu"nun incelendiği 'üçüncü kısım'ında (§1. Taşınır Malların Haczi, §2. Taşınmaz Malların Haczi, §3. Haczi Özellik Taşıyan Mal ve Haklar), "Şirket Hisselerinin Haczi" konusunun incelendiği 'dördüncü kısım'da (§a. Kollektif Şirketlerde, §b. Komandit Şirketlerde, §c. Anonim Şirketlerde, §ç. Limited Şirketlerde, §d. Kooperatif Şirketlerde, §e. Adi Şirketlerde), "Haczedilemeyen Mal ve Hakların" incelendiği 'beşinci kısım' 'birinci bölüm'ünde 'Tamamı Haczedilemeyen Mal ve Haklar', 'ikinci bölüm'ünde 'Kısmen Haczedilemeyen Haklar', 'üçüncü bölüm'ünde 'Haczedilmezlikten Önceden Feragat', 'dördüncü bölüm'ünde 'Haczedilmezlik Şikayetine Süresi' ve 'beşinci bölüm'ünde 'Haczedilmezlik Şikayetine İncelenmesi', "İhtiyati Haczin" incelendiği 'altıncı kısım'da (§1. Hukuki Niteliği, §2. İhtiyati Haciz İsteminin Koşulları, §3. İhtiyati Hacizde Yetkili Mahkeme, §4. İhtiyati Hacizde Görevli Mahkeme, §5. İhtiyati Hacizde Yargılama Yöntemi, §6. İhtiyati Hacizde Güvence, §7. İhtiyati Haciz Kararının İçeriği, §8. İhtiyati Haciz Kararının Uygulanması, §9. İhtiyati Haciz Tutanağının İçeriği, §10. Teminat Karşılığında İhtiyaten Haczedilen Malların Borçlu ya da Üçüncü Kişiye Bırakılması, §11. İhtiyati Haczi Tamamlayan Merasim, §12. İhtiyati Haciz Kararına İtiraz ve Temyiz, §13. İhtiyati Haczin Teminat Karşılığında Kaldırılması, §14. Haksız İhtiyati Haciz Nedeniyle Tazminat Davası), "Hacze Katılım (İştirak)" konusunun incelendiği 'yedinci kısım'ın 'birinci bölüm'ünde 'Hacze Adi (Takipli) Katılma' ve 'ikinci bölüm'ünde 'Hacze Ayrıcalıklı (Takipsiz) Katılma' konuları, bu husustaki bilimsel eser ve makalelerdeki "teorik görüşler"e ve -pek çoğu hiçbir yerde yayımlanmamış olan- Yargıtay içtihatlarındaki "pratik çözümler"e yollama yapılarak ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Eserin sonunda, eserden daha kısa sürede daha çok yararlanmayı sağlayabilmek için "konulara", "kanun maddelerine", "kavramlara" göre ayrıntılı olarak hazırlanmış arama cetvelleri'ne yer verilmiştir.

Ayrıntılı bilgi ve kitap siparişleri için iletişim bilgileri: 0 232 446 11 12 info@e-uyar.com



İstanbul Barosu avukatlarından **Nurettin Emre Bilginoğlu** tarafından kaleme alınan kitap Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Yolları başlıklı iki ayrı bölümden oluşuyor.

Yazar önsözünde; “Çalışmamızda doktrinde yeterli ölçüde incelenmemiş olmakla beraber uygulamada oldukça önem taşıyan Futbol uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümü konusu bütün yönleriyle incelenmiş sadece TFF bünyesinde gerçekleştirilen tahkim değil, futbol uyuşmazlıklarının TFF dışında diğer ulusal yada uluslar arası tahkim merkezlerinde çözümü ve ad hoc tahkim yoluyla çözümü üzerinde de durulmuştur, diyor.

132 sayfadan oluşan kitap Beta yayımları arasından çıktı.
www.betayayincilik.com Tel: 0212 511 54 32



Türk Medeni Kanunu serisinin ilk iki kitabı olan bu ortak eserler Av. Talih Uyar, Av. Alper Uyar ve Av. Cüneyt Uyar tarafından hazırlanmıştır. Her iki eser de Bilge Yayınevi tarafından yayınlanmıştır.

TÜRK MEDENİ KANUNU “Başlangıç Hükümleri”

Serinin ilk kitabı olan 909 sayfalık bu eserde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Başlangıç Hükümleri”ni oluşturan 1 ila 7. maddeleri ayrıntılı olarak sunulmuştur:

Hukukun uygulanması ve kaynakları (TMK. mad. 1) / Hukukî ilişkilerin kapsamı - Dürüst davranma (TMK. mad. 2), İyiniyet (TMK. mad. 3), Hâkimin takdir yetkisi (TMK. mad. 4) / Genel nitelikli hükümler (TMK. mad. 5) / İspat kuralları - İspat yükü (TMK. mad. 6), Resmi belgelerle ispat (TMK. mad. 7)

Eserde her madde altında, “Bibliyografya”, “Gerekçe” ve “İçtihatlar” bölümlerine yer verilmiştir.

TÜRK MEDENİ KANUNU “Kişiler Hukuku”

Serinin ikinci kitabı olan 1309 sayfalık bu eserde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun “Kişiler Hukuku”nu oluşturan 8 ila 117. maddeleri ayrıntılı olarak sunulmuştur:

Buna göre “GERÇEK KİŞİLER” Kısmı: “Kişilik” Bölümü (TMK. mad. 8-35), “Kişisel Durum Sicili” Bölümü (TMK. mad. 36-46); “TÜZEL KİŞİLER” Kısmı: “Genel Hükümler” Bölümü (TMK. mad. 47-55); “Dernekler” Bölümü (TMK. mad. 56-100), “Vakıflar” Bölümü (TMK. mad. 101-117) şeklinde madde madde oluşturulmuştur.

Eserde her madde altında, “Bibliyografya”, “Gerekçe” ve “İçtihatlar” bölümlerine yer verilmiştir.

Serinin devamı olan “Aile Hukuku”, “Miras Hukuku” ve “Eşya Hukuku” kitapları da sırasıyla yayıma hazırlanmaktadır.

Ayrıntılı bilgi ve kitap siparişleri için iletişim bilgileri: 0 232 446 11 12

info@e-uyar.com



İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDA OLUMSUZ (MENFİ) TESPİT VE GERİ ALMA (İSTİRDAT) DAVALARI

Av. Talih Uyar, Av. Alper Uyar ve Av. Cüneyt Uyar tarafından hazırlanmış olan bu eseri, Bilge Yayınevi yayımlamıştır.

İİK. 72'de düzenlenmiş bulunan «Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davası» konusunu inceleyen bu eser iki kısımdan oluşmaktadır.

Kitabın «olumsuz (menfi) tespit davalarının incelendiği 'birinci kısım'ın «birinci bölüm»ünde; 'olumsuz tespit davalarının niteliği', «ikinci bölüm»ünde; 'olumsuz tespit davalarının çeşitleri', «üçüncü bölüm»ünde; 'olumsuz (menfi) tespit davasının konusu', «dördüncü bölüm»ünde 'olumsuz (menfi) tespit davasının sonuçları', «beşinci bölüm»ünde; 'olumsuz tespit davalarında yargılama' (a. Görev, b. Yetki, c. Davanın açılma süresi, ç. Davanın tarafları, d. İspat yükü, e. Kanıtlar, f. Yargılama usulü) konuları,

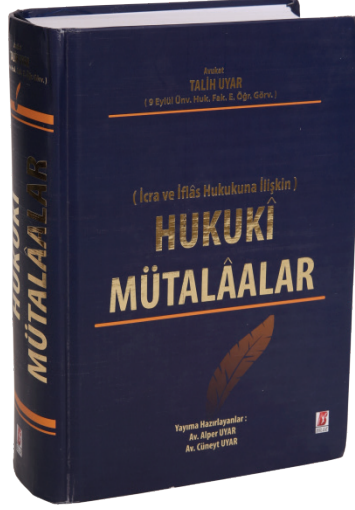
«Geri alma (istirdat) davalan»nın incelendiği 'ikinci kısmı'nın «birinci bölüm»ünde; 'geri alma davalarının niteliği ve amacı', «ikinci bölüm»ünde; 'geri alma davalarının koşulları', «üçüncü bölüm»ünde; 'geri alma davalarında yargılama' (a. Görev, b. Yetki, c. Davanın tarafları, ç. Davanın konusu, d. İspat Yükü, e. Kanıtlar, f. Yargılama usulü) konuları,

bu husustaki bilimsel eser ve makalelerdeki «teorik görüşler» ve pek çoğu hiçbir yerde yayımlanmamış olan Yargıtay içtihatlarındaki «pratik çözümler»e yollama yapılarak ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

Eserde yer verilen karar özetlerinde atfı yapılan HUMK., BK., TK.'nın (eski) hükümlerinin yanında, HMK., TBK. ve TTK.'nın (yeni) hükümleri belirtilerek, kararların güncel hale gelmesine gayret edilmiştir.

Eserin sonunda eserden daha kısa sürede, daha çok yararlanmayı sağlayabilmek için «konulara» «kanun maddelerine» ve «kavramlara» göre ayrıntılı olarak hazırlanmış 'Arama Cetvelleri'ne yer verilmiştir.

Ayrıntılı bilgi ve kitap siparişleri için iletişim bilgileri: 0 232 446 11 12
info@e-uyar.com



(İCRA VE İFLÂS HUKUKUNA İLİŞKİN) HUKUKİ MÜTALÂALAR

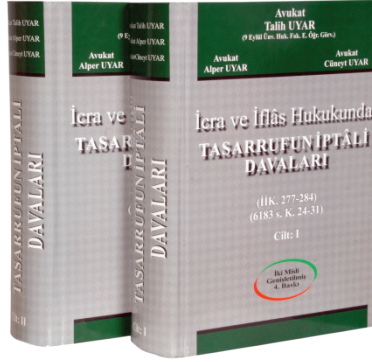
Av. Talih Uyar, tarafından yazılmış olan “uzman görüşü” (HMK m.293) niteliğindeki mütalâalara yer veren bu eseri, Bilge Yayınevi yayınlamıştır.

Eserde 69 adet mütalâaya yer verilmiştir.

“İtirazın İptali Davaları”, “Tasarrufun İptali Davaları”, “Menfi Tespit Davaları”, “Sahtelik İddiasına Dayalı Menfi Tespit Davaları”, “Kambiyo Senetlerinde Borca İtiraz”, “Aynı Dereceye Dahil Alacaklılardan Birinin Satış İstemesi”, “Gemi Üzerinde Bulunan Kanuni Rehin Hakkından Feragat”, “İstihkak Davaları”, “Tamamlayıcı İhale”, “İhale”, «İhalenin Feshi», «Haczi Kabil Olmayan Mal ve Haklar», “Usulsüz Tebligat”, “İflasın Ertelenmesi Kararının Etkileri”, “Kambiyo Senetleri” gibi bir çok ana başlık altında çeşitli konular irdelenmiştir.

Hemen hemen İİK.’nun tüm konularına ilişkin yazılan bu mütalâalarda, uyuşmazlık konusu olaylar özetlenerek ayrıntılı açıklamalar yanında emsal içtihatlar sunulmuş ve doktrinindeki görüşlere de atıfta bulunulmuştur.

Ayrıntılı bilgi ve kitap siparişleri için iletişim bilgileri: 0 232 446 11 12
info@e-uyar.com



İCRA ve İFLÂS HUKUKUNDA TASARRUFUN İPTALİ DAVALARI

Av. Talih Uyar, Av. Alper Uyar ve Av. Cüneyt Uyar tarafından hazırlanmış olan bu eseri, Bilge Yayınevi yayınlamıştır.

İİK. 277-284 ve 6183 s. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında(ki) Kanunun 24-31'inci maddelerinde düzenlenmiş olan "Tasarrufun İptali Davaları" konusunu inceleyen bu eserin 'birinci bölüm'ünde «iptal davasının hukuki niteliği ve amacı», 'ikinci bölüm'ünde «iptal davasının konusu», 'üçüncü bölüm'ünde «iptale tâbi tasarruflar» (§A. 'İvazsız tasarruflardan dolayı iptal', § B. 'Aciz halinde iken yapılan tasarruflardan dolayı iptal', § C. 'Alacaklılara zarar vermek kasdı ile yapılan (hileli) tasarruflardan dolayı iptal'), 'dördüncü bölüm'ünde «Yargılama» (§ A. 'İptal isteminin ileri sürülme biçimi', § B. 'İptal davalarında yetki', § C. 'İptal davalarında görev', § Ç. 'İptal davalarının açılma süresi', § D. 'İptal davalarında harç', § E. 'İptal davalarında vekalet ücreti', §F. 'İptal davalarında yargılama usulü', § G. 'İptal davasının tarafları', § H. 'İptâl davasının sonuçları') konuları, bu husustaki bilimsel eser ve makalelerdeki «teorik görüşler»e ve pek çoğu hiçbir yerde yayımlanmamış olan Yargıtay içtihatlarındaki «pratik çözümler»e yollama yapılarak ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

Bu eserde; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin hiçbir yerde yayımlanmamış konuya ilişkin pek çok içtihadı ile Şubat/2007 tarihinden itibaren yerel mahkemelerce «tasarrufun iptali davaları» konusunda verilen kararları temyizen incelemeye başlamış olan Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin ve Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin tüm içtihatlarına eksiksiz olarak ilgili konuların altında tarih sırasına göre ve birbiri ile çelişir durumda olanlar aynı başlık altında (A) ve (B) şeklinde gruplandırılarak sunulmuştur. Ayrıca çok önemli olan içtihatların altında "not"lar şeklinde, o içtihatların tahlil ve eleştirisi yapılmıştır. Böylece «İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları» konusu, bu kitapta hem yayımlanmış olan bilimsel eser ve makalelerdeki 'teorik görüşler' ve hem de Yargıtay içtihatlarındaki 'pratik çözümler' doğrultusunda, özellikle uygulamadaki uyumsuzluklara ve karşılaşılan sorunlara ışık tutacak şekilde özenle incelenmiştir...

Eserin sonunda, eserden daha kısa sürede, daha çok yararlanmayı sağlayabilmek için «konulara», «yasa maddelerine» ve «kavramlara» göre ayrıntılı olarak hazırlanmış "arama cetvelleri"ne yer verilmiştir.

Ayrıntılı bilgi ve kitap siparişleri için iletişim bilgileri: 0 232 446 11 12
info@e-uyar.com

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

10 GÜNLÜK SÜRE	437, 470
ALACAĞIN TEMLİKİ	401
ARAÇ KİRALAMA	440
ARAÇ MALİKİ VE İSTİHDAM EDENİN SORUMLULUĞU	668
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAT SÖZLEŞMESİ	622
ATAMANIN BARODAN KENDİSİNE BİLDİRİLMEDİĞİ SAVUNMASI	693
AVUKATIN DURUŞMAYA KATILMAMASI	694
AVUKATIN GEÇERSİZLİK İDDİASINDA BULUNAMAYACAĞI	596
AVUKATIN GÖREV SUÇLARINDA KAMU GÖREVLİSİ SAYILACAĞI	690
AVUKATLA TAKİP	580
AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNDE TARİFENİN ALTINDA ÜCRET KARARLAŞTIRILMASI	596
AVUKAT VEKALET ÜCRETİ VE MASRAFLARIN ÖDENMEMESİ	600
AYIPLI MAL	627

B

BAĞLANAN GELİRİN NİTELİĞİ	565
BANKA HESABI	530
BARODAN ATANAN AVUKATIN DURUŞMALARA KATILMAMASI	693
BEDELSİZ BONO	378
BEDEN TAMLIĞI DAVASI	371
BELİRSİZ ALACAK DAVASI	473, 517
BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ	630

BONODA “MALEN” KAYDI	410
BONODA TAHRİFAT	406
BONO MUVAZAA İDDİASI	392
BORÇLAR KANUNU	594
BORÇLAR KANUNU HÜKMÜ	365
BORDRO TAHAKKUKLARI	485
BORCA İTİRAZ	577, 589

C

CİNSEL İSTİSMAR	702
CİNSEL İSTİSMARI	695
ÇOCUĞUN ÖLÜMÜ	636, 659
ÇOCUKLARIN ÖĞRENİMİ	661

D

DAVADA GÖREV	587
DAVADA HUSUMET	457
DEPO BEDELİNİN TESPİTİ	625
DEPO KARARI	620
DESTEĞİN BAŞLAYACAĞI YAŞ	641
DESTEKDEN YOKSUN KALMA	659
DESTEK GÖRME YAŞI	661
DESTEKLİK HESABI	643
DESTEK TAZMİNATI	653
DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI	656
DESTEKTEN YOKSUNLUK	633, 637, 651
DEVLET HASTANESİ İŞÇİSİ	457

E

ECRİMSİMİL	357
ELEKTRONİK GAZETELERİN YAYIN KOORDİNATÖRLÜĞÜNÜ YAPAN ÇALIŞAN GAZETECİDİR ..	527

EMEKLİ MAAŞININ HACDEZİLMESİ	432
EMSAL ÜCRET ARAŞTIRMASI	530
EMSAL ÜCRETLER	460
ESER SÖZLEŞMESİ	627
ETKİN PİŞMANLIK	690

F

FAİZ ORANI	575
FAİZ TALEBİ	576
FATURAYA DAYANNA İLAMSIZ TAKİP	587
FAZLA ÇALIŞMA	490, 492
FAZLA ÇALIŞMALAR	505
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ	485, 499
FERAGAT	723
FESİH BİLDİRİMİ	462

G

GECE ÇALIŞMASI	492
GECE VARDİYASI	490
GERÇEK İŞVEREN	374
GERÇEK ZARAR	554
GERÇEK ZARAR HESABI	540
GÖREVLİ MAHKEME	440
GÜNCELLEME YÖNTEMİ	668

H

HACZEDİLMEZLİK KURALI	387
HACZİN DÜŞMESİ	586
HAKKANİYET İNDİRİMİ	505
HAKLI FESİH	483, 492

HAKLI İSTİFA HALİNDE KARŞI ÜCRETİ TAHSİL EDİLMESE DAHİ HAK KAZANACAĞI	600
HAKSIZ AZİL	592
HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN DAVA	431
HAKSIZ İŞGAL	357
HATALI SÜNNET	615
HATALI SÜNNETLE KÜÇÜĞÜN CİNSEL ORGANININ 1/3'ÜNÜN YOK EDİLMİŞ OLMASI	612
HESABA ESAS GİYDİRİLMİŞ ÜCRET	487
HESAPLAMA YÖNTEMİ	499
HESAP YÖNTEMİ	456
HİZMET AKDİNİN FESHİ	504
HİZMET NEDENİYLE EMNİYETİ SUİSTİMAL	690
HİZMET SÖZLEŞMESİ	594
HİZMET TESPİTİ DAVASI	667
HÜK DÜŞÜMÜ SÜRESİ	667

I

İCRA DOSYASI	580
İDARİ DAVA	633
İHBARNAME	371
İLAMSIZ TAKİBE İTİRAZ	578
İSPAT KÜLFETİ	392, 410, 504
İŞÇİ ALACAKLARI	465
İŞÇİNİN PRİM ALACAĞI	442
İŞE İADE DAVASI	507
İŞ KAZASI DESTEKTEN	682
İŞ KAZASI KOŞULLARI	537
İHTİYATİ HACİZ	577
İHBAR TAZMİNATI	462, 496

İLAMSIZ TAKİP	589
İŞLETEN SIFATI	645
İŞ SAHİBİNİN MENFAATİ	618
İŞÇİLİK ALACAKLARI	473, 502, 594
İŞÇİLİK HAKLARI	593
İŞE İADE	447, 452
İŞE İADE DAVASI	450, 470
İŞGÜCÜ KAYBI	671
İŞ KAZASI	567, 571, 679, 685, 687
İŞLETMESEL KARAR	447

K

KARŞI TARAFA YÜKLENEN VEKALET ÜCRETİ	387
KARŞI YAN VEKALET ÜCRETİ	592
KASTİ SUÇLARDA İNDİRİM	532
KATILMADIĞI DURUŞMALARDA ETKİLİ İŞLEMLERİN YAPILMAMIŞ VE ZARARIN BULUNMAMASI	694
KDV MUAFİYETİ	584
KIDEM TAZMİNİ	483
KIDEM TAZMİNATI	487
KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI	458
KİSMİ ÖDEME	465
KIZ ÇOCUĞUNUN DESTEKLİĞİ	641
KİRALANAN TACİR SIFATI	362
KİRALANAN YERİN TAHLİYESİ	437
KİŞİLİK HAKLARI	435
KÖTÜNİYET	406
KÖTÜ NİYETLİ HAMİL	378
KURUM RÜCU ALACAĞI	558, 561

KURUM RÜCÜ ALACAĞI	565
KÜÇÜĞÜN ÖLÜMÜ	651
KUSUR RAPORU	544, 567

L

LİBYA'DA YEMEKHANE SORUMLUSU - AŞÇI OLARAK ÇALIŞAN İŞÇİNİN AYLIK ÜCRETİ	530

M

MAHKEME KARARI	576
MAHSUP YÖNTEMİ	465
MANEVİ TAZMİNAT	679
MANEVİ TAZMİNATA HÜKMEDİLMESİ GEREKTİĞİ	615
MAZERET KABUL EDİLEREK YOKLUĞUNDA KARAR VERİLMESİ, BİLİRKİŞİ RAPORUNA KARŞI BEYANDA BULUNMA SÜRESİ	603
MESKENİYET İTİRAZI	586
MEVSİMLİK ÇALIŞMADAN DOLAYI AÇILACAK HİZMET TESPİTİ DAVASI	676
MUTLAK TİCARİ DAVA	654
MURİS MUVAZAASI	425, 427

O

OLAYLARIN AKIŞI	425
ONBEŞ YAŞINI TAMAMLAMIŞ MAĞDURE	695
ORTALAMA MİKTAR	460
ÖDEME EMRİ	575
ÖDEME EMRİNİN İPTALİ	578
OTUZ İŞÇİ KOŞULU	452
ÖZEL ÖĞRETİM KURUMU	496

P

P.M.F. TABLOSU	649
PRİMLERİN ACENTE TARAFINDAN TAHSİLİ	657

PROTESTODAN SONRA CİRO	401

R

RÜCU DAVASINDA KUSUR	573

S

SAĞLIK SORUNLARI	483

SANIĞIN BİR SÜRE NİŞANLI KALDIĞI MAĞDURENİN YAŞININ 15'DEN KÜÇÜK BİLMEDİĞİ İDDİASININ DİNLENEMEYECEĞİ	702

SATIŞ VAADİ	619, 620, 625

SENDİKAL FAALİYETLER	715

SENDİKAL TAZMİNAT	447, 715

SGK RÜCU ALACAĞI	544, 550

SGK RÜCU DAVASI	532, 537, 540, 571

SİGORTA KAYDI	374

SİGORTALI ÇALIŞAN AVUKAT	690

SİGORTA POLİÇESİ	657

SİGORTA SÖZLEŞMESİ	654

SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU	643

SIRA CETVELİ	581

SON ALT İŞVEREN	502

SOSYAL GÜVENLİK HAKKI	723

SÖZLEŞMENİN TARAFI VE SORUMLUSU	417

SÖZLÜ KİRA SÖZLEŞMESİ	438

SSK RÜCU ALACAĞI	554

SULH HALİNDE HER İKİ TARAFIN KARŞI TARAF VEKALETİ ÜCRETİ DAHİL AVUKATLIK ÜCRETİNDEN SORUMLU OLACAĞI	598

SÜNNETİ YAPAN DOKTORUN BAŞKA BİR MAHKEMEDEKİ İKRARI	615

SÜRE VERİLMESİ	685

ŞARTLI İSTİFA DİLEKÇESİ	458
ŞİKAYET YOLU	578
ŞEKİL KOŞULU	452

T

TACİRLER ARASINDA FAİZ	365
TAHKİM DİVANINDA TAKİP EDİLEN İŞLERDEN KAYNAKLANAN AVUKATLIK ÜCRETİ	605
TANIK BEYANLARI	492
TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİNİN VEKALET İLİŞKİSİ OLMASI	612
TARIM İŞÇİSİ	593
TAŞINMAZDAKİ EŞYALAR	582
TAŞINMAZ HACZİ	590
TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN DEVRİ	590
TAŞINMAZ TAHLİYESİ	582
TAZMİNAT	406
TAZMİNAT HESABI	663
TAZMİNAT HESABINDA YÖNTEM	637
TAZMİNAT HESAPLAMA	371
TAZMİNAT HESAPLAMA YÖNTEMİ	687
TESCİL İŞLEMİ	620
TESPİT DAVASI	450
TIBBİ HATA	612
TİCARİ DAVALAR	419
TİCARİ FAİZ	654, 656
TRAFİK KAZASI	645, 649, 663
TRAFİK KAZASI TAZMİNAT HESABI	630
TUTARLILIK	447
TÜKETİCİ MAHKEMESİ	619

U

UYGULANACAK KANUN	593
ÜÇÜNCÜ KİŞİ KUSURU	550, 554
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN DURUMU	558
ÜÇÜNCÜ KİŞİ VE BİRLİKTE SORUMLULUK	561
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN HAKLARI	622

V

VARLIK YÖNETİM ŞİRKETİ	584
VASİYETTEN DÖNME	427
VEKALET İLİŞKİSİ, VEKALET İLİŞKİSİNDE ÖZEN BORCU	615
VEKALETSİZ İŞ GÖRME	618
VEKALET ÜCRETİ	580

Y

YARGI YOLU	433
YAZILI BİLDİRİM	452
YEDİEMİN ÜCRET ALACAĞI	581
YETERSİZ ÖDEME	668
YETİŞTİRME GİDERİ	636, 653
YETKİLİ HAMİL	401
YETKİLİ MAHKEME	431
YILLIK İZİN ÜCRETİ	456
YOKSUNLUK	682
YURT DIŞI İŞYERİ	452

Z

ZAMANAŞIMI	544
ZİMMET	690

