İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MAYIS - HAZİRAN 2018

CİLT: 92 • SAYI: 2018/3 ISSN 1304-737X

1878

İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MAYIS - HAZİRAN 2018

CİLT: 92 - SAYI: 2018/3 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 Yayımlanır.

•

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Mehmet DURAKOĞLU

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Cengiz YAKA

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. İsmail GÖMLEKLİ
Av. Şahin EROL
Av. Süreyya TURAN

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. Yörük KABALAK

•

Genel Yazman
Av. A. Coşkun ONĞUN

•

Üyeler
Av. Osman KUNTMAN
Av. N. Ateş ATAYAKUL
Av. Ali Turan HÜR
Av. Sevgi BARUTÇU
Av. M. Şeref KISACIK
Av. Çiğdem KORKMAZ
Av. Hakan MURAN

•

Yönetim Yeri
İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.
Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60
Yayın Kurulu: (0216) 585 21 74
www. istanbulbarosu.org.tr
dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Yayıncı Sertifika No: 12457

•

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

•

HAZİRAN 2018

İÇERİK DİZİNİ

Yayın Kurulundan.....9

Konkordato

Av. Muhip Şeyda IŞIKTAÇ 15

Tasarrufun İptali Davası KimlereKarşı Açılabilir

Av. Talih UYAR..... 35

Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi Ve Aktarılmasının Hukuki Boyutu

Av. Oktay ÖZER 76

Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun M. 40-46 Kapsamında)

Av. Elçin Cemre ŞENCAN..... 89

6750 Sayılı Kanun Uyarınca Ticari İşlemlerde Taşınır Rehnine Konu Olabilecek Varlıklar

Av. Eda Nur TAVUKÇUOĞLU..... 111

İş Kanunu'nda Yer Alan İş Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerin, Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler İle Karşılaştırılması

Berkay KOÇAK..... 131

Doğum Veya Evlat Edinme Sonrası İşçilerin Sahip Olduğu Haklar Ve Düzenlemeler

Av. Gülşah Güven DULAY 195

Askerlik Dönüşü İşe Başlatılmayan İşçinin Tazminat Hakkı Ve Hesaplama Yöntemi

Av. Fatma Arda BİCAZ 202

Ölümlü İş Kazası Sonrasında İşverenin Sosyal Güvenlik Kurumu Ve İşçi Yakınlarına Karşı Maddi Tazminat Yükümlülüğü

Av. Oğuzcan GÖRGÖZ 210

6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un "Şiddeti Önleme" Yükümlülüğü

Av. Arzu AYDOĞAN..... 215

Pvsk'da Önleme Araması Ve Durdurma
Stj. Av. Yunus Emre GÜL 218

Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu
Av. Sinan CÜNİ 239

Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı Ve Segbis Sistemi
Selahattin KOLCU 247

Cezaların Şahsiliği İlkesi Çerçevesinde Spor Ceza Hukukunda Yönetici, Sporcu Ve Taraftarların İşlemiş Olduğu Suçlardan Kaynaklı Spor Kulüplerinin Cezai Sorumluluğu
Av. Duygu GÜNDÜZ 274

Tck M.314, M.315 Ve M.316'Da Yer Alan Suçların Karşılaştırılması
Stj. Av. Behiye Gamze SARAR 290

İthal Otomobillerde %25 İyiniyet Vergisi
Av. Aydın SORDİ 306

Anonim Şirketlede Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi Usulü
Numan TEKELİOĞLU 317

Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği
Av. Esra KAYA 332

İdari İşlem: Hukuka Uygunluk Karinesi
Esengül ALBAYRAK SEKBAN 354

İpoteğin Uyarlanması
Av. Ersin OĞUZ 370

634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda Öngörülen Arsa Payının Düzeltilmesi Davası
Stj. Av. İbrahim Yıldırım ATEŞ 390

Tasarrufun İptali Davasının Bedele Dönüşmesi -Faiz-
Av. Talih UYAR 403

YARGITAY KARARLARI
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 439
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 493

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 498
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 504
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 508
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 519
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 531
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 538
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 591
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 608
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 610
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 621
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 628
Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 659
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 680
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 699
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 708
Yargıtay Ceza Daireleri 710
Danıştay İdari Dava Daireleri 719

Yararlı Bilgiler
Tablo ve Çizelgeler 529
YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR
Yitirdiklerimiz 733
Nakiller 737
Ayrılmalar 739
Kavram Dizini
Kavram Dizini 743

Kitap Tanıtımı 749

YAYIN KURULU'NDAN

HUKUK YAYINLARI

Her ne kadar bilgi ağı olarak tanımlanan internet ortamında neredeyse aranan ve ihtiyaç duyulan tüm bilgilere erişim gözle görülür biçimde kolaylaşmış olsa da avukatların başucunda duran kitaplara olan gereksinim ve tutkularının önüne geçilemez.

Bir hukuki uyuşmazlıkla karşı karşıya gelen avukatların ilk başvuru kaynakları, güvendikleri içerik olarak aradıkları bilgiye kolayca ulaştıkları kitaplarının olması ve bunların sayfalarında gezinirken hem mevcut bilgilerini güncelleyip daha da donanımlı hale gelmeleri hem de araştırma konusunda harcanan zamanlarını keyifli hale getirmeleri her zaman için mesleğin vazgeçilmez bir parçası.

Bu durumun daha da sevimli hale gelebilmesinde elimizde tuttuğunuz yayının niteliği de önem arz ediyor kuşkusuz.

Hukuk yayıncılığında özellikle temel yasaların değişmesinden sonra yoğun bir artış olduğu uzun süredir gözlemlenmekte.

Bu yayınların birçoğunda sayfa sayısı olarak yoğunluk göze çarpsa da aynı durumun niteliğe de yansıdığını söylemek güç.

Kalın hukuk kitaplarının içerisinde aradığını bulmak için çabalarken karmaşık ve çıkmaz sayfalarda yolumuzu kaybetmek de kaçınılmaz oluyor kimi zaman.

Kimi yayınlarda uzun uzun karşılaştırmalı hukuk değerlendirmeleri gözümüze çarparken kimisinde yalnızca içtihatların yer aldığı ve hukuki analiz ve yorumların yetersiz kaldığını görebiliyoruz.

Hatta bazı kitaplarda Yargıtay içtihadı denilerek Yargıtay'ın uygulamaktan vazgeçtiği bazı kararların da ısrarla yer aldığını gözlemleyebiliyoruz.

Bir hukukçunun hem kanuni düzenlemeye dair hukuki yorumlara, hem de o kanunun uygulamadaki yansıması olarak karşısına çıkan yüksek mahkeme içtihatlarının ne yönde olduğunu bilmeye ihtiyacı ve hakkı var.

Bu durum avukatların vekil sıfatıyla işi özen ve sadakatle yerine getirmelerinin de bir gereği aynı zamanda…

Avukatların ihtiyaç duydukları bilgiye basit anlatımla erişebilmeleri, ilgili yayının başucu eseri haline gelmesini sağlıyor.

Dergimize katkı sunan yazarlarından Av. Orhan Rüzgar ve Yunus Taş tarafından hazırlanan, ikinci basımı okurlarla buluşan İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü adlı eser, tam da yukarıda sözünü ettiğimiz bir yayında avukatlar için bulunması gereken özellikleri sayfalarında barındıran bir kitap

İş hukuku konusunda çalışmalarda bulunan meslektaşlarımızın bu eserden verimli şekilde yararlanacağına inanıyoruz.

Her iki yazarı da bu vesile ile kutlamayı, tüm avukatlar adına bir borç olarak görüyoruz.

***

Yoğun bilginin basit ve yalın anlatımla avukatlarla daha çok buluşmasını diliyoruz.

Bu vesile ile Dergimizin de okuyan ve takip eden herkese katkı sunmasını umuyoruz.

Yayın Kurulu

YAZILAR

KONKORDATO

Av. Muhip Şeyda IŞIKTAÇ

İcra ve İflas Hukuku (cebri icra) temelde, icra takibi (cüz'i icra) ve iflas takibi (külli icra) olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Borçlunun bir veya birden fazla alacaklı tarafından ayrı ayrı icra takibine uğraması ferdi (cüz'i) icra olarak nitelendirilmektedir. Buna karşın, borçlunun bütün alacaklıları karşısında, tüm malvarlığı ile sorumlu olduğu ve borçlunun malvarlığından alacaklıların hepsinin karşılamaya çalışılan takip yolu toplu (külli) icra olarak nitelendirilmektedir.

Konkordato ise, gerek ferdi icra yoluyla takibe göre ve gerekse toplu icra yöntemine göre borçlu lehine içerdiği hükümler nedeniyle, yumuşatılmış toplu tasfiye yöntemidir. Esas itibarıyla konkordato, nakit akışındaki düzensizliği belirli bir plan dahilinde giderebilecek olan borçlular için geliştirilmiş borç ödeme sistemidir. Elinde olmayan sebeplerle işleri iyi gitmeyen, mali durumu bozulmuş, dürüst borçluları korumak için kabul edilmiş bir müessesedir.

"Konkordato, borçların yeniden yapılandırılması suretiyle iflasa tabi borçluların mali durumunun düzeltilerek iflastan kurtulmasını, iflasa tabi olmayan borçluların ise mali durumunun düzeltilmesini amaçlayan, bu süreçte alacaklıların da belirli bir tenzilatla veya vadede alacağına kavuşmasını sağlayan, mahkemenin tasdikiyle taraflar açısından bağlayıcı hale gelen bir anlaşmadır."

Konkordato kapsamında, borçlu ve alacaklılar arasında anlaşma sağlanabilmesi halinde, alacaklıların belirli bir çoğunluğunun kabul edeceği plan dahilinde, borçların ödenmesi sağlanabilecektir. Bütün bu sürecin, mahkeme kararları ile oluşturulacak bir güven ortamında yürütülmesi İcra ve İflas Kanununda (İİK) düzenlenmiştir.

Konkordato ile bazen borçluya borçlarını ödemek üzere belirli bir vade de tanınabilir. Bu tür konkordatoya "vade konkordatosu" denilmektedir. Bazen borçluya vade tanıyan bu gibi konkordatolarda, borçların vadesinde tam olarak ödeneceği, fakat konkordato tarihinden itibaren faiz ödenmeyeceği de kararlaştırılabilir. Bazen de alacaklılar hem alacağının belirli bir kısmından feragat ederler ve hem de borcun ödenmesi belirli

bir vadeye bağlanabilir. Bu yöntemlere göre; "yüzde (tenzilat) konkordatosu", "vade konkordatosu", "adi konkordato", "malvarlığının terki suretiyle konkordato", "iflas dışı konkordato", "iflas içi konkordato" gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır. Konkordatoya ilişkin yapılan bu tür ayırımlar, genel olarak öğretide kabul edilen konkordato türleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

1. 7101 Sayılı Değişiklik Yasası

Konkordato İcra ve İflas Kanununun 285 – 309.maddeleri arasında düzenlenmiş olup, 28.02.2018 tarihinde TBMM'de kabul edilip 15.03.2018 tarihli, 30361 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe giren 7101 sayılı " ile bünyesinde pek çok sorunu barındıran iflasın ertelenmesi yürürlükten kaldırılmış olup, konkordato kurumu yeni bir yapıya dönüştürülmüştür.

Yasanın gerekçesinde;

"Ülkemizde 2003 yılından bu yana uygulanan iflasın ertelenmesi kurumu, ihdas amacının gerçekleştirilmesi konusunda isteneni verememiştir. İflasın ertelenmesi kurumunda alacaklıların herhangi bir şekilde söz sahibi olamaması, sürecin borçlu ve mahkeme arasında yürütülmesi ve yaşanan yargılama sorunları birlikte değerlendirildiğinde bu kurumun tamamıyla yürürlükten kaldırılması ve yerine alacaklılar ile borçlunun bir müzakere sonrasında anlaşmaları ve bu anlaşmanın mahkemece tasdiki esasına dayanan konkordato kurumunun daha etkin ve aktif bir şekilde kullanılması ticari ve sosyal hayat bakımından bir ihtiyaç olarak görülmüştür."

denilmektedir.

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, iflasın ertelenmesi kurumunun iyi işletilememesi nedeniyle tümüyle ortadan kaldırılarak, yerine, konkordato sisteminin daha kolay işleyebilecek bir yapıya kavuşturulması amaçlanmaktadır. Yeni getirilen konkordato sisteminin zaman içinde doktrin ve uygulamayla birlikte şekillenerek, değerlendirmesinin yapılabileceğini söyleyebiliriz.

2. Konkordato Talebi

Yeni yasa ile getirilen en önemli değişiklik; tacir olmayanların da konkordato talep edebilmesinin kabul edilmiş olmasıdır. Konkordato sürecinin başarısız olması halinde, tacir olmayanlar hakkında iflas kararı verilemeyecek, sadece konkordato talebinin reddine karar verilebilecektir.

İkinci önemli değişiklik ise, icra mahkemesi nezdinde yürütülmesi gereken konkordato işlemlerinin tümüyle asliye ticaret mahkemesine yönetilecek olmasıdır.

Konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen herhangi bir borçlu veya iflas talebinde bulunabilecek her alacaklı, borçlunun işlem (muamele) merkezinin (gerçek kişilerde yerleşim yerinin) bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Burada önemli olan, konkordato talep edenin vadesi geldiği halde borçlarını ödeyememesi veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında olmasıdır.

3.Geçici Mühlet

Yeni yasa ile uygulamaya konulan önemli bir yenilik de geçici mühlettir. Yeni düzenleme uyarınca, konkordato talebi üzerine mahkeme, İİK 286.maddesinde belirtilen belge ve kayıtların eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettikten sonra geçici mühlet kararı verip, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü tedbirlerin alınmasına karar verecektir[1].

---

1 İİK Madde 286- Borçlu, konkordato talebine aşağıdaki belgeleri ekler.

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

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

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

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

e) Sermaye Piyasası Kurulu veya Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen bağımsız denetim kuruluşu tarafından hazırlanan ve konkordato ön projesinde yer alan teklifin gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu gösteren finansal analiz raporları ile dayanakları. Şu kadar ki bu şart 3/6/2011 tarihli ve 635 sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 28 inci maddesi kapsamında küçük işletmeler bakımından uygulanmaz.

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

Konkordato alacaklılardan biri tarafından talep edilmişse, borçlunun İİK 286.maddesinde belirtilen belge ve kayıtları mahkemenin vereceği süre içinde, eksiksiz olarak sunması halinde geçici mühlet kararı verilebilecektir. Belge ve kayıtların bu süre içinde sunulmaması halinde mahkeme tarafından geçici mühlet kararı verilemeyecek olup, konkordato talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

Yasada geçici mühletin, kesin mühletin sonuçlarını doğuracağı belirtilmiştir. Buna göre geçici mühlet kararı ile birlikte İİK 294 - 297.maddeleri arasında düzenlenmiş olan kesin mühletin etki ve sonuçları geçici mühlet süresince uygulanacaktır.

Mahkeme, geçici mühlet kararıyla birlikte konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığının incelenmesi amacıyla geçici konkordato komiser görevlendirecektir. Gerektiğinde mahkeme, alacaklı sayısı ve alacak miktarını da dikkate alarak, birlikte görev yapmak üzere üç komiser de görevlendirilebilecektir.

Yasada geçici mühlet üç (3) ay olarak belirtilmiştir. Mahkeme bu üç aylık süre dolmadan borçlunun veya geçici komiserin yapacağı talep üzerine en fazla iki (2) ay daha geçici mühleti uzatabilecektir. Geçici mühletin toplam süresinin beş (5) ayı geçemeyeceği yasada hüküm altına alınmıştır.

Geçici mühlet talebinin kabulü, geçici komiser görevlendirilmesi, geçici mühletin uzatılması ve tedbirlere ilişkin kararlara karşı kanun yoluna da başvurulamayacaktır.

Mahkemece verilen geçici mühlet kararı, İİK 288.maddesinde belirtildiği üzere; ticaret sicili gazetesi ve Basın-İlan Kurumunun resmi ilan portalında ilan edilecektir. Ayrıca tapu müdürlüklerine, ticaret sicili müdürlüğüne, vergi dairesine, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliğine, Türkiye Katılım Bankaları Birliğine, ticaret ve sanayi odalarına, taşınır kıymet borsalarına, Sermaye Piyasası Kuruluna ve diğer ilgili yerlere bildirileceği yasada kabul edilmiştir.

Alacaklılar, ilan tarihinden itibaren yedi (7) gün içinde mahkemeye verecekleri bir itiraz dilekçesiyle, konkordato mühleti verilmesini gerektiren bir durum bulunmadığını ileri sürerek, konkordato talebinin reddini isteyebileceklerdir.

Geçici mühletin uzatılmasına ve geçici mühletin kaldırılarak konkor-

Borçlu, konkordato sürecinde mahkeme veya komiser tarafından istenebilecek diğer belge ve kayıtları da ibraz etmek zorundadır.

dato talebinin reddine ilişkin kararlar da yine aynı şekilde ilan edilip, ilgili yerlere bildirilecektir.

4. Kesin Mühlet

Değişiklik Yasası ile yürürlüğe giren İİK 289.maddesinde, 3 ay normal ve buna ilaveten 2 ay uzatma süresi olmak üzere toplam beş aylık geçici mühlet içinde mahkemenin kesin mühlet hakkında karar vermesi zorunlu kılınmıştır.

Kesin mühlet hakkında karar verilebilmesi için, mahkeme borçluyu ve varsa konkordato talep eden alacaklıyı duruşmaya davet edip dinleyecektir. Geçici komiser, duruşmadan önce yazılı raporunu sunacak ve mahkeme gerekli gördüğü takdirde komiser duruşmada hazır bulunup, kendisine yöneltilebilecek soruları yanıtlayacaktır. Mahkeme yapacağı değerlendirmede, itiraz eden alacaklıların dilekçelerinde ileri sürdükleri itiraz sebeplerini de dikkate alıp bir karar verecektir.

Mahkeme tarafından konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde, borçluya bir (1) yıllık kesin mühlet verilebilecektir. Kesin mühlet kararı ile birlikte mahkeme, yeni bir komiser görevlendirebileceği gibi, geçici komiser veya komiserlerin görevine devam etmesine de karar verebilir.

Güçlük arz eden özel durumlarda kesin mühlet, komiserin bu durumu açıklayan gerekçeli raporu ve talebi üzerine mahkemece altı (6) aya kadar uzatılabilecektir. Komiserin yanı sıra, borçlu da uzatma talebinde bulunabilecektir. Her halükarda uzatma talebinin kesin mühletin sonra ermesinden önce yapılması ve mahkemece uzatma kararı verilmeden önce, varsa alacaklılar kurulunun da görüşü alınması şart edilmiştir.

Kesin mühlet verilmesine, kesin mühletin uzatılmasına ve kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar, İİK 288. maddesinde belirtilen şekilde ilan edilip, ilgili yerlere bildirilecektir.

Sonuç olarak; bir (1) yıl ve gerektiği takdirde altı (6) ay uzatma süresi olmak üzere kesin mühlet bir yıl altı aydan (1 yıl + 6 ay) daha fazla devam ettirilemeyecektir. Beş aylık geçici mühleti de dikkate aldığımızda, bir yıl (1) onbir (11) aylık (3 ay + 2 ay = 5 ay geçici, 1 yıl + 6 ay kesin olmak üzere toplam 1 yıl 11 ay) mühlet içinde konkordatonun sonuçlandırılması gerekmektedir.

Konkordato ile amaçlanan iyileşmenin, kesin mühletin sona ermesinden önce gerçekleştiğinin komiserin yazılı raporuyla mahkemeye bildirilmesi üzerine mahkemece resen, kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verebilecektir.

Kesin mühletin verilmesinden sonra:

a) Borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa,

b) Konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa,

c) Borçlu, İİK 297.maddesine[2] aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa,

d) Borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse

komiserin yazılı raporu üzerine mahkeme, kesin mühleti kaldırarak, konkordato talebinin reddine ve iflasa tabi borçlu bakımından borçlunun iflasına karar verilebilecektir.

İflasa tabi olmayan borçlu bakımından ise; konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa veya borçlu, İİK 297.maddesine aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa, komiserin yazılı raporu üzerine mahkeme kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine karar verecektir.

Değişiklik yasası ile; kesin mühlet talebinin kabulü veya mühletin kaldırılması talebinin reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Kesin mühlet talebinin değerlendirilmesi sonucunda, hakkında iflas kararı verilemeyen borçlunun konkordato talebinin reddine karar verilirse, borçlu veya varsa konkordato talep eden alacaklı bu kararın tebliğin-

2 MADDE 297- Borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir. Şu kadar ki, mühlet kararı verirken veya mühlet içinde mahkeme, bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir.

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

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

Birinci ve üçüncü fıkra kapsamında alınan kararlar 288.madde uyarınca ilan edilir ve ilgili yerlere bildirilir.

den itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurabilecektir; bölge adliye mahkemesinin kararı kesindir. Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak mühlet kararı verilmesi durumunda dosya, komiserin görevlendirilmesi de dahil olmak üzere müteakip işlemlerin yürütülmesi için ilk derece mahkemesine gönderilecektir.

İflasa tabi borçlular hakkında, mahkemenin veya bölge adliye mahkemesinin konkordato talebinin reddiyle birlikte borçlunun iflasına karar verdiği hallerde ise, İİK 164.madde uyarınca kanun yollarına müracaat edilebilecektir.

5. Konkordato Komiseri

Kesin mühlet kararı veren mahkeme dosyayı komisere (veya komiserlere) tevdi edecektir. Komiser olarak görevlendirilebilecek olanların niteliklerinin Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirleneceği kabul edilmiştir. Görevlendirilen geçici komiser ve komiserler, özel siciline kaydedilmek üzere mahkemenin bağlı bulunduğu bölge adliye mahkemesi bilirkişilik bölge kuruluna bildirilecektir. Yasada bir kişinin eş zamanlı olarak beşten fazla dosyada geçici komiser ve komiser olarak görev yapamayacağı da hüküm altına alınmıştır.

Dosyayı teslim alan komiser kesin mühlet içinde, konkordatonun tasdikine yönelik işlemleri tamamlayarak raporuyla birlikte dosyayı mahkemeye iade edecektir. Bu süre içinde komiserin yapması gereken görevler ise İİK 290.maddesinde sayılmıştır. Buna göre konkordato komiserinin görevleri şunlardır:

a) Konkordato projesinin tamamlanmasına katkıda bulunmak.

b) Borçlunun faaliyetlerine nezaret etmek.

c) Bu kanunda verilen görevleri yapmak.

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

e) Alacaklılar kurulunu konkordatonun seyri hakkında düzenli aralıklarla bilgilendirmek.

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

g) Mahkeme tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Komiserin konkordatoya ilişkin işlemleri ile ilgili şikayetler, doğrudan ilgili asliye ticaret mahkemesine yapılacak olup, mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır.

6. Alacaklılar Kurulu

Mahkeme, kesin mühlet kararıyla beraber veya kesin mühlet içinde uygun göreceği bir zamanda, komiserin de görüşünü aldıktan sonra, yedi alacaklıyı geçmemek, herhangi bir ücret takdir edilmemek ve tek sayıda olmak kaydıyla alacaklılar kurulu oluşturulmasına karar verebilir. Alacaklılar kurulunun zorunlu olarak oluşturulacağı haller ile alacaklılar kuruluna ilişkin diğer hususların Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulacak yönetmelikte gösterileceği yasada belirtilmiştir.

Mahkemece oluşturulan alacaklılar kurulu, her ay en az bir kere toplanıp, hazır bulunanların oy çokluğuyla karar alacaktır. Düzenlenecek alacaklılar kurulu toplantılarında komiserin hazır bulunması ve alınacak kararları tutanağa bağlaması zorunlu kılınmıştır.

Alacaklılar kurulu, komiserin faaliyetlerine nezaret edecek ve komisere tavsiyelerde bulunabilecektir. Yanı sıra, yasada öngörülen durumlarda mahkemeye görüşlerini bildirecektir. Alacaklılar kurulu komiserin faaliyetlerini yeterli bulmazsa, mahkemeden komiserin değiştirilmesini gerekçeli bir raporla isteyebilecektir. Mahkeme bu talep hakkında borçluyu ve komiseri dinledikten sonra kesin olarak karar vermek zorundadır.

7. Kesin Mühletin Alacaklılar Bakımından Sonuçları

Geçici ve kesin mühlet içinde borçlu aleyhine "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna" göre yapılacak takipler de dahil olmak üzere, hiçbir takip yapılamayacaktır. Daha önce başlatılmış olan takipler de duracaktır. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmayacağı gibi, takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler de işlemeyecektir. Sadece İİK 206.madde birinci sırasında[3] yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilecektir.

3 Madde 206 - BİRİNCİ SIRA: A) İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflas nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları, B) İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları, C) İflasın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları.

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

Alacaklılar kendi alacaklarını, konkordato talep eden borçluya olan borçları ile takas edebilirler. Bu durumda İİK 200 ve 201.maddeleri[4] uygulanacaktır. Takas hükümlerinin uygulanmasında geçici mühletin ilanı tarihi esas alınacaktır.

Henüz doğmamış (müstakbel) bir alacağın, konkordato mühletinin verilmesinden önce devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş/doğacak ise, bu devrin hükümsüz olacağı yasada belirtilmiştir.

Konusu para olmayan alacaklar, alacaklı tarafından, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komisere bildirilecektir. Borçlu, komiserin onayıyla taahhüdünü aynen ifa edebilecektir.

Gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında mühlet, konkordatoya tabi alacaklara ilişkin idari davalar ve borçlunun davalı olduğu hukuk davalarını durduracaktır.

Mühlet sırasında rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilecek veya başlamış olan takiplere devam edilebilecektir. Ancak, bu takipler nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamayacak veya rehinli malların satışı yapılamayacaktır.

8. Kesin Mühletin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları

Yeni yasa ile getirilen en önemli değişikliklerden birisi de mühletin sözleşmeler bakımından sonuçları olarak karşımıza çıkmaktadır.

İİK 296.madde uyarınca; sözleşmenin karşı tarafının konkordato pro-

4 İİK Madde 200 - Alacaklı alacağını müflisin kendinde olan alacağı ile takas edebilir. Aşağıdaki hallerde takas yapılamaz: 1- Müflisin borçlusu iflâs açıldıktan sonra müflisin alacaklısı olursa; 2- Müflisin alacaklısı iflâs açıldıktan sonra müflisin veya masanın borçlusu olursa; 3- Alacaklının alacağı hâmile muharrer bir senede müstenit ise.

Anonim, limited ve kooperatif şirketlerin iflasları halinde esas mukavele gereğince verilmesi lazım gelen hisse senedi bedellerinin henüz ödenmemiş olan kısımları veya konması taahhüt edilen ve fakat konmamış olan sermayeler bu şirketlerin borçlariyle takas edilemez.

İİK Madde 201 - Müflisin borçlusu iflâsın açılmasından evvel alacaklısının aciz halinde bulunduğunu bilerek masanın zararına kendisine veya üçüncü bir şahsa takas suretile bir menfaat temin etmek için müflise karşı bir alacak ihdas ederse bu takasa mahkemede itiraz edilebilir.

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

Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilecektir. Bu nedenle ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olacaktır. Yasada hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur.

9. Kesin Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları

Geçici veya kesin mühlet kararı verilmesinden sonra borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilecektir. Ancak mahkeme mühlet kararı verirken veya mühlet içinde, bazı işlemlerin komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir.

Borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez, ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi halde yapılan bu tür işlemler hükümsüz olacaktır. Bu tür işlemlerin yapılması işletme için zorunluluk arz ediyor ise, mahkemeden izin alınması gerekecektir. Mahkeme sayılan bu tür işlemler için izin vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır.

Borçlunun bu hükme veya komiserin ihtarlarına aykırı davranması halinde mahkeme, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabilir veya İİK 292.maddesi uyarınca konkordato talebinin reddine ve iflasa tabi bir borçlu ise borçlunun iflasına karar verebilir. Mahkemenin vereceği bu tür kararların da İİK 288.maddesinde belirtilen şekilde ilan edilip, ilgili yerlere bildirilmesi şarttır.

Komiser, mahkeme tarafından görevlendirildikten sonra, borçlunun mevcut mallarının bir listesini yapıp, kıymetlerini takdir ettirecektir. Rehinli malların kıymet takdirine ilişkin kararı alacaklıların incelemesine hazır bulundurmak zorundadır. Ayrıca kıymet takdiri kararı alacaklılar toplantısından önce yazılı olarak rehinli alacaklılara ve borçluya bildirilmek zorundadır.

Yasada ilgililerin, yedi (7) gün içinde ve masrafını ödemek kaydıyla, mahkemeden rehinli malların kıymetini yeniden takdir etmesini isteyebilecekleri kabul edilmiştir.

Rehinli taşınmaz malların kıymet takdiri, Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansı ile yetkilendirilen kişilere de yaptırılabilecektir.

10. Alacaklıları Alacaklarını Bildirmeye Davet ve Alacaklılar Toplantısı

Alacaklılar, komiser tarafından yapılacak bir ilanla, onbeş (15) gün içinde alacaklarını bildirmeye davet olunacaklardır. Ayrıca, ilanın bir sureti adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilecektir. İlanda, alacaklarını bildirmeyen alacaklıların bilançoda kayıtlı olmadıkça konkordato projesinin müzakerelerine kabul edilmeyecekleri ihtarı da yazılacaktır.

Alacak kayıtlarının tamamlanmasından sonra komiser, borçluyu alacaklar hakkında açıklamada bulunmaya davet eder. Komiser, alacakların varit olup olmadığı hakkında borçlunun defterleri ve belgeleri üzerinde gerekli incelemelerde de bulunarak, sonucu 302.madde gereğince mahkemeye vereceği raporda belirtecektir.

Konkordato projesinin hazırlanması, alacakların bildirilmesi ve incelenmesi tamamlandıktan sonra komiser, yapacağı yeni bir ilanla alacaklıları, konkordato projesini müzakere etmek üzere toplanmaya davet edecektir.

Toplantı günü ilandan en az on beş (15) gün sonraki bir tarih olarak belirlenmelidir. İlanda alacaklıların, toplantıdan önceki yedi (7) gün içinde belgeleri inceleyebilecekleri de belirtilmek zorundadır. Ayrıca, ilanın birer sureti adresi belli olan alacaklılara posta ile gönderilmelidir.

11. Projenin Kabulü İçin Gerekli Çoğunluk

Komiser borçlunun durumu hakkında toplantı öncesi bir rapor hazırlayıp mahkemeye ve talep eden alacaklılara verecektir. Alacaklılar toplantısına komiser başkanlık edecektir. Borçlu gerekli açıklamaları yapmak üzere toplantıda hazır bulunmak zorundadır.

302.madde uyarınca, konkordatonun kabulü için iki çeşit çoğunluğun farklı oranlarda sağlanması gerekmektedir.

Konkordato projesi;

a) Kaydedilmiş olan alacaklıların (adet olarak 1/2) ve alacakların yarısını (tutar olarak 1/2)

veya

b) Kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte biri (adet olarak 1/4) ve alacakların üçte ikisini (tutar olarak 2/3) aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş ise kabul edilmiş sayılacaktır.

Örneğin; *kaydedilmiş alacaklı sayısı 100 ve toplam alacak tutarı 100.000,-TL ise.*

Birinci olasılıkta; 50'nin (1/2) üzerinde *alacaklı projeyi kabul etmiş olmalıdır ve bu alacaklıların alacağı toplamı 50.000,-TL'nin (1/2)* üzerinde olmalıdır.

İkinci olasılıkta ise; 25'in *(1/4)* üzerinde alacaklı projeyi kabul etmiş olmalıdır ve bu alacaklıların alacağı *toplamı 75.000,-TL'nin (2/3)* üzerinde olmalıdır.

Oylamada sadece konkordato projesinden etkilenen alacaklılar oy kullanacaktır. İmtiyazlı alacaklılarla borçlunun eşi ve çocuğu, kendisinin ve evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi eşinin annesi, babası, kardeşi ne alacak ve ne de alacaklı ekseriyetini teşkilde hesaba katılmazlar.

Rehinle temin edilmiş olan alacaklar, komiser tarafından takdir edilen kıymet neticesinde teminatsız kalan kısım için hesaba katılacaklardır.

Çekişmeli veya geciktirici koşula bağlı yahut belirli olmayan bir vadeye tabi alacakların hesaba katılıp katılmamasına ve ne oranda katılacağına ise mahkeme karar verecektir.

Konkordato projesinin müzakereleri sonucunda oluşturulan konkordato tutanağı, kabul ve ret oylarını içerecek şekilde imza edilecektir. Toplantının bitimini takip eden yedi (7) gün içinde yapılacak katılımlar (iltihak) da kabul edilecektir.

Komiser, toplantıdan sonraki yedi (7) günlük katılım süresinin bitiminden itibaren en geç yedi (7) gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri, konkordato projesinin kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi edecektir.

12. Konkordatonun Mahkemede İncelenmesi ve Tasdiki

Dosyayı ve komiserin gerekçeli raporunu tevdi alan mahkeme, konkordato hakkında karar vermek üzere yargılamaya başlayacaktır. Mahkeme, komiseri dinledikten sonra kısa bir zamanda ve her halükarda

kesin mühlet içinde kararını vermek zorundadır. Karar vermek için tayin olunan duruşma günü, İİK 288.maddesi uyarınca ilan edilecektir. İtiraz edenlerin, itiraz sebeplerini duruşma gününden en az üç (3) gün önce yazılı olarak bildirmek kaydıyla duruşmada hazır bulunabilecekleri de ilanda belirtilecektir.

Konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşılırsa, mahkeme, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alarak, karar verilinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilir. Bu süre altı (6) aydan fazla olamaz.

Alacaklılar toplantısı veya toplantı sonrası yapılacak katılımlar sonucunda gerekli alacaklı ve alacak oranını sağlayıp, kabul edilen konkordato projesinin mahkeme tarafından tasdiki, aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlıdır:

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

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

c) Konkordato projesinin İİK 302.maddesinde öngörülen çoğunlukla kabul edilmiş bulunması.

d) İmtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesinin ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması.

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

Mahkeme konkordato projesini yetersiz bulursa kendiliğinden veya talep üzerine gerekli gördüğü düzeltmenin yapılmasını isteyebilecektir.

Konkordatonun tasdiki kararında alacaklıların hangi ölçüde alacak-

larından vazgeçtiği ve borçlunun borçlarını hangi takvim çerçevesinde ödeyeceği belirtilecektir. Kararda, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım da tayin edilebilir. Bu durumda kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki (2) ayda bir mahkemeye rapor verecektir.

Mahkemenin tasdik kararı İİK 288.maddesinde belirtilen şekilde ilan edilip, ilgili yerlere bildirilecektir.

Konkordato tasdik edilmezse mahkeme konkordato talebinin reddine karar verir ve bu karar yine aynı şekilde ilan edilerek ilgili yerlere bildirilecektir. Bu durumda borçlunun iflasa tabi şahıslardan olması ve doğrudan doğruya iflas sebeplerinden birinin mevcut olması halinde mahkeme, borçlunun iflasına karar verecektir.

Konkordato hakkında verilen karara karşı borçlu veya konkordato talep eden alacaklı, kararın tebliğinden; itiraz eden diğer alacaklılar ise tasdik kararının ilanından itibaren on gün (10) içinde istinaf yoluna başvurabilir. Bölge adliye mahkemesi kararına karşı da on (10) gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

13. Çekişmeli Alacaklar

Alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, tasdik kararının ilanı tarihinden itibaren bir (1) ay içinde dava açabileceklerdir.

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

14. Konkordatonun Hükümleri

Konkordato, tasdik kararı neticesinde bütün alacaklılar için bağlayıcı hale gelir. Tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hale geleceği de kararlaştırılabilecektir. Bu takdirde, mühletin etkileri, yasada öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla konkordatonun bağlayıcı hale geldiği tarihe kadar devam edecektir.

Bağlayıcı hale gelen konkordato, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için (imtiyazlı alacaklar, rehinli alacaklıların rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ve amme alacakları hariç olmak üzere) mecburidir.

Tasdik edilerek kesinleşen konkordato, ret oyu vermiş veya alacağını konkordatoya yazdırmamış olan alacaklılar için de mecburidir. Borçlu bütün bu alacakları, konkordatoda kabul edilmiş olan nispette ve zamanda ödemek zorundadır.

Borçlunun bütün alacaklılarına karşı eşit şekilde davranması ve her alacaklıya borcunu aynı nispette ödemesi gerekir. Bu nedenle borçlunun alacaklılarından birine, konkordato şartlarından fazla olarak ödeme vaadinde bulunması yasaktır ve bu vaatler hükümsüzdür.

Kredi kurumları tarafından verilen krediler de dahil olmak üzere, mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçlar, adi konkordatoda konkordato şartlarına tabi olmayacaktır.

Konkordatonun taraflar için bağlayıcı hale gelmesi, geçici mühlet kararından önce başlatılmış takiplerde konulan ve henüz paraya çevrilmemiş olan hacizleri (imtiyazlı alacaklar, rehinli alacaklıların rehnin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ve amme alacakları hariç olmak üzere) hükümden düşürecektir.

15. Konkordatonun Müşterek Borçlu ve Kefiller Bakımından Sonuçları

Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklılar borçtan birlikte sorumlu olanlara (müşterek borçlu ve kefillere) karşı bütün haklarını muhafaza ederler. Yani onlardan konkordato yokmuş gibi alacağın tamamını isteyebilir. Bu halde müşterek borçlu veya kefil konkordato ile yapılan tenzilattan veya vadeden yararlanamaz.

Ancak, alacaklı konkordatoyu kabul etmişse, müşterek borçlu veya kefilden de alacağını konkordato şartlarına göre isteyebilir. Bunun için alacaklının, kendi haklarını müşterek borçlu veya kefile ödeme karşılığında temlik etmeyi alacaklılar toplantısının en az on gün (10) öncesinden teklif etmiş olması gerekir. Bu durumda alacaklı müşterek borçlu veya kefile karşı haklarını tam olarak muhafaza eder. Ayrıca, alacaklı müracaat hakkına zarar gelmeksizin müşterek borçlu veya kefile konkordato müzakeresine katılma yetkisini de verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir. Bunun üzerine müşterek borçlu veya kefil toplantıda nasıl oy kullanırsa kullansın, alacaklı müşterek borçlu veya kefile karşı müracaat hakkını tam olarak muhafaza eder.

16. Konkordatonun Kısmen veya Tamamen Feshi

Borçlunun dürüst olmayan hareketlerle konkordatonun tasdikini sağladığı anlaşılırsa, alacaklılar konkordatonun tamamen feshini isteyebilirler. Ayrıca, borçlu konkordatoya göre ödemesi gereken miktarı tam ve zamanında ödemediği takdirde de her alacaklı konkordatonun kendisi bakımından feshini isteyebilir.

Konkordato şartlarına göre alacak vadesinde ve tam olarak alacaklıya götürülüp ödenmemişse, alacaklı vade geçer geçmez, borçluya hiçbir bildirime gerek olmaksızın doğrudan doğruya konkordatonun feshi için dava açabilir. Mahkeme inceleme neticesinde alacağın konkordato şartlarına göre ödenmediğini tespit ederse, konkordatonun sadece davacı alacaklı bakımından feshine karar verir. Bu durumda alacaklı alacağının tamamı için borçlu aleyhine icra veya iflas takibine geçebilir. Alacaklının takibe geçebilmesi için fesih kararının kesinleşmesi de gerekmemektedir.

Borçlunun kötü niyetli davranışları ile konkordatoyu tasdik ettirdiği öğrenildiği takdirde, alacaklılardan birinin talebi ile konkordato tamamen fesih edilir. Örneğin; borçlu bazı alacaklılar ile gizlice anlaşarak konkordato da teklif edilenden fazla para vermiş veya vaat etmiş ise; uydurma alacaklılar ile üçte iki çoğunluğu sağlamış veya bir kısım malını saklayarak mevcudunu daha az göstermiş ise yaptığı konkordato kötü niyetle elde edilmiş bir konkordatodur. Mahkeme iddiaların doğru olduğu kanaatine varırsa, konkordatonun tamamen feshine karar verir. Bu durumda her alacaklı alacağının tamamı için borçlu aleyhine icra veya iflas takibi yapabilir.

Konkordatonun kısmen veya tamamen feshi, tasdik kararını vermiş olan mahkemeden talep edilecektir. Fesih talebi üzerine verilecek hükmün tebliğinden itibaren on (10) gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren on (10) gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir.

Konkordatonun tamamen feshi kararı kesinleştiğinde durum İİK 288. maddesi uyarınca ilan edilip, ilgili yerlere bildirilecektir.

17. Borçluya Ait Rehinli Malların Muhafaza ve Satışı ile Finansal Kiralama Konusu Malların İadesinin Ertelenmesi

Rehinle temin edilmiş alacaklılar ve finansal kiralama alacaklıları yazılı görüşlerini konkordatonun tasdikine ilişkin duruşmadan önce sunmaya davet edileceklerdir. Bu alacaklılar ayrıca konkordatonun tasdiki duruşmasına da çağırılırlar.

Rehin kıymeti ile alacağı karşılanan rehinli alacaklılar için onanan konkordato mecburi değildir. Ancak, Borçlunun talebi üzerine, tasdik kararında rehinli malın muhafaza altına alınması ve satışı, karardan itibaren bir yılı geçmemek üzere aşağıdaki şartlarla ertelenebilecektir.

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

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

c) Borçlu rehinli malın, işletmenin faaliyeti için zorunlu olduğunu ve paraya çevrilmesi durumunda ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğini yaklaşık olarak ispat etmiş olmalıdır.

Rehinli malın muhafazası ve paraya çevrilmesinin ertelenmesi halinde satış isteme süresi işlemeyecektir.

Borçlunun talebi üzerine, tasdik kararında finansal kiralama konusu malların iadesi, karardan itibaren bir (1) yılı geçmemek üzere aşağıdaki şartlarla ertelenebilecektir.

a)Borçlu finansal kiralama sözleşmesinin aynen ifasını İİK 294.madde yedinci fıkrası uyarınca üstlenmiş olmalıdır.

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

c) Ödenmemiş kira borcu, üç aylık tutarı aşmamalıdır.

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

e) Borçlu finansal kiralama konusu malın işletmenin faaliyeti için zorunlu olduğunu ve iade edilmesi durumunda ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğini yaklaşık olarak ispat etmiş olmalıdır.

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

a) Borçlu ertelemeyi yanlış bilgiler vermek suretiyle elde etmişse.

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

c) Rehinli malın paraya çevrilmesi veya finansal kiralama konusu malın iadesi, borçlunun ekonomik varlığını artık tehlikeye sokmayacaksa.

Ayrıca borçlu, rehinli veya finansal kiralama konusu malı rızasıyla devreder, iflas eder veya ölürse, erteleme kararı kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir.

18. Rehinli Alacaklılarla Müzakere ve Borçların Yapılandırılması

Adi konkordatoda borçlu, projede belirtmek suretiyle, alacaklı lehine rehin tesis edilmiş borçlarının yapılandırılmasını talep edebilir. Komiser, kesin mühlet içinde uygun göreceği zamanda bütün rehinli alacaklıları borçlunun anapara indirimi, faiz indirimi, vadelendirme veya diğer ödeme tekliflerini müzakere etmek üzere tebligat çıkartarak davet edecektir.

Müzakerede ve müzakereyi takip eden yedi (7) günlük katılım (iltihak) süresi içinde rehinli alacaklıların, alacak miktarı itibarıyla üçte ikiyi (2/3) aşan çoğunluğu ile bir anlaşmaya varılması halinde, komiser, imzalanan anlaşmayı tutanağa bağlar ve rehinli alacaklılarla anlaşma yapıldığını mahkemeye tevdi edeceği gerekçeli raporuna ayrı ve bağımsız bir başlık altında işlemek zorundadır.

Borçlunun teklifinin alacak miktarı itibarıyla üçte ikiyi (tutar olarak 2/3) aşan çoğunlukla kabul edilmesi halinde, borçlu ile anlaşamayan rehinli alacaklı, konkordato talep tarihinden itibaren, taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan temerrüt öncesi faiz oranı uygulanmak suretiyle, diğer rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmalardan en uzun vadelisine tabi olacaktır. Bu husus ve anlaşmaya varılamayan rehinli alacaklılara borçlu tarafından yapılacak ödemelere ilişkin plan komiser tarafından tutanağa geçirilip mahkemeye verilecek gerekçeli raporda belirtilecektir.

Rehinli alacaklılarla bir anlaşmaya varılamamışsa, bu durum da raporda belirtilmek zorundadır.

Mahkeme, rehinli alacaklılarla yapılan anlaşmaları üçte iki (tutar olarak 2/3) oranına ulaşılıp ulaşılmadığı ve anlaşmaya varılamayan rehinli alacaklılar varsa bunlara uygulanacak ödeme planının bu maddede öngörülen şartlara uyup uymadığı bakımından kontrol ettikten sonra anlaşmaları ve ödeme planını, İİK 305 ve 306.maddeleri uyarınca vereceği karara dahil edecektir.

İİK 302.maddesi uyarınca yapılacak alacaklılar toplantısı borçlunun konkordato projesini kabul etmezse, bu madde uyarınca anlaşma yapmış

olan rehinli alacaklıların borçluyla akdetmiş bulundukları anlaşmalar ve anlaşma yapmamış olan rehinli alacaklılar için hazırlanmış olan ödeme planı geçersiz olur.

Yapılan anlaşmaya uygun olarak kendisine karşı ifada bulunulmayan her rehinli alacaklı tasdik kararını veren mahkemeye başvurarak o rehinli alacağa ilişkin anlaşmayı feshettirebilir. Ancak bu fesih sonucunda üçte iki (tutar olarak 2/3) oranının altına düşüldüğü takdirde, borçlunun teklifini kabul etmeyip ödeme planına tabi tutulan rehinli alacaklılar bu planla bağlı olmaktan çıkar, borçlu ile anlaşmış olan rehinli alacaklılar ise anlaşmayı sona erdirebilir.

Bu madde münhasıran adi konkordatoda borçlunun, alacaklı lehine rehin tesis edilmiş borçlarının yapılandırılması teklifinde bulunması halinde uygulanır. İİK 285 - 309/l maddeleri, açıkça belirtilmedikçe rehinli alacaklılar hakkında uygulanmaz.

19. İflastan Sonra Konkordato Şartları ve Hükümleri

İflasına karar verilmiş olan bir borçlu konkordato talep ederse veya bu borçlunun alacaklılarından biri konkordato işlemlerinin başlatılmasını isterse, iflas idaresi, görüşüyle beraber ikinci alacaklılar toplanmasında veya daha sonra müzakere edilmek üzere alacaklılara bu talebi bildirir. Konkordatoya ilişkin İİK 302 - 307.maddeler ile 308/a - 308/g maddeleri burada da uygulanacaktır. Komisere ait görevler iflas idaresi tarafından yürütülecektir.

Konkordato talebinin alacaklılar tarafından kabul edildiği toplantının yapıldığı tarihten, konkordatonun mahkemece tasdik edildiği tarihe kadar geçen sürede müflisin mallarının paraya çevrilmesi durur; ancak bu süre altı (6) ayı geçemeyecektir.

Konkordato hakkında verilen karar iflas idaresine bildirilir. Konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi üzerine iflas idaresi iflasa hükmeden mahkemeden iflasın kaldırılmasını talep edecektir.

SONUÇ

Yeni yasayla, iflasın ertelenmesi kurumunun iyi işletilememesi nedeniyle tümüyle ortadan kaldırılarak, yerine, konkordato sisteminin daha kolay işleyebilecek bir yapıya kavuşturulması amaçlanmıştır.

Yeni yasa ile getirilen en önemli değişiklik, tacir olmayanların konkordato talep edebilmesinin kabul edilmiş olmasıdır.

İkinci önemli değişiklik ise, icra mahkemesi yerine asliye ticaret mahkemesinin görevlendirilmiş olmasıdır. Yasanın yürürlüğe girmesi ile birlikte, her türlü konkordato işleminde asliye ticaret mahkemeleri görevli olacaktır.

Diğer bir yenilik; konkordato sisteminde daha önce yer almayan geçici mühlettir. Yeni düzenleme uyarınca, konkordato talebi üzerine mahkeme, geçici mühlet kararı verip, gerekli gördüğü tedbirlerin alınmasına karar verebilecektir.

Bir diğer değişiklik; mühletin sözleşmeler bakımından sonuçları olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmelerde borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hale getireceğine ilişkin hükümler mühlet kararı içinde uygulanmayacaktır. Ayrıca borçlu, taraf olduğu sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayını aldıktan sonra feshedebilecektir.

Getirilen bir diğer yenilik, alacaklılar kuruludur. Daha önce konkordato uygulamasında yer almayan alacaklılar kurulu, konkordato sürecinin daha doğru ilerlemesini sağlamaya çalışacak bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yeni yasa ile konkordato projesinin tasdiki için farklı bir alacaklı ve alacak oranı getirilmiştir. Buna göre projenin tasdiki için; kaydedilmiş olan alacaklıların (adet olarak 1/2) ve alacakların yarısı (tutar olarak 1/2) veya kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte biri (adet olarak 1/4) ve alacakların üçte ikisini (tutar olarak 2/3) aşan bir çoğunluk tarafından kabul edilmiş olması gerekmektedir.

Konkordato sürecinin belirli bir süre içinde sonuçlandırılması şartı getirilmiştir. Buna göre, bir borçlu hakkında konkordato talep edilmesi durumunda: 5 ay (3 ay + 2 ay ilave) geçici mühlet, 1.5 yıl (1 yıl + 6 ay ilave) kesin mühlet ve konkordato tasdiki için ilave altı (6) ay olmak üzere toplam 2 yıl 5 aylık süre içinde konkordatonun sonuçlandırılması gerekmektedir.

Yeni yasa ile getirilen konkordato sisteminin zaman içinde doktrin ve uygulamayla birlikte şekillenerek, uyum sağlayacağını düşünüyoruz.

TASARRUFUN İPTALİ DAVASI KİMLERE KARŞI AÇILABİLİR

Av. Talih UYAR[1]

İptal davasının «**kimler tarafından**» açılabileceği, İİK. mad. 277'de, «**kimlere karşı**» açılabileceği ise İİK. mad. 282'de düzenlenmiştir.

İcra ve İflâs Kanununun 282.[2] maddesinde *tasarrufun iptali davasının kimler aleyhine (kimlere karşı) açılabileceği* başka bir deyişle bu davalarda kimlerin «davalı» olabileceği düzenlenmiştir…[3]

I- 538 sayılı Kanun ile -1965 yılında- yapılan değişiklik sonunda, iptal davalarında borçlunun da «davalı» olarak gösterilmesi ilkesi kabul edilmiştir. Daha önce, böyle bir zorunluk olmadığı halde uygulamada «borçlunun da davalı olarak gösterilmesi gerektiğine» Yargıtay kararlarında4 işaret edilmiş olduğu gibi, doktrinde de bu görüşü savunan yazarlar[5] vardı…

538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, bu konudaki duraksamalara son verilmiş ve «borçlu»nun da -diğer davalılarla birlikte- davalı olacağı kabul edilmiştir.[6] [7]

---

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

2 Bknz: İptal davasında davalı

MADDE: 281 - «İcra ve İflâs Kanununun 11. bâbındaki iptal davaları, borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılır. Bunlardan başka, kötüniyet sahibi üçüncü şahıslar aleyhine de iptal davası açılabilir. İptal davası iyiniyetli üçüncü şahısların haklarını ihlâl etmez.»

3 Bknz: UYAR, T. Tasarrufun İptali Davasının Tarafları (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, 2010,C: 2, s: 2243/2274)- UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları,5.Baskı,2018,s:852 vd.

4 Bknz: 4. HD. 17.1.1953 T. 27/150 (TİK. 19532, C: 1, s: 438); 5. HD. 30.12.1952 T. 4000/4694 (TİK. 1952, C: II, s: 1353); 4. HD. 29.4.1952 T. 2690/2294 (TİK. 1952, C: 1, s: 442)

5 BELGESAY, M.R. İcra ve İflas Hukuku (Sentetik Bölüm), 1953,C: 2, s: 170 - ARAR, K. İcra ve İflas Hükümleri, C: 2, 1945, s: 241

6 GÜRDOĞAN, B. İptal Davaları (İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1965) s: 163

7 Bu düzenlemenin eleştirisi için bknz: UMAR, B. İcra-İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 1963, s: 48, dipn. 1

II- a) Haciz yolu ile takipte açılan iptal davalarında, aşağıdaki kimselerin davalı olarak gösterilmesi gerekir:

aa) «Asıl borçlu» ve «iptal konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi» (yani; «borçlu» ve «borçlu ile iptal konusu işlemi yapan veya kendisine borçlu tarafından bir ödemede bulunulan kimse») (İİK. mad. 282, c: 1).[8]

Burada «iptal konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi»nin yani «borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişi»nin aleyhine iptal kararı verilebilmesi için; İİK. mad. 278'e dayanılan durumlarda davalı-üçüncü kişinin *kötüniyetli* olması gerekmediği halde, İİK. mad. 279'a dayanılan durumlarda «lehine tasarrufta bulunulan davalı üçüncü kişinin *borçlunun durumunu bilmesi»* **(İİK. mad. 279/II)** gerektiği gibi, İİK. mad. 280'e göre açılan iptal davalarında da «davalı üçüncü kişinin *borçlunun durumunu ve zarar verme kasdını bilmesi ya da bilmesini gerektiren açık emarelerin bulunması»* **(İİK. mad. 280/I)** gerekir…

Hemen belirtelim ki; «borçluya ait taşınmazı vekaleten başkasına satan kişi (vekil)», açılan iptal davasında «davalı» olarak gösterilemez.[9]

Ayrıca şu hususu da ifade edelim ki «borçlu ile ilgisi bulunmayan bir taşınmazı satın almış olan kişi (üçüncü kişi) hakkında» iptal davası açılamaz.[10]

Davalı-borçlu, dava sırasında *iflâs ederse,* iptal davasını *iflâs idaresi* devam ettirebilir.[11]

Eğer davalı-borçlu şirket, ticaret sicilinden silinmiş ve bu durum Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmişse, taraf teşkilinin sağlanması bakımından davacı-alacaklıya «borçlu şirketin ihyası için» dava açmak üzere süre verilmelidir.[12]

---

8 Bknz: 17. HD. 30.05.2011 T. 10068/5481; 17.05.2011 T. 4056/4907; 26.04.2011 T. 12695/3913; 20.01.2011 T. 7836/219; 21.10.2010 T. 2974/8597; 17.06.2010 T. 4967/5636; 25.12.2008 T. 3217/5748; 25.12.2008 T. 3555/5754; 23.12.2008 T. 3807/5724; 26.9.2008 T. 2841/4334 vb.; 15. HD. 12.6.2006 T. 1509/3470; 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936 vb.(www.e-uyar.com)

9 Bknz: 17. HD. 30.04.2014 T. 20316/6597; 15. HD. 04.05.1992 T. 1042/2331 (www.e-uyar.com)

10 Bknz: 17. HD. 18.03.2013 T. 6539/3524 (www.e-uyar.com)

11 GÜNEREN, A. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları,2012, s: 1154 - SERTKAYA, A.S./KUL, S. İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s: 119

12 SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. age. s: 119

Yüksek mahkeme, bu konuda;

√ *«Davalının ödediği bedelle iligili dava dışı kişiye rücu hakkı olduğundan İİK'nun 282. maddesinin kıyasen uygulanarak borçlunun davaya dahil edilmesi dava dilekçesi ile duruşma gününü belirtir davetiye tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, bildireceği delillerin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken taraf teşkili sağlanmadan kurulan hükmün isabetli olmadığını»*[13]

√ *«Takip dosyalarının borçluları olmayan ve dava dışı takip borçlusuna ait hisselerini de takip konusu kredi sözleşmelerinden önce davalıya devretmiş olan davalı üçüncü kişiler dava konusu taşınmaz hisselerini davalıya sattıklarından dava konusu borcun tarafı olmamaları nedeniyle haklarında açılan esas dava ile birleştirilen davaların pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini- Takip konusu borcun tarafı olmayan davalıların tasarruflarını da kapsayacak şekilde hüküm tesisinin hatalı olduğunu»*[14]

√ *«Takip kesinleşmiş ve aciz halinin varlığı sabit iken mahkemece, 'ikinci hacizden vazgeçilmiş olması' hatalı değerlendirilerek tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu- Tapu kayıtlarından dava konusu taşınmazın yargılama sırasında davalı tarafından dava dışı bir kişiye satıldığı anlaşıldığından, anılan şahsın davaya dahili sağlanarak ve İİK'nun 283. maddesine göre bedele dönüşüp dönüşmeyeceği tartışılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini- Yanlış kişi davalı üçüncü kişi gösterilerek açılan tasarrufun iptali davasında hasımda yanılma olduğu açık olduğundan, HMK. mad. 124/4 gereğince tasarrufa konu şirket hissesini satın alan kişiye davalı üçüncü kişinin, İİK. mad. 283 gereğince de dördüncü kişinin davaya dahili ile taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini»*[15]

√ *«Mahkemece, borcun ödendiğinin anlaşılması halinde dava konusuz kalacağının da gözönüne alınarak buna göre hüküm tesisi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmadığı gibi kabule de tasarrufun iptali davalarının borçlu ve borçlu ile işlemde bulunan kişiler aleyhinde açılması gerekirken borçlu veya ölümü halinde mirasçıların davaya dahil edilmeden ve taraf teşkili sağlanmadan davanın esasına girilmesi doğru değil ise de borcun ödendiğinin bildirilmesi nedeniyle bu hususun bozma nedeni yapılması gerektiğini»*[16]

---

13 Bknz: 17. HD. 08.11.2016 T. 19318/10238 (www.e-uyar.com)

14 Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 14487/6957 (www.e-uyar.com)

15 Bknz: 17. HD. 17.02.2015 T. 13446/2878 (www.e-uyar.com)

16 Bknz: 17. HD. 11.12.2014 T. 8339/18198 (www.e-uyar.com)

√ *«Dava konusu ev eşyalarının boşanma nedeniyle borçlu tarafından eşine devrine ilişkin tasarruf yönünden öncelikle İİK. mad. 282 gereğince borçlu ile lehine tasarrufta bulunduğu eşi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan dava dilekçesinin borçlunun eşine de tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, boşanma protokolü gereğince devredilen ev eşyaları yönünden değerlendirmenin İİK. mad. 278/3-1 ve 280/1 gereğince yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[17]

√ *«Davacı taraf, borçlu ile işlemde bulunan 3. kişi ile 4. kişiyi davalı göstermeksizin bu kişilerle alım satım ilişkisinde bulunan ve 5. ve 6. kişi konumunda olan diğer kişiler davalı göstermiş olup, 5. ve 6. kişiler davalı gösterildiğine göre, bu davalılara taşınmazı satan ve dava sonucunda hakları etkilenebilecek olan dava dışı 3. ve 4. kişilerin de davalı olarak gösterilmeleri gerektiği, mahkemece dava dışı bu kişilerin de davaya dahil edilerek dava dilekçesinin kendilerine tebliği için davacı tarafa süre verilerek taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini»*[18]

belirtmiştir…

bb) Asıl borçlu ve iptal konusu tasarruftan faydalanan kimsenin -miras reddetmemiş olan- «mirasçılar»ı[19]. Açılan iptal davalarında, «mirasçılar»ın, iptal davasında «davalı» olarak yer alabilmesi için, kendilerinin kötüniyetli bulunmaları gerekmez. Ancak, üçüncü kişinin bilgisinin arandığı durumlarda (İİK. mad. 279, 280), bu bilgi mirasçılar bakımından değil, mirasbırakan bakımından aranmalıdır.[20]

Doktrinde[21] «mirası TMK. m. 605 gereği kendiliğinden reddetmiş sayılan kişilere, tasarrufun iptali davasında husumet yöneltilemeyeceği» ileri sürülmüştür. **Kanımızca,** kendisine husumet yöneltilen (açılan tasarrufun iptali davasında 'davalı' olarak gösterilen) mirasçı, 'TMK. mad. 605 uyarınca mirasın hükmen red edilmiş olduğunu' kanıtlarsa, mahkemece hakkında açılan davanın reddine karar verilir…

Yüksek mahkeme, «mirasçıların, iptal davalarında 'davalı' olarak gösterilmeleri» konusu ile ilgili olarak;

17 Bknz: 17. HD. 01.04.2014 T. 15325/4777 (www.e-uyar.com)

18 Bknz: 17. HD. 28.01.2014 T. 487/802 (www.e-uyar.com)

19 Bknz: 17. HD. 23.12.2008 T. 3807/5724; 30.10.2007 T. 3575/3296; 15. HD. 19.2.2007 T. 6667/1004; 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936; 10.6.2003 T. 587/3094 vb. (www.e-uyar.com)

20 GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku Dersleri, 1970, s: 241

21 KAPLAN, H.A. Tasarrufun İptali Davası, Borçlunun Mirasçılarına Karşı Açılabilir mi? (Terazi Huk. Der. Eylül/2013, S. 85, s: 34 vd.)

√ «İptal davalarının borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine ve ayrıca, kötüniyetli dördüncü şahıslar hakkında da iptal davası açılabileceğini»[22]

√ «İİK. mad. 282. gereğince, iptal davaları borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılabileceğini, ayrıca, kötü niyetli dördüncü şahıslar hakkında da iptal davası açılabileceğini»[23]

√ *«TBK'nun 19. maddesine dayalı olarak muvazaa nedeniyle tasarrufun iptaline ilişkin açılan davada, borçlunun veya mirasçılarının hukukunun etkileneceğini, iptali istenilen tasarruf işlemlerini yapan borçlunun davadan önce öldüğü anlaşıldığından, borçlunun mirasçılarının davaya dahil edilerek yargılamaya devam edilmesi gerektiğini»*[24]

√ *«Eğer 'iptal konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişi'nin öldüğü anlaşılırsa mahkemece mirasçılarının araştırılarak, onların davaya dahil edilmesinin sağlanacağını»*[25]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılacağını»*[26]

√ *«Davanın, İİK 277 ve devamı maddelerine göre açılan tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğunu, bu tür davaların İİK 282. maddesi hükmü uyarınca borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimselerle bunların mirasçıları aleyhine açılacağı, kural bu olmakla birlikte yine anılan hükme göre davada kötüniyet sahibi üçüncü kişilerin de davalı olarak gösterilebileceğini»*[27]

√ *«Mahkemece, borcun ödendiğinin anlaşılması halinde dava konusuz kalacağının da göz önüne alınarak buna göre hüküm tesisi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmadığı gibi kabule göre de tasarrufun iptali davalarının borçlu ve borçlu ile işlemde bulunan kişiler aleyhinde açılması gerekirken borçlu veya ölümü halinde*

---

22 Bknz: 17. HD. 14.06.2016 T. 5201/7301(www.e-uyar.com)

23 Bknz: 17. HD. 26.01.2016 T. 10110/945(www.e-uyar.com)

24 Bknz: 17. HD. 18.06.2015 T. 1022/8848(www.e-uyar.com)

25 Bknz: 17. HD. 07.04.2015 T. 08.11.2012 T. 8409/12274(www.e-uyar.com)

26 Bknz: 17. HD. 10.03.2015 T. 17900/4041(www.e-uyar.com)

27 Bknz: 17. HD. 29.01.2015 T. 1733/1117(www.e-uyar.com)

mirasçılarının davaya dahil edilmeden ve taraf teşkili sağlanmadan davanın esasına girilmesi doğru değil ise de borcun ödendiğinin bildirilmesi nedeniyle bu hususun bozma nedeni yapılması gerektiğini»[28]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının, borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılacağını, dava şartı olan taraf teşkili sağlanmadan davaya devam olunamayacağını»*[29]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının 'borçlu', 'borçlu ile hukuki işlemde bulunan veya borçlunun ödeme yaptığı kişiler' ile 'bunların mirasçıları'na ve 'kötüniyetli dördüncü kişiler'e karşı açılabileceğini»*[30]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının, borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılacağını, dava şartı olan taraf teşkili sağlanmadan davaya devam olunamayacağını»*[31]

√ *«Borçlu miras bırakanın mirasının en yakın bütün mirasçıları tarafından reddedilmiş olması halinde mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesi için yasal prosedürün uygulanması, sonuçlandırıldığı takdirde mirası reddedilen borçlu için atanacak ve yetkilendirilecek bir temsilci ile açılmış olan tasarrufun iptali davasına devam edilmesi ve buna göre taraf teşkili sağlandıktan sonra bir karar verilmesi gerekeceğini»*[32]

√ *«Borçlunun mirasçısı olan davalıların, dava açılmadan önce mirası reddetmiş olmaları halinde, açılmış olan iptal davasının 'husumet nedeniyle' reddedilmesi gerekeceğini»*[33]

√ *«Tasarrufun iptali davası devam ederken, davalı-borçlunun (borçluların) ölüp, mirasçılarının da mirası reddetmesi halinde, durumun sulh mahkemesine bildirilerek, mirasın iflâs kurallarına göre tasfiyesinin sağlanması ve mahkemece mirası reddeden mirasçılar için bir temsilcisi atanarak, onun huzurunda davaya devam edilmesi gerekeceğini»*[34]

belirtmiştir.

---

28 Bknz: 17. HD. 11.12.2014 T. 8339/18198(www.e-uyar.com)

29 Bknz: 17. HD. 16.04.2013 T. 6104/5537(www.e-uyar.com)

30 Bknz: 17. HD. 25.03.2013 T. 6166/4065; 17. HD. 26.06.2010 T. 5795/6385(www.e-uyar.com)

31 Bknz: 17. HD. 16.04.2013 T. 6104/5537(www.e-uyar.com)

32 Bknz: 17. HD. 24.05.2011 T. 10367/5181(www.e-uyar.com)

33 Bknz: 15. HD. 19.9.2002 T. 2834/4050(www.e-uyar.com)

34 Bknz: 17. HD. 28.06.2012 T. 7326/8329; HGK. 3.7.2002 T. 15-572/577(www.e-uyar.com)

Devlet -TMK. mad. 501 uyarınca- «mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlet'e geçtiği»nden, bu durumdaki bir kimseye karşı açılacak tasarrufun iptali davası Devlet'e karşı açılır…[35] Buna karşın, ***borçlu*** ölür ve borçlunun *en yakın mirasçılarının tümü mirası red ederse,* konunun miras hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Bunun için de mahkemece mahallin sulh hukuk mahkemesine durum bildirilerek «mirasın iflâs hükümlerine göre tasfiyesi»nin sağlanarak (İİK. mad. 180), anılan mahkemece borçlu için atanacak temsilci huzurunda davaya devam edilmesi gerekir.[36]

cc) «Kötüniyetli dördüncü kişi»ler (İİK. mad. 282, c: 2).[37] Buradaki «dördüncü kişi»lerden maksat; «lehine borçlu tarafından tasarrufta bulunulmuş olan -iptale tâbi- tasarrufu borçludan devralmış olan üçüncü kişiden devralmış olan kişiler»dir. Bu kişilere karşı iptal davası açabilmesi için, «bu kişilerin kötüniyetli oldukları»nın -davacı alacaklı tarafından- ispat edilmesi gerekir.[38] «Dördüncü kişilerin kötüniyetli olduğu» davacı alacaklı tarafından her türlü kanıtla -«tanık» dahil- ispat edilebilir.

Dava konusu taşınırın/taşınmazı, bunları davalı-borçludan devralmış olan üçüncü kişinin yargılama sırasında *dördüncü bir kişiye* devretmiş olması halinde, mahkemece davacı-alacaklıya «dördüncü kişiyi davaya dahil edip etmeme veya davasını İİK. mad. 283/II uyarınca bedele dönüştürüp dönüştürmeme» konusundaki *seçim hakkı* bulunduğunu hatırlatıp, **'dördüncü kişinin davaya dahil edilmesi halinde bu kişiye dava dilekçesini tebliğ ettirip taraf teşkilini sağlaması'** aksi taktirde yani **'davanın bedele dönüştürülmesi halinde, dava konusu taşınırın/taşınmazın üçüncü kişi tarafından elden çıkarıldığı tarihteki değerinin -davacının alacak ve fer'ileri ile sınırlı olarak- üçüncü kişiden tahsiline'** karar verilmesi gerekecektir.

---

35 UMAR, B. age. s: 50

36 Bknz: 17. HD. 04.05.2015 T. 5440/6298; 28.06.2012 T. 7326/8329; 12.11.2013 T. 7644/15618(www.e-uyar.com)

37 Bknz: 17. HD. 24.01.2017 T. 22158/493; 13.12.2016 T. 2109/11516; 17.06.2016 T. 5201/7301; 08.03.2016 T. 11680/2870; 23.02.2016 T. 10857/2101; 26.01.2016 T. 10110/945; 17.03.2015 T. 16944/4379; 26.02.2015 T. 16281/3436; 22.01.2015 T. 18783/732; 25.11.2014 T. 7978/16811; 17.11.2014 T. 7430/16032; 30.10.2014 T. 5985/14491; 21.10.2014 T. 10397/13890; 28.04.2014 T. 13872/6421; 07.04.2014 T. 14808/5142; 01.04.2013 T. 15317/4587 vb. (www.e-uyar.com)

38 Bknz: 14.03.2013 T. 6166/4065; 01.04.2013 T. 15317/4587; 27.09.2010 T. 6295/7377; 08.07.2010 T. 698/6628 vb. (www.e-uyar.com)

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ *«Davalının dava konusu taşınmazı dava dışı 5. kişiye sattıklarını beyan etmesine rağmen taşınmazın davalı 4. kişi adına kayıtlı olduğu anlaşıldığından taşınmazın borçludan sonraki tüm maliklerini gösterir tedavül kayıtları ile 4. kişiden sonra satış var ise satış sözleşmesi de istenerek İİK. mad. 282 ve 283/2 gereğince davacıya seçimlik hakkı hatırlatılarak 4. kişiden sonraki malikleri davaya dahil edip etmeyeceğinin sorulması gerektiğini»*[39]

√ *«Yargılama sırasında tasarrufa konu malın üçüncü kişi tarafından devredilmesi halinde, davacı alacaklının davayı bedele dönüştürüp dönüştürmeyeceği veya devredilen şahısları davaya dahil edip etmeyeceği belirlenmesi gerektiğini»*[40]

√ *«Borçlu adına kayıtlı 4 taşınmaza davacı tarafından haciz konulduğu, bunlarla ilgili kıymet takdirii yapılmadığı gibi geçici veya kati aciz belgesi de sunulmadığı anlaşıldığından öncelikle davacı alacaklıya anılan takip dosyaları açısından geçici veya kat'i aciz belgesi sunulması için uygun bir süre verilmesi, sunulmadığı takdirde davanın önkoşul yokluğundan reddine karar verilmesi gerektiğini- Taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç bedel arasında misli fark bulunmaması ve davalının kötüniyetli olduğunun davacı tarafından ispatlanamaması halinde tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerektiğini- Taşınmazın dava dışı 4. kişiye satılmış olması halinde, davacı vekiline seçimlik hakkı hatırlatılarak davayı 4. kişi şirkete yöneltip yöneltmediği veya davayı nakten tazminata dönüştürüp dönüştürmediği sorularak 4. kişi şirkete yöneltilmesi halinde dahili dava dilekçesi ve duruşma gününün 4. kişi şirkete tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, davacının 4. kişi yönünden bildireceği deliller ile 4 kişi şirketin bildireceği deliller toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini- 4. kişi şirketin davaya dahil edilmemesi halinde, davanın bedele dönüşmesi nedeniyle ve devrin işyeri devri niteliğinde olması nedeniyle İİK'nun 283/2. maddesi gereğince hüküm kurulması gerektiğini»*[41]

√ *«Kardeş olan davalılar arasında yapılan tasarruf işlemlerinin İİK. mad. 278/1 uyarınca iptale tabi olduğunu- Taşınmazların yargılama sırasında dava dışı bir başka kişiye satılması halinde, davacıya, yeni*

39 Bknz: 17. HD. 17.01.2017 T. 17284/170(www.e-uyar.com)

40 Bknz: 17. HD. 28.12.2016 T. 7253/12054(www.e-uyar.com)

41 Bknz: 17. HD. 13.12.2016 T. 2109/11516(www.e-uyar.com)

malik olan bu kişiyi davaya dahil etmesi veya davasını makten tazminata dönüştürmesi konusunda seçim hakkı tanınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğini»[42]

√ *«Bir kısım demirbaş ve makinalar davalı 3. kişi tarafından dava dışı bir başka kişiye satıldığından davacıya seçimlik hakkı hatırlatılarak dava dışı bu kişinin davaya dahil edip etmeyeceği sorulması ve sonucuna göre yargılama yapılarak karar verilmesi gerektiğini»*[43]

√ «Üçüncü kişinin mal veya hakkı dava sırasında elinden çıkarması veya elinden çıkardığının dava sırasında öğrenilmesi halinde, davanın ıslahına gerek olmadan davacı alacaklının davaya bedel davası olarak devam edilmesini isteyebileceği veya devralan 4. kişiyi davaya dahil ederek davaya devam edebileceğini»[44]

√ *«Davalının anılan şirketteki hisselerini kime devrettiğinin anılan şirket kayıtları ve ticaret sicil kayıtlarından araştırılarak davacıya hisseleri devralan 4. kişiyi davaya dahil edip etmeme veya davasını İİK'nun 283/2 madde gereğince davasının bedele dönüştürüp dönüştürmediği sorularak davacının seçim hakkının sonucuna göre (davalı .... eğer anılan hisseleri borçluya devretmiş ise davanın konusuz kalıp kalmadığı da değerlendirilerek) karar verilmesi gerekirken infaz kabiliyeti bulunmayacak şekilde hüküm tesisinin isabetli olmadığını»*[45]

√ *«Dava konusu taşınmaz, borçlu davalı tarafından üçüncü kişiye, onun tarafından dava dışı dördüncü kişiye ve sonra da dava dışı beşinci kişiye satılmış olup İİK. mad. 283/2 gereğince, davacı alacaklıdan anılan şahısları davaya dahil edip etmeyeceği ya da davanın bedele dönüştürüp dönüştürmeyeceği sorularak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini»*[46]

√ *«Borçlunun yakını olan davalının borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızrar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğunu- 6. kişi konumundaki davalıların kötüniyetlerinin kanıtlanamaması durumunda davanın bu davalılar yönünde reddi gerektiğini»*[47]

---

42 Bknz: 17. HD. 16.06.2016 T. 14738/7366(www.e-uyar.com)

43 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 14749/6338(www.e-uyar.com)

44 Bknz: 17. HD. 09.05.2016 T. 17051/5625(www.e-uyar.com)

45 Bknz: 17. HD. 03.05.2016 T. 5048/5355(www.e-uyar.com)

46 Bknz: 17. HD. 12.04.2016 T. 11275/4632(www.e-uyar.com)

47 Bknz: 17. HD. 22.02.2016 T. 14055/1976(www.e-uyar.com)

√ *«Dava konusu taşınmazın davalı üçüncü kişi tarafından ihaleden alınması ve davalı dördüncü kişinin kötüniyetli olduğunun ispatlanamaması karşısında, tasarrufun iptali istemiyle açılan davanın reddi gerektiğini- Dava önşart yokluğu nedeniyle reddedildiğinden kendisini vekille temsil ettiren davalılar yararına maktu vekalet ücreti takdiri gerektiğini»*[48]

√ *«Dava koşulları yönünden dosyanın incelenerek, dava konusu tasarrufun iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği, iptale tabi olduğu belirlendiği takdirde dava konusu taşınmaz dava açıldıktan sonra dava dışı 4. kişiye satıldığından İİK. mad. 283/2 hükmü de gözönüne alınarak mevcut delil durumuna göre karar verilmesi gerekeceğini»*[49]

√ *«Mahkemece, davacılar vekiline İİK'nun 282 maddesi gereğince dava dışı malik 4. kişiyi davaya dahil edip etmeme veya davayı İİK'nun 283/2 madde kapsamında bedele dönüştürüp dönüştürmeme konusunda seçimlik hakkı hatırlatılarak, davalı 4. kişinin davaya dahil edilmesi halinde adı geçen malike dava dilekçesinin tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması; aksi takdirde yani davanın bedele dönüştürülmesi halinde, dava konusu taşınmazın 3. kişinin elden çıkardığı tarihteki rayiç bedeli konusunda bilirkişiden alınacak ek rapor doğrultusunda davalı 3. kişinin davacının alacak ve fertleriyle sınırlı olarak nakten tazminatla sorumluluğuna karar verilmesi gerektiğini»*[50]

√ *«Dava konusu taşınmaz borçlu davalılar tarafından üçüncü kişi konumundaki davalıya satılmış, onun tarafından da dava dışı bir kişiye satılmış olduğu halde -taşınmazları elinde bulunduran bu kişi davaya dahil edilmeksizin- taşınmazlar üzerinde davacı tarafa cebri icra yetkisi verilmiş olmasının isabetsiz olduğunu- Davalı tarafın kötü niyetli olduğunu kanıtlama yükümlülüğü davacı tarafa ait iken iyi niyetin kanıtlanması yükümlülüğünün bildirdiği tanıklar dinlenmeden davalı tarafa yüklenmesi ve İİK. mad. 278'in uygulanması ihtimaline binaen taşınmazların başında keşif yapılmamasının isabetsiz olduğunu, mahkemece, davacı tarafa taşınmazı (üçüncü kişiden) satın alanı davaya dahil edip etmeyeceğinin sorularak davaya dahil edilmesi halinde delillerinin toplanması, taşınmazlar başında uzman kişilerden oluşacak bilirkişi kurulu vasıtasıyla keşif yapılarak taşınmazların satış tarihleri*

48 Bknz: 17. HD. 08.03.2016 T. 11680/2870(www.e-uyar.com)

49 Bknz: 17. HD. 23.022.2016 T. 10857/2101(www.e-uyar.com)

50 Bknz: 17. HD. 15.06.2015 T. 4112/8628(www.e-uyar.com)

itibariyle gerçek değerlerinin saptanması, davalı üçüncü kişinin bildirdiği tanıklarının dinlenmesi, üçüncü kişiden satın alanın davaya dahil edilmemesi veya davaya dahil edildiği halde kötü niyetinin kanıtlanamaması halinde ise taşınmazlar yönünden davanın tazminat istemine dönüşeceğinin düşünülmesi, davada kötü niyetin kanıtlanması yükümlülüğünün davacı tarafa ait olduğunun göz önünde bulundurulması gerektiğini»[51]

√ *«Davacının kötüniyetli 4. kişiye davasını yöneltmek istediğinde ona karşı ayrı bir dava açarak ilk dava ile birleştirilmesini isteyebileceği gibi, 3. kişiye karşı açtığı davada harçsız olarak vereceği dahili dava dilekçesi ile onun davaya katılımını da sağlayabileceğini»*[52]

√ *«Davalı 4. kişi yönünden bedel farkının varlığı ve kısa süreli satışın iptal sebebi olmadığını; davalı 4. kişi yönünden iptal kararı verilebilmesi için, davacı tarafından onun İİK. mad. 280/1 kapsamında kötüniyetli olduğunun ispatlanması gerektiğini- Borçlunun kullandığı kredinin kefili olarak borcu ödeyen davalının İİK. mad. 280/1 kapsamında borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğunu- Davalı 4. kişinin kötüniyetli olduğunun ispatlanamaması halinde, davanın İİK'nun 283/2. maddesi gereğince bedele dönüşmesi nedeniyle davacının takip konusu alacak ve ferileriyle sınırlı olarak tazminatın davalı üçüncü kişiden tahsiline karar verilmesi gerektiğini- Dava önkoşullarının bulunmaması halinde davanın ön koşul yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerektiğini»*[53]

√ *«Tapu kayıtlarından dava konusu taşınmazın yargılama sırasında davalı tarafından dava dışı bir kişiye satıldığı anlaşıldığından, anılan şahsın davaya dahili sağlanarak ve İİK'nun 283. maddesine göre bedele dönüşüp dönüşmeyeceği tartışılarak oluşacak sonca göre karar verilmesi gerektiğini- Yanlış kişi davalı üçüncü kişi gösterilerek açılan tasarrufun iptali davasında hasımda yanılma olduğu açık olduğundan, HMK. mad. 124/4. gereğince tasarrufa konu şirket hissesini satına alan kişiye davalı üçüncü kişinin, İİK. mad. 283 gereğince de dördüncü kişinin davaya dahili ile taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini»*[54]

√ «Üçüncü kişinin mal veya hakkı dava sırasında elinden çıkarması veya elinden çıkardığının dava sırasında öğrenilmesi halinde, davanın ıs-

51 Bknz: 17. HD. 13.04.2015 T. 3446/5724(www.e-uyar.com)

52 Bknz: 17. HD. 26.10.2015 T. 3468/11290(www.e-uyar.com)

53 Bknz: 17. HD. 24.03.2015 T. 18141/4796(www.e-uyar.com)

54 Bknz: 17. HD. 17.02.2015 T. 13446/2878(www.e-uyar.com)

lahına gerek olmadan davacı alacaklının davaya bedel davası olarak devam edilmesini isteyebileceği veya devralan 4. kişi davaya dahil ederek davaya devam edilebileceğini»[55]

√ *«Dava konusu traktörün yargılama sırasında el değiştirmiş olduğu sunulan kayıtlardan anlaşılmış olmasına göre davacıdan sonraki malikleri davaya dahil edip etmeyeceği sorulmadan ve dahil edilir ise o kişilerin delilleri toplanmadan ayrıca dahil edilen davalıların kötüniyetli olup olmadıkları belirlenerek iyiniyetli oldukları belirlendiğinde ise 3. kişinin traktörü elinden çıkardığı tarihteki bedel ile sorumlu tutulması gereği nazara alınmadan davanın kabulüne karar verilemeyeceğini»*[56]

√ *«Alacağın gerçek olduğu, iptali istenen tasarrufun takip konusu borçtan sonra yapıldığı ve davanın beş yıllık hak düşürücü süre içinde açıldığı anlaşıldığından tasarrufun iptali davası ön koşullarının gerçekleşmiş olduğunu- Davacının kötüniyetli 4. kişiye davasını yöneltmek istediğinde ona karşı ayrı bir dava açarak ilk dava ile birleştirilmesini isteyebileceği gibi, 3. kişiye karşı açtığı davada harçsız olarak vereceği dahili dava dilekçesi ile onun davaya katılımını da sağlayabileceğini»*[57]

√ *«Davalı dördüncü kişi hakkındaki davanın kabul edilebilmesi için kötüniyetli olduğunun kanıtlanması gerektiğini- Borçlu ve dördüncü kişi aynı köyden olup, dava konusu taşınmazda kiracı olarak oturan kişinin kira ödemelerini borçluya yapıldığının tesbiti halinde, dördüncü kişinin de kötüniyeti anlaşıldığından tasarrufun her iki davalı yönünden de iptali gerekeceğini- Dördüncü kişinin iyiniyetli olması halinde, İİK. mad. 283/2 uyarınca, üçüncü kişinin malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulacağını»*[58]

√ *«Borçlunun oğlu ile yaptığı tasarrufun iptale tabi olduğu- Yargılama sırasında dava konusu taşınmazın 4. kişiye satılması halinde, davacıya 4. kişiyi davaya dahil edip etmeyeceği sorularak, 'davanın, bedele dönüşüp dönüşmediği'nin belirlenmesi gerektiğini- Tapudaki satış bedeli ile rayiç bedeli arasında fahiş fark bulunduğunun tespiti halinde, tasarrufun İİK. mad. 278/3-2'ye göre iptale tabi olduğunu»*[59]

---

55 Bknz: 17. HD. 22.01.2015 T. 15998/734(www.e-uyar.com)

56 Bknz: 17. HD. 19.01.2015 T. 20215/437(www.e-uyar.com)

57 Bknz: 17. HD. 26.10.2015 T. 3468/11290(www.e-uyar.com)

58 Bknz: 17. HD. 17.11.2014 T. 7430/16032(www.e-uyar.com)

59 Bknz: 17. HD. 21.10.2014 T. 10397/13890(www.e-uyar.com)

√ *«Davalı üçüncü kişinin davalı borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak ya da alacaklılarını ızrar kastı ile hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olması nedeniyle tasarrufun iptaline, davalı dördüncü kişinin şirketin ise kötüniyetinin ispat edilmemesi gerekçesiyle onun hakkındaki davanın reddi ile üçüncü kişi davalının bedel ile sorumlu tutulmasına karar verilmesinin isabetli olduğunu- Davalı dördüncü kişi şirket tarafından alınan araç için yapılan ödemelerin, satan kişinin gösterdiği kimselere yapılmasının tek başına muvazaanın kanıtı olamayacağını»*[60]

√ *«Dava konusu araç davalı 3. kişi tarafından dava dışı kişiye satıldığından; davacı vekiline seçimlik hakkı ile ilgili olarak davalı 4. kişiyi davaya dahil etmeyeceği veya davasının davalı yönünden bedele dönüştürüp dönüştürmeyeceği konusunda süre verilmesi, davalı 4. kişinin davaya dahil edilmesi halinde dava dilekçesi ve duruşma gününün tebliği ile davacı ve davalının bildireceği delillerin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»*[61]

√ *«Kötüniyetli olduğu ispatlanamayan 4. ve 5. kişi yönünden tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini»*[62]

√ *«Davacıdan, taşınmazı satın alan 4. kişiyi davaya dahil edip etmeyeceği veya davasını bedele dönüştürüp dönüştürmeyeceğinin sorulacağı, davaya dahil etmesi halinde usulüne uygun biçimde dava dilekçesinin tebliğ edilerek taraf teşkilinin sağlanacağını, daha sonra taraf delillerinin toplanarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verileceğini; 4. kişinin davaya dahil edilmemesi halinde ise 3. kişi yönünden taşınmazı elden çıkardığı tarihteki rayiç değer üzerinden tazminata dönüştüğü kabul edilerek tazminata hükmedilmesi gerekeceğini»*[63]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında 3. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü kişinin davaya dahil edilmemesi ya da davaya dahil edilmekle birlikte iyi niyetli olduğunun anlaşılması halinde İİK'nun 283/2 maddesi uyarınca bedele dönüşen davada üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulmasının gerekeceğini»*[64]

---

60 Bknz: 17. HD. 08.09.2014 T. 1408/11249(www.e-uyar.com)

61 Bknz: 17. HD. 10.06.2014 T. 8576/9328(www.e-uyar.com)

62 Bknz: 17. HD. 21.05.2014 T. 2214/7980(www.e-uyar.com)

63 Bknz: 17. HD. 15.05.2014 T. 1366/7608(www.e-uyar.com)

64 Bknz: 17. HD. 14.04.2014 T. 14288/5706(www.e-uyar.com)

√ *«Taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunması ve davalı 3. kişinin tapudaki satış bedeli dışında ödeme yaptığını ispatlayamaması halinde bu tasarrufun İİK. mad. 278/3-2 uyarınca iptale tabi olduğunu- Bedel farkı veya kısa aralıkla satışın davalı 4. kişi yönünden iptal sebebi olarak kabulünün mümkün olmadığı, davalı 4. kişi yönünden iptal kararı verilebilmesi için davalının kötüniyetli olduğunun davacı yanca ispatlanması gerekeceğini»*[65]

√ *«Davalı dördüncü kişi ile borçlu arasında akrabalık, arkadaşlık veya ticari ilişki gibi borçlunun alacaklılarından mal kaçırma ya da alacaklılarını ızrar kastını bilen veya bilebilecek kişilerden olduğu kanıtlanamadığından, tasarrufun iptali davasının dördüncü kişi yönünden reddi gerektiğini»*[66]

√ «İptale tabi tasarruflar için kanunun genel bir tanımlama yaparak, hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini, hakimin takdirine bırakmış olduğunu- Bedel farkının tek başına dördüncü kişi yönünden iptal nedeni olamayacağını- Davalılar borçlu ile dördüncü kişi arasında akrabalık, arkadaşlık, ticari ilişki gibi borçlunun mal kaçırma kastını dördüncü kişinin bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunu gösterir bir yakınlık da ispat edilemediğinden, dördüncü kişi davalı hakkındaki tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerektiğini»[67]

√ *«Davalılar arasında ticari ilişki bulunduğu anlaşıldığından, davalı 3. kişinin aradaki ticari ilişki nedeniyle borçlunun amacını ve durumunu bilebilecek kişilerden olması nedeniyle dava konusu tasarrufun İİK 280/1 madde gereğince iptale tabi olduğunu- Taşınmaz devri, mutad ödeme olmadığından, tasarrufun, İİK. mad. 279/1-II gereğince de iptale tabi olduğunu- Dava konusu taşınmaz davalı borçlu tarafından davalı 3. kişiye satıldıktan sonra, davalı 3. kişi de dava dışı 4. kişiye taşınmazı sattığından, mahkemece davacı vekiline İİK. mad. 282 ve 283/2 gereğince seçimlik hakkı hatırlatılarak 4. kişinin davaya dahil edilmesi halinde adı geçen 4. kişiye dava dilekçesi tebliğ edilerek davacının ve davaya dahil edilecek kişinin bildireceği delillerin toplanması ve tasarrufun iptale tabi olup olmadığının belirlenmesi; 4. kişi Ahmet'in davaya dahil edilmemesi veya kötüniyetli olduğunun ispatlanamaması halinde ise davanın bedele dönüşeceği gözönüne alınarak dava konusu tasar-*

65 Bknz: 17. HD. 25.03.2014 T. 13512/4290(www.e-uyar.com)

66 Bknz: 17. HD. 09.05.2013 T. 16722/6719(www.e-uyar.com)

67 Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 6585/6513(www.e-uyar.com)

rufun tasarruf tarihindeki gerçek değerinin belirlenmesi için taşınmaz başında keşif yapılarak uzman bilirkişilerden alınacak rapor sonucuna göre davalı 3. kişinin davacının takip konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak nakden tazminatla sorumluluğuna karar verilmesi gerektiğini»[68]

belirtmiştir…

Ancak, **yüksek mahkeme** kimi kararlarında, bu durumda; «… mahkemece, öncelikle davacıya, -davada 'davalı' olarak gösterilmemiş olan- kişi hakkında da dava açması için mehil verilmeli, açılacak davanın birleştirilmesinden sonra esas hakkında karar verilmelidir…»[69] şeklinde bir çözüm önermişse de, bu çözüm şekli, diğeri kadar pratik olmadığı için uygulamada, çok tercih edilmemektedir.

aaa) Yukarıda belirtilen durumlarda, *'borçlu ile lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi'* -şekli anlamda- «zorunlu dava arkadaşı» durumundadır.[70] [71] Bu nedenle, mahkeme, bu kişilerin açılmış olan iptal davasında «davalı» olarak gösterilmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırır.[72]

---

68 Bknz: 17. HD. 19.02.2013 T. 4941/1956(www.e-uyar.com)

69 Bknz: 17. HD. 26.10.2015 T. 3468/11290; 15. HD. 26.02.2004 T. 324/1042 vb. (www.e-uyar.com)

70 KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C: 4, 1997, s: 3522 - KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı,2013, s: 1425 - PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası,2013 s: 870 - MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, 2013,C: 2, s: 1802 - YILDIRIM, M.K. İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları,1995, s: 264 - ÜSTÜNDAĞ, S. İcra ve İflas Hukuku,8.Baskı,2009, s: 297, dipn. 242a - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları,1998,s: 57 vd. - OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİk.Şerhi,2007, C: 5, s: 6107 - SARISÖZEN, İ. İcra ve İflas Hukukuna Göre İptal Davalarında Yargılama Usulü(ABD 1977/2, s: 290) - KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptal Davaları (Ad. D. 1989/6, s: 30 - Yasa D. 1989/8, s: 1054) - ULUKAPI, Ö. Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, 1991, s: 104 - GÜNEREN, A. age. s: 262 - MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları,2.Baskı,2017, s: 219 vd. - UYAR, T./UYAR,Ş A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3,2014, s: 4567 - YILMAZ, E. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2016, s: 1247

71 Bknz: 17. HD. 31.01.2017 T. 12195/795; 25.10.2016 T. 17075/9325; 08.03.2016 T. 12869/2874; 10.11.2015 T. 5368/11883; 03.11.2015 T. 8256/11484; 25.05.2015 T. 20495/7609; 12.05.2015 T. 20110/7297; 04.05.2015 T. 21302/6452; 22.01.2015 T. 18783/732; 30.10.2014 T. 5985/14491; 04.11.2014 T. 7864/15061; 08.07.2014 T. 13509/10880 vb. (www.e-uyar.com)

72 Bknz: 17. HD. 18.02.2013 T. 546/1725; 19.04.2013 T. 7744/5115; 16.04.2013 T. 6104/5537(www.e-uyar.com)

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ *«Davalı borçlu ile doğrudan işlem yapan 3. kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan ve zorunlu dava arkadaşları usul işlemlerini birlikte yapmak zorunda olduklarından yetki itirazının davalılarca birlikte ileri sürülmesinin yasa gereği olduğu, bir davalı tarafından ileri sürülen yetki itirazının hukuki sonuç doğurabilmesi için diğer davalının usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olmasının gerekli olduğu, HMK'nun 19/2 maddesine göre bu yetki kesin yetki kuralı olmadığından taraflarca süresi içerisinde usulüne uygun olarak itiraz halinde mahkemece dikkate alınmasının gerekeceğini»*[73]

√ *«Davalının ödediği bedelle ilgili dava dışı kişiye rücu hakkı olduğundan İİK'nun 282 maddesinin kıyasen uygulanarak borçlunun davaya dahil edilmesi dava dilekçesi ile duruşma gününü belirtir davetiye tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, bildireceği delillerin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken taraf teşkili sağlanmadan kurulan hükmün isabetli olmadığını»*[74]

√ *«Dava konusu dört adet taşınmaz borçlu tarafından davalı üçüncü kişiye, onun tarafından da dördüncü kişiye satılmış, duruşmada dava konusu taşınmazların son maliki dördüncü kişi görüldüğünden taraf teşkili yönünden süre verilmesi üzerine, davacı vekilinin davaya dahil edilmesini istediği ve davacının bu talebinden önce mahkemece res'en dahili davalıya dava dilekçesi, tensip ve yenileme dilekçesinin tebliğ edildiği ve adı geçen dahili davalının vekilin vekaletnamesini dosyaya sunduğu dolayısıyla İİK'nun 282 maddesi gereğince taraf teşkilinin sağlandığı anlaşıldığından mahkemece davanın esasına girilerek ön koşullarının varlığı yönünden incelenmesi, ön koşulların varlığı halinde de dava konusu tasarrufların İİK'nun 278, 279, 280, 283.maddeler gereğince iptale tabi olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[75]

√ *«Takip dosyalarının borçluları olmayan ve dava dışı takip borçlusuna ait hisselerini de takip konusu kredi sözleşmelerinden önce davalıya devretmiş olan davalı üçüncü kişiler dava konusu taşınmaz hisselerini davalıya sattıklarından dava konusu borcun tarafı olmamaları nedeniyle haklarında açılan esas dava ile birleştirilen davaların pasif*

73 Bknz: 17. HD. 31.01.2017 T. 12195/795(www.e-uyar.com)

74 Bknz: 17. HD. 08.11.2016 T. 19318/10238(www.e-uyar.com)

75 Bknz: 17. HD. 20.09.2016 T. 8528/7961(www.e-uyar.com)

husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini- Takip konusu borcun tarafı olmayan davalıların tasarruflarını da kapsayacak şekilde hüküm tesisinin hatalı olduğunu»[76]

√ «İcra takip dosyasının borçlusu olmayan kişi ve onun birlikte tasarruf yaptığı kişiler yönünden tasarrufun iptali davasının husumet yokluğu nedeniyle reddi gerektiğini- Davacı vekili takip konusu senetlerin ticari ilişkiden doğan 52 adet fatura karşılığı düzenlendiğini belirterek anılan faturaları delil olarak sunmuş ve fatura içeriklerinden de davacı şirket tarafından davalı borçlunun %98 ortağı ve temsilcisi olduğu şirkete satış yapıldığı anlaşıldığından ve uygulamada ticari hayatta yaygın olarak görülen vadeli senet ve çek düzenlenmesi davanın tarafı olan davacı ve borçlu arasında da uygulandığı anlaşıldığından, mahkemece borcun devam eden ticari ilişkiden doğduğu, dolayısıyla iptali istenen tasarrufların borcun doğumundan sonra yapıldığı, borçlu hakkındaki takibin kesinleştiği, haciz tutanağının İİK'nun 105.maddesi kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde olduğu, alacağın gerçek alacak olduğu davanın süresinde açılmış olması nedeniyle dava önkoşullarının var olduğu kabul edilerek dava konusu taşınmaza ilişkin davalı borçlu ile 3. kişi arasındaki satış senedi de istenerek dava konusu her tasarruf yönünden mevcut delillerin davalı 3. kişiler yönünden İİK'nun 278, 279, 280, 283/2 maddeler gereğince, davalı 4. kişiler yönünden İİK'nun 280/1 maddesi gereğince değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»[77]

√ *«Dava konusu taşınmazlar borçlu tarafından 3.6.2008 tarihinde davadışı kişiye, onun tarafından da davalılara satıldığından öncelikle İİK'nun 282 maddesi gereğince borçlu ile aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunan kişinin davaya dahil edilmesi dahili dava dilekçesi ve duruşma gününün kendisine tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, bildireceği delillerin toplanması öncelikle borçlu ile zorunlu dava arkadaşlığı bulunan kişi arasındaki 3.6.2008 tarihli tasarrufların İİK'nun 277, 278, 279, 280 maddeler gereğince iptale tabi olup olmadığının belirlenmesi, iptale tabi değilse davanın reddine, iptale tabi olduğu belirlendiği takdirde 8.10.2008 ve 7.4.2009 tarihli tasarrufların İİK'nun 280/1 maddesi gereğince iptale tabi olup olmadığının belirlenmesi 283/2 madde de gözönünde bulundurularak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»*[78]

---

76 Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 14487/6957(www.e-uyar.com)

77 Bknz: 17. HD. 12.04.2016 T. 9778/4613(www.e-uyar.com)

78 Bknz: 17. HD. 08.03.2016 T. 12869/2874(www.e-uyar.com)

√ *«Mecburi hasım durumunda olan borçlunun en yakın mirasçılarının mirası red davası açtıklarından bu davanın sonucunun beklenilmesi gerekeceğini, bu durumda mirasın reddi davasının sonucunun beklenilmesi, mirasın reddine karar verilmesi halinde konunun miras hukuku hükümleri çerçevesinde çözülmesi için mahkemece mahallin sulh hakimine durum bildirilerek mirasın iflas kurallarına göre tasfiyesinin sağlanması, anılan mahkemece borçlu için atanacak veya yetkilendirilecek bir temsilci huzuru ile davaya devam olunması gerekeceğini»*[79]

√ *«Mahkemece öncelikle İİK'nun 282. maddesi gereğince aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunan davalı borçlunun taşınmazı sattığı ilk kişiye dava dilekçesinin tebliği ile duruşmaya katılımının sağlanması, bildireceği delillerin toplanması gerektiğini»*[80]

√ *«Basit yargılama usulüne tabi tasarrufun iptali davası ile yazılı yargılama usulüne tabi borçludan alacaklı olunduğuna dair (İİK. mad. 170/3) açılan davanın birleştirilerek görülmesinin isabetsiz olduğunu- Borçlunun mirasçıları ile tasarrufta bulunan üçüncü kişi zorunlu dava arkadaşı olduğundan, sadece üçüncü kişinin davalı olarak gösterilmesinin isabetsiz olduğu, tasarrufun iptali davasına öldüğü anlaşılan borçlunun mirasçılarının dahil edilmesi gerektiğini- Tasarrufun iptali davasının dayanağı takiple ile ilgili bonodaki imzanın borçluya ait olmadığına karar verilmiş ve takip durmuş ise de, alacaklı tarafından alacaklı olduğunun ispatı için İİK. mad. 170/3'e dayalı olarak dava açıldığından bu davanın sonucunun bekletici mesele yapılması gerektiğini»*[81]

√ *«Davanın, İİK'nun 277 ve devamı maddelerine göre açılan tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğu bu tür davalarda, borçlu ve onunla hukuki muamelede bulunan üçüncü kişiler zorunlu dava arkadaşı olup her ikisinin de davalı olarak gösterilmesi gerektiği, bundan sonra üçüncü kişiden dördüncü kişiye devir olması halinde davacı alacaklı isterse davaya bedele dönüşeceği, dilerse dördüncü kişiye de dava açarak tasarrufun iptalini isteyebileceğini»*[82]

√ *«Yapılan satışlarda edimler arasında mislini aşan aşırı fark bulunmadığı, davalılar arasında akrabalık, arkadaşlık, ticari ilişki gibi borçlunun mal kaçırma kastını 3. kişilerin bildiği ya da bilebilecek durumda*

79 Bknz: 17. HD. 14.03.2016 T. 18506/3112(www.e-uyar.com)
80 Bknz: 17. HD. 10.11.2015 T. 5368/11883(www.e-uyar.com)
81 Bknz: 17. HD. 03.11.2015 T. 8256/11484(www.e-uyar.com)
82 Bknz: 17. HD. 04.05.2015 T. 21302/6452(www.e-uyar.com)

olduklarını gösterir bir yakınlığın da ispat edilemediği görüldüğünden, tasarrufların iptali istemli davanın reddi gerektiğini- Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasında, borçlu ile davalı 3. kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğu nazara alınmadan sadece davalı 3. kişiler yararına vekalet ücreti takdir edilemeyeceğini»[83]

√ *«Tüm içtihatlar İİK. mad. 282 gereğince öncelikle borçlu ile aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunan 3. kişinin davaya dahil edilmesi, davacı vekili aradaki maliklerin tamamının kötü niyetli olduğunu belirterek sekizinci maliğe dava açtığından sonraki tüm maliklerin davaya dahil edilmesi için davacı vekiline süre verilmesi duruşma gün ve saatinin borçludan sonraki kişiye kadar olan tüm maliklere tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, bildirecekleri delillerin toplanması dava konusu tüm tasarrufların İİK.'nun 277, 278, 279, 280, 283. maddeleri gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[84]

√ *«Mecburi hasım durumunda olan borçlunun vefat etmesi ve en yakın mirasçılarının mirası reddetmesi nedeniyle konunun miras hukuku hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerektiğini, bu durumda mahkemece mahallin sulh hakimine durum bildirilerek mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesinin sağlanması ve anılan mahkemece borçlu için atanacak veya yetkilendirilecek bir temsilci huzuru ile davaya devam olunması gerektiğini»*[85]

√ *«Tasarrufun iptali istemine ilişkin davaya konusu tasarrufların tarafı olmayan davalılar hakkındaki her iki davanın da 'taraf sıfatı yokluğundan' reddine karar verilmesi gerektiğini»*[86]

√ *«Taşınmazı borçludan satın alan üçüncü kişinin öldüğü anlaşıldığından, mahkemece mirasçıların yöntemince belirlenmesi gerektiğini»*[87]

√ *«Davalı borçlu gerçek kişinin diğer borçlu şirketin ortağı iken hissesini baldızına devrettiği, borçlu şirketin borca batık olduğunu bildiği halde, taşınmazlarını anılan borçlu şirketin borcu için diğer davalıya ipotek verilmesinin iyiniyetli olmadığı, borçlu kişinin aynı zamanda*

83 Bknz: 17. HD. 25.05.2015 T. 20495/7609(www.e-uyar.com)
84 Bknz: 17. HD. 12.05.2015 T. 20110/7297(www.e-uyar.com)
85 Bknz: 17. HD. 04.05.2015 T. 5440/6298(www.e-uyar.com)
86 Bknz: 17. HD. 07.04.2015 T. 1719/5522(www.e-uyar.com)
87 Bknz: 17. HD. 07.04.2015 T. 21100/5493(www.e-uyar.com)

davalı üçüncü kişi şirketin de eski ortağı olduğu, bu şirketin de borçlu kişinin borca batık ve ızrar kastını bildiğinden bahisle borçlu kişi yönünden davanın kabulüne, her hangi bir tasarrufta bulunmayan borçlu şirket yönünden husumet yokluğundan davanın reddine karar verilmesinin isabetli olduğunu»[88]

√ *«Tasarrufun iptali davasına konu taşınmazı borçludan satın alan kişiye karşı açılmadığı bu durumda, taşınmazı satın alanın davaya dahil edilmesi sağlanarak, delilleri toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğini»*[89]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında 3. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü kişinin davaya dahil edilmemesi ya da davaya dahil edilmekle birlikte iyi niyetli olduğunun anlaşılması halinde İİK'nun 283/2.maddesi uyarınca bedele dönüşen davada üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması gerekeceğini»*[90]

√ *«Tasarrufun iptali davasının kural olarak borçlu ve borçlu ile tasarrufta bulunan şahıslar aleyhine açılacağını- Dava her bir davalı yönünden, ayrı gerekçe ile red edildiğinden, ön koşul yokluğundan red edilen davalı lehine ayrı bir maktu vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini»*[91]

√ *«Borçlu ile lehine tasarruf yapılan dava dışı 3. kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğundan, lehine tasarruf yapılan dava dışı 3. kişiye dava dilekçesinin tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, dava konusu tasarrufun iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi, dava dışı 3. kişinin dahili davalıya yaptığı tasarruf yönünden ise İİK.'nun 280. madde gereğince iptal koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilerek karar verileceğini»*[92]

√ *«Tasarrufun iptali istemine ilişkin davaların kesin yetki kurallarına göre değil, genel yetki kurallarına göre çözüleceğini- Tasarrufun iptali davasında borçlu ve borçlu ile işlemde bulunan 3. kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğu ve davacının bu kişilerden birisinin yerleşim yerinde dava açabileceğini»*[93]

88 Bknz: 17. HD. 10.03.2015 T. 15024/4091(www.e-uyar.com)
89 Bknz: 17. HD. 19.03.2015 T. 19733/4424(www.e-uyar.com)
90 Bknz: 17. HD. 26.02.2015 T. 16281/3436(www.e-uyar.com)
91 Bknz: 17. HD. 24.02.2015 T. 14427/3345(www.e-uyar.com)
92 Bknz: 17. HD. 04.11.2014 T. 7864/15061(www.e-uyar.com)
93 Bknz: 17. HD. 15.10.2014 T. 17023/13377(www.e-uyar.com)

√ *«Muvazaa iddiasına dayalı tapu iptal ve tescil davasında borçlu tarafça, dava konusu taşınmazın, mal tasfiyesinden mal kaçırmak amacı ile eşi tarafından eşinin kardeşine satıldığı iddia edilmesi halinde, davada taraf olarak borçlunun eşinin de gösterilmesi gerekeceğini»*[94]

√ «İİK'nun 282. maddesi gereğince davalı borçlu ve borçlu ile doğrudan veya dolaylı işlem yapan 3. kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğunu»[95]

√ «İİK. mad. 282 gereğince davalı borçlu ve borçlu ile doğrudan veya dolaylı işlem yapan 3. kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğunu- Zorunlu dava arkadaşı olan davalılardan yalnız birinin ileri sürdüğü yetki itirazının hukuksal sonuç doğurmayacağını»[96]

√ *«Borçlu davalı ile 3. kişi konumundaki diğer davalı arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu görüldüğünden; borçlu davalının ikametgahı mahkemesinde açılan davanın esasına girilmesi gerektiğini»*[97]

√ *«Davalı 3. kişi tarafından dava konusu temlik, dava dışı şirkete devir ve temlik edilmediğinden dava dışı şirketin davaya dahil edilmesine gerek olmadığı, taraf teşkilinin eksikliğinden söz etme olanağının da bulunmadığını- Davacının talebinin, HMK'nun 123. maddesi gereğince davayı takipten sarfınazar olduğu (davayı geri alma) gözönüne alınarak; davalıların açık rızası da alınmak suretiyle karar verilmesi gerekirken, feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu»*[98]

√ *«Borçlu ve onunla hukuku muamelede bulunan 3. kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan her ikisinin de 'davalı olarak' tasarrufun iptali davasında gösterilmesi gerekeceğini- Davalı borçlu adına kaza tarihi itibarıyla kayıtlı taşınmaz bulunup bulunmadığı, taşınmazların devredilip devredilmediği, kazadan sonra devredilen taşınmaz var ise bu taşınmazların devir tarihleri ve devredilen kişileri de gösterir şekilde kayıtların istenmesi, kayıtlar geldikten sonra borçlunun devir yaptığı kişilerin davaya dahil edilerek dava dilekçesinin tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması gerekeceğini»*[99]

---

94 Bknz: 17. HD. 11.09.2014 T. 2569/11433(www.e-uyar.com)

95 Bknz: 17. HD. 08.07.2014 T. 13509/10880(www.e-uyar.com)

96 Bknz: 17. HD. 08.07.2014 T. 13433/10879(www.e-uyar.com)

97 Bknz: 17. HD. 07.07.2014 T. 12693/10759(www.e-uyar.com)

98 Bknz: 17. HD. 10.06.2014 T. 1934/9317(www.e-uyar.com)

99 Bknz: 17. HD. 03.06.2014 T. 1554/8893(www.e-uyar.com)

√ *«Davalı, dava konusu takibin borçlusu olmadığından, davanın husumet yokluğu nedeni ile reddine ve davalı lehine maktu vekalet ücretine hükmedileceğini»*[100]

√ «İptali istenen tasarrufu yapan davalının icra takibinde borçlu olarak yer almadığı anlaşıldığından, davanın reddedilmesi gerekeceğini»[101]

√ *«Borçlu ile lehine tasarrufta bulunduğu kardeşi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu- Başka borçluların malvarlığı bulunsa da, hakkında iptal davası açılan borçlunun aciz halinin tespiti gerektiği ve borçlu adına kayıtlı motorsiklet dışında başka bir malvarlığı bulunmadığı ve anılan araç üzerinde de rehin ve davacıdan önce başka iki haciz daha bulunduğu anlaşıldığından, davalı borçlunun evinde yapılan haczi kabil malı bulunmadığını belirleyen haciz tutanağının İİK mad. 105 kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde olduğunun kabulü gerektiğini»*[102]

√ *«Borçlu olduğu bildirilen davalının aslında kendisine ait taşınmazı dava dışı kişi adına tescil ettirdiği, onun da kızı olan diğer davalıya satmış olduğu, bu halde 3. kişi konumunda olması gereken şahıs, davaya dahil edilerek borçlu ile arasında zorunlu dava arkadaşlığının olduğunun kabulü ile dava dilekçesinin bu 3. kişiye de tebliği gerekeceğini»*[103]

√ *«Borçlu adına vekaleten işlem yapan kişinin tasarrufun iptali davasında taraf olarak gösterilemeyeceğini»*[104]

√ *«Davalı borçlu tarafından yapılan bir tasarruf bulunmadığı, tasarrufu yapanın şirket ortağı diğer borçlu olduğu görüldüğünden; borçlu olan, ancak yaptığı veya dava konusu edilen her hangi bir tasarrufu bulunmayan davalı şirkete husumet düşmeyeceğinden, davalı olarak gösterilen şirket yönünden davanın husumet nedeni ile reddi gerekeceğini»*[105]

√ *«Davaya konu birden fazla tasarruf bulunması, ayrı ayrı taşınmazların satılmış olması ve davalılar arasında mecburi dava arkadaşlığının da bulunmaması halinde ise, her bir tasarruf için vekalet ücretinin ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğini»*[106]

---

100 Bknz: 17. HD. 21.05.2014 T. 3493/7982(www.e-uyar.com)
101 Bknz: 17. HD. 12.05.2014 T. 1360/7420(www.e-uyar.com)
102 Bknz: 17. HD. 05.05.2014 T. 2207/6940(www.e-uyar.com)
103 Bknz: 17. HD. 30.04.2014 T. 817/6602(www.e-uyar.com)
104 Bknz: 17. HD. 30.04.2014 T. 20316/6597(www.e-uyar.com)
105 Bknz: 17. HD. 30.04.2014 T. 5497/6611(www.e-uyar.com)
106 Bknz: 17. HD. 10.04.2014 T. 19253/5395(www.e-uyar.com)

√ «İİK'nun 282. maddesi gereğince davalı borçlu ile borçlu ile doğrudan veya dolaylı işlem yapan 3. kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan ve zorunlu dava arkadaşları usul işlemlerini birlikte yapmak zorunda olduklarından yetki itirazının davalılarca birlikte ileri sürülmesinin yasa gereği olduğunu»[107]

√ *«Dava konusu ev eşyalarının boşanma nedeniyle borçlu tarafından eşine devrine ilişkin tasarruf yönünden öncelikle İİK. mad. 282 gereğince borçlu ile lehine tasarrufta bulunduğu eşi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan dava dilekçesinin borçlunun eşine de tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, boşanma protokolü gereğince devredilen ev eşyaları yönünden değerlendirmenin İİK. mad. 278/3-1 ve 280/1 gereğince yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[108]

√ *«Davalı borçlu ile borçlu ile doğrudan veya dolaylı işlem yapan 3. kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğu ve zorunlu dava arkadaşları usul işlemlerini birlikte yapmak zorunda olduklarını»*[109]

√ *«Tasarrufun iptali davasında, borçlu ile 3. kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan, dava dilekçesinin davalı borçlunun vasisi ile 3. kişiye tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini- Borçlu aleyhine açılan tazminat davası karara çıkmış, takibe konulmuş, borçlu hakkında aciz belgesi düzenlemiş ise, dava konusu tasarrufların İİK. mad. 278, 279, 280 gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi, tazminat davasının, tasarrufun iptali davasına etkisi üzerinde durularak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[110]

√ *«Davalı borçlunun tasarrufun iptali davası açıldıktan sonra vefat ettiği, mirasçılarının davaya dahil edildiği, mirasçılardan üçünün kesinleşen mahkeme kararı ile murisin mirasının reddettiği anlaşılmakla, terekenin de borca batık olması nedeniyle mirasın tüm mirasçılar yönünden reddetmiş sayılacağı; bu durumda, mahkemece zorunlu hasım olan borçlunun en yakın mirasçıları mirası reddettiğinden ve reddetmiş sayıldığından konunun miras hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği ve bu durumda mahallin sulh hukuk hakimine durum bildirilerek mirasın iflas kurallarına göre tasfiyesinin sağlanması, anılan mahkemece atanacak ve yetkilendirilecek tereke temsilcisinin huzuru*

107 Bknz: 17. HD. 01.04.2014 T. 5641/4794; 17. HD. 01.04.2014 T. 4972/4790(www.e-uyar.com)

108 Bknz: 17. HD. 01.04.2014 T. 15325/4777(www.e-uyar.com)

109 Bknz: 17. HD. 24.02.2014 T. 2478/2411(www.e-uyar.com)

110 Bknz: 17. HD. 24.02.2014 T. 16901/2405(www.e-uyar.com)

ile davaya devam olunması gerektiğini- Mirasın tasfiyesi işlemlerinin talebe bağlı işlemler olmadığı; mirasın reddedildiğinin anlaşılması ile res'en yapılması gereken işlemlerden olduğunu»[111]

√ *«Borçlu davadan önce vefat etmiş ve kanuni mirasçıları (eş ve çocukları) kesinleşen ilamla borçlunun mirasını reddetmiş olduğundan, sulh hukuk hakimine durum bildirilerek mirasın iflas hükümlerine göre tasfiyesi ile anılan mahkemece mirası reddedilen borçlu için atanacak ve yetkilendirilecek bir temsilci huzuruyla davaya devam olunması gerekeceğini»*[112]

√ *«Borçlu ile lehine tasarrufta bulunduğu üçüncü kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan bu hususun mahkemece res'en gözönünde bulundurulması gerekeceğini»*[113]

√ *«Borçlu ile bir ilgisinin olmayan bir taşınmazı satın almış olan davalıya husumet düşmeyeceğini- İİK. mad. 284 uyarınca tasarrufun iptali davasının 5 yıllık hak düşürücü süre içinde açılabileceğini»*[114]

√ «İİK.'nun 282. maddesine göre borçlu ve borçlu ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan, davada taraf gösterilmeyen üçüncü kişi için taraf teşkili sağlanıp deliller toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini»[115]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında takip borçlusu yasal hasım konumunda olduğundan, davalı olarak gösterilmese de karşı dava dilekçesi ekli duruşma gün ve saatini gösterir uyarılı davetiye ile duruşmaya davet edilip savunmasını yaparak delillerini sunabilme olanağının kendisine tanınması, bundan sonra toplanacak delillere göre işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekeceğini»*[116]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında, borçlu ile üçüncü kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğundan, dava dilekçesinin borçlu şirkete de tebliğ edilerek taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini- Borçlu davalının iflasına ilişkin olarak dosya arasında iflas erteleme kararı bulunduğundan, borçlu davalının iflas durumunun araştırılması, gerektiğinde*

111 Bknz: 17. HD. 12.11.2013 T. 7644/15618(www.e-uyar.com)
112 Bknz: 17. HD. 18.06.2013 T. 11669/9286(www.e-uyar.com)
113 Bknz: 17. HD. 09.04.2013 T. 7744/5115(www.e-uyar.com)
114 Bknz: 17. HD. 18.03.2013 T. 6539/3524(www.e-uyar.com)
115 Bknz: 17. HD. 05.03.2013 T. 5153/2720(www.e-uyar.com)
116 Bknz: 17. HD. 18.02.2013 T. 546/1725(www.e-uyar.com)

borçlu ile ilgili kesin veya geçici aciz belgesinin istenilmesi ve sonrasında tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken davanın reddinin isabetsiz olduğunu»[117]

√ *«Tasarrufun iptal davası sırasında borçlu ile hukuki muamelede bulunan üçüncü kişinin ölmesi halinde, mirasçılarının tesbiti ile kendilerine davetiye tebliğ edilmek suretiyle davadan haberdar edilmelerinin sağlanması, ondan sonra toplanan delillerin değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini»*[118]

√ «İptale konu tasarruf ile açılan tasarrufun iptali davası arasında İİK mad. 284'de öngörülen 5 yıllık hak düşürücü süreden fazla bir sürenin geçmiş olması halinde davanın reddi gerekeceğini- Tasarrufun iptali davasının borçlu ve borçlu ile işlem yapan üçüncü kişiye karşı açılması gerekeceği (İİK. mad. 282), olayda davalı olarak gösterilen kimse hakkında yapılmış bir icra takibi bulunmadığı gibi adı geçen davalı tarafından yapılan bir tasarruf işlemi de bulunmadığından, bu davalı yönünden davanın husumet nedeniyle reddi gerekeceğini»[119]

√ *«Borçlunun ölmüş olduğu ve en yakın mirasçılarının mirası reddettikleri anlaşılmış olup, zorunlu hasım durumunda olan borçlunun en yakın mirasçılarının mirası reddetmesi nedeniyle konunun miras hukuku hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekeceğinden mahkemece mahallin sulh hakimine durum bildirilerek mirasın iflas kurallarına göre tasfiyesinin sağlanması, anılan mahkemece borçlu için atanacak veya yetkilendirilecek bir temsilci huzuru ile davaya devam olunması gerekeceğini»*[120]

√ *«Borçludan aldığı malı elden çıkaran davalıdan, elden çıkardığı tarihindeki gerçek bedelin, alacak ve fer'ileriyle sınırlı olmak üzere tahsiline hükmolunacağı nazara alınarak taşınmazın dördüncü kişiye geçişi için davacıdan talebi sorularak bu kişinin davaya dahil edilmesi halinde delilleri toplanıp yargılamaya devam ile bir hüküm verilmesi gerekeceğini- Davacının takibe konu ettiği çeklerin keşide tarihlerinin iptali istenen tasarruftan çok sonra olduğu nazara alınarak, davacının alacağın daha önce doğduğuna dair delilleri mahkemece sorulmadan karar verilemeyeceğini»*[121]

---

117 Bknz: 17. HD. 31.01.2013 T. 3019/807(www.e-uyar.com)
118 Bknz: 17. HD. 08.11.2012 T. 8409/12274(www.e-uyar.com)
119 Bknz: 17. HD. 01.11.2012 T. 10386/11800(www.e-uyar.com)
120 Bknz: 17. HD. 28.06.2012 T. 7326/8329(www.e-uyar.com)
121 Bknz: 17. HD. 28.03.2012 T. 1335/3768(www.e-uyar.com)

√ «İcra mahkemesinin 'karşılık dava' olarak açılan tasarrufun iptali davasına bakabileceğini- Tasarrufun iptali davasında, takip borçlusunun, İİK'nun 282. maddesi uyarınca mecburi dava arkadaşı olarak yasal hasım konumunda olduğu ve istihkak davasına karşı açılan tasarrufun iptali davasında davalı olarak gösterilmese de, karşı dava dilekçesi ekli duruşma gün ve saatini gösterir uyarılı davetiye ile duruşmaya davet edilip savunmasını yaparak delillerini sunabilme olanağının kendisine tanınması gerektiğini»[122]

√ *«Zorunlu dava arkadaşı durumunda olan davalı üçüncü kişilerin tasarrufunun iptali davasına dahil edilmesi gerektiğini- İİK. mad. 97/13 uyarınca, takibin ertelendiğine veya ihtiyati tedbir yolu ile icra takibinin durdurulduğuna ilişkin hiçbir kanıt bulunmadığından, alacaklı yararına %40 tazminata hükmedilmesinin hatalı olduğunu- Karşı dava olarak açılan tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi halinde, dava konusu tasarrufun iptali ile davalı-karşı davacıya İİK'nun 283/1. maddesi gereğince, takip dosyasındaki alacak ve fer'ileri ile sınırlı olacak şekilde cebri icra yetkisi tanınmasına karar verilmesi gerektiğini- İcra mahkemesinin 'karşılık dava' olarak açılan tasarrufun iptali davasına bakabileceğini»*[123]

√ «Borçlu ile lehine tasarrufta bulunduğu kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan bu hususun mahkemece res'en gözönünde bulundurulması gerekeceğini»[124]

√ «İİK.'nun 282. maddesine göre borçlu ve borçlu ile hukuki işlemde bulunan üçüncü kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğundan, davada taraf gösterilmeyen borçlu için taraf teşkili sağlanıp deliller toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini»[125]

√ «İİK'nun 282. maddesi hükmü gereğince tasarrufun iptali davalarında, davalı olarak borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan kişiler arasında mecburi dava arkadaşlığı olduğundan, taraf teşkili sağlanmadan işin esasına girilemeyeceğini»[126]

---

122 Bknz: 17. HD. 19.03.2012 T. 1251/3286(www.e-uyar.com)

123 Bknz: 17. HD. 05.03.2012 T. 12041/2508(www.e-uyar.com)

124 Bknz: 17. HD. 09.04.2013 T. 7744/5115(www.e-uyar.com)

125 Bknz: 17. HD. 14.12.2010 T. 10689/11025(www.e-uyar.com)

126 Bknz: 17. HD. 28.02.2011 T. 5721/1738(www.e-uyar.com)

√ ***«Dava konusu aracın, yargılama sırasında dava dışı dördüncü kişiye satılmış olması halinde, davacıya bu kişiyi davaya dahil edip etmeyeceği sorularak, davanın bedele dönüşüp dönüşmediğinin saptanması gerekeceğini»***[127]

√ ***« 'Taraf teşkili' kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemece kendiliğinden gözetileceğinden, aralarında 'zorunlu dava arkadaşlığı' bulunan 'borçlu' ya da 'üçüncü kişi'nin açılan davada davalı olarak gösterilmemiş olması halinde, bu kişiye usulüne göre dava dilekçesi tebliğ edilip, kendisine savunma olanağı tanınmadan, mahkemece tasarrufun iptali davasının sonuçlandırılamayacağını»***[128]

√ ***«İptal davasında, 'borçlu' ve 'borçlu ile hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişiler', 'kötüniyet sahibi üçüncü (dördüncü) kişiler' ve 'bunların mirasçıları'nın, 'zorunlu dava arkadaşı' durumunda olduğu, mahkemenin bu kişilerin 'davalı' olarak gösterilmiş olup olmadığını kendiliğinden araştıracağı ve eğer 'davalı' olarak gösterilmemişlerse, kendilerine dava dilekçesi gönderilerek davaya dahil edilmeleri için davacıya süre verilmesi gerekeceğini»***[129]

belirtmiştir.

bbb) Buna karşın; «borçlu» ile «kötüniyetli dördüncü kişi» (yani üçüncü kişi ile işlemde bulunan, borçlu ile doğrudan doğruya işlemde bulunmamış olan kişi) arasında da «ihtiyari dava arkadaşlığı» vardır.[130] [131] **Yük-**

---

127 Bknz: 17. HD. 10.05.2011 T. 11572/4547(www.e-uyar.com)

128 Bknz: 17. HD. 19.01.2009 T. 3284/13; 20.01.2009 T. 2849/87; 19.02.2009 T. 697/805; 09.03.2009 T. 5276/1209; 12.05.2009 T. 2265/3087; 14.05.2009 T. 1792/3136; 01.06.2009 T. 725/3776; 02.07.2009 T. 2018/4866; 21.12.2009 T. 6548/8632; 28.12.2009 T. 8437/9006; 18.01.2010 T. 6390/15; 22.03.2010 T. 442/2543; 23.05.2011 T. 11458/5143(www.e-uyar.com)

129 Bknz: 17. HD. 26.02.2008 T. 4980/848; 15. HD. 10.03.2005 T. 6646/1364; 19.02.2007 T. 6667/1004; 17. HD. 04.10.2007 T. 3304/2949; 05.06.2008 T. 565/3078; 30.10.2007 T. 3575/3296; 26.09.2008 T. 2841/4334; 15. HD. 06.10.2004 T. 1205/4874; 18.10.2004 T. 2503/5194; 18.10.2004 T. 2422/5195; 17. HD. 23.12.2008 T. 3807/5724; 25.12.2008 T. 3217/5748; 25.12.2008 T. 3555/5754; 05.05.2009 T. 6065/2868; 07.05.2009 T. 2710/2908; 30.06.2009 T. 3279/4758; 22.10.2009 T. 5393/6636; 15.12.2009 T. 6557/8458; 29.12.2009 T. 8677/9126; 23.05.2011 T. 11458/5143; 28.03.2011 T. 7348/2748; 10.02.2011 T. 5314/1004; 07.02.2011 T. 6554/893(www.e-uyar.com)

130 Karş: KURU, B. age. C:4, s:3530 - KURU, B. El Kitabı, s:1424 (Bu görüşe göre, bu durumda da 'borçlu', 'üçüncü kişi' ve 'dördüncü kişi' arasında «zorunlu dava arkadaşlığı» vardır…)

131 MUŞUL, T. agm. s:2823 - MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları, s: 230 - SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. age. s: 403

sek mahkeme[132] de, bu durumda «ihtiyari dava arkadaşlığı»nın bulunduğunu kabul etmektedir.

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak;

√ *«Dava konusu Minibüs Kooperatifi üyelik hakkı (durak hakkı), davalı borçlu tarafından dava dışı kardeşine, onun tarafından da diğer kardeşleri davalıya, bu davalı tarafından da dava dışı kardeşe, onun tarafından da 12.4.2011 tarihinde dahili davalıya devredilmiş olup, davacı tarafından davalı olarak borçlu ile 4. kişi ve 6. kişi taraf gösterilerek onlar aleyhine dava açıldığından, mahkemece, öncelikle davacı vekiline dava konusu tasarrufun tarafı olan ve İİK'nun 282 maddesi kapsamında borçlu ile aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunan dava dışı 3. kişi ve yine borçlu ile aralarında ihtiyari dava ortaklığı 5. kişiyi davaya dahil etmesi için süre verilmesi gerekirken taraf teşkili sağlanmadan ve dava dışı 3. kişi ile 5. kişinin de haklarını etkileyecek şekilde aleyhlerine hüküm kurulmasının hatalı olduğunu»*[133]

√ *«Borçlu ile işlemde bulunmayan dördüncü kişiler hakkında dava açılıp açılmamasının davacının isteğine bağlı olduğu ve bu kişiler yönünden iptal kararı verilebilmesi için kötü niyetli olduklarının yani borçlunun alacaklılara zarar verme kastı ile hareket ettiğini bilen veya bilmesi gereken kişilerden olduklarının kanıtlanması gerekeceğini, bu durumda 4. kişinin sorumlu olduğu miktarın, elden çıkarılan malın elden çıkardığı tarihteki gerçek değeri olduğunu»*[134]

√ «İptal davalarında borçlu ile üçüncü kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı olup, üçüncü kişiden satın alan dördüncü ve varsa daha sonraki kişiler arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmayıp bunlar arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığı niteliğinde olduğundan, sadece 3. kişinin yetki itirazında bulunduğu nazara alınarak bu davalı yönünden dosyanın tefrik edilerek yetkili mahkemeye gönderilmesi ve diğer davalılar yönünden yargılamaya devam edilerek bir karar verilmesi gerektiğini»[135]

√ «'Borçlu' ile hukuki işlemde bulunan 'üçüncü kişi' arasında 'zorunlu dava arkadaşlığı' bulunmasına rağmen 'borçlu' ile 'dördüncü kişi' arasında 'ihtiyari dava arkadaşlığı' bulunduğundan, davacının takibi olmadığı halde, mahkemece kendiliğinden, 'dör-

132 Bknz: 17. HD. 07.04.2015 T. 19423/5514; 12.06.2014 T. 15434/9705; 17.02.2014 T. 20137/1911(www.e-uyar.com)

133 Bknz: 17. HD. 07.04.2015 T. 19423/5514(www.e-uyar.com)

134 Bknz: 17. HD. 12.06.2014 T. 15434/9705(www.e-uyar.com)

135 Bknz: 17. HD. 17.02.2014 T. 20137/1911(www.e-uyar.com)

düncü kişinin de davaya dahil edilmesi' konusunda, davacıya süre verilemeyeceğini»[136]

√ ***«Dava konusu taşınırı/taşınmazı 'borçlu'dan değil de borçlu ile işlemde bulunan 'üçüncü kişi'den devir (satın) almış olan kişilerin (dördüncü kişilerin), tasarrufun iptali davalarında 'ihtiyari dava arkadaşı' konumunda olduklarını, bu kişilerin kötüniyetli olduğunu kanıtlayabilen davacıların bu kişileri açtığı davada 'davalı' olarak gösterebileceğini veya daha sonra haklarında ayrı dava açıp, diğer (önceki) dava ile birleştirebileceğini (yoksa davacıların açmış oldukları davaya 'dahili dava' yoluyla bu kişileri dahil edemeyeceğini)»***[137] [138]

belirtmiştir.

İptal davasında, borçlu ile diğer davalı birlikte hareket etmezlerse, örneğin; biri kararı temyiz (istinaf) eder diğeri etmezse ne olacaktır? Bu konuda da doktrinde görüş ayrılığı belirtmiştir. **Bir görüşe göre**[139] davalıların birlikte hareket etmesi gerekir. Biri tek başına hükmü temyiz (istinaf) edemez... **Diğer bir görüşe göre**[140] ise, birinin temyizinin (istinaf yoluna başvurmasından) sonucundan diğeri de yararlanır. **Yüksek mahkeme;**[141] ***«tasarrufun iptali davalarında davalılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunduğunu, zorunlu dava arkadaşları usul işlemlerini hep birlikte yapmak zorunda olduklarından, ilk itirazlardan sonra 'yetki itirazı'nın da davalılarca birlikte ileri sürülmesi gerekeceğini, yalnız bir veya birkaç davalı yanca ileri sürülen yetki itirazının sonuç doğurmayacağını»*** belirtmiştir...

Maddede; ***«iptal davasının iyiniyetli üçüncü şahısların haklarını ihlâl etmeyeceği»*** belirtildiğinden,[142] lehine tasarruf yapılan kimse, iptal konusu bu tasarrufla iktisap ettiği malı, ***iyiniyetli*** yani tasarrufun iptal konusu olduğunu bilmeyen bir ***«dördüncü kişi»***ye devretmişse, ***iyiniyetli*** olan bu «dördüncü kişi» aleyhine iptal davası açılamaz. Buna karşın dördüncü kişi ***kötüniyetli*** ise, aleyhine iptal davası açabilir.

---

136 Bknz: 17. HD. 21.10.2010 T. 2974/8597; 5.11.2007 T. 3606/3386(www.e-uyar.com)

137 Bknz: 15. HD. 5.6.2002 T. 2104/3024 (www.e-uyar.com)

138 Karş: 15. HD. 24.10.1994 T. 5372/5800; 4.7.1995 T. 3882/4162 (www.e-uyar.com)

139 KURU, B. İflas ve Konkordato Hukuku, 1971, s: 393 - SARISÖZEN, İ. agm. s: 290

140 BELGESAY, M.R. İcra ve İflas Kanunu Değişen Maddeler Şerhi, 1966, s:160 - GÜRDOĞAN, B. age. s:240, dipn. 684 - ÜSTÜNDAĞ, S. age 4. Bası, s:365

141 Bknz: 17. HD. 20.5.2009 T. 2035/3389 (www.e-uyar.com)

142 Bknz: 15. HD. 12.6.2006 T. 1509/3470; 24.12.2003 T. 6382/6240; 22.10.2003 T. 4033/4936 vb. (www.e-uyar.com)

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak ayrıca;

√ *«Tasarrufun iptali davalarının İİK 282. maddesi hükmü uyarınca borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimselerle bunların mirasçıları aleyhine açılacağını, kural bu olmakla birlikte yine anılan hükme göre davada kötü niyet sahibi dördüncü kişilerin de davalı olarak gösterilebileceğini, dördüncü kişiler hakkındaki davanın kabul edilebilmesi için ise kötü niyetli olduklarının kanıtlanması gerekeceğini»*[143]

√ *«Davalının dava konusu taşınmazı dava dışı 5. kişiye sattıklarını beyan etmesine rağmen taşınmazın davalı 4. kişi adına kayıtlı olduğu anlaşıldığından taşınmazın borçludan sonraki tüm maliklerini gösterir tedavül kayıtları ile 4. kişiden sonra satış var ise satış sözleşmesi de istenerek İİK. mad. 282 ve 283/2 gereğince davacıya seçimlik hakkı hatırlatılarak 4. kişiden sonraki malikleri davaya dahil edip etmeyeceğinin sorulması gerektiğini»*[144]

√ *«Davalı 4. kişinin borçlunun oğlu olması nedeniyle dava konusu satışın İİK. mad. 280/1 gereğince iptale tabi bulunduğunu- Borçlu ile davalı arasında akrabalık, komşuluk, sosyal ve ticari ilişki bulunmayan davalı 4. kişilerin, dava konusu evin davalı 4. kişiler tarafından camdaki ilan üzerine aynı apartmanda oturan tanığın aracılıyla alındığı, davacı ile borçlu arasındaki ihtilafları bildiğinin iddia ve ispatlanmadığını, davalı 4. kişilerin dava konusu taşınmazı fiilen teslim almak için idari ve adli yollara (tespit, Kaymakamlık men kararı, fuzuli işgal nedeniyle meni müdahale davası... iibi) başvurması, dava konusu taşınmazı mahkeme kararı gereğince icra yoluyla teslim almaları, aldıktan sonra eve değer arttırıcı imalatlar yapmaları gibi maddi ve hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde davalı 4. kişilerin kötüniyetli olduklarının kabulünün mümkün olmadığını, aksinin de yani kötüniyetli olduklarının da davacı tarafından ispatlanamaması nedeniyle adı geçen davalılar yönünden davanın reddi gerektiğini, bu durumda, davalı 3. kişi hakkındaki davanın İİK. mad. 283/2 gereğince bedele dönüşmesi nedeniyle davalı 3. kişinin davacının kat'i aciz belgesindeki alacağı ile sınırlı olarak tazminatla sorumluluğuna karar verilmesi gerektiğini»*[145]

√ *«Aciz halinde olduğu belgelenen borçlu şirket tarafından borcun doğumundan sonra davalıya 14.000,00 TL bedel ile satılan dava konu-*

143 Bknz: 17. HD. 24.01.2017 T. 22158/493(www.e-uyar.com)
144 Bknz: 17. HD. 17.01.2017 T. 17284/170(www.e-uyar.com)
145 Bknz: 17. HD. 17.01.2017 T. 6585/171(www.e-uyar.com)

su taşınmazın gerçek değeri 51.000,00 TL olarak belirlendiğinden ivazlar arasındaki fahiş fark nedeniyle İİK'nun 278/3-2. maddesi gereğince yapılan tasarrufun bağış niteliğinde olup iptale tabi olduğunu- Dördüncü kişi konumundaki şahıs yönünden ivazlar arasındaki fahiş fark yeterli olmayıp kötüniyetinin ispatlanmış olmasının gerekeceğini»[146]

√ *«Dördüncü kişi konumundaki şahıslar ve beşinci kişi yönünden ivazlar arasındaki fahiş fark yeterli olmayıp kötü niyetinin ispatlanmış olması gerekeceğini, anılan bu kişilerin kötü niyeti ispatlanmadığından, İİK'nun 283. maddesi gereğince davalıların taşınmazı ellerinden çıkardıkları tarihlerdeki değerleri oranında tazminatla sorumlu tutulması gerekeceğini»*[147]

√ *«Taşınmazların davalı 3. kişi şirket tarafından borçludan alındıktan sonra dava dışı borçlunun eşine satılmış olup, aynı taşınmaz daha sonra da bir çok kez satılarak el değiştirdiğinden, anılan taşınmazlara ilişkin tapu satış senetleri ile taşınmazların borçludan sonraki tüm maliklerini gösterir tedavül kayıtları istenerek İİK'nun 282. maddesi gereğince diğer kişilerin de davaya dahil edilmesi gerektiğini»*[148]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında dava konusu şeyin üçüncü kişi tarafından bir başka şahıslara devri halinde dördüncü ve beşinci kişi yönünden tasarrufun iptali için, edimler arasındaki fahiş farkın yeterli olmayıp dördüncü ve beşinci kişinin borçlunun mali durumunu bildiği veya bilmesi gereken şahıslardan olduğunun iddia ve ispat edilmiş olması gerektiği, aksi halde üçüncü kişinin elinden çıkardığı şeyle ilgili olarak temelden sorumlu olacağını»*[149]

√ *«Dava konusu taşınmaz üzerindeki iki adet hacizle birlikte alındığından anılan haciz miktarlarının tapudaki satış bedeline eklenmesi; bulunacak miktar ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunması halinde satışın, İİK. mad. 278/3-2 gereğince iptaline karar verilmesi gerektiğini- 4. kişi hakkında iptal kararı verilebilmesi için onun İİK'nun 280/1 maddesi kapsamında kötüniyetli olduğunun yani borçlunun durumunu ve amacının bilerek tasarrufta bulunduğunun davacı tarafından ispatlanması gerektiğini- Davacı tarafından davalı 4. kişinin kötüniyetli olduğu ispatlanamamakla birlikte, davalı 4. kişi vekili temyiz dilekçesinde 'borçlunun icra takibi-*

146 Bknz: 17. HD. 29.11.2016 T. 21972/11011(www.e-uyar.com)
147 Bknz: 17. HD. 06.12.2016 T. 20381/11217(www.e-uyar.com)
148 Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 13025/6947(www.e-uyar.com)
149 Bknz: 17. HD. 02.02.2016 T. 12128/1169(www.e-uyar.com)

ne konu borcunu ödeyerek haczi kaldırdıklarını, borçlunun borçlarının ödenerek taşınmazı alındığını' beyan ettiğinden, davalı 4. kişi yönünden İİK. mad. 280/1 kapsamında değerlendirme yapılarak onun kötüniyetli olduğu sonucuna varılması halinde dava konusu taşınmazın 1/4 hisse ile sınırlı olarak satışının da iptaline; aksi halde yani davalı 4. kişinin kötüniyetli olduğu kabul edilmezse, hakkındaki davanın reddine, davalı üçüncü kişi hakkındaki davanın İİK. mad. 283/2 gereğince bedele dönüşmesi nedeniyle davacının dava konusu takip dosyalarındaki alacak ve ferileriyle sınırlı olarak dava konusu taşınmazı elden çıkardığı tarihteki değeri tutarında (borçludan 1/4 hisse alındığından) tazminatın davalı 3. kişiden tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmesi gerektiğini»[150]

√ «İvazlar arasında fahiş fark ve tazminatın belirlenmesinde gerçek değerin esas alınması, borçlu ve borçlu ile doğrudan işlem yapan davalı 3. kişi dışındaki davalılar (4. kişi, 5. kişi, 6. kişi) yönünden davanın kabul edilebilmesi için kötü niyetli olduklarının kanıtlanması gerektiğini»[151]

√ *«Tüm içtihatlar İİK. mad. 282 gereğince öncelikle borçlu ile aralarında zorunlu dava arkadaşlığı bulunan 3. kişinin davaya dahil edilmesi, davacı vekili aradaki maliklerin tamamının kötüniyetli olduğunu belirterek sekizinci maliğe dava açtığından sonraki tüm maliklerin davaya dahil edilmesi için davacı vekiline süre verilmesi duruşma gün ve saatinin borçludan sonraki kişiye kadar olan tüm maliklere tebliği ile taraf teşkilinin sağlanması, bildirecekleri delillerin toplanması dava konusu tüm tasarrufların İİK. 277, 278, 279, 280, 283. maddeler gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini»*[152]

√ *«Dördüncü kişiler hakkında dava açılıp açılmamasının davacının isteğine bağlı olduğu ve bu kişiler yönünden iptal kararı verilebilmesi için kötü niyetli olduklarının yani borçlunun alacaklılara zarar verme kastı ile hareket ettiğini bilen veya bilmesi gereken kişilerden olduklarının kanıtlanması gerektiğini»*[153]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan üçüncü kişiler ve üçüncü kişiler tarafından tasarrufa konu malın elden çıkarılması halinde davacının usulüne uygun olarak*

150 Bknz: 17. HD. 13.10.2015 T. 12192/10580(www.e-uyar.com)
151 Bknz: 17. HD. 29.06.2015 T. 7211/9215(www.e-uyar.com)
152 Bknz: 17. HD. 12.05.2015 T. 20110/7297(www.e-uyar.com)
153 Bknz: 17. HD. 06.04.2015 T. 17950/5363(www.e-uyar.com)

davaya dahil ettiği malikler hakkında davaya devam edilmesi gerekeceğini»[154]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında 3. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü kişinin davaya dahil edilmemesi ya da davaya dahil edilmekle birlikte iyi niyetli olduğunun anlaşılması halinde İİK'nun 283/2 maddesi uyarınca bedele dönüşen davada üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması gerekeceğini»*[155]

√ *«Davanın, İİK 277 ve devamı maddelerine göre açılan tasarrufun iptali istemine ilişkin olduğu, bu tür davaların İİK 282. maddesi hükmü uyarınca borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimselerle bunların mirasçıları aleyhine açılacağı, kural bu olmakla birlikte yine anılan hükme göre davada kötüniyet sahibi üçüncü kişilerin de davalı olarak gösterilebileceğini»*[156]

√ *«Davacı taraf daha dava açılırken tercihini tazminat olarak kullanmak suretiyle borçlu davalı ve kendisinden satın alan 3. kişi konumundaki diğer davalı aleyhine tazminat istemli dava açmış olup bu durumda mahkemece borçlu davalı ile 3. kişi konumundaki diğer davalı şirket arasındaki tasarrufa ilişkin olarak inceleme ve araştırma yapılması gerektiğini- 6. kişi davaya dahil edildiğine göre, 4. ve 5. kişilerin davaya dahil edilmemesinin hatalı olduğunu»*[157]

√ «İİK'nun 282. maddesi uyarınca iptal davalarının borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılması gerektiği, bunlardan başka kötü niyet sahibi üçüncü («dördüncü» olması lâzım) şahıslar aleyhine de iptal davası açılabileceği, borçlu ile hukuki işlemde bulunan kişi, borçludan aldığı malı bir başka kişiye devrederse alacaklı, devir yapılan kötüniyetli dördüncü kişilere karşı da iptal davası açabileceğini, buradaki 'kötüniyetli dördüncü kişilerin' iptal davasına konu malı, borçlunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla temlik ettiğini bilen veya bilmesi gereken kişiler olduğunu»[158]

---

154 Bknz: 17. HD. 23.03.2015 T. 17990/4628(www.e-uyar.com)
155 Bknz: 17. HD. 17.03.2015 T. 16944/4379(www.e-uyar.com)
156 Bknz: 17. HD. 29.01.2015 T. 1733/1117(www.e-uyar.com)
157 Bknz: 17. HD. 22.01.2015 T. 19382/729(www.e-uyar.com)
158 Bknz: 17. HD. 22.01.2015 T. 18783/732(www.e-uyar.com)

√ «İptal davalarının borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılacağını, ayrıca, kötü niyetli üçüncü («dördüncü» olması lâzım) şahıslar hakkında da iptal davası açılabileceğini- İptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkûm edilmesi gerektiğini, 3. kişinin sorumlu olduğu miktarın, elden çıkarılan malın o tarihteki gerçek değeri olduğunu»[159]

√ «İptal davalarının borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılması gerektiğini, kötü niyet sahibi üçüncü («dördüncü» olması lâzım) şahıslar aleyhine de iptal davası açılabileceğini- Borçlu ile dava dışı üçüncü kişi arasında zorunlu dava arkadaşlığı olması nedeniyle dava dilekçesinin dava dışı üçüncü kişiye tebliğ edilerek taraf teşkili sağlandıktan sonra davanın esasına girilip hüküm kurulması gerektiğini»[160]

√ *«Tasarrufun iptali isteğine ilişkin davada, borçlu ile hukuki işlemde bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimselerle, bunların mirasçılarına ve suiniyet sahibi diğer üçüncü («dördüncü» olması lâzım) şahıslara karşı açılması gerekeceğini»*[161]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında 3. ve 4. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden çıkarması ve satın alan dördüncü veya beşinci kişinin davaya dahil edilmemesi ya da davaya dahil edilmekle birlikte iyi niyetli olduğunun anlaşılması halinde İİK'nun 283/2 maddesi uyarınca bedele dönüşen davada üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri oranında bedelle sorumlu tutulması ve aynı şekilde davalı borçlunun borcundan dolayı dava konusu taşınmazın cebri icra yolu ile satılması halinde de 3. kişi konumundaki davalının elinde bir bedel kalmış ise bu bedel ile sorumlu tutulması gerekeceğini»*[162]

√ *«Borçlu tarafından davalı 3. kişiye, 3. kişi tarafından da davalı 4. kişiye satılan parsel yönünden davanın kabulüne karar verilmişse de, ancak anılan parselle ilgili dava dışı bir başka kişi tarafından*

159 Bknz: 17. HD. 25.11.2014 T. 7978/16811(www.e-uyar.com)
160 Bknz: 17. HD. 30.10.2014 T. 5985/14491(www.e-uyar.com)
161 Bknz: 17. HD. 07.07.2014 T. 5480/10767(www.e-uyar.com)
162 Bknz: 17. HD. 26.06.2014 T. 6673/9962(www.e-uyar.com)

davalılar aleyhine açılan şuf'a davasının kabul edildiği ve taşınmazın bu şufa davasını açan kişi adına tescil edildiği anlaşıldığından, anılan parsel yönünden eldeki davada hükmün infaz kabiliyeti bulunmadığını, bu parsel yönünden, mahkemece davacı vekiline seçimlik hakkını kullanması konusunda süre verilmesi, taşınmazı mahkeme kararı ile adına tescil ettiren dava dışı kişiyi davaya dahil etmesi veya davalı 4. kişi hakkındaki davasını İİK. mad. 283/2 gereğince bedele dönüştürüp dönüştürmediği sorularak, dava dışı kişinin davaya dahil edilmesi halinde, dava dilekçesi ve dahili dava dilekçesinin bu kişiye tebliği ile bildireceği delillerin toplanması, davaya dahil edilmediği takdirde ise, davalı 4. kişi hakkındaki davanın İİK 283/2 madde gereğince bedele dönüşmesi nedeniyle şufa dava dosyası da incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini- Dava konusu bir diğer parsel ise, borçlu tarafından davalı 3. kişiye, onun tarafından da davalı 4. kişiye satılmış ve mahkemece davalı 4. kişi hakkındaki dava kötü niyetli olduğu ispatlanamadığından reddedilmiş olduğundan, davalı 3. kişi hakkındaki dava bedele dönüşen dava yönünden, davalının İİK. mad. 283/2 gereğince, tazminatla sorumluluğuna karar verilmesi gerektiğini»[163]

√ *«Alacağa mahsuben yapılan taşınmaz satışlarının İİK. mad. 279/2 gereğince iptale tabi olduğunu- Davalı borçlu hakkındaki icra takibi devam ettiğinden, hükmedilen tazminattan sadece davalı 3. kişinin, davacının takip konusu dosyasındaki alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak sorumlu olduğunu- Kötüniyetli olduğu ispatlanamayan 4 ve 5. kişi yönünden tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini»*[164]

√ *«Davalı 4. kişinin kötü niyetli olduğu yani borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğunun davacı alacaklı tarafından kanıtlanamadığı anlaşıldığından davalı hakkındaki davanın reddi gerekeceği ve bu durumda, İİK. mad. 283 uyarınca, davanın bedele dönüştüğü dikkate alınarak mahkemece davalı üçüncü kişinin taşınmazı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri nisbetinde (takip konusu alacak ve fer'ileri ile sınırlı olmak üzere) tazminat ödemesine hükmedilmesi gerektiğini»*[165]

√ *«Tasarrufun iptali davalarının, borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılacağını, ayrıca, kötüniyetli*

163 Bknz: 17. HD. 10.06.2014 T. 19098/9321(www.e-uyar.com)
164 Bknz: 17. HD. 21.05.2014 T. 2214/7980(www.e-uyar.com)
165 Bknz: 17. HD. 21.05.2014 T. 856/7976(www.e-uyar.com)

dördüncü şahıslar hakkında da iptal davasının açılabileceğini»[166]

√ «İvazlar arasında fahiş fark bulunması yanında davalı üçüncü kişinin borçlunun yeğeni olması, diğer davalıların ise, aralarındaki ticari ilişki nedeniyle borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızrar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden oldukları anlaşıldığından, tasarrufların iptaline karar verilmesi gerektiğini- Dördüncü kişi konumunda olan davalı yönünden tasarrufun iptali için kötü niyetli olduğunun kanıtlanması gerektiği, aksi halde, üçüncü kişi yönünden davanın tazminata dönüştüğünün kabulü ile sözü edilen taşınmazın davalı üçüncü kişinin elinden çıkarıldığı tarihteki gerçek değerinin davacının alacak ve ferileri ile sınırlı olarak davalı üçüncü kişiden tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmesi gerektiğini»[167]

√ *«Tasarrufun iptali davalarında davanın, borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılacağı, ayrıca, kötü niyetli dördüncü şahıslar hakkında da iptal davası açılabileceğini»*[168]

√ *«Taşınmazın tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunması ve, davalı 3. kişinin tapudaki satış bedeli dışında ödeme yaptığını ispatlayamaması halinde bu tasarrufun İİK. mad. 278/3-2 uyarınca iptale tabi olduğunu- Bedel farkı veya kısa aralıkla satışın davalı 4. kişi yönünden iptal sebebi olarak kabulünün mümkün olmadığı, davalı 4. kişi yönünden iptal kararı verilebilmesi için davalının kötüniyetli olduğunun davacı yanca ispatlanması gerekeceğini»*[169]

√ *«Davalı 3. kişi, 'dava konusu üç taşınmazı borçlunun hatırına binaen üzerine aldığını, sonra bedelsiz olarak iki tanesini davalı 4. kişiye devrettiğini' belirttiğinden ve davalı 4. kişinin, borçlu ile küçük bir ilçede oturduğu, borçlunun durumunu ve amacının bilebilecek kişilerden olduğu anlaşıldığından, 4. kişi yönünden de tasarrufun iptali istemli davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini- Davalı 5. kişi hakkında iptal kararı verilebilmesi için onun kötüniyetli olduğunun ispatlanması gerektiğini»*[170]

---

166 Bknz: 17. HD. 28.04.2014 T. 13872/6421(www.e-uyar.com)
167 Bknz: 17. HD. 15.04.2014 T. 3651/5861(www.e-uyar.com)
168 Bknz: 17. HD. 07.04.2014 T. 14808/5142(www.e-uyar.com)
169 Bknz: 17. HD. 25.03.2014 T. 13512/4290(www.e-uyar.com)
170 Bknz: 17. HD. 17.02.2014 T. 14151/2018(www.e-uyar.com)

√ *«Borçlu ile işlemde bulunmayan dördüncü kişiler hakkında dava açılıp açılmamasının davacının isteğine bağlı olduğu ve bu kişiler yönünden iptal kararı verilebilmesinin kötü niyetli olduklarının, yani borçlunun alacaklılara zarar verme kastı ile hareket ettiğini bilen veya bilmesi gereken kişilerden olduklarının kanıtlanmasına bağlı olduğunu- Davacı taraf, borçlu ile işlemde bulunan 3. kişi ile 4. kişiyi davalı göstermeksizin bu kişilerle alım satım ilişkisinde bulunan ve 5. ve 6. kişi konumunda olan diğer kişileri davalı göstermiş olup, 5. ve 6. kişiler davalı gösterildiğine göre, bu davalılara taşınmazı satan ve dava sonucunda hakları etkilenebilecek olan dava dışı 3. ve 4. kişilerin de davalı olarak gösterilmeleri gerektiği, mahkemece dava dışı bu kişilerin de davaya dahil edilerek dava dilekçesinin kendilerine tebliği için davacı tarafa süre verilerek taraf teşkilinin sağlanması gerektiğini»*[171]

√ «İptal davalarının borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları aleyhine açılabileceği ayrıca kötüniyetli dördüncü şahıslar hakkında da iptal davası açılabileceğini»[172]

√ *«Davacının, dördüncü kişiye karşı da iptal istemini yönelterek 'onun kötüniyetli kişi olduğunu' iddia ve ispat etmek hakkına sahip olduğunu»*[173]

√ *«Tasarrufun iptali davasının, kötüniyetli dördüncü kişiler aleyhine de açılabileceğini»*[174]

√ *«Borçlu ile kardeşi arasında yapılan tasarrufların iptali gerektiğini- 4. kişi hakkındaki davanın kabul edilebilmesi için kötü niyetli olduğunun davacı alacaklı tarafından kanıtlanması gerektiğini- 4. kişinin kötiniyetinin kanıtlanamamaması halinde, borçlu ile hukuki muamelede bulunan davalı 3. kişinin, borçlu davalının taşınmazı elden çıkardığı tarihteki keşfen belirlenen gerçek değerini geçmemek kaydıyla ve de alacak ve fer'ileriyle sınırlı olmak üzere nakden tazminata mahkum edilmesi gerektiğini»*[175]

√ *«Taşınmazı üçüncü kişiden alan kimse ile (dördüncü kişi), dördüncü kişiden alan kimsenin (beşinci kişinin) ancak kötü niyetli oldukları-*

---

171 Bknz: 17. HD. 28.01.2014 T. 487/802(www.e-uyar.com)
172 Bknz: 17. HD. 13.01.2014 T. 15053/27(www.e-uyar.com)
173 Bknz: 17. HD. 01.04.2013 T. 15317/4587(www.e-uyar.com)
174 Bknz: 17. HD. 25.03.2013 T. 6166/4065(www.e-uyar.com)
175 Bknz: 17. HD. 14.03.2013 T. 6166/4065(www.e-uyar.com)

nın kanıtlanması durumunda, bu davalılar hakkında tasarrufun iptali davasının kabul edilebileceğini- Davacı alacaklı tarafından üçüncü kişiden sonra gelen davalıların kötü niyetli oldukları ispat edilmediğinde, İİK'nun 283. maddesine göre, davanın bedele dönüştüğü dikkate alınarak, mahkemece davalı üçüncü kişinin taşınmazı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri belirlenerek, belirlenen bu değer oranında (takip konusu alacak ve fer'ileri ile sınırlı olmak üzere) tazminat ödemesine hükmedilmesi gerekeceğini»[176]

√ *«Dördüncü kişi yönünden tek başına fahiş farkın iptal nedeni olmadığı, dördüncü kişi konumunda olan davalının, borçlu davalının mali durumu ile alacaklıları ızrar kastını bilen veya bilmesi gereken kişilerden olduğunun kanıtlanması halinde, iptale karar verileceğini»*[177]

√ ***«Hakkında tasarrufun iptali davası açılan dördüncü kişinin kötüniyetli olduğunun davacı alacaklı tarafından ispat edilmesi gerekeceğini»***[178]

√ ***«Yalnız bedel farkının taşınmazı borçludan satın almayan son malik açısından başka delillerle desteklenmediği sürece iptal nedeni olarak kabul edilemeyeceğini»***[179]

√ ***«Dava konusu malların üçüncü kişi tarafından elden çıkarılmış olması halinde, mahkemece davacıdan 'davasını dördüncü kişilere yöneltip yöneltmeyeceği' hususunun sorularak ve dördüncü kişinin davaya dâhil edilmesi durumunda delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi, davanın dördüncü kişiye yöneltilmeyip bedele dönüşmesi halinde ise, İİK 283/II maddesi uyarınca davalı üçüncü kişinin, dava konusu malları elinden çıkardığı tarihteki gerçek değerleri oranında tazminatla sorumlu tutulması gerekeceğini»***[180]

√ ***«Tasarrufun iptali davalarının 'borçlu', 'borçlu ile hukuki işlemde bulunan veya borçlunun ödeme yaptığı kişiler' ile 'bunların mirasçıları'na ve 'kötüniyetli dördüncü kişiler'e karşı açılabileceğini»***[181]

---

176 Bknz: 17. HD. 17.05.2012 T. 5229/6274(www.e-uyar.com)

177 Bknz: 17. HD. 19.04.2012 T. 2641/4960(www.e-uyar.com)

178 Bknz: 17. HD. 14.03.2013 T. 6439/3312(www.e-uyar.com)

179 Bknz: 17. HD. 28.03.2012 T. 1926/3772(www.e-uyar.com)

180 Bknz: 17. HD. 15.03.2011 T. 11906/2280(www.e-uyar.com)

181 Bknz: 17. HD. 07.06.2010 T. 4656/5233; 17.06.2010 T. 4967/5636; 26.06.2010 T. 5795/6835; 30.05.2011 T. 10068/5481; 17.05.2011 T. 4056/4907; 26.04.2011 T. 12695/3913; 20.01.2011 T. 7836/219; 21.10.2010 T. 2974/8597 vb. (www.e-uyar.com)

√ ***«Doğrudan doğruya borçlu değil de, borçlunun sattığı kişiden dava konusu taşınırı/taşınmazı satın almış olanlar (4. kişiler) hakkında iptal davası açılabilmesi (ve yargılama sonunda iptal kararı verilebilmesi) için 'bu kişilerin kötüniyetli olduklarının, davacı-alacaklı tarafından kanıtlanması' gerekeceğini»***[182]

√ ***«İyiniyetli dördüncü kişilere (dava konusu taşınırı/taşınmazı, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişiden devir (satın) almış olan kişilere) karşı iptal davası açılamayacağını, ivazlar arasında aşırı (fahiş) farkın varlığının tek başına dördüncü kişinin kötüniyetli olduğunu göstermeyeceğini, bu durumun ancak diğer delillerle birlikte 'takdiri delil' niteliğini taşıyacağını»***[183]

√ ***«Tasarrufa konu malın, üçüncü kişi tarafından elden çıkarılmış olması halinde, davacıya 'dördüncü kişiye davaya dahil edip etmeyeceği'nin sorulması gerekeceğini»***[184]

√ ***«Dava konusu taşınmazı/taşınırı borçludan satın alan kişinin, borçlunun muhasebecisi olması halinde, 'iyiniyetli' kabul edilerek, hakkındaki davanın reddedilemeyeceğini»***[185]

√ ***«Kötüniyetli dördüncü kişiler aleyhine de iptal davası açılabileceğini, dava devam ederken ve alacaklının koydurduğu tedbir/ihtiyati haciz tapu kaydında mevcutken ve bu bilgiler satışa ilişkin akit tablosunda açıkça belirtilmişken, davalı dördüncü kişilerin, taşınmazın ve borçlunun durumunu, kendilerine taşınmazı satan kişinin borçlunun annesi olduğunu bilmediklerinin kabul edilemeyeceğini»***[186]

√ ***«Taşınmazın halen adına kayıtlı bulunan kişinin, kendiliğinden harcını da yatırarak davaya katılmış olması halinde, açılan davanın husumet yönünden reddedilemeyeceğini»***[187]

belirtmiştir.

---

182 Bknz: 17. HD. 27.09.2007 T. 3228/2830; 17.07.2007 T. 2808/2531; 13.05.2008 T. 747/2560; 09.06.2008 T. 1247/3111 vb. (www.e-uyar.com)

183 Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2341/5297; 2.2.2010 T. 8712/700; 2.11.2009 T. 3250/6986; 27.9.2007 T. 3228/2830 vb. (www.e-uyar.com)

184 Bknz: 17. HD. 14.9.2006 T. 5541/5223(www.e-uyar.com)

185 Bknz: 15. HD. 1.7.2004 T. 1901/3706 (www.e-uyar.com)

186 Bknz: HGK. 13.11.2002 T. 15-846/907 (www.e-uyar.com)

187 Bknz: 15. HD. 10.2.1995 T. 57/679; 10.2.1992 T. 4848/517 (www.e-uyar.com)

Lehine «borçlu» tarafından iptale tâbi tasarruf yapılan «üçüncü kişi», aleyhine iptal davası açıldıktan sonra tasarruf konusu mal ya da hakkı ***«dördüncü kişi»***ye devreder ve bu dördüncü kişi de kötüniyetli ise, davacı ***«iptal davasını, dördüncü kişiye yöneltebileceği»*** (HMK. mad. 125/1a) gibi, iptal davasına, ***«üçüncü kişiye karşı tazminat (bedel) davası olarak devam edilmesini»*** (İİK. mad. 283/II) de isteyebilir (HMK. mad. 125/1b).[188]

Davacı-alacaklı, iyiniyetli üçüncü kişiden, kötüniyetle iktisapta bulunan kimseye karşı da **kanımızca** iptal davası açılabilir.[189] [190]

Ancak, dava konusu tasarrufun tarafı olmayan kişi aleyhine tasarrufun iptali davası açılamaz…[191]

Tasarrufun iptali davasının, yukarıda belirtilen kişiler dışındaki kişilere karşı açılması halinde mahkemece «pasif husumet yokluğu nedeniyle açılmış olan davanın reddine» karar verilmesi gerekir.[192]

b) İflâs yolu ile takipte iptal davası sadece;

aa- ***İptale tâbi tasarruftan faydalanan*** (yani, borçlu ile iptal konusu işlemi yapan veya kendisine borçlu tarafından bir ödemede bulunulan) ***üçüncü kişiler,***

bb- Ve, varsa; ***kötüniyetli dördüncü kişiler,***

cc- (a) ve (b) deki kimselerin ***mirasçıları***, aleyhine açılabilir.

çç- «Borçlu» iflâs etmiş olduğundan, iptal davasında «davalı» olarak gösterilemez, ***«iflas masası»***nı temsilen ***«iflas idaresi»***nin 'davalı' olarak gösterilmesi gerekir…

Yüksek mahkeme,[193]

√ «İflâs masası alacaklılarının, bir iddianın takibi hakkını herhangi bir alacaklıya -İİK. 245 uyarınca- devretmiş olmasının, 'iflâs idaresi'nin davada taraf olma zorunluluğunu ortadan kaldırmaya-

188 KURU, B. age. C: 4, s: 3336 - KURU, B. El Kitabı, s: 1217

189 Aynı görüşte: YILDIRIM, M.K. age. s: 268

190 Aksi görüş: OLGAÇ, S. Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflas Kanununda İptal Davaları (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s: 476)

191 Bknz: 17. HD. 07.04.2015 T. 1719/5522; 21.05.2014 T. 3493/7982; 12.05.2014 T. 1360/7420; 30.04.2014 T. 5497/6611 vb. (www.e-uyar.com)

192 Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 14487/6957; 18.03.2013 T. 6539/3524(www.e-uyar.com)

193 Bknz: 17. HD. 11.11.2008 T. 2109/5231 (www.e-uyar.com)

cağını, bu durumda mahkemece 'davanın husumet (iflâs idaresi) yönünden reddine' karar verilemeyeceğini»

√ *«Yargılama devam ederken borçlunun iflasına karar verildiğine göre, iflas masasından 1. ve 2. alacaklılar toplantısının yapılıp yapılmadığı davaya davacının mı yoksa masanın mı devam edeceği belirlenmesi gerekirken, önce borçlu hakkında tefrik kararı, ardından görevsizlik kararı verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu»*[194]

belirtmiştir…

194 Bknz: 17. HD. 27.09.2016 T. 10323/8236(www.e-uyar.com)

KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN İŞLENMESİ VE AKTARILMASININ HUKUKİ BOYUTU

Av. Oktay ÖZER[1]

Genel Olarak

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu[2] kabul edilip yürürlüğe girdiği tarihten bu yana ikincil düzenlemeler de peşi sıra yürürlüğe girmeye devam etmektedir. Bu kapsamda "kişisel verileri" koruyan temel konun olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yanı sıra konumuz gereğince daha detaylı inceleyeceğimiz Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik[3] yürürlüğe girmiştir. Bunun yanı sıra Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik[4], Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik[5] ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik[6] de yürürlüğe girmiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliğine göre sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseye "hasta" denir. Kişi ister hasta olarak değerlendirilsin veya değerlendirilmesin, kişinin sağlığına dair her türlü veri kişisel veri kapsamındadır.

Nitekim Yönetmeliğe göre kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler "kişisel sağlık verisi" olarak tanımlanmıştır. (Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik md.4/f)

Kişisel sağlık verileri, diğer kişisel verilere nazaran daha üstün korumayı hak eden kişisel veriler olup kişisel sağlık verilerine ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesinde kişisel sağlık verilerinin korunması, işlenmesi ve aktarılması konuları işlenecektir.

---

1 İstanbul Barosuna kayıtlı Avukat.

2 Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 7/4/2016 Sayı : 29677

3 Resmi Gazete Tarihi: 20.10.2016 Resmi Gazete Sayısı: 29863

4 Resmi Gazete Tarihi: 30.12.2017 Resmi Gazete Sayısı: 30286

5 Resmi Gazete Tarihi: 28.10.2017 Resmi Gazete Sayısı: 30224

6 Resmi Gazete Tarihi: 16.11.2017 Resmi Gazete Sayısı: 30242

I. **Kişisel Veri Kavramı ve Unsurları**

Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiye "kişisel veri" denir.(6698 sayılı KVKK'nın md.3/d) Kişisel veri kavramını Kanun son derece geniş bir anlamda tanımlama gereği duymuştur.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere, "kişisel veri", "belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler» kişisel veri olarak kabul edilmektedir (E.2013/122, K.2014/74, 9.4.2014; E.2014/149, K.2014/151, 2.10.2014; E.2013/84, K.2014/183, 4.12.2014; E.2014/74, K.2014/201, 25.12.2014; E.2014/180, K.2015/30, 19.3.2015).

Türkiye'nin imzaladığı ve 01.09.2016 tarihinde yürürlüğe giren 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin[7] 2. maddesinde "kişisel veri", ***"kimliği belirli veya belirlenebilecek verinin öznesi olan gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler"*** şeklinde tanımlanmaktadır. Sözleşme'nin "özel veri kategorileri" başlıklı 6. maddesinde ise ***"iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşeini, politik düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkûmiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar. Aynı şey ceza mahkûmiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir."*** demek suretiyle söz konusu verilerin kişisel veri kapsamında olduğunu belirlemektedir.

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün (OECD) yayınladığı Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeleri'nde "kişisel veri", "belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler" şeklinde tanımlanmaktadır.

Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nin 2. maddesinde de "kişisel veri", **"**belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü bilgi" şeklinde tanımlandıktan sonra "bir kişinin doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilmesine imkân sağlayan

7 18 Şubat 2016 Tarihli ve 29628 Sayılı Resmî Gazete

kişinin kimlik numarası, fiziksel, psikolojik, duygusal, ekonomik ve kültürel kimliği veya sosyal kimliğin"nin bu kapsamda değerlendirildiği ifade edilmektedir.

"Kişisel veri" kavramı tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) açık bir şekilde düzenlenmemekle birlikte, Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme'ye atıfta bulunulmakta ve bu verilerin özel yaşamın gizliliğinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir. AİHM kararlarında kişilere ait "görüntü", "fotoğraf", "parmak izi", "DNA profili", "hücre örnekleri", "ev adresi" ve "yaş, doğum tarihi ve fiziksel özellikler" "kişisel veri" kapsamında değerlendirilmektedir.[8]

"Kişisel veri" kavramı teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kapsama giren tüm verilerin kanun koyucu tarafından önceden öngörülebilmesi ve tek tek sayılabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte gerek ulusal ve uluslararası mevzuat gerekse yargı içtihatları çerçevesinde "kişisel veri" kavramının, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiği kabul edilmektedir.[9]

Kişisel sağlık verisi ise kişisel verilerin kişinin sağlığına ilişkin verileridir. Dolayısıyla kişisel sağlık verisi kavramı, kişisel veri kavramından ayrı ve bağımsız düşünülemez.

II. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Genel İlke ve Esaslar

Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde genel ilke ve esasları belirlemiştir. Yönetmeliğin md.5 hükmüne göre kişisel sağlık verileri işlenirken aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur;

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma,

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma,

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme,

8 (Peck/Birleşik Krallık, B.No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B.No:50774/99, 11.01.2005; S. ve Marper/Birleşik Krallık, (Büyük Daire), B.No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, B.No:42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, B.No:2872/02, 02.12.2008).

9 Anayasa Mahkemesinin 2015/32 Esas, 2015/102 Karar numaralı kararı, R.G. Tarih-Sayı: 02.12.2015- 29550

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma,

d) İşlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.

İlgili ilkeler Kanunun md.4 hükmünde sayılan ilkelerle aynıdır. 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi›nin md.5 hükmü "verilerin niteliği" başlığını taşımaktadır. Sözleşmeye göre otomatik işleme konu olan kişisel veriler;

a) Adil biçimde ve yasal yoldan elde edilir ve işlenir,

b) Belli ve meşru amaçlar için kaydedilir ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılamaz,

c) Kaydedilme amaçlarına göre uygun ve yerinde olur ve aşırı olamaz,

d) Doğru bilgileri yansıtır ve gerektiğinde güncellenir,

e) Kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde ilgili kişilerin kimliklerini belirlemeye imkân veren bir biçimde saklanır.

"Otomatik işlem" den, tamamen veya kısmen otomatik yöntemlerle gerçekleştirilen; verilerin kaydı, bu verilere mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin uygulanması, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, geri elde edilmesi veya dağıtılması anlaşılır.[10]

Her ne kadar Sözleşme otomatik bilgi işlemine konu olan sözleşme hükümlerini esas almışsa da Sözleşmenin md.3/2-c fıkrasına göre sözleşmede taraf bir ülke Sözleşmenin otomatik işleme konu olmayan kişisel verilere de uygulanacağını beyan edebilir. Nitekim Türkiye de Sözleşmeye ilişkin beyanında bu Sözleşme hükümlerinin otomatik olmayan yollarla işlenen kişisel verilere de uygulanacağını beyan etmiştir. Bu da Sözleşmenin uygulama alanını genişletmiştir. Dolayısıyla yukarıda sayılan ilkeler doğrudan Anayasanın md.90 hükmü gereğince iç hukukumuzun bir parçasını teşkil etmekte ve doğrudan uygulama imkânına erişmiş bulunmaktadır.

Türkiye bu Sözleşmeye taraf olurken verdiği beyanda Sözleşmeye aşağıda belirtilen kişisel verilerin uygulanmayacağını beyan etmiştir. Bunlar;

a) Gerçek kişilerin tamamen kişisel veya ayrı konutta yaşayanlarla ilgili faaliyetlerine ilişkin işlenmesine,

---

10 108 Nolu Sözleşmenin md.2/c maddesi.

b) Kanun tarafından öngörülen kamu kayıtlarına,

c) Kanuna uygun olarak kamu bilgisine sunulan bilgilere,

d) Devlet kurumlarınca milli güvenlik, savunma ile soruşturma ve suç önleme amacıyla işlenen kişisel verilere.

Yönetmeliğe göre "sağlık hizmet sunucuları" md.4 hükmüne göre ülke genelinde birinci, ikinci ve üçüncü basamakta faaliyet gösteren ve sağlık hizmeti sunmakta olan bütün sağlık tesislerini ifade eder. Yönetmeliğe göre sağlık hizmeti sunumunda görevli kişiler, ilgili kişinin sağlık verilerini ancak verilecek olan sağlık hizmetinin gereği ile sınırlı olmak kaydıyla işleyebilir.

Sağlık hizmeti sunucularında veri işleyen kişiler, kişisel sağlık verilerini; sağlık hizmeti sunucularının tamamen veya kısmen otomatik olan ya da otomatik olmayan her türlü sistemleri, Bakanlığın ülke genelinde hizmet vermek amaçlı kurulan sistemleri ve merkezi sağlık veri sistemi ile Genel Müdürlüğün onayladığı diğer veri kayıt ortamları haricinde hiçbir yere kopyalayamaz, kaydedemez ve depolayamaz.

Sağlık hizmeti sunucuları, Kanunun emredici hükümleri ile Kurul ve Bakanlık tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun bir şekilde elektronik kayıt sistemlerinin kurulmasından ve işletilmesinden, güvenlik ve mahremiyetinin sağlanmasından sorumludur. Sağlık hizmeti sunucuları, Kanunun emredici hükümleri ile Kurul ve Bakanlık tarafından belirlenen usul ve esaslara uygun bir şekilde kişisel sağlık verilerini merkezi sağlık veri sistemine aktarır.

III. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, İşlenmesi ve Aktarılması

A. Kişisel sağlık verilerinin korunması

Yönetmeliğe göre "veri işleyen" veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi ifade ederken, "veri sorumlusu" da kişisel sağlık verilerinin işlenme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.

Veri işleyen; kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel sağlık verilerine hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, kişisel sağlık verilerinin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbiri almak, aldığı bu tedbirlerin veri sorumlusu tarafından denetlen-

mesine izin vermek zorundadır. Veri işleyen, bu görevinin gereği olarak öğrendiği kişisel verileri Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamaz. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder.

Kişisel sağlık verisi işleyenler, bu verilerin mahremiyetini sağlamak amacıyla Kanuna ve Kurul tarafından çıkartılan ikincil düzenlemelere uyar. Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemleri alır ve Bakanlıkça belirlenen diğer kurallara riayet eder.

Kişisel sağlık verilerinin kanuni olmayan yollarla işlenmesi hâlinde veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede Kurula bildirir. Kişisel sağlık verilerinin bulunduğu bilgi sistemleri, kullanıcı tanımlanması ve yetkilendirme dâhilinde kullanılır. Kullanıcı tanımlama ve yetkilendirmeye ilişkin her türlü işlem kayıt altına alınır ve bu kayıtlar muhafaza edilir. Yetkilendirme, kayıt altına alma ve verilerin muhafazasına ilişkin hususlar, Genel Müdürlükçe belirlenir.

Kişisel sağlık verilerinin bulunduğu bilgi sistemlerine erişen kullanıcıların erişim kaydı, sağlık hizmet sunucularının sistemlerinde Bakanlıkça belirlenen standartlara uygun olarak tutulur.

B. Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi

Kanunun md.6 hükmüne göre kişinin sağlığına, cinsel hayatına ilişkin kişisel verileri "özel nitelikli kişisel veri" olarak kabul edilmiştir. Buna göre özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.[11]

Kanuna göre sağlık ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından;

a) Kamu sağlığının korunması,

b) Koruyucu hekimlik,

c) Tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi,

11 Ayrıca Kanunda kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri de özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmiştir.

d) Sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır. Kişisel sağlık verilerinin, yukarıda sayılan istisnai amaç ve koşullar dışında işlenebilmesi için ilgili kişinin, Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğü uyarınca bilgilendirilmesi ve açık rızasının alınması gerekir.

İlgili kişi, aksi yönde bir hukukî düzenleme veya yargı kararı bulunmaması halinde verilerinin işlenmesi ve aktarılması için vermiş olduğu rızayı istediği zaman geri alabilir. Rızanın geri alınması, o tarihe kadar yapılmış bulunan işlemler bakımından etkili olmaz.

108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin "özel veri kategorileri" başlıklı md.6 hükmüne ***"iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşeini, politik düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkûmiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar. Aynı şey ceza mahkûmiyetiyle ilgili kişisel veriler için de geçerlidir."*** demek suretiyle kişinin sağlığına veya cinsel yaşamına ilişkin verilerin özel nitelikli kişisel veriler olduğunu iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça otomatik bilgi işlemine tabi tutulmayacağını düzenlemiştir. Sözleşmenin md.9/2 hükmüne göre Taraf devletin kanunlarında öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda yukarıda sayılan durumların sağlanması için gerekli bir önlem oluşturması için ancak aşağıdaki nedenlerle istisna getirilebileceğini düzenlemiştir. Bunlar da;

a) Devletin güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri veya suçların önlenmesi,

b) İlgili kişinin veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması, dır.

Sözleşmeye taraf olurken Türkiye'nin beyanında Sözleşmenin 6.maddesine herhangi bir şekilde istisna tanımamıştır. Türkiye Sözleşmeye ilişkin beyanında bu Sözleşme hükümlerinin otomatik olmayan yollarla işlenen kişisel verilere de uygulanacağını da beyan etmiştir. Sözleşmenin md.9/1 hükmüne göre Sözleşmenin bu istisnaları dışında hiçbir istisna getirilemeyeceği yazılıdır. Türkiye Sözleşmeye taraf olurken verdiği beyanda aşağıda sayılan hususların kişisel verilere uygulanmayacağını belirtmiştir. Bunlar ise; a)Gerçek kişilerin tamamen kişisel veya aynı ko-

nutta yaşayanlarla ilgili faaliyetlerine ilişkin olarak işlenmesine, b)Kanun tarafından öngörülen kamu kayıtlarına, c)Kanuna uygun olarak kamu bilgisine sunulan bilgilere, d)Devlet kurumlarınca milli güvenlik, savunma ile soruşturma ve suç önleme amacıyla işlenen kişisel verilere, o halde Türkiye bakımından özel nitelikli kişisel veriler bakımından istisna getirilmediği ancak özel nitelikte olmayan kişisel veriler bakımından ise istisnalar getirdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda özel nitelikteki kişisel veriler bakımından iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça otomatik veya otomatik bilgi işleme konu olmayan kişisel verilerin işlenmesi hukuka aykırıdır. İç hukukta uygun güvencelerden ne anlamamız gerektiği konusunda ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının md.13 hükmüne bakmak gerekir. Buna göre: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." iç hukuktaki düzenlemelerin bu maddeye göre değerlendirilmesi gerekir.[12]

---

12 Anayasa Mahkemesinin 2016/165 Esas, 2017/76 Karar sayılı 15.03.2017 tarihli kararına göre: "Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddî surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını gerektirmektedir. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "ölçülülük ilkesi", temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "temel hak ve hürriyetlerin özü", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi"

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "özel hayatın gizliliği" başlıklı md.20/3 hükmüne göre "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." kişisel veriler özel hayatın gizliliğinin bir parçası olarak düzenlenmiştir. Kişisel veriler hakkındaki düzenlemelerin de Kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın md.90/5 hükmüne göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." bahsi geçen 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu tartışmasızdır.

Yukarıda yer alan hükümler dikkate alındığında kişisel sağlık verilerinin özel nitelikli kişisel veriler olduğu, anayasanın md.20 hükmü gereğince korunduğu, Anayasa md.13 gereğince temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların ancak kanunla ve anayasada belirtilen ölçülere göre yapılabileceği oysaki yönetmeliklerle düzenleme yoluna gidildiği anlaşılmakta olup söz konusu yönetmeliğin sayılan nedenlerle iptalinin gerektiği görüşündeyim. Ayrıca her ne kadar kişisel sağlık verileri hakkında Kişisel Verilerin Koruması Kanunu'nun md.6/3 hükmünde düzenlemelerin bulunduğu dolayısıyla kanunla şekli düzenleme şartlarını taşıdığı düşünülse bile Anayasa Mahkemesi tarafından içtihatları gözetilerek incelenmesi gerekir.[13]

---

kavramları, bir bütünün parçaları olup, "demokratik bir hukuk devleti"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütlerini oluşturmaktadır."

13 Anayasa Mahkemesi T.A Başvurusu (Başvuru Numarası: 2014/256) kararı yol gösterici niteliktedir: "Anayasasının 87. maddesine göre "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkisindedir. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesinin ürünüdür. Kanun, parlâmento kararı dışında kalan ve Anayasanın yetki verdiği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez" kuralı, bir ayrım yapmadan, kanunun maddi

C. **Kişisel sağlık verilerinin aktarılması**

Yönetmeliğin md.8 hükmüne göre kişisel sağlık verileri, ancak Kanunun 8 inci ve 9 uncu madde hükümleri uyarınca aktarılabilir. Kişisel sağlık verileri, Kanunun 8 inci ve 9 uncu madde hükümlerinde yer alan şartların sağlanamaması hâlinde ancak anonim hâle getirilmek suretiyle aktarılabilir. Yönetmelikteki bu düzenleme 24.11.2017 tarihinde yapılan değişiklikle şimdiki halini almıştır.

---

ve şekli anlamlarını kapsamaktadır. Anayasa'nın 7. maddesinin anlamı, kanun yapma yetkisinin başka bir mercie devredilemeyeceği ve bunun doğal sonucu olarak da Anayasa'ya göre kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenlemenin başka bir merci tarafından yapılamayacağıdır.

Buna karşın Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir". Bu bakımdan, yürütme yetkisi ve görevi "kanunlara uygun olarak" kullanılması gerektiğinden kanun ile düzenlenebilecek konularda, yasama organının asli kuralları koymakla yetinerek, bunun yanı sıra tali ve uygulayıcı kuralları idari düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür.

Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Buna karşın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılacağına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi, bir kanun hükmü olmaksızın yürütme ve idarenin bir hak ve hürriyeti ilk elden düzenleyici işlemle sınırlamasına izin vermez.

Dahası, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sosyal ve ekonomik haklar hariç olmak üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılamaz. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname ile dahi düzenlenemeyecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin ilk elden idari düzenleyici işlemlerle yapılması Anayasa karşısında mümkün değildir.

Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfiliğe izin vermeyen, öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımalı ve idarenin keyfi uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemelidir (Bkz. AYM, E.1984/14, K.1985/7, K.T. 13/6/1985). Aksi bir durumda temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne de aykırılık oluşturacaktır.

Sözleşme'nin orijinal metinlerinde "kanunen öngörülme"nin karşılığı olan "prescribed by law/prêvue par la loi" düzenlemesine AİHM'in yüklediği anlam, Türk hukukundaki "kanun" kavramını aşarak "hukuk" terimiyle karşılanabilecek bir anlama sahiptir. AİHM, bir hak veya özgürlüğe müdahale olduğunda öncelikle müdahalenin bir "hukuki temelinin" olup olmadığını denetlemektedir. Başka bir deyişle AİHM, "hukuk" teriminden şekli anlamda kanunu anlamamakta, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağına değil düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır (Bkz. Hasan ve Chaush/Bulgaristan [BD], B. No: 30985/96, 26/8/2000, § 85). Bu yaklaşım nedeniyle AİHM'e göre hukuken öngörülmüş olma ifadesindeki "kanun" ya da "hukuk" sözcüğü sadece yazılı hukuku değil, içtihadî hukuku da kapsamaktadır."

Ancak bu düzenleme Kanun düzenlemesine aykırıdır. Zira Kanunda kişisel sağlık verileri özel nitelikli kişisel sağlık verileri olarak Kanunun md.6 hükmünde yer verilmiş ve Kanunun md.8/2-b fıkrası gereğince de yeterli önlemler alınmak kaydıyla, 6 ıncı maddenin üçüncü fıkrasında, belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir olduğu yazılıdır. Kanunun 6 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilenler baktığımızda sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir olduğu yazılıdır.

Oysaki Yönetmelik, Kanunun 8.maddesinin tamamına atıfta bulunmuştur. Kanunun 8.maddesi de kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası bulunmaksızın aktarılmayacağını ifade ettikten sonra md.8/2-a hükmüne göre Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hallerde de rıza aranmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği yazılıdır. Bunlar ise;

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması, halidir. Bu durumda özel nitelikli sayılan kişisel verilerin aktarılması ancak Kanunun 6 ıncı maddesinde sayılan hallerde mümkünken bir de Yönetmeliğin bu atfı nedeniyle ayrıca Kanunun 5 inci maddesinin 2 inci

fıkrasında sayılan hallerde de aktarılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme Kanununun kısıtlamalarına, kapsamına aykırıdır.

Oysaki yönetmeliğin ilk yayınlandığı halinde md.8/1 hükmüne göre: "Kişisel sağlık verileri; kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, Kurul tarafından belirlenen önlemlerin de alınması ve üçüncü fıkrada öngörülen şartların sağlanması suretiyle, kanunlarında açıkça öngörülmüş olması hâlinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılabilir." hükmü yazılı iken bu düzenlemenin kaldırılması, kapsamının Kanuna aykırı olarak genişletilmesi hukuka aykırıdır. Çünkü özel nitelikteki kişisel verilerin korunması, diğer kişisel verilere göre daha özel koruma kurallarına tabi olup Kanun koyucu da bunu düzenlemiş bulunmaktadır. Ancak yönetmelikte sağlık verilerinin aktarılması bakımından bu koruma kurallarına riayet edilmediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki Kanunun md.7 hükmüne göre "kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir." hükmü haiz olup kişisel verilerin aktarılmasını düzenleyen md.8 ve özel nitelikteki kişisel verileri düzenleyen md.6 hükmünde herhangi bir şekilde usul ve esasların yönetmelikle belirleneceğine dair bir düzenleme de söz konusu değildir. Olmaması da gerekir çünkü bu gibi üstün korunması gereken kişisel verilerin idare tarafından tek taraflı idari işlemleriyle düzenlenmesi hukuki güvenlik hakkı başta olmak üzere kanunilik ilkesine, demokratik toplum düzenine aykırılık teşkil eder. Kanunda da açıkça "kanunlarında açıkça öngörülmüş olması halinde" ibaresi de bunu desteklemektedir.

IV. **Sonuç ve Kanaat**

Anayasamızda özel hayatın gizliliği başlığı altında 2010 yılında yer alan düzenleme ile kişisel verilerin özel düzenlemelerle kanunla korunması hükmü yer aldıktan sonra 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Koruması Kanunu kabul edilmiştir. Türkiye'nin imzaladığı ve 01.09.2016 tarihinde yürürlüğe giren 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesine göre kişisel sağlık verileri özel nitelikli kişisel verilerdir. Nitekim Kanun da özel nitelikteki kişisel veriler bakımından daha iyi koruma sağlamıştır. Kişisel sağlık verilerine dair yürürlükte bulunan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik ise Kanun tarafından öngörülmeden çıkarılmış bulunmakta ve Anayasanın md.13 hükmünde belirtilen özellikle kanunla düzenlenmesi şartına aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca Yönetmelikteki

maddelerin Kanunda öngörülmeyen şekilde kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ve aktarılmasına olanak sağlamış olması da hukuka aykırı niteliktedir.

Kişisel sağlık verilerinin korunması, işlenmesi, aktarılması, silinmesi dâhil düzenlemelerin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu, kanunla düzenleme zorunluluğu bulunması nedeniyle Yönetmelikle düzenleme yoluna gidilmesi hukuka aykırı olup söz konusu düzenlemenin iptali veya yürürlükten kaldırılarak Kanunla düzenleme yoluna gidilmesi gerektiği görüş ve kanaatindeyiz.

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMELERİ (6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN m. 40-46 KAPSAMINDA)

Av. Elçin Cemre ŞENCAN[1]

GİRİŞ

Hukukumuzda, her türlü tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamaları kapsayacak şekilde, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemek amacıyla 28.01.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[2] kabul edilmiştir. TKHK'nın yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden itibaren, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun[3] yürürlükten kaldırılmıştır. Çalışmamızda, 6502 sayılı Kanunun dördüncü kısmının dördüncü bölümünde yer alan ve 40 ile 46. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan ön ödemeli konut satış sözleşmesi incelenmiştir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen ve kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu kapsamda, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tanımı, hukukî niteliği, unsurları, tarafların hak ve borçları ve borçlara aykırılığın yaptırımına ilişkin bilgilere yer verilmiştir.

A. ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMELERİNİN ÖZELLİKLERİ

1. Genel Olarak

Ön ödemeli konut satışlarına ilişkin mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde özel olarak hüküm bulunmamakta

---

1 Avukat, İstanbul Barosu.

2 RG: 28.11.2013 tarih, 28835 sayı.

3 RG: 08.03.1995 tarih, 22221 sayı.

ve maket üzerinden satışı yapılan konutları alarak mağduriyet yaşayan tüketiciler, eTKHK'nın 7. maddesinde sayılı düzenlenen kampanyalı satışlar çerçevesinde korunmaktaydı[4]. Dolayısıyla, uygulamada sözleşmenin adî yazılı şekilde yapılması veya tüketiciye gönderilen broşür, katalog, proje gibi bazı evrakların imzalatılması ve konutun teslim edilmemesi hâllerinde tüketici, bu sözleşmeye dayanarak, sadece ödediği bedeli talep edebilmekte ve konut edinme arzusu taşısa dahi bedelini ödediği konutun mülkiyetinin kendisine devrini talep edememekteydi[5].

28.11.2013 tarihli 28835 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde de, konusu "konut" olan kampanyalı satışlara ilişkin olarak "ön ödemeli konut satışı", Kanunun dördüncü kısmın dördüncü bölümünde 40 ile 46. maddeler arasında özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, konut niteliğindeki taşınmazları kapsamaktadır[6].

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 46. ve 84. maddeleri uyarınca, ön ödemeli konut satışlarına ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amacıyla 27.11.2014 tarihli 29188 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiş ve 4077 sayılı Kanun döneminde, 13.06.2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu sayede, piyasada "maketten satış" veya "sat-yap" olarak adlandırılan bu tür sözleşmelerde, henüz ortada bir konut olmadan tüketicilerin para ödemeye başlaması nedeniyle yaşanan mağduriyetlerin önüne geçilmesine yönelik tedbirler alınmıştır.

---

4 AYDOĞDU, Murat, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun .40-46)", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Kasım 2017 (Sayfa: 87-94), s. 87; CEYLAN, Ebru, 6502 Sayılı Yeni Tüketici Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, Leges Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 59.

5 ÇABRİ, Sezer, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2016, s.646, dpn. 2; ayrıca bkz. ÖZ, Turgut, "Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmazların Satımında Şekil Sorunu ve Ayıplı İfa Ayrımı", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s. 529; KAYA, Sevtap, "28/05/2014 Tarihinde Yürürlüğe Girecek 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da Taşınmaz Alımlarında 4077 Sayı Yasa'ya Göre Getirilen Yenilikler" İBD, C.88, Y. 2014, S.1, s. 123.

6 Ayrıca, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 264 vd. maddelerinde yer alan ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinin konusu ise taşınır mallardır, CEYLAN, Ebru, s.59.

2. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi, satış sözleşmesinin türlerinden biridir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerine geçmeden önce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun[7] 207 ve devamı maddelerinde düzenlenen satış sözleşmesini incelemek gerekir. TBK m. 207'deki tanıma göre satış sözleşmesi, satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise, buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir**.** Buna göre satış sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça veya aksine bir âdet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler (TBK m.207/II). Satış sözleşmelerinin konusunun taşınır ve taşınmaz mal olması hâlleri ayrı ayrı düzenlenmiş ve taşınmaz satışına ilişkin, TBK'nın 237 ve devamı maddelerinde daha nitelikli şekil şartları öngörülmüştür.

Diğer yandan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 40. maddesinin I. fıkrasında ve benzer şekilde Yönetmeliğin 4/I-(ğ) maddesinde, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin tanımı yapılmıştır. Buna göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu tanımdan yola çıkarak, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin esaslı unsurlarının şu şekilde olduğunu söylemek mümkündür;

- Konut niteliğindeki taşınmaz malın devri ve teslimi[8],
- Satış bedelinin mülkiyetin tüketiciye geçirilmesinden önce ödemeye başlanılmasıdır.

Sözleşmede satış bedelinin ödenmesinin peşin (toplu) veya taksitler hâlinde olacağı kararlaştırılabilir. Burada önemli olan, ödemelerin, konut niteliğindeki taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesinden daha önceki bir zamanda başlamasıdır.

Öte yandan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 40 hükmün-

7 RG: 04.02.2011 tarih, 27836 sayı.

8 Zira, her ne kadar TKHK m.40'da ***"devir veya teslim"*** ifadesi kullanılmışsa da, bilindiği üzere, bir kimseye taşınmaz satışının yapılabilmesi için, ilgili taşınmazın tapu sicilinde yer alan mülkiyet hakkın ve mal üzerindeki zilyetliğin devri gerekmektedir (TBK m.207, TMK m. 1023). Dolayısıyla, tanımda yer aldığı hâliyle, satıcının borcunun konut niteliğindeki taşınmazın tek başına devri ya da tek başına teslimi olması hâlinde, TMK ve TBK anlamında satıcının borcunu tam olarak yerine getirdiği anlamına gelmez. Dolayısıyla, TKHK m.40 hükmünde yer alan ***"devire veya teslime"*** ibaresinin düzeltici yorumla ***"devir ve tesli***m" olarak anlaşılması gerekmektedir. **Aynı yönde bkz.** ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarına Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul, 2016, s. 5-6.

de ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmelerinden özel olarak bahsedilmese de, TKHK'nun 41. maddesindeki ***"...satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur."*** ibaresinden ve 45. maddedeki ***"...konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle..."*** ifadesinden, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin "satış vaadi" sözleşmesi olarak yapılabileceği ve 40. maddenin ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmelerini de kapsayacağı anlaşılmaktadır[9].

3. Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile satıcı taraf, konutun mülkiyetinin geçirilmesi borcu altına girerken tüketici, bedel ödeme borcu altına girmektedir; bu yönüyle, borçlanma işlemi niteliği taşımaktadır. Satıcının, konutun mülkiyetini geçirme borcu kapsamında mülkiyetin devri ve teslimi borçları, tek seferde yerine getirilmesi gereken bir borç olduğundan anî edimli sözleşme niteliğindedir. Bu noktada belirtelim ki, tüketicinin bedel ödeme borcunun taksitler hâlinde yapılmasının kararlaştırılmış olması, sözleşmenin anî edimli sözleşme olma niteliğini etkilemez[10].

Sözleşmenin kurulması için tarafların iradelerinin uyuşması yeterlidir, konutun mülkiyetinin geçirilmesi için tapuda tescil işlemlerinin yapılması ya da zilyetliğin devredilmesi şartı aranmamaktadır. Bu yönüyle de rızaî sözleşme niteliğindedir. Ayrıca, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, taşınmaz satış sözleşmesi gibi sebebe bağlı sözleşme niteliğindedir; zira, sözleşmenin herhangi bir nedenle geçersiz olması hâlinde, bu işlem nedeniyle yapılan tasarruf işlemleri de geçersiz olacaktır (TMK m. 1024/II)[11].

4. Sözleşmenin Şekli

Sözleşmenin şeklini düzenleyen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 41/I. ve aynı doğrultudaki Yönetmelik m. 6/I'e göre, **"**Ön ödemeli konut satışının tapu siciline tescil edilmesi, satış vaadi sözleşmesinin ise noterde düzenleme şeklinde yapılması zorunludur. Aksi hâlde satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez". Buna göre, ön ödemeli konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak yazılı sözleşme şekline veya noterde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesiyle kurulur[12].

---

9 ÇABRİ, Sezer, s.648; GÜMÜŞ, M. Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I (Madde 1-46), İstanbul, 2017, s.30.

10 ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 8.

11 ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 7.

12 CEYLAN, Ebru, s. 61.

Kanun Koyucu, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri ile ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmelerini farklı şekil şartlarına, her hâlde resmî şekil şartına, eş deyişle geçerlilik şartına tâbi tutarak, tüketicinin önemli ölçüde korunmasını amaçlamıştır.

Maddenin gerekçesinde de, satış ve satış vaadi sözleşmesinin kanunda belirtilmiş olan resmi şekil şartına uygun olarak düzenlenmiş olması gerektiği ve düzenlemenin bu doğrultuda yapıldığı belirtilmiştir. Gerçekten de, 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 60/I-(3) ile 89. maddeleri, Türk Borçlar Kanununun 237. maddesi ile Türk Medenî Kanununun 706. maddesine göre de taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerlilik kazanabilmesi için sözleşmenin resmî şekilde noterde yapılması gerekir. Dolayısıyla taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılmalıdır. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin ise tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir.

Resmî şekilde sözleşme yapmayan satıcının, daha sonra tüketiciye karşı sözleşmenin resmî şekilde yapılmadığını öne sürerek sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi de hakkaniyete uygun olmayacağı için yasaklanmıştır. Şu kadar ki, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 41/II hükmünde, satıcının, geçerli bir sözleşme yapılmış olmadıkça tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, tüketiciden bu yasağa rağmen ödeme alınacak olursa tüketici her zaman yapmış olduğu ödemeleri getirileriyle birlikte geri isteme hakkına sahip olacaktır.

5. Şekle Aykırılığın Yaptırımı

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin geçerliliği için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 41. maddesinde resmî şekil şartı öngörülmüştür. Kural olarak, kanunda öngörülen resmi şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşme, kesin hükümsüzlükle geçersizdir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 41/II. maddesi yorumlandığında, satıcı, sözleşmenin şekle aykırı yapıldığını ileri sürememektedir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin kanunda aranan şekil şartına aykırı olarak yapıldığına ilişkin iddia, sadece tüketici tarafından ileri sürülebilmektedir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması hâlinde, tüketici sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmediği sürece, sözleşme geçerli olacaktır[13]. Ancak, tüketici, ifa ve tazminat talep ederken, aynı za-

13 ÇABRİ'ye göre, Kanun Koyucu, tüketici sözleşmelerinde, klasik anlamdaki kesin hükümsüzlük yaptırımının özel bir türünü öngörmüştür, **ÇABRİ, Sezer**, s.667.

manda sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek, kendi borçlarını ifa etmekten kaçınmamalıdır; tüketici, ya sözleşme geçerliymiş gibi talepte bulunmalı ya da sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek buna bağlı haklarını kullanmalıdır[14]. Dolayısıyla kanaatimizce, öncelikle tüketici, sözleşmenin geçerli mi, yoksa geçersiz mi olduğuna dair beyanda bulunmalı, geçerli ise buna dair kanunen mümkün olan, geçersiz addediyorsa buna dair taleplerini ileri sürmelidir[15]. Aksinin kabulü hâlinde, sözleşmenin bir yandan sözleşmenin geçerliliğine, diğer yandan sözleşmenin geçersiz olduğuna dayanarak ileri sürdüğü talepleri, Türk Medenî Kanunu m.2 anlamında dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak ve hakkın kötüye kullanılması yasağına takılacaktır.

Belirtelim ki, ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinden doğan hakkın tapuya şerh talebi Tapu Sicil Tüzüğü'nün 47/I-(c) maddesi gereği, satış vaadi sözleşmesinin noterde düzenlenmiş olması şartı aranacaktır. Bu hâlde, adî yazılı şekilde yapılmış satış vaadi sözleşmesinin tapu kütüğüne şerhi için dava açılması gerekecektir[16].

6502 sayılı Kanundan evvel, ön ödemeli konut satış sözleşmelerine ilişkinin bir özel bir düzenlemenin bulunmaması ve sözleşmenin konut devretme borcu doğurması ve taşınmaz niteliğindeki bir malın devri için kanunda şekil şartlarının aranması nedeniyle, sözleşmenin resmî şekilde yapılmaması hâlinde geçerli olup olmayacağı ve geçersiz şekilde yapılan bir sözleşmeye dayalı olarak tescil talep edilip edilemeyeceği hususu tartışmalıydı. Konu hakkındaki önceki uygulamalarda Yargıtay Hukuk Daireleri arasına görüş farklılığı doğması üzerine, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988 ilâmında, toplantı salt çoğunluğu ile içtihat farklılıklarını gidermiştir[17]. YİBGK'nun işbu ilâmına göre, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak Yasa'nın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebrî tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceği; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan, tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına

14. ÇABRİ, Sezer, s.668.
15 Hatta, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen hakîmin aydınlatma ödevi çerçevesinde, tüketiciden dilekçedeki çelişkiyi gidermesi ve dilekçenin açıklanması istenenebilir.
16 ÇABRİ, Sezer, s.668.
17 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 21.12.2017.

rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hâllerinde; olayın özelliğine göre Türk Medeni Kanununun 2. maddesi gözetilerek açılan tescil davasının kabul edilebileceğine karar verilmiştir.

6. Sözleşmede Yer Alması Gereken Zorunlu Bilgiler

Ön ödemeli konut sözleşmesi, 6502 sayılı Kanun ile getirilen yeni bir kurum olmakla birlikte, düzenlemeden önce uygulamadan doğan sorunları kapsamaya yönelik, sözleşmenin içeriğinde yer alması zorunlu tutulan, kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır. Yönetmeliğin ***"Sözleşmenin Zorunlu İçeriği"*** başlıklı 7. maddesinde, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin, en az on iki punto büyüklüğünde, açık ve anlaşılabilir bir dilde, sade ve okunabilir bir şekilde yapılması, Yönetmelik m. 7/I'de açıkça sayılan bilgileri içermesi ve sözleşmenin bir örneğinin tüketiciye verilmesi zorunlu tutulmuştur.

Yönetmeliğin 7. maddesinin birinci fıkrasına göre, sözleşmenin içeriğinde zorunlu olarak yer alması gereken bilgiler şunlardır: satıcının adı veya unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri, tüketicinin adı, soyadı, açık adresi, telefon numarası ve varsa diğer iletişim bilgileri, sözleşmenin düzenlendiği tarih, sözleşme konusu konuta ilişkin bağımsız bölümün yer aldığı ada, parsel, blok, konum, kat ve benzeri temel nitelik bilgileri ile Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğine göre belirlenen bağımsız bölüm net ve brüt alanları, konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak satış fiyatı, varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak toplam taksitli satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faiz oranı, tüketicinin temerrüde düşmesinin hukukî sonuçları, ön ödeme tutarı, ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgileri, cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgiler, sözleşmeden dönme hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü ile tazminata ilişkin bilgiler, cayma ve sözleşmeden dönme bildirimlerinin yapılacağı açık adres bilgileri, verilen teminata ilişkin bilgiler, konutun teslim tarihi ve şekli, yapı ruhsatının alınış tarihi, konutun ortak giderlerine ilişkin bilgiler, tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgidir.

Öte yandan, ödemenin peşin yapıldığı ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde, Yönetmeliğin 7. maddesinin birinci fıkrasının (e), (f), (g), (ğ) ve (h) bentlerinde yer alan hükümlerin sözleşmenin içeriğine eklenmesi zorunlu değildir (Yön. m.7/II). Diğer bir ifadeyle, tüketicinin peşin ödemede

bulunduğu ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde, konutun taksitli satış fiyatının ve varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilginin, faiz miktarının ve faizin hesaplandığı yıllık oranın ve gecikme faiz oranın, tüketicinin temerrüde düşmesinin hukukî sonuçlarının, ön ödeme tutarının, ödeme planı ve ödemelerin yapılacağı banka ve hesap bilgilerinin sözleşmeye yazılması şartı aranmaz.

Yönetmelik m. 7'de sayılan bu zorunlu kayıtlar, tüketiciyi korumaya ve aydınlatmaya yönelik nispi emredici niteliktedir[18]. Zorunlu içeriğin, tüketici aleyhine olacak biçimde kaldırılması, azaltılması veya değiştirilmesi mümkün değildir[19].

Kanun Koyucu'nun sözleşmede yer almasını öngördüğü bilgilerin sözleşmede yer almaması hâlinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m.4/I hükmü kıyasen uygulanır. Buna göre, sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Satıcı, bu eksiklikleri derhâl gidermek zorundadır.

B. SÖZLEŞMENİN KURULMASI

1. Sözleşmenin Tarafları

Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tarafları satıcı ve tüketicidir.

Tüketici, TKHK m. 3/I-k hükmündeki tanıma göre, "ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi"dir. Kanımızca, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde, konut niteliğindeki taşınmaz satın almayı arzulayan tüketici, yalnızca gerçek kişidir. Zira, tüzel kişinin "konut" edinmesinden bahsedilemeyeceğinden, TKHK m. 40-46 hükümlerinin tüzel kişilere uygulanması beklenemez. Nitekim, Yargıtay kararlarında da, tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatını haiz olmadığı kabul edilmektedir[20].

Satıcı ise, TKHK m. 3/I-(i)'deki tanıma göre, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı gibi, kendi inşa ettiği taşınmazı satan yüklenici TKHK anlamında satıcıdır. Hakeza, ön ödemeli konut satış sözleşmesi doğrultusunda satış bedelini ödemeye başlayan tüketicinin, taşın-

18 ÇABRİ, Sezer, s.666.

19 ÇABRİ, Sezer, s.666.

20 Yargıtay HGK. T. 21.09.2011, E. 2011/19-500, K.2011/550 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 21.12.2017); Ayrıca, dernek ve vakıfların tüketici olarak ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin tarafı olabileceğine ilişkin görüş için bkz. ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 16.

mazın tescili yapılmadan önce taşınmazı satışa çıkarması hâlinde, ticarî amaçlarla davrandığı düşünülecek olup bu kişinin satıcı olduğundan bahsedilebilecektir[21].

Konu hakkındaki Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir ilâmında[22], ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin sadece 6502 sayılı Kanunda düzenlenmiş olmasının o işlemi, tek başına tüketici işlemi yapmayacağı ve o işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülemeyeceği, bunun için ön ödemeli konut satışı sözleşmesinin taraflarının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda tanımı yapılan satıcı ve tüketici kapsamında olması gerektiği ve aksi hâlde taraflar arasındaki ilişkiye 6502 sayılı Kanunun uygulanamayacağı ifade edilmiştir.

2. Sözleşmenin Konusu

Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinin konusu, "konut amaçlı taşınmaz"dır (TKHK m.40). Bu noktada, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 704. maddesinde düzenlenen taşınmaz mülkiyetinin konularına bakmak

21 ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 17; **GÜMÜŞ, M. Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I (Madde 1-46), İstanbul, 2017, s.30.

22 YARGITAY 13. HD, E. 2015/27516, K. 2015/30201, T. 15.10.2015: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3. maddesine göre tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi ifade eder. 6502 sayılı yasanın 73. maddesi, bu Kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağını öngörmüştür. Bir hukukî işlemin sadece 6502 Sayılı yasada düzenlenmiş olması tek başına o işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukukî işlemin 6502 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Dava konusu olayda davacının arsasını satmak için davalı şirketle anlaşmaya vararak kapora aldığı mahkemece kabul edilmiş ve ancak sözleşmenin ön ödemeli konut satış sözleşmesi kapsamında olduğu, davacının satıcı, davalının ise tüketici sıfatını taşıdığı, görevli mahkemenin Tüketici Mahkemesi olduğu kabul edilerek görevsizlik kararı verilmiştir. Satış sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6502 sayılı yasa kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerekir. Somut uyuşmazlıkta davalı şirket ve davacı satıcı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun›da tanımı yapılan tüketici ve satıcı kapsamında olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 sayılı yasa kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamı dışında kaldığına göre davaya bakma hususunda genel mahkemeler görevlidir. Eldeki davada Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında bulunmadığından mahkemenin işin esasına girerek hasıl olacak sonuca uygun karar vermesi gerekir. Mahkemece, değinilen bu yön gözetilerek ve işin esasına girilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 21.12.2017).

gerekir. Maddede taşınmaz mülkiyetinin konusu sınırlı sayıda düzenlenmiştir; bunlar, araziler, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir. Taşınmazın konut niteliği ise, taşınmaz malikinin taşınmazı, barınma ihtiyacını giderme amacına özgüleme iradesine ilişkindir[23].

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.40/II'e göre, ön ödemeli konut satışına ilişkin sözleşmenin imzalanabilmesi için, yapı ruhsatının alınmış olması şarttır. Eş deyişle, kanunun aradığı anlamda bir yapı bulunmalı ve ilgili Kurumdan o yapıya ilişkin gereken ruhsatın alınmış olması gerekmektedir. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine göre yapı, ***"...karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmî ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir".*** **Türk Medenî** Kanununa **göre, bir taşınmazın mülkiyetini**n kapsamına yapılar da dâhildir; yapı, taşınmazın bütünleyici parçasıdır (TMK m.718/II). Buradan hareketle, ön ödemeli konut satışı sözleşmeleri anlamında aranan "konut amaçlı taşınmaz" bakımından üç ayrı tür karşımıza çıkabilir[24];

- Kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölüm,
- Tapuya kayıtlı arazinin bütünleyici parçası olan yapı,
- Tapıya kayıtlı olmayan arazinin bütünleyici parçası olan yapıdır.

C. **TARAFLARIN HAKLARI VE BORÇLARI**

1. Satıcının Hakları ve Borçları

a. Satıcının Bilgilendirme Formu Verme Borcu ve Bekleme Süresi

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 40. maddesinin II. fıkrasına göre, "***Tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce, Bakanlıkça belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formu verilmek zorundadır***". Satıcı için sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü öngören Kanun Koyucu'nun amacı, tüketicinin kendisine imzalamak için teklif edilen sözleşmeyi ve koşularını inceleme olanağının tanınmasıdır[25]. Sözleşme öncesi bilgilendirmenin esaslarının Yönetmelikle düzenleneceği TKHK m.46'da belirtilmiştir. Bu kapsamda, **Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m.5'e göre, ön ödemeli konut sözleşmesi kurulmadan en az 1 gün önce tüketiciye, açık ve anlaşılır**

23 Ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.585 vd.

24 ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 19.

25 ÇABRİ, Sezer, s.652; **MAKARACI, Aslı,** s.247.

bir dilde, en az 12 punto büyüklüğünde, sade ve okunabilir şekilde, ön bilgilendirme formunun yazılı veya kalıcı veri saklayıcısında tüketiciye verilmesi zorunludur[26]. Ön bilgilendirme formunun mevzuatın aradığı koşullarla tüketiciye verildiğinin ispat yükü satıcıya aittir (Yön. m.5/IV).

Ön bilgilendirme formunda bulunması gereken zorunlu unsurlara bakacak olursak, satıcının adı veya unvanı, açık adresi, telefon numarası ve varsa MERSİS numarası ile diğer iletişim bilgileri, sözleşme konusu konuta ilişkin bağımsız bölümün net ve brüt alanları27, konutun tüm vergiler dâhil Türk Lirası olarak peşin ve taksitli toplam satış fiyatı; varsa teslim ve diğer masraflara ilişkin bilgi, varsa faiz miktarı ve faizin hesaplandığı yıllık oran, tüketicinin cayma ve sözleşmeden dönme hakkına ilişkin bilgiler, konutun teslim tarihi, verilecek teminata ilişkin bilgiler, yapı ruhsatının alınış tarihi, yönetim planına uygun olarak genel giderlere katılıma ilişkin bilgilerdir.

Ayrıca, ön bilgilendirme formuna ek olarak tüketiciye, bağımsız bölüm planı, vaziyet planı, kat planı ve mahal listesi de verilir (Yön. m.5/II).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 40/II hükmüne göre, satıcının ön bilgilendirme formunu tüketiciye verme borcunun yanı sıra, tüketicinin ön bilgilendirme formunu incelemesi için en az bir günün geçtikten sonra sözleşmenin imzalanması öngörülmüştür.

Satıcının, tüketiciye sözleşmenin imzalanmasından evvel bilgilendirme formu verme ve tüketicinin bu ön bilgilendirme formunu incelemesi için en az bir gün bekleme yükümlülüğüne aykırı davranması hâlinde, TKHK m.4/I hükmü kıyasen uygulanacak ve sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir. Ancak, bu hâlde satıcı TKHK m.77 uyarına her bir sözleşme için idarî para cezasına mahkûm edilecektir[28].

b. Satıcının Konutu Devir ve Teslim Borcu

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 40. maddesine göre, satıcının ön ödemeli konut sözleşmesi ile üstlendiği aslî edim, konutun mülkiyetinin tüketiciye geçirilmesidir. Türk Borçlar Kanununun 207/I. maddesine göre bir satış sözleşmesinde satıcı, satılanın zilyetlik ve

26 Yönetmelik m.5/3'te ön bilgilendirme formunun tüketiciye, kalıcı veri saklayıcısı ile de verilebilmesi öngörülmüştür. Ancak, aksi görüşteki GÜMÜŞ'e göre, ön bilgilendirmenin kalıcı veri saklayıcıları ile yapılması yeterli değildir. Bkz. GÜMÜŞ, M. Alper, s.253; CEYLAN, Ebru, s. 61.62.

27 2/11/1985 tarihli ve 18916 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğine göre belirlenen bağımsız bölüm net ve brüt alanlarıdır.

28 ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 49.

mülkiyetini alıcıya devretme borcunu üstlenmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere, her ne kadar TKHK m.40'da satıcının borcunun taşınmazın tüketiciye ***"devir veya teslim"*** olarak zikredilmişse de, kanunen taşınmaz mal niteliğindeki sözleşme konusu konutun, ön ödemeli satışına ilişkin işbu sözleşme tipinde de, taşınmaz mülkiyetinin geçirilmesi borcunun, ancak, tapu sicilindeki hak sahipliğinin devri ve mülkiyet üzerindeki zilyetliğin devri (taşınmazın teslimi) ile sona ereceğine ilişkin emredici düzenlemelerin bulunması nedeniyle, TKHK m.40 ve devamı hükümlerde yer alan "***devir veya teslim***" ibaresinin düzeltici yorum ile ***"devir ve teslim"*** olarak yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla, satıcının ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu aslî edim, sözleşme konusu konutun tüketiciye devir ve teslimidir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 44. maddesinde satıcının konutun devir ve teslim borcunu yerine getirme süresinin, sözleşme tarihinden itibaren toplamda otuz altı ayı geçemeyeceği düzenlenmiştir.

Diğer yandan, 44. maddenin ikinci cümlesinde, kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte, satıcının konutun mülkiyetinin geçirilmesine ilişkin devir ve teslim borcunun yerine getirilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu noktada eleştirmek gerekir ki, kat mülkiyetine tâbi yapılarda, ön ödemeli konut satış sözleşmesi dolayısıyla tüketiciye, kat irtifakı tapusunun verilmesi ve yapının tamamlanmasına müteakip tüketiciye zilyetliğinin devredilmesi hâlinde, yapının projeye veya imar planına aykırı şekilde yapılması gibi durumlarda "yapı kullanma izin belgesi"nin alınamaması gibi bir durumda, satıcının satılanın mülkiyetini geçirme borcunu yerine getirdiğinden bahsedebilmek mümkün olamayacaktır[29]. Nitekim, satıcının ayni haklardan biri olan "kat irtifâkı" hakkını devretmiş olması, ön ödemeli konut satışı sözleşmesi ile yüklendiği ve sahibine en geniş yetkiler tanıyan ayni hak olan "mülkiyet" hakkını devir yükümlülüğünü yerine getirdiği varsayılamayacağı kanısındayız. Hâl böyle iken, TKHK m.44'ün ikinci cümlesinde satıcının konutu ayıplı olarak (kat irtifak tapulu) teslim etmesi hâlinde, konutun mülkiyetinin geçirilmesine ilişkin devir ve teslim borcunun yerine getirilmiş sayılacağına ilişkin düzenleme genel hükümlerle çelişmektedir. Böyle bir durumda tüketici, satıcının satılanın hukukî ayıbından sorumluluğuna ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m.8 vd. hükümleri uyarınca sorumluluğuna gidebileceği gibi TKHK m.11 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

29 Aynı görüşte ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 53-54.

c. Yapı Ruhsatının (İnşaat İzninin) Alınması Zorunluluğu

Yapı ruhsatı, İmar Kanunu'nun 21. maddesine göre, bir yapının inşa edilmesine başlanmadan önce alınması gereken inşaat iznidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 40/III'de, ***"Yapı ruhsatı alınmadan, tüketicilerle ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapılamaz"*** denilmekte olup Kanun Koyucu, yapı ruhsatı alınmasının sağlanması yükümlülüğünü satıcıya yüklemiştir. Zira, ön ödemeli konut satışlarında tüketicilerin korunmasının ilk ayağının konutun inşa edileceği arsa üzerinde ilgili Belediye'den alınacak olan yapı ruhsatının, eş deyişle inşaat izninin alınmasıdır. Şu kadar ki, yapı ruhsatı alınmadan yapılan ön ödemeli konut satış sözleşmesi kesin hükümsüzdür[30]. Kanımızca, bu hükümsüzlük sadece tüketici tarafından ileri sürülebilir; sözleşmeyi yapan ve yapı ruhsatının alınmasının sağlanması yükümlülüğüne sahip olan satıcının, sonradan, yapı ruhsatı alınmadan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez[31].

d. Teminat Sağlama Yükümlülüğü

Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde en önemli sorunlardan biri de, satıcıların, konut yapımı için yüzlerce tüketici ile sözleşme akdetmeleri ve bu sayede yüksek tutardaki meblağları piyasadan toplamaları ve konutu çok daha ileriki bir tarihte gerçekleştirmeleridir. Bu sebeple Kanun Koyucu, 6502 sayılı Kanun döneminde "teminat" başlıklı 42. madde düzenlemesine yer vermiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre; ***"Bakanlıkça projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli konut satışına başlamadan önce; kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen bina tamamlama sigortası yaptırması veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminat ve şartları sağlaması zorunludur".***

Aynı şekilde, Yönetmeliğin 12. maddesine göre ise, ***"1) Satıcının konut satışına başlamadan önce, konut adedi otuz ve üzerinde olan projeler için bina tamamlama sigortası yaptırması veya aşağıda belirtilen diğer teminat ve şartlardan en az birini sağlaması zorunludur:***

30 ÇABRİ, Sezer, s.655; GÜMÜŞ, M. Alper, s.254; ÖZ, Turgut, s.145.

31 **GÜMÜŞ, M. Alper**, s.254; ÇABRİ, Sezer, s.655; ÖZ, Turgut, s.145; **YURTBİLİR SUYABATMAZ, Feza, "*Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri*"**, TNBHD, 2016, Y. 3, S. 1, s.136.

a) Banka teminat mektubu,

b) Hakediş sistemi,

c) Bağlı kredi ile teminat.

(2) Birinci fıkrada yer alan teminatlar dışında, tüketicinin tüm ödemelerini garanti altına alacak başka bir yöntem öngörülmesi durumunda, bu yöntem Bakanlık tarafından uygun görülürse teminat olarak kabul edilebilir."

Görüleceği üzere, tüketicinin korunması amacıyla satıcının dört tür teminattan en az birini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu teminatlar dışında başkaca bir teminat yönteminin öngörülebileceği öngörülmüşse de, bu yöntemin kabul görmesi, Bakanlığın uygun görmesine bağlı tutulmuştur. Satıcının bu teminatlardan birini sağlaması yeterlidir, birden fazla teminatın sağlanması da mümkündür. Zira, daha yapımına dahi başlanmayan bir konut projesinde, konut amacıyla taşınmaz elde etmek isteyen tüketicinin satıcıya güvenmesi, satıcının da özellikle son yıllarda yaşanan büyük mağduriyetlerin yaşanması sebebiyle, konuya temkinli yaklaşan tüketici nezdinde bu güveni sağlaması bakımından teminat göstermenin zorunu olması isabetli bir düzenlemedir.

Yönetmelikte, bina tamamlama sigortası (m. 13), banka teminat mektubu (m. 14), hak ediş sistemi (m.15) ve bağlı kredi (m.16) teminata ilişkin düzenlenmeler mevcuttur. Banka teminat mektubu, hak ediş sistemi ve bağlı kredi hâllerinde tüketici, ödediği bedel ile korunurken, bina tamamlama sigortası kapsamında, inşaatın tamamlanmaması ihtimalinde sigortacı, inşaat firmasına gerekli yaptırımları uygulayabilir veya başka bir inşaat firması ile anlaşarak inşaat projesinin tamamlanmasını sağlayabilir. Eş deyişle, binanın tamamlanmaması hâlinde sigorta firması, binanın tamamlanmasını sağlamaktadır[32].

TKHK 40. maddenin II. fıkrasında, ön ödemeli konut satış sözleşmesi uyarınca tüketiciye, bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvencelerin iflas veya tasfiye masasına dâhil edilemeyeceği, hacze konu edilemeyeceği ve üzerlerine ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz konulamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile, satıcının iflası hâlinde, tüketicinin haklarını güvence altına alınması ve maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, sigorta şirketinin binanın tamamlanmasına yönelik çalışmalara bir an önce başlanmasının önündeki engellerin kaldırılması amaçlanmıştır.

32 ÇABRİ, Sezer, s.673; **CEYLAN, Ebru**, s. 62-63.

1. Tüketicinin Hak ve Borçları

a. Bedel Ödeme Borcu

Tüketicinin ön ödemeli konut satış sözleşmesi ile üstlendiği aslî edimi, konutun bedelini, sözleşmede kararlaştırılan ödeme takvimine göre ödemektir. Yönetmeliğin 7. maddesinin (d) ve (e) bentlerine göre, sözleşmenin zorunlu içeriğinde, konutun tüm vergiler dahil Türk Lirası olarak satış fiyatlarıyla Türk Lirası olarak toplam taksitli fiyatı varsa, diğer masraflara ilişkin bilgiler yer alır. Taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereği ödemelerin miktarını, şeklini ve zamanını serbestçe kararlaştırılabilir. Burada önemli olan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 40 ve devamı maddelerinin uygulanabilmesi için, satıcının teslim borcunun, tüketicinin ödemelerin tamamını veya bir kısmını yaptıktan sonra doğmasıdır. Diğer bir deyişle, sözleşmede yüklenilen edimlerin ifasında, tüketicinin ediminin ifasının, satıcının ediminin ifasından daha erken başlayacağının kararlaştırılmış olmasıdır.

Kanaatimizce, tarafların, henüz inşaatına başlanmamış olan bir konut projesinin satımı konusunda "ön ödemeli konut satış sözleşmesi" adı altında bir sözleşme imzalamış olması, ancak sözleşmede, tüketicinin bedel ödeme borcu ile satıcının konutu devir ve teslim etme borcunun aynı zamanda ifa edileceğinin veyahut tüketicinin borcunun satıcıdan sonra doğacağının kararlaştırılmış olması ihtimalinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da aranan diğer zorunlu şartların sağlanmış olsa bile, TKHK anlamında ön ödemeli konut satışına ilişkin hükümler uygulanamayacaktır.

Diğer yandan, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun ön ödemeli konut satışına ilişkin düzenlemelerinde, tüketicinin satış bedelini ödemede temerrüde düşme hâline ilişkin özel bir düzenleme mevcut olmadığından temerrüde ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde tüketicinin ödemeleri taksitler hâlinde yapacağı kararlaştırılmışsa, taksit borçlarından birinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi hâlinde kural olarak, satıcının kalan taksitleri talep etmesi mümkün değildir. Ancak, doktrindeki hâkim görüşe göre, taksitli satış sözleşmelerinde tüketicinin temerrüdün bağlı muacceliyet kaydını düzenleyen TKHK'nun 19. maddesinin kıyasen ön ödemeli konut satış sözleşmelerine uygulanabileceği ve muacceliyet kaydının 19. maddedeki koşullara göre sözleşmeye yazılması hâlinde geçerli olacaktır[33].

33 ÖZ, Turgut, s.157; ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 76-77.

a. Erken Ödeme Hakkı

Ön ödemeli konut satış sözleşmeleri bakımından erken ödeme hakkına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TKHK'nun taksitli satışa ilişkin düzenlemesinde erken ödeme hakkı veren madde 20'nin ön ödemeli konut satış sözleşmeleri bakımından da uygulanması mümkündür[34].

TKHK m.20'y göre, tüketici, borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi, vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Her iki durumda da satıcı, faiz ve komisyon indirimi yapmakla yükümlüdür.

b. Cayma Hakkı

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde tüketicinin cayma hakkı, 6502 sayılı Kanunun 43. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tüketicinin, sözleşmenin imzalanmasından itibaren on dört gün içerisinde, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai bir bedel ödemeksizin, sözleşmeden cayma hakkı bulunmaktadır. Genellikle yoğun reklamlarla cazibesi artırılan ve maket üzerinden proje aşamasında çeşitli tanıtımlarla satışları yapılan bu satışların düşünülmeden akdedilmiş olması ihtimali yüksek olabilmektedir. Bu tür sözleşmelerde özellikle yazılı sözleşme metninin okunmasından ve uzun bir süre ödeme yaptıktan sonra ancak edime hak kazanılacağının algılanmasından sonra, bu sözleşmeden kurtulma isteğinin doğması muhtemeldir.

Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir[35]. Bunun yanı sıra bildirimin satıcı veya sağlayıcıya varması veya onun tarafından öğrenilmiş olması aranmaz. Taşınmazın kısmen veya tamamen bağlı krediyle alınması durumunda bağlı kredi sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu tarihte hüküm doğurmak üzere bu maddede öngörülen cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer (TKHK m.43/II). Konut finansmanı kuruluşu da, cayma hakkı süresi içinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük ve benzeri isimler altında hiçbir masraf talep edemeyecektir (TKHK m.43/II-son).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 43. maddesinin gerekçesine göre, ***"Konut finansmanı sözleşmesi ile konut tedarikine ilişkin sözleşme arasındaki bu yakın bağlılık, iki sözleşmenin de bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla konutun gereği gibi ifa edilmemesi durumunda tüketicinin, satıcıya karşı kullanacağı haklarına bağlı olarak konut finansmanı kuru-***

34 ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 78.

35 **CEYLAN, Ebru**, s.64.

luşuna karşı da ödemeleri durdurma veya azaltma hakkı vardır. Örneğin taşınmazdaki bir ayıp nedeniyle tüketici bedel indirimi hakkını kullanmışsa konut finansmanı kredisi de bu oranda indirilir ve ödeme planı değiştirilir. Tüketici eğer sözleşmeden dönmeyi tercih etmişse, o güne kadar yapmış olduğu ödemenin iadesi hususunda satıcı ve konut finansmanı kuruluşu müteselsil olarak sorumludur. Bağlı kredi sözleşmesi, tüketiciye tanınmış olan cayma süresi geçtikten sonra geçerlilik kazanacak olup, cayma hakkı süresi içerisinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük gibi isimler başta olmak üzere hiçbir masraf da talep edilmemesi gerekmektedir. Böylece, cayma hakkını kullanan tüketicinin satıcıya ödemiş olduğu bedeli geri alamama riski ve krediye ilişkin masraf ve faiz gibi yükümlülükleri ödeme zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Örneğin, 100.000 TL bağlı kredi kullanan tüketici, satıcı ile imzaladığı ön ödemeli konut satım sözleşmesinden onuncu gün caymak istediğinde her ne kadar bağlı krediyi kullandığı kuruluşlara yazılı bildirimde bulunsa da satıcıdan bu süre içerisinde ödemiş olduğu bedeli geri alamama dolayısıyla krediyi geri ödeyememe ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle, bağlı kredi sözleşmelerinin on dört günlük cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girmesi öngörülmüştür." şeklinde ifade ile verilen örneklerde, iadenin borcunun kapsamı hakkında açıklamalara bulunulmuştur.

Diğer yandan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 43/I-son hükmünde satıcıya, tüketicinin, hiçbir bedel ödemeksizin cayma hakkının bulunduğuna dair bilgilendirildiğini ispat etme yükümlülüğü getirilmiştir.

Belirtelim ki, 6502 sayılı Kanun döneminden önceki dönemde, 4077 sayılı eTKHK'da söz konusu hükmün karşılığı bulunmamakta ise de Kampanyalı Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 14'de, "***Düzenlenen kampanyalarda, tüketicilere malın veya hizmetin teslim veya ifa edilmemesi koşulu ile tüketicinin bu talebini satıcı veya sağlayıcıya noter aracılığı ile ya da iadeli-taahhütlü mektup ile bildirmesinden sonra, satıcı veya sağlayıcı, mal veya hizmetin teslim veya ifa tarihini geçmemek şartıyla ödemiş olduğu tüm bedeli ve kıymetli evrakı tüketiciye iade etmekte yükümlüdür***". düzenlemesine yer verilmişti. Bu bağlamda, konu hakkında 6502 sayılı Kanun döneminden önce verilen Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05.04.1999 tarihli bir kararına göre[36], satıcının alıcıya hiçbir hu-

36 Y. 13. HD, E. 1999/1427, K. 1999/2217 sayılı ve 05.04.1999 tarihli ilamda; "Taraflar arasında düzenlenen sözleşme ile yapılan satış, davacı tarafın iddia ettiği ve davalı ta-

kukî ve cezaî sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin satımdan cayma hakkının olduğunu belirten belgeyi, imza karşılığı vermek zorundadır. Eş deyişle Yargıtay, tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirildiği konusunda 6502 sayılı Kanun döneminden önce de, satıcıya bir ispat külfeti getirmiştir.

6502 sayılı Kanunun 43. Maddesinin III. fıkrasında ise, cayma hakkının kullanılması durumunda tarafların yükümlülüklerine yer verilmiştir. Buna göre öncelikle satıcı, tüketiciden aldığı sözleşme bedelini ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade edecektir. Satıcının iade borcunun yerine getirmesini müteakip on gün içerisinde de tüketici, sözleşmeden doğan edinimlerini iade edecektir.

c. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Tüketiciye tanınan diğer bir imkân, konutun devir ve teslim edilmesine kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkıdır. Kuşkusuz bu hâllerde satıcıyı korumak açısından tüketicinin bir dönme cezası ve konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları ödemesi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Fakat kararlaştırılacak olan dönme cezası en fazla toplam satış bedelinin %2'si oranında istenebilecektir.

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinden dönme hakkını düzenleyen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 45. maddesinde; ***"(1)***[37] Ön ödemeli konut satışında sözleşme tarihinden itibaren yirmi ***dört aya kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleş-***

rafın karşı koymadığı şekilde, davalı elemanlarının daveti üzerine davacının katıldığı toplantıda yapılmıştır. Bu şekliyle satış, 4077 Sayılı Tüketiciyi Koruma Kanunu'nun kapsamında kalan ve aynı kanunun 8. maddesinde belirtilen kapıdan satıştır. Bu tür satışlarda alıcı, yedi günlük tecrübe ve muayene süresi sonuna kadar malı kabul veya hiçbir gerekçe göstermeden reddetmekte serbesttir. Yine aynı kanunun 9. maddesi hükmüne göre, kapıdan satışlarda satıcı hazırladığı sözleşme, fatura veya tesellüm makbuzu ile birlikte en az 12 punto siyah koyu harflerle yazılmış, alıcıya hiçbir hukukî ve cezaî sorumluluk üstlenmeksizin ve hiçbir gerekçe göstermeksizin satımdan cayma hakkının olduğunu belirten belgeyi, imza karşılığı vermek zorundadır. Dava konusu sözleşme, 4077 sayılı kanunun 9. maddesinde belirtilen şekilde düzenlenmemiş ve davacı tüketicinin haklarını belirten belge davacıya verilmemiştir. Bu şekilde eksik düzenlenen sözleşmelerden alıcı yedi günlük süre ile bağlı kalmaksızın her zaman dönebilir. Davacı sözleşmeden döndüğüne göre, davacının ödediği paranın ve bedeli ödenmeyen senetlerin iadesi gerekir. Davacıların 21 adet senetten 5 tanesini ödemiş olmaları ve sözleşmeden cayma tarihine kadar uzunca bir sürenin geçmiş olması, davacıların sözleşmeyi benimsedikleri anlamına gelmeyeceği gibi, sözleşmeyi geçerli hâle de getirmez. Olayda MK'nin 2. maddesinin uygulanmasını gerektiren koşullar da yoktur. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi bozma nedenidir." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 21.12.2017.

37 Değişik: 2/1/2017 tarihli 684 sayılı KHK m. 8.

meden dönme hakkı vardır." denilmekle, tüketiciye keyfi bir dönme hakkı tanınmıştır. Ancak bu durumda tüketici kural olarak, sözleşmeden döndüğü zamana göre hesaplanan bir dönme cezasını ödemek zorundadır. Hakeza, sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme tarihinden itibaren ilk üç ay için sözleşme bedelinin yüzde ikisine, üç ila altı ay arası için yüzde dördüne, altı ila on iki ay arası için yüzde altısına ve on iki ila yirmi dört ay arası için de yüzde sekizine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir (TKHK m.45/I.son).

TKHK madde 45/II'de dönme cezası ödenmesine ilişkin kurala istisna getirilmiştir. Buna göre, dört olasılıkta dönme cezası ödemeksizin sözleşmeden dönülmesi mümkündür.

- Bunlardan ilki, tüketici, satıcı edimlerini hiç yada gereği gibi yerine getirmediği için sözleşmeden dönerse pek tâbi olarak sözleşmeden dönme cezası ödemeyecektir.

- İkincisi, konutun devir ve teslim edilmesinden önce tüketicinin ölmesi hâlinde mirasçılarının dönme hakkıdır. İhtiyaç duyup duymadıkları meçhul bir edim için mirasçıların geleceğe dönük olarak yükümlendirilmesi doğru bulunmamıştır.

- Üçüncü ihtimal ise tüketicinin kazanç elde etmekten sürekli olarak yoksun kalması sebebiyle ön ödemeleri yapamayacak duruma düşmesidir. Burada da tüketicinin maddi imkânları son derece kısıtlanmış olmasına rağmen gelecekte kavuşacağı bir edim için ödemelere devam etme yükümlülüğü altında bırakılması engellenmek istenmiştir.

- Dördüncü ihtimal ise, sözleşmenin yerine olağan koşullarla yapılacak bir taksitle satış sözleşmesinin konulmasına ilişkin tüketici önerisinin satıcı tarafından kabul edilmemesi hâlidir.

TKHK m.45/III'e göre; ***"(3) Sözleşmeden dönülmesi durumunda, tüketiciye iade edilmesi gereken tutar ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belge, dönme bildiriminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç yüz seksen gün***[38] içinde tüketiciye geri verilir. Satıcının aldığı bedeli ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade ettiği tarihten itibaren, tüketici on gün içinde edinimlerini iade eder" .

Böylelikle, ön ödemeli konut satış sözleşmesindeki tüketiciye sözleş-

38 2/1/2017 tarihli ve 684 sayılı KHK'nin 8 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "doksan gün" ibaresi "yüzseksen gün" şeklinde değiştirilmiştir.

menin teslim tarihinden itibaren on dört gün içinde cayma hakkı, konutun devir ve teslim tarihine kadar ise sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Tüketicinin, bu haklarını kullanması hâlinde satıcı da yükümlülüklerini yerine getirir ise tüketici konutu satıcıya devir veya teslim etmek zorunda olacaktır. Satıcının bu yükümlülüğü yerine getirdiği tarihten itibaren tüketici konutu devralmış ise, on gün içinde de bu konutu satıcıya devredecektir.

Tüketicinin dönme hakkını kullandıktan sonra, satıcıdan, sözleşmeye dayalı olarak talepte bulunması ve sözleşmenin hukukî niteliğinden doğan hak ve def'ilerini ileri sürmesi mümkün değildir.

Dönme cezası, TBK m. 179'un son fıkrasında düzenlenmiş olup buna göre borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Dönme cezasında, herhangi bir borç ihlali olmaksızın, belirli bir meblağı ödemek yolu ile borçluya sözleşmeyi sona erdirme imkânı verilmektedir[39]. Bu sayede borçlunun, sözleşmeden keyfi olarak dönebilmesi için ceza miktarını ödemesi, ödemeyi teklif etmiş olması veyahut dönme cezası ödemeksizin sözleşmeden dönülebilecek hâllerden birine dayandığını bildirmesi gerekmektedir[40].

Konu hakkındaki Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E. 2014/36741, K. 2015/27127 sayılı 16.9.2015 tarihli ilâmında[41] taşınmazın rayiç bedelinin istenmesi talebini, dönme hakkını kullanma olarak kabul edilmiştir.

---

39 ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, s. 93; ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul 2014 s.531.

40 **OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut**, s.531.

41 "Davacı eldeki davada, dairenin raiç bedelini ve ayrıca geç teslim sebebiyle kira kaybını istemektedir. Davacının dairenin raiç değerini istemesi menfi zarar, geç teslim sebebiyle kira kaybını istemesi ise müsbet zarar kapsamında değerlendirilmesi gereken talep niteliğindedir. Oysaki sözleşmesel bir ilişkide menfi ve müsbet zarar birlikte istenemez. Zira olumsuz zararın tazmini istenebiliyorsa borç hükümsüz sayılıyor demektir ki hüküm ifade etmeyen borcun ifasına dair çıkarın tazmini istenemez. Bedel iadesi sözleşmeden dönmenin, geç teslim sebebiyle kira kaybı ve diğer tazminatları istemekte ifanın devamını istemenin sonuçlarından biridir. Dava konusu olayda davacı, dairenin raiç bedelini istemiş olmakla sözleşmeden dönmüş olup, artık sözleşme devam ediyormuş gibi kira kaybı isteyemez. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek kira kaybına dair talebin reddine karar verilmesi gerekirken bu kalem isteğinde kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 21.12.2017.

SONUÇ:

4077 sayılı Kanun döneminde özel olarak düzenlenmemiş olan ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile birlikte uygulamada "maketten satış" veya "sat-yap" olarak adlandırılan sözleşmeler için özel olarak düzenleme getirilmiş, madde 40 ila 46. maddeleri arasındaki düzenlemelerle hukukumuza ön ödemeli konut satış sözleşmesi kavramı girmiştir. Konunun mevzuatta ilk kez düzenleniyor olmasından kaynaklandığını düşündüğümüz nedenlerle, gerek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, gerekse 27.11.2014 tarihli 29188 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik'te kanunun genel sistematiğine ve emredici düzenlemelere aykırı bir takım ifadelerin kullanıldığı görülmektedir.

Özellikle 40. maddede ve buna bağlı olarak diğer maddelerde, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin konusunun taşınmaz mal niteliğindeki konutun oluşturması ve bir taşınmaz malın mülkiyetinin geçirilmesi için Kanunda öngörülen "tapu sicilindeki hak sahipliğinin devri" ile "mal üzerindeki zilyetliğin devri" şeklindeki geçerlilik şartları gözetilmeden, satıcının, konutun mülkiyetini geçirme borcunun yerine getirildiğinin kabulü için "devir veya teslim" ibarelerinin kullanılmış olmasının uygulamada karışıklığa yol açabileceği kanısındayız.

Aynı şekilde, 44. maddede "kat irtifakının tüketici adına tapu siciline tescil edilmesi" şeklinde bir düzenleme ile satıcının taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğü yerine getirdiğinin varsayılması, tüketicileri korumaktan uzak bir madde olup genel hükümlere aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, tüketicinin korunmasına ilişkin bina tamamlama sigortası ve diğer teminatlardan en az birinin sağlanması yükümlülüğünün getirilmiş olması, ön bilgilendirme yükümlülüğü ile sözleşmenin zorunlu içeriğine ilişkin düzenlemelere yer verilmesi isabetli olmuş, 6502 sayılı Kanun öncesinde de uygulaması olan bu tür sözleşmelerin nasıl yapılması gerektiği konusunda bir yol çizilmiş olmuştur.

Elbette, tüketiciyi koruyucu düzenlemelere yer verilmiş olması tek başına yeterli değildir. Bu düzenlemelerin sıkı suretle denetlenmesi ve caydırıcı yaptırımların öngörülmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA:

1. AYDOĞDU, Murat, "Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun .40-46)", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.9, Özel Sayı, Kasım 2017, Seçkin Yayınevi, Ankara, Sayfa: 87-94.

2. CEYLAN, Ebru, 6502 Sayılı Yeni Tüketici Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, Leges Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul, 2015.

3. ÇABRİ, Sezer, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2016.

4. GÜMÜŞ, M. Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014.

5. KAYA, Sevtap, "28.05.2014 Tarihinde Yürürlüğe Girecek 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da Taşınmaz Alımlarında 4077 Sayı Yasa'ya Göre Getirilen Yenilikler" İBD, C.88, Y. 2014, S.1, s.117-128.

6. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 21.12.2017

7. MAKARACI, Aslı, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul 2015, s. 239-260.

8. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul 2014.

9. ÖZ, Turgut, "Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmazların Satımında Şekil Sorunu ve Ayıplı İfa Ayrımı", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara 2013, s. 526-546.

10. ÖZMEN, E. Sabâ/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarına Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi, İstanbul, 2016.

11. YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.

12. YURTBİLİR SUYABATMAZ, Feza, "Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2016, Y. 3, S. 1, s. 119-148.

6750 SAYILI KANUN UYARINCA TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİNE KONU OLABİLECEK VARLIKLAR

Av. Eda Nur TAVUKÇUOĞLU

GİRİŞ

Küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin finansman kaynaklarına ulaşmasını ve piyasadaki rekabet güçlerinin artırılmasını amaçlayan 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu1 (TRK) 1 Ocak 2017 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiş ve anılan Kanun ile 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) yürürlükten kaldırılmıştır.

TRK' nın uygulanmasına yönelik Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik (Uygulama Yönetmeliği), Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği, Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik de 31.12.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.[2]

TRK'nın amacı, KOBİ' lerin finansal desteklere rahat ulaşımını sağlamak, taşınır rehninin kullanımını arttırmak ve bu sayede Türkiye'nin gelişimine katkı sağlamaktır.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile ticari işletme rehni, teslimsiz taşınır rehni olma özelliğini devam ettirmekle birlikte, rehnin kuruluşu, kapsamı, tescil edileceği sicil ve hüküm ve sonuçları bakımından birçok yeni düzenlemeye tabi olmaktadır.

TRK kapsamında kurulacak rehin sözleşmesine konu olabilecek varlıklar esas itibariyle Kanunun beşinci maddesinde düzenlenmiş olup; rehnedilebilecek taşınır varlıkların kapsamı genişletilmiştir. Mülga Kanun'da ticaret unvanı ve işletme adı, rehinin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları, ihtira beratları, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınai haklar rehin kapsamında idi ve sadece ticari işletmenin bir bütün halinde rehini düzenleniyordu. Ticaret unvanı, işletme adı ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş menkul işletme tesisatı, rehinin kapsamında yer alması

1 RG 28.10.2016 s. 29871
2 S. 29935 (3. Mükerrer)

gereken zorunlu unsurlardı. Bunlardan birinin eksikliği, rehnin geçerliliğini ortadan kaldırmaktaydı (TİRK m.3). TRK ile sadece ticari işletmenin bütününün değil (TRK m.5/2); beşinci maddede sayılan her bir taşınırın (TRK m.5/1) ayrı ayrı rehnedilebilmesineimkan tanınmıştır. Ayrıca TRK, TİRK' de olduğu gibi bir takım taşınır varlıkların zorunlu olarak rehnin kapsamında yer almasını mecburi kılmamış ve rehnin taraflarının rehnin kapsamını sınırlı olarak sayılan varlıklar çerçevesinde diledikleri gibi kararlaştırabilmelerinin önünü açmıştır.

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun bu çalışmada ele alınacak önemli bir özelliği ise, rehne konu olabilecek belli türde taşınır eşyaların yanında, alacak haklarını, fikri ve sınai hakları, taşınmazları ve diğer bazı gayri maddi varlıkları da aynı hükümlere tabi tutmasıdır. Ayrıca, TRK ile alakalı olarak çıkarılan yönetmeliklerde de çelişkili, eksik ve Kanun'da yer almayan düzenlemeler olduğu görülmektedir.

Bu çalışmada, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamı açısından değerlendirilecek olup; Kanun kapsamında olmayan varlıklar ve üzerinde rehin hakkı kurulabilecek varlıklar olmak üzere iki ana başlık ve münferit taşınır rehni ve işletmenin bütününün rehni olmak üzere de iki alt başlık altında Kanun'un eksiklikleri ve çelişkili yanları da göz önünde bulundurularak incelenecektir.

1- GENEL OLARAK TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ

Rehin hakkı, bir alacak yerine getirilmediği takdirde, hak sahibine bir taşınmaz veya taşınır mülkiyetini veya başka bir hakkı paraya çevirmek ve elde edilen meblağdan öncelikle alacağını almak yetkisini veren bir haktır.[3]Rehin hakkı asıl alacağa bağlı fer'i bir haktır. Diğer bir deyişle rehin hakkı bir alacağı güvence altına alır ve bu alacak varolduğu sürece varlığını sürdürür.

Taşınır rehni, Medeni Kanunumuzun (MK) 939 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Taşınır rehininde kamuya açıklık(aleniyet) ilkesini sağlayan unsur zilyetliktir ve hukukumuzda aslolan teslime bağlı taşınır rehnidir. Ancak taşınırlarda da tıpkı taşınmaz rehninde olduğu gibi, zilyetlik devri olmaksızın rehin hakkının kazanıldığı, kamuya açıklığın ise sicile kayıt ile sağlandığı istisnai durumlar vardır. Ticari işlemlerde taşınır rehni de bu istisna kapsamında olup, bu rehin türünde aleniyeti sağlanan unsur ise, Taşınır Rehin Sicil Sisteminin (TARES) varlığıdır. Ticari işlemlerde taşınır rehninde, rehinli taşınırın fiziki hakimiyeti rehin verende kalmaya devam etmektedir.

3 Oğuzman; Seliçi; Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.879

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, rehnin kapsamı; alacaklar, çok yıllık ürün veren ağaçlar, fikrî ve sınaî mülkiyete konu haklar, hammadde, hayvan, her türlü kazanç ve iratlar, başka bir sicile kaydı öngörülmeyen ve idarî izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar, kira gelirleri, kiracılık hakkı, makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makineleri, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı, sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün, ticaret unvanı ve/veya işletme adı, ticarî işletme veya esnaf işletmesi, ticarî plaka ve ticarî hat, ticarî proje, vagon ve bu fıkrada sayılanlardan üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları, işletmenin mevcut veya müstakbel taşınır varlıkları ve bu varlıkların getirileri, her tür sözleşmeden doğan mevcut ve müstakbel alacaklardır[4]. Kendi mevzuatı gereğince bir onaya tabi olan lisans ve ruhsatların rehni ise bu onayın alınması halinde mümkün olabilecektir. Ayrıca, 6. ve 7. maddeler de, bütünleyici parça ve eklenti ile birleşme ve karışma gibi haller dolayısıyla rehnin konusu ile ilgilidir. İlgili madde gerekçesinde, rehnin kapsamına giren unsurların sınırlı sayıda (tahdidi)[5] sayıldığı belirtilmektedir. Ana kategoriler bu şekilde sınırlı sayıda olmakla beraber, sayılanlar kendi içerisinde değişik türde ve sınırlı sayıda olmayan unsurları ihtiva edebilmektedir. Örneğin, Kanunun 5/1. fıkrasının (h) bendinde yer verilen "makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makineleri, elektronik haberleşme cihazları dahil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı" kendi içerisinde farklı türleri ve gelecekte ortaya çıkabilecek yeni taşınır varlıkları içermektedir. İçerdiği türler sınırlı sayıda olmamasına rağmen ana kategorilerin sınırlandırılması tutarlı görünmemektedir.[6]

Yukarıda sayılan m.5 kapsamındaki bu varlıkların rehine konu olabilmeleri için devredilebilir olmaları gerekir. Devri mümkün olmayan bir malvarlığı değerinin rehin edilmesi mümkün değildir. Zira rehin hakkı, borcun ifa edilmemesi halinde alacaklıya icra yoluyla da olsa, bedelli olarak devrini talep etme yetkisi vermektedir. Bu kural, yasal dayanağı ne olursa olsun rehin hakkının tüm türleri için geçerlidir. Haliyle TRK bakımından da bu ilkeye riayet zorunluluğu vardır. Buna bağlı olarak TRK m. 5'de sayılanlar ancak devredilebilir özellik gösteriyorsa rehine konu

---

4 27/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri saklıdır.

5 Gerekçe, m.5

6 **Göle/ Aydoğan** , Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, s.27

edilebileceklerdir.[7]

TRK ile m. 5 de sayılan varlıklar münferiden rehine konu olabileceği gibi birden fazla taşınır varlık tek sözleşme ile de rehine konu olabilecektir.

2- KANUN KAPSAMINDA OLMAYAN VARLIKLAR

2.1. Tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınırlar

"Tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınırlar bu Kanun kapsamında değildir." (TRK m.1/5) Öncelikle belirtmek gerekir ki; tapu kütüğüne eşyalar değil; ayni haklar tescil edilir. Bu hükümle kastedilen taşınır üzerindeki rehin hakları da olamaz; zira hukukumuzda tapuya tescil edilen taşınır türü yoktur. Burada, ***"tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınırlar"*** ifadesinden kasıt Medeni Kanun (MK) m.1012 ve Tapu Sicil Tüzüğü (TST) m.53 uyarınca beyanlar hanesine "eklenti" olarak kaydedilen taşınırlardır. Zira eklentilerin, eklenti olmadığı veya taşınmaza ilişkin tasarruf işlemlerinden ayrık tutuldukları ispat edilmedikçe, eklentiler taşınmazın mülkiyetinin veya yüklendiği diğer ayni hakların kapsamı içine girerler. Bu şekilde bir yorum yaparsak; bu hüküm sebebiyle tapu sicilinde taşınmaza ait sayfanın beyanlar hanesinde yer alan taşınırlar, TRK uyarınca rehin verilemeyecektir.[8] Bu durumda öncelikle belirtilmesi gereken şudur: Taşınmaz rehin verilmiş, tapuda Medeni Kanun m. 862/2 uyarınca bazı taşınırlar eklenti olarak gösterilmişse, bunlar TRK m.5/1'de sayılanlardan olsa bile, söz konusu rehin ilişkisine TRK uygulama alanı bulmayacaktır. Bunun pratik önemi oldukça yüksektir. Örneğin, rehnin kurulması için Taşınır Rehni Siciline tescil gerekmeyecektir, yine TRK m.14 çerçevesinde temerrüt sonrası haklar doğmayacaktır ve yine TRK m. 16'daki yaptırımlar devreye girmeyecektir.[9]

2.2. Sermaye piyasası araçları ile türev araçlara ilişkin finansal sözleşmeleri konu edinen rehin sözleşmeleri ile mevduat rehni

TRK m. 1/4 hükmüne göre, ***sermaye piyasası araçları ile türev araçlara ilişkin finansal sözleşmeleri konu edinen rehin sözleşmeleri ile mevduat rehnine*** bu kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Sermaye piyasası araçları, pay (hisse) senetleri, tahviller, tahvil faiz kuponları, hazine bonoları, banka bonoları, finansman bonoları, banka garantili bonolar, gayrimenkul sertifikaları, gelir ortaklığı senetleri, yeni pay alma kuponları, katılma intifa senetleri, kar ve zarar ortaklığı belgeleri, geçici ilmühaberler, varlığa dayalı menkul kıymetler, borsa yatırım fonu katılma

7 **Antalya/ Acar,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s.66
8 Öz, T., Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, s.3-4
9 **Antalya/Acar,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 100

belgeleri, bu nitelikteki değerlerdir. Finansal sözleşmeler de; faiz oranı, emtia, döviz, pay senedi, tahvil, endeks veya swap işlemiyle, repo, ters repo işlemi ve bu işlemlere benzer nitelikte olan ve finansal piyasalarda kullanılan diğer işlemlerle, bu işlemlerin herhangi bir kombinasyonunu içeren sözleşmeleri ifade eder (TRK m.2/1-ç). Bunların rehni 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanun ile bu Kanunların verdiği yetkiyle Sermaye Piyasası Kurulu ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu düzenlemelerine tabidir.

2.3.Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinleri

TRK m. 8/3 hükmü uyarınca; ***"Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemez."***

Öncelikle, ***"diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinleri"*** ifadesi ile kastedilmek istenilenin ne olduğunu anlamak gerekir. Söz konusu ifadeden kastın, "kanun gereğince sicile tescili zorunlu olan varlıklar" mı; "ilgili sicillerine tescilden başka bir surette üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmayan varlıklar" mı; yoksa "rehin hakkının ilgili sicile tescilinin söz konusu hakkın ihdasında kurucu niteliği haiz varlıklar" mı olduğu net olarak anlaşılamamaktadır.Kanun kapsamında rehnedilemeyeceği, Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği'nin siciller arası veri paylaşımına ilişkin düzenlemelerinden (md.13/3,4) dolaylı olarak anlaşılan ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te (md. 2/2) açıkça ifade edilen sicilli taşınır varlıklar, özel kanunlarındaki hükümler temel alınarak incelendiğinde Kanun'un kapsamı dışında tutulmak istenen taşınırların, "ilgili sicillerine tescilden başka bir surette üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmayan varlıklar" olarak tespit edilmesi mümkündür.[10]

Poroy/ Yasaman'a göre ise, TRK m.8/3 hükmüne göre, sicile bağlı olan hakların bu Kanun'un kapsamı dışında tutulduğu belirtilmemiştir. Sadece sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinleri bakımından Kanun'un uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna örnek olarak, gemi, hava aracı, iş makinesi, maden ve cevher ile motorlu taşıtlar verilebilir.[11]

10 **Hazıroğlu, E.C.,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri, s.177

11 **Poroy/Yasaman** , Ticari İşletme Hukuku, s.53

Kanaatimce, Kanun'un kapsamı dışında tutulmak istenen taşınırların, "ilgili sicillerine tescilden başka bir surette üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmayan varlıklar" olarak tespit edilmesi yerindedir. Zira, TRK m.5/8, Uygulama Yönetmeliği m. 2/2 ve Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği m.13/3,4 hükümleri bu durumu destekler mahiyettedir.

Bu konuya, aşağıda incelenecek olan üzerinde rehin hakkı kurulabilecek varlıklar özelinde daha detaylı olarak değinileceğinden şimdilik bu kadar yer verilmiştir.

3- ÜZERİNDE REHİN HAKKI KURULABİLECEK VARLIKLAR

3.1. Münferit Taşınır Rehni

Rehin sözleşmesi kapsamında mevcut veya müstakbel bir ya da birden fazla taşınır varlık üzerinde ayrı ayrı rehin hakkı tesis edilebilir. Aşağıda, münferiden rehnedilebilecek varlıklar tek tek incelenecektir.

- ***Alacaklar:***

TRK m.5/1 maddesinin (a) bendinde "Alacaklar", üzerinde rehin hakkı kurulabilecek varlıklar arasında yer almaktadır. Ayrıca TRK m.5/5'de ***"Her tür sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel alacaklar rehne konu edilebilir."*** düzenlemesi ile müstakbel alacakların da rehin konusu olabileceği düzenlenmiştir. Uygulama yönetmeliği m.16/2 ile her türlü sözleşmeden doğan müstakbel alacakların rehni ile ilgili bir sınırlama yapılmıştır. Söz konusu madde şu sınırlamayı getirmektedir: ***" Belirli bir iş veya konu ile sınırlandırılmaksızın bütün müstakbel alacakların rehne konu edildiğine dair rehin sözleşmeleri geçersizdir."*** Bu durum taşınır rehnine hakim olan ilkelerden belirlilik ilkesinin[12] de bir görünümü niteliğindedir.

Medeni Kanun'da "Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehin" m.954 ve devamında düzenleme alanı bulmuştur. Üzerinde rehin hakkı kurulabilecek hak ve alacaklar, bağımsız olarak temlike elverişli olan ve para ile değerlendirilmesi mümkün olan hak ve alacaklardır (MK m. 954/1). Zira, ancak bu nitelikteki hak ve alacaklar paraya çevrilmesi mümkün olduğu için, rehinli alacaklının alacağını tahsil edebilmesine imkan verecek bir teminat teşkil edebilir. Şu halde, sözleşme veya hukuki ilişkinin niteliği gereği veya bağımsız olarak temlike elverişli olmayan veya para ile

12 Ayni haklara egemen olan başlıca iki ilke, kamuya açıklık (aleniyet) ilkesi ve belirlilik ilkesidir. Aleniyet ilkesi ile bir şey üzerinde ayni bir hakka sahip olunduğu üçüncü kişilere yansıtılmakta; üzerinde ayni bir hak sahipliği bulunan şeyin ne olduğunun kesin çizgilerle belirtilmesi gerekliliği de belirlilik ilkesini doğurmaktadır.

değerlendirilmesi mümkün bulunmayan hak ve alacaklar üzerinde rehin kurulması mümkün değildir.[13] Bu sebeple, mevcut veya müstakbel alacakların da rehnedilebilmesi için devri mümkün olmalıdır.

Medeni Kanun'da üzerinde rehin kurulabilecek iki tür alacaktan bahsedilmiştir. Birincisi senede bağlı olan alacaklar, ikincisi de senede bağlı olmayan alacaklardır. Senede bağlı olan alacakların rehni için yazılı sözleşme ve senedin rehin alana teslimi gerekmektedir. Senede bağlı olmayan alacaklar da ise, yazılı sözleşme ile rehin mümkün olabilmektedir (MK m. 955).

Antalya/ Acar' a göre; TRK alacağın rehnini mümkün görmektedir. Senede bağlanmamış alacakların, TRK uyarınca rehin verilmesi mümkündür. Zira TRK'nın getirdiği sistem (yazılı sözleşme ve sicile tescil), aleniyeti sağlama yönünde TMK'nın öngördüğü sistemden daha nitelikli ve ayni hakkın yapısına(özellikle aleniyeti sağlamaya) daha uygundur. Ancak senede bağlanmış alacaklarda, örneğin bononun) belge seri numarası olmadığından rehin sözleşmesinde belirtilmesi mümkün olmayacaktır. Şu haliyle özel sicile tescile rağmen TRK uyarınca senedin teslimi de söz konusu olmadığından, işlem güvenliği tehlikeye atılmış olacaktır. [14]

- Tarımsal ürün ve çok yıllık ürün veren ağaçlar:

Medeni Kanun m. 718/2' ye göre ağaç, arazinin bütünleyici parçasıdır. Üst arza tabidir kuralı gereği ağacın araziden ayrı olarak devri veya rehni mümkün değildir. Ancak TRK bunların rehnine imkan tanımıştır. Şayet alacak yerine getirilmez ve rehin alacaklısı rehnin paraya çevrilmesini ya da TRK m.14/1. maddesinin (a) bendi uyarınca rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep ederse nasıl bir yol izleneceği muallaktır.

Antalya/ Acar'a göre, TRK ağaçların rehnini mümkün hale getirmekle, arazi mülkiyeti ile ağaçların mülkiyetini rehne özgü şekilde ayrıştırmış gözükmektedir. Böylece rehinli ağaçların satışı gerçekleşecek olursa, icra yoluyla satın alan kimse ağaçlara malik olurken, arazinin mülkiyeti bir başkasına ait olabilecektir (tıpkı üst hakkında olduğu gibi). Bu sonuç, Medeni Kanundaki devir kabiliyetine tabi rehin verilebilirlik düzeninin tersine döndüğünü, rehin verilebilir olanın devir edilebilir hale geldiğini göstermektedir.[15] Öz'e göre ise, rehnedilmiş ağaçların köklendikleri taşınmazdan ayrı bir mülkiyet hakkına konu olduklarını kabul etmek, çok

---

13 Oğuzman; Seliçi; Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1029-1030

14 **Antalya /Acar,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 77

15**Antalya/ Acar,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 71

aşırı bir görüştür.[16]

Kanaatimce, bütünleyici parça sayılmanın hukuki sonuçlarından biri olan MK m. 684'te yer alan ***" Bir şeye malik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olur"*** düzenlemesinden hareketle asıl şeydeki tasarrufların zorunlu olarak bütünleyici parçayı da kapsaması ve bütünleyici parça üzerinde asıl şeyden bağımsız olarak tasarruf işlemlerinde bulunulmaması gerekmektedir. Bu kuralın aksinin kabulü mümkün olmamalıdır.

Tarımsal ürünlerin başlıcaları, tahıllar, baklagiller, sanayi bitkileri, yağ bitkileri, meyveler ve sebzelerdir. TRK ile tarımsal ürünlerin de rehne konu olabileceği düzenlenmiştir. TRK m.5/3 uyarınca tarımsal ürünün müstakbel taşınır varlık olması da mümkündür. Diğer bir deyişle, henüz toplanmamış yahut yetiştirilmemiş tarımsal ürünlerin rehni mümkündür. Ancak bu ürünler üzerindeki tasarruf yetkisi, bu ürünlerin mülkiyete konu edilmesini müteakip kullanılabilir.

- ***Fikri ve sınai mülkiyete konu haklar:***

Fikri ve sınai mülkiyete konu haklar gayri maddi haklar kategorisine girerler. Bunlar eşya hukuku anlamında eşya değillerdir. Fikri haklarda mülkiyet teriminin kullanılması sahiplik anlamındadır. Ancak bunlar üzerinde hak sahipliğinden bahsetmek mümkündür. Bu hak herkese karşı ileri sürülebilen bir malvarlığı hakkı olduğu için ayni haklara yaklaşan yönü bulunmaktadır. Fikri ve sınai haklar her ne kadar ayni haklar kategorisinde bulunmasalar da, hukuken korunan ve ekonomik değeri olan ve devredilebilen haklardır. Bu nedenle bunlar üzerinde rehin kurulması mümkündür.[17]

Fikri ve sınai mülkiyete konu hakların TRK kapsamında rehne konu olabilmesini, ayrıca, Kanunun 8/3 maddesini dikkate alarak değerlendirmek gerekecektir. TRK m. 8/3 uyarınca, ***"Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemez."*** Yukarıda da incelendiği üzere, söz konusu hüküm gereğince, diğer kanunlar uyarınca ilgili sicillerine tescilden başka bir surette üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmayan taşınırlar üzerinde bu Kanun kapsamında rehin kurulamaz.

16 **Öz, T.,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, s.4
17 **Poroy/ Yasaman,** Ticari İşletme Hukuku,s.53

Fikri hakların rehninin tescil edilmesi zorunlu bir sicili bulunmamaktadır. Dolayısıyla fikri hakların TRK kapsamında rehnedilmesi mümkündür. Ancak, FSEK m.61 ve 62.maddelerinde[18] fikri hakların rehnine getirilen sınırlamalar burada da baki kalmalıdır.

Sınai hakların ise, tescil edildikleri bir sicil bulunmaktadır. Buna karşılık, bir sınai hak sicile tescil edilmiş bulunsa dahi; sınai hakkın rehninin sicile tescili bir zorunluluk değildir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu madde 148/4 uyarınca, sınai mülkiyet haklarının rehni bağlamında

---

18 ***C) Haciz ve rehin:***

I – Caiz olmıyan haller:

Madde 61 – İcra ve İflas Kanununun 24 ve 30 uncu maddelerinin hükümleri mahfuz kalmak şartiyle:

1. Eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan henüz alenileşmemiş bir eserin müsvedde veya asılları;

2. Sinema eserleri hariç olmak üzere birinci bentte zikredilen eserler üzerindeki mali haklar;

3. Eser sahibinin, mali haklara dair hukuki muamelelerden doğan paradan gayrı alacakları;

Kanuni veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın veya hapis hakkının konusu olamaz.

II – Caiz olan haller:

Madde 62 – Aşağıdaki hükümler dairesinde:

1. Alenileşmiş bir eserin müsveddesi veya aslı;

2. Yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları;

3. Eser sahibinin korunmaya layık olan manevi menfaatlerini ihlal etmemek şartiyle alenileşmiş bir eser üzerindeki mali hakları;

4. Eser sahibinin mali haklara dair hukuki muamelelerden doğan para alacakları;

Kanuni veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın yahut hapis hakkının konusunu teşkil edebilir.

Birinci fıkrada sayılan konulara dair rehin sözleşmesinin muteber olması için yazılı şekilde yapılması lazımdır. Sözleşmede rehin olarak verilenler ayrı ayrı gösterilmelidir.

Güzel sanat eserlerine ait kalıplar ve sair çoğaltma vasıtaları, birinci fıkranın üçüncü bendinde yazılı mali haklar üzerinde cebri icra tatbikı için lüzumlu görüldüğü nispette zilyed olan kimselerden geçici olarak alınabilir.

Mimarlık eserleri hariç olmak üzere güzel sanat eserlerinin asılları ve eser sahibine yahut mirasçılarına ait musiki, ilim ve edebiyat eserlerinin müsveddeleri, birinci fıkranın üçüncü bendinde yazılı mali haklar üzerinde cebri icra tatbikı için lüzumlu görüldüğü nispette zilyed olan kimselerden geçici olarak alınabilir.

tescil zorunlu değildir. Sınai Mülkiyet Kanunu m.148/5'e göre, sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli kişilere karşı ileri sürülemez. Görüldüğü üzere sicile kayıt sadece iyiniyeti kaldırıcı etkiye sahiptir. Bu sebeple, sınai hakların da TRK kapsamında münferiden rehnedilebileceğini kabul etmek mümkündür.[19]

Göle/ Aydoğan'a göre ise, başka kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır varlıkların münferiden rehni, TRK m.8/3 uyarınca mümkün olmamakla birlikte; işletmenin bir bütün halinde rehnedilmesi durumunda, bu varlıklar üzerinde de TRK kapsamında rehin hakkı kurulabilecektir. [20]

- ***Hammadde, sarf malzemesi ve stoklar:***

TRK'nın "Tanımlar" başlıklı 2. Maddesinin (g) bendinde, ***"Stok, rehin verenin satmak, kullanmak veya kiralamak amaçlarıyla mülkiyetinde bulunan hammadde, yarı mamul veya mamul varlıkları ifade eder."*** şeklinde tanımlanmıştır. Hammadde, TRK 5/1 maddesinde özel olarak belirtilmiş olsa da Kanun'un açık hükmü gereği stoklara dahil kabul edilmektedir.

Hammadde, ticari işletmenin döner varlığıdır. TİRK'de döner malvarlığın ticari işletme rehnine dahil olmadığı kabul edilmişti. İşletmenin duran varlıkları rehne konu olabiliyordu. Ancak TRK'da açıkça herhangi bir ayrım yapılmadan hammadde üzerinde rehin hakkı tesis edilebilecek varlıklar arasında sayılmıştır. Esasen hammadde, rehin verenin mülkiyetinde kalamayacak, işlenecek, sarf edilecek veya satılacaktır. Bu durum eşya hukukunun belirlilik ilkesi ile çelişmektedir. Belirlilik ilkesine[21] göre, rehin konusu taşınırın belli olması ve malikin mülkiyetinde sabit olarak duran şeyler olması gerekir.

Hammadde işlenip yarı mamul ya da mamul varlık haline gelir. Bu halde "birleşme ve karışma" başlıklı TRK m.7 devreye girmektedir. Söz konusu maddenin 4. bendinde, taşınır varlığın bir başka varlığa dönüşmesi (karışması) halinde alacaklılar yeni varlık üzerinde kendi taşınırların birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı rehne sahip

19 Aksi görüş için bknz. Şit İmamoğlu, B.,Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme s.25

20 **Göle/ Aydoğan** , Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, s.32

21 Ayni haklara egemen olan başlıca iki ilke, kamuya açıklık (aleniyet) ilkesi ve belirlilik ilkesidir. Aleniyet ilkesi ile bir şey üzerinde ayni bir hakka sahip olunduğu üçüncü kişilere yansıtılmakta; üzerinde ayni bir hak sahipliği bulunan şeyin ne olduğunun kesin çizgilerle belirtilmesi gerekliliği de belirlilik ilkesini doğurmaktadır.

olurlar.[22] Aynı esaslar sarf malzemeleri ile stoklar için de geçerlidir.[23]

Hammadde, sarf malzemesi ve stok türü varlıkların TRK kapsamında rehnedilmesi, gerek maddi hukuk gerek icra hukuku bakımından bazı sorunları beraberinde getirebilecektir. Örneğin stoktaki belirli bir miktar sarf malzemesi üzerinde rehin kurulduktan sonra, bunlar yavaş yavaş satılmaya başlanırsa, satılan mal ya rehin hakkıyla birlikte satılacak ya da alıcı bunu istemiyorsa, rehin sözleşmesinin kapsamının, her satış sonrası yeniden düzenlenmesi gerekecektir.[24] Ek olarak, stok ya da sarf malzemesi değeri düşük parçalardan oluşuyorsa, bu durumda bu malları satın alanlar, doğal olarak bunların taşınır rehin sicilinde tescilli olup olmadığına bakmayacaklar ve rehin konusu özellikle sarf malzemesi olduğunda, bu malları rehin verenden alan üçüncü kişiler, derhal sarf edeceklerdir. Her ne kadar, TRK m.9 uyarınca rehin hakkı üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etse bile; sarf edilmiş ve dolayısıyla Uygulama Yönetmeliği m. 22 uyarınca "tamamen yok olmuş" mallar ile ilgili olarak alacaklı, rehin hakkı ortadan kalktığı için TRK m. 14 kapsamındaki haklarını kullanamayacak; ancak genel hükümler dairesinde, borçluya ve üçüncü kişiye başvurulabilecektir.[25] Burada akla şu gelebilir; hammadde, stoklar ve sarf malzemesi gibi varlıklar misli[26] ve nevi borcu teşkil eden eşya sayılabileceğinden, "genus perire non censetur (nevi telef olmaz)" ilkesi gereği yerini aynı miktar aynı tür başka eşya alabileceğinden; rehin hakkı aynı miktar ve aynı tür başka eşya üzerinde devam edebilecektir, kanaatindeyim.

- ***Hayvan:***

Medeni Kanunumuz, hayvanlar eşya olmadığı halde hayvan rehnini de taşınır rehni içinde düzenlemiştir. Hayvan rehninde, teslim gerekmeden rehin hakkı kurulması kabul edilmiştir. Teslim aranmamsının sebebi, bir krediye ihtiyacı olan hayvan sahibinden, teminat olarak vermek istediği hayvanların alınmasının, onun zararına yol açacak olmasıdır. Diğer taraftan, rehinli alacaklı için hayvanın korunması ve bakımı güçtür.

Medeni Kanun m.940'da genel olarak hayvan deyimi kullanılmıştır. İsviçre Medeni Kanununun, MK. m. 940'ı karşılayan 885. maddesinde

---

22 **Poroy/ Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku,s.51,52

23 **Antalya/ Acar**, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 72

24 Şit İmamoğlu, B.,Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme s.31

25 **Hasırcı,H.,** 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, s.212

26 Alışverişte prensip itibarıyla sayma veya tartma veya ölçme ile belirli hale gelen eşya misli eşyadır. Bu mallarda bir malın yerini aynı cinsten bir diğeri alabilir.Bknz.: **Oğuzman; Seliçi; Oktay-Özdemir,** Eşya Hukuku, s.12

(betail, Vieh) çiftlik veya sürü hayvanları ifadesi yer almaktadır. Hükmün amaca uygun olarak yorumlanması bizim hukukumuzda da sadece sürü veya çiftlik hayvanları üzerinde hayvan rehni kurulmasının söz konusu olabileceğini gösterir. Zira istisnaen tanınmış olan teslimsiz sicilli hayvan rehni, rehin verenin hayvanlarının dolaysız zilyetliğini başkasına devretmesinden doğacak zararlara meydan vermeden kredi bulabilmesi için tanınmıştır. Rehin verenin dolaysız zilyetliğinin sona ermesi dolayısıyla ekonomik olarak zarara uğraması, çiftlik ve sürü hayvanları açısından söz konusu olur. Bu hayvanlar için teslim gerekmeden bir rehin kurulabilmesine ihtiyaç vardır. O halde Medeni Kanunun 940. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulacak hayvan rehni dört ayaklı, ehil, sürü veya çiftlik hayvanı üzerinde kurulabilir.[27]

Medeni Kanun'da tek bir maddede düzenlenen Hayvan rehninin ayrıntıları ise 24.08.1965 tarih ve 6/5165 sayılı Hayvan Rehni Tüzüğü ve Hayvan Rehni Tüzüğünün Uygulanması Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir.

Hayvanların TRK kapsamında rehne konu olabilecekleri düzenlenmiştir. Ancak rehnin hangi türdeki hayvanları kapsayacağı belirtilmemiştir. Hayvanların, TRK kapsamında rehne konu olabilmesini, ayrıca, Kanunun 8/3 maddesini dikkate alarak değerlendirmek gerekecektir. TRK m. 8/3 uyarınca, ***"Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemez."*** Yukarıda da incelendiği üzere, söz konusu hüküm gereğince, diğer kanunlar uyarınca ilgili sicillerine tescilden başka bir surette üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmayan taşınırlar üzerinde bu Kanun kapsamında rehin kurulamaz. MK. m.940/1 uyarınca, ***"Hayvan rehni icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle kurulabilir."*** Sicile kayıt olumsuz etkiye sahiptir. Sicile kayıt yapılmadıkça hayvan rehni kurulmuş olmaz. Rehin hakkının kurulması için tescil zorunludur. Bu bağlamda TRK m. 8/3 hükmü dikkate alındığında TRK kapsamında hayvan rehninin mümkün olmadığı görülmektedir.

Antalya/ Acar'a göre, MK.m.940 hükmünün mehaz ZGB Art. 885'e uygun yorumu gözetildiğinde, dört ayaklı, ehil sürü veya çiftlik hayvanları (inek, koyun, keçi gibi) rehin verilebilecektir. Bunların dışında kalan ekonomik değer taşıyan, ticari faaliyetin parçası olan hayvanların (örneğin tavukların) rehin verilmesi bir ihtiyaç olarak belirecek olursa, TRK kapsamında rehin verilebilecektir.[28]

---

27 **Oğuzman; Seliçi; Oktay-Özdemir,** Eşya Hukuku, s.1013

28 **Antalya/ Acar,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 73

- Her türlü kazanç ve iratlar, her türlü lisans ve ruhsatlar:

Her türlü kazanç ve iratlar da TRK kapsamında rehin verilebilecektir. Örneğin, ortaklık payına isabet eden kar payı, faiz, tahvil faizi, mevduat faizleri, özel finans kurumları nezdinde kar payı, repo gelirleri böyledir.[29]

Başka bir sicile kaydı öngörülmeyen ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar rehne konu olabilecektir. Öz'e göre, bu unsurlar bakımından aranan negatif şartlar, uygulama alanını olağanüstü sınırlayacaktır. Zira hiçbir sicile kaydedilmeyen ve idare tarafından verilmiş bir faaliyet izni niteliği de taşımayan lisans ve ruhsatlar, daha ziyade fikri haklar alanında karşımıza çıkmaktadır.[30]

- Kira gelirleri ve kiracılık hakları:

Kira gelirlerinin rehni esasen kazanç ve irat kapsamında değerlendirilebilir, fakat Kanun açıkça belirtmeyi tercih etmiştir.

Kiracılık hakkının rehni ise kira sözleşmesi uyarınca kiralanandan yararlanma hakkının rehnidir. Bu durum, borç ödenmeyince rehinli varlığın icra yoluyla paraya çevrilmesi veya rehinli alacaklıya devredilmesi, kiraya verenin isteği dışı kiracısının değişmesi ile sonuçlanacaktır. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 310 hükmü kiralananın el değiştirmesi ile kira sözleşmesinin kiraya veren tarafının değişmesini öngörmüşse de; kiracı tarafın değişmesini TBK m. 323 uyarınca kiraya verenin yazılı rızasına bağlamış; TBK m.322 hükmü ise konut ve çatılı işyeri kiraları dışındaki kiralarda kiracının kullanma hakkını, kiraya verene bir zarar vermeyecekse onun rızası olmadan üçüncü kişiye devredebileceğinden söz etmiştir. Bu durumda kiracı kullanım hakkını devrettikten sonra da sözleşmeye taraf ve kiraya verene karşı sorumlu kalmaktadır. Rehne konu olabilecek kiracılık hakkı da sadece bu şekilde kiraya verenin rızasına bağlı olmayan kullanım hakkı olmalıdır. Aksi halde TRK m. 5/1-ğ hükmünün Borçlar Kanununda kiraya verenin rızasında bağlanmış devirlerdeki bu rıza koşulunu kaldıran bir hüküm olduğu kabul edilemez kanısındayım. Şu halde, bu tür bir rehin, konut ve çatılı işyeri kiralarında ancak kiraya verenin kiralananı başkasına kullandırmaya veya sözleşme devrine yazılı rızası bulunan durumlarda söz konusu olabilecektir.[31]

Ancak kiracının kullanım yetkisinin (yani kiracılık hakkının) devri, alacağın devri mahiyetinde olduğu için, devralan devreden kiracının hakkının sınırlarına riayet etmek zorunda kalacaktır (TBK m.188/1). Kiracı-

29 **Antalya/ Acar,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 79
30 Öz, T., Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, s.5
31 Öz, **T.,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, s.5

lık hakkının rehine konu edilmesi bu nedenle kiraya verene zarar verici değişikliğe yol açmayacaktır. Zira rehnin paraya çevrilmesi sonucu devralan kimse kiracı sıfatını elde etmeyeceği gibi, rehin verenin kiracının hakkı oranında kullanım yetkisi olabilecektir. Örneğin, kullanım şekli, kullanım süresi gibi. Sonuçta kiracılık hakkının TRK kapsamında rehin verilmesi TBK m. 322 bakımından da sınırlı ölçüde mümkün gözükmektedir.[32]

- ***Menkul işletme tesisatı:***

TİRK döneminde olduğu gibi, TRK döneminde de menkul işletme tesisatı rehin verilebilecektir. TİRK döneminde, menkul işletme tesisatı taşınır rehni kapsamındaki zorunlu unsurlardan biriydi. Bu zorunlu unsurlardan birinin eksikliği, rehnin geçerliliğini ortadan kaldırmaktaydı (TİRK m.3). TİRK hükmünde menkul işletme tesisatı olarak, makine, araç, alet ve motorlu nakil araçları sayılmıştır. Bu niteliği haiz olmayan taşınır varlıkların rehnin kapsamına alınması mümkün değildi. TRK m. 5/1'deki ifade taşınır işletme tesisatını içerik itibariyle genişletmiştir (***"makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makineleri, elektronik haberleşme cihazları dahil her türlü elektronik cihaz gibi..."***). Çalışmanın başında da zikredildiği gibi, söz konusu bendin ucu açık şekilde düzenlenmesi, TRK m.5/1'deki varlıkların tahdidi olma özelliği ile örtüşmemektedir.

TİRK döneminde yalnızca mevcut menkul işletme tesisatının rehni mümkünken; TRK ile müstakbel işletme tesisatının da rehnine olanak tanınmıştır. Ancak müstakbel taşınır varlık üzerindeki tasarruf yetkisi, bu varlıkların mülkiyete konu edilmesini müteakip kullanılabilir (TRK m.5/3).

Menkul işletme tesisatı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, motorlu taşıtlar ve iş makinelerinin TRK uyarınca rehninin mümkün olup olamayacağıdır. Motorlu taşıtlar ve iş makinelerinin TRK kapsamında rehne konu olabilmesini, ayrıca, Kanunun 8/3 maddesini dikkate alarak değerlendirmek gerekecektir. TRK m. 8/3 uyarınca, ***"Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemez."*** Yukarıda da incelendiği üzere, söz konusu hüküm gereğince, diğer kanunlar uyarınca ilgili sicillerine tescilden başka bir surette üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmayan taşınırlar üzerinde bu Kanun kapsamında rehin kurulamaz.

32 **Antalya/ Acar**, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 80

TMK m. 940/2 hükmündeki ***"...kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir"*** ifadesi kapsamında yer alan tek taşınır türünün motorlu taşıtlar ve iş makineleri olduğu kabul edilmektedir. Adı geçen TMK maddesinden çıkan bir diğer anlam ise, motorlu araçlar ve iş makinelerinin sicile tescil yoluyla rehnedilebilmesinin, teslime bağlı taşınır rehnine bir alternatif olarak öngörüldüğüdür. Dolayısıyla motorlu taşıtlar ve iş makineleri, "kanun gereğince sicile tescili zorunlu olan varlıklar" kapsamında değerlendirilebilmelerine karşın, bunların, "ilgili sicillerine tescilden başka bir surette üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmayan varlıklar" kategorisinde bulunduklarından söz edilemeyecektir.[33] Anılan sebeplerle, motorlu taşıtlar ile iş makinelerinin TRK kapsamında rehni mümkün gözükmektedir.

-Ticaret unvanı ve/veya işletme adı:

Ticaret unvanı, ticari işletme sahibini diğer işletme sahiplerinden ayırmaya yarayan addır. Ticaret unvanı işletmeyi şahsileştirir ve işletmenin diğer işletmelerden ayırt edilmesini sağlar. Her tacir, bir ticaret unvanı seçmek ve kullanmak zorundadır (TTK m.18/1). Tacir, seçtiği ticaret unvanını işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmelidir. Tacir ticari işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanıyla yapmaya ve işletmesiyle ilgili her türlü belgeyi bu unvan altında imzalamaya mecburdur (TTK m.39/1). Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nun 49.maddesi gereği, ticaret unvanı ancak işletme ile birlikte devredilebilir. Ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilmesi mümkün değildir.

TRK m. 5 kapsamında sayılan ticaret unvanının, bu kanun ile münferiden rehnedilebileceği düzenlenmiş olup. Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak, münferiden rehni TTK m. 49 uyarınca mümkün değildir. [34]

Antalya/Acar' da bu konuda benzer değerlendirmelerde bulunmuştur. Antalya/ Acar'a göre de, TTK m.49/1 deki devir yasağına itibar edilmesi gerekir. Sonuç itibariyle mevcut TTK'ya göre , ticaret unvanının işletmeden ayrı devri mümkün değildir. Bu durum ticaret unvanının bağımsız olmadığını gösterir. Oysa rehin hukukunda geçerli olan temel kural, bağımsız olarak devredilebilen ve bu yolla paraya çevrilebilen malvarlığı

33 **Hazıroğlu, E.C**., Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri, s.183,184

34 Aynı yönde görüş için bknz.: **Göle/ Aydoğan** s.24; Şit İmamoğlu s.28

değeri münferiden rehin verilebilir. Kısacası tek başına devri kabil olan varlık bağımsızdır ve rehin verilebilir. Madem ki ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak devri mümkün değildir, o halde rehin verilmesi de mümkün olmaması gerekir.[35]

İşletme adı ise, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzerlerinden ayırt etmek için kullanılan bir addır. İşletme adı kullanılması zorunlu değildir. Kanun işletme adı kullanmayı işletme sahibinin iradesine bırakmıştır. Bununla birlikte, işletme adının kullanılması durumunda, tescil edilmeleri zorunludur (TTK m.53). İşletme adı TTK m.53'de düzenlenmiş ve uygulanacak hükümlere ilişkin olarak ticaret unvanı ile ilgili hükümlere yollama yapılmıştır. Buna göre, tescil edilen işletme adları hakkında 38, 45, 47, 50, 51 ve 52.maddeler uygulanacaktır.

İşletme adı, ticaret unvanının aksine işletmeden ayrı olarak devredilebilir. Zira TTK m. 53 işletme adına uygulanacak hükümleri sayarken unvanın devrini düzenleyen TTK m.49 hükmüne yer vermeyerek, işletme adının unvandan farklı bir düzenlemeye tabi olduğunu ortaya koymuştur. Öte yandan, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı taktirde, işletmenin devri işletme adının devrini de içerir (TTK m.11/3). O halde, işletme adının TRK m.5 kapsamında taşınır rehnine konu olması mümkün gözükmektedir.

- ***Ticari işletme veya esnaf işletmesi:***

Mülga Kanun (TİRK), sicile kayıtlı ticari veya esnaf işletmesinin rehnini düzenlemişti. TRK m. 5/1 uyarınca da ticari işletme veya esnaf işletmesi münferiden rehne konu olabilecek varlıklar arasında sayılmıştır. TRK'nın 5.maddesinin 2.fıkrası uyarınca ise, ticari işletmenin tamamı üzerinde rehin kurulması düzenlenmiştir.

Bu konu ile ilgili detaylı açıklama aşağıda ***"3.2. İşletmenin Bütününün Rehni"*** başlıklı kısımda yapılacaktır.

- ***Ticari plaka ve ticari hat, ticari proje, vagon:***

Ticari plaka ve ticari hat, TRK kapsamında rehin verilebilecektir. Ticari hat, bir ulaşım aracının (otobüs, minibüs, servis aracı, taksi vb.) çalışma iznine sahip olduğu hattı ifade eder. Burada rehnin konusu, bu hatta belli bir tür araç çalıştırma hakkıdır.

Minibüs, otobüs, servis aracı, taksilerin ticari faaliyetin parçası olarak kullanımlarına bağlı olarak, bunların sahibi ticari plaka ve ticari hatta

35 **Antalya/ Acar,** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 81

sahip olmaktadır. Bankacılık uygulamasında ticari plaka ve ticari hattın rehnedilmesi karşılığında kredi kullandırılmakta olduğunu görmekteyiz. Özellikle bu krediler plaka veya hattın edinilmesi için verilmektedir. Ticari plaka ve ticari hat, minibüs, otobüs vs.nin ötesinde ve ayrı bir ekonomik değeri ifade etmekte, bu taşınırların kıymetinden oldukça yüksek değerlere alınmakta, satılmaktadır.[36]

Ticari projenin rehni de TRK ile mümkün hale gelmiştir. Ancak rehne konu olabilecek ticari projenin ekonomik bir değer taşıması ve fikri bir ürün olması gerekir. Zira bir eşya veya bir hak niteliği taşımayan bir projenin rehne konu olacak bir hukuki değeri olmayacaktır.

Vagon da TRK kapsamında rehnedilebilecek varlıklar arasında sayılmıştır. Vagon, kendi hareket yeteneğine sahip olmayan ve hareket ettirici lokomotifin arkasında takılan, yük ve yolcu taşımakta kullanılan demiryolu arabasıdır.

3.2. İşletmenin Bütününün Rehni

Ticari işletme ve esnaf işletmesinin bir bütün halinde rehin verilmesi mümkündür. Ticari işletme ve esnaf işletmesinin bir bütün halinde rehni yine Rehinli Taşınır Sicili'ne tescille mümkün olmakla birlikte bu işlemlerin ticari işletmeler açısından Ticaret Sicili'ne, esnaf işletmeleri açısından ise Esnaf Sicili'ne bildirilmesi zorunludur (TRK m.5/2). Bu durumlarda rehin hakkı Rehinli Taşınır Sicili'ne tescille doğar; diğer sicillere bilgi verilmesi ise aleniyeti kuvvetlendirici bir etkiye sahiptir. Ticari işletme ve esnaf işletmesinin bütününün TRK kapsamında rehnedilebilmesi için, TRK m.5/1'de sayılan diğer taşınırların borcu karşılamaya yetmemesi gerekmektedir.

TRK'nın kapsamına ilişkin madde 1 hükmünden bu kanunun taşınmazlara ilişkin rehinleri kapsamadığı açıkça anlaşılıyorsa da; TRK m. 5/2 fıkra 1 hükmü bununla çelişkili olarak, ***" Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tesis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır."*** ifadesini içermektedir. "***Her türlü varlık"*** ifadesinin TRK m.5/1'de sayılanların dışındaki varlıkları-eşyaları da kapsadığı söylenebilecektir. Bu durumda, TRK uyarınca şayet bir işletme rehnediliyorsa, TRK m. 5/1'de sayılmayan varlıklar da bu çerçevede rehnedilmiş sayılabilecektir. Bunların başında işletmeye ait taşınmazlar gelir. Fakat bunların ayrıca özel sicillerine(taşınmazlar bakımından tapu siciline) tescil edileceği aynı maddenin ikinci fıkrasından anlaşılmaktadır.

36 **Antalya/ Acar**, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, s. 82

Bu fıkraya göre: ***"Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir. Bu varlıklara üzerinde diğer kanunlar uyarınca önceden bir rehin hakkı tesis edilmiş olması halinde bu Kanun çerçevesinde tesis edilerek bildirilen rehin sonraki sırada yer alır. Ticari işletme ve esnaf işletmesi rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir. Birinci fıkrada yer alan diğer taşınır varlıkların borcu karşılaması halinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamaz."***[37]

TRK m.5/2'de yer alan ***"işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlık"*** ifadesinden taşınırların ve taşınmazların anlaşılması gerektiği aşikardır. Zira Uygulama Yönetmeliği m.17/1 düzenlemesinde taşınmaz varlıkların da, ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde, rehne konu olabileceği belirtilmiştir. Uygulama Yönetmeliği m.17/1 hükmüne göre; ***"Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan taşınır ve taşınmaz varlıklar rehnedilmiş sayılır."***

Poroy/Yasaman'a göre, Kanun sadece taşınırların rehnini konu almasına karşılık, Yönetmelik'te taşınmazları da bunun içine katmak büyük bir hatadır. Kanun'da öngörülmeyen bir hususun yönetmelikle getirilmesi mümkün değildir.[38]

Şit/ İmamoğlu ise, bu hükmün geçersiz olduğunu ve sicilli taşınır rehni sistemine tümden yabancı ve aykırı olan böyle bir hükmün Yönetmelik ile eklenmesinin şaşırtıcı olduğunu söylemiştir.[39]

TRK m.5 fıkra 2 son cümle uyarınca, ***"Birinci fıkrada yer alan diğer taşınır varlıklarının borcu karşılaması halinde işletmenin tümü üzerinde rehin kurulamaz."*** Uygulama yönetmeliği m.17/3'e göre ise, ***" Borç miktarının belli olması halinde... Diğer taşınır varlıklardan biri veya birden fazlasının borç miktarının tamamına ek olarak beşte birinden fazlasını karşılaması halinde işletmelerin tümü üzerine rehin kurulamaz."*** Kanun ve Yönetmelik hükmü çelişkili olup, bu şekilde Kanun hükmünü değiştiren Yönetmelik hükmünün kabulü mümkün değildir. [40]

37 Öz, T., Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, s.6

38 **Poroy/ Yasaman,** Ticari İşletme Hukuku,s.55

39 Şit İmamoğlu, B.,Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme s.34

40 Aynı yönde görüş için bknz.: **Göle/ Aydoğan,** s.29: "Kanun koyucunun çizdiği sınırı Kanun'a aykırı şekilde esnetmesi dolayısıyla Kanun'a aykırılık taşıyan yönetmelik hükmünün uygulanmaması ve değiştirilmesi gerekmektedir."

SONUÇ

Çalışmamızda, 6750 sayılı Kanun (TRK) uyarınca taşınır rehnine konu olabilecek varlıklar incelenmiştir. Öncelikle genel olarak ticari işlemlerde taşınır rehni hakkında bilgi verilmiş olup; sonrasında sırasıyla kapsam dışı varlıklar ve üzerinde rehin hakkı kurulabilecek varlıklar incelenmiştir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5. maddesinde tahdidi olarak sayılan üzerinde rehin hakkı kurulabilecek varlıklardan, Kanun her ne kadar taşınır olarak bahsetse de; bahse konu maddede belli türde taşınır eşyaların yanında, alacak hakları, fikri ve sınai haklar, taşınmazlar ve diğer bazı maddi olmayan varlıklar da yer almakta ve aynı hükümlere tabi tutulmaktadır.

TRK m.8/3 maddesi değerlendirilmiş olup, ***"diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinleri"*** ifadesi ile kastedilmek istenilenin "ilgili sicillerine tescilden başka bir surette üzerinde rehin hakkı kurulması mümkün olmayan varlıklar" olduğu kanaatine varılmıştır. Bu bağlamda, TRK m. 5 kapsamında fikri ve sınai hakların rehninin mümkün olacağı; hayvan rehninin ise mümkün olmayacağı değerlendirmesi yapılmıştır.

Hammadde, sarf malzemeleri ve stoklar gibi işletmenin döner varlığı olan varlıkların TRK kapsamında rehni, taşınır rehnine hakim ilkelerden belirlilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmiş ve hammaddenin, rehin verenin mülkiyetinde kalamayacak, işlenecek, sarf edilecek veya satılacak olmasının belirlilik ilkesi ile çeliştiği belirtilmiştir.

İşletmenin bütün halinde rehninde, TRK m.5/2'deki ***"her türlü varlık"*** ifadesinin neleri kapsayacağı incelenmiştir. Yönetmelik maddesi ile işletmenin taşınmazlarının da işletmenin bütün halinde rehninde, rehne konu olarak gösterilmesi ve Kanun'da olmayan düzenlemenin Yönetmelik ile getirilmesi eleştirilmiştir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile yapılan söz konusu değişikliklerin ve getirilen yeniliklerin çoğunun hukukumuza ters hükümler içerdiği kanısına varılmış olup; özellikle Medeni Kanun ile örtüşmeyen düzenlemeler getiren bu Kanun'un amacını gerçekleştirmesi maalesef güç gözükmektedir.

İlaveten, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu hakkında çıkarılan yönetmeliklerin de çelişkili, yer yer anlaşılıp uygulanması çok zor ve en önemlisi Kanunda yer almayan düzenlemeler getirdiği görülmektedir.

Nihayetinde, yukarıda sayılan tüm bu sebeplerle, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun amacına uygun bir etki doğurması, uygulamada yaşanan ve yaşanması öngörülen sorunların giderilmesi için, Kanun'un baştan sona incelenerek, hukukumuzun temel ilkelerine ve Kanunlarımıza uygun hale getirilmesinde fayda vardır.

KAYNAKÇA

ANTALYA, G. ACAR, F. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınevi, 2. Bası, İstanbul, Nisan 2017

GÖLE, C. AYDOĞAN, G. "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu"nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 33(1), 5-51

HASIRCI, H. 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 33(1), 205-269

HAZIROĞLU, E.C. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda Sicilli Taşınır Varlıkların Durumu ve Ticari İşletme Rehninin Bunlar Üzerindeki Etkileri, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 33(1), 177-204

OĞUZMAN, M.K. SELİÇİ, Ö. OKTAY-ÖZDEMİR, S. Eşya Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, Ekim 2012

ÖZ, T. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, ***İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 16(3), 151-186

ŞİT İMAMOĞLU, B. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Ocak 2017

POROY, YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 16. Bası, İstanbul 2017

İŞ KANUNU'NDA YER ALAN İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN, TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YER ALAN HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Berkay KOÇAK[1]

Giriş

Hizmet (iş) sözleşmeleri, konusu insan emeği olan ve iş görme amacıyla kurulan sözleşmelerdir. TBK'ya göre ise hizmet sözleşmeleri, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirsiz bir süreyle iş görmeyi; işverenin de işçiye zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi karşılıklı olarak borçlandığı sözleşmelerdir (TBK m.393/f.1). Hizmet sözleşmelerinin belirleyici özelliği işçinin işverene mutlak bir bağlılıkla iş görmesi unsurudur. İşveren kanunların belirlediği sınır içerisinde işçiye emir ve talimatlar verme yetkisine sahiptir. Hizmet sözleşmeleri bu anlamda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir.[2][3] Zira hem işverenin, hem de işçinin edimleri karşılıklı olarak mübadele edilmektedir.[4]

Hizmet sözleşmesi ivazlı sözleşmelerdendir. İşçinin çalışması karşılığında işveren de bir miktar ücret ödemektedir. İşveren ücret olarak para dışında da bir şey verebilir.[5] Hizmet sözleşmesi aksine bir düzenleme bulunmayan hallerde herhangi bir şekle tabi değildir. Bu anlamda bir kişi ancak ücret karşılığı yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse hizmet sözleşmesi kurulmuş olur.[6]

İş sözleşmelerine öncelikle İş Kanunu'ndaki özel hükümler uygulanır. Burada hüküm bulunmuyorsa, TBK'da düzenlenen hizmet sözleşmeleri-

---

1 İstanbul Barosu avukatlarından.

2 Şenyüz, Doğan, Borçlar Hukuku, 6. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2012, s.351

3 Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler hakkında ayrıca bkz. Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul, 2012, 337 vd.

4 Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, **Borçlar Hukuku**, 26. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.299.

5 Kayar, İsmail, **Borçlar Hukuku**, 7. Bası, Detay Yayıncılık, Ankara, 2010, s.255.

6 Akıntürk / Ateş, a.g.e., s.300.

ne ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.[7] Dolayısıyla TBK hükümleri, gerek İş Kanunu kapsamına girmeyen ve özel düzenleme bulunmayan hizmet sözleşmelerine uygulanacak, gerekse de İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bularak tamamlayıcı, boşluk doldurucu bir misyon üstlenmiş olacaktır. Biz de işbu çalışmamızın ilk bölümünde TBK hükümlerine göre hizmet sözleşmesinin sonra erme ve sonuçlarını, ikinci bölümünde İş Kanunu hükümlerine göre iş sözleşmesinin sona erme ve sonuçlarını, sonuç olarak da bu iki durum arasında farklılık gösteren hususlar üzerinde durmaya çalışacağız.

§1. TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

A.GENEL OLARAK

Hizmet sözleşmeleri belirli sürenin sona ermesi, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde fesih bildirim sürelerine uyulması, deneme süresi kararlaştırılmışsa bu süre içinde fesih bildirimi, sözleşmenin türü fark etmeksizin haklı bir nedenin bulunması, taraflardan birinin ölümü gibi birçok sebeple sona erebilmektedir. Bu sözleşmelerin sona erme sebebine bağlı olarak da birtakım sonuçlar doğmaktadır. Şimdi bu sebep ve sonuçları ayrıntılı olarak inceleyelim.

B.HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

1.Belirli Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Sona Erme

Hizmet sözleşmesi belirli süreli olarak kararlaştırılmışsa belirlenen sürenin bitimi ile kendiliğinden sona erer. Ancak taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Aksinden anlaşılan, taraflarca aksi kararlaştırılmışsa, belirli süreli iş sözleşmelerinin fesih bildirimine bağlı olarak sona erdirilebileceğidir. Ancak süreli fesih bildirimi niteliği gereği yalnızca belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde söz konusu olabilir.[8] Buna bağlı olarak da belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesinde fesih bildirim süreleri veya ihbar tazminatı söz konusu olamamaktadır.[9]

---

7 Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 3. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s.740.

8 Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 12.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.488.

9 Alpagut, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Mavi Ofset Matbaacılık, İstanbul, 1998, s.200.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde sürenin belirliliği bazen kesin vade ile[10], bazen belirli bir süre dilimi ile[11], bazen de sözleşmenin amacından[12] anlaşılabilir.[13] Belirli süreli bir sözleşme bu sürenin bitmesinden sonra örtülü olarak sürdürülmekteyse belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.[14] Yine aynı şekilde, sözleşmenin fesih bildirimiyle sona ereceği kararlaştırılmış ve fakat iki taraf da fesih bildirimi yapmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.

Belirli süreli hizmet sözleşmesinin üst üste yapılabilmesi için objektif bir sebebin varlığı gerekmektedir. Bu sebep yoksa sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Türk Borçlar Kanunu ile, süresi sona eren sözleşme ilişkisinin devam ettirilmesi halinde sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi kabul edildiğinden, yenileme ihbarının yapılmamış olması halinde de sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi olağan bir sonuçtur.[15]

Belirli süreli hizmet sözleşmesi on yılı aşan bir süre için yapılmışsa on yıl geçtikten sonra, taraflardan her biri altı aylık fesih bildirim süresine uymak koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.[16] Fesih ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm doğurur.

2.Belirsiz Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Sona Erme (Fesih Bildirimi)

Sözleşmede bir süre belirlenmemişse ve sözleşmenin belirli bir süre ile geçerli olacağı sözleşmenin amacından da anlaşılmıyorsa, her iki taraf da fesih bildiriminde bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilir.[17] Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde taraflardan her biri, fesih bildirim sürelerine uymak koşuluyla sözleşmeyi feshetme hak ve yetkisine sahiptir. Hizmet

10 Örneğin "15.11.2017" şeklinde bir belirleme ile.

11 Örneğin "15.11.2017 tarihine kadar" şeklinde bir belirleme ile.

12 Örneğin inşa edilen bir binada bekçi olarak çalıştırılacak bir işçinin hizmet sözleşmesi binanın tamamlanmasına kadardır.

13 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.556-557.

14 Günay, Cevdet İlhan, **Borçlar Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.227.

15 Doğan Yenisey, Kübra, "Türk Borçlar Kanunu'nun 'Genel Hizmet Sözleşmesine' İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013, Antalya, Legal Yayınları, İstanbul, 2014, s.78-110, s.97.

16 Akıntürk / Ateş, a.g.e., 302.

17 Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Aydoğdu, Murat / Cumalıoğlu, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, Barış Yayınları, İzmir, 2013, s.569.

sözleşmesi fesih bildiriminin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak; hizmet süresi,

-bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta,

-bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta,

-beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer[18] (TBK m.432/f.2).

Fesih bildirim süreleri sırasında hizmet sözleşmesi hiç sona ermemiş gibi devam etmektedir. Fesih bildirim süresi içerisinde işçi iş görmeye devam etmekte, fesih bildirim süresinin sonunda da hizmet sözleşmesi sona ermektedir. Bu şekilde derhal sona ermemenin istisnasını ise peşin ödeme yoluyla fesih hakkı oluşturmaktadır.[19] Kanun, işverene fesih bildirim sürelerine ait ücreti peşin ödemek suretiyle hizmet sözleşmesini derhal feshetme hak ve yetkisi de tanımaktadır. Fesih sürelerini beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeyi sona erdirme imkanı yalnızca işverene tanınmış bir hak olup, işçi için böyle bir imkan tanınmamıştır.[20]

Burada tarafların sahip olduğu fesih bildirim hakkı, tek tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır.[21] Feshin hükümleri, geçmişe etkili değildir. Bu nedenle sözleşme, yalnızca geleceğe etkili şekilde ortadan kalkmakta ve sözleşmenin, o zamana kadar doğmuş hükümleri yapılan fesihten etkilenmemektedir.[22] Bu kural ileride incelenecek olan tüm fesih hallerinde geçerli bir kuraldır. Yukarıda belirtilen sürelere uyulmayan fesih bildirimi hukuki bir sonuç doğurmayacaktır.[23]

Kanun'un belirlediği bu süreler kısaltılamaz ancak sözleşmeyle artırılabilir.[24] Fesih bildirim sürelerinin her iki taraf için de eşit olması zorunludur. Bu kural, sözleşmenin niteliği gereği yalnızca devamlı hizmet sözleşmeleri için uygulanır.[25] Eğer farklı süreler öngörülmüşse her iki ta-

18 Şenyüz, a.g.e., s.370.

19 Yürekli, Sabahattin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.207.

20 Yürekli, **a.g.e.**, s.205.

21 Kayar, **a.g.e**., s.262.

22 Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 7.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.228.

23 Yavuz /Acar/Özen, **a.g.e**., s.489.

24 Yavuz /Acar/Özen, **a.g.e**., s.489-490.

25 Bu nedenle, deneme süreli hizmet sözleşmelerinde deneme sürelerine ilişkin süre için uygulanmaz. , Yavuz, Nihat, **Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s.651.

raf için de uzun olan süre uygulanır. Şayet bu sürelere riayet edilmezse ihbar tazminatının ödenmesi gündeme gelecektir. Bu tazminatı talep eden taraf, sözleşmenin bildirim koşullarına uyularak feshedilmediğini ispatla yükümlüdür. Bunun dışında herhangi bir zararın ispatı gerekmemektedir. Zira ileride ayrıntılı olarak görüleceği üzere, ihbar tazminatı teknik anlamıyla bir tazminat olmayıp, usulsüz feshe maruz kalan taraf açısından herhangi bir zarar oluşmasa dahi bu ödemeye hak kazanır.[26] Ancak usulsüz fesih sonucu oluşan zarar oluşmuşsa ve bu zarar miktarı ihbar tazminatı miktarını geçiyorsa, bu aşan kısmın ispatlanması gerekip, söz konusu aşkın zararlar genel hükümlere tabi olarak istenebilecektir.[27]

Kendisi hizmet sözleşmesini fesheden tarafın ihbar tazminatı talep etmesi mümkün değildir. Haklı sebeple dahi feshedilmiş olsa sözleşmeyi fesheden taraf değil, buna karşılık bildirim sürelerine uyulmayarak kendisine karşı fesih bildirimi yapılan kişi diğer deyişle, usulsüz olarak feshe maruz bırakılan taraf ihbar tazminatına hak kazanır. Sözleşmeyi sona erdiren tarafın sıfatı bu konuda herhangi bir etkiye sahip değildir.[28] İhbar tazminatı bir tazminat niteliği taşıdığından dolayı TBK m.146 uyarınca, on yıllık genel zamanaşımı süresine dahildir.[29]

Son olarak da, yukarıda da belirtildiği üzere hizmet sözleşmesinin işveren tarafından kötüniyetle feshedilmesi halinde işçinin kıdemine göre belirlenecek fesih bildirim sürelerine ait ücretin üç katı tutarında bir tazminat işçiye ödenecektir[30] (TBK m.434). Kötüniyet tazminatı, İş Kanunu kapsamında olup da ileride ayrıntılarıyla incelenecek olan iş güvencesine tabi olmayan işçiler ile Türk Borçlar Kanunu kapsamında kalan işçiler bakımından uygulama alanı bulacaktır.[31] Kötüniyet tazminatı da işçinin herhangi bir zarara uğramış olması veya zararın ispatlanması gerekmeksizin ödenmesi gereken götürü bir tazminattır.[32]

Kötüniyet tazminatının istenebilmesi için ise ispat yükü işçinin üzerindedir. Hizmet sözleşmesinin kötüniyetle feshedildiği iddiasında bulunan

---

26 Yürekli, **a.g.e**., s.211.

27 Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, 9.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.82 vd.

28 Yürekli, **a.g.e**., s.211.

29 Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.275.

30 Şenyüz, a.g.e., s.370-371.

31 Korkusuz, Mustafa Halit, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.52.

32 Yürekli, a.g.e., s.223.

işçi kötüniyetli feshi ve sebeplerini ispat etmek zorundadır.[33]

TBK m.434 hükmünde yalnızca işverenin fesih hakkını kötüye kullanması hali düzenlenmiş olup, buna karşılık işçinin hizmet sözleşmesini kötüniyetli feshi için herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu hüküm karşısında, işveren kötüniyet tazminatı isteyemeyecektir. Olsa olsa TMK m.2/f.2'nin ***"Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."*** hükmü gereğince tazminata hükmedilebilecektir.[34]

3. Hizmet Sözleşmelerinin Haklı Nedenle Feshi

Haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereği hizmet ilişkisini sürdürmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa süresi belirli[35] veya belirsiz olan hizmet sözleşmesinin derhal feshetme yetkisi veren bozucu yenilik doğuran bir haktır.[36]

Sözleşme belirli süreli de olsa, belirsiz süreli de olsa haklı sebeplerin varlığı halinde taraflardan her biri derhal sözleşmeyi feshedebilir.[37] Bu noktada sözleşmenin belirli süreli veya belirsiz süreli hizmet sözleşmesi olmasının da bir farkı yoktur.[38] Sözleşmeyi fesheden tarafın dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi tüm durum ve koşullar çerçevesinde beklenebiliyorsa, yapılan fesih haklı nedenden kaynaklanmaktadır. Özellikle ahlâka veya iyiniyete aykırı davranışlarla taraflardan birinin sözleşmeye bağlı kalmaması, karşı taraf için haklı bir sebep oluşturmaktadır. Bu gibi hallerde sebebin haklı olup olmadığına hakim karar verecektir.[39]

Bu tür fesihte, sözleşmeyi fesheden tarafın fesih sebebini karşı tarafa yazılı olarak bildirmesi zorunludur. Sebebin yazılı olarak bildirilmediği hallerde fesih de geçerli olarak kabul edilmez. Yani buradaki yazılılığı geçerlilik koşulu olarak anlamamız gerekir.[40]

---

33 Yargıtay 9. H.D. 2008/24019 E. , 2008/18755 K. , 03.07.2008 T. Kararı, aynı yönde bkz. Yargıtay 9. H.D. 2005/18877 E. , 2006/960 K. , 23.01.2006 T. kararı, (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr , E.T. : 27.11.2017. ; Yavuz, a.g.e., s.652.

34 Süzek, Sarper, İş Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s.222-223.

35 Arslan Ertürk, Arzu, "Türk Borçlar Kanunu`nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi", Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı No:5, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.49-113, s.103.

36 Yavuz, **a.g.e**., s.653.

37 Eren, **a.g.e**., s.559. ; Doğan Yenisey, **a.g.m**., s.103.

38 Yavuz /Acar/Özen, **a.g.e.**, s.490.

39 Aydoğdu / Kahveci, **a.g.e**., s.750. ; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, **a.g.e**., s.570.

40 Arslan Ertürk, a.g.m., s.103.

İşe gelmeme, uzun süreli hastalık, işe ait sırları yayma vb. haller haklı neden teşkil edecektir. Haklı fesih sebebi, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından kaynaklanmışsa, o taraf sebep olduğu zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 437/f.1). Diğer hallerde hakim, tüm durum ve koşulları göz önünde bulundurarak feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirir[41] (TBK m.437/f.2). Haksız fesih tazminat miktarı somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak belirlenir. Feshin temelinde yatan sebep işçinin davranışı haklı fesih sebebi olmasa da tazminatın belirlenmesinde işçinin müterafik kusuru olarak değelendirilebilecektir.[42] Burada hakime geniş bir yetki verildiği görülmektedir.[43]

Taraflar arasında çıkabilecek bir uyuşmazlık halinde hizmet sözleşmesini fesheden taraf haklı fesih nedeninin varlığını ispat etmekle yükümlüdür.[44]

Hizmet sözleşmesi haklı bir sebep olmaksızın işverence derhal feshedilirse, işçinin tazminat isteme hakkı doğacaktır (TBK m.438). İşçinin tazminat olarak isteyebileceği miktar, belirsiz süreli sözleşmelerde fesih bildirim sürelerine uyulmamasına; belirli süreli sözleşmelerde sözleşme sürelerine uyulmamasına bağlı olarak bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktardır. Bu tazminat, haklı sebebi bulunmayan fesihten dolayı uğranılan olumlu zararın giderilmesine yöneliktir. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde, hükmedilecek tazminat miktarı için denkleştirme (mahsup) yapılması kuralı getirilmiştir. Bu kural belirsiz süreli sözleşmelerin feshinde kanun koyucu tarafından öngörülmemiş olup, bu durum doktrinde eleştirilmektedir.[45] Buna göre işçinin sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde edilen veya bilerek elde etmekten imtina edilen miktarlar tazminat miktarından mahsup edilir. Örneğin işçi işten çıkarıldıktan kısa bir süre sonra daha yüksek maaşlı bir işe girerse talep edilebilecek tazminat miktarı indirilebilecektir. Bu anlamda işçinin başka bir iş bulma konusunda da gerekli çabayı gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır.[46] Ayrıca işçi tarafından gerek tasarruf edilen harcamalar, gerekse de başka bir işten elde edilen yahut kasten elde etmekten imtina edilen miktarı işveren ispatla yükümlüdür. Hakim, tüm durum ve koşulları göz önüne alarak bir tazminat miktarına

41 Şenyüz, a.g.e., s.371.

42 Doğan Yenisey, **a.g.m**., s.104.

43 Eren, **a.g.e**., s.560.

44 Yavuz, **a.g.e**., s.653.

45 Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.533.

46 Korkusuz, **a.g.e**., s.66-67.

hükmeder; ancak, belirlenen tazminat miktarı işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz[47] (TBK m.438/f.3).

İşçinin haksız fesihten dolayı maddi tazminat hakkının yanında manevi tazminat hakkı da bulunmaktadır. Ancak manevi tazminatın talebi için yalnızca haksız fesih yeterli olmamakta, aynı zamanda söz konusu haksız feshin işçinin kişilik hakkına da bir tecavüzde bulunmuş olması gerekmektedir.[48]

Haklı nedenle feshin bir diğer görünümü ise, işçinin haklı bir sebep olmaksızın işe başlamaması veya işi bırakmasıdır. İşveren, bu hallerde işçiden aylık ücretinin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir (TBK m.439). Ayrıca işverenin ek zararlarını[49] da talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu ek zararların işçi ücretinin dörtte birinden fazla olduğu işveren tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. İşveren zarara uğramamışsa veya uğranılan zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birini geçmiyorsa hakim durum ve koşulları değerlendirerek tazminatı indirebilir.[50]

TBK m.439/f.3'e göre işverenin işçiden tazminat isteyebilmesi için otuz gün içinde dava ya da takip yoluna başvurması gerekmektedir. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer. Zira bu otuz günlük süre hak düşürücü nitelikte bir süre olduğundan dolayı bu süre herhangi bir sebeple durmaz veya kesilmez. Otuz günlük süre, işçinin işe başlaması gereken gün veya işi bıraktığı günden itibaren işlemeye başlar.[51] Ancak bu otuz günlük süre geçse dahi sonradan da işverenin zararın tamamının tazmini için dava açma hakkı bulunmaktadır. Hükümde belirtilen otuz günlük hak düşümü süresi işçinin aylığının dörtte birinin tazmini için getirilmiş bir süredir.[52] Bu tazminat türü götürü bir tazminat olduğu için zarar oluşmasa dahi istenebilir.[53] Ancak bunu aşan zarar genel hükümlere tabi olarak istenebileceğinden dolayı zararın, feshin haksız olduğunun ve zarar ile haksız fesih arasında illiyet bağının ispatı gerekmektedir. Bu zararlar için ise hak düşümü süresi olmayıp genel hükümlere tabi olarak talepte bulunulabilir.

---

47 Şenyüz, a.g.e., s.371-372.

48 Süzek, **a.g.e**., s.733-734.

49 Örneğin işin durmasından dolayı yoksun kalınan kazanç miktarı.

50 "Hiç zarar yoksa indirilebilir." ifadesi tamamen kaldırmayı da kapsamaktadır. Gümüş, a.g.e., s.537. ; Yavuz, a.g.e., s.656.

51 Şenyüz, a.g.e., s.372.

52 Doğan Yenisey, a.g.m., s.108.

53 Ancak zarar bu miktardan azsa hakimin indirim yapabileceği unutulmamalıdır.

Daha önce kötüniyetli fesih kavramı ayrıntılı olarak açıklanmıştı. Buna bağlı olarak işçinin sözleşmesi haklı neden olmaksızın işveren tarafından kötüniyetli bir davranış ile feshedilirse ne yapılacağı sorusu gündeme gelebilecektir. Böyle bir durumda bu tazminatlardan yalnızca birini talep eden işçinin diğer tazminatı talep edememesi gerektiği doktrinde belirtilmektedir. Yani bu halde kötüniyet ve haksız feshe bağlı talep hakları yarışacaktır.[54]

4.Deneme Süreli Hizmet Sözleşmelerinde Sona Erme

Hizmet sözleşmelerinde işçinin işe uyumunun belirlenmesi amacıyla deneme süresi öngörülebilmektedir. Tarafların hizmet sözleşmesine iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresi koyma hakları bulunmaktadır. Deneme süresi kararlaştırılmamışsa, deneme süresi iki ay olacaktır. Ancak İş Kanunu'na göre toplu iş sözleşmeleri ile bu süre 4 aya kadar kararlaştırılabilmektedir.[55] Ancak toplu sözleşmeye ilişkin hükme Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiştir.[56]

Deneme süresi olarak iki ayı aşan bir süre öngörülmüşse iki ayı aşan kısım geçersiz olacaktır. Yani burada nisbi bir hükümsüzlük söz konusudur. Deneme süresi konulması ihtimalinde tarafların, bu süre içinde fesih sürelerine uymaları gerekmeksizin, sözleşmeyi tazminatsız fesih hakları bulunmaktadır. Deneme süresi içinde fesih bildirimi ile derhal feshetme imkanı gerek belirsiz süreli, gerekse de belirli süreli hizmet sözleşmelerinde mümkündür.[57]

İşçinin çalıştığı zaman dilimi içinde doğan ücret ve diğer hakları saklıdır (TBK m. 433/f.1-2). Bu kapsamda işçi iş karşılığı ücreti ve bunun yanında, deneme süresi içerisinde kazanmış olduğu hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil ücreti ve ikramiye, prim gibi alacaklara da hak kazanabilecektir.[58] Deneme süresi geçirilmişse artık taraflar sayılan imkanlardan yararlanamazlar.[59]

Son olarak da, daha önce ayrıntılı olarak açıklanan kötüniyetli fesih kavramının deneme süreli hizmet sözleşmelerinde de uygulama alanı bulduğunu ve bu kötüniyetli feshin deneme süresi içinde veya deneme süresinin sona ermesinden sonra da yapılabileceğini belirtmiş olalım.[60]

54 Korkusuz, a.g.e., s.55.
55 Kayar, **a.g.e**., s.257.
56 Gümüş, **a.g.e**., s.518.
57 Yavuz /Acar/Özen, **a.g.e**., s.489.
58 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.134-135.
59 Şenyüz, a.g.e., s.372.
60 Gümüş, **a.g.e**., s.520.

5.İşverenin Ödeme Güçsüzlüğüne Düşmesi

TBK m. 436'ya göre işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi halinde işçi, sözleşmeden doğan hakları için uygun bir sürede işveren tarafından güvence verilmesini isteyebilir. Şayet bu isteme rağmen işveren uygun bir sürede güvence vermezse, işçi herhangi bir süreye bağlı olmaksızın sözleşmeyi derhal feshedebilecektir. Sözleşmenin bu şekilde feshi halinde işçinin tazminat hakkı bulunmaktadır ve bu tazminatın miktarı hakim tarafından tayin edilecektir.[61]

Unutulmaması gerekir ki; yalnızca haciz veya iflas yoluyla takip açılması bu kapsamda yeterli değildir. İşverenin konkordato veya iflas erteleme talebinde bulunması veya işverenin bunlar olmasa dahi ağır bir ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunun ispatı yeterlidir. Buna karşılık işverenin salt nakit sıkıntısı çekmesi bu anlamda yeterli olamayacaktır.[62]

6.Taraflardan Birinin Ölmesi

Hizmet sözleşmesinin taraflarından işçi ve işverenin ölümünün sözleşmenin üzerindeki etkisi farklı şekilde düzenlenmiştir (TBK m.440-441).

6.1.İşçinin Ölümü

İşçinin ölümü hizmet sözleşmesini kendiliğinden sona erdirir. Çünkü işin işçi tarafından bizzat yapılması hizmet sözleşmelerinin temel unsurudur. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere ölüm gününden başlayarak bir aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür. Ancak hizmet ilişkisi beş yıldan fazla sürmüşse, ödenmesi gereken tutar iki aylık ücret şeklindedir.[63] İşverenin bu zorunluluğunun doğması için sözleşmenin işçinin ölümüyle sona ermiş olması gerekir ve ölümde işverenin herhangi bir kusuru bulunup bulunmaması önem arz etmemektedir.[64]

6.2.İşverenin Ölümü

İşverenin ölümünün sözleşmeyi sona erdirme etkisi işverenin kişiliğinin önem arz edip etmemesi ihtimaline göre farklılık arz etmektedir. Sözleşme işverenin kişiliği göz önünde bulundurularak yapılmışsa, işverenin ölümü ile sözleşme kendiliğinden sona erer. Örneğin hasta bakıcının

61 Şenyüz, a.g.e., s.372-373.
62 Gümüş, **a.g.e.**, s.527.
63 Şenyüz, a.g.e., s.369.
64 Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, **a.g.e**., s.568.

bakmış olduğu yaşlı kişinin ölmesiyle sözleşme sona erecektir. Bu halde işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı zararlar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun düşen bir miktarda tazminat talebinde bulunabilir.[65]

Diğer bir ihtimal olan işverenin kişiliğinin önem arz etmemesi hakinde ise, sözleşme sona ermez; bu halde, işverenin yerini mirasçıları alır. Bu halde mirasçılar ile işçi arasındaki sözleşmeye, hizmet ilişkisinin devri hükümleri uygulanır.[66]

7.Hizmet Sözleşmesinin Geçersizliği

TBK m.26 hükmü gereğince, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilirler. Aynı husus TBK m.394'ün ***"Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı değildir."*** hükmü gereğince de tekrar edilmiştir. Bunun yanısıra TBK'nın 27. maddesinde kesin hükümsüzlük[67] başlığı altında "***Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."*** hükmü yer almaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, taraflar arasında akdedilen hizmet sözleşmesi geçersiz ise sözleşme sona ermektedir.[68]

İş hukukunda geçersizlik hallerinin önemli bir bölümü işçinin korunması amacıyla getirildiğinden dolayı geçersizliğin sonradan anlaşılması halinde sözleşme geçersizliğinin etkisi daraltılmıştır.[69] Şayet hizmet sözleşmesi hukuken geçersiz olarak kurulmuşsa ve bu durum sonradan anlaşılıyorsa, hizmet ilişkisi sona erinceye kadar geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmektedir[70] (TBK m.394/f.3). Buna karşılık iş sözleşmesi hukuk düzeninin temel ilkelerine ve ahlâka aykırılık oluşturuyorsa veya suç unsuru teşkil ediyorsa iş sözleşmesi yine geçersizdir. Bu gibi hallerde hukuk düzeni doğrudan genel kamu düzeni-

65 Şenyüz, a.g.e., s.369.

66 Şenyüz, a.g.e., s.370.

67 Ayrıntılı bildi için ayrıca bkz. Oğuzman, M.Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.193 vd.

68 Korkusuz, a.g.e., s.36-37.

69 Doğan Yenisey, **a.g.m**., s.98.

70 Akıntürk / Ateş, **a.g.e**., s.300.

ni ve genel ahlâkı koruduğundan, işçinin korunması amacıyla getirilmiş hükümden farklı olarak geçersizlik baştan itibaren etkili olacaktır.[71]

Son olarak Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan irade bozukluklarına değinmek gerekir ki; Kanun, bu gibi durumlarda kesin hükümsüzlüğe göre değil, sözleşmenin irade bozukluklarından dolayı iptal edilerek sona erebileceğini ifade etmektedir.[72]

C.HİZMET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

1.Borçların Muaccel Hale Gelmesi

Hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle sözleşmeden doğan tüm borçlar muaccel hale gelecektir[73] (TBK m. 442/f.1). Bu sebeple muacceliyete bağlı olan zamanaşımının da başlangıcı sözleşmenin sona ermesi tarihi olacaktır. Buna bağlı olarak borçların ifası zamanaşımı süresi içinde talep edilebilir hale gelecektir.

2.Hizmetle İlgili Şeylerin İadesi

Hizmet sözleşmesinin sona ermesi halinde, taraflardan her biri, diğerinden veya üçüncü kişilerden hizmetle ilgili almış olduğu şeyleri geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 443). Görüldüğü gibi, bu husus aynı zamanda tarafların borçlarından biridir.

Tarafların ayrıca hizmetle ilgili şeyler üzerinde hapis hakkı da bulunmaktadır (TBK m. 443/f.3). Ancak hapis hakkıyla ilgili bir sınırlama bulunmaktadır. Eğer iadesi zorunlu olunan şeylerin değeri işçinin alacaklarından fazla ise, bu fazla olan kısmın iadesi zorunlu iken; şayet değeri daha azsa ve işçinin alacağı muaccel ise, işçinin bu şeyler üzerinde hapis hakkı bulunmaktadır. Örneğin işveren işle ilgili işçinin muaccel bir alacağını ödemiyorsa, işçi kendisinde bulunan işverene ait taşınırlar üzerinde hapis hakkına sahip olduğu ölçüde iade borcunun ifasından kaçınabilir.[74]

3.Rekabet Yasağı

3.1.Genel Olarak

İşçi, işverene bağlı olarak çalışırken onun mesleki sırlarını, üretim formüllerini öğrenip, iş sözleşmesi sona erdikten sonra aynı işi yaparak

71 Süzek, a.g.e., s.328.

72 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/ Öz, **C.1**, s.92 vd.

73 Günay, **Borçlar Hukuku**, s.236.

74 Şenyüz, a.g.e., s.373.

işveren ile rekabete girmesi olasılığı bulunmaktadır. İşveren böyle bir olasılıktan dolayı işçi ile bir sözleşme yaparak ileride kendisiyle rekabet edilmemesini sağlayabilir.[75]

Rekabet yasağı; fiil ehliyeti bulunan işçinin, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir şekilde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenmesidir[76] (TBK m.444/f.1). İşçinin yazılı olarak üstlendiği rekabet yasağı, yalnızca hizmet sözleşmesinin sonra ermesinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar.[77]

3.2.Koşulları

3.2.1.İşçinin Müşteri Çevresini ve Üretim Sırlarını Bilmesi Gerekir

Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir (TBK m.444/f.2). Kısaca, hizmet sözleşmesinin konusu olan iş noktasında işçi ile işveren arasında bir rekabet ilişkisinin bulunması olasılığı gerekir. Örneğin bir meyve suyunun nasıl imal edildiğini, yüzde kaç meyve konulduğunu vb. öğrenen işçinin aynı imalatı başka bir yerde yapmaması amacıyla işveren bu işçiyle rekabet yasağı anlaşması yapabilir. Bu anlamda şifre sistemleri, iş organizasyonu gibi haller de iş sırrı kapsamında değerlendirilecektir.[78] Tüm bunlar yeterli olamamakta, aynı zamanda öğrenilen bilgilerin kullanılması halinde işverenin önemli bir zarara da uğrayabilecek olması gerekmektedir.[79]

Unutulmaması gerekir ki, işçinin sırlara sahip olması ile işveren bünyesinde oluşacak zararlar arasında uygun illiyet bağının da bulunması gerekir.[80] Böylece zarar, müşteri çevresini tanıma veya sırları bilmeden değil de, salt işçinin kişisel yeteneği ve becerisinden kaynaklanabilecek nitelikteyse, rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Örneğin hekimlik, avukatlık gibi mesleklerde müşteri ile ilişkiler daha ziyade kişisel yeteneğe dayandığı için kabul edilen rekabet yasağı geçerli olamayacaktır.[81]

---

75 Şenyüz, a.g.e., s.357. ; Yavuz, a.g.e., s.663.
76 Şenyüz, a.g.e., s.357.
77 Eren, a.g.e., s.564.
78 Şenyüz, a.g.e., s.357.
79 Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, a.g.e., s.573.
80 Şenyüz, a.g.e., s.358.
81 Yavuz, a.g.e., s.664.

3.2.2.İşçinin Fiil Ehliyetine Sahip Olması Gerekir

Rekabet yasağı sözleşmesi yapacak olan işçinin fiil ehliyetine[82] sahip olması gerekmektedir. İşçinin fiil ehliyeti yoksa, rekabet yasağına ilişkin sözleşmeye işçinin yasal temsilcisinin icazet vermiş olması veya sözleşmeyi bizzat yasal temsilcinin yapmış olması da rekabet yasağını geçerli hale getirmeye yetmeyecektir. Yasal temsilcilerin böyle bir sözleşme yapabilmelerini, yalnızca fiil ehliyetine sahip olmakla birlikte kısıtlı[83] bulunan kişiler adına hareket edildiği hallerde hukuken olanaklı görmek gerekir.[84]

3.2.3.Rekabet Yasağı Yer ve Zaman İle Sınırlı Olmalıdır

Rekabet yasağı kapsamında işçinin iktisadi geleceği hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye atılamaz. Örneğin, işveren artık o işi yapmamasına rağmen zamanında yanında çalışan işçiyi o işi görmekten men edemez. Bir başka örnek ise, işyeri Bursa'da bulunan işverenin işçisinin, Adana'da faaliyet göstermesini engelleyecek bir rekabet yasağı hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Diğer yandan, rekabet yasağı işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir şekilde tehlikeye düşürecek şekilde yer, zaman ve iş türü bakımından uygunluk göstermeyen sınırlamalar getiremez. Hakim böyle durumlarda yahut aşırı görülen rekabet yasağını, tüm durum ve koşulları göz önünde bulundurarak, kapsam veya süre bakımından da sınırlayabilir. Rekabet yasağının süresi, özel durum ve koşullar hariç olmak üzere iki yılı aşamaz.[85]

Yargıtay da bir kararında[86] rekabet yasağı ile ilgili olarak tüm bankalarda çalışmamayı kabul etmenin yer ve iş bakımından sınırlama getirmemesi ve ayrıca işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı bir biçimde tehlikeye sokması sebebiyle geçersiz sayılmasına karar vermiştir.

3.2.4.Rekabet Yasağı Anlaşmasının Yazılı Şekilde Yapılmış Olması Gerekir

Rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tabidir. Bu yazılılık koşulu geçerlilik koşulu olup, şu halde sözlü bir rekabet yasağı sözleşmesi geçerli

82 Fiil ehliyeti ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, 11.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s.47 vd.

83 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., s.66 vd.

84 Yavuz, a.g.e., s.664.

85 Şenyüz, a.g.e., s.358.

86 Yargıtay 9. H.D. 1999/8262 E. , 1999/12073 K. , 6.7.1999 T. kararı , (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, E.T.: 26.11.2017.

olamayacaktır.[87] Bu yaptırım ise "butlan" olarak adlandırılmaktadır.

Yazılılık koşulunun bir diğer görünümü ise, yazılı anlaşma içeriğine aykırı olarak yapılan sözlü anlaşmaların geçersizliğidir. Asıl hizmet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmamış olsa dahi, o sözleşmeye bağlı rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Yazılı bir hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı hükümleri, söz konusu sözleşmenin zımnen yenilenmesi hallerinde de aynı şartlarla yenilenmiş sayılmalıdır.[88]

3.3.Rekabet Yasağına Aykırı Davranışın Sonuçları

Yukarıda sayılan koşullar çerçevesinde işten ayrılan işçi, sözleşmede öngörülen yer ve zaman sınırları içinde o işi göremez veya meslek sırlarını başkalarına veremez. Bu yasağa aykırı davranan işçi, bunun sonucunda işverenin uğradığı tüm zararları gidermekle yükümlü hale gelir (TBK m.446/f.1). Ancak işverenin uğradığı zararın tesbiti çok güç olduğu için genellikle sözleşmelere ceza koşulu konulmaktadır. Yasağa aykırı bir davranış ceza koşuluna bağlanmışsa işçi öngörülen ceza miktarını ödeyerek rekabet yasağından kurtulabilir.[89]

Ceza koşulu kararlaştırılmışsa herhangi bir zararın ispat edilmesi gerekmemekte, herhangi bir zarar olmasa da bu miktarın ödenmesi gerekmektedir. Ancak, rekabet yasağı ihlalinden kaynaklanan ceza miktarı, ceza koşulu miktarını aşıyorsa, işçi aşkın zararı da ödemek zorundadır. Bunun için aşkın zararın ve işçinin kusuru bulunduğunun ispatı gerekmektedir.[90]

Böyle bir ceza koşulu öngörülmemişse, yalnızca işçinin kusuru bulunmadığını ispat edememesi halinde, işveren nezdinde oluşan zararların tazmini gerekmektedir. Tazminat ifa etmemeden kaynaklanan zarar tazminatıdır. Bu halde tazmini gereken zarar olumlu zararlardır. Bunun yanında mahrum kalınan kazanç da bu kapsamda talep edilebilecektir.[91]

3.4.Rekabet Yasağının Sona Ermesi

Yukarıda da açıklandığı üzere, işçinin ceza koşulunu ödemesi yanında, işverenin bu yasağı sürdürülmesi konusunda gerçek bir yararının kal-

87 Şenyüz, a.g.e., s.358.
88 Yavuz, **a.g.e**., s.664.
89 Şenyüz, a.g.e., s.358.
90 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **C.2**, 503 vd.
91 Yavuz, **a.g.e**., s.666.

maması (TBK m.447/f.1) veya sözleşmenin haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yükletilebilen bir sebeple işçi tarafından feshedilmesi hallerinde rekabet yasağı sona erer[92] (TBK m.447/f.2).

Bunun yanında yasal sınırları aşan rekabet yasağı şartı, hakim tarafından yasal sınırlara çekilebileceği gibi bu şekilde bir hafifletme işçi açısından faydasız kalacaksa, bu gibi durumlarda ve müşteri çevresinin tanınmasına veya sırları bilmesine imkan da yoksa tamamen kaldırılabilir. Bu hallerde hakkaniyete uygun hareket edilmesi gerekmektedir.[93]

4.Çalışma Belgesi Verilmesi

İşveren, işçinin istemi üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içerir bir hizmet belgesi verme borcu altındadır. İşçinin açıkça istemde bulunması halinde, söz konusu belgede işçinin iş görme becerisi ile tutum ve davranışları da belirtilir. İşçi, hizmet belgesinin gerçek dışı beyanlarla lehine düzenlenmesini isteyemez. Söz konusu hizmet belgesinin zamanında verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından dolayı işçi veya işçiyi işe alan işveren zarar görmüşse, eski işverenden tazminat isteyebilir[94] (TBK m.426).

5.Ceza Koşulu ve İbraname

Ceza koşuluna ilişkin TBK m.420 hükmü, hizmet sözleşmeleri bakımından özel bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre hizmet sözleşmelerine yalnızca işçinin aleyhine olacak şekilde konulan ceza koşulu geçersiz olacaktır.[95] Buna karşılık hizmet sözleşmelerine işçi lehine hükümler konulabilir.[96] Görüldüğü gibi ceza koşulunda nisbi emredicilik bulunmaktadır.

Hizmet sözleşmelerine konulan cezai şart çoğunlukla, haklı bir nedenin bulunmamasına rağmen sözleşmeyi feshedene yüklenmektedir. Bu sebeple hizmet sözleşmesinin işverence haklı bir nedenin bulunmamasına rağmen feshi halinde işçi, ihbar ve şartları varsa kıdem tazminatına hak kazanacağı gibi yine koşulları varsa ayrıca ceza koşulunu da isteyebilecektir. Yine aynı şekilde belirli süreli hizmet sözleşmesinde cezai şart öngörülmüşse, sürenin bitimi beklenmeksizin ve haklı bir neden olmaksızın sözleşmenin feshi halinde cezai şartın hüküm altına alınması ge-

92 Şenyüz, **a.g.e.**, s.359. ; Arslan Ertürk, **a.g.m.**, s.112.
93 Yavuz, **a.g.e.**, s.666.
94 Şenyüz, a.g.e., s.368.
95 Arslan Ertürk, **a.g.m.**, s.108.
96 Günay, Borçlar Hukuku, s.228.

rekmektedir.[97] Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde cezai koşul öngörülmüşse, cezai koşul miktarının, belirlenen süreden önce bitmesine ilişkin bakiye süreye ilişkin ücretin altında kalması halinde, cezai koşulun talep edilmiş olması, cezai koşul miktarını aşan kısmın talebine engel teşkil etmez. Kalan miktar da talep edilebilecektir.[98]

Ceza koşulunun götürü nitelikte olmasından dolayı, bir zararın oluşmasına gerek olmadığı gibi, kararlaştırılan miktarın da gerçek zarar miktarına uygun olması da gerekmemektedir. Bu nedenle ceza koşulu, tarafları zarar miktarının ispatlanması külfetinden kurtarır.[99] Ancak ceza koşulu miktarını aşan bir zarar mevcutsa daha önce de belirtildiği gibi, karşı tarafın kusurunun, oluşan aşkın zararın ve sözleşmenin sona erdirilmesi ile zarar arasındaki illiyet bağının ispat edilmesi gerekmektedir.

Son olarak da aşırı derecede yüksek olan ceza koşulunun hakim tarafından indirilebileceğini ve bunun için bu yönde talebin olmasının zorunlu olmadığını belirtmiş olalım.[100]

TBK m.420/f.2 hükmüne göre, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması[101], ibra tarihi itibariyle, sözleşmenin devamı sırasında[102] veya sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş olması, ibra konusu alacağın türü ve miktarının açıkça yazılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri kesin olarak hükümsüzdür.[103]

§2.İŞ KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

A.GENEL OLARAK

İş sözleşmeleri tarafların anlaşması (ikale anlaşması), belirli sürenin sona ermesi, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde fesih bildirim sürelerine uyulması, deneme süresi kararlaştırılmışsa bu süre içinde fesih bildirimi, sözleşmenin türü fark etmeksizin haklı bir nedenin bulunması, taraflardan birinin ölümü gibi birçok sebeple sona erebilmektedir. Bu sözleşmelerin sona erme sebebine bağlı olarak da birtakım sonuçlar doğmaktadır. Şimdi bu sebep ve sonuçları ayrıntılı olarak inceleyelim.

97 Günay, **Borçlar Hukuku**, s.228.
98 Alpagut, **a.g.e**., s.197.
99 Günay, **Borçlar Hukuku**, s.229.
100 Günay, **Borçlar Hukuku**, s.230.
101 Buradaki yazılılık şeklini geçerlilik koşulu olarak anlamamız gerekmektedir.
102 Günay, **Borçlar Hukuku**, s.230.
103 Arslan Ertürk, a.g.m., s.109.

B.İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME SEBEPLERİ

1.İkale Anlaşması

Taraflar iş sözleşmesini, aralarında anlaşarak her zaman sona erdirebilirler. Sona erdirilen iş sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasının da bu noktada bir önemi bulunmamaktadır. Bu anlamda belirli süreli iş sözleşmesinde belirli sürenin, belirsiz süreli iş sözleşmesinde de fesih bildirim sürelerinin beklenmesi gerekmez.[104]

İkale anlaşmasının en önemli sonucu iş sözleşmesini sona erdirmesidir. İkale sözleşmesi kanunlarda özel olarak belirlenen bir sözleşme türü olmadığı için içeriği taraflarca belirlenir. Bu kapsamda taraflar, ikalenin iş sözleşmesini ne zaman sona erdireceğini de belirleme imkanına sahiptir.[105] Bu nedenle ikale sözleşmesinin tarafları, iş sözleşmesinin gelecekte bir tarihte de sona ereceği hususunu kararlaştırabilirler.[106] Ancak taraflar böyle bir belirlemede bulunmamışlarsa bu halde genel hükümler uyarınca yorum yapılması gerekmektedir.[107] TBK hükümleri gözönüne alındığında, ikale sözleşmesi kabul beyanının karşı tarafa ulaştığı anda kurulmuş olacaktır.[108] Bu kuraldan hareketle, ikale anlaşması hazırlar arasında yapılmaktaysa, sözleşmenin kurulması ile iş sözleşmesi de bu zamanda ortadan kaldırılmış olacak[109]; eğer hazır olmayanlar arasında yapılmaktaysa, bu halde ikale sözleşmesi kabul haberinin varmasıyla kurulacağından kabulün varma zamanından itibaren iş sözleşmesi ortadan kaldırılmış olacaktır.[110]

İş sözleşmesinin kurulmasından sonra işçi, iş görme edimini ifa etmeye başlamışsa ve bu aşamada ikale gerçekleşmişse, ikale sözleşmesiyle iş sözleşmesinin kurulması tarihine kadar geçmişteki bir tarihte sona ereceğinin kararlaştırılması mümkün görülmemektedir. Ancak buna rağmen bu şekilde bir anlaşma yapılmışsa sözleşmenin tümden geçersiz kılınıp kılınmayacağı gündeme gelecektir. Böyle bir durumda taraf iradeleri yorumlanmalı, geçmişe etki ile ilgili hüküm geçersiz kılınırsa ikale sözleşmesi hiç yapılmayacak idiyse ikale sözleşme tümden geçersiz olmalıyken; geçmişe etki ile ilgili hüküm geçersiz olsa dahi ikale sözleşmesinin diğer

104 Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 22.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.93.
105 Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale , 2.Bası, Turhan Yayınları, Ankara, 2016, s.310.
106 Astarlı, a.g.e., s.311.
107 Astarlı, a.g.e., s.312.
108 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, C.1, s.69-70.
109 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.251.
110 Astarlı, a.g.e., s.313.

hükümler ile geçerli olacağı sonucuna ulaşılıyorsa, bu halde yalnızca geçmişe etki ile ilgili hüküm geçersiz sayılacaktır.[111]

İş sözleşmesinin tarafların karşılıklı anlaşmasıyla sona ermesi fesih dışında bir sona erme sebebi olup, işverenin iş sözleşmesini sona erdirmek için işçiye fesih bildirim sürelerini uygulaması yahut bu sürelere ait ücret ödemesi söz konusu değildir. İş sözleşmesi tarafların karşılıklı anlaşması ile derhal veya belirlenecek bir tarihte kendiliğinden sona ereceği için usulsüz feshin yaptırımı olan ihbar tazminatı talep edilemez.[112]

İleride detaylı olarak açıklanacağı üzere kıdem tazminatına hak kazanma koşulları İş Kanunu tarafından belirlenmiş ve sözleşmenin hangi sona erme hallerinde bu tazminata hükmedileceği sayılmıştır. Tarafların aralarında anlaşarak iş sözleşmesini sona erdirmeleri bu hallerden biri olmayıp, işçinin kıdem süresi ne olursa olsun bu halde işçiye kıdem tazminatı ödenmeyecektir.[113]

İşverenin, iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin ikale sözleşmesini geçerli bir nedene veya herhangi bir nedene dayandırma zorunluluğu da bulunmamaktadır. İşçi, ileride ayrıntılı olarak incelenecek olan iş güvencesine sahip dahi olsa, tarafların karşılıklı anlaşması söz konusu olduğu için feshe karşı korunmayı gerektirecek bir durum mevcut olmaması ve ikale sözleşmesinde gerek geçerli neden aranmaması, gerekse de ikalenin fesih niteliği taşımamasından dolayı işçinin işe iade davası veya geçersizlik tespiti istemesi ve buna bağlı tazminatlara da hak kazanması mümkün değildir.[114]

2.Taraflardan Birinin Ölümü

Tarafların ölümüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmeleri arasında bir fark bulunmadığı için önceki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir.[115]

3.Deneme Süreli İş Sözleşmelerinde Sona Erme

Deneme süreli iş sözleşmelerine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hüküm-

111 Astarlı, a.g.e., s.315-316.

112 Yargıtay 9. H.D. 2006/37425 E. , 2007/6511 K. , 13.03.2007 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:28.11.2017.

113 Astarlı, a.g.e., s.307.

114 Astarlı, **a.g.e**., s.308.

115 Bkz. s.11 vd.

lerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmeleri arasında bir fark bulunmadığı için, önceki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir.[116]

4.Belirli Süreli İş Sözleşmelerinde Sona Erme

Belirli süreli iş sözleşmelerine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmeleri arasında bir fark bulunmadığı için önceki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir.[117]

5.Belirsiz Süreli İş Sözleşmelerinde Sona Erme (Süreli Fesih)

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde taraflardan her biri, işçinin kıdemine bağlı olarak belirlenen sürelere uymak koşuluyla sözleşmeyi feshetme imkanına sahiptir. Ancak işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre birtakım farklar İş Kanunu'nda belirlenmiştir. Şimdi bu farklara ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunalım.

5.1.İş Güvencesi Kapsamında Olmayan İşçiler Bakımından

5.1.1.Süreli Fesih

Süresi belirsiz iş sözleşmelerinin feshinde uyulması gereken bildirim süreleri İş Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşme;

- İşi altı aydan kısa sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

- İşi altı aydan bir buçuk yıla kadar[118] sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

- İşi bir buçuk yıldan üç yıla kadar[119] sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

- İşi üç yıldan fazla sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır. İş Kanunu'ndaki fesih bildirim süreleri karşı tarafa varmasından itibaren hesap olunur.[120]

116 Bkz. s.10 vd.
117 Bkz. s. 3 vd.
118 Tam bir buçuk yıl ise yine 4 hafta
119 Tam üç yıl ise yine 6 hafta
120 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.266.

Bu süreler asgari süreler olup, sözleşme ile arttırılabilir. Bu sürelerin altında süre kararlaştırılması geçersiz olup, böyle bir durumda yasal süreler uygulanır.[121] İşçi için farklı, işveren için farklı bir süre belirlenebilmesi öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre[122] bu mümkün görülmemektedir. Sürelerin aynı olması yasal zorunluluktur. Fesih bildirim süreleri arttırılmışsa her iki taraf için de uzun olan süre uygulanmalıdır. Bir diğer görüşe göre ise, farklı sürelerle artırım mümkündür. Ancak bu durumda, işçi için öngörülen bildirim süresi, işveren için öngörülen süreden uzun olmamalıdır. Aksi takdirde, işçinin korunması ilkesine aykırı davranılmış olur.[123] Kanımızca ilk görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira böyle bir yasal zorunluluk İş Kanunu'nda bulunmamakla birlikte, TBK hükümlerinin bu kapsamda değerlendirilmesini doğru bulmamaktayız.

Yargıtay'a göre, sözleşmeyle arttırılabilen fesih bildirim süreleri en fazla ihbar ve kötüniyet tazminatlarının süre bakımından toplamı kadar yapılabilir.[124]

İş sözleşmesinin fesih bildirimi ile sona ermesinde, bildirimin yapıldığı tarihin üzerine Kanun'da gösterilen, fesih bildirim süreleri eklenir. Bildirim, haftanın hangi günü yapılmışsa sözleşme de o günün hafta olarak aynı ismi taşıyan gününde sona erecektir. Örneğin 2 yıllık kıdemi olan bir işçinin iş sözleşmesi sona erdirilirken; fesih bildirimi salı günü yapılmışsa, 6 hafta sonraki salı günü iş sözleşmesi sona ermiş olacaktır.[125]

Fesih bildirimi süresi içinde tarafların durumlarında herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Bu süre içinde tarafların karşılıklı borçları ifa edilmeye devam edilir. İşçi ve işveren arasında sözleşmeye dair tüm hak ve borçlar eskisi gibi devam eder.[126]

İş Kanunu m.17/f.5 hükmü işverene, işçinin bildirim sürelerine ait ücretin peşin olarak ödenmesi suretiyle iş sözleşmesini feshedebilme yetkisi vermiştir. Uygulamada fazlaca yer edinen bu durumun, iş sözleşmesi feshedilen işçinin verimli çalışmaması, işten çıkarılan işçinin o psikoloji ile huzur bozucu davranışlarda bulunabilme ihtimali göz önüne alındığında,

---

121Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.268. ; Süzek, a.g.e., s.538.

122 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.267.

123 Şeker, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 11.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.162. ; Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Yayınları, Ankara, 2012, s.819.

124 Yargıtay 9. H.D. 2007/24490 E. , 2008/20203 K. , 14.07.2008 T.kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 30.11.2017.

125 Şeker, a.g.e., s.162.

126 Süzek, a.g.e., s.542.

pratik faydasının olduğu söylenebilecektir.[127] Yargıtay, bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshinde, işçinin kıdemini bu tarihte kesilmiş sayılacağına hükmetmektedir.[128] Ancak doktrinde bu durum, işçinin bildirim süresi uygulansaydı hak kazanacağı ikramiye, yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı gibi hakları olumsuz etkilediğinden dolayı eleştirilmektedir.[129]

Fesih bildirim döneme ait ücret geniş anlamda ücret olup, işçinin giydirilmiş ücreti üzerinden hesap edilmesi gerekir. Ayrıca işverenin fesih bildirim sürelerini bölerek, bir kısmının peşin ücretini verip, diğer kısım için işçiyi çalıştırması mümkün değildir.[130]

Fesih hükümleri geçmişe etkili nitelikte değildir ve karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hukuki sonuç doğurur.[131] Yargıtay da bu görüştedir.[132]

Son olarak, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilirken geçerli nedene dayanılması zorunluluğu bulunmadığı, yalnızca ileride ayrıntılı açıklanacağı üzere feshin kötüniyete dayandığı hallerde kötüniyet tazminatı gündeme gelebileceği hususunu hatırlatmış olalım.[133]

5.1.2.Şekil

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshinde yazılılık şekli, geçerlilik koşulu olmayıp, ispat koşuludur. İş sözleşmesinin feshine dair ispat kolaylığı sağlaması açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle işveren, fesih iradesini yazılı, sözlü veya bunu ortaya koyabilecek bazı davranışları ile ortaya koyabilir. Aynı durumun işçi için de geçerli olduğunu belirtmiş olalım.[134]

5.1.3.Usulsüz Fesih ve Yaptırımı

Usulsüz fesih durumunda, yani taraflardan birinin fesih bildirim sürelerine uymaksızın ve o süreye ait peşin ücreti ödemeksizin iş sözleşmesini

127 Şeker, a.g.e., s.163.

128 Yargıtay 9. H.D. 1974/29983 E. , 1974/25452 K. , 19.11.1974 T.kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.11.2017.

129 Şeker, a.g.e., s.164.

130 Süzek, a.g.e., s.547.

131 Süzek, a.g.e., s.536.

132 Yargıtay 9. H.D. 2005/34222 E. , 2006/13100 K. , 09.05.2006 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

133 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.278.

134 Süzek, **a.g.e**., s.535.

feshetmesi halinde, o sürelere ait ücreti ihbar tazminatı olarak ödemesi ve iş sözleşmesi işveren tarafından usulsüz fesih yapılmaktaysa ve şartları sağlanıyorsa kıdem tazminatına hak kazanılır. Bu tazminatlar için ileride ayrıntılı inceleneceği üzere, herhangi bir zarar oluşması veya bu zararın ispatı gerekmez.[135]

Her ne kadar İş Kanunu'nda usulsüz fesih halinde genel hükümlere göre tazminat istenebileceği hükmü yer almasa da, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca şartları varsa, genel hükümlere göre maddi veya manevi zararların da tazmini istenebilir.[136] Usulsüz fesih durumunda, fesih bildirim süresine ait ihbar tazminatını aşan bir zarar mevcutsa bu zarar ve bu zarar ile usulsüz yapılan fesih arasındaki illiyet bağı ispatlanarak maddi ve manevi zararların tazmini istenebilir.[137] Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.[138]

5.1.4.Kötüniyetli Fesih ve Yaptırımı

İş sözleşmesinin feshinin gerçekte dayandığı sebep dürüstlük kurallarına aykırı olabilir. Böyle bir fesih ise ***"kötüniyetli fesih"*** olarak adlandırılmaktadır. İş Kanunu'nda hangi hallerde fesih hakkının kötüniyetle kullanıldığı gösterilmiş değildir. Bu nedenle fesih hakkının kullanım sınırının kötüniyetli bir fesih olup olmadığını, her somut olayın koşullarına göre objektif iyiniyet kurallarına göre belirlememiz gerekmektedir.

Fesih hakkının kötüye kullanıldığı hallerde, işveren işçiye bildirim sürelerine ilişkin ücretin (ihbar tazminatının) üç katı tutarına kadar tazminat ödemek zorundadır. Kötüniyet tazminatında işçinin asıl ücretine ek olarak işçiye sağlanan ve para ile ölçülebilen diğer haklar da göz önüne alınır. Kısaca kötüniyet tazminatı işçinin giydirilmiş ücreti esas alınarak hesaplanmaktadır. Ayrıca taraflar aralarında anlaşarak kötüniyet tazminatı miktarını da artırabilirler.[139]

Bununla beraber İş Kanunu'nda işçinin kötüniyetli feshine dair bir yaptırım öngörülmüş değildir. Bu durum karşısında, işçiden TMK hükümleri uyarınca ve genel hükümlere göre bir tazminat istenebilecektir.[140]

---

135 Süzek, **a.g.e**., s.551 vd.

136 Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.389.

137 Süzek, a.g.e., s.553 vd.

138 Yargıtay 9. H.D. 2007/41164 E. , 2009/8092 K. , 26.03.2009 T. Kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

139 Sümer, **a.g.e**., s.107.

140 Süzek, **a.g.e**., s.561.

İş sözleşmesinin kötüniyetli feshedildiğini ileri süren işçi bunu ispatlamakla yükümlüdür. Ancak kötüniyet tazminatına hak kazanabilmek için herhangi bir zarara gerek olmadığı gibi bu zararın da ispatı gerekmez.[141]

Her ne kadar Süzek'e göre[142] kötüniyet tazminatı yanında ihbar tazminatı istenemeyeceği belirtilmişse de; kanımızca, kötüniyetle yapılan fesih söz konusuysa ve sürelere de uyulmamışsa ayrıca ihbar tazminatı ve şartları şağlanıyorsa kıdem tazminatının da ödenmesi gerekir. Zira İş Kanunu ile işçinin korunması amaçlanmaktadır ve bu yönde yorum yapılması gerektiği görüşüne katılmaktayız.

Son olarak kötüniyet tazminatında zamanaşımı süresinin İş Mahkemeleri Kanunu ile 5 yıla indirildiğini belirtmiş olalım.

5.2.İş Güvencesi Kapsamındaki İşçiler Bakımından

5.2.1.İş Güvencesi Tanımı

İş Kanunu'na göre, otuz veya daha fazla işçi[143] [144] [145] çalıştırılan işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi[146] [147] bulunan, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle[148] çalışan ve işletmenin bütününü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcılarından yahut işyerinin bütününü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekili konumunda bulunmayan[149] işçiler iş güvencesi kapsamındadır.[150] İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sona erdirilebilmesi için geçerli veya haklı bir nedenin bulunması gerekmektedir.

---

141 Sümer, **a.g.e**., s.107.

142 Süzek, **a.g.e**., s.564.

143 Otuz işçinin hesabında, iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın, işçilerin tümü göz önüne alınırken; buna karşılık, işçi statüsü bulunmayan stajyerler, öğrenciler, çıraklar otuz işçinin hesabında göz önüne alınmayacaktır.

144 Otuz işçi sayısı feshin yapıldığı tarihte hesaplanmalıdır. ; Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2006. 164-165.

145 Otuz işçinin hesabında ayrı iş kolları hesaba katılmaz. ; Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.865.

146 Yer altında çalışan işçiler için kıdem koşulu aranmaz ; altı aylık kıdem hesabında, aynı işverene ait işyerlerinde farklı zamanlarda çalışılması durumunda bu süreler toplanır. Bununla birlikte Yargıtay, altı aylık süreye çok kısa bir süre kala yapılan feshin, somut olayda iş güvencesini ortadan kaldırmaya yönelik bir fesih olabileceği ve iş güvencesi hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmiştir.

147 Yargıtay 9.H.D. 2007/27725 E. , 2008/7812 K. , 08.04.2008 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 30.11.2017.

148 Belirli süreli iş sözleşmesi varsa iş güvencesinden bahsedilemez. Ancak objektif bir neden olmadığı halde, üst üste yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşeceğinden, bu hallerde iş güvencesi oluşacaktır.

149 Bu sayılan yetkileri bulunan kişilerin iş güvencesi bulunmamaktadır.

150 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.286.

İş güvencesi yalnızca işverenin iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde gündeme gelebilecek bir kurumdur. Dolayısıyla işçinin feshi halinde iş güvencesinden bahsedilemez.[151]

İş Kanunu'nun iş güvencesi kapsamında düzenlemiş olduğu ve ileride ayrıntılı bir şekilde incelenecek olan iş güvencesi tazminatı (4-8 aylık ücret tutarında) ve boşta geçen sürelere ilişkin tazminat (en çok 4 aylık ücret tutarında) emredici nitelikte olup, işçi lehine dahi olsa değiştirilemeyecektir.[152]

5.2.2.Koşulları

5.2.2.1.Feshin Geçerli Bir Nedene Dayanması

İş Kanunu'nda, belirsiz süreli iş sözleşmesinin fesih bildirimi ile feshinde işverenin geçerli bir neden dayanması gerektiği öngörülmüş ve geçerli nedenlerin neler olduğu hükme bağlanmıştır (İş K.m.18/f.1). İleride ayrıntılı olarak incelenecek olan, iş sözleşmesini haklı nedenle feshe hak verecek hallerin, haklı neden ağırlığına ulaşmamış olması halinde, işverene sözleşmeyi geçerli nedenle fesih hakkı verebileceği söylenebilir. Geçerli nedenin yalnızca işveren tarafından fesih hallerinde arandığının, işçi bakımından fesihte böyle bir zorunluluğun aranmadığının unutulmaması gerekmektedir. Şimdi bu geçerli nedenleri inceleyelim.

(i) İşçinin yetersizliği ve davranışları

Ortalama olarak benzer bir işi gören işçiden daha az çalışma, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olma, işe yoğunlaşmanın azalması, işe yatkın olmama, öğrenme ve kendini yetiştirme konusunda yetersizlik, sık sık hastalanma, çalışamaz duruma gelmemekle birlikte, iş görmeyi devamlı şekilde etkileyecek hastalık gibi haller işverene, iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetme konusunda hak verecek niteliktedir.

İşçinin işi görmede fiziki bir yetersizliğinden söz ediliyorsa, yalnız bu halin varlığı yeterli olmamakta, aynı zamanda bu halin işi de aksatması gerekmektedir.[153]

İşçinin mesleki yetersizliği kural olarak geçerli fesih nedenidir. İşçinin gerektiği kadar çalışmaması, sorumluluk alma, hızlı kararlar alma vb.

151 Yargıtay 9.H.D. 2003/15650 E. , 2003/14623 K. , 16.09.2003 T.kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

152 Süzek, a.g.e., s.659.

153 Süzek, a.g.e., s.587.

konularda eksik kalması, işi layığıyla yapamaması, yoğunlaşma ve odaklanma konusunda sorunlar yaşaması, iş temposuna yetişememesi verim ve performans nedeniyle geçerli fesih sebepleridir. Bu anlamda işçinin yalnızca uzmanlık belgesi veya diplomaya sahip olması yeterli olmamakta; aynı zamanda işçinin bu işi layığıyla da yapıyor olması gerekmektedir.

Geçerli nedenle fesih için işçinin performans ve verim düşüklüğü sürekli nitelikte olmalıdır.[154] İşverenin, iş güvencesine sahip işçinin yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesini feshedebilmesi için, işyerinde düzenlik olarak, objektif ve gerçekçi ölçümlere dayanan performans değerlendirmesi yapması ve bunları belgelendirmesi gerekmektedir. İşçinin gerekli resmi izin veya belgeye artık sahip olmaması da geçerli fesih nedenidir.[155] Ayrıca işçinin mesleki yetersizliğinden dolayı iş sözleşmesinin feshinde kusur aranmamaktadır.[156]

Yukarıda da açıklandığı üzere, işçinin davranışları haklı nedenle fesih imkanı verecek boyutta değilse de, iş sözleşmesinin geçerli nedenle fesih imkanı verebilmesi söz konusudur. Bu sebeple geçerli nedenle feshe olanak veren nedenler işçinin yalnızca iş sözleşmesine veya iş görme edimine aykırı davranışlarla sınırlı kalmamaktadır.[157] Bununla beraber, Yargıtay'ın bir kararında[158] da belirtildiği üzere, sabıkası bulunan işçi için güven duygusunun zedelenmesi sebebiyle iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceğine yer verilmiştir.

Bununla beraber tahdidi olmamak üzere; işverene zarar verilmesi, verilen zararın tekrarı tedirginliğinin yaratılması, işverenin diğer işçilerini kışkırtmak, işi uyarılara rağmen eksik veya kötü ifa etmek, iş akışını bozacak ilişkilerde bulunmak, iş akışını bozacak telefon görüşmeleri yapmak, sık sık işe geç kalmak, ciddi geçimsizlik göstermek, tartışmalara girmek vb. haller geçerli nedenle fesih hallerine dayanak yapılabilecek hallerdendir.[159]

---

154 Yargıtay 9.H.D. 2007/27584 E. , 2008/5327 K. , 18.03.2008 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

155 Ekonomi, Münir, "Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi", Çimento İşveren Dergisi Özel Ek-1, S.:2 , C.:17, Mart 2003, s.1-40, s.8-11. (çevrimiçi), www.ceis.org.tr/dergi-Docs/isGuvencesi.pdf, E.T.:30.11.2017.

156 Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.1, 2.Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2008, s.520.

157 Ekonomi, a.g.m., s.10.

158 Yargıtay 9.H.D. 2007/16878 E. , 2007/30923 K. , 22.10.2007 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

159 Süzek, **a.g.e**., s.594.

(ii) İşletmenin, işyerinin veya işin gerektirdiği haller

Sürüm ve satış olanaklarının azalması, talep ve siparişin azalması, ekonomik kriz, piyasalardaki genel durgunluk, pazar kaybı, ham madde temininde sıkıntı, yeni çalışma yöntemlerinin uygulanması, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, işyerinin bazı bölümlerinin kapatılması, bazı iş türlerinin kapatılması gibi sebepler geçerli nedenler olarak sayılmaktadır.[160]

Ekonomik güçlüklerin geçerli fesih nedeni olabilmesi için ise gerçek olması gerekmektedir. Yani günlük bir ciro düşüşü, yalnız bu nedenle işverene geçerli neden vermeye yeterli olamayacaktır.[161] Ancak işyerinde iş gücü fazlalığı bulunmaktaysa ve kadro daraltılması yoluna gidilmişse, feshin geçerli nedene dayandığı sonucu çıkarılacaktır.[162]

İşverenin, iş sözleşmesini işletmenin, işyerinin veya işin gerektirdiği haller nedeniyle geçerli nedenle feshetmesi halinde, almış olduğu işletmesel kararı uygulamak için yaptığı feshin objektif olarak zorunlu olduğu hususunu da ispatlaması gerekmektedir.[163]

İş organizasyonunun yeniden yapılandırılması da iş sözleşmesinin feshi açısından geçerli bir nedendir. Ancak Yargıtay'a göre, yeniden yapılandırmanın ciddi ve gerçek olması gerekmektedir. Kağıt üzerinde kalan yeniden yapılanmalar bu anlamda geçerli fesih sebebi oluşturmaya yeterli görülmemektedir.[164]

İşçinin iş gücü fazlası sebebiyle iş sözleşmesinin feshinin üzerine aynı iş için başka bir işçi istihdam edilirse Yargıtay, haklı olarak, bu gibi durumlar için yapılan feshin geçerli sebebe dayanmadığı görüşündedir.[165]

5.2.2.2.Feshin Son Çare Olması (Ultima Ratio)

Geçerli bir fesihten söz edilebilmesi için ortaya çıkan işletme veya işin gereklerinin işyerinde iş gücü fazlalığı yaratması ve ayrıca yapılacak feshin son çare olması da gerekir.[166]

---

160 Süzek, **a.g.e**., s.606.

161 Süzek, **a.g.e**., s.609.

162 Yargıtay 22. H.D. 2017/30594 E. , 2017/7664 K. , 04.04.2017 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

163 Kılıçoğlu/Şenocak, **a.g.e**., s.1404.

164 Yargıtay 9.H.D. 2006/32084 E. , 2006/31228 K. , 27.11.2006 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 30.11.2017.

165 Yargıtay 9.H.D. 2007/24415 E. , 2007/38774 K. , 24.12.2007 T.kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 30.11.2017.

166 Süzek, **a.g.e**., s.607.

Yargıtay'a göre, işletmesel karar olarak alınan fesih tedbirinin zorunlu olması gerekir. Bunun yanında fesih dışında başka bir çözüm yolu getirilmesi mümkün ise fesih yoluna bu ilke gereği başvurulamaz.[167] Örneğin bir işçi o iş için yetersizse, ancak başka bir iş için yeterliliği bulunuyorsa işveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmemeli, yeterli olacağı düşünülen işe başlatmalıdır. Aksi takdirde yapılacak fesih bu ilke uyarınca geçersiz fesih niteliğinde olacaktır.[168]

Feshin son çare olması, yalnızca işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan fesihler için değil, aynı zamanda işçinin davranışı veya yetersizliği nedeniyle yapılacan fesihler için de duruma göre uygulanması gereken bir ilkedir.[169]

Son olarak, bu ilkenin yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler için uygulanması gereken bir zorunluluk olduğu unutulmamalıdır.

5.2.3.Şekil

Kanun'a göre işverenin iş güvencesi bulunan işçinin iş sözleşmesini fesih bildirimini yazılı olarak yapması gerekmektedir (İş K.m.19/f.1). Buradaki yazılı şeklinin geçerlilik koşulu olarak kabul edilmesi gerekmektedir.[170]

İş güvencesi bulunan işçinin iş sözleşmesi yazılı fesih bildirimi ile sona erdirilirken, fesih nedeni açık ve kesin bir şekilde bildirilmek zorundadır. (İş K.m.19/f.1) Bu hükme göre, sözleşmenin feshi iradesinin yanında, fesih nedeni, somut olay veya durum olarak tartışmaya yol açmayacak kesinlikte bir yazılı fesih beyanında bulunulmalıdır.[171] Bu çerçevede kesin bir somut durum ifade etmeyen ***"davranışlarınızdan dolayı"*** gibi açık olmayan, muallakta bulunan ifadelerin fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirttiği söylenemez.[172]

---

167 Yargıtay 9.H.D. 2004/27003 E. , 2004/27998 K. , 16.12.2004 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

168 Süzek, **a.g.e**., s.618.

169 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.299.

170 YHGK 2014/9-2165 E. , 2017/141 K , 25.01.2017 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.11.2017. ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.307.

171 Yargıtay 9.H.D. 2003/18040 E. , 2003/18119 K. , 27.10.2003 T. kararı (çevrimiçi), http://bilgibankasi.istanbulbarosu.org.tr/karar/akdin-feshi-o-fesih-nedeninin-gosterilme-zorunlulugu/zjVy, E.T.: 29.11.2017.

172 Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.920-921.

Bunun yanında yapılacak feshin şarta bağlanamayacağı hususu da Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.[173] Bir diğer husus ise yazılı olarak hazırlanan fesih bildiriminin işçi tarafından imza karşılığında alınmaması halinde İş K.m.109 hükmüne göre, bu hususun tutanağa alınması ve tespit edilmesi gerekmektedir.[174]

İş K.m.19/f.2'ye göre, işçinin, hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan davranış veya verimliliğine ilişkin nedenlerle iş sözleşmesi feshedilemez. İşveren, davranışı veya verimi ile ilgili bir nedenden dolayı işçinin iş sözleşmesini feshederken her halde savunma almak zorundadır.[175] İşverenin fesih bildiriminden önce işçiye iş sözleşmesini, davranış veya verim ile ilgili somut bir neden göstererek feshetmeyi düşündüğünü bildirmesi ve işçinin savunmasını alması gerekir. Bu bildirimin yazılı yapılması ispat açısından işverene kolaylık sağlayacaktır. Yargıtay'a göre de işçinin savunması, sözleşmenin feshinden önce alınmalıdır. Fesih bildirimi ile birlikte fesih bildirim süreleri içinde veya daha sonra savunma alınması, feshin geçersiz olması sonucunu doğuracaktır.[176] Aynı kararda, işçinin fesihten önce savunma vermeye davet edilmesi, davet yazısında işten çıkarma sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmiş olması, makul bir süre öncesinde belirtilen yer ve zamanda hazır bulunması, hazır bulunmasına rağmen savunma vermemesi halinde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağı hususlarının da yerine getirilmesi şartları Yargıtay tarafından aranmıştır. Ancak iş sözleşmesinin, işin veya işletmenin gerekleri nedeniyle feshinde savunma alınma zorunluluğu bulunmamaktadır.[177]

5.2.4.Süre

İş Kanunu'nda geçerli nedenle feshin hangi süre içerisinde yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu süreye ilişkin uygulama esaslarının ortaya konulması gerekmektedir.[178] Kanun'da herhangi bir düzenlemenin yapılmamasından hareketle fesih bildiriminin geçerli nedenin ortaya çıkmasından itibaren iyiniyet kurallarına göre belirlenecek makul bir süre içerisinde yapılması gerektiği söylenebilecektir.[179]

---

173 Yargıtay 9.H.D. 2008/36258 E. , 2009/16179 K. , 01.06.2009 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 30.11.2017.

174 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.308.

175 Mollamahmutoğlu/Astarlı, a.g.e., s.924. ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.306.

176 Yargıtay 9.H.D. 2009/20438 E. , 2010/14394 K. , 24.05.2010 T. kararı (çevrimiçi) http://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=1359, E.T.: 29.11.2017.

177 Süzek, a.g.e., s.625.

178 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.305.

179 Sümer, **a.g.e**., s.103.

5.2.5.Geçersiz Fesih ve Yaptırımı

İş Kanunu m.18/f.3'te geçerli neden oluşturmayacak haller sayılmaktadır. Buna göre özellikle[180] ;

- Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında ya da işverenin rızası halinde çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak,

- İşyeri sendika temsilciliği veya işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya temsilciliğe aday olmak,

- Kanundan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işverene karşı adli veya idari makamlara başvurularda bulunmak yahut bu hususta başlatılan süreçlere katılmak,

- Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş vb. nedenler,

- Kadın işçinin doğum iznine ayrılması,

- Hastalık veya kaza nedeniyle İş K.m.25/b.1/ (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık halleri geçerli fesih nedeni oluşturmayacaktır. Bu haller tahdidi olarak sayılmamış olup, örnekseyici niteliktedir.

İşveren işçiye bildireceği fesih sebebiyle bağlı olup, bu sebebi sonradan değiştiremeyeceği gibi, başka bir sebebin varlığını da ileri süremeyecektir.[181]

İş güvencesi kapsamındaki iş ilişkilerinde işveren tarafından ödenmesi gereken tazminatın türü ve miktarı, emredici hükümlerle İş Kanunu'nda sınırlandırılmış olmasından dolayı, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin haksız fesih tazminatından veya kötüniyetli fesih tazminatından yararlanabilmeleri mümkün değildir.[182] Bu sebeple iş güvencesine sahip işçiler bakımından fesih geçerli bir nedene dayanmıyorsa, işe iade davası ve bu davaya bağlı birtakım özel tazminat talepleri tanınmıştır.[183] Şimdi bu dava ve talepleri inceleyelim.

---

180 Mollamahmutoğlu/Astarlı, **a.g.e.**, s.920-921.
181 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, **a.g.e.**, s. 172.
182 Süzek, a.g.e. , s.734.
183 Tunçomağ/Centel, **a.g.e.**, s.230.

5.2.5.1. İşe İade Davası

İşveren işçiye fesih bildirimini yazılı olarak yapmamışsa, yazılı bildirim yapılmakla birlikte iş sözleşmesinin fesih sebebi belirtilmemişse, fesih sebebinin belirtilmiş olmasıyla birlikte fesih sebebi geçerli bir nedene dayanmıyorsa, işçi fesih tarihinden itibaren bir ay içinde mahkemeye veya özel hakeme başvurarak feshin geçersizliği sebebiyle işe iade davası açabilir.[184] Kanun'da öngörülen bir aylık başvuru süresi hak düşürücü süre niteliğinde olduğundan mahkeme tarafından re'sen gözönüne alınması gerekmektedir.[185] Bu süre geçirildikten sonra işe iade talep edilemeyeceği gibi, bu davaya bağlanan ve ileride ayrıntılarıyla açıklanacak olan iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen süreye ilişkin tazminatlar da talep edilemeyecektir. Ancak bu süre geçirilse dahi şartları varsa ihbar ve kıdem tazminatı ile maddi ve manevi tazminat istem hakları saklı kalacaktır.[186]

Fesih bildiriminin ihbar sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle yapılması halinde bir aylık süre bu tarihten itibaren başlayacak; ancak iş sözleşmesinin yazılı bir bildirimle feshedilmemesi halinde bir aylık hak düşürücü süre işlemeyecek, buna karşılık işçi feshin bir şekilde öğrenilmiş olması halinde bu öğrenme tarihi esas alınacaktır.[187]

Yalnızca iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde açılabilen işe iade davası, işçinin işyerinden kendi isteği ile ayrıldığı[188], işçinin haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirmesi veya tarafların anlaşarak ikale sözleşmesi yapması hallerinde işe iade davası açılamayacaktır.[189]

Kötüniyet tazminatının, iş güvencesi dışındaki işçilere uygulanacağının hükme bağlanmış olmasından dolayı, iş güvencesi kapsamında olan bir işçinin işe iade talebi yerine kötüniyet tazminatı isteme olanağı bulunmamaktadır.[190] İşe iade davası için iş mahkemesi veya o yerde iş mahkemesi yoksa iş davalarına bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesi görevli mahkeme olacaktır.[191]

---

184 Demir, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 8. Bası, Albi Yayınları, İzmir, 2014, s.348.

185 Mollamahmutoğlu/Astarlı, **a.g.e**., s.930.

186 Demir, **a.g.e**., s.349-350.

187 Çankaya, Osman Güven / Günay, Cevdet İlhan / Göktaş, Seracettin, Türk İş Hukuku'nda İşe İade Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s.197.

188 Uygulamada bu duruma "istifa" adı verilmektedir.

189 Demir, **a.g.e**., s.349.

190 Yargıtay 9.H.D. 2007/33250 E. , 2008/117 K. , 12.02.2008 T. kararı (çevrimiçi), http://www.calismatoplum.org/sayi18/abc/58.pdf, E.T.: 30.11.2017. ; Aynı yönde bkz. Yargıtay 7.H.D. 2015/35747 E. , 2016/14316 K , 19.09.2016 T. kararı (çevrimiçi), E.T.:30.11.2017. ; Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 11.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.710.

191 Demir, a.g.e., s.349.

Burada önemli bir hususa değinmek gerekmektedir. 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu[192] uyarınca iş hukukuna dair birçok düzenlemede değişiklik yapılmıştır. Öncelikle yeni Kanun 01.01.2018 tarihi itibariyle zorunlu arabulucuk kurumunu getirmektedir. Buna göre Kanun'un 3. maddesi ile gelen yeni düzenlemeye göre, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi ve işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde uyuşmazlığın arabulucuya götürülmesi dava şartı olmuştur. Bu şart yerine getirilmeden açılan davalar usulen reddedilecektir. Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamazsa, son tutanağın düzenlenmesi tarihinden itibaren 2 hafta içinde iş mahkemesinde dava açılmalıdır. Yetkili mahkeme ise, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir.

İşe iade davasında iki çeşit karar verilebilmektedir. Bunlardan ilki, feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iade kararı, diğer ise feshin geçerli olduğunun tespiti ile davanın reddidir.

5.2.5.2.İspat Yükü

İş K.m.20/f.2 hükmüne göre, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşveren, sadece geçerli nedenin varlığını değil, bu nedenin feshi zorunlu kıldığını da ispat etmekle yükümlüdür.[193]Bununla birlikte işçi, yapılan feshin başka bir nedene dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.[194] İşveren fesih için aranan geçerli nedenin varlığını ispat etse dahi işçi, feshin başka bir sebebe dayandığı iddiasını ispat ederse fesih yine geçersiz olacaktır.[195]

5.2.5.3.İşe İade Kararı Verilmesi

Mahkemece, açılan işe iade davası sonucunda verilecek hüküm tespit niteliğindedir.[196] Tespit davasının sonucunda verilen karar eda hükmü veya inşai hüküm niteliğinde olmadığından, icrai bir karar niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle, mahkemece verilen tespit hükmü ilamlı icranın

192 Ayrıntılı bilgi için bkz. R.G., Tarih: 25.10.2017, Sayı: 30221

193 Süzek, a.g.e., s.610.

194 Mollamahmutoğlu/Astarlı, **a.g.e**., s.930. ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e**., s.314.

195 Mollamahmutoğlu/Astarlı, **a.g.e**., s.931.

196 Tespit davaları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Karslı, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Bası, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012, s.378 vd.

konusu olamayacaktır.[197] Verilen işe iade hükmü işveren için bağlayıcı olmayıp, işverenin işçiyi işe başlatıp başlatmama konusunda takdir hakkı bulunmaktadır. Ancak işveren işçiyi işe başlatmazsa, süre olarak belirlenen tazminatlar ayrıca bir eda davası ile yahut icra takibi ile ayrıca talep edilmelidir.[198] Ancak bu düzenlemenin, dava sayısını arttırdığı aşikâr olduğundan yerindeliği tartışılabilir niteliktedir.

5.2.5.3.1.İşçinin İşverene Başvurması

Mahkeme tarafından veya özel hakem tarafından, yapılan feshin geçersizliğine karar verilmesi ve işçinin işe iadesine karar verilmesi halinde, kesinleşen mahkeme kararının tebliği tarihinden itibaren, işçinin on iş günü içinde işe başlamak üzere işverene başvuruda bulunması gerekmektedir (İş K. m.21/f.5). Kesinleşen mahkeme ilamının yalnızca işçiye değil işverene de tebliği, işverenin işçiyi işe başlatma açısından gerekli ön hazırlığı yapması açısından faydalı olacaktır. İşçinin tatil günlerinde yapacağı başvuru da hukuken geçerli kabul edilmektedir; yeter ki, Kanun'da belirtilen süre içerisinde yapılan başvuru işverene ulaşmış olsun. Doktrinde de işçinin işverene işe iade başvurusunda, tebligatın postada gecikmesinden işverenin sorumlu tutulamayacağı görüşü hakimdir.[199]

Kanun'da belirtilen on günlük süre hak düşürücü nitelikte bir süredir. Bu süre geçtikten sonra yapılan başvuruları işverenin kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira bu hallerde yapılan fesih geçerli hale gelecektir.[200] Yine işçinin, kesinleşen mahkeme ilamının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak üzere işverene başvurmaması halinde, işverenin işe başlatmamanın doğurduğu iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen sürelere ait ücret ile diğer hakların da ödenmesi yükümlülüğü ortadan kalkar. Ancak buna rağmen yukarıda da açıklandığı gibi şartları gerçekleşmişse işverenin ihbar ve kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü devam eder.[201]

İşçi işe başvuruda bulunurken samimi olmalıdır. Söz konusu işe başvuruda işe başlatılmayı istemeyip, yalnızca iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen sürelere ait ücret ve diğer hakların talebi işçinin başvuruda bulunmamış sayılmasına yol açacağı gibi, yapılan başvurunun sonradan geri

197 Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.439.

198 Süzek, **a.g.e**., s.638.

199 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.316.

200 Demir, **a.g.e**., s.357.

201 Demir, **a.g.e**., s.358.

alınması halinde de öngörülen süre içinde işe başvurulmamış sayılmasına yol açacaktır.[202]

5.2.5.3.2.İşçinin İşe Başlatılması

İşçi tarafından yapılan başvuru sonucunda işe başlatılan işçiye yalnızca, en çok dört aya kadar ücreti tutarındaki boşta geçen süreye ait tazminat ve diğer hakları ödenirken; işe başlatıldığı için iş güvencesi tazminatı olan 4-8 aylık ücreti tutarındaki miktar ödenmeyecektir. Ancak fesih sırasında ihbar sürelerine ait ücreti peşin ödenmiş olabileceğini belirtmiştik. Bu ücretin yanısıra kıdem tazminatı da işçiye ödenmiş olabilir. İşte bu gibi ihbar ve kıdem tazminatının peşin olarak ödenmiş olması halinde, ödenen miktarlar işçinin boşta geçen süreye ait tazminat alacağından mahsup edilir[203] (İş K. m.21/f.4).

İşçi işe başlatılırsa; fesih geçersiz sayılacağından iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş gibi, bir kesinti olmaksızın devam ettiği kabul edilmektedir. Yine işverenin, işçiyi işe başlatma için samimi ve şart içermeyen bir teklifte bulunması gerekir. İşçi eski işinde ve aynı koşullarla işe başlatılmalıdır. Aksi takdirde ilerde değinilecek olan esaslı değişiklik koşulları uygulama alanı bulacaktır.[204] Yargıtay da böyle hallerde geçerli bir işe başlatma bulunmadığına hükmetmektedir.[205]

İşçinin de, işveren tarafından yapılan işe iade davetini kabul etmesi gerekir. Aksi tarkdirde daha önce yapılmış olan fesih geçerli nedenle yapılmış bir fesih olarak nitelendirilecektir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda[206] **işverence yapılan işe başlatma davetine işçinin uymaması halinde**, daha önce yapılan feshin geçerli olduğuna karar vermiştir.

5.2.5.3.3.İşçinin İşe Başlatılmaması

İş Kanunu'na göre mahkemenin veya özel hakemin kesinleşmiş işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak üzere başvuruda bulunan işçiyi, işveren de başvurudan itibaren bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Yargıtay'a göre işverenin, işçinin işe iadesi talebini kabule ilişkin beyanı kesin ve şarta bağlı olmayan ve samimi bir beyan

202 Mollamahmutoğlu/Astarlı, **a.g.e**., s.950-951.

203 Demir, a.g.e., s.359. ; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.320-321.

204 Süzek, a.g.e., s.648-649.

205 Yargıtay 9.H.D. 2014/35250 E. , 2016/6633 K. , 21.03.2016 T. kararı www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

206 Yargıtay 9. H.D. 2009/18144 E. , 2009/34204 K. , 10.12.2009 T. kararı, (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr E.T.: 28.11.2017.

olmalıdır. Ayrıca işçinin önceki ücretinden daha düşük ücretle işe başlatılmaması gerekir.[207]

Bir aylık süre içerisinde işveren dilediği zamanda işçiyi işe başlatabilme yetkisine sahiptir.[208] Yargıtay'a göre, işçinin işe iade sonrasında başvuruda bulunmasına rağmen işe başlatılmamasına ilişkin, işe başlatılmayacağının sözlü veya eylemli olarak açıklanması tarihi veya bir aylık sürenin sonu iş sözleşmesinin feshi tarihi sayılır.[209]

İşveren bu süre içinde işçiyi işe başlatmazsa, en az dört en fazla sekiz aylık ücret tutarında iş güvencesi tazminatı ve bunun yanında boşta geçen sürelere ait ve en çok işçinin dört aylık ücreti tutarında bir tazminat[210] ödemekle yükümlüdür.

İş güvencesi tazminatı işçinin çıplak brüt ücreti tutarından hesaplanmakta iken[211] ; boşta geçen süreye ait tazminat giydirilmiş brüt ücret üzerinden hesaplanmaktadır.[212] Yargıtay'a göre, işe iade davasında talep edilmese dahi işe iadeye bağlanan tazminatlara mahkeme tarafından hükmedilmelidir.[213] Ancak kanımızca bunun, taleple bağlılık hususu karşısında ne kadar isabetli olduğu tartışmaya açıktır.

Yine Yargıtay'a göre hakimin, işe başlatılmama (iş güvencesi) tazminatını 4 ay ile 8 ay arasında belirlerken, işçinin kıdemi ve fesih nedeni gibi hususları gözönünde bulundurması gerekmektedir.[214] Yargıtay bir kararında[215], on yıllık kıdemi olan bir işçi için, yerel mahkemenin alt sınır olan 4 aylık ücret tutarında tazminat belirlemesini haksız bulmuş ve kararı

---

207 Yargıtay 9.H.D. 2007/42753 E. , 2008/20175 K. , 14.07.2008 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

208 Kurt, Resul / Koç, Muzaffer, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davları, 3.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.491.

209 Yargıtay 9. H.D. 2007/38730 E. , 2009/7345 K. , 18.03.2009 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr , E.T.:28.11.2017.

210 İşçinin işe başlatılmayacağının sözlü veya eylemli olarak açıklandığı tarihte veya bir aylık sürenin sonunda iş sözleşmesi feshedilmiş sayılacağından, fesih tarihindeki ücret üzerinden işe başlatmamaya bağlı tazminatların ödenmesi gerekmektedir. ; Kurt/Koç, a.g.e., s.492.

211 Yargıtay 9. H.D. 2017/21858 E. , 2017/11169 K. , 22.06.2017 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr , E.T.: 28.11.2017.

212 Yargıtay 9.H.D. 20015/24463 E. , 2017/10966 K. , 20.06.2017 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:28.11.2017.

213 Yargıtay 9.H.D. 2005/29066 E. , 2005/30405 K. , 19.09.2005 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

214 Kurt/Koç, **a.g.e**., s.493.

215 Yargıtay 9. H.D. 2006/27696 E. , 2007/122 K. , 22.01.2007 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr , E.T.: 28.11.2017.

bozmuştur. Benzer şekilde bir başka kararında[216] ise, 10 aylık kıdemi bulunan işçi için yerel mahkemenin üst sınır olan 8 aylık ücret tutarında tazminat belirlemesini haksız bularak bozmuştur.[217]

İşe iadeye karar verilmiş olması ve bu kararın kesinleşmesi halinde, işçinin çalıştırılmadığı süre içerisinde kararın kesinleşmesine kadar geçen süreye ait ücret konusu, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık iznin hesabında dikkate alınmalıdır.[218] Ancak Yargıtay bir kararında[219], işe iade davasını kazanan ve fakat işveren tarafından işe başlatılmayan işçinin kıdeminin hesabında, boşta geçen süreye dair en fazla dört aylık sürenin esas alınabileceğini kabul etmiştir. Buna göre boşta geçen dört aylık süre; işçinin hizmet süresine eklenerek verilmemişse bu sürelere ait kıdem tazminatı, eğer kıdem tazminatı ödenmiş fakat dört aylık fark eklenmemişse bu fark ödenmelidir.[220] Yine aynı şekilde ihbar tazminatında da bu dört aylık sürenin de hesaba katılması gerekmektedir. İhbar tazminatı ödenmemişse dört aylık boşta geçen süre de eklenerek bu tazminat ödenmeli, eğer ihbar süresine ait ücret daha önce peşin verilmişse oluşacak farkın ödenmesi gerekmektedir.[221]

İşe başlatılmamaya bağlanan tazminatlar için zamanaşımı süresi, genel hükümlere tabi olacak ve on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Söz konusu zamanaşımı süresi ise, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlayacağı için, işçinin işe başlatılmayacağının bildirildiği yahut bir aylık sürenin dolmasından itibaren on yıldır.[222] İş güvencesi tazminatlarına yasal faiz[223] işletilir ve faiz başlangıç tarihi de iş güvencesi tazminatı için (4-8 aylık ücret) işçinin işe başlatılmaması tarihidir. Buna karşılık boşta geçen süreye ilişkin tazminat (en çok 4 aylık ücret) için faiz başlangıcı işçinin

216 Yargıtay 9. H.D. 2005/17255 E. , 2005/40167 K. , 20.12.2005 T. Kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr , E.T.: 28.11.2017.

217 Bu konudaki Yargıtay uygulaması için ayrıca bkz. Yargıtay 9. H.D. 2013/3199 E. , 2013/9270 K. , 18.03.2013 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

218 Köseoğlu, Ali Cengiz, "İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.:20, Aralık 2010, s.88-101, s.98. (çevrimiçi), http://www.mess.org.tr/media/files/6320_B453GOX1SL20.pdf, E.T.: 29.11.2017.

219 Yargıtay 9. H.D. 2004/28355 E. , 2004/26161 K. , 06.12.2004 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.11.2017.

220 Kurt/Koç, **a.g.e**., s.505.

221 Günay, Cevdet İlhan, **"İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler"**, s.153-179, s.178, (çevrimiçi), http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf, E.T.: 28.11.2017.

222 Kurt/Koç, **a.g.e**., s.498-499.

223 Yargıtay 9.H.D. 2007/38730 E. , 2009/7345 K. , 18.03.2009 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:28.11.2017.

işverene işe başlatılma için başvurduğu tarihin ertesi günüdür.[224]

Son olarak belirtmiş olalım ki; işçi, işe başlatılmadığı takdirde ileride ayrıntılı olarak incelenecek olan kıdem ve ihbar tazminatlarının da işçiye ödenmesi gündeme gelebilir. Şayet işçi, şartlar sağlanıyorsa kıdem tazminatına ve daha önce incelendiği üzere iş sözleşmesi ihbar sürelerine ait tutarın peşin ödenmesi suretiyle feshedilmediği hallerde ihbar tazminatına da hak kazanacaktır.[225]

5.3.Sendikal Güvence Kapsamındaki İşçiler Bakımından Fesih

İşveren, işçilerin gerek sendika üyeliği, gerekse de sendikal faaliyette bulunmaları nedeniyle işe alınmalarında, çalışma koşullarında ve iş sözleşmesinin feshinde herhangi bir ayrım yapmamakla yükümlüdür. İşveren tarafından bu yükümlülüğe aykırı olarak hareket edilirse, işçiler en az bir yıllık ücretleri tutarında bir tazminata hak kazanırlar.

Sendikal tazminat çıplak ücret üzerinden hesap edilir. Sendikal tazminat götürü bir tazminat olması sebebiyle herhangi bir zararın doğması veya ispatı aranmaz. Ancak sendikal tazminatla karşılanamayan zararların tazmini genel hükümler çerçevesinde mümkündür. Ayrıca bu işçilerin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına bakılmaksızın, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde işe iade davası açma hakları bulunmaktadır. İşe başlatılma halinde dahi sendikal tazminata hak kazanılır. Bu sebeple sendikal tazminat icrai nitelikte bir karar olup dava da eda davası niteliğinde olacaktır. Ayrıca işçinin işe iadesi açmasına gerek olmaksızın yalnızca sendikal tazminat talebiyle de mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada işçinin, ister işe iade davası, isterse sendikal tazminat davası, isterse de her ikisini birden açma noktasında takdir hakkı bulunmaktadır.[226] Yine işçi, şartları sağlanıyorsa sendikal tazminat yanında kıdem ve ihbar tazminatı da talep edebilir.

Sendikal nedenle fesih kötüniyetli feshin özel bir görünümü olduğu için ayrıca kötüniyetli fesih tazminatı istenemeyecektir.[227] Bunun yanında sendikal tazminatla birlikte, yukarıda incelenen, iş güvencesine tabi işçiler için öngörülen iş güvencesi tazminatı ve boşta geçen sürelere ilişkin tazminat da talep edilemeyecektir. Sendikal bir sebeple iş sözleşmesi feshedildiği takdirde, bu nedenle açılacak davalarda ispat yükü işveren üze-

224 Süzek, **a.g.e**., s.656-657.

225 Yargıtay 9.H.D. 2006/2954 E. , 2006/22308 K. , 13.09.2006 T. kararı (çevrimiçi) www.kazanci.com.tr, E.T.:30.11.2017.

226 Mollamahmutoğlu/Astarlı, **a.g.e**., s.679.

227 Mollamahmutoğlu/Astarlı , **a.g.e**., s.680.

rindedir. İşveren feshin başka bir geçerli veya haklı nedene dayandığını ispatlamadığı sürece yukarıda sayılan yaptırımlara maruz kalacaktır.[228]

5.4. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi

Öncelikle çalışma koşullarında esaslı değişikliğe bağlı fesih durumunun belirsiz süreli iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulduğunu, belirli süreli iş sözleşmelerinde böyle bir imkanın bulunmadığını belirtmiş olalım.[229] İş Kanunu'na göre, işveren, iş sözleşmesiyle veya bu sözleşmenin eki niteliğindeki personel yönetmeliği vb. kaynaklar yahut işyeri uygulamasıyla süreklilik kazanan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği, ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle gerçekleştirebilir. Bu yazılı şekle uyulmayan yahut işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamamaktadır.

İşçi değişikliği kabul etmezse, işveren söz konusu değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak işçiye yazılı olarak açıklamak ve fesih bildirim sürelerine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.22/f.1). Ancak bu durum aynı zamanda işçi açısından çalışma koşullarının değiştirilmesi sayılacağından İş K.m.24/II/f hükmü gereğince haklı nedenle fesih hakkı doğuracaktır.[230] Bu halde yine koşulları varsa işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır.[231]

İş Kanunu m.22'de düzenlenen çalışma koşullarında esaslı değişikliğe ilişkin hükmü, iş güvencesi hakkındaki hükümlerin devamı şeklinde düzenlenmiştir. Ancak buna rağmen, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için ayrı bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, maddenin son fıkrası gerek iş güvencesi kapsamında olan, gerekse de bu kapsamda olmayan işçiler için geçerli olacağı gibi, aynı maddenin ilk fıkrasında yer alan, çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişikliklerin yazılı şekilde işçiler tarafından kabul edilmediği sürece işçileri bağlamayacağı kuralı da iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler için de geçerli olacaktır. Bu durumdaki işçi değişiklik önerisini kabul etmezse işveren ya değişiklikten vazgeçecek ya da sözleşmeyi sebep göstermeksizin süreli fesih bildirimi yoluyla yahut bu sürelere ait ücreti peşin ödemek suretiyle sona erdirecektir. Bunun sonucu olarak kıdem ve ihbar tazminatı şartları varsa bu tazminatlar ödenecektir.[232]

228 Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Süzek, **a.g.e**., s.660 vd.

229 Süzek, **a.g.e**., s.697.

230 Yargıtay 9.H.D. 2006/20100 E. , 2007/5911 K. , 05.03.2007 T. Kararı (çevrimiçi), http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay15.htm, E.T.: 01.12.2017.

231 Süzek, **a.g.e**., s.679.

232 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, a.g.e., s.282.

Ancak bu noktada işveren, iş güvencesi kapsamında bulunan işçinin iş sözleşmesini, esaslı değişikliğe göre feshedecekse, yine geçerli nedene dayanmalıdır. İş güvencesi hükümleri göz önüne alındığında, aksi yorumun yapılması, işverenin bu hükmü uygulamak suretiyle geçerli fesih korumasının etrafından dolanması ihtimalini doğuracaktır. Dolayısıyla bu halde de işverenin geçerli nedene dayanması, aksi takdirde yapılan feshin geçersiz sayılacağı ve buna bağlı olarak da geçersiz fesih hükümlerinin uygulama alanı bulacağı söylenebilir.[233] Ancak daha önce belirtildiği gibi iş güvencesi kapsamı bulunmamaktaysa yalnızca fesih bildirim sürelerine uyulması yeterlidir. Bu sürelere uyulmaması halinde ihbar tazminatına hak kazanılacaktır.[234] Yine bu noktada haklı nedenle fesih hali varsa veya kötüniyetli fesih durumu varsa yahut maddi ve manevi tazminat için gerekli koşullar sağlanmaktaysa yine bu haller uygulama alanı bulacaktır.

Son olarak işverene tanınan feshin geçerli nedenle feshinde iş güvencesi kapsamında olan işçilerin feshin geçersizliğinin tespiti talebiyle açacakları davada ispat yükünün işverende olduğunu belirtmiş olalım.[235]

6.İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Derhal Feshi

6.1.Genel Olarak

Kanun'da sayılan haklı nedenlerden birinin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermez; iş sözleşmesinin sona ermesi için ayrıca bir fesih bildiriminde de bulunulması gerekir.[236]

İş sözleşmelerinin haklı nedenle feshine ilişkin hükümler emredici niteliktedir. Bu nedenle, söz konusu hükümlerin aksi kararlaştıralamayacağı gibi, böyle bir anlaşma yapılmışsa da geçerli sayılmaz. Bu halde, haklı nedenle fesih hakkından önceden feragat geçerli olmadığı gibi; bunu ortadan kaldıran veya kullanımını sınırlandıran anlaşmalar da hukuken geçerli sayılmaz.[237] Haklı nedenle fesih bildiriminin yapılmasından sonra geri alınması da mümkün görünmemektedir.[238]

İşçi veya işveren, karşı tarafın sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunması nedeniyle sözleşmeyi haklı nedenle feshetmişse, İş K.m.26/f.2 hükmü uyarınca tazminat isteyebilir. Ancak, bu tazminatın istenebilmesi için,

233 Süzek, **a.g.e**., s.694-695.
234 Süzek, **a.g.e**., s.697.
235 Süzek, **a.g.e**., s.696.
236 Sümer, **a.g.e**., s.109.
237 Tunçomağ /Centel, **a.g.e**., s.228.
238 Sümer, **a.g.e**., s.110.

fesheden tarafın, bir zararının olduğunu ve söz konusu zarar ile feshe neden olan somut olay arasında illiyet bağını ispat etmesi gerekmektedir. Bahsi geçen hükümdeki zarar teriminin hem maddi, hem de manevi zararı kapsadığı unutulmamalıdır. Ancak işçi veya işverenin, ayrıntılı olarak incelenecek olan sağlık nedenlerine veya zorlayıcı nedenlere dayanılarak yapılan fesihlerde bu zararların tazminini isteyemeceği unutulmamalıdır.[239] Bu imkân her iki taraf için de tanınmış olduğundan, bahsedilmiş olan haller tekrar edilmeyecektir.

6.2.İşçi Tarafından Haklı Nedenle Fesih Sebepleri

6.2.1.Sağlık Sebepleri

(i) İşin yapılmasının işçinin sağlığı ve yaşayışı için tehlikeli olması

İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması halinde işçi iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.24/I/a). İşçinin sağlığı ve yaşayışı için ortaya çıkan tehlikenin işin niteliğinden doğması yeterlidir. Tehlikenin belirlenmesinde objektif ölçüler değil, işçinin kişisel özellikleri esas alınır. Yine işçinin işe başlarken bu tehlikeyi biliyor olmasının da bir önemi bulunmamaktadır.[240]

(ii) İşveren veya başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması

İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan doğruya buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçinin bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması halinde işçi, iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.24/I/b). Görüldüğü gibi, işçinin kendisinin bulaşıcı veya işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulması, işçiye sözleşmeyi feshetme hakkı vermemektedir. İşçinin bu hakkının doğması için başka birinin bu tür bir hastalığa tutulması gerekmektedir.[241]

6.2.2.Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

(i) İşverenin işçiyi yanıltması

İşverenin, iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıf veya koşullar göstermek yahut gerçeğe

239 Tunçomağ /Centel, **a.g.e**., s.229.
240 Sümer, **a.g.e**., s.111.
241 Sümer, **a.g.e**., s.111.

aykırı bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltması işçi için fesih nedenidir (İş K.m.24/II/a).

(ii) İşverenin şeref ve namusa dokunacak davranışta bulunması

İşveren, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylemesi, davranışlarda bulunması veya işçiye cinsel tacizde bulunması işçi için fesih nedenidir (İş K.m.24/II/b). Bu tür davranışların işveren vekili tarafından yapılması halinde de aynı hak doğacaktır. İşverenin işçiye küfür etmesi, hakaret etmesi veya sarkıntılık etmesi de bu anlamda fesih nedenidir. Ayrıca bu tür söz ve davranışların mesai saatleri içinde yapılmış olması da şart değildir. Hükümde sadece cinsel tacizden söz edilmişse de sayılan hallerin örnekseyici nitelikte olmasından dolayı psikolojik taciz durumunu da kapsadığı sonucu çıkarılacaktır.[242]

(iii) İşverenin sataşması, suç işlemesi, suça özendirmesi ve ithamda bulunması

Söz konusu hükümde (İş K.m.24/II/c) işverenin; işçi veya ailesi üyelerinden birine sataşması, işçi veya ailesi üyelerinden birine gözdağı vermesi, işçi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirmesi, kışkırtması veya sürüklemesi, işçi veya ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesi, işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı, asılsız ağır suçlama veya ithamda bulunması halleri işçi için haklı sebeple fesih nedeni olarak sayılmıştır. Hükümde bahsedilen davranışların TCK anlamında suç niteliğinde olması da gerekmemektedir.[243]

(iv) İşçinin cinsel tacize uğramasına rağmen işverenin önlem almaması

İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişi tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumun işverene bildirilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması işçi açısından fesih nedenidir (İş K.m.24/II/d). Dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu cinsel tacizin işyerinde gerçekleşmesi gerektiğidir.[244] Bu noktada işyerinden sayılan yerler de bu anlamda hükmün kapsamına dahil edilmelidir.

---

242 Sümer, **a.g.e**., s.112.
243 Sümer, **a.g.e**., s.112.
244 Sümer, **a.g.e**., s.113.

(v) İşverenin işçinin ücretini ödememesi

İşveren tarafından, işçinin hak kazandığı ücreti kanun veya sözleşme hükümleri uyarınca ödenmezse bu durum işçi için fesih nedenidir (İş K.m.24/II/e). Bu anlamda yalnızca ödememe değil, zamanında ödememe de işçiye sözleşmeyi fesih hakkı verir. Burada söz edilen ücret yalnızca işçinin çıplak maaşı değil, geniş anlamda ücrettir. Yani ücret dışında işçiye sağlanan ve para ile ölçülebilen değerlerin ödenmemesi de işçiye sözleşmeyi fesih hakkı verecektir. Ancak işverenin nakit sıkıntısına düşmesi sebebiyle bir süre ödeme yapamamasının, işçiye fesih hakkı vermesinin iyiniyet kurallarıyla bağdaştığı söylenemez.[245]

(vi) İşverenin işçiye az iş vermesi ve çalışma koşullarını uygulamaması

Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye kapasitesinin altında iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik olarak aldığı ücret karşılanmazsa bu durum işçi için haklı fesih sebebidir. Aynı hükmün bir diğer görünümü ise, çalışma koşullarının uygulanmamasıdır (İş K.m.24/II/f). Çalışma koşulu geniş anlamda düşünülmesi gereken bir kavram olup, bu kapsamda ara dinlenmesi verilmemesi, hafta tatili verilmemesi, işçinin onayı olmaksızın fazla çalışma yaptırılması, ücretsiz izne izin verilmemesi vb. gibi halleri de kapsamaktadır. Sayılan tüm bu hallerde işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı bulunmaktadır.

6.2.3.Zorlayıcı Sebepler

İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkması, işçi için iş sözleşmesini fesih nedenidir (İş K.m.24/III). Zorlayıcı sebep öngörülemeyen, kaçınılması mümkün bulunmayan, kusura dayanması gerekmeyen ve dışarıdan vuku bulabilen olaylardır. Bu anlamda çığ düşmesi, makinaların bozulması, savaş çıkması vb. haller zorlayıcı sebep kapsamındadır. Zorlayıcı sebep yüzünden işyerinde faaliyetlerin yedi günden fazla durması halinde işçi yedi günün ardından iş sözleşmesini feshedebilir.[246]

245 Sümer, **a.g.e**., s.113.
246 Sümer, **a.g.e**., s.114.

6.3.İşveren Tarafından Haklı Nedenle Fesih Sebepleri

6.3.1.Sağlık Sebepleri

(i) İşçinin kusuru ile hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi

İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşantısından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hale gelmesi durumunda, bu sebeple yapılan devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda toplam beş iş gününden fazla sürmesi fesih sebebi olarak düzenlenmiştir (İş K.m.25/I/a). Buradaki bir ayı takvim olarak değil, süre olarak hesap etmek gerekmektedir.

(ii) İşçinin kusuru olmaksızın hastalık veya kazaya uğraması, gebelik ve doğum nedeniyle devamsızlıkta bulunması

İşçinin kastı veya derli toplu olmayan yaşantısı yahut içkiye düşkünlüğünden kaynaklanmayan hastalık veya kaza halinde, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı; devamsızlığın, işçinin kıdemine bağlı olan fesih bildirim sürelerine (ihbar süreleri) göre belirlenecek süreye altı hafta eklenmesi suretiyle bulunan süreyi aşması halinde doğacaktır. [247]

İşçinin doğum izninde[248] ise, yine işçinin kıdemine bağlı olan fesih bildirim sürelerine göre belirlenecek süreye, doğum sonrası izin süresi olan sekiz haftanın eklenmesi ve bunlara ilaveten altı haftanın eklenmesiyle bulunan sürenin geçirilmesi halinde işveren, iş sözleşmesini feshedebilecektir. Örneğin 5 yıllık kıdemi olan işçi doğumdan sonra 22 hafta sonunda işe başlamazsa iş sözleşmesi, işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilecektir.[249]

(iii) İşçinin tedavi edilemeyecek hastalığa tutulması

İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyeceği ve işine devam etmesinin sakıncalı bulunduğu hususu, sağlık kurulunca saptanması halinde, işveren iş sözleşmesini feshedebilir. Bu halde hastalığın ortaya çıkmasında işçinin kusuru aranmaz.[250]

---

247 Sümer, **a.g.e**., s.114.

248 Doğum izni süreleri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Sümer, **a.g.e**., s.114.

249 Sümer, **a.g.e**., 2017, s.115.

250 Sümer, **a.g.e**., s.115.

6.3.2.Ahlâk ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri

(i) İşçinin işvereni yanıltması

İş sözleşmesinin yapıldığı aşamada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıfların, kendisinde bulunmamasına rağmen, bunların bulunduğunun ileri sürülmesi, gerçeğe aykırı beyanlarda bulunulması veya bilgiler verilmesi suretiyle işverenin yanıltılması halinde, işveren için sözleşmeyi feshetme hakkı doğar (İş K.m.25/II/a). Burada dikkat edilmesi gereken husus, yanıltmanın iş sözleşmesinin esaslı noktalarından birine ilişkin olması gerektiğidir.[251]

(ii) İşçinin namus ve şerefe dokunacak davranışlarda bulunması

İşçinin, işveren veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız suçlamalarda bulunması, işverene iş sözleşmesini fesih hakkı verir (İş K.m.25/II/b).

(iii) İşçinin başka bir işçiye cinsel tacizde bulunması veya sataşması

İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması veya sataşması işveren açısından fesih sebebidir (İş K.m.25/II/c-d). Cinsel tacizin veya sataşmanın işyeri dışında ya da mesai saatleri dışında gerçekleşmesi yahut diğer işçinin sıfatı bu anlamda bir fark yaratmamaktadır.

(iv) İşçinin içki veya uyuşturucu madde kullanma yasağına aykırı davranması

İşçinin işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması, satması, bulundurması işveren için fesih sebebidir (İş K.m.25/II/d).

(v) İşçinin dürüstlük ve bağlılığa uymayan davranışta bulunması

İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ifşa etmek gibi dürüstlük ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması işverene, iş sözleşmesini fesih hakkı verir (İş K.m.25/II/e). Sadakat borcuna aykırı diğer davranışlar da bu kapsamda işverene fesih hakkı verecektir.[252]

---

251 Sümer, **a.g.e**., s.115-116.
252 Sümer, **a.g.e**., s.116.

(vi) İşçinin işyerinde suç işlemesi

İşçinin, işyerinde yedi günden fazla hapis cezasını gerektiren ve ertelenmesi mümkün olmayan bir suç işlemesi halinde işveren, iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.25/II/f). Söz konusu suçun mesai saatlerinden sonra, işyerinde işlenmesi halinde de işverenin aynı hakka sahip olduğu söylenebilir.[253]

(vii) İşçinin devamsızlığı

İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebi bulunmaksızın, ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda toplam üç iş günü devamsızlık yapması halinde işveren iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.25/II/g). İşçinin izinli veya raporlu olması bu anlamda fesih hakkı sağlamaz. Hükümde belirtilen bir aylık süre takvim ayı olarak değil, devamsızlıktan geriye doğru hesaplanacak bir aylık süreyi kapsamaktadır.[254]

(viii) İşçinin görevini yapmamakta ısrar etmesi

İşçinin yapmayı üstlendiği işi, kendisine hatırlatılmasına rağmen yapmamakta ısrar etmesi halinde, işverenin iş sözleşmesini feshetme hakkı doğar (İş K.m.25/II/h). İşçiye, görevinin hatırlatıldığı hususunun ispatı işveren üzerindedir. Bu nedenle hatırlatmanın yazılı olarak yapılması ispat kolaylığı sağlayacaktır.[255]

(ix) İşçinin iş güvenliğini tehlikeye düşürmesi veya zarara neden olması

İşçinin kastı veya ihmali nedeniyle işyerinin malı olan veya malı olmamakla birlikte, eli altında bulunan makinalara, tesisata veya başka eşya veya maddelere, otuz günlük ücreti ile karşılayamayacak bir tutarda zarar vermesi halinde, işveren iş sözleşmesini feshedebilir (İş K.m.25/II/ı). Bu noktada işçinin herhangi bir kusurunun bulunmadığı hallerde işverenin fesih hakkı bulunmamaktadır. Hükümde belirtilen bir diğer fesih hali ise, işçinin kastı veya ihmali nedeniyle iş güvenliğini tehlikeye düşürmesidir. Bu halde ise, yalnızca iş güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi yeterli olup, herhangi bir zararın doğması gerekmemektedir.[256]

---

253 Sümer, **a.g.e**., s.117.
254 Sümer, **a.g.e**., s.117.
255 Sümer, **a.g.e**., s.117.
256 Sümer, **a.g.e**., s.117-118.

Ahlâk ve iyiniyet kurallarına ilişkin, işçinin bu tür davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Ancak bu hal dışındaki bir sebepten dolayı işveren tarafından feshedilen iş sözleşmesinde veya işçi tarafından herhangi bir nedenle haklı nedenle fesih halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını belirtmiş olalım.[257] Kıdem tazminatına hak kazanma koşullarına ilişkin ayrıntılı inceleme ileride yapılacağından şimdilik bu kadar açıklama ile yetinilecektir.

6.3.3.Zorlayıcı Sebepler

İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süreyle çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması halinde, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı doğar (İş K.m.25/III).

6.3.4.Gözaltına Alınma ve Tutukluluk

İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın, işçinin kıdemine göre belirlenecek fesih bildirim sürelerini aşması halinde, işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı doğar (İş K.m.25/IV). Bu noktada işçinin söz konusu suçu işyeri dışında veya mesai saatleri dışında işlemesi bir fark yaratmamaktadır. İş sözleşmesi feshedildikten sonra işçinin beraat etmesi de feshi geçersiz kılmamaktadır.[258]

6.4.Şekil

Doktrindeki bir görüşe göre[259] haklı nedenle feshin İş Kanunu'nda hüküm bulunmamasına rağmen yazılı olarak yapılması gerektiği ve hatta Süzek'e göre[260] iş güvencesi varsa bu yazılılık şartının geçerlilik koşulu olarak düşünülmesi gerektiği savunulsa da; kanımızca İş Kanunu'na göre, haklı nedenle iş sözleşmesinin feshi beyanının herhangi bir şekilde (sözlü veya yazılı) yapılması mümkündür. Hatta Yargıtay'a göre, fesih iradesini belli eden bir davranışın da bu anlamda hukuki sonuç doğurması mümkündür.[261] Olsa olsa ispat kolaylığı açısından, yapılacak haklı nedenle feshin yazılı yapılmasında yarar olduğu söylenebilecektir.

---

257 Tunçomağ /Centel, **a.g.e**., s.229.

258 Sümer, **a.g.e**., s.118.

259 Sümer, a.g.e., s.110. ; Mollamahmutoğlu/Astarcı, a.g.e., s.724-725. ; Süzek, a.g.e., s.731.

260 Süzek, **a.g.e**., s.731.

261 Yargıtay 9.H.D. 2015/5175 E. , 2016/19971 K. , 14.11.2016 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.11.2017.

Diğer taraftan, haklı nedenle fesih de bir fesih işlemi olduğundan karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade hükmündedir. Bu nedenle fesih iradesi beyanı karşı tarafa yöneltilmesi ile kullanılmış olmaktadır.[262] Ancak haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde, diğer tarafın fesih hakkını kullanması zorunluluk teşkil etmez.[263] Bunun yanında işçi, iş güvencesi kapsamında olan bir işçi olsa dahi haklı neden varsa işçinin savunmasının alınması gerekmez.[264]

Ancak iş güvencesi kapsamında olan işçilerin iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilirken, daha önce açıklandığı üzere feshin ve nedeninin açık bir şekilde yazılı olarak bildirilmesi gerektiği öğretide savunulmaktaysa da[265], Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtay'a göre[266], işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği durumlarda fesih bildiriminin yazılı, fesih sebebinin açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi aranmaz. Kanımızca da Yargıtay'ın görüşü doğru bulunmaktadır.

Şunu da belirtmiş olalım ki, haklı nedenle feshe konu olabilecek bir halin ortaya çıkması halinde, salt bu halin varlığı yeterli olmamakta, feshe ilişkin beyanın da açıklanması gerekmektedir. Aksi takdirde sözleşme sona ermeyecektir. Özellikle böyle hallerde, muhatabın ölmesi farklı bir hukuki sonuç meydana getirecek; sözleşme fesihle değil, ölüm sebebiyle sona ermiş sayılacaktır.[267] Buna bağlı olarak da ölümle sona erme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

6.5.Süre

İş Kanunu'na göre haklı neden olarak sayılan "ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığında düzenlenen durumlar[268]

---

262 Narmanlıoğlu, **a.g.e**., s.408.

263 Süzek, **a.g.e**., s.727.

264 Yargıtay 9.H.D. 2007/1415 E. , 2007/5105 K. , 26.02.2007 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T: 01.12.2017.

265 Mollamahmutoğlu/Astarlı, **a.g.e**., s.923.

266 Yargıtay 22. H.D. 2017/496 E. 2017/824 K. , 24.1.2017 T. kararı (çevrimiçi), https://www.isveiscidavalari.com/hakli-sebep-ile-fesihte-yazili-bildirim-sarti.html, E.T.:29.11.2017.

267 Narmanlıoğlu, **a.g.e**., s.408.

268 İş Kanunu'nda haklı neden olarak belirlenmiş diğer durumlar, yani "sağlık sebepleri" ve "zorlayıcı sebepler" için herhangi bir süre belirtilmemiştir. Buna göre, hastalığın devamı veya belirli süre geçtikten sonra, zorlayıcı sebebin devamı süresince bu hakkın kullanılabileceği söylenebilecektir. Ancak bu hallerin ortadan kalkması halinde, İş Kanunu'nda açık bir sınırlama bulunmayan hallerde hakkın dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılması gerekmektedir. , Sümer, a.g.e., s.118.

Öte yandan İş K.m.25/IV hükmünde düzenlenen işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde de devamsızlığın fesih bildirim süresini aşması halinde oluşan haklı nedenin, hangi süre içerisinde kullanılabileceği düzenlenmemiştir. , Narmanlıoğlu, a.g.e., s.410.

için iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunan tarafın, fesih beyanını yapabileceği süre düzenlenmiştir. Buna göre, bu haklı nedenle feshin kullanım hak ve yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği tarihten itibaren altı iş günü geçtikten ve herhalde fiilin vuku bulmasından itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin somut olayda maddi çıkar sağlamış olması halinde bir yıllık üst süre sınırı uygulanmaz[269] (İş K.m.26). Burada belirtilen süreler hak düşürücü nitelikte sürelerdir. Süre konusunda uyuşmazlık çıkması halinde ispat yükü sözleşmeyi fesheden taraf üzerindedir.[270]

6.6.Haksız Fesih ve Yaptırımı

İş akdinin işveren veya işçi tarafından yukarıda açıklanan haklı nedenlerden birine dayanılmaksızın feshedildiğinin ileri sürülmesine karşın böyle bir neden yoksa, öne sürülen neden ispat edilemiyorsa, haklı nedenle fesih, kullanım süresi içerisinde kullanılmamışsa veya usulüne uygun olarak kullanılmamışsa haksız feshin varlığından söz edilir.[271]

Haksız feshe bağlanan yaptırımlar İş Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Bu nedenle TBK m.438 hükmü kapsamında yaptırım yolu izlenmelidir. Buna göre; işveren tarafından yapılan fesih, haklı nedene dayanmıyorsa ve işçi iş güvencesi kapsamında olan bir işçi ise, işe iade ve buna bağlı tazminatları talep hakkı doğacaktır. Burada ispat yükü işveren üzerindedir. İşveren yapılan feshin haklı nedenle yapılmış olduğunu ispatla yükümlüdür. Yine şartları varsa ve işe başlatılmama durumu varsa ayrıca kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanılır.

Ancak işçi, iş güvencesi kapsamı dışında olan bir işçi ise, TBK m.438 hükmü uyarınca, yine şartları sağlanıyorsa kıdem ve ihbar tazminatı yanında, TBK m.438/f.3 hükmü uyarınca, işçinin altı aylık ücretine kadar belirlenecek bir tutarda tazminat hakkı doğacaktır. Hakim bu durumda somut olayı serbestçe değerlendirerek işçinin altı aylık ücreti tutarına kadar bir tazminat belirleyecektir. Buradaki ücret, işçinin çıplak ücretidir.[272]

Haklı bir neden olmaksızın feshedilen sözleşme belirli süreli iş sözleşmesi ise, işçi sürelere uyulsaydı kazanacak olacağı miktarı bu kapsamda talep edebilecektir. Ancak yalnızca belirli süreli sözleşmelerde bulunan hükme göre, işçinin tasarruf ettiği miktar ile başka işten elde ettiği veya

269 Narmanlıoğlu, **a.g.e**., s.410.
270 Sümer, **a.g.e**., s.119.
271 Süzek, **a.g.e**., s.732.
272 Süzek, **a.g.e**., s.732-737.

kasten elde etmekten kaçındığı değerler bu tazminattan indirilir.[273] Yeri gelmişken, iş güvencesi hükümlerinin belirli süreli iş sözleşmelerinde uygulanmayacağı hususunu bir kez daha hatırlatmış olalım.

Kötüniyetli yapılmış bir fesih varsa; haksız fesih yanında kötüniyet tazminatına hükmedilemez. Zira kural olarak bu iki durum birbirini dışlamaktadır. Bu nedenle ikisinin de birleştiği bir olay mümkün görünmemektedir.[274] Aynı şekilde haksız fesih ile sendikal tazminata da aynı anda hükmedilmesi mümkün olamamaktadır.[275]

İşçinin haklı bir neden olmadan iş sözleşmesini feshi durumunda ise, ihbar tazminatı ödeneceği, bu tazminatı aşan miktarlar için ise, genel hükümlere göre giderim sağlanacağı hususu daha önce incelendiğinden; belirli süreli sözleşmelerde ise, işçinin haklı sebep olmaksızın işe başlamaması veya aniden işi bırakması hali çalışmamızın ilk bölümündeki hükümlere tabi olduğundan o kısma atıf yapmakla yetinilecektir.[276]

Haklı nedenle fesihte, bu feshe sebep olarak gösterilen haklı nedenin bu nitelikte olduğunun ve varlığının ispatı genel hükümlere göre yapılmalıdır. Sözleşmeyi haklı nedenle fesheden tarafın, sözleşmeyi sürdürmesinin kendisinden beklenememesi durumu haklı neden sayılacağından dolayı, dayanılan sebebin kendisi için bu nitelikte olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Haklı nedenle fesih yoluna başvuran taraf davalı olsa dahi bu kural değişmez; davalı taraf, bildirimsiz feshe dayanak yapılan haklı nedeni ispatla yükümlüdür.[277] Ayrıca sözleşmeyi fesheden taraf, açıklamış olduğu sebep ile bağlıdır. Sonradan başka bir sebebe dayanılamaz.[278]

C.İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

1.Borçların Muaccel Hale Gelmesi

Borçların muaccel hale gelmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmeleri arasında bir fark bulunmadığı için önceki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir.[279]

---

273 Yargıtay 22.H.D. 2013/13464 E. , 2014/9432 K. , 22.04.2014 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.:01.12.2017.

274 Süzek, **a.g.e**., s.737.

275 Mollamahmutoğlu / Astarlı, **a.g.e**., s.679-680.

276 Bkz. s. 8 vd.

277 Narmanlıoğlu, **a.g.e.**, s.466.

278 Sümer, a.g.e., s.110. ; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, a.g.e., s. 172. ; Süzek, **a.g.e**., s.740.

279 Bkz. s. 13-14.

2.Hizmetle İlgili Şeylerin İadesi

Hizmetle ilgili şeylerin iadesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmeleri arasında bir fark bulunmadığı için önceki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir.[280]

3.Rekabet Yasağı

Rekabet yasağına ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmeleri arasında bir fark bulunmadığı için önceki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir.[281]

4.Çalışma Belgesi Verilmesi

Çalışma belgesi verilmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmeleri arasında bir fark bulunmadığı için önceki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir.[282]

5.Ceza Koşulu ve İbraname

Ceza koşulu ve ibranameye ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmeleri arasında bir fark bulunmadığı için önceki açıklamalara atıf yapılmakla yetinilecektir.[283]

6.İhbar Tazminatı

İşçiye fesih bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin feshi dışında, kural olarak taraflar bildirim süresi içinde karşılıklı ifalarını sürdürürler. Bildirim şartına uyulmaksızın, işçi, işi bırakıp giderse işverene; işveren de, işçinin işyeri ile ilişiğini keserse işçiye, bildirim sürelerine ait ücret tutarında bir tazminat ödemekle yükümlüdür (İş K. m.17/f.4). Bu tazminata ihbar tazminatı denilmektedir.[284]

İhbar tazminatı yalnızca işverenin ödemesi gereken bir tazminat olmayıp, işçinin de sürelere uymaması halinde ödemesi gereken bir tazminattır.[285]

280 Bkz. s.14.
281 Bkz. s. 14 vd.
282 Bkz. s.18.
283 Bkz. s.18-20.
284 Şeker, a.g.e., s.164.
285 Şeker, a.g.e., s.164.

Bunun dışında ihbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde, haklı bir sebep bulunmadığı halde, fesih bildirim sürelerine uyulmadan fesheden tarafça, diğer tarafa ödenmesi gereken bir tazminattır. Ancak fesih, İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerindeki haklı nedenlere dayanılarak derhal feshedilmişse ihbar tazminatının ödenmesi söz konusu olmayacaktır.[286]

İhbar tazminatı yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona ermesinde gündeme gelebilen bir yaptırımdır. Buna göre belirli süreli iş sözleşmelerinde ihbar tazminatı söz konusu olamayacaktır.[287]

İhbar tazminatının ödenmesi için tarafların zarara uğramış olması aranmaz. Ancak, ihbar tazminatının karşılayamadığı ölçüde maddi veya manevi bir zarar mevcutsa, her iki taraf da ayrıca genel hükümler çerçevesinde tazminat isteyebilir.[288]

Yargıtay, İş Kanunu'nda fesih bildirimi sürelerinin artırılmasına ilişkin bir sınırın olmaması karşısında, kötüniyetli arttırımların olabileceği düşüncesi ile bu konuda bir üst sınır getirmiştir.[289] Buna göre süre ihbar ve kötüniyet tazminatlarının toplamı kadar olabilecektir. Örneğin kötüniyet tazminatının ihbar tazminatının üç katı olduğu dikkate alındığında, mesela 10 yıllık kıdemi bulunan bir işçinin iş sözleşmesi feshedildiğinde yasal ihbar süresi olan 8 haftaya, bunun üç katı olan 24 hafta eklenecek ve tavan süre olan 32 haftalık süre bulunacaktır. Sözleşme ile 32 hafta üzerinde bir süre belirlenmiş dahi olsa fesih bildirim süresi nisbi geçersizlik nedeniyle, yine 32 hafta olarak belirlenecektir.[290]

İhbar tazminatı isteme hakkı eğer iş sözleşmesi, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 25.10.2017 tarihinden önce sonra ermişse, kıdem tazminatının muaccel olması tarihinden[291] 10 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrarken[292] [293] ; bu tarihten sonra sona ermiş-

286 Şeker, a.g.e., s.164.

287 Günay, Borçlar Hukuku, s.228.

288 Şeker, a.g.e., s.164.

289 Yargıtay 9. H.D. 2016/28220 E. , 2016/16463 K. , 22.09.2016 T. kararı (çevrimiçi) , www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.11.2017.

290 Şeker, a.g.e., s.165.

291 Fesih tarihinden itibaren

292 Şeker, a.g.e., s.165-166.

293 Ancak bu tarihten önce doğmuş olsa da, söz konusu alacağın zamanaşımına uğraması için 5 yıldan fazla bir süre kalmışsa yine 5 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.

se, ihbar tazminatının muaccel olması tarihinden[294] 5 yıl[295] geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

İhbar tazminatının ödenmesinde gecikme halinde özel bir faiz uygulaması öngörülmesine rağmen, Yargıtay ihbar tazminatı için temerrüt tarihinden itibaren yasal faiz uygulanacağını öngörmüştür.[296] Karşı tarafın temerrüde düşürülmesi için ise ihtarname çekilmiş ve ödeme yapılması için süre verilmişse, bu süre sonunda temerrüde düşürüldüğü için ertesi günden itibaren yasal faiz uygulanması gerekmektedir.[297]

7.Kıdem Tazminatı

7.1.Genel Olarak

Kıdem tazminatı kavram olarak, belirli bir süre çalışan işçiye, çalışma süresine göre belirlenecek ve iş sözleşmesinin sona ermesi sonucu kanunda sayılan durumlarda ödenmesi gereken tazminattır.[298]

Kıdem tazminatına hak kazanabilme her durumda kabul edilmemiş, kanun tarafından aranan bazı koşulların birlikte sağlanması koşuluna bağlanmıştır.

7.2.Kıdem Tazminatı Koşulları

7.2.1.İş Kanunlarına Bağlı İşçi Olma Koşulu

Kıdem tazminatına hak kazanabilmenin ilk koşulunu, iş sözleşmesine bağlı bir çalışmanın varlığı oluşturur.[299] Kıdem tazminatı hakkı, iş kanunlarına bağlı olan işçilere tanınmış işçilik hakları arasında yer almaktadır. Ancak bu "iş kanunları" ifadesinden yalnızca 4857 Sayılı İş Kanunu anlaşılmamalıdır. Zira örneğin Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'ndan yararlanan işçiler de, diğer koşullar sağlanıyorsa kıdem tazminatına hak kazanabilmektedirler. Kıdem tazminatı istem hakkı yalnızca işçilere tanınmış bir hak olduğundan, örneğin memurlar, çıraklar, sözleşmeli personeller, stajyerler işçi niteliği taşımadığı için, bu kişilerin kıdem tazminatı hakkına sahip olduğu söylenemeyecektir.[300]

---

294 Fesih tarihinden itibaren

295 Yeni kanun ile kıdem, ihbar ve işçilik alacakları dahil, tüm işçilik alacakları zamanaşımı 5 yıl olarak belirlenmiştir.

296 Yargıtay 9.H.D. 1996/21966 E. , 1997/5242 K. , 17.03.1997 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.11.2017.

297 Yargıtay 9.H.D. 1997/5914 E. , 1998/8567 K. , 08.05.1998 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.11.2017.

298 Demircioğlu, Murat / Centel, Tankut, İş Hukuku, 13.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.197.

299 Akyiğit, **a.g.e.**, s.360-361.

300 Demircioğlu/Centel, **a.g.e.**, s.197-198.

7.2.2.İş Sözleşmesinin Yasada Öngörülen Şekilde Sona Ermesi Koşulu

Kıdem tazminatının ödenmesi için öncelikle iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmektedir. Ancak iş sözleşmesini sona erdiren her durum kıdem tazminatına hak kazandırmamaktadır. İş sözleşmesinin sona ermesi ancak kanunda gösterilen şekilde ise kıdem tazminatı hakkı doğacaktır. Bu anlamda kıdem tazminatına hak kazandıracak sona erme halleri sınırlı sayıdadır.[301]

Belirli bir süreyle hizmet görüp, iş sözleşmesi sona eren işçiye, kanunda sayılan hallerde ve kıdem süresine göre değişiklik gösteren kıdem tazminatına hak kazanma hususunda sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olması önem arz etmemektedir. Meğer ki, kıdem tazminatının şartları sağlanmış olsun. Bu şartlar ise sözleşmenin kanunda belirtilen hallerde veya işçinin ölümüyle son bulması ve işçinin kıdem süresinin en az bir yıl olmasıdır.

Bununla birlikte belirli sürenin sona ermesi sonucunda iş sözleşmesinin sona ermesi, kıdem tazminatına hak kazandıran bir unsur olmadığından[302], bu halde işçinin kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu olmamaktadır.[303] Ancak buna rağmen, taraflar aralarında anlaşarak; belirli süreli iş sözleşmesinde sürenin sona ermesi, işçinin haklı neden olmaksızın sözleşmeyi feshetmesi veya fesih bildirim süresi ile sözleşmeyi sona erdirmesi hallerinde dahi kıdem tazminatı ödenmesini kararlaştırabilirler.[304] Yargıtay da bu görüştedir. [305]

7.2.2.1.Belirli Fesih Halleri

a) İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi

İşçiye ait ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı haller ve benzeri (İş K. m.25/II) durumlar nedeniyle iş sözleşmesi haklı nedenle feshi dışında işveren tarafından yapılan tüm fesihlerde kıdem tazminatı hakkı doğar. Buna göre işveren; sağlık nedenleri (İş K. m.25/I), zorlayıcı nedenler (İş K. m.25/III) veya işçinin gözaltı ve tutuklanması sebebiyle (İş K. m.25/IV) iş

301 Demircioğlu/Centel, **a.g.e**., s.198.

302 YHGK 2014/22-391 E. , 2014/710 K. , 30.05.2014 T. kararı (çevrimiçi), www.kazanci.com.tr, E.T.: 29.11.2017.

303 Alpagut, **a.g.e**., s.201.

304 Akyiğit, **a.g.e**., s.361.

305 Yargıtay 7.H.D. 2014/25863 E. , 2014/7372 K. , 03.04.2014 T. kararı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/2 (çevrimiçi), http://www.calismatoplum.org/sayi45/xyz/7_7.pdf, E.T.: 29.11.2017.

sözleşmesini haklı nedenle[306] yahut fesih bildirim sürelerine uyarak feshederse kıdem tazminatı ödemek zorundadır. İşverenin kıdem tazminatı ödemekten istisna edildiği tek hal, İş Kanunu'nun 25. maddesinin ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hal ve benzerleri nedenlerle fesihtir. Kıdem tazminatı ödenmesinin istisnasını oluşturan bir diğer hal de, yasa dışı grev nedeniyle iş sözleşmesi haklı nedenle feshi halidir[307] (TİSGLK m.45/f.1). Böyle hallerde iş sözleşmesi feshedilen işçilere de kıdem tazminatı ödenmemektedir.

Buradan hareketle, iş sözleşmesi geçerli nedenle veya fesih bildirim sürelerine uyularak yahut bu sürelere ait ücretler peşin ödenerek feshedilmekteyse yine işçi kıdem tazminatına hak kazanır.[308]

b) İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi

İşçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanır (1475 Sayılı K. m.14/f.1/b.2). Bu konuda kanunda feshe dayanak olan nedenin niteliği bakımından herhangi bir ayrım yapılmış değildir. Dolayısıyla haklı nedenin hangi fıkraya bağlı olduğu önem arz etmeksizin işçi tarafından yapılan haklı nedenle fesihte işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Buna karşılık iş sözleşmesinin işçi tarafından fesih bildirimi ile sona erdirilmesi halinde kıdem tazminatının ödenmesi söz konusu olmaz.[309]

İşçinin iş sözleşmesini kendi isteği ile sona erdirmesi halinde ise işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Ancak bu düzenlemeye rağmen işçi ile işverenin, istifa halinde dahi kıdem tazminatının ödenmesi hususunda aralarında anlaşmalarında herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.[310] Nitekim daha önce de belirtildiği üzere Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.[311]

İş sözleşmesi işçi tarafından muvazzaf askerlik hizmetinin[312] yerine getirilmesi, yaşlılık, emeklilik[313] veya sakatlık aylığı yahut toptan ödeme

306 Demircioğlu/Centel, **a.g.e.**, s.198.

307 Demircioğlu/Centel, **a.g.e.**, s.198-199.

308 Akyiğit, **a.g.e.**, s.375.

309 Akyiğit, **a.g.e.**, s.363.

310 Demircioğlu/Centel, **a.g.e.**, s.199. ; Akyiğit, **a.g.e.**, s.363-364.

311 Bkz. s.60.

312 İşçinin yasal açıdan yapmakla yükümlü olduğu askerlik hizmetine muvazzaf askerlik hizmeti denir. Kıdem tazminatı ve askerlik konuları hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Akyiğit, a.g.e., s.365.

313 Kıdem tazminatı ve emeklilik hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Akyiğit, a.g.e., s.366 vd.

alabilmek için feshedilirse kıdem tazminatına hak kazanılır. Ayrıca 1475 Sayılı Kanun kapsamında kadın işçilerin evlilik yapmaları halinde[314], evlilikten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteğiyle iş sözleşmesini sona erdirmeleri halinde de kıdem tazminatına hak kazanacakları hususu düzenlenmiştir.[315] Bu halde, kıdem tazminatı istemek üzere yapılacak başvurunun bir yıl içinde yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Zira kıdem tazminatının zamanaşımı geçmediği sürece kıdem tazminatı her zaman istenebilir.[316] Önemli olan, iş sözleşmesinin evlilikten itibaren bir yıl içerisinde sonlandırılmış olmasıdır.

7.2.2.2.İşçinin Ölümü

Aynı zamanda iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinden biri olan işçinin ölümü için kanun koyucu işçinin ölümü ile birlikte yasal mirasçılarına da kıdem tazminatı ödeneceğini emretmektedir. İşçinin ölümü ile birlikte iş sözleşmesinin sona ermesi noktasında işçinin gerçekten hayatını kaybetmesi ile ölüm karinesi hali (TMK m.31) veya gaipliğine karar verilmesi hali arasında bir fark yoktur.[317] Bu hallerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin iş sözleşmesi sona erer ve işçinin yalnızca kanuni mirasçılarına[318] kıdem tazminatı ödenir.[319]

Söz konusu yasal düzenlemede ölüm şekli hakkında da herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, kıdem tazminatının yasal mirasçılara ödenmesi için işçinin ölüm şekli herhangi bir önem taşımamaktadır. Örneğin işçinin doğal yolla ölümü dışında kusurlu davranışı ve hatta intiharı nedeniyle ölmesi dahi kıdem tazminatının ödenmesi noktasında bir fark yaratmayacaktır.[320]

7.2.3.En Az Bir Yıl Çalışmış Olma Koşulu

Kıdem tazminatına hak kazanabilmenin bir diğer koşulu, kıdem tazminatı için aranan kıdem koşulunun sağlanmasıdır. Buna göre işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için; iş sözleşmesinin yalnızca belirli fesih halleri veya işçinin ölümü nedeniyle sona ermesi yeterli olmamakta, yanısıra iş sözleşmesinin de en az bir yıl sürmüş bulunması gerekmekte-

---

314 Kıdem tazminatı ve evlilik hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Akyiğit, **a.g.e**., s.372 vd.

315 Demircioğlu/Centel, **a.g.e**., s.199.

316 Tunçomağ /Centel, **a.g.e**., s.235.

317 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e**., s.20 vd.

318 Dikkat edilirse atanmış mirasçılara kıdem tazminatı ödenmez.

319 Akyiğit, **a.g.e**., s.362.

320 Demircioğlu/Centel, **a.g.e**., s.200. ; Akyiğit, **a.g.e**., s.362.

dir. Bu nedenle, bir yıldan az kıdemi bulunan işçiye, her ne kadar yasada öngörülen belirli fesih halleri bulunsa da kıdem tazminatı ödenmez.[321]

7.3.Kıdem Tazminatı Miktarı

Kıdem miktarının asgari miktarı 1475 Sayılı Kanun'da belirlenmiştir. Buna göre bu 1475 Sayılı K. m.14/f.1 hükmüne göre, her geçen tam yıl için işverence işçiye otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatının ödenmesi gerekmektedir. Bu sürelerin altında örneğin yirmi günlük süre üzerinden hesaplama yapılması geçerli değildir.[322] Yine aynı madde kapsamında, tam yıllardan artan süreler için de oranlanarak ödeme yapılması gerektiği hususu düzenlenmiştir. Bu anlamda tam yıllardan artan süreler, ilk olarak güne çevrilerek, daha sonra bulunan gün sayısı, otuz günlük ücret 365 güne bölünerek ortaya çıkacak miktarla çarpılmalıdır.[323] Böylece oranlanmış kıdem tazminat miktarı bulunmuş olacaktır.

Kıdem tazminatının asgari miktarı bulunduğu gibi, azami miktarı (tavan ücret) da bulunmaktadır. Böylece iş sözleşmeleriyle veya toplu iş sözleşmeleriyle belirlenecek kıdem tazminatının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanunu'na bağlı en yüksek devlet memuruna Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenen azami emeklilik miktarını geçemeyecektir (1475 Sayılı K. m.14/f.13). Diğer yandan kıdem tazminatı miktarına ilişkin otuz günlük süre, sözleşmelerle işçi lehine değiştirilebilecektir. Görüldüğü üzere nisbi emredici hüküm bulunmaktadır. Buna göre, sözleşmeyle işçiye otuz günlük ücret yerine bu miktarı aşan bir süreye ilişkin ücret üzerinden kıdem tazminatı ödeneceği kararlaştırılabilir. Ancak bu halde de tavan ücretin aşılmaması gerekmektedir. Buna rağmen işveren bu tavanı aşacak şekilde kıdem tazminatı ödemeyi kabul etmişse, bu anlaşma da geçerlidir ve herhangi bir idari yaptırımı bulunmamaktadır.[324] Ancak Yargıtay aksi görüşte olup[325], tavan miktarının emredici nitelikte olduğu kanısındadır.

Kıdem tazminatı işçinin son ücreti üzerinden hesaplanır (1475 Sayılı K. m.14/f.9). Eğer işçinin aldığı son ücret asgari ücretin altındaysa, kı-

---

321 Demircioğlu/Centel, a.g.e., s.200. ; Kıdem sürelerinin başlangıcı, bitimi ve askı süreleri hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Akyiğit, a.g.e., s.377 vd. ; Tunçomağ/Centel, a.g.e., s.236 vd.

322 Akyiğit, **a.g.e**., s.382.

323 Demircioğlu/Centel, **a.g.e**., s.200-201.

324 Demircioğlu/Centel, **a.g.e**., s.201. ; Akyiğit, **a.g.e**., s.382-383.

325 Yargıtay 7. H.D. 2013/23091 E. , 2014/1168 K. , 28.01.2014 T. kararı (çevrimiçi), https://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=214&t=145556, E.T.: 29.11.2017.

dem tazminatı asgari ücret üzerinden hesaplanacaktır.[326] Buradaki ücret brüt ücrettir. Bu anlamda kıdem tazminatında esas alınacak ücret işçinin giydirilmiş ücreti olacaktır. Bu ücretin hesabında işçinin çıplak ücretine ek olarak, işçiye sağlanan para ve para ile ölçülebilen menfaatler[327] de gözönünde bulundurulur (1475 Sayılı K. m. 14/f.11). Ancak bu ek menfaatlerin ücrete dahil edilebilmesi için sürekli nitelikte olmaları gerekmektedir.[328] Bir kerelik veya geçici nitelikteki ek menfaatler giydirilmiş ücretin hesabında esas alınamaz.

7.4.Kıdem Tazminatında Faiz ve Zamanaşımı

Kıdem tazminatının ifasında gecikildiği takdirde kıdem tazminatına, gecikme süresi için ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin işletilmesi gerekmektedir (1475 Sayılı K.m.14/f.11). Söz konusu gecikme faizi, iş sözleşmesinin feshi tarihinden itibaren hesaplanmalıdır.[329] Faiz konusunda dikkat edilmesi gereken bir nokta da kıdem tazminatı istenirken işçinin, faiz isteme hakkını saklı tutmaması veya içinde bulunulan koşullardan saklı tuttuğu sonucuna ulaşılamaması halinde, gecikme faizi isteme hakkını kaybedeceğidir.[330]

Kıdem tazminatı isteme hakkı, eğer iş sözleşmesi 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 25.10.2017 tarihinden önce sonra ermişse, kıdem tazminatının muaccel olması tarihinden[331] 10 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrarken[332] [333] ; bu tarihten sonra sona ermişse, kıdem tazminatının muaccel olması tarihinden 5 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

§3. SONUÇ VE KARŞILAŞTIRMA

Kanunlar arasındaki ilişkilerde genel yorum ilkesine göre, aynı düzeydeki kanunlardan bahsedildiğinde, kural olarak sonraki tarihli kanuna öncelik tanınacağı ortadadır. Ancak sonraki tarihli kanun genel norm, önceki tarihli kanun ise özel norm niteliğine haizse, somut olayın özelliğine göre sonuca gidilmelidir. Kanun koyucunun bu konu hakkında neden

326 Tunçomağ /Centel, **a.g.e**., s.241.

327 Prim, ikramiye, yapılan yardımlar vb. haller bu anlamda örnek olarak gösterilebilir.

328 Demircioğlu/Centel, **a.g.e**., s.201-202.

329 Demircioğlu/Centel, **a.g.e**., s.202.

330 Akyiğit, **a.g.e**., s.392.

331 İş sözleşmesinin feshi tarihinden itibaren.

332 Demircioğlu/Centel, **a.g.e**., s.202. ;

333 Ancak, bu tarihten önce doğmuş olsa da, söz konusu alacağın zamanaşımına uğraması için 5 yıldan fazla bir süre kalmışsa yine 5 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır.

ve nasıl düzenleme yapmak istediği önem arz etmektedir. Şöyle ki; yürürlükteki hukukun temel ilkeleri de göz önüne alınmak suretiyle her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekmektedir.[334]

Türk Borçlar Kanunu ile İş Kanunu arasındaki ilişki genel norm - özel norm ilişkisidir. Uygulama sırası itibariyle özel norm niteliği taşıyan İş Kanunu'na öncelik tanınacaktır. Genel norm niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu ise İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulacaktır. Hal böyle olunca, Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu'nda herhangi bir şekilde düzenlenmemiş, iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmayan ayrı, bağımsız ve yeni bir hak getirdiğinde, öncelikle İş Kanunu'nda boşluk olup olmadığının tespiti gereklidir.[335]

Bazı hallerde İş Kanunu'nda bulunmayan ancak Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümler işçi veya işverenin iş sözleşmesinden doğan bir hakkın ya da borcun pozitif dayanağını oluşturabilir. Böyle hükümler İş Kanunu kapsamındaki işçiler için de aynı şekilde uygulanacaktır. Örneğin işçinin özen, sadakat, rekabet etmeme vb. borçlarına ilişkin herhangi bir hüküm İş Kanunu'nda yokken; bu borçlara aykırılığın fesih yaptırımı aynı kanunda yer almaktadır.[336]

Öncelikle, belirli süreli hizmet (iş) sözleşmelerine, yapılan sözleşmenin geçersizliğine, borçların muaccel hale gelmesine, hizmetle ilgili şeylerin geri verilmesine, rekabet yasağına, çalışma belgesi verilmesine, ceza koşuluna, ibraname anlaşmasına, ikale anlaşmasına, tarafların ölümüne, belirli süreli hizmet (iş) sözleşmelerinin haklı nedenle feshine ilişkin, TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri ile İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinde herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu sebeple, yukarıda yapılan açıklamalarla yetinilecek, yalnızca farklılık arz eden unsurların karşılaştırılması yapılacaktır.

Deneme süreli hizmet (iş) sözleşmelerine, hem TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde, hem de İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinde aynı hükümler uygulanacaktır. Şöyle ki, her iki kanun kapsamındaki sözleşmelerde tarafların deneme süresi belirlemesi mümkündür. Ancak her iki kanun kapsamındaki sözleşmelerde de deneme süresi iki ayı aşamamaktadır. Söz konusu iki ayın üzerinde bir belirleme yapılması halinde, nisbi geçersizlik sonucu iki ay belirlenmiş sayılacaktır. Ancak tek fark, İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinde toplu sözleşme ile deneme

334 Süzek, **a.g.e**., s.247-248.
335 Arslan Ertürk, **a.g.m**., s.59-60.
336 Arslan Ertürk, **a.g.m**., s.60.

süresinin dört aya kadar çıkarılabilmesi mümkün iken; TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde bu durumun mümkün olamamasıdır.

TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinin sona ermesinde işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hali düzenlenmiştir. Bu husus, İş Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Ancak işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ve bunun sonucunda işçinin ücretinin ödenmemesi hali, İş Kanunu'nda gerek iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi konusunda haklı neden oluşturması, gerekse de işi bırakma noktasında işçiye hak vermesi nedeniyle esasen paralellik göstermektedir.

Belirsiz süreli hizmet (iş) sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile sona ermesine ilişkin, gerek TBK hükümleri, gerekse de İş Kanunu hükümleri benzer düzenleme getirmektedir. Buna göre, gerek TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri, gerekse de İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinin fesih bildirim sürelerine uyularak sona erdirilmesi, hem işçi açısından, hem de işveren açısından kabul edilmiştir. Ancak TBK hükümleri ile İş Kanunu hükümlerinde fesih bildirim sürelerine ilişkin farklı süreler öngörülmüştür. Bu noktada bir farklılık bulunmaktadır.

Süreli fesih bildirimi konusuna ilişkin, gerek TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinin fesih bildirim sürelerinin, gerekse de İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinin fesih bildirim sürelerinin arttırılabileceği düzenlenmiştir. Ancak TBK hükümlerine tabi sözleşmelerde bu sürelerin hem işçi için, hem de işveren için aynı olması zorunlu iken; İş Kanunu hükümlerine tabi sözleşmelerde bu konu hakkında iki görüş bulunmaktadır. Bir görüş, işçi ve işveren için farklı sürelerin öngörülemeyeceğini, eğer böyle bir durum söz konusu ise, uzun olan sürenin, hem işçi için, hem de işveren için uygulanacağını; bir diğer görüş ise, farklı sürelerin kararlaştırılmasının mümkün olduğunu, ancak bu halde, işçi için öngörülen sürenin, işveren için öngörülen süreden uzun olmaması gerektiğini belirtmektedir.

Hem TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde, hem de İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinde fesih bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle, söz konusu sürelerin beklenmesi gerekmeksizin, sözleşmenin sona erdirilebilme imkanı getirilmiştir. Ancak unutulmaması gerekir ki, her iki kanunda da bu imkan yalnızca işveren için getirilmiştir.

Hem TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde, hem de İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinde, işveren tarafından yapılan feshin, kötüniyetle yapılmış olması halinde fesih bildirim sürelerine ait ücretin üç katı

tutarında kötüniyet tazminatının işçiye ödenmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir. Bu anlamda, her iki kanunda da kötüniyet tazminatına ilişkin süreler paralellik göstermektedir. Yine aynı şekilde, her iki kanunda da ispat yükü, kötüniyetli fesih yapıldığını iddia eden işçi üzerine bırakılmıştır. Ayrıca hem TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde, hem de İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinde kötüniyet tazminatının talep edilmesinde, herhangi bir zararın oluşması gerekmediği gibi, zarar oluşsa bile, bu zararın ispatı gerekmemekte; ancak bu tazminatla karşılanamayacak bir zarar doğmuşsa, aşkın zararın ispatı ile söz konusu zarar ile yapılan fesih arasında illiyet bağının ispatı gerektiği düzenlenmiştir. Kötüniyet tazminatı yalnızca işveren tarafından yapılan kötüniyetli fesihlerde gündeme geleceğinden, her iki kanunda da işçi tarafından yapılacak kötüniyetli fesihlerde, işverenin genel hükümlere göre zararlarının tazminini isteyebileceği kabul edilmektedir. Kötüniyet tazminatı TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrarken; İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinde beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır. Görüldüğü gibi kötüniyet tazminatı zamanaşımı sürelerinde de bir farklılık bulunmaktadır.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanan ihbar tazminatı konusunda; öncelikle, her iki kanunun da, yalnızca işveren için fesih bildirim sürelerine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle hizmet (iş) sözleşmesinin feshi imkanı tanıdığını belirtmiştik. Ancak böyle bir durum yoksa veya haklı nedenlerden biri bulunmamaktaysa, fesih bildirim sürelerine uyulmaksızın hizmet (iş) sözleşmesinin feshinde, gerek işverenin, gerekse de işçinin bu sürelere ait ücreti ihbar tazminatı olarak ödemesi gerekir. Görüldüğü gibi, ihbar tazminatının ödenmesi gerektiği hususu, hem TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde, hem de İş Kanunu'na tabi iş sözleşmelerinde geçerli bir kuraldır.

Hem TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde, hem de İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinde haklı nedenle fesih düzenlenmiştir. TBK hükmünde, hizmet sözleşmesinin karşı taraf için çekilmez hale gelmesinden bahisle genel bir düzenleme yer almaktayken; İş Kanunu hükmünde gerek işçi için, gerek işveren için ayrı ayrı başlıklar altında haklı feshe konu olabilecek nitelikte haller uzunca düzenlenmiştir. Ancak bu haller tahdidi olarak sayılmamış, örnekseyici olarak sayılmıştır. Bunun anlamı ise, yalnızca kanun hükmünde yazan haller değil, hükümde yer almayan, benzer hallerin de haklı nedenle feshe konu olabileceğidir. Hemen belirtelim ki, her iki kanun hükmünde de haklı nedenle fesih durumu, sözleşmenin her iki tarafı için de düzenlenmiştir. Bu anlamda iki kanun

düzenlemesinin de genel mantığı aynı olup, paralellik göstermektedir.

Bunun dışında, yapılan feshin haklı nedene dayanmaması halinde, İş Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almaması nedeniyle, TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanan haksız feshe ilişkin yaptırımlar her iki kanuna tabi sözleşmeler bakımından gündeme gelecektir. Ancak İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinin işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın feshi halinde, diğer şartlar da sağlanmaktaysa, işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinde ise, ileride açıklanacak sebeplerle, işçinin kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir.

Hizmet (iş) sözleşmesinin haklı nedenle feshi konusunda, yapılacak feshin şekli konusunda bir hususa değinmek gerekir. TBK m.435/f.1 hükmü, İş Kanunu'ndan farklı olarak haklı nedenle feshin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu getirmektedir. Bu durumun, İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre[337], bu hükmün İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da bir geçerlilik koşulu olduğu, hatta fesih sebebinin de açık ve kesin olarak bildirilmesi gerektiği; bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise[338], bu hükmün İş Kanunu kapsamındaki işçiler için uygulanamayacağı hususu vurgulanmaktadır. Bu noktada, her iki kanun bakımından yeknesak bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı belirtilebilecektir.[339]

İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinde, yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan iş güvencesine tabi işçinin iş sözleşmesi geçerli neden veya haklı bir neden olmaksızın feshedilirse, işçinin işe iade davası açması imkanı bulunmaktadır. İşçi bu davayı açtığında, ispat yükü yine işverenin üzerinde olacaktır. Yani işveren, yapmış olduğu feshin geçerli veya haklı bir nedene dayandığını ispat etmekle yükümlüdür. Aksi takdirde, işe iade kararı sonucu işçi işverene on iş günü içinde başvuracak, başvuru üzerine işçi, işveren tarafından bir ay içinde işe başlatılmazsa, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, iş güvencesi tazminatı, boşta geçen süreye ait tazminat yanında şartları varsa kıdem ve ihbar tazminatı da ödemek

---

337 Sümer, **a.g.e.**, s.110. ; Mollamahmutoğlu/Astarcı, **a.g.e.**, s.724-725. ; Süzek, **a.g.e.**, s.731.

338 Çelik, Nuri, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmesinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri", MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, Mart 2012, s.5-9, s.8. (çevrimiçi), http://www.mess.org.tr/media/files/6314_QD8652Z9M625.pdf, E.T.: 30.11.2017.

339 Arslan Ertürk, **a.g.m.**, s.104.

zorunda kalacaktır. Ancak TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri için bu husus uygulama alanı bulamayacaktır. Zira TBK hükümlerinde iş güvencesine ve kıdem tazminatı uygulamasına yer verilmemiştir. Kaldı ki TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmesi ile hizmet gören işçiler için, İş Kanunu'ndaki düzenleme gibi iş güvencesine tabi olan işçi-olmayan işçi ayrımı yapılmış değildir. TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinin feshinde olsa olsa yukarıda da açıklandığı üzere haksız fesih veya kötüniyetli fesih yaptırımları uygulama alanı bulacaktır.

Son olarak, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanan kıdem tazminatı konusunda, kıdem tazminatına hak kazanmanın ilk koşulunun, iş kanunlarına tabi bir iş sözleşmesinin varlığı olduğunu belirtmiştik. TBK hükümlerine tabi hizmet sözleşmeleri bu anlamda iş kanunlarına tabi sözleşmelerden sayılamayacağı için, bu tür hizmet sözleşmelerinde kıdem tazminatı hakkı doğmayacaktır. Ancak İş Kanunu hükümlerine tabi iş sözleşmelerinde diğer koşullar sağlanmaktaysa, işçi kıdem tazminatına hak kazanabilecektir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, **Borçlar Hukuku**, 26. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 11.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

Alpagut, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Mavi Ofset Matbaacılık, İstanbul, 1998.

Arslan Ertürk, Arzu, **"Türk Borçlar Kanunu`nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi"**, Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferansı No:5, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.49-113.

Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale , 2.Bası, Turhan Yayınları, Ankara, 2016.

Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 3. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2017.

Çankaya, Osman Güven / Günay, Cevdet İlhan / Göktaş, Seracettin, **Türk İş Hukuku'nda İşe İade Davaları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, 27. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Demir, Fevzi, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, 8. Bası, Albi Yayınları, İzmir, 2014.

Demircioğlu, Murat / Centel, Tankut, İş Hukuku, 13.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

Doğan Yenisey, Kübra, **"Türk Borçlar Kanunu'nun 'Genel Hizmet Sözleşmesine' İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi"**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, 15-18 Ekim 2013, Antalya, Legal Yayınları, İstanbul, 2014, s.78-110.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim, **Bireysel İş Hukuku**, 3.Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2006.

Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.1, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Günay, Cevdet İlhan, **Borçlar Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016. (Borçlar Hukuku)

Karslı, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Bası, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012.

Kayar, İsmail, **Borçlar Hukuku**, 7. Bası, Detay Yayıncılık, Ankara, 2010.

Kılıçoğlu, Mustafa / Şenocak, Kemal, İş Kanunu Şerhi, C.1, 2.Bası, Legal Yayınları, İstanbul, 2008.

Korkusuz, Mustafa Halit, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları ve 4857 Sayılı İş Kanunu'na Tabi İşçilere Etkisi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Kurt, Resul / Koç, Muzaffer, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davları, 3.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin, İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Yayınları, Ankara, 2012.

Narmanlıoğlu, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Oğuzman, M.Kemal / Barlas, Nami, **Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, 11.Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, 10. Bası, Vedat Kitapçılık Yayınları, İstanbul, 2012. (C.1)

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.2, 9.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. (C.2)

Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 22. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

Süzek, Sarper, İş Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Şeker, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 11.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

Şenyüz, Doğan, **Borçlar Hukuku**, 6. Bası, Ekin Yayınları, Bursa, 2012.

Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 7.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 12.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Yavuz, Nihat, **Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.

Yürekli, Sabahattin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Aydoğdu, Murat / Cumalıoğlu, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, Barış Yayınları, İzmir, 2013.

ONLINE KAYNAKÇA

Ekonomi, Münir, **"Hizmet Akdinin Feshi ve İş Güvencesi"**, Çimento İşveren Dergisi Özel Ek-1, S.:2 , C.17, Mart 2003, s.1-40, s.8-11. (çevrimiçi), www.ceis.org.tr/dergi-Docs/isGuvencesi.pdf, E.T.:30.11.2017.

Çelik, Nuri, **"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki Hizmet Sözleşmesinin İsabetli Olmayan Bazı Düzenlemeleri"**, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, Mart 2012, s.5-9, s.8. (çevrimiçi), http://www.mess.org.tr/media/files/6314_QD8652Z9M625.pdf, E.T.: 30.11.2017.

Günay, Cevdet İlhan, **"İş Güvencesi Uygulamasında Hukuki Sorunlar ve Öneriler"**, s.153-179, s.178, (çevrimiçi), http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC6.pdf, E.T.: 28.11.2017.

http://bilgibankasi.istanbulbarosu.org.tr/karar/akdin-feshi-o-fesih-nedeninin-gosterilme-zorunlulugu/zjVy, E.T.: 29.11.2017.

http://www.calismatoplum.org/sayi45/xyz/7_7.pdf, E.T.: 29.11.2017.

http://www.calismatoplum.org/yargitay/yargitay15.htm, E.T.: 01.12.2017.

http://www.hukukmedeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=1359, E.T.: 29.11.2017.

https://www.isveiscidavalari.com/hakli-sebep-ile-fesihte-yazili-bildirim-sarti.html, E.T.:29.11.2017.

https://kararara.com/forum/viewtopic.php?f=214&t=145556, E.T.: 29.11.2017.

Köseoğlu, Ali Cengiz, **"İş Sözleşmesinin Geçersiz Nedenle Feshinin İhbar ve Kıdem Tazminatına Etkisi"**, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.:20, Aralık 2010, s.88-101, s.98. (çevrimiçi), http://www.mess.org.tr/media/files/6320_B453GOX1SL20.pdf, E.T.: 29.11.2017.

www.kazanci.com.tr

DOĞUM VEYA EVLAT EDİNME SONRASI İŞÇİLERİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR VE DÜZENLEMELER

Av. Gülşah GÜVEN DULAY[1]

A. Genel Açıklamalar

Kadının iş hayatında daha aktif olarak rol alması ve iş hukukunun da en temel ilkesi olan "eşitlik" ilkesi kapsamında özellikle kadın işçinin doğum yapması, evlat edinmesi hallerinde çalışma hayatından uzaklaşmasının önüne geçilmesi adına son dönemde fazlaca çalışma yapılmış olup kadının çalışma hayatında aktif rolüne ara vermeksizin ya da sona erdirmeksizin devam etmesi halinin önü açılmaya çalışılmıştır.

Zira çalışma hayatında işverenler çocuk sahibi olma yaşında olan, yeni evli kadın işçi çalıştırma konusunda olumsuz bir tavır sergilemekte, kadının ihtimal olarak değerlendirilen bir kısım gerekçeler ile çalışma hayatından uzaklaşması, uzaklaştırılması büyük bir sorunsal teşkil etmektedir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan 8 Kasım 2016 tarihli ve 29882 Resmî Gazete'de yayımlanan 'Analık İzni Veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik' ile doğum ya da evlat edinilmesi sonrası hem kadın hem erkek işçinin kısmi süreli çalışma yapabileceği işleri belirlemek ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Bu uygulamanın dayanak noktası 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri olup ilgili yasa kapsamında çalışma süreleri, analık izni, ücretsiz izin gibi hallere ek kısmi süreli çalışma hakkının kapsamı belirlenmiştir.

B. Kısmi Çalışmaya İlişkin Usul ve Esaslar

8 Kasım 2016 tarihli ve 29882 Resmî Gazete'de yayımlanan 'Analık İzni Veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik' kapsamında tanınan hakların tespit ve açıklamasından öncelikle kavramsal karışıklığın önlenmesi adına bir kısım tanımlamalara yer verilmesi faydalı olacaktır.

---

1 İstanbul Barosu Avukatlarından.

B.1. Analık İzni; 4857 sayılı İş Kanunu madde 74 ile kadın işçilerin doğumdan önce 8 ve yine doğumdan sonra 8 hafta olmak üzere toplamda 16 hafta süre için çalıştırılmamaları düzenlenmiş olup çoğul gebeliklerde doğumdan önce çalıştırılmayacak olan 8 haftalık süreye 2 hafta süre eklenecegi de belirtilmiştir.

Kadının erken doğum yapması halinde doğumdan önce kullanmadığı süreler doğumdan sonraki sürelere eklenmeyecek olup doğumda kadın işçinin ölmesi halinde bu süreler babaya/erkek işçiye kullandırılmaktadır.

Yine üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinen işçiye, çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık izni kullandırılır.

B.2. Süt İzni; 4857 sayılı Kanun madde 74/7 düzenlemesi bağlamında kadın işçiler doğum sonrasında 1 yaşından küçük çocukları için günlük toplamda 1,5 saat süt izni kullanabilecek olup bu sürenin ne şekilde kullanılacağına, bölünüp bölünmeyeceğine işçi kendisi karar vermektedir.

B.3. Çalışma Süresinin Yarısı Kadar Ücretsiz İzin; Yine 4857 sayılı Kanun madde 74/6. fıkrası ile analık izni süresinin bitmesinin ardından doğan çocuk hayatta ise çocuğun bakım ve yetiştirilmesi için kasın işçiye; ayrıca 3 yaşını doldurmamış olan bir çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçiye işçinin talebi üzerine birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir.

Bu izni kullanan kadın işçiye 1 yaşını doldurmamış çocuğunu emzirmesi için günlük 1,5 saat süt izni verilmeyecektir.

B.3. Altı aya kadar ücretsiz izin hakkı; Kadın işçi analık izninin bitmesinin akabinde talep etmesi halinde 6 aya kadar ücretsiz izin kullanabilir. Yine 3 yaşını doldurmamış bir çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçi de bu haktan faydalanmaktadır. Bu süreler yıllık ücretli izin hesaplamasında dikkate alınmamaktadır. Bu iznin verilmesi işveren açısından bir yükümlülük olup işverene haklı nedenle fesih hakkı tanımayacağı gibi işçinin bu talebinin reddedilmesi halinde işçinin haklı nedenle fesih hakkı saklıdır[2]

2 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 16.01.2017 Tarih, 2015/14543 Esas, 2017/125 Karar

Tüm bu açıklamalardan sonra analık ve süt izni ile ücretsiz izin/çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakları sarih olup "Kısmi Süreli Çalışmanın Süresi, Şekli ve Şartları" noktasında açıklamalarda bulunulması ve önemli hususların belirtilmesi uygun olacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu madde 13/1 ile kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesinin ne olduğu düzenlenmiş olup anılan yasal düzenleme bağlamında bir işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir[3].

İlgili Kanun madde 13/3[4] düzenlemesine paralel Yargıtay içtihadı ile sabit olduğu üzere emsal işçi; "işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçi" olarak tanımlanır[5].

Yasanın emredici düzenlemesi bağlamında kısmi süre ile çalışan işçinin tam süre ile çalışan emsal işçiden farklı bir uygulamaya tabi tutulması mümkün olmayıp ücret ve paraya ilişkin bölünebilir tüm menfaat ve hakları çalıştığı süreye orantılı olarak işçiye ödenecektir.

Bu kapsamda işbu çalışmanın temel konusu olan ilgili yönetmelik düzenlemesi incelendiğinde işçinin analık izni, çalışma süresinin ayrısı kadar ücretsiz izin veya altı aya kadar ücretsiz izin hakkı kullanıldıktan "sonra" çocuğunun zorunlu ilköğretim çağına başlayacağı tarihe kadar herhangi bir zaman diliminde kısmi süreli çalışma talep etme hakkı mevcuttur ***(Yön. Madde 8/1).***

İşçi bu haktan faydalanmak istediği süreden en az 1 ay öncesinde yazılı olarak işverene kısmi süreli çalışma yapmak istediğini bildirmek zorundadır. İşçi bu yazılı talebinde kısmi süreli çalışma yapacağı zaman dilimini ayrıntılı olarak bildirmelidir.

İşçi eşinin çalıştığına dair belgeyi talep dilekçesine eklemekle yükümlüdür. Zira eşlerden biri çalışmıyor ise işçinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunması mümkün değildir. Fakat yönetmelik ile belirlenen belirli şartların varlığı halinde eşlerden birinin çalışması şartı aranmamakta

---

3 4857 sayılı İş Kanunu madde 13/1: İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.

4 4857 sayılı İş Kanunu madde 13/3: Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.

5 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 18.02.2013 Tarih, 2012/13920 Esas, 2013/4833 Karar

olup yönetmelik gereği bu haller;

a) Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi,

b) Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması,

c) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi,

Olarak tanımlanmıştır[6].

Bu şartlar yalnızca başvuru anında aranmakta olup kısmi süreli çalışma talebinin kabulü üzerine bu şekilde çalışma başladıktan sonra şartlarda değişiklik olsa dahi bu kısmi süreli çalışmayı etkilemeyecektir.

İşçinin bu talebine işveren en geç 1 ay içinde yazılı olarak cevap vermekle yükümlü olup işverence bir cevap verilmemesi halinde kısmi süreli çalışma işçinin talep dilekçesinde belirtilen zaman ve koşullar ile işlerlik kazanır.

İşveren için kısmi süreli çalışma haklı nedenle iş akdinin feshi sonucu doğurmayacaktır. Ancak işveren kısmi süreli çalışmanın ne şekilde yapılacağını, işin niteliği ve bölünebilirliği ile işçinin talep dilekçesini dikkate alarak karar verme hakkına sahiptir ***(Yön. Madde 15).***

C. Çalışma Süresinin Yarısı Kadar Ücretsiz İzin ile Kısmi Süreli Çalışma Farkı

Yukarıdaki teorik açıklamalara atfen önemle belirtilmelidir ki; kısmi süreli çalışma yapan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaat

---

6 Yönetmelik madde 10: Kısmi süreli çalışma talebinin şartları

(1) Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Ancak, ebeveynlerden birinin çalışma şartı;

a) Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi,

b) Velayetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması,

c) Üç yaşını doldurmamış bir çocuğun münferiden evlat edinilmesi,

hâllerinde aranmaz.

(2) Birinci fıkra kapsamındaki kısmi süreli çalışma talebi şartları, sadece başvuru sırasında aranır. Bu şartların kısmi süreli çalışma sırasında kaybedilmesi durumunda söz konusu hak devam eder.

leri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir[7]. Sosyal Güvenlik Kurumu ya da başkaca bir idari kurum tarafından ayrıca bir ödenek verilmesi söz konusu değildir.

Uygulamada işçilerin sıklıkla düştüğü yanılgı çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkının kullanılması halinde eksik kalan bakiyenin Sosyal Güvenlik Kurumu Fonu aracılığı ile ödenmesi halinin kısmi süreli çalışma hali için de geçerliği olduğu hususunda meydana gelmektedir.

6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun madde 22[8] ile 4857 sayılı Kanun madde 74'te birtakım değişiklikler yapılmış olup çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hali düzenlenmiştir.

Yine 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ek madde 5 ile Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin halinde bu hakkı kullanan işçilere doğum ve evlat edinme sonrası ayrım çalışma ödeneği ödenmektedir[9].

---

7 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 31.03.2016 Tarih, 2015/4866 Esas, 2016/5657 Karar; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 13.03.2017 Tarih, 2016/11693 Esas, 2017/1898 Karar

8 **6663 sayılı Kanun MADDE 22 -** 4857 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümleler, maddeye birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra, maddenin mevcut beşinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılamayan süreler babaya kullandırılır. Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır."

"Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanılan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz."

"Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir."

"Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır."

9 **4447 sayılı Kanun : Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği**

EK MADDE 5 - (Ek: 6663 - 29.1.2016 / m.20) İşçiye, 4857 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir. Ödenek süresi, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. Yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde Fondan aylık olarak ödenir. Doğum ve

Bu ödenekten faydalanmak isteyen işçilerin;

➢ Doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son 3 yıl içerisinde 600 gün işsizlik sigortası prim bildirimlerinin bulunması/çalışmış olmaları,

➢ 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması,

Gerekmektedir. İşçinin mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikmesi halinde süre, doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır.

Ancak önemle tekrar edilmelidir ki; bu ödenek yalnızca belirlenen koşulların varlığı halinde çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin hakkının kullanıldığı döneme ilişkin olarak Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenmekte olup kısmi süreli çalışmada böyle bir ödenek söz konusu değildir.

---

evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır. Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülerek ödeme yapılır. Bu ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz. Geçici işgöremezlik ödeneği almaya hak kazananlara, bu durumlarının devamı süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenmez. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan yersiz ödemeler kanuni faiziyle birlikte işverenden tahsil edilir. Bu madde hükümleri 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıkların statülerine tabi personel için de uygulanır.

Birinci fıkra kapsamındaki sigortalılar için, 5510 sayılı Kanunun 82 nci maddesinde belirtilen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden aynı Kanunun 81 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (f) bentleri uyarınca toplam %32,5 oranında sigorta primleri işçi ve işveren payları doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenen gün sayısı kadar Fondan

Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenir. 5510 sayılı Kanun kapsamında, Kurum prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte işyeri ve işveren sayılmaz ve bu kişiler için işe giriş ve çıkış bildirimi yapılmaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu, Kurum ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir.

D. Değerlendirme

Yapılan değişikliklerin uluslararası hukuk çerçevesinde ve yine kadının çalışma hakkını herhangi bir engele uğramaksızın kullanmasının sağlanması noktasında çok olumlu ve çağdaş, yenilikçi olduğu tartışmasızdır.

Uygulamada bu hakların kullanılması noktasında işverenlerin tavrı önemli olsa da tekrar belirtilmelidir ki; bu hakların kullandırılması işveren açısından bir yükümlülük olmakla aksi bir davranış işçi açsından iş akdinin haklı nedenle feshi sonucunu doğuracaktır.

Doğum ya da evlat edinme bağlamında yapılan bu değişiklikler hem kadın hem erkek işçi açısından çok faydalı olsa da özellikle kadın işçilerin çalışma hayatından uzaklaşmaması, çalışma çevresi ve dolayısıyla sosyal konumundan dışlanmaması, ekonomik özgürlüğü elinde bulundurmakla iş hayatında aktif rol almanın engellenmemesi adına çok faydalı ve ileriye dönük olumlu uygulamalarla umut vadeden bir hukuk anlayışı barındırmaktadır.

ASKERLİK DÖNÜŞÜ İŞE BAŞLATILMAYAN İŞÇİNİN TAZMİNAT HAKKI VE HESAPLAMA YÖNTEMİ

Av. Fatma Arda BİCAZ

I.GİRİŞ

Hukukumuzda her ne kadar sözleşme serbestisi ilkesi bulunsa da, yasa koyucu bazı hallerde sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. İş Kanunu'nun 31. Maddesi de işverene askerden dönen ve şartları taşıyan işçi ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirmektedir.

İş Kanununun "Askerlik ve Kanundan Doğan Çalışma" başlıklı 31. maddesi "Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silahaltına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence feshedilmiş sayılır.

İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü geçemez.

İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır. Bu süre içinde iş sözleşmesinin Kanundan doğan başka bir sebebe dayanılarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği öteki tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için Kanunun gösterdiği süre bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılmış ve sözleşme yukarıda yazılı süre içinde kendiliğinden sona eriyorsa bu madde hükümleri uygulanmaz.

Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder." şeklindedir.

Uygulamada ve içtihatlarda askerlik dönüşü sonrasında işveren tarafından işe başlatılmama halinde istenebilecek olan tazminatın adı "askerlik tazminatı", "askerlik dönüşü işe başlatmama tazminatı" veya "askerlik sonrası işe almama nedeni ile öngörülen tazminat" isimleri ile anılmaktadır.

İşveren, askerlik dönüşü sonrasında çalışma talebinde bulunan eski işçisini işe başlatmak zorundadır. Bu yükümlülük, kanuni bir yükümlülüktür. Yasa maddesinde *"...işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse"* ifadesinden işçinin tekrar işe başlatılmasının yeni bir iş sözleşmesi kurulması niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Askerlik öncesi var olan sözleşmenin belirli süreli veya belirsiz süreli sözleşme olması işverenin sözleşme yapma yükümlülüğünü etkilememektedir.[1]

II. ŞARTLARI

1- Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılmış olma:

İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin gerçekten askerlik nedenine dayanması gerekir. Ayrıldıktan sonra bir başka işyerinde çalışan işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle ayrıldığı düşünülemez.

Ancak askerlik dönüşü işe başlatmama tazminatı için yapılan yasal düzenlemede 'Herhangi bir askeri ve kanuni ödev' denildiğinden sadece muvazzaf askerlik nedeni ile değil her türlü askerlik nedeni ile iş akdi sona eren işçi anlaşılmaktadır.[2] Bu haller ihtiyati askerlik, sivil savunma hizmetine katılma veya yasal bir kurul veya komisyona katılma şeklinde sıralanabilir.[3]

Bununla birlikte işçinin askerlik nedeni ile ayrılırken kıdem tazminatı almış veya almamış olmasının da sonuca etkisi bulunmamaktadır.[4]

2- İşverene başvuru şartı:

Yasal düzenlemenin son fıkrasında görüldüğü üzere askerlik görevi-

---

1 Sarper Süzek, "Bireysel İş Hukuku", Beta Yayınevi, 8. Baskı, İstanbul 2012, s.326.

2 Süzek, s.326 vd.

3 Rabiye Yaman "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukukî Sonuçları", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı, Legal Yayınevi, C.I, 1. Baskı, 2016, s. 786.

4 Hamit Tiryaki, "Askerden Dönen Eski İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü", Mali Çözüm Dergisi, Kasım- Aralık 2010, s.273.

nin sona ermesinden sonra askerlik öncesi çalışmakta olduğu işyerindeki işine devam etmek isteyen işçinin bu isteğini işverene bildirmesi gerekmektedir.

Burada yasa koyucunun başvuru için herhangi bir şekil şartı aramadığı görülmektedir. İşçinin işverene sözlü veya yazılı olarak başvurması, elektronik posta vs. iletişim araçlarını kullanması, noter aracılığıyla başvuru yapması yolları mümkündür.

İşçinin başvuruda bulunduğunu ispatlaması için noter yoluyla isteğini işverene iletmesi uygun olacağı da pratikte ifade edilmektedir.[5] İspat hukuku açısından yazılı başvurunun yapılması tercih edilebilir.

3- Süre şartı:

Askerlik dönüşü işe başlatılma istenmesi işçiye bu hakkı istediği zaman kullanabilme imkanı vermemektedir. Yasal düzenlemeye göre askerlik görevinin sona ermesinden başlayarak 2 ay içerisinde işçi tarafından başvurunun yapılması gerekmektedir. 2 aylık süre hak düşürücü süredir.[6] 2 aylık sürenin hak düşürücü süre olması yazılı başvurunun önemini ortaya koymaktadır. Yargıtay 22. HD. 2012/6252 E. 2012/25880 K. 20.11.2012 T. sayılı ilamı "Davacı tarafça her ne kadar işe başlamak hususunda işveren başvuruda bulunduğunu gösterir yazılı belge ibraz edilmemiş ise de, davacının başvuruda bulunduğu halde işe başlatılmadığı beyanını içerir ihtarnamesi 01.12.2010 tarihli olup, terhis belgesi içeriği ile de davacının 10.11.2010 tarihinde askerden döndüğü anlaşıldığından 4857 sayılı Kanun'un 31. maddesinde öngörülen iki aylık süre içerisinde başvuruda bulunma şartlarının gerçekleştiği sabittir." diyerek süre yönünden inceleme yapmıştır.[7]

4- Eski İşleri veya Benzeri İşlerde Boş Yer Olması veya Boş Yer Yoksa Boşalacak İlk İşe Alma

Ekonomik hayatın gereklilikleri, işverenler için her zaman askere giderek işten ayrılmak zorunda kalan ve belirli bir süre çalışmayan işçisini tekrar işe başlatabilmesine fiilen imkan vermeyebilir. Yasa koyucu bu

5 Tiryaki, s.274.

6 Yargıtay 9. HD. 2008/24783 E., 2008/24783 K., 03.05.2010 T. sayılı ilamı "Muvazzaf askerlik sonrası terhisten itibaren 2 aylık hak düşürücü süre içerisinde işe başlama talebinde bulunan ve bu talebi işveren tarafından gerekçesiz biçimde reddedilen davacının "3 aylık ücreti tutarında tazminat" talebinin "iş akdinin işverence feshedilmediği" gerekçesi ile reddi hatalıdır." şeklindedir. Karar için Bkz. Uğur Ocak, "İşçilik Alacakları", 1. Kitap, Ankara 2015, s.33

7 Karar için Bkz. Uğur Ocak, "İşçilik Alacakları", 1. Kitap, Ankara 2015, s.34.

nedenle ***"eski ve benzeri işlerde boş yer olması"*** ile ***"boş yer yoksa boşalacak ilk işe alma"*** şartını düzenlemiştir. Eski ve benzeri işlerin ne olduğu, boş yer olup olmadığı, boşalan yere tercih edilip edilmediği gibi hususlar tartışma konusu olabilir. Yargıtay bu yöndeki hukuki uyuşmazlıklarda özellikler askerlik bitiminden sonra uygun iş olup olmadığının Mahkeme tarafından araştırılması gerektiğini ifade etmektedir.

Yargıtay 9. HD. 2008/35385 F„ 2008/35465 K. 26.12.2008 T. sayılı ilamı "Dosya kapsamı itibariyle davacının yaptığı iş belli olmadığı gibi davacı ayrıldıktan sonra yaptığı işi yerine getirmek üzere işçi alınıp alınmadığı, yeniden müracaatı sırasında kadro durumunun müsait olup olmadığı, davacının yaptığı işe ilişkin kadro durumu müsait değilse yapabileceği benzeri işlerde boş yer bulunup bulunmadığı hususları da belirsizdir. Davacı tekrar işe alınması isteğini içeren dilekçesin de toplu iş sözleşmesi hükümlerinden bahsetmiş ancak bu hususta mahkemece değerlendirilmeden, toplu iş sözleşmesi getirtilmeden karar verilmiştir. Mahkemece Yasanın unsurları araştırılmadan, davalının savunmaları dikkate alınmadan eksik inceleme ile sonuca gidilmesi hatalıdır." şeklindedir.[8]

Bu hali ile yapılması gereken işveren kayıtlarının incelenmesi, SGK'dan dönem bordrolarının celp edilerek işe alınan işçilerin olup olmadığının tespit edilmesi, alınan işçi varsa meslek unvanına bakılması ve karşılaştırılması ve gerekirse bu yönde tanık dinlenmesi olabilir. İşverenliğin yaptığı işin niteliğine ve iş hacminin büyüklüğüne de bakılması imkanı vardır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2015/7327 E. , 2015/12275 K. sayılı ilamı "Dairemizin bozma kararında Mahkemece yapılan araştırmanın yetersiz olduğu, bu nedenle emsal işçi alınıp alınmadığının belirlenmesi, iş yeri kayıtlarının incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği belirtilmesine rağmen mahkemece, bozma sonrası iş yeri SGK kayıtları ile işverenden talebe konu dönemde işe alınan işçilere yönelik liste temin edilerek sonuca gidilmiştir. Bozma gereği tam olarak yerine getirilmemiştir. Davacının eğitim durumu ve iş yerindeki işi ile yeni alınan işçilerin eğitim durumları karşılaştırılmalı, iş yeri kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonuca gidilmelidir." şeklindedir. Bu karar ile yerel Mahkeme bozmaya uyulmasına karar vererek işçilere ilişkin liste ile davacının görevinden ayrıldığı tarihteki çalışan şeması temin edilip davacının istihdamının mümkün olduğunu belirterek tazminatı hüküm almış ise bu karar da bilirkişi incelemesi yapılmadığı gerekçesi ile Yargıtay 9. HD. 2016/5648

8 Karar için Bkz. Ocak, s.33.

E., 2016/4233 K., 29.02.2016 T. sayılı kararı ile bozulmuştur.[9]

III. BASIN İŞ KANUNU KAPSAMINDA ÇALIŞAN İŞÇİ AÇISINDAN:

Askerlik dönüşü işe başlatmama tazminatı İş Kanunu ile düzenlenmiş olduğundan Basın İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler için geçerli değildir.

Ancak, Basın İş Kanunundaki düzenlemeye göre, ilk muvazzaf askerlik hizmeti için silah altına alınan gazeteciye normal askerlik süresince son aldığı ücret yarı oranında ödenecek olup sözleşme askerlik süresi boyunca devam eder, işveren ancak bu süre geçtikten sonra sözleşmeyi feshedebilir (Basın İş K. m. 16/III - IV). Askerlik süresince sözleşme askıda kaldığından fesih olmamıştır. Bu nedenle yeni bir iş sözleşmesinin kurulması olanağına da fiilen yoktur.

IV. DENİZ İŞ KANUNU KAPSAMINDA ÇALIŞAN İŞÇİ AÇISINDAN:

Askerlik dönüşü işe başlatmama tazminatı İş Kanunu ile düzenlenmiş olduğundan Deniz İş Kanunu'na tabi çalışan işçiler için geçerli değildir.

V. İŞE BAŞLATILMAMA HALİNDE ÖDENECEK TAZMİNAT

1- İş güvencesi hükümlerinden farkı:

Taraflar arasında askerlik süresinde iş sözleşmesinin askıda kalacağına dair bir sözleşme olmadığı takdirde işverenin askerlik dönüşü işe başlatmaması fesih olarak nitelendirilemeyecektir.[10]

İş Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerine dayanan 18. vd. maddelerindeki işe başlatmama tazminatı bilindiği üzere işçinin işe başlatılmadığı tarihteki ücreti üzerinden hesap edilmektedir. Bu tazminatın, askerlik dönüşü işe başlatılmama halinde ödenmesi gereken 3 aylık tazminat ile karıştırılmaması gerekmektedir. Nitekim; Yargıtay 9. HD. 2006/23768 E., 2006/31653 K., 04.12.2006 tarihli kararı "4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesi ve buna paralel olarak yürürlükteki Toplu İş Sözleşmesinin 21. maddesindeki düzenleme, aynı yasanın 18 ve devamı maddelerinde feshin geçersizliği ve işe iadeyi kapsayan iş güvencesi sağlamamaktadır. Zira 18 ve devamı maddelerdeki iş güvencesi hükümleri, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi hallerinde uygulanmaktadır." şeklindedir.[11]

---

9 Karar için Bkz. Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2015-2016, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2016, s.990.

10 Seracattin Göktaş, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.1, 2008, s.30.

11 Karar için Bkz. Çalışma ve Toplum, 2007/2, S: 13, s. 216-218

Görüleceği üzere iş güvencesi hükümleri işçiyi işverenin geçersiz feshine karşı koruma amacı taşımaktadır. Ancak; askerlik nedeni iş işçinin iş akdinin sona ermesi işverenin feshinden değil, kanundan kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle, işverenin işçiyi işe başlatmaması halinde idari yaptırım bulunmadığı gibi işçinin işe iade talepli dava açması halinde de işe iade davasının reddi gerekecektir. Yargıtay 22. HD. 2014/11565 E., 2014/11387 K. 05.05.2014 T. sayılı ilamı "Dosya içeriğine göre, davacının 09.03.2010-31.07.2012 tarihleri arasında davalı işyerinde tekniker olarak çalıştığı, davacı işçinin askerlik sebebi ile iş sözleşmesini kıdem tazminatını da almak suretiyle feshettiği anlaşılmaktadır. Davacının askerlik dönüşü işverence işe alınıp alınmaması yeni bir iş sözleşmesinin kurulması ile ilgilidir. Bu sebeple davacının işe iade isteğinde bulunması mümkün değildir.

Yukarıda belirtilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31/4. maddesi, işverene askerlik sonrası işçiyi işe alma konusunda bir yükümlülük getirmiş ve başlatılmaması halinde cezai yaptırım olarak tazminat ödenmesini öngörmüştür.

Mahkemece davacının talebinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31/4 maddesi kapsamında askerlik dönüşü işe başlatılmama olarak değerlendirildiği buna göre davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." şeklindedir.

2- Miktarı ve hesaplama yöntemi :

İşe alınmayan işçiye verilecek tazminatta esas alınacak ücret, eski işçinin son aldığı çıplak ücret olacaktır. Son alınan ücret ile kastedilen işçinin askere gitmek için işten ayrıldığı sırada aldığı ücrettir.

Yasal düzenleme 3 aylık ücreti tutarında ödeme yapılması gerektiğini düzenlemiş olup, yasal düzenlemede giydirilmiş brüt ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğine ilişkin bir açıklık yoktur. Bu tazminatın işçinin giydirilmiş brüt ücreti üzerinden hesap edilmesi gerektiğine dair bir içtihat olmadığı bilinmektedir. Bu hali ile çıplak brüt ücret üzerinden hesaplama yapılmalıdır.

Gelir Vergisi Kanunu kıdem tazminatı alacağını gelir vergisinden muaf tutmuştur. Ancak; askerlik dönüşü işe başlatılmaması nedeni ile ödenmesi gereken 3 aylık ücret tutarındaki tazminatın gelir vergisinden muaf olacağına ilişkin yasal düzenleme olmadığından gelir vergisi ve damga vergisinin kesilmesi gerekmektedir.

3- Faizi:

Alacak tazminat niteliğinde işçilik alacağı olduğundan ilgili alacağa yasal faizin işletilmesi mümkündür.

Bilindiği üzere faiz başlangıcı kıdem tazminatında kanunen fesih tarihinden itibaren verilir. Diğer alacaklar yönünden ise temerrüd tarihinden itibaren faiz başlar. Sözleşme veya toplu iş sözleşmesinde ödeme tarihi düzenlenmiş ise faiz belirlenen tarihte başlayacaktır. Bu nedene askerlik dönüşü işe başlatmama halinde ödenecek tazminata sözleşme veya toplu iş sözleşmesinde vade düzenlenmiş ise temerrüd tarihinden itibaren faiz işletileceği açıktır.

Bu nedenle işçi tarafından keşide edilecek ihtarname içeriğinde, işe başlatılmama halinde tazminatın ödenmesinin ihtar edilmesi işvereni bu alacak kalemi yönünden temerrüde düşürecektir.

4- Zamanaşımı:

Alacak tazminat niteliğinde işçilik alacağı olduğundan zamanaşımı yönünden 10 yıllık zamanaşımı söz konusudur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2017/13708 E., 2017/3855 K. sayılı ilamı "Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, eski 818 sayılı Borçlar Kanununun 125 inci maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde de genel zamanaşımı 10 yıl olarak belirlenmiştir. M Tazminat niteliğinde olmaları nedeni ile sendikal tazminat, kötüniyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, 4857 sayılı İş Kanununun; 5 inci maddesindeki eşit işlem borcuna aykırılık nedeni ile tazminat, 26/2 maddesindeki maddi ve manevi tazminat, 28 inci maddedeki belgenin zamanında verilmemesinden kaynaklanan tazminat, 31/son maddesi uyarınca askerlik sonrası işe almama nedeni ile öngörülen tazminat istekleri on yıllık zamanaşımına tabidir. " şeklindedir.

7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 sayılı İş Kanunu'na EK Madde 3 olarak giren düzenleme(Ek: 12/10/2017-7036/15 md.)

"İş sözleşmesinden kaynaklanmak kaydıyla hangi kanuna tabi olursa olsun, yıllık izin ücreti ve aşağıda belirtilen tazminatların zamanaşımı süresi beş yıldır.

a) Kıdem tazminatı.

b) İş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat.

c) Kötüniyet tazminatı.

d) İş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat" şeklindedir. Yasal düzenleme İş Kanunu md.31'de düzenlenen askerlik dönüşü işe başlatmama tazminatına yönelik bir düzenleme içermediğinden bu alacak kalemi yönünden zamanaşımı süresinin halen 10 yıl olduğunu söylemek gerekir.

KAYNAKLAR:

Sarper Süzek, "Bireysel İş Hukuku", Beta Yayınevi, 8. Baskı, İstanbul 2012.

Rabiye Yaman "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukukî Sonuçları", Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Özel Sayı, Legal Yayınevi, C.I, 1. Baskı, 2016.

Hamit Tiryaki, "Askerden Dönen Eski İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü", Mali Çözüm Dergisi, Kasım- Aralık 2010.

Uğur Ocak, "İşçilik Alacakları", 1. Kitap, Ankara 2015.

Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 2015-2016, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2016.

Seracattin Göktaş, "İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi", Ankara Barosu Dergisi, Y.66, S.1, 2008.

Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/2, S: 13.

ÖLÜMLÜ İŞ KAZASI SONRASINDA İŞVERENİN SOSYAL GÜVENLİK KURUMU VE İŞÇİ YAKINLARINA KARŞI MADDİ TAZMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Av. Oğuzcan GÖRGÖZ

İş kazası sonucunda hizmet akdiyle çalışan sigortalının ölmesi durumunda sigortalının yakınları işverenden maddi tazminat niteliğinde cenaze gideri, tedavi gideri, destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat talep edebilmekte, Sosyal Güvenlik Kurumundan ise yine maddi tazminat niteliğinde aylık ve gelirler, cenaze ödeneği ve tedavi gideri alabilmektedirler. Sosyal Güvenlik Kurumu yaptığı ödemelerin bir kısmını iş kazasının oluşumunda kusuru ya da kastı var ise işverene rücu edebilmektedir. Sosyal Güvelik Kurumunun yaptığı ödemeleri işverene rücu etmesiyle birlikte bazı durumlarda işçiye maddi tazminat olarak mükerrer ödemeler yapılabilmekte ve işveren aynı nitelikteki tazminatı hem Sosyal Güvenlik Kurumuna hem de işçi yakınlarına ödemek durumunda kalabilmektedir.

Bu durumun ortadan kaldırılabilmesi amacıyla Türk Borçlar Kanunun 55. Maddesine '' Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez.'' hükmü getirilmiştir. Hükmün mefhumu muhalifinden, rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinin işveren tarafından işçi yakınlarına verilebilecek maddi tazminat miktarından tenzil edilebileceği anlaşılmaktadır.

İş kazası sonucunda ölen işçi yakınlarına Sosyal Güvenlik Kurumunca kısa vadeli sigorta kollarından ölüm geliri bağlanmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu da iş kazasının oluşumunda işverenin kusuru var ise ödediği ölüm geliri bedelini işverenin kusuru oranında işverene rücu edebilmektedir. Sosyal Güvenlik Kurumundan ölüm geliri alan işçi yakınlarının aynı zamanda işverenden de destekten yoksun kalma tazminatı talep etme hakları vardır. İşçi yakınlarının açacağı destekten yoksun kalma tazminatı davasında işverenin Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu etmesi sonucunda Sosyal Güvenlik Kurumuna ödediği miktarın tenzil edilmesi gerekmektedir. Zira hem Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenen

ölüm geliri hem de işveren tarafından ödenecek olan destekten yoksun kalma tazminatı maddi tazminat olarak aynı niteliktedir. Bu düzenleme olmasaydı işveren, hem işçi yakınlarına destekten yoksun kalma tazminatı ödeyecek hem de Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işçi yakınlarına ödenen ölüm gelirini kusuru oranında Sosyal Güvenlik Kurumuna ödeyecekti. Aynı zamanda işçi yakınları da hem Sosyal Güvenlik Kurumundan hem de işverenden aynı nitelikte mükerrer ödeme alabilecekti.

Türk Borçlar Kanunun 55. maddesine göre hangi Sosyal Güvenlik Kurumu ödemelerinin işçi yakınlarının işverene karşı açacağı maddi tazminat davasında tenzil edilebileceğinin belirlenebilmesi için Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işçi yakınlarına yapılan ödemelerin neler olduğu ve bu ödemelerin niteliğinin bilinmesi gerekmektedir.

Sosyal güvenlik sistemimiz 5510 sayılı kanun uyarınca hizmet akdiyle çalışan sigortalılara kısa vadeli sigorta kolları, uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası olmak üzere üçlü bir yapıyla sosyal güvence sağlamıştır. Kısa vadeli sigorta kolları kendi içerisinde iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık hali olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Uzun vadeli sigorta kolları ise malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Genel sağlık sigortası ise üçüncü bir ayrımda düzenlenmiştir.

İş Kazası Sonucunda Ölüm ve Kısa Vadeli Sigorta Kolları

Hizmet akdiyle çalışan sigortalının iş kazası sonucunda ölmesi durumunda sigortalının yakınlarının kısa vadeli sigorta kolu olan iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu uyarınca yararlanabileceği haklar şunlardır;

- Sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sonucu ölümü halinde, hak sahiplerine gelir bağlanması,

- Cenaze ödeneği verilmesi,

-Gelir bağlanmış olan kız çocuklarına evlenme ödeneğinin verilmesi.

Hizmet akdiyle çalışan sigortalının kısa vadeli sigorta kollarının sağladığı haklardan faydalanması için belirli gün sigortalı olması ya da belirli gün prim ödemesi gerekmemektedir. Bu nedenle hizmet akdiyle çalışan sigortalı işe başladığı ilk gün iş kazasına uğrasa dahi kısa vadeli sigorta kollarının sağladığı haklardan yararlanabilmektedir.

Görüleceği üzere Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ödemeler maddi zararın tazminine yöneliktir.

5510 sayılı kanunun 21. maddesi uyarınca '' 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. '' kısa vadeli sigorta kolundan işçi yakınlarına ödenen gelirler işverenin kusuru oranında işverene rücu edilebilmektedir. Bu nedenle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işçi yakınlarına kısa vadeli sigorta kollarının sağladığı haklardan bağlanan gelirler işçi yakınlarının işverene karşı açacağı maddi tazminat davasındaki taleplerden tenzil edilecektir.

İş Kazası Sonucunda Ölüm ve Uzun Vadeli Sigorta Kolu Olan Ölüm Sigortası

Hizmet akdiyle çalışan sigortalının iş kazası sonucunda ölmesi durumunda sigortalı yakınlarının uzun vadeli sigorta kolu olan ölüm sigortasından yararlanabileceği haklar ise şunlardır;

- Ölüm aylığı bağlanması,

- Ölüm toptan ödemesi yapılması,

- Aylık almakta olan kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi,

- Cenaze ödeneği verilmesi.

Ancak, hizmet akdiyle çalışan ve iş kazası ve meslek hastalığı sonucunda ölen sigortalının yakınlarının uzun vadeli sigorta kolunun sağladığı haklardan faydalanabilmesi için ölen sigortalı adına en az 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş veya her türlü borçlanma süreleri hariç en az 5 yıldan beri sigortalı bulunup, toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması gerekmektedir. Uzun vadeli sigorta kolundan bağlanan ölüm aylığı bedeli ise işçi yakınlarının işverene karşı açacağı maddi tazminat davasında hükmedilecek bedelden tenzil edilememektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1979 gün ve E. 1977/4-1110-K. 1979/1395 sayılı kararında uzun vadeli sigorta kolundan bağlanan ölüm aylıklarının haksız eylemin yol açtığı tazminattan indirilmemesinin gerekçesi şöyle açıklanmıştır; "Sosyal Sigortalar Kurumun'ca davacı eşe, yalnızca ölüm sigortası dalından dul aylığı bağlanmış bulunması, Kurum-

ca bağlanan bu yardımın belirli bir süre sigortalı olma ve prim ödemiş bulunmasından ileri gelmesi, desteğin ölümüne neden olan haksız eylemin sebep olduğu zararla Kurumca bu vesile ile sağlanan yarar arasında uygun illiyet bağının bulunmaması, hukuki dayanaklarının farklı oluşu ve yakınlarına ödenen bedellerin kısa vadeli sigorta kolundan mı yoksa uzun vadeli sigorta kolundan mı ödendiği sorulmalıdır. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işçi yakınlarına yapılan ödemeler uzun vadeli sigorta kolundan yapılmış ise bu ödemelerin işverene rücu edilebilmesi mümkün değildir. İşçi yakınlarının işverene karşı açacağı maddi tazminat davasında Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan ödemeler dosyaya sunulmalı ve belirlenecek olan tazminat bedelinden Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan ödemelerin tenzil edilmesi istenilmelidir. İşverenin hem Sosyal Güvenlik Kurumuna hem işçi yakınlarına aynı nitelikteki maddi tazminatı mükerrer olarak ödememesi için iş kazası sonrasında Sosyal Güvenlik Kurumunun işçi yakınlarına yapacağı ödemeyi ve Sosyal Güvenlik Kurumunun kendisine rücu edeceği miktarın belirlenmesini beklemelidir. İşveren Sosyal Güvenlik Kurumunun yapacağı ödemeyi beklemeden işçi yakınlarına maddi tazminat niteliğinde ödeme yapmış, Sosyal Güvenlik Kurumu da işverene kusuru oranında rücu etmiş ise mükerrer yapılan ödemelerin işçi yakınlarından sebepsiz zenginleşme davası ile iade alınması mümkündür. Bunun yanında işveren, işçi yakınlarına manevi tazminat niteliğinde ödeme yapacak ise Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işçi yakınlarına yapılacak olan ödeme miktarının belirlenmesini beklemesine gerek yoktur. Zira Sosyal Güvenlik Kurumu işçi yakınlarına yalnızca maddi tazminat niteliğinde ödeme yapmakta ve yaptığı bu ödemeden işverene kusuru oranında rücu edebilmektedir. Açıklanan denkleştirme kuralının esasları hep birlikte göz önünde tutulduğunda ölüm sigortasından davacı eşe kurumca bağlanan dul aylığının haksız eylemin sebep olduğu zarardan düşülmesi gerekmez. Esasen Sosyal Sigortalı ile onun hak sahiplerini sigortalılığın sona ermesinin iktisadi sonucundan korunmak amacını güder. Sigortalı olma sonucu sağlanan bu yardımlardan haksız eylem sorumlularının yararlanmalarını haklı kılacak bir hukuk kuralı da yoktur. Sosyal Sigortalar Kurumu'nun ölüm sigortasından sağladığı yardımlardan dolayı yardım ettiği kişiye halef olacağına dair yasada bir hüküm de olmadığından haksız eylem sorumluları mükerrer ödeme durumunda da kalmayacaklardır" denilmiştir.

Sonuç olarak uzun vadeli sigorta kolundan bağlanan ölüm aylığı geliri belirli süre prim ödeme veya belirli süre sigortalı olma ve prim ödeme şartına bağlı olmasının yanında 5510 sayılı kanunda ölüm aylıklarının işverene rücu edilebilmesine dair özel hüküm bulunmaması nedeniyle Sosyal

Güvenlik Kurumu tarafından işçi yakınlarına ödenen ölüm aylığı bedelleri işverene kusuru olsa dahi rücu edilememektedir. Bu nedenle rücu edilemeyen bedeller de işçi yakınlarının işverene karşı açacağı maddi tazminat davasında ödenecek tazminat bedelinden tenzil edilememektedir.

Sonuç

İş kazası sonrasında ölen işçilerin yakınlarına yalnızca kısa vadeli sigorta kollarından bağlanan gelirler ve ödenekler işverenin kusuru oranında işverene rücu edilebildiğinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işverene açılan rücu davasında işçi yakınlarına ödenen bedellerin kısa vadeli sigorta kolundan mı yoksa uzun vadeli sigorta kolundan mı ödendiği sorulmalıdır. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işçi yakınlarına yapılan ödemeler uzun vadeli sigorta kolundan yapılmış ise bu ödemelerin işverene rücu edilebilmesi mümkün değildir. İşçi yakınlarının işverene karşı açacağı maddi tazminat davasında Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan ödemeler dosyaya sunulmalı ve belirlenecek olan tazminat bedelinden Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan ödemelerin tenzil edilmesi istenilmelidir. İşverenin hem Sosyal Güvenlik Kurumuna hem işçi yakınlarına aynı nitelikteki maddi tazminatı mükerrer olarak ödememesi için iş kazası sonrasında Sosyal Güvenlik Kurumunun işçi yakınlarına yapacağı ödemeyi ve Sosyal Güvenlik Kurumunun kendisine rücu edeceği miktarın belirlenmesini beklemelidir. İşveren Sosyal Güvenlik Kurumunun yapacağı ödemeyi beklemeden işçi yakınlarına maddi tazminat niteliğinde ödeme yapmış, Sosyal Güvenlik Kurumu da işverene kusuru oranında rücu etmiş ise mükerrer yapılan ödemelerin işçi yakınlarından sebepsiz zenginleşme davası ile iade alınması mümkündür. Bunun yanında işveren, işçi yakınlarına manevi tazminat niteliğinde ödeme yapacak ise Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işçi yakınlarına yapılacak olan ödeme miktarının belirlenmesini beklemesine gerek yoktur. Zira Sosyal Güvenlik Kurumu işçi yakınlarına yalnızca maddi tazminat niteliğinde ödeme yapmakta ve yaptığı bu ödemeden işverene kusuru oranında rücu edebilmektedir.

6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN'UN "ŞİDDETİ ÖNLEME" YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Av. Arzu AYDOĞAN

Toplumsal cinsiyet temelli şiddet tanımı hem 6284 sayılı kanunda hem de Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi1 (İstanbul Sözleşmesi)'nde nettir. Kanuna göre, "Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı" (md. 2/d) ifade eder.

İstanbul Sözleşmesi de genel olarak; ""kadına karşı şiddetten", kadınlara karşı bir insan hakları ihlali ve ayrımcılık anlaşılacak ve bu terim, ister kamu ister özel yaşamda meydana gelsinler, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleri olarak anlaşılacaktır" (md3 /a) demektedir. Sözleşmenin devam eden tanımlar bölümü maddelerinde, aile içi şiddet ve kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet de ayrıca ve özel olarak şiddet biçimleri olarak tanımlamıştır.

Adında "Kadına karşı şiddetin önlenmesi" ibaresi geçmesine karşın 6284 genel olarak şiddet vuku bulduktan sonra başvurulan bir yasal araç gibi algılanmaktadır. Oysa hem kanunun hem de referans aldığı İstanbul Sözleşmesi'nin asıl önemli yanı ÖNLEME'ye ilişkin hükümleridir.

---

1 11 Mayıs 2011 tarihinde imzaya açılan Türkiye'nin ilk imzacısı olduğu "İstanbul Sözleşmesi" olarak anılan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi, cinsiyet temelli şiddetten arınmış bir Avrupa amacını açıkça dile getirir ve imzacı devletlerin kadına yönelik şiddeti "önlemeyi" taahhüt etmeleri hükmüne dayanır. Bu sözleşme ile devletlere yüklenen bir diğer önemli görev ise, sözleşme hükümlerini yerine getirirken toplumun bütün kesimleri, kurumları ve özellikle de sivil toplum örgütlerini içerecek şekilde bütüncül önleme ve koruma politikaları oluşturmasıdır.

İstanbul Sözleşmesi buna ek olarak "şiddetin toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklandığı" tanımını yapar ki bu tanım tam da önlemenin nereden başlayacağına işaret eder.

6284 sayılı kanun ilk imzacısı olduğumuz İstanbul Sözleşmesinin yayımlanmasından bir yıl kadar sonrasında yürürlüğe konulmuş ve Kanun'un 1. maddesinde işbu sözleşmeyi esas aldığını hüküm altına almıştır.

Hem Kanun'da, hem de Sözleşmede, aldıkları isim itibariyle de, şiddeti önlemeye verilen önem tartışmasızdır. Her ne kadar kanunun uygulamasında ve lafzında daha etkin bir bütünlük arzuluyor olsak da, kanun ve sözleşme şiddeti önleme konusunda kullanıma elverişlidir.

Bir kadın delil göstermeksizin şiddete uğrayabileceğini nedenleriyle anlattığında 6284 Sayılı Kanun'un öngördüğü tedbirlerden yararlanabilir. Aile Mahkemelerinin verdiği kararlar bu konuya örnek teşkil etmektedir. Bir davada, talepte bulunan kadın boşanma arifesinde olduğu, henüz herhangi bir şiddete uğramamakla birlikte, kocasının şiddete eğilimi nedeniyle boşanma sürecinde kendisine zarar vermesinden korktuğunu, boşanma sürecini sağlıklı ve şiddetsiz bir ortamda yürütmek istediğini beyan etmiş, hakim bu talebi yerinde bulmuş ve karşı taraf aleyhine uzaklaştırma tedbiri vermiştir.

Yine başka bir örnekte, istenmeyen şekilde hamile kalan D. N. ailesinin süreci öğrenmesini istemediği için Aile Mahkemesi'nden, doğacak bebeğin kimlik bilgilerinin gizlenmesini ve doğum yapacağı hastanenin kendisinin ve bebeğin bilgilerini gizli tutmasını talep etmiş, talep yerinde bulunmuş ve hakim tarafından gereken tedbir hüküm altına alınmıştır.

Bu ve bunlar gibi örneklerden yola çıkarak, kanun ruhunun şiddet ortaya çıkmadan önce de devreye girebileceğini gözler önüne sermektedir. Genel algının aksine kanuna başvurmak için şiddetin ortaya çıkmasını beklemeye gerek yoktur.

Öte yandan, kadınların istihdamına verilecek önem ve öncelik, şiddeti önleme yükümlülüğünün en önemli tarafını oluşturmaktadır.

6284 sayılı kanun'un uyguladığı tedbirlerden bir tanesi de kadının talebi üzerine başvurucu kadının sığınağa (devlet tabiriyle konukevine) yerleştirilmesidir. Sığınağa yerleştirilen kadın burada 6 ay kalabilir (Kadın Konukevlerinin Açılması Ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik madde 14/1) gerekli hallerde bu süre uzatılır. Kalma sürelerinde kadınların

güçlenme süreçleri göz önünde bulundurulur (madde 14/2). Kadınların, çalışma yaşamına katılımını desteklemek ve istihdam politikasına uygun olarak istekleri ve yeteneklerine göre meslek edinmelerini sağlamak için gerekli olan eğitim giderleri Bakanlık bütçesinden konukevine aktarılacak ödenekten karşılanır. (madde 25/1)

Şiddeti önleme biçimlerinden birisi de yukardaki yönetmelik maddelerinden de anlaşılacağı üzere sığınaklara yerleştirilen kadınların güçlenmesini gözetmektir.

Sığınaklara yerleştirilen kadınlar çıktıklarında ekonomik kuşatmayı kıramadıkları için aynı şiddet döngüsüne geri dönebiliyorlar. Bu nedenle sığınağa giden ve kaçtığı şiddet ortamına geri dönmek zorunda kalan, bu çemberden çıkamayan örneklerde söz konusudur.

Eğer sığınaklarda kanun ruhuna uygun etkin bir istihdam politikası uygulanabilse, (tek şiddet biçimi ya da kaynağı ekonomik olmamakla birlikte) şiddet döngüsünü, kazandığı ekonomik güçle kırabilecek kadınların sayısı çoğalacaktır. Böylece şiddet kısmen de olsa önlenebilecektir.

PVSK'DA ÖNLEME ARAMASI VE DURDURMA

Stj. Av. Yunus Emre GÜL[1]

GİRİŞ

Thomas Hobbes'un Leviathan'ından beri bilinen bir gerçek olarak "Güvenlik" kavramının iktidarın doğasıyla ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi durumu[2], halihazırda günümüzde de artan terör olayları ve yaşanan krizler sonucu tüm dünyada siyasetin temel belirleyici unsurlarından biri olarak önemini korumaktadır. Bu nedenle ülkemizde de pek çok hukuki düzenlemenin eksenindeki unsurlardan biri güvenliktir. Bu amacın sağlanması doğrultusunda en büyük görev ise kolluk güçlerine düşmektedir. Bununla birlikte kolluk güçlerinin bunu yerine getirirken hukuka uygunluğuna da riayet etmeleri gerekmektedir.

Kollama, suçları önleme ve bunlarla mücadele etme, suçluyu, suç alet ve edevatına el koyma, toplumda kanun hakimiyetini, huzur ve güveni sağlama ile görevlerin birimler olarak tabir edilen "Kolluk"; "suç öncesi kolluk" ve "adli kolluk" şeklinde ikiye ayrılmaktadır.[3] 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun[4] 4/A maddesinde düzenlenen "Durdurma ve Kimlik Sorma" müessesi ile 9. maddesinde düzenlenen "Önleme Araması" müessesesi ise "suç öncesi kolluk"un görevleri kapsamındadır. Bu iki husus da koruma tedbiri olup hükümden önce anayasal bir özgürlüğün sınırlanmaları, amaç değil araç niteliğinde ve geçici olmaları, kanuni dayanaklarının bulunması, görünüşte haklı ve zorunlu olmaları ortak özellikleri olup uygulanırken ölçülüğe riayet edilmelidir.[5]

Bir kimsenin önleme aramasına tabi tutulabilmesi için öncelikle durdurulması gerekir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin[6] (AÖAY27.

---

1 İstanbul Barosu'na bağlı stajyer avukat.

2 Kerem Altıparmak-Murat Aykaç-Onur Karahanoğulları-Türkan Hançer-Devrim Aydın, "Polis Vazife ve Salahiyet Kanunda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma", Hukuk Ve Adalet Dergisi, S.11, 2007.

3 Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.115.

4 Bundan sonra PVSK olarak anılacaktır.

5 Serdar Talas, "Ceza Muhakamesi Hukuku Ders Notları Beşinci Bölüm Koruma Tedbirleri" , (Çevrimiçi)http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-ontent/uploads/2016/12/KorumaTedbirleri.pdf 27 Aralık 2017.

6 Bundan sonra AÖAY olarak anılacaktır.

maddesine göre; "umma" derecesinde makul şüphe bulunduğu takdirde, kolluk görevlisinin tecrübesine dayanarak bir kimsenin suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat getirmesi yahut kişinin silahlı olduğu ve halen tehlike yarattığı kanaatine varması sonucu "durdurma" işlemi yerine getirilir. Bu noktada durdurma yetkisi suç işlenmesinden önce kullanılan bir "önleme tedbiri"[7] olduğu takdirde gündeme gelecek bir diğer husus "önleme araması" işlemidir. Bu durum da PVSK'nın 9.maddesinde "Önleme Araması" başlığı altında düzenlenmiş ve polisin "…tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyalarını…" araması ve gerekli tedbirleri alması şeklinde tanımlanmıştır. Bu çalışmamızda bu kavramlar ayrı ayrı incelenerek yetkinin kullanılabilmesinin şartları ve hukuka aykırılık durumunda başvurulabilecek yasal yollar tartışılacak ve son olarak söz konusu yetkileri düzenleyen maddelerin geçirdikleri değişiklikler getirilen eleştirilerle birlikte tahlil edilecektir.

I. DURDURMA

"Durdurma" kavramı Türk Hukuk Sistemi'nde bağımsız bir kavram olarak değil ve fakat Anayasa'da öngörülen meşru müdahale yöntemlerinin araçlarından biri olarak ele alınabilir.[8] Bu başlık altında öncelikle "Durdurma"nın kanunda düzenlenişi ve hukuki uygulanmasında kullanılacak ölçütler ele alınacak, daha sonra ise maddenin gerek günümüzdeki gerekse geçmişteki değişiklikler nedeniyle uğraığı eleştiriler inceleme konusu yapılacaktır.

A. DURDURMA MÜESSESESİNİN KANUNDA DÜZENLENİŞİ

Durdurma işleminin yasal dayanağı 5681 Sayılı PVSK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle sözkonusu kanuna eklenen 4/A maddesidir.[9] Söz konusu değişiklik öncesinde sadece AÖAY'de düzenlenen durdurma kurumunun kanunla desteklenmesi Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerinin ancak kanunla sınırladırılabilmesi bakımından anayasaya uygun hale gelmiştir.

---

7 Ali İhsan Erdağ, "Kolluğun "Durdurma ve Kimlik Sorma" Yetkisi(PVSK madde 4/A)", Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2010, s.42.

8 Osman Metli, "Kolluk Görevlilerinin Durdurma Kontrol Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti Yetkileri", Yüksek Lisans Tezi, Zirve Üniversitesi, 2015, s.4.

9 Kimlik sorma yetkisi, ilk olarak 19/2/1980 tarihli 2261 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle PVSK'nın mülga 17. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları eklenerek kolluğa verilmişken; 5581 Sayılı Kanun'un 6. maddesiyle bunlar kaldırılmış ve doğrudan PVSK'nın 4/A maddesi başlığı altında düzenlenmiştir. Bunun için bkz. Erdağ, a.g.e., s.45.

Kişilerin durdurulabilmesi ancak ilgili maddede belirtilen amaçlarla sınırlı tutulmuştur. Bunlar da,

"a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek..."

şeklinde sıralanmıştır. Polisin tecrübesine dayanarak veya kişinin tavırlarından dolayı gerçekleştireceği durdurma işleminin yapılabilmesi bu amaçların hepsinin bulunmasına bağlı olmayı bunlardan birinin varlığı durumunda söz konusu işlemin şartı oluşmuş hale gelmektedir.[10] burada polisin tecrübesiyle kastedilen her polis görevlisinin kendi tecrübelerine dayanarak kişileri durdurması değil, kolluk gücünün ortak standardı kapsamında bulunan tecrübelerdir ve bunun da belirleyicisi konumunda olan meslekte yeterli tecrübeye ulaşmış görevli olmalıdır.[11] Bu doğrultuda söz konusu şartlara uygun kolluk görevlisi durdurma işlemini sadece kişilere değil maddenin 5.fıkrasında belirtildiği gibi araçlara yönelik olarak da yapabilecektir.

Maddenin başlığı her ne kadar "Durdurma ve Kimlik Sorma" olsa da durdurulan herkese kimlik sorulması zorunlu bir husus olmayıp sorular sorarak tavırlarını değerlendirip makul şüphenin devam etmesi halinde kimlik sorma yoluna da başvurulabilir.[12] Dolayısıyla madde başlığından yola çıkılarak bu iki durumun biri diğerinin yerine getirilmesini zorunlu kılacak unsurlar olarak ele alınmaması gerekir. Nitekim mantıksal olarak da kimlik sormanın yapılabilmesi için durdurmanın zorunlu olduğu ancak durdurmanın kimlik sormadan bağımsız yapılamayacağı çıkarımı yapılabilir. Ancak polisin kişiyi durdurduktan sonra istemesi durumunda kimlik bilgisinin verilmesi zorunludur. Gerçekten halihazırda mevzuatımızda kimlik bilgisinin verilmesinden kaçınılması suç olmamakla birlikte

10 Erdağ, a.g.e. , s.43.

11 Bedri Eryılmaz, "5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki (PVSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum:Bir Adım İleri, İki Adım Geri",Ankara Barosu Dergisi, S.3,Ankara, 2007, s.68. (Eryılmaz- I)

12 Ali Şafak-Vahit Bıçak, Ceza Muhakemesi Hukuku Ve Polis, Roma Yayınları, Ankara, 2005, s. 484.

kabahat olarak düzenlenmiştir. Nitekim Kabahatler Kanunu'nun 40.[13] , 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 16. ve PVSK'nın ilgili 4/A maddesine bakıldığında da bu durumun bir suç teşkil etmeyip kabahat olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bunun yanında 4/A'nın 9.fıkrasında kimliğin ispatlanamaması durumunda gözaltına alma veya tutuklamaya başvurma tedbirlerinin alınabileceği belirtilmiştir. Ancak PVSK'nın ilgili maddesinde belirtilen kişinin kimliğini ispat edememesi gibi hallerde tutuklanması durumu mümkün değildir; zira kanun tutuklama işleminin CMK hükümlerine binaen uygulanacağını belirtmiştir ve fakat ifade ettiğimiz gibi kanunda suç olmayıp kabahat olarak düzenlenmiş bir hususta CMK hükümleri uygulanamaz.[14] Bununla birlikte PVSK ve ilgili kanunlar göz önünde alındığında kolluk görevlilerinin kimlik sorması durumunda her hal ve koşulda buna ilişkin olarak doğru bilgi verme zorunluluğu söz konusudur ve her ne kadar tutuklama yapılamasa da geçici tutma nedeni olarak gözaltı yoluna başvurulabilir ve hukuka uygundur.[15] Kişinin durdurulması halinde doğrudan kimlik sorma işlemine geçilmeyip öncelikle vatandaşla iletişime geçilmesi gerekir.[16] Bunun sonucu olarak şüphenin ortadan kalkması halinde ise kişi veya aracın ayrılmasına izin verilmelidir.

B.HUKUKA AYKIRI DURDURMANIN SONUÇLARI

Yukarıda önce kanuni düzenlemesini anlatıp sonrasında hukuksal tahlilini yaptığımız durdurma yetkisinin hukuka uygun olmayan bir şekilde kullanımının da bazı sorumlulukları ve hukuksal sonuçları mevcuttur.

Öncelikle kolluk görevlilerinin kanunların kendilerine tanıdığı yetkileri kullanma ve bunları uygulama noktasında gösterdikleri hukuka uygun olmayan davranışlardan ötürü disiplin sorumlulukları mevcuttur ve bu durum durdurma yetkisinin de hukuka uygun olmadan kullanımında da gündeme gelecektir.[17] Bunun yanında yapılan işlem hukuka uygun olsa dahi bu işlemin yerine getirilmesi esnasında da durdurulana yönelik yapılan hukuka aykırı bir davranış da bunu yapan kolluk mensubunun özel hukuk bağlamında tazminat sorumluluğunu gerektirebilecektir.[18]

13 5681 sayılıdeğişiklikten önce bu maddenin yorumu sadece ifade alma ve sorgu esnasında şüphelinin kimlik bilgilerini vermekten kaçınması durumu için söz konusuydu. Bunun için bkz. Eryılmaz-I, s.66.

14 Eryılmaz-I, s.66.

15 Talas, a.g.e. , s.6.

16 Metli, a.g.e. , s.6.

17 Erdağ, **a.g.e.**, s.56.

18 Bunun yanında bkz. Erdağ, A.e,s.56 "Durdurma ve kimlik sorma işlemi ceza muhakemesi anlamında tam olarak bir koruma tedbiri olmamakla birlikte CMK'nın 141. vd.

Durdurma işlemi esnasında yapılan hukuka aykırılığın Türk Ceza Kanunlarında suç oluşturması durumunda ise üzere cezai sorumluluk,ancak böyle bir durum söz konusu olmamış ve fakat söz konusu hukuka aykırılık durdurulanın veyahutta da kamunun zararına sebep olmuşsa da görevi kötüye kullanma gibi suçlar gündeme gelebilecektir.[19] Bununla birlikte durdurulanın müdahaleye sebebiyet verdiği meşru savunma gibi durumlarda ise cezai sorumluluk yoluna gidilemeyecektir. Nitekim bu durum ülkemiz açısından Aihm'de görülen davalarda da söz konusu olmuş ve Aihm'in kolluk güçlerinin uyguladığı meşru savunma veya cebir hususunda bunun demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı yani müdahalenin toplum için zorlayıcı bir ihtiyaçtan kaynaklanması ve meşru amaçla orantılı olması gerektiği , alıkonulan kişinin buna sebebiyet verip vermediği gibi hususları göz önünde bulundurarak müddei her ne kadar vatandaş olsa da ispat külfetini devlete yükleyerek davada sonuca ulaşmaya çalıştığı davalar mevcuttur.[20] Belirtilmesi gereken bir başka husus ise zor kullanma durumunun ikaz,kelepçe takma, doğrudan doğruya kuvvet kullanma ve son aşamada silah kullanma gibi çeşitli aşamalardan[21] oluştuğu ve kolluk görevlisinin meşru savunma kapsamına girecek davranışında da olayın özelliğine göre bu aşamalara riayet etmesi gerektiğidir.

Son olarak durdurmanın en önemli sonucu, durdurulan kişiden elde edilen ve yargılamada kullanılabilecek delillerin hukuka aykırı bir durdurma sonucu elde edilmesi durumunda bunların "yasak deliller" kapsamında olmalarından dolayı soruşturma aşaması da dahil Ceza Muhakemesinin hiçbir aşamasında kullanılamayacak olmasıdır.[22] Gerçekten doktrinde "zehirli ağacın meyvesi" olarak tabir edilen hukuka aykırı deliller hangi amaçla olsun Ceza Muhakemesinde kullanılamazlar.

---

maddeleri hükümleriyle düzenlenmiş bulunan "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat" sorumluluğu da göz ardı edilmemelidir."

19 Erdağ, a.g.e., s.56.

20 Hakan Bener, "Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de Polis Kaynaklı İnsan Hakları İhlalleri ve Çözüm Arayışları", Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2007, s.47.

Konuyla ilgili bkz. Günaydın v. Turkey , App. No. 27526/95, Admissibility Decision of 13 October 2005.

21 Bener,a.g.e., s.65-66.

22 Güçlü Akyürek,"Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", TBB Dergisi,S.101, 2012 , s.79.

II. ÖNLEME ARAMASI

A. GENEL OLARAK

Arama kavramı, 5 duyu organıyla fark edilmeyen bir nesne veya saklanan bir kimsenin araştırılması şeklinde ifade edilir.[23]*İki farklı hali söz konusudur ki bunlardan biri AAÖY'nin 5. maddesinden tanımlanan "... bir suç işlemek, veya buna iştirak veya yataklık etmek makul şüphesi bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında... yapılan araştırma işlemidir*." şeklinde Ceza Muhakemesi[24] gayesiyle "adli arama" hali, diğeri ise yine aynı yönetmeliğin 19. maddesinde sıralanan amaçların gerçekleştirilmesi doğrultusunda ve tabi PVSK'nın ilgili 9. maddesinde belirtildiği üzere "... *tehlike veya suçun önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle...*" kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kağıtlarının veya eşyalarının aranmasının yanında araçların da aranmasını içeren "önleme araması" halidir[25]. Konumuz bakımından araştırılacak husus ikinci durumdur. Nitekim, "*... bir suçu önlemek için yasa, bir ulusun içinde bulunduğu belli koşullar çerçevesinde en iyi çare benimsemediği sürece o suça öngörülen cezanın haklı olduğu söylenemez*." [26] Bu doğrultuda iyi bir kanun koyucu da suçun oluşumundan önce önlenmesi amacını gütmesi gerekir.[27]

Tehlike veya suçun önlenmesi amacıyla[28] yerine getirildiğini belirttiğimiz önleme aramasının, 1982 Anayasası'nın 21. maddesinde;

"Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık

23 Ezgi Kızılkaya,"Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı",TBB Dergisi, S.89,2010, s.509

24 Feridun Yenisey,"Feridun Hoca ile Ceza Muhakemesi Hukuku", Çağınpolisi Dergisi, S.143, 2013, s.6. (Yenisey-I)

25 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu,Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Yayınları, 14. bs., İstanbul 2006, s. 914.

26 Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi, 6.bs.,Ankara, 2016, s.164.

27 Hüseyin Yalçın ,"Önleme Araması", Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi,2010, s.2.

28 Feridun Yenisey, tehlike ve suçun önlenmesi doğrultusunda "Huzur operasyonları" adı altında yapılan "genel arama-tarama" şeklindeki kontrollerin amacının da "önleme" olduğunu belirtir. bkz. Yenisey-I, s.6.

ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça...arama yapılamaz...Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur."

şeklinde düzenlenmesinin bir sonucu olarak ancak hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde [29]kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle bunun yapılabilmesi mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi de anlatacağımız İç Güvenlik Paketi'yle PVSK'da meydana gelen değişikliklerin iptali ve yürütmenin durdurlması kararında anayasa hükmünün açık olduğu ve önleme aramasının da bundan istisna edilemeyeceğini belirterek bu durumun gerçekten hakim kararını gerektiren bir husus olduğunu tasdik etmiştir. Bunun yanında PVSK'nın 9/1 maddesinde belirtildiği üzere burada bir tehlike yahut suçu önleme amacı olması ve ortada somut bir suç şüphesi dahi bulunmaması dolayısıyla önleme aramasında gözetilecek usulün maddede belirtilenin aksine Ceza Muhakemesi usulüyle doğrudan doğruya bir ilgisi yoktur.[30]

B. ÖNLEME ARAMASI YAPILMASININ ŞARTLARI

1. YETKİLİ MERCİİN EMRİ

Önleme aramasının yapılabilmesinin 2 şartı vardır ve bunlardan biri yukarıda anlattığımız gibi hakim kararı veya mülki amirin yazılı emrinin bulunmasıdır. Esasen önleme araması üzerinde hukuki bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmayan somut bir suç şüphesi dahi barındırmadığından 2001 Anayasa değişikliğine kadar bu konudaki yetki ve sorumluluğun mülki idari amirde olduğu bir idari işlem statüsündeydi.[31] burada belirtmek gerekir ki ab hukuku ile kanununun uyuymlu hale getirilmesi adına aslında aihs md8deki hükümler anayasaya aynen

29 Gecikmesinde sakınca bulunan hal, AAÖY'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde " ... derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini... ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır.

30 Bedri Eryılmaz, "Önleme Araması ve Uygulamda Karşılaşılan Problemler", http://mesutbedrieryilmaz.blogspot.com.tr/2011/01/onleme-aramasi-ve-uygulamda.html 28.12.2017. (Eryılmaz-II)

31[4] [1]Bedri Yeniay," Önleme Araması ve Hukuka Aykırı Delil", http://www.bediryeniay.av.tr/2016/03/02/onleme-aramasi-ve-hukuka-aykiri-delil/ 31.12.2017.

aktarılarak arama kararı için hakim kararının bulunması gerektiğinin önleme aramasına da genişletilebileceğinin sonradan farkına varılmıştır.[32] Bu noktada gerek Anayasada gerekse kanundaki hüküm açıktır ve önleme araması yapılması için hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle ancak önleme araması yapılabilmesi mümkün olmaktadır.

Mülki amirin yazılı emrinin yahut hakim kararı olmadan da aramanın yapılabilidiği bazı istisnai haller mevcuttur. Bunlar TCK md.25'de düzenlenen ağır ve muhakkak bir tehlike[33] durumu, suçüstü halinde[34], kolluğun her zaman girip kontrol edebileceği denetleme yerleri, kaçakçılığın önlenmesi bağlamında gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından şüphelenilen kişiler[35] ve AÖAY'nin 25. maddesinde gösterilen hallerde[36]

---

32 Eryılmaz-II, a.y.

33 TCK md.25/1. "Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. "

34 bkz. PVSK md.20/1. "... ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir."

35 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu md.9/2 " Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanılan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir."

36 bkz. AAÖY md 25/1. "Hâkimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen hâller: Madde 25 - Aşağıdaki hâllerde yapılacak aramalarda ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmez:

a) Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,

b) 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun ek 1 inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,

c) 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanununun 11 inci maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında,

d) 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3 üncü maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,

e) Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,

f) 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanunun 79 uncu maddesindeki

arama yazılı emir yahut hakim kararı olmadan da yapılabilir.[37] Burada değinilmesi gereken bir husus da aramaya rıza gösterilmesi halinde bunun yetkili merciin emri olmadan yapılıp yapılamayacağıdır. TCK'nın 26/2 maddesi bu durumu düzenlemiş ve kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebildiği hususlarda kimseye ceza verilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Gerçekten kişinin bu noktada rıza açıklama yeteneğine sahip olması ve açıkladığı rızanın da kişinin şeref ve haysiyeti veya da vücut bütünlüğüne yönelik olarak üzerinde tasarruf edemeyeceği hususlardan olmaması gerekir.[38] Geçmişte doktrinde tartışma konusu olan bu durum, Danıştay'da açılan AAÖY'nin bu konuyu düzenleyen 9. maddesi hakkında yürütmeyi durdurma kararı verilmesiyle son bulmuştur.[39] Zira ilgili kararda Danıştay, "özel hayatın gizliliği" hakkını dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel bir hak olarak ele almış ve anayasanın ilgili maddesinde kişinin rızasının bu hakkın sınırlandırma sebepleri arasında sayılmadığından bahisle "... bireyle kolluk arasındaki güç dengesizliği nedeniyle rızanın mutlaka sakatlanmış sayılacağını karine olarak kabul etmiştir."[40] Bunların yanında belirtmek gerekir ki "Arama" sayılmayan denetimler bakımından da hakim kararı yahut mülki amirin izninin aranmadığı haller mevcuttur.[41]

Yukarıda belirttiğimiz hususların yanında kanun koyucunun herhangi bir hakim kararı veya mülki amirin yazılı izni olmaksızın belirli mekanların aranması noktasında buralara girmek isteyenlerin önleme aramasına muvafakatinin olduğunu kabul ederek doğrudan önleme aramasının yapılabilmesine imkan tanıdığı haller mevcuttur.[42]

---

silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında."

37 Yenisey-I, s.9.

38 İzzet Özgenç, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. bs. , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.354.

39 bkz. Danıştay 10. Dairesi 2003/3396 Esas Sayılı Kararı. Doktrinde sadece bu maddenin değil bütün yönetmeliğin hem Adalet Bakanlığı hem de İçişleri Bakanlığının görev alanına girmeyen konularda düzenleme yaptığını belirterek "yok" hükmünde olduğunu savunanlar olmuştur. Bunun için bkz. Zeki Hafızoğulları, "24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlnarak yürürlüğe Konan "Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği" Adli Zabıt ve ARamarlı Yönünden Yok Hükmündedir.", Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2004.

40 Yeşim Yılmaz, "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi olarak Adli Arama", TBB Dergisi , S.124., 2016,s.270.

41 bkz. AÖAY md.18. ve Mevzuatımızdaki diğer ilgili maddeler.

42 Örneğin bkz. 6222 Sayılı Sprda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun md.12.

2. SOMUT TEHLİKE

Önleme araması yapılabilmesi için gereken bir diğer şart ise hakim kararı veya mülki amirin yazılı izninin alınmasından önce tespit edilmesi gereken somut bir tehlikenin bulunması durumudur. Şöyle ki kanunda belirtilen tehlikenin önlenmesi veya suçun önlenmesi hususu yönünden polisin göz önünde bulundurması gereken husus, her ne kadar doktrinde tartışma konusu olsa da bu tehlikenin veya belli bir yoğunluğa ulaşan suç şüphesinin soyut değil somut ve öngörülebilir olması gerekir.[43] Bunun yanında önleme aramasına muhatap olacak kişinin tehlike durumuna yönelik olarak "somut belirti"nin mevcut olması gerekir ve buna karar verecek olansa talep edilen arama emri doğrultusunda hakim veya mülki amirdir.[44] Ancak kolluğun hakim kararı veya mülki amirin yazili emrini talep etmeden önce önleme aramasının haklılığına karar vermesi ve arama neticesinde elde edilecek fayda, aranacak kimsenin gördüğü zarara nispeten daha azsa bu yola başvurmaması gerekir.[45] Bu noktada bu yola başvurulması gerekse dahi kolluk uygun bir hal ve tavır takınmalı ve gerek PVSK'nın 9.maddesi gerekse AÖAY'nin 28. maddesinde belirtilen kıstasları da göz önünde bulundurarak görevini icra etmelidir. Bunların yanında kolluk; hukuk devleti, insan onurunun dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, orantılılık, maddi gerçeğin araştırılması ve dürüst işlem ilkelerini de göz önünde bulundurarak faaliyette bulunmalıdır.[46]

Önleme aramasının her zaman suç şüphesi veya tehlikenin söz konusu olduğu gösteri yapılan yahut halkın topluca bulunduğu yerlerde veya da toplu taşıma araçlarında ve sair yerlerde yapılabileceği PVSK 9/4 maddesinde 6 bent halinde sayılarak sınırlandırılmış, 5. fıkrada ise "Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması..."nın yapılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanında bu haller AÖAY'nin 19. maddesinde de daha detaylı bir şekilde sıralanmıştır. Bu bentlerden genel olarak anlaşılan ise kanun koyucunun halkın topluca bulunduğu ve dolayısıyla da sürekli bir insan giriş çıkışının olduğu yerlerin kontrol altında tutulması ve bu tip yerlerde her zaman ihtimal dahilinde olan tehlikenin, durdurma ve önleme araması yoluyla önüne geçilebilmesidir.[47] Bunun yanında önleme araması, topluluğa yönelik yapılacaksa bu kişiler bir araya gelmeden önce

43 Eryılmaz-II, a.y.

44 Eryılmaz-I, s.65.

45 Eryılmaz-II, a.y.

46[4] Özcan Erdagöz, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2008.

47 **Er**yılmaz-II, a.y.

yapılarak toplanma hlindeyken kalabalığın içine girilerek bu şekilde bir arama yapılması toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale olarak algılanmasının ve tepki çekmesinin önüne geçilmelidir.[48] Belirttiğimiz maddelerde sayılan durumların yanı sıra yakalama sonrası güvenlik araması, gözaltına alınan kişilerin nezaret öncesi araması gibi arama işlemleri de önleme araması kapsamındadır.[49]

C.ÖNLEME ARAMASINDA HUKUK AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Aramanın hukuka aykırılığını belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilecek bazı ölçütler vardır. bunlar; makul şüphenin olmaması, aramanın hakim kararı yahut mülki amirin yazılı emri olmaması veya da bu olmadığı halde gecikmesinde sakınca bulunan bir halin meydana gelmemiş olması, ölçülükte sınırın aşılması, aramaya maruz kalan kişinin hukuki durumuna binaen uyulmaası gereken şartlara uyulmaması veya da PVSK'da belirtililen arama konusunun dışına çıkılması durumlarında hukuka aykırılık ortaya çıkacak ve bunun için başvuru imkanı doğacaktır.[50] Ancak, hukuka aykırı önleme aramasına karşı başvurulabilecek yollara dair kanunlarda net bir ibare bulunmamaktadır. Ancak Ceza Muhakemesi Hukukunda kıyas yoluna başvurabilmek mümkündür ve bu doğrultuda çıkarılabilecek bazı yollar mevcuttur.

Her ne kadar önleme araması bir idari işlem olsa da verilen bir hakim kararına karşı CMK'nın 267[51] vd. maddeleri uyarınca itiraz yoluna ve bunun reddedilmesi halinde temyize başvurulabilir ve fakat bu durum kararın uygulanmasına engel değildir.[52] Bununla birlikte CMK'nın 309. maddesi uyarınca istinaf ve temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen hakim kararına karşı kanun yararına bozmanın önleme aramasında da söz konusu olduğunu belirtenler de olmuşsa da[53] aynı maddenin 4. fıkrasında bunun mümkün olduğu haller 4 bent halinde sayılmıştır. Söz konusu durumlar davanın esasının görüldüğü veya cezanın verildiği kovuşturma aşamasına ilişkindir. Ancak önleme aramasının soruşturma aşamasında görülen bir müessese olması dolayısıyla kanun yararına bozma kapsamına giremeyecek bir husus olduğunu düşünerek bu düşünceye

48 Eryılmaz-I,s.73.

49 Talas, a.g.e. , s.32.

50 Adem Irmak, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2016, s.93.

51 Bkz. CMK. md.267. "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir."

52 71Erdagöz, a.g.e. , s.273.

53 Erdagöz, **a.e.** , s.275.

katılmamaktayız.

Mülki amirin yazılı emriyle yerine getirilen önleme aramasına karşı ise farklı durumlar söz konusudur. Mülki amirin gecikmesinde sakınca olan bir halde hakim kararı olmaksızın yazılı emirle verdiği önleme aramasının CMK'nın 127/3 maddesine binaen 24 saat içinde hakim onayına sunulması gerektiği ve bu onaylandığı takdirde de amirin yazılı emrinin de hakim kararına dönüşeceğinden itiraz ve temyiz yollarına başvurunun mümkün olabileceğini doktrinde savunanlar mevcuttur.[54] Ancak ilgili maddede belirtilen hükmün arama değil elkoymayla alakalı olması ve zaten suç deliline rastlanması durumunda adli aramanın başlamış olması nedeniyle önleme aramasında bu yola başvurmak mümkün değildir. Bununla birlikte böyle bir durumun idari işlem niteliği taşımasından ötürü idari yargı denetimine tabi tutularak mülki amirin verdiği önleme araması kararının iptal davası ile bu eylem sonucunda mağdur olanların taleplerinin ise tam yargı davası neticesinde sonuçlandırılması mümkündür.[55]

Önleme aramasından mağdur olan kimseler CMK'nın 141. maddesine binaen suç soruşturması esnasında önleme aramasının ölçüsüz gerçekleştirilmesi durumunda veyahutta da ölçüsüz olmasa bile haksız aramaya tabi tutulduklarında Borçlar Kanunu genel hükümlerine binaen tazminat hakkı kazanabileceklerdir.[56] Bunun yanında söz konusu haksız aramaya karşı hapis cezasını öngören TCK'nın 120. , aramada sınırın aşıalrak zor kullanılması durumunda kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngören TCK'nın 256. veya yapılan önleme aramasının özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi halinde ceza verilmesini öngören TCK'nın 134. maddeleri uyarınca bunu işleyenlere verilecek cezalar söz konusu olabilecektir."[57] Bunun yanında TCK'nın 24. maddesi uyarınca bahsettiğimiz suçlara konu olan emri verenlerin de müşterek failliği söz konusu olabilecektir. [58]

III. **KANUNLARDA MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLER**

A. 5681 SAYILI KANUNLA ÖNLEME ARAMASINA DAİR MADDENİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE ELEŞTİRİSİ

5681 Sayılı Kanunun 3.maddesi neticesinde "önleme araması" da de-

54 Erdagöz, **a.g.e.**, s. 275.

55 Hüzeyin Yalçın, **a.g.e.** ,s.127.

56 Ozan Onan,"Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama",Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi,2009, s.84.

57 Irmak, **a.g.e.** ,s.98.

58 Yalçın, **a.g.e.**, s.101.

ğiştirilerek günümüzdeki şekline kavuşturulmuştur. Değiştirilmeden önceki haliyle *çok farklı niteliklere sahip olmasa da yapılan değişikliğe değinilmesinde fayda vardır. 03.08.2002 Tarihli 4771 Sayılı Kanunun 10. maddesiyle*[59] meydana getirilen değişiklikte önleme aramasının yapılmasının amacı suç işlenmesinin önlenmesi oalrak belirtilmişken, 5681 sayılı kanunla bu noktada yeniden bir düzenleme yapılarak buna "tehlikenin önlenmesi" amacı da eklenmiştir.

Önleme araması daha önce de belirttiğimiz gibi lafzından anlaşıldığı züere herkesin tabi tutulabileceği bir arama türüdür ve kolluk görevlisinini keyfi oalrak bu yola başvurusuna açıktır. Bu nedenle, yapılan değişiklik neticesinde ikinci fıkrada arama talep yazısında makul sebeplerin belirtilmesi gerektiğ ve üçüncü fıkrada ise arama akrarında belirtilecek unsurlar düzenlenerek hukuk kurallarına ve Anayasa hükümlerine bağlı bir Hukuk Devleti[60] olma doğrultusunda keyfiliğin önüne geçilmek istenmiştir. Bunun yanında *Önleme aramasının yapılacağı yerler sayılarak öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde önleme ara-*

59 Madde 9 - (Değişik madde: 03/08/2002 - 4771 S.K./10. md.)Polis, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle;

A) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

B) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,

C) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,

D) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde,

E) Umumi veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde,

F) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında,

G) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında,

Suçun önlenmesi amacıyla kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; suç unsurlarına el koyar ve evrakı ile birlikte Cumhuriyet savcılığına tevdi eder.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlara göre suç iz, eser, emare veya delillerinin tespiti veya faillerinin yakalanması amacıyla polis tarafından yapılacak aramalar için de usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır.

5680 sayılı Basın Kanunu kapsamına giren basılı eserlerin arama ve zaptı, genel hükümlere tabidir.

60 Ali Şafak, Hukuk Sözlüğü, Temel Yayınları,2.bs. ,İstanbul,1996, s.188.

masının yapılması çıkarılmış ve gerek "*Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz*." fıkrası gerekse öneleme aramalarında denetlenebilirlik ve şeffaflığın sağlanması adına önleme aramasının sonucunun tutanakla bildirilmesi eklenerek hukukuka uygunluk sağlamlaştırılmak istenmiştir.

5681 Sayılı Değişiklikliğin 3. maddesiyle yapılan eklemelere yönelik olarak iki duruma eleştiri getirilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki; spor karşılaşması,miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu durumlar*ın* önleme aramasın*ın* gecikmesinde sakınca bulunan hallerden olduğu varsayımıdır. Aniden oluşan topluluklar durumunda bu varsayımın yapılabilmesi mümkünken sayılan diğer hallerdeki aktivitelerin gerçekleştirileceğinin önceden belli olması bakımından böyle bir varsayımda bulunmak hem hukuka[61] hem de önleme aramasının barındırdığı amaca aykırıdır.[62] İkinci durum ise, her ne kadar maddenin değişiklik gerekçesinde polisin tehlikenin önlenmesi veya ortaya çıktığı durumda ise bertaraf etmesi amacıyla 7. fıkrada belitrtilen giriş ve çıkışın belirli bir usule tabi olduğu bina ve tesislere gelenlerin herhngi bir karar veya emir olmaksızısın önleme aramasına tabi tutulmaları öngörüldüğü belirtilmişse de her hal ve şart altında hakim kararı veya mülki amirin yazılı emrinin bulunmasını öngören ve bir üst norm niteliğinde olan Anayasa'nın 20., 21. ve 21. maddelerinde yer alan haklara binaen hukuka aykırılık teşkil etmektedir. [63] Gerçekten Anayasa Mahkemesi de bir kararında[64] sadece adli aramalarda değil önleme aramalarında da hakim kararı güvencesinin bulunduğunu tasdik ederek bu aramaların idari işlem olmasından yola çıkılarak hakim kararının gerekli olmasına dair kuralın iptali istemiyle açılan davayı reddetmiştir. Burada belirtilmesi gereken son bir husus, olarak 5681 sayılı yasa çıkarılarak önleme aramasının kapsamı genişletildiği dönemde kanunda geçen ifadede her halükarda hakim veya mülki amirden izin alma zorunluluğu olduğu ancak özellikle sokakta yapılacaka aramalar yönünden gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunması durumunda AB üyesi ülkelerde olduğu gibi arama akrarına gerek kalmaksızın kolluğun re'sen arama yapabilmesi gerektiğini belirtenler de olmuştur.[65]

---

61 **Eryılmaz**-I,s.74.

62 Bunların yanında "ve benzeri toplumsal etkinliklerin" ibaresi de maddenin ilk halinde bulunmasına rağmen Adalet Komisyonu bu ibareyi "soyut ve sübjektif uygulamalara imkan verecek bir düzenleme olduğu" gerekçesiyle madde metninden çıkarmıştır.

63 Abdullah Batuhan Baytaz,"6638 Sayılı Kanun ile PVSK ve CMK'da yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İÜHFM ,C. LXXIII, S. 2, 2015, s.31.

64 bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2006 tarih, 2003/29 E., 2006/24 K. sayılı ilamı.

65 Eryılmaz-I, s.66.

5681 Sayılı Kanunla meydana getirilen değişiklikte her derecede eğitim ve öğretim kurumunda, buraların idarecilerinin veya kamuya açık işyerlerinde, işyeri sahiplerinin izni olmaksızın önleme araması yapmasına dair düzenleme de maddeye eklenmek istemişse de böyle bir düzenlemenin önleme aramasının amacına aykırı olacağı ve adli aramayla karıştırılacağı gibi hususların kamuoyunda dile getirilerek eleştirilmesiyle söz konusu fıkra değişikliğe eklenmemiştir.[66] Gerçekten eğitim kurumlarında öğrencilerin, kamuya açık işyerlerinde ise işyeri sahipleri veya bunların müşterilerinini herhangi bir tehlike bulunmadığı ve bu doğrultuda da arama talep etmediği halde kolluğun buralara bir varsayım dahilinde re'sen girip kişileri önlemea aramasına tabi tutmaları söz konusu aramanın amacına aykırılık teşkil eder ve fakat bu durumlarda usulüne uygun bir şekilde adli arama yapılabilmesi her zaman mümkündür.[67]

B. İÇ GÜVENLİK PAKETİ

1.İÇ GÜVENLİK PAKETİYLE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

4 Nisan 2015'te yürürlüğe giren 6638 Sayılı *Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* yahut kamuoyunda adlandırıldığı kadarıyla " İç Güvenlik Paketi"yle getirilen değişiklikten önce ilgili PVSK 4/A maddesinin 6. fıkrası şu şekildedir;

"*Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacına yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez.*"

Ancak yapılan değişiklik sonucu ilgili fıkranın ikinci cümlesinde geçen "Ancak bu.." ibaresi yerine sadece "Bu" ibaresi koyulmuş, bunun yanı sıra;

"*Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. Kolluk amirinin*

66 Eryılmaz-I,s.73.

67 Eryılmaz-I,s.73.

kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir."

ifadesi de ilgili fıkraya eklemlenmiştir.[68]

6638 Sayılı Kanunla meydana getirilen değişikliğin genel gerekçesinde son yıllarda meydana gelen terör ve asayiş suçlarına değinilerek suç işlenmesinin önlenmesi ve suçluların yakalanarak can ve mal güvenliğinini sağlanması amacıyla böyle bir değişikliğin gerekli görüldüğü açıklanmıştır. Yukarıda değindiğimiz ilgili fıkranın gerekçesi olarak da bulundurulması ve taşınması yasak olan silah ve bomba gibi suç aletlerini taşıdığından şüphelenşilen kişinin durdurma neticesinde aranması ve gerekli önlemlerin derhal alınarak bekletilip mağdur edilmemesi ve kamu düzeninin sağlanarak topluma yönelik tehlikelerin bertaraf edilmesi adına böyle bir imkan sağlanmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. 24 saat içinde söz konusu kolluk amirinin sözlü kararının hakim onayına sunulmasıyla da keyfi uygulamaların engelleneceği ve etkin denetim yapılacağı aynı gerekçede öngörülmüştür. Bu doğrultuda bir suç delilinin ele geçirilmesi halinde 24 saat içinde bu delil hakim kararına sunulacak ve uygun görülmesi halinde yargılamada kullanılabilecektir. *Şunun da belirtilmesinde fayda vardır ki her ne kadar bu düzenlemeden önce kanunda düzenlenmemiş olsa da Yargıtay'ın yazılı emir yahut hakim kararı olmadan amirin sözlü emriyle elde edilen delilleri suçun topluma verdiği zarar ve suçlunun* ihlal edilen hakkı arasında bir dengeleme[69] yaparak bu durum hukuka aykırlık oluştursa bile elde edilen delilin yargılamada kullanılmasını hukuka aykırı kabul etmediği kararları doğrudan doğruya bu düzenlemdeki kadar net olmasa da bu düzenlemden önce de mevcuttur.[70] Zira bu delillerin kullanılmaması

68 Bu değişiklikten önce Prof.Feridun Yenisey'in bir nevi bunun gerekliliğine dair ifadesi için bkz.

Yenisey-I,s.8." Polisin önleme amacıyla eşya üzerinde arama yapabilmesi, öncelikle üzeri aranabilecek kişilerin yanında bulundurdukları eşya bakımından kabul edilmiştir. Diğer taraftan, belirli olaylar; eşyanın içinde bulunan kişinin göz altına alınmasını mümkün kılıyorsa veya o kişinin o eşya içinde hukuka aykırı oalrak kısıtlanmış bulunduğunu veya o kişinin ayrdıma muhtaç olduğunu gösteriyorsa, kolluk suçu önlemek amacıyla prensip oalrak, kendiliğinden eşya üzerinde arama yapabilmelidir."

69 Cuma Özelce,"Koruma Tedbiri Olarak Arama",Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi,2010, s.135.

70 Yargıtay CGK 2005/10 E. ve 2005/29 K. sayılı ilamında, emniyet amirinin sözlü talimatı üzerine yapılan arama sonucunda elde edilen delilin muhakemede kullanılıp kullanılamayacağı tartışılmıştır."Yazılı olması gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilirse de, elkoyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hakim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Sanık da,

durmunda haksız beraat kararlarının verilerek yargılamanın kilitlenmesi ve toplumun zarar görmesi mümkündür.[71] Doktrinde bunu mutlak-nisbi delil yasakları şeklinde ayrıma giderek ölçülülük gözetilerek elde edilen nisbi delil yasaklarının yargılamada kullanılabileceğini destekleyenler olduğu gibi[72] karşı çıkarak hukuka aykrıı delili "zehirli ağacın meyvesi" olarak nitelendirerek değil yargılamada soruşturma aşamasında dahi kullanılamaycağını savunanlar da mevcuttur.[73] zira maddi gerçeğe ulaşmak uğruna hukuka aykırı da olsa elde edilmiş olan delilin kaybedilmemesi ve buna dayalı olarak ortaya çıkan "beyaz yalan" kabilinden bir düşüncenin hukukta yeri yoktur.[74]

Yukarıda anlattığımız denetim yolunun nihai karar merciinin yargı organı olması dolayısıyla Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen usule uygun olduğu ve söz konusu durumun Avrupa Birliği üyesi ülkelerde de aynı şekilde tecelli ettiği, buna örnek olarak da 2005'te meydana gelen terör saldırıları neticesinde İngiliz Parlementosunca kabul edilen *Terrorism Act*'ta polise geniş yetkiler verilerek teröre karşı sert uygulamalara gidildiğinden bahisle ülkemizin içinde bulunduğu durum hasebiyle de söz konusu uygulamayı doktrinde destekleyenler de olmuştur.[75]

2. İÇ GÜVENLİK PAKETİ'NİN İPTALİ

Yapılan değişiklik ile PVSK 4/A maddesi uyarınca "makul sebep" bulunan hallerde durdurma neticesinde yeterli şüphe bulunması halinde durdurmaya ek oalrak arama yetkisi de kolluğa verilmiştir.[76] Söz konusu de-

suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceği olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise, başlangıçtan itibarenelde ettikleri tüm bilgileri C.Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hakim kararı alınması için girişimde bulundukları, bu suretle hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde olduklarıanlaşılmaktadır. Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez. O halde, sanığın üzerindeki arama işleminin ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır."

71 Özelce, a.g.e. ,s.136.

72 bkz. Bahri Öztürk, Delil Yasakları, Ankara, 1995, s.44 vd.

73 Ali Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBB Dergisi, S.55, 2004, s.64.

74 Ersan Şen, "Çatışan Yargı Kararları Işığında Arama", (Çevrimiçi) http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1634228-catisan-yargi-kararlari-isiginda-arama 28.12.2017.

75 Eren Alper YILMAZ-Hatice CAN ÖZİÇ-Ahmet AKBULUT," Güvenlik Özgürlük Dengesi Bağlamında Türkiye'deki "İç Güvenlik Paketi" Tartışmaları", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2016, s.140.

76 Feridun Yenisey, "Kolluk Hukuku ve 2014 İç Güvenlik Paketi", Çağınpolisi Dergisi,S.157,s.7. (Yenisey-II)

ğişikliğe karşı Anayasa Mahkmesinde iptal istemiyle dava açılmıştır. Söz konusu talebin gerekçesinde bu durumun keyfi uygulamalara yol açacağı, Anayasa'nın 20. madde hükmünü ihlal ettiği, halihazırda mevcut olan önleme aramasına dair PVSK'nın 9. maddesini işlevsiz hale getirdiği ve önleme aramasının amacına aykırı bir şekilde adli aramayla arasındaki farkı kaldırarak Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesini aştığından bahisle yukarıda belirttiğimiz maddeye eklenen fıkranın iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise görülen dava neticesinde 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 Esas, 2017/98 Karar sayılı ilamıyla güncel kanunda belirtildiği üzere ilgili fıkrada geçen "*...kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir*." ibaresini iptal etmiş ve bu kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 03.08.2017 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına almıştır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında *öncelikle* şekil yönünden kanunu incelemiş ve *öncelikle* TBMM Genel Kurul tutanaklarının tedkiki neticesinde yapılan oylamanın Anayasa'nın bu konuyu düzenleyen 96. maddesine uygun olduğuna akrar vermiştir. Bunun yanında birbiriyle konu yönünden ilgisi olmayan ve çok fazla sayıda başka kanunda ek ve değişiklikler yapan "torba kanun" [77] uygulaması da şeklen incelenmiştir. Bu doğrultuda teklif veya tasarıların maddi oalrak varlık kazanabilmelerinin Anayasa'da öngörülen usule uyularak yapıldıklarında mümkün olduğu ve Mahkeme'nin bu konudaki denetiminin de son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı noktasında olduğu belirtilerek bu konunun Mahkeme'nin yetkisi dışında kaldığından iptal talebinin reddine karar verilmiştir. Tüm bu hususlardan sonra yukarıda belirttiğimiz ifade incelenerek Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen hakim akrarı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi *mülki amirin yazılı emriyle yapılabilecek olan arama işleminin söz konusu hükümde gayet açık olduğu ve bunun sözlü emirle yerine getirilemeyeceği belirtilerek Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiştir.*

SONUÇ

Küreselleşmenin sebebiyet verdiği ülkeler arası sınırların neredeyse kalkmış olma durumu, pek çok avantaj yanında dezavantajları da beraberinde getirmektedir. Bu dezavantajlardan birisi ise terör ve daha pek çok

77 Şeref İba,"Ülkemizde "Torba Kanun" ve "Temel Kanun" Uygulamaları", Ankara Barosu Dergisi, 2011,s.199.

ciddi suç türüne karşı güvenliğin sağlanmasındaki zorluklardır.[78] Bu noktada suç öncesi alınacak tedbirler hayati önem arz etmektedir. Durdurma ve önleme araması yapma da çeşitli değişiklikler sonucu günümüze kadar ulaşan söz konusu tedbirlerden ikisini teşkil etmekte ve kanunda açıkça düzenlenmektedir. Ancak bu yetkiler kullanılırken Hukuk Devleti'nin gereklerine uygun hareket edilmeli ve kişilere mağduriyet yaşatılmamalıdır. Bu noktada da kolluk görevlileri keyfiliğe mahal bırakılmaması amacıyla daha fazla eğitilerek bunun kapsam ve kalitesi arttırılmalıdır.[79]

Mecelle'den beri süregelen bir kaide olarak "Ezmanın tagayyürü ile ahkamın tagayyürü inkar olunamaz." ifadesinden yola çıkılarak kanunların da zamanla değişmesi gerekir. Ancak kanunların bu değişimi bir diyalektik içerisinde olmalıdır. Yani bir önceki kanun bir sonrakinin yerini doldurmasının yanında önceki kanunun eksik bıraktığı konuları da düzenleme amacı gütmelidir. Bu doğrultuda gerek durdurma ve gerekse önleme araması müessesesi de değişim yoluyla günümüze kadar ulaşmış ve pek çok eleştiri getirilmiştir. Fakat, anlatmaya çalıştığımız İç Güvenlik Paketi bu noktada önceki kanunun bıraktığı eksiklerin tamamlanması bir yana bu konuda çok daha büyük eksiklerin ortaya çıkmasına neden olmuşsa da Anayasa Mahkemesi kararıyla ilgili kısımlar iptal edilerek hukuksal denetimi sağlanmıştır. Zira toplumların gelişmişlikleriyle hukuklarının gelişmişlikleri doğru orantılıdır ve temel hak ve özgürlüklüklerin özünü etkileyecek bir düzenlemenin hukuk düzeninde yeri olmaması gerekir.

KAYNAKÇA

Akyürek ,Güçlü:"Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", **TBB Dergisi**,S.101, 2012 , s.79.

Altıparmak,Kerem vd:"Polis Vazife ve Salahiyet Kanunda Değişiklik: Durdurma-Kimlik Sorma-Arama, Parmak İzi Alınması, Silah Kullanma**", Hukuk Ve Adalet Dergisi**, S.11, 2007, s.61-82.

Baytaz,Abdullah Batuhan:"6638 Sayılı Kanun ile PVSK ve CMK'da yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İÜHFM ,C. LXXIII, S. 2, 2015, s.29-47.

Beccaria,Cesare :**Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi, 6.bs.,Ankara, 2016, s.164.

Bener ,Hakan: "Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de Polis Kaynaklı İnsan Hakları İhlalleri ve Çözüm Arayışları", Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İstanbul, 2007.

Bıçak ,Vahit:**Suç Muhakemesi Hukuku**,Seçkin Yayınevi, Ankara,2010.

Bilek,Ramazan:"Avrupa Birliği'nde Polis İşbirliği ve Türkiye'nin Uyumu",

Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi,2009.

78 Ramazan Bilek, "Avrupa Birliği'nde Polis İşbirliği ve Türkiye'nin Uyumu", Yüksek Lisan Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü,2009, s.116.

79 Bunun için bkz. Bilek , a.e., s.84 vd.

Çınar,Ali Rıza:"Hukuka Aykırı Kanıtlar", **TBB Dergisi**, S.55, 2004, s.31-64.

Erdagöz, Özcan:"Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama", Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2008.

Erdağ ,Ali İhsan:"Kolluğun "Durdurma ve Kimlik Sorma" Yetkisi(PVSK madde 4/A)", **Ankara Barosu Dergisi**, S.4, 2010, s.37-60.

Eryılmaz,Bedri:"5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki (PVSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum:Bir Adım İleri, İki Adım Geri",**Ankara Barosu Dergisi**, S.3,Ankara, 2007, s.63-79.(Eryılmaz- I)

Eryılmaz,Bedri:"Önleme Araması ve Uygulamda Karşılaşılan Problemler",(Çevrimiçi) http://mesutbedrieryilmaz.blogspot.com.tr/2011/01/onleme-aramasi-ve-uygulamda.html 28.12.2017.(Eryılmaz-II)

Irmak Adem :"Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama", Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2016.

İba,Şeref:"Ülkemizde "Torba Kanun" ve "Temel Kanun" Uygulamaları", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011,s.197-202.

Kızılkaya,Ezgi:"Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı",**TBB Dergisi**, S.89,2010, s.507-542.

Kunter,N.; Yenisey,F.; :**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi**

Nuhoğlu A.,**Hukuku**, Arıkan Yayınları, 14. bs., İstanbul, 2006.

Metli,Osman :"Kolluk Görevlilerinin Durdurma Kontrol Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti Yetkileri", Yüksek Lisans Tezi, Zirve Üniversitesi, 2015.

Özelce,Cuma:"Koruma Tedbiri Olarak Arama",Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi,2010.

Şafak ,Ali:**Hukuk Sözlüğü**, Temel Yayınları,2.bs. ,İstanbul,1996.

Şafak,Ali;Bıçak,Vahit :**Ceza Muhakemesi Hukuku Ve Polis,** Roma Yayınları, Ankara, 2005.

Şen,Ersan :"Çatışan Yargı Kararları Işığında Arama", (Çevrimiçi) http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1634228-catisan-yargi-kararlari-isiginda-arama 28.12.2017.

Talas,Serdar:"Ceza Muhakamesi Hukuku Ders Notları Beşinci Bölüm Koruma Tedbirleri" , (Çevrimiçi)http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-ontent/uploads/2016/12/KorumaTedbirleri.pdf 27 Aralık 2017.

Yalçın,Hüseyin:"Önleme Araması", Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi,2010.

Yeniay,Bedri :" Önleme Araması ve Hukuka Aykırı Delil", http://www.bediryeniay.av.tr/2016/03/02/onleme-aramasi-ve-hukuka-aykiri-delil/ 31.12.2017.

Yenisey,Feridun:"Feridun Hoca ile Ceza Muhakemesi Hukuku", Çağınpolisi Dergisi, S.143, 2013, s.5-14. (Yenisey-I)

Yenisey,Feridun :"Kolluk Hukuku ve 2014 İç Güvenlik Paketi", Çağınpolisi **Dergisi**,S.157,s.6-13. (Yenisey-II)

Yılmaz ,E.; Can-Öziç;H.; :" G**üvenlik Özgürlük Dengesi Bağlamında** Türkiye'deki

Akbulut, A. "İç Güvenlik Paketi" Tartışmaları", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2016.

Yılmaz,Yeşim :"Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi olarak Adli Arama", **TBB Dergisi** , S.124. ,2016,s.247-304.

GÖREVİ YAPTIRMAMAK İÇİN DİRENME SUÇU

Av. Sinan CÜNİ

Görevi yaptırmamak için direnme suçu, Türk Ceza Kanunu'nun "özel hükümler" başlıklı ikinci kitabının, dördüncü kısmının, "kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar" başlıklı birinci bölümünde yer alan 265. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanılması gerekmektedir.

Cebir, kamu görevlisine karşı fiziki güç kullanılmasıdır. Cebrin sınırı, basit kasten yaralamadır (m.86/1). Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine sebebiyet verilirse (m.87), fail ayrıca bu suçtan da cezalandırılır (m.265/5). **Tehdit** ise, istenilenin (görevin icra edilmemesi) yapılmaması kaydına bağlı olarak ileride gerçekleştirilecek ağır ve haksız bir zararın kamu görevlisine bildirilmesidir. Cebir veya tehdit ile direnmenin aleni olması şart değildir.[1]

Tehdit unsuru bakımından eylemin TCK'nın 106. maddesi kapsamında olması gerekmektedir. Kamu görevlisine karşı kamu görevinin icrasına engel olmak kastıyla TCK'nın 106. maddesi kapsamında yapılan her türlü eylem görevi yaptırmamak için direnme suçunu teşkil edecektir.

Cebir unsuru bakımından ise suçun oluşması için eylemin ulaşması gereken boyut kanunun madde gerekçesinde açıklanmıştır. Kanunun madde gerekçesi, "...Bu suçun oluşması için kullanılan cebrin kasten yaralama suçunun temel şekli veya daha az cezayı gerektiren hali kapsamında değerlendirilebilecek boyutta olması gerekir..." şeklindedir.

Uygulamada görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabilmesi bakımından suçun unsuru olan cebirin boyutunun ne olması gerektiğinin tam olarak istikrara kavuştuğu söylenemez. Şöyle ki kasten yaralama boyutuna varmayan ittirme, tutma gibi eylemlerin de direnme suçunu oluşturabileceği, Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından kabul edilegelmiştir.

---

1 Mehmet Emin Artuk – Ahmet Gökcen – Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 781

Buna karşın Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin aksi yöndeki görüşü, yani kasten yaralama boyutuna varmayan bir eylemin görevi yaptırmamak için direnme suçunu da oluşturmayacağını, kabul ettiği şeklinde yorumlanabilecek yakın tarihli bir kararı da mevcuttur.[2]

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin bu konuda vermiş olduğu kararı isabetli bulmuyorum.

Yukarıda bahsedilen, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2013/6406 E., 2014/10641 K. ve 10.11.2014 T. sayılı kararı, "...05/08/2007 tarihli olay tutanağı, müşteki beyanları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın, sadece polis memuru C.S.'nın yakasını tutmak suretiyle direndiği anlaşılmakla,..."[3] şeklinde,

Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2015/18953 E., 2015/1079 K. ve 06.05.2015 T. sayılı kararı ise, "TCK'nın 265. maddesinde "görevi yaptırmamak için direnme" başlığıyla "seçenekli hareketli" ve "amaçlı bir fiil" olarak düzenlenen ve görevin yapılmasını önleme maksadıyla kamu görevlisine karşı gelinmesi eylemleri cezalandırılan suç tipinde; hareketin icra vasıtalarının "cebir veya tehdit" şeklindeki icrai davranışlarla işlenebileceğinin öngörüldüğü ve belirtilen tipik hareketleri içermeyen pasif direnme fiillerinin bu suçu oluşturmayacağı göz önüne alındığında, sanığın olay günü, arkadaşının bir kavgada yaralandığını görmesi üzerine diğer tarafa vurmak isterken kendisini engellemek isteyen katılan polis memurlarını iteklemesi biçimindeki eyleminde, tutanak içeriği, katılanların beyanları ile katılanlar hakkında adli rapor düzenlenmemiş olmasından, kamu görevlisine görevini yaptırmamak için gerçekleştirilen cebir veya tehdit eyleminde bulunulduğunun anlaşılamaması karşısında, direnme suçunda aranan cebir veya tehdit unsurlarının ne şekilde gerçekleştiği kanıtlara dayalı olarak tartışılıp gösterilmeden, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi"[4] şeklindedir.

Yukarıda belirtilmiş olduğu üzere her ne kadar Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin kasten yaralama boyutuna varmayan ittirme, tutma gibi eylemlerin de direnme suçunu oluşturacağına ilişkin kararı mevcut olsa da Yargıtay'ın yerleşik kararlarına, doktrine ve kanunun madde gerekçesine göre görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabilmesi için cebrin sınırı,

2 Ramazan Keklik, "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme Suçu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, Sa. 4, s. 271

3 Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2013/6406 E., 2014/10641 K. ve 10.11.2014 T. sayılı kararı. Bkz.Ramazan Keklik, a.g.e., s. 271

4 Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2015/18953 E., 2015/1079 K. ve 06.05.2015 T. sayılı kararı. Bkz.Ramazan Keklik, a.g.e., s. 271

kasten yaralama suçunun temel şekli veya daha az cezayı gerektiren hâli kapsamında olmalıdır.

Buna ilişkin Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin 2015/15028 E., 2015/6439 K. ve 11.11.2015 T. sayılı kararı, "Görevi yaptırmamak için direnme suçu, seçimlik hareketli bir suç olup kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir ve tehdit kullanılması ile oluşabilecektir. **Cebir, kamu görevlisine karşı fiziki güç kullanılmasıdır. Cebrin sınırı, kasten yaralama suçunun temel şekli veya daha az cezayı gerektiren hâli kapsamında olmalıdır.** Bu ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde; sanığın görevlilere karşı ne şekilde direndiği ve görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsuru olan cebir ve/veya tehdit eyleminin olayda ne şekilde gerçekleştiği belirtilip buna ilişkin deliller açıkça tartışılmadan, "olay yerinde zabıta görevlilerine mukavemet ederek" şeklindeki soyut bir anlatımla yetinilerek, sanık hakkında yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi"[5] şeklindedir.

Bir olayda cebir veya tehdit unsurlarından biri yer almazsa görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşmayacaktır. Cebir veya tehdit unsurunun bulunmadığı bir olayda suçun oluşmayacağını gösteren Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 2006/10033 E., 2007/2516 K. ve 21.02.2007 T. sayılı kararı, "İddia, savunma, iş yeri arama ve yakalama tutanağı içeriği ile mümzi tanıkların beyanlarına göre, sanığın güvenlik görevlisi olarak çalıştığı Liman Restaurant›a arama yapmaya gelen polis memurlarının yabancı uyruklu bayanları karakola götürmek istedikleri sırada "siz bu bayanları götüremezsiniz" şeklinde söz söylemekten ibaret eyleminde 5237 sayılı TCK.nun 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunun "cebir veya tehdit" unsuru bulunmadığı gibi 765 sayılı TCK.nun 260.maddesinde düzenlenen suçun "nüfuz ve müessir kuvvet sarfetme" unsurları da gerçekleşmediğine göre atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi"[6] şeklindedir.

Yine cebir veya tehdit unsurlarının yer almadığı, bu unsurlar dışında farklı unsurların (mesela hakaret) yer aldığı olaylarda görevi yaptırmamak için direnme suçu değil ancak ilgili unsurun karşıladığı suç oluşacaktır.

Buna ilişkin Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2013/14091 E., 2015/1028 K. ve 15.01.2015 T. sayılı kararı, "5237 sayılı TCK'nın 265. maddesinde "gö-

---

5 Yargıtay 23. Ceza Dairesi'nin 2015/15028 E., 2015/6439 K. ve 11.11.2015 T. sayılı kararı. **Kazancı Hukuk Otomasyon,** (Erişim Tarihi 03.08.2017)

6 Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 2006/10033 E., 2007/2516 K. ve 21.02.2007 T. sayılı kararı. **Kazancı Hukuk Otomasyon,** (Erişim Tarihi 03.08.2017)

revi yaptırmamak için direnme" başlığıyla "seçenekli hareketli" ve "amaçlı bir fiil" olarak düzenlenen ve görevin yapılmasını önleme maksadıyla kamu görevlisine karşı gelinmesi eylemleri cezalandırılan suç tipinde; hareketin "cebir veya tehdit" şeklindeki icrai davranışlarla işlenebileceğinin öngörüldüğü ve belirtilen tipik hareketleri içermeyen pasif direnme fiillerinin bu suçu oluşturmayacağı göz önüne alındığında; olay tarihinde, kasten yaralamaya dair şikayet sebebiyle sanığın da bulunduğu kafeye giden müşteki polis memurlarının, şikayete konu olaya karışan tarafları karakola davet etmeleri üzerine, buna karşı çıkan sanığın sinkaflı sözler dışında söylediği kabul edilen "Benim partimi kimse bozamaz. Bu partiyi ben düzenliyorum. Ne beni alabilirsiniz ne de başkasını, buradan adam mı alacaksınız" şeklindeki sözlerde, direnme suçunun yasal unsurlarından olan tehdit öğesinin oluşmadığı, eylemin kül halinde sadece hakaret niteliğinde olduğu ve beraeti gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde bu suçtan da mahkumiyet kararı verilmesi"[7] şeklindedir.

Görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluşabilmesi için, cebir veya tehdidin kamu görevlisine karşı göreve başlanmadan, başlandığı sırada veya görevin icra edildiği sırada yapılması gerekir. Bu itibarla, görevin yapılmasından sonra gerçekleştirilen cebir veya tehdit 265. maddeye uyan suçu değil, fiilin niteliğine göre kasten yaralama (m.86) veya tehdit (m.106) suçunu oluşturur.[8]

Buna ilişkin kamu görevlisine görevin icra edilmediği esnada yapılan tehdidin görevi yaptırmamak için direnme suçunu değil tehdit suçunu oluşturacağını gösteren Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2006/7346 E., 2007/947 K. ve 31.01.2007 T. sayılı kararı, "Sanığın devriye görevi yapan yakınıcıların aracının önünü kesip, üzerindeki bıçağı çekerek "ben hayatımdan bezdim sizi de öldüreceğim" demekten ibaret eyleminde, yakınıcıların sanığa karşı eylemleri olmadığı ve görevleriyle de ilgili bir işlem yapmadıklarının anlaşılması karşısında, görevliye direnme suçunun öğelerinin oluşmadığı ve eylemin görevliyi silahla tehdit suçunu oluşturacağı gözetilmeden, görevliye etkin direnme suçundan hükümlülük kararı verilmesi"[9] **şeklindedir**.

765 sayılı eski TCK'da görevi yaptırmamak için direnme suçu söz

7" Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2013/14091 E., 2015/1028 K. ve 15.01.2015 T. sayılı kararı. **Kazancı Hukuk Otomasyon,** (Erişim Tarihi 03.08.2017)

8 Ali Parlar –Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 4180

9 Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2006/7346 E., 2007/947 K. ve 31.01.2007 T. sayılı kararı. **Kazancı Hukuk Otomasyon,** (Erişim Tarihi 03.08.2017)

konusu kanunun 258. maddesinde "Memura Aktif Mukavemet" ve 260. maddesinde "Memura Pasif Mukavemet" olarak düzenlenmekteydi. 5237 sayılı TCK ile birlikte eski TCK'nın 260. maddesinde düzenlenen ve "pasif direnme olarak" nitelendirilen eylemler suç olmaktan çıkarılmıştır.

Cebir veya tehdide başvurmadan, görevi engellemeye yönelik pasif direnme hareketleri, örneğin haciz işlemi yapmak için gelen icra memuruna cebir veya tehdit kullanılmaksızın sadece kapının açılmaması, polis memuru tarafından karakola götürülmek istenilen kişinin kendini yere atmak, kaçmak biçimindeki pasif direnme hareketleri 265. madde kapsamına girmez.[10]

Buna ilişkin Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2013/12363 E., 2015/1212 K. ve 19.01.2015 T. sayılı kararı, "TCK'nın 265. maddesinde "görevi yaptırmamak için direnme" başlığıyla "seçenekli hareketli" ve "amaçlı bir fiil" olarak düzenlenen ve görevin yapılmasını önleme maksadıyla kamu görevlisine karşı gelinmesi eylemleri cezalandırılan suç tipinde; hareketin "cebir veya tehdit" şeklindeki icrai davranışlarla işlenebileceğinin öngörüldüğü ve belirtilen tipik hareketleri içermeyen pasif direnme fiillerinin bu suçu oluşturmayacağı göz önüne alınarak; 25.11.2011 tarihli olay tutanağında bu sanığın cebir ve tehdit içeren herhangi bir fiilinden söz edilmediği, müştekilerin aşamalarda alınan ayrıntılı beyanlarında da S.›in sadece eve girilmesine engel olmak istediğini belirtmeleri karşısında unsurları oluşmayan suçtan beraeti yerine oluşa uygun düşmeyen, yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi"[11] şeklindedir.

Suçun faili herkes olabilirken, suçun mağduru kamu görevlisidir. Kamu görevlisi, TCK'nın 6/1-c maddesinde, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmıştır.

Görevi yaptırmamak için direnme kamu görevlisinin görevini yapmasını engellemek için gerçekleşeceğinden suç ancak kamu görevlisinin, ilgili konuda vazifeli olması halinde oluşabilir. Yani vazifesi ile ilgisi olmayan kamu görevlisine karşı cebir veya tehdit kullanılması halinde bu suç değil şartlar mevcut ise cebir suçu veya tehdit suçu oluşacaktır.[12]

Görevi yaptırmamak için direnme suçu kasten işlenebilen bir suçtur.

10 Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, a.g.e., s. 4180

11 Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2013/12363 E., 2015/1212 K. ve 19.01.2015 T. sayılı kararı. **Kazancı Hukuk Otomasyon,** (Erişim Tarihi 03.08.2017)

12 Veli Özer Özbek – Mehmet Nihat Kanbur – Koray Doğan – Pınar Bacaksız – İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 991

Sırf hareket suçu olan görevi yaptırmamak için direnme suçuna teşebbüs, iştirak ve içtima mümkündür.

Suçun cezası TCK'nın 265/1. maddesinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir.

Suçun nitelikli halleride TCK'nın 265. maddesinin, 2,3 ve 4 üncü fıkralarında düzenlenmiştir. Suçun nitelikli halleri aşağıdaki şekildedir.

- Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi (TCK m. 265/2)

Yargı görevi yapan kişiler TCK'nın 6/1-d maddesinde, "yüksek mahkemeler ve adlî, idarî ve askerî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar" olarak tanımlanmıştır. Bu fıkranın uygulanması için failin yargı görevi yapanlara cebir veya tehdit kullanarak görevlerini yaptırmaması gerekir.

Suçun bu fıkra kapsamına girmesi halinde faile verilecek ceza 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezasıdır.

- Suçun kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (TCK m. 265/3)

En az iki kişinin birlikte işlemesi, bu iki kişinin suç ortağı olarak hareket etmesi hali ağırlatıcı neden sayılmıştır. İştirakin müşterek fail olarak, yani icra hareketlerinin birlikte yapılması suretiyle gerçekleşmiş olması gerekmektedir. O nedenle, azmettiren veya yardım eden faillerin sayısı nitelikli suç bakımından hesaba katılmayacaktır. Birlikte işleyenler en geç suçu birlikte işlerken iştirak iradesiyle hareket etmelidirler.[13]

Suçun bu fıkra kapsamına girmesi halinde faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

- Suçun, silahla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi (TCK m. 265/4)

Suçun bu fıkra kapsamına girmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Görevi yaptırmamak için direnme suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

13 İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Malkoç Kitabevi, 2008, s. 2424 - 2425

(TCK m.265/5)

Görevi yaptırmamak için direnme suçu şikayete tabi olmayıp, re'sen soruşturmaya tabidir. Bu suçtan dolayı açılan davalarda görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir.

Görevi yaptırmamak için direnme suçu bazı kesimler tarafından memura mukavemet olarakta tanımlanmaktadır. Bu suçun uygulamada özellikle haciz işlemlerinde kamu görevlilerine ve kolluk kuvvetlerinin işlemlerinde kolluk kuvvetlerine karşı işlendiğine sık sık şahit olmaktayız.

Uygulamada Yerel Mahkemelerce fail tarafından gerçekleştirilen eylemlerin suç için aranan cebir veya tehdit boyutuna ulaşıp ulaşmadığının yeterince tartışılmadan ve bu nitelendirmenin doğru bir şekilde yapılmadan hatalı bir şekilde kararlar verildiğini görmekteyiz.

Eylemin suç için aranan cebir veya tehdit boyutuna ulaşıp ulaşmadığı tartışılmadan verilen kararların hatalı olduğunu belirten Yargıtay kararları aşağıdadır.

Buna ilişkin Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2015/20662 E., 2016/19410 K. ve 19.12.2016 T. sayılı kararı, "TCK'nın 265. maddesinde "görevi yaptırmamak için direnme" başlığıyla "seçenekli hareketli" ve "amaçlı bir fiil" olarak düzenlenen ve görevin yapılmasını önleme maksadıyla kamu görevlisine karşı gelinmesi eylemleri cezalandırılan suç tipinde; hareketin icra vasıtalarının "cebir veya tehdit" şeklindeki icrai davranışlarla işlenebileceğinin öngörüldüğü ve belirtilen tipik hareketleri içermeyen pasif direnme fiillerinin bu suçu oluşturmayacağı göz önüne alındığında, sanığın, katılan polis memurlarına görevlerini yaptırmamak için bir eylemde bulunmadığı ve hakaret ve tehdit etmediği yönündeki savunması, müşteki polis memurların aşamalardaki beyanında sanık ...'nın kimliğini vermeyerek, agresif tavır ve davranışlarda bulunduğu belirtilmesine karşın; kovuşturma aşamasında agresif tavır ve davranışların nelerden ibaret olduğu açıklatılıp, direnme suçunda aranan cebir veya tehdit boyutuna ulaşıp ulaşmadığı mahkeme kararında tartışılmadan, hiç bir müşteki ifade tutanağında ve olaya dair tutulan 01/12/2008 tarihli tutanakta yer almadığı halde sanık ... 'nın eli ile polis memurunu iteklediği belirtilerek, eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle mahkûmiyetine karar verilmesi"[14] şeklinde,

Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2015/20874 E., 2017/365 K. ve 11.01.2017 T. sayılı kararı da, "Görevi yaptırmamak için direnme suçundan kurulan

14 Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2015/20662 E., 2016/19410 K. ve 19.12.2016 T. sayılı kararı. **Kazancı Hukuk Otomasyon,** (Erişim Tarihi 03.08.2017)

hükmün temyizinde; sanığın adliye girişinde, katılan polis memuru tarafından metal detektör kapı girişinden girmesi için ikaz edilmesi üzerine "sen kimsin bize talimat veriyorsun, biz PKK'lı mıyız, neden anneme bağırıp çağırıyorsun, gavur polisisiniz, böyle devlet olmaz, sizin maaşınızı ben veriyorum, benim savcı tanıdığım var, sana yapacağımı biliyorum" şeklinde konuştuğunun anlaşılması karşısında, görevliye direnme suçunun cebir veya tehdit unsurunun ne şekilde gerçekleştiği kanıtlara dayalı olarak gösterilmeden, yetersiz gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi"[15], şeklindedir.

Bu suça ilişkin uygulamada sadece kamu görevlilerinin beyanları sonucunda davaların açıldığı görülmektedir. Kamu görevlilerin sadece beyanları sonucunda açılan davalarda sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulabilmesi için mağdurun beyanlarının somut deliller (kamera kaydı vs.) veya tarafsız tanık anlatımları ile desteklenmesi gerektiğini, aksi halde başkaca deliller ile desteklenmeden sadece kamu görevlilerinin soyut beyanları doğrultusunda kurulacak mahkumiyetlerde adil yargılanma hakkının ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ihlal edilmiş olacağını düşünmekteyim.

15 Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2015/20874 E., 2017/365 K. ve 11.01.2017 T. sayılı kararı. **Kazancı Hukuk Otomasyon,** (Erişim Tarihi 03.08.2017)

ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE SANIĞIN DURUŞMADA BULUNMA HAKKI ve SEGBİS SİSTEMİ

Selahattin KOLCU[1]

1.GENEL OLARAK

"İnsanlığın en güzel vazifesi adaletin dağıtılmasıdır[2]" der Voltaire. Toplum içinde yaşayan insan, tarih açısından, haklar ve özgürlükler, adalet, hukuk, eşitlik gibi evrensel değerleri devletten önce yaratmıştır. O yüzden bu değerler, devletten bağımsızdırlar. Çünkü devlet, toplum yaşamında hukuka göre düzeni sağlayan bir araçtır ve insan içindir[3].

Ceza muhakemesinin temel amacı genellikle maddi gerçeğe ulaşmak olarak kabul edilmektedir. Ancak bu, "*her ne pahasına olursa olsun elde edilecek bir maddi gerçeklik değil*", hukuk kuralları çerçevesinde ulaşılmaya çalışılan bir maddi gerçekliktir. Bu nedenle ceza muhakemesinin temel ilkelerinden hukuk devleti ilkesi ve bireyin adil yargılanma hakkı ilkesi önem kazanmaktadır[4]. Adil yargılanma hakkının içinde yer alan en önemli öğeler, sanığa "*savunma için yeterli olanakların sağlanması*" ve "*dürüst yargılama yapılması*"dır[5].

Adil yargılanma hakkı konusunda ittifakla bir tanım vermek mümkün değildir. Zira adil yargılanma hakkı, yargılamaya ilişkin birçok parametreyi bünyesinde barındırır. Aynı şekilde söz konusu hak, farklı devletlerin iç hukukunda farklı terminoloji kullanılarak ifade edilmiştir[6].

---

1 İstanbul 48.Asliye Ceza Mahkemesi Hakimi

2 Fendoğlu/Hasan Tahsin, "İnsan Hakları Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara 2017, Sayfa 339.

3 Selçuk/Sami, "Bağımsız Yargı Özgür Düşünce", İmge Kitabevi, Mart 2007, Sayfa 37.

4 Kunter/Nurullah, Yenisey/Feridun, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Beta Basım, 10. Basım, İstanbul, 1998, no.14, 15

5 Sırma/Özge, "Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Hakkı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Ocak 2008, Sayfa 96.

6 Doğru/Osman, Nalbant/Atilla, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar", Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi Yayınları, Yıl 2012, Sayfa 609.

Adil yargılanma hakkı, hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik toplumun temel değerlerini yansıtan bir haklar ve ilkeler bütünüdür[7].

Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi adil yargılamayı tanımlamaktadır. Sözleşmenin 6. maddesi, adil yargılamayı tanımlarken, "*adalet*" kavramının karşılığı olan "*justice*[8]"den yola çıkmamaktadır. Maddedeki anahtar kelime "*fairness*[9]" (Fransızca metinde equitablement), Türkçe anlamıyla "*hakkaniyet*[10]"tir. Sözleşmenin resmi çevirisinde de maddenin içinde geçen "*fair hearing*[11]" kavramının karşılığı olarak "*hakkaniyete uygun dinlenme*" kavramı kullanılmıştır. Fakat "*fair hearing*" kavramı 6. maddede yer alan pek çok hak ve ilkeden sadece biridir, bu nedenle, maddenin bütünü ele alınırken İngilizce yayınların çoğunda "*fair trial*[12]" kavramı kullanılmaktadır[13].

Bu kavram Türk öğretisinde ise, "*doğru yargılama*", "*adil yargılama hakkı", "dürüst muhakeme", "doğru(adil) ve güvenli yargılanma hakkı", "adil (veya dürüst) yargılanma hakkı*" gibi terimlerle ifade edilmektedir. Fakat en çok kullanılan ibare ise "*adil yargılanma hakkı*"dır[14]. Adil veya hakkaniyete uygun yargılama kavramı birden fazla ve çeşitli unsurları içeren bir bütündür. Bu unsurlardan bir kısmı maddede (AİHS madde 6) açıkça belirtilmiş; diğer bazıları ise, kavramın zorunlu sonuçları sıfatıyla, madde hükmüne zımnen dahil unsurlar olarak Strasbourg organlarınca saptanmıştır[15].

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinin resmi çevirisi şu şekildedir; " *Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası*

---

7 Çayan/Gökhan, "Adil Yargılanma Hakkı", Legal Yayınları, Birinci Basım, Şubat 2016, Sayfa 19.

8 Justice; "tarafsızlık, adalet, hakça davranış", Oxford Dictionary, www.dictionary.cambridge.org, erişim tarihi 01.12.2017.

9 Fairness; "adil olma, dürüstlük, iyilik, doğruluk, hakkaniyet", www.dictionary.cambridge.org, erişim tarihi 01.12.2017.

10 Hakkaniyet; "Hak ve adalete uygunluk, doğruluk, nasfet: "Bunu burada hakkaniyet borcu olarak belirtmeliyiz." -H. Taner.", www.tdk.gov.tr, erişim tarihi 01.12.2017.

11 Fair hearing; "dinlenilme fırsatı/şansı, kendini anlatabilme fırsatı", www.dictionary. cambridge. org, erişim tarihi 01.12.2017.

12 Fair trial; "adil yargılama", "www.zargan.com", erişim tarihi 01.12.2017.

13 İnceoğlu/Sibel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı", Beta Yayınları, 4. Baskı, Mart 2013, Sayfa 2.

14 Turan/Hüseyin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı", Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2016, Sayfa 60.

15 Gözübüyük/Şeref, Gölcüklü Feyyaz,"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Turhan Kitabevi, Ankara 2016, 11.Bası, Sayfa 283.

hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından dâvasının mâkul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkım haizdir"[16].

Bu madde, pek çok hak ve ilkeyi içeren genel bir maddedir. Maddenin koruduğu haklar sözleşme sisteminde merkezi bir rol oynar. Diğer hakların korunabilmesi için 6. madde kilit bir madde olarak sözleşmede yer alır[17]. Bunun doğal sonucu olarak AİHS m. 6/1 geniş yorumlamayı gerektirmektedir. Zira bu demokratik ve adil toplum isteğinin bir sonucudur. Bu madde ile hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı güvenceye alınmaya çalışılmıştır. Altıncı madde kapsamındaki düzenlemelerin uygulama alanı sadece "***muhakeme süreci***" değildir[18], bu süreçten **önce** ve **sonraki** aşamalarda da uygulanır[19].

Sözleşme'nin yaşayan bir belge olması itibarıyla, 6. madde ilgili zamanın koşulları ışığında yorumlanmaktadır. Maddedeki terimlerin kendi özerk anlamlarının bulunması da yorumu gerektirmektedir. Sözleşme'nin tüm hükümleri açısından geçerli olduğu gibi adil yargılanma hakkı maddesi de "*teleolojik (amaçsal) bir yoruma tabi tutulmaktadır*". Mahkemeye erişim, mahkeme kararlarının icrasını sağlatma ve mahkeme kararlarının kesinliği hakları, lâfzi olmanın aksine bağlamsal yapılan bu yorum tarzının neticesinde ortaya çıkmışlardır. Yeni hakların türetilmesinde, "*hakkaniyete uygun dinlenilme*" kavramından hareket eden Strazburg Mahkemesinin, sarahaten belirtilenlere ek diğer bazı zımni hakların (mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama gibi) da adil bir yargılanma için gerekli olduğuna hükmetmesi etkili olmuştur. Mahkeme, demokratik bir toplumda sahip olduğu önemi gözeterek, bu maddenin dar bir yoruma tabi tutulamayacağını vurgulama ihtiyacı hissetmiştir. Böyle bir yorum, maddenin amacı ve gayesine uygun düşmez. Dar yorumu reddeden kararlarda, maddenin sadece birinci fıkrasına atıfta bulunulmakla birlikte, bu kuralın maddenin tüm metni açısından geçerli olduğu kabul edilmelidir[20].

1982 Anayasasında hak arama hürriyeti (madde 36), kanuni hakim

16 10.03.1954 tarihli, 8662 sayılı Resmi Gazete, "www.resmigazete.gov.tr, erişim tarihi 07.12.2017.

17 İnceoğlu, s. 4.

18 Altıparmak/Cüneyt, "Avrupa İnsan Hakları SözleşmesiAltıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", TBB Dergisi, Sayı 63, Yıl 2006, Sayfa 244.

19 Mole/Naula, Harby/Catharina,"Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3, Birinci Baskı, Ekim 2001, Sayfa 16.

20 Taşdelen/Okan,"Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi, Sayfa 991.

güvencesi (madde 37), suç ve cezalara ilişkin temel ilkeler (madde 38), ispat hakkı (madde 39), tutuklanan kişinin adil ve hakkaniyete uygun olarak makul sürede yargılanması (madde 19), hakimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde 3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı yasa ile yapılan değişiklik neticesinde adil yargılanma hakkı kavram olarak Anayasa'ya girmiş ve adil yargılanma hakkı anayasal bir güvenceye kavuşmuştur[21]. Kavram 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" denilmek suretiyle "*adil yargılanma hakkı*" olarak kabul edilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu kavramı "*adil yargılanma hakkı*" olarak tanımlamakta ve kabul etmektedir[22]. Böylece, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan bu hak, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 Sayılı Kanun ile onaylanıp yayımlandığı için esasen Anayasa'nın 90. maddesi ile zaten kanun hükmünde olmasına rağmen, iç hukukta vurgulanması bakımından güçlendirilmiştir[23].

Anayasamız adil yargılanmayı bir hak olarak düzenlemiştir…Bu hak devlete, söz konusu hakkın kullanılır duruma getirilmesi ve bununla ilgili önlemlerin alınması yükümlülüğünü getirir. Ancak adil yargılama devlet için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Devlet adil bir yargılamanın tüm şartlarını sağlamak zorundadır[24].

2.AİHS ÇERÇEVESİNDE DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKI

2.1.Genel olarak

Hakkında suç isnadı bulunan herkes, aleyhindeki iddiaları dinlemek ve savunma yapabilmek için mahkeme önünde hazır bulunma hakkına sahiptir. Bu konuyla ilgili AİHS'de[25] açık bir düzenleme bulunmamakta[26]

21 Çayan, s. 17.

22 Anayasa Mahkemesi'nin 2012/917 bireysel başvuru no.lu, 16.04.2013 tarihli kararı, Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi, www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 01.12.2017.

23 Yüksel/Hatice, "Uluslar arası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı", Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010. s. 31.

24 Öztürk/Bahri, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılama Yükümlülüğü", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1-2, Ocak-Şubat 2016, Sayfa 413.

25 Nitekim AİHS'nin 6/1.maddesi şu şekildedir; "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."

26 Kaşıkara, s.160.

iken, MSHS'nin 14. maddesinde açık olarak ifade edilmiştir. Buna göre "*Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse bu isnadın karara bağlanmasında, tam bir eşitlik içinde asgari şu haklara sahiptir: Duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma…*"[27].

Her sanığın derdini anlatabilmesini, ne istediğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkum edilmemesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini ifade eden ilkeye meram anlatma ilkesi denmektedir[28]. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan meram anlatma ilkesine göre herkes, mahkeme önünde dinlenilmeyi talep etme hakkına sahiptir[29]. AİHS, m. 6 incelendiğinde, sözleşmenin temelde masuniyet karinesini, suçlanan kimsenin isnadı öğrenme, savunma, müdafi yardımından yararlanma, gerekli olması durumunda tercümandan yararlanma hakkını koruma altına aldığı ve duruşmada bulunma hakkı bakımından da özellikle savunma hakkının önem taşıdığı görülecektir. Adil yargılanma hakkının da bir gereği olan savunma hakkının sağlanabilmesi ise sanığın duruşmada bulunma hakkının tanınmasıyla mümkün olacaktır[30].

Duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın kendini savunma hakkının bütünleyici parçasıdır (Uluslararası Af Örgütü 2000: 219). Böylece sanık, aktif şekilde davaya katılarak, gerektiğinde delil sunarak, tanık sorgulayarak gerektiğinde avukatı aracılığıyla veya kendisini savunarak, yargılamaya etkin biçimde katılma olanağına ve bunun sonucu olarak kararı etkileme olanağına sahip olacaktır. Aynı zamanda sanığın hazır bulunması, kişiliği hakkında mahkemeye izlenim verecektir. Diğer yandan, çelişmeli yargı ilkesi ile bağlantılı olan bu hak, dosyada yer alan delillerin sanığın huzurunda sunulması ve tartışılmasını da sağlayacaktır[31].

Bu hakkın amacı, kamu denetiminden uzak, kapalı kapılar ardında

27 Yüksel, s. 73.

28 Öztürk/Bahri, Tezcan/Durmuş, Erdem/Mustafa Ruhan, Sırma/Özge, Kırıt/Yasemin F. Saygılar, Özaydın/Özdem, Akcan/ Esra Alan, Erden/Efser, "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2015, Sayfa 134.

29 Kafes/Veli, "Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması" Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, Sayfa 183.

30 Dursun/Gizem, "Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü İletişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 143-144, Temmuz-Ağustos 2016, Sayfa 152.

31 Çırak/İsmail Çağlayan, "Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı", Ça-

yürütülmekte olan gizli bir yargılama ve bunun doğuracağı endişelerden tarafları korumaktır. Dolayısıyla yargılamanın şeffaflığı, mahkemeye duyulması gereken güvenin pekişmesini sağlamak ve davaların adil bir şekilde görülmesini temin etmek bakımından önemlidir (Ersin Ekmekçi ve Sinan Ekmekçi, B. No: 2013/6068, § 71.)[32].

Ceza muhakemesinde meram anlatma ilkesinin sağlanması bakımından AİHS'nin 6. maddesindeki diğer haklarla olan ilişkisi göz önünde tutulmalıdır. AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının sağladığı bütün güvenceler, birinci fıkradaki genel nitelikte olan adil yargılanma ilkesinin doğal sonuçlarıdır. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) üçüncü fıkranın ihlali iddialarını, tek başına bu fıkradaki hükümler açısından değil, 6. maddenin genel kuralı içeren ilk fıkrasıyla bağlantılı olarak incelemektedir[33].

2.2.Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının Kapsamı

Duruşmada hazır bulunma hakkı, kişinin kendisi hakkında yürütülen duruşmaya katılabilmesini ifade eder. Yukarıda belirtildiği üzere, bu hak, sözleşmenin 6/1. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da, sanıklar için 6/3.fıkranın c, d ve e[34] bentlerinden dolaylı olarak çıkmakta ve hakkaniyete uygun yargılamanın bir gereği olarak görülmektedir.

AİHS 6/1 ve 6/3 hükümleri taraf devletlere, sanığa kendisinin bizzat hazır bulunduğu duruşmada, kendisi aleyhine beyanda bulunan tanığa soru

---

nakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksel Lisans Tezi, Yıl 2010, Sayfa 57.

32 Yıldırım/Akif, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)", TAAD, Yıl:7, Sayı:26 (Nisan 2016), Sayfa 347.

33 Kafes, s. 184.

34 AİHS'nin 6/3.maddesi; "3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak."

sormak ve beyanlarının güvenilirlik, inandırıcılık ve doğruluğunu kontrol etme olanağının tanıması ödevini yüklemektedir. Tanıkların dinlenmesi aşamasında, davanın taraflarına –kendileri açıkça feragat etmedikleri müddetçe- duruşmada hazır bulunma imkânı da tanınmalıdır[35].

2.2.1.Suç İsnadına İlişkin Davalarda Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

"*Suç isnadı*" ya da kişiye suç yöneltme, başka bir anlatımla kişinin zanlı kabul edilmesi, "*bir kimseye bir suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından resmen bildirilmesi*" olarak tanımlanabilir (*Deweer/Belçika kararı §42*)[36]. Mahkemeye göre bir "*suçlama*"nın varlığı konusunda önemli olan husus suçlamanın şekli yahut zamanı ya da suçlayan makamın sıfatı değil; fakat isnadın içeriği yani konusudur[37].

"*Suç isnadı*" kavramı, üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde kullanılan sınıflandırmalardan ayrı, "özerk" bir anlama sahiptir (Adolf, §30)[38]. Kişiye cezai alanda yöneltilen suçlamanın suç isnadı niteliğinde olup olmadığının tespitinde; iddia olunan suçun ulusal hukuktaki tasnifinin, suçun gerçek niteliğinin, suç için öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığının incelenmesi gerekir[39]. Deweer/Belçika davasında AİHM, "*itham*" sözcüğünün şekil değil, öz açısından değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, görünenin ötesine bakarak, söz konusu davanın gerçeklerini soruşturma zorunluluğu hissetmiştir[40].

Duruşmada hazır bulunma hakkı genellikle suç isnadına ilişkin davalarda önemlidir. Başka bir anlatımla bu hak öncelikle, bir suç ile itham edilen sanığın hakkındaki iddiaları dinleyebilmesini ve bu iddialara karşı savunma yapabilmesini temin eder[41]. Sözleşmenin 6/3. fıkrasının c, d ve e bentlerinde bir suç isnadı ile yargılananların "*kendi kendini savunma*", "*iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek*", "*duruşmada kullanılan dili anlamadığı ya da konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından ücretsiz yararlanmak*" güvenceleri yer almaktadır, sanık duruşmada bulunmadığı takdirde bu hakların nasıl

35 Kafes, s. 193.
36 Çırak, s. 29.
37 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 293.
38 Doğru/Nalbant, s. 616.
39 Çelik, s. 11.
40 Mole/Harby, s. 29.
41 Çayan, s. 133.

kullanılacağını açıklamak güçtür[42].

Sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulu sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olanağına sahip olmasıdır. AİHS'in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçasıdır. Bir sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunması genel bir haktır ve AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçasıdır[43]. Bu konuda mahkeme; 3.fıkra "*her ne kadar sarahaten öngörmemekte ise de, sanığın duruşmaya katılması olanağı bütünüyle 6.maddenin konu ve amaçlarından (adil yargılama hakkından) kaynaklanmaktadır*" diyor[44].

2.2.2.Medeni Hak ve Yükümlülüklere İlişkin Davalarda Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Yukarıda belirtildiği üzere duruşmada hazır bulunma hakkı ilke olarak suç isnadına ilişkin davalarda, yani ceza davalarında söz konusudur. Ancak, adil yargılanma hakkının gerekli kıldığı hallerde, ceza davası dışındaki davalarda ve medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin davalarda da bu hak uygulama alanı bulabilir.

Örneğin, ebeveynlerin boşanma sonrası çocuklarını görme haklarına ilişkin veya çocuğun gözetimi ile ilgili davalar da bu türden davalardır. X-İsveç davasında, çocuklarını görebilmek için İsveç Mahkemelerinde dava açmış olan başvurucuya İsveç'e giriş vizesi verilmemiştir. Başvurucunun bu nedenle duruşmada hazır bulunamaması komisyon tarafından ihlal olarak görülmüştür[45].

2.2.3.İlk Derece Mahkemelerinde Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Ceza yargılamasında asıl olan yargılamanın duruşmalı yapılmasıdır. Mahkeme içtihatları ve 6'ncı madde uyarınca adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının gereği olarak yargılamanın açık ve sanığın huzurunda yapılması esas, gıyapta yargılama yapılması ise bir istisna

42 İnceoğlu, s. 258.

43 Çelik/Abdullah, "Adil Yargılanma Rehberi", Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı 3, Sayfa 130.

44 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 321.

45 İnceoğlu, s. 260.

olarak düzenlenmiştir[46]. Sanığın kendisi için çok önemli olan özgürlüğü hakkında karar verilecek olan bir davada, yargılamayı izlemekte ve kendisini savunmakta menfaati vardır. Böylece sanık, davaya aktif olarak katılabilecek ve davanın seyrini etkileyen iddia ve ithamlara karşı savunmasını yapabilecek, kararı etkileme olanağına sahip olacaktır. Ayrıca, sanığın duruşma esnasında hazır bulunması, sanığın kişiliği hakkında mahkemenin fikir sahibi olmasını sağlayacaktır. Yine, sanık duruşmada hazır bulunmakla, çelişmeli yargılama yapma imkanı olacak, hazırlık soruşturması sırasında toplanan deliller, sanığın bulunduğu bir ortamda tartışılacak ve maddi gerçeğin ortaya çıkması sağlanacak, neticede de adil ve doğru karara ulaşılacaktır[47].

Yukarıda belirtildiği üzere, esas olan ilk derece yargılamasının sanığın katılımı ile yapılmasıdır. Ancak burada önemli olan, duruşma salonunda bulunmanın ötesinde, duruşmaya etkili katılımdır. Etkili katılım; genel olarak, sadece sanığın duruşmada bulunma hakkını değil, duruşmayı izleme ve duyma hakkını da içerir. Bu haklar, çelişmeli usul fikrinin içinde zımni olarak zaten vardır[48]. Nitekim S.C.Birleşik Krallık kararında, İHAM duruşma sırasında hazır bulunan sanığın yargılanmaya etkili katılımının mümkün olup olmadığını incelemiştir. Bu davada yargılanan 11 yaşında bir küçüktür ve uzman raporlarına göre zihinsel gelişimi yaşıtlarının altındadır, anlama güçlükleri vardır. İHAM, yaşı ve özel durumu nedeniyle başvurucunun jürinin işlevini, ne tür bir ceza ile karşılaşacağını tam olarak kavramadığını ve dolayısıyla yargılamaya yeterince katılamadığını kabul etmiştir[49].

Bu anlamda Zana/Türkiye kararı önemlidir. Bu olayda duruşmada bulunma hakkından feragat etmediği müddetçe, davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı alanı dışında başka bir suçtan tutuklu veya cezası infaz edilmekte olan sanığın sorgusunun bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla (istinabe yoluyla) yaptırılması ve kendisini yargılayan mahkeme önündeki duruşmada sadece avukatı aracılığıyla temsil edilmesi duruşmada hazır bulunma hakkına aykırı bulunmuştur[50].

AİHM içtihatlarına göre, davanın tarafları hem ceza davalarında hem de diğer davalarda duruşmada hazır bulunma hakkında feragat edebilirler. Ancak bu feragatin sözleşme organlarına kabul edilebilmesi için feragatin

46 Turan, s. 323.
47 Kaşıkara, s. 160.
48 İnceoğlu, s. 262.
49 İnceoğlu, s. 262.
50 İnceoğlu, s. 259.

açıkça anlaşılır bir biçimde yapılmış olması ve bu hakkın önemine uygun bir biçimde minimum güvencelerin sağlanmış olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, sözleşme tarafından güvence altına alınan bir hakkı kullanmaktan feragat şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanmalıdır[51]. AİHM'e göre, başvurucunun Aydın Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki duruşmada Kürtçe konuşmak istemesi veya usule yönelik itirazlarda bulunması, hiçbir şekilde kendini savunma hakkından zımnen feragat ettiği anlamına gelmez. Sözleşme tarafından güvence altına alınan bir hakkı kullanmaktan feragat, şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanmalıdır (Zana v Türkiye, 25.11.1997)[52].

2.2.4.Temyiz/İstinaf Aşamasında Hazır Bulunma Hakkı

Sanığın mahkeme önünde hazır bulunması hususuna, kural olarak, istinaf ve temyiz yargılamalarında da riayet edilecektir. Bununla beraber bu gerek, istinaf ve temyiz derecelerinde, her zaman muhakkak, ilk derece yargılamasındaki kadar önemli olmayabilecektir[53]. Temyiz aşamasında davalının duruşma salonunda şahsen hazır bulunması ilk derece mahkemesinde görülmekte olan duruşmalarda hazır bulunmasına nispeten daha az önem arzetmektedir (Kamasinsıki v. Avusturya, 19 Aralık 1989)[54].

Sanığın temyiz aşamasında duruşmada hazır bulunma hakkı, duruşmanın türü ve kapsamına göre farklılık göstermektedir[55]. Özellikle ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapılıp karar verildikten sonra, kanun yolu incelemesinin, tarafların iddia veya savunmaları yazılı olarak alındıktan sonra, dosya üzerinden[56] hukukilik denetimi[57] şeklinde yapılması durumunda, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemez. Buna karşılık ilk derece yargılamasını izleyen derecelerde inceleme, davanın hukuki yönü yanında maddi yönünü de içeriyorsa; yahut sanığın sorumluluğunun tespiti bu derecelerde de söz konusu ise, ilgilinin katılımı ile açık duruşma yapmak gerekecektir[58]. Hatta, üst mahkeme hem hukuk, hem de maddi denetim

51 Kaşıkara, s. 161.
52 Çırak, s. 60.
53 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 322.
54 Yargıtay 16.CD'nin 2015/6772 esas, 2016/3312 karar sayılı, 25.05.2016 tarihli kararı, Uyap kayıtları.
55 Turan, s. 327.
56 Yıldırım, s. 347.
57 Turan, s. 328.
58 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 307.

yapsa da, madde 6, her zaman duruşmanın aleni ve yargılanan kişinin huzurunda yapılmasını gerektirmeyebilir. İHAM'a göre, milli kanun yolu sisteminin niteliğine, üst derece milli mahkeme yetkilerinin kapsamına, yargılamanın özelliklerine ve sanığın menfaatlerinin korunma biçimine bakılması gerekmektedir. Fakat, bu tür bir istisna, ancak, ilk derece yargılaması sırasında sanığın duruşmada bulunma hakkı güvence altına alınmışsa söz konusu olabilir[59].

Beljıuk/Polonya davasında başvurucunun şikayetinin özünü, Bölge Adliye Mahkemesinin kendini bizzat savunmak için istinaf duruşmasında bulunma talebinin reddedilmesi oluşturmaktadır. Başvurucu, kendisi hakkında verilen cezaya itiraz etmek ve delil sunmak için Bölge Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Bölge Mahkemesi, hem maddi, hem de hukuksal sorunları incelemeye yetkili kılınmıştır. Bölge Mahkemesinin karara bağlayacağı konular, başvurucunun şahsen verdiği delilin doğrudan bir değerlendirilmesi yapılmadan gereği gibi incelenmiş sayılamaz. Bu nedenle, başvurucunun Bölge Mahkemesindeki duruşmaya katılamaması adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir[60].

2.3.Duruşmada Hazır Bulunma Hakkından Feragat

Davanın tarafları hem ceza davalarında, hem de diğer davalarda duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilirler[61]. Feragat açıkça ifade edilebileceği gibi, kendisine duruşmaya ilişkin etkili bir tebliğat yapılmasına rağmen, davanın tarafının duruşmaya katılmaması ile zımni olarak da yapılabilir[62]. Fakat söz konusu hakkın savunma ve dolayısıyla adil yargılamadaki önemi nedeniyle, bu vazgeçmenin tereddüde yer vermeyecek derecede açık olması, aynı zamanda kamu yararına aykırı bulunmaması[63] ve minimum güvencelerin sağlanması gerekmektedir[64]. Yukarıda incelenen Zana/Türkiye kararında da bu husus vurgulanmıştır.

Sanığın kaçak olduğu, yahut başka bir nedenle kendisine ulaşmanın mümkün bulmadığı durumlarda ulusal mevzuatın gıyapta yargılanmayı kabul etmesine bu bent hükmü engel değildir. Fakat bu gibi hallerde, sanığı durumdan haberdar etmek için resmi görevlilerin her yolu ciddi

59 İnceoğlu, s. 270.
60 Turan, s. 328.
61 Kaşıkara, s. 161.
62 İnceoğlu, s. 263.
63 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 322.
64 İnceoğlu, s. 263.

surette denemiş ve her türlü tedbiri almış olmaları gerekir[65]. Eğer resmi görevliler kişiyi duruşmadan haberdar etmek için yeterli gayreti göstermemişlerse ihlal oluşacaktır. Örneğin F.C.B/İtalya davasında, başvurucu hazır bulunma hakkından feragat etmediği gibi, yargılamayı geciktirmeye yönelik bir taktik de izlememiştir. Başvurucunun başka bir ülkede cezaevinde olduğu bildirilmesine rağmen, bu durumu aydınlatmak için bir işlem yapılmamış ve yargılamaya devam olunmuştur. Bu mahkemece ihlal olarak değerlendirilmiştir[66].

2.4.Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İstisnaları

Duruşmalara bizzat katılma, yapılan yargılamada bizzat hazır bulunma hakkı sözleşmenin 6. maddesi gereği kendisine suç isnat edilmiş sanıklar için öncelikle geçerli bir hak ise de, bu hak mutlak bir hak değildir. Bir başka ifadeyle bazı özel durumlarda sanığın duruşmada hazır bulunmasına izin verilmeyebilir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, sanığın yahut taraflardan birinin gıyabında duruşma yapılmasını ceza davaları açısından incelemiş, mahkeme, ceza davaları bağlamında ancak belirli istisnai şartlarda bunun kabul edilebileceğini belirtmiştir. Bu istisnai şartlar ise resmi yetkililerin üzerlerine düşen vazifeleri tam olarak yerine getirdikleri halde ilgili kişi ya da kişilere duruşmayı haber verememeleri ve bazı hastalık durumlarının bulunması durumlarıdır. Keza, sanığın duruşma düzenini bozması yahut kimliği gizli tutulan bir tanığın dinlenmesi ya da duruşmada dinlenen tanığın sanık tarafından korkutulması kaygısı gibi özel şartları varlığı halinde de sanığın duruşmada bulunmasına izin verilmeyebilir[67].

Kendi kusuruyla savunma hakkını şahsen kullanmaktan mahrum kalan sanık konusunda c bendi hükmü çiğnenmiş olmaz.

3.TÜRK HUKUNDA DURUŞMADA BULUNMA HAKKI VE SEGBİS SİSTEMİ

3.1.Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Duruşmada Bulunma Hakkı

Ceza Muhakemesi Hukukunda sanık, hiçbir hakkı olmayan bir soruşturma konusu, objesi değil, belli hakları ve yükümlülükleri bulunan ve muhakemenin gidişine etki edebilen bir muhakeme süjesidir[68]. Bu

65 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 322.

66 İnceoğlu, s. 264.

67 Turan/Hüseyin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı", Adalet Yayınevi, Ankara 2016, Sayfa 325.

68 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 134.

nedenle sanığın duruşmaya katılması onun için bir hak, bu katılımın, gerektiğinde, zorla sağlanması devlet için bir görevdir.

Hukukumuzda *duruşmada sözlülük* ilkesi geçerlidir (CMK 217/1). Sözlülük ilkesine göre, hüküm verme faaliyetinde yalnızca duruşmada sözlü olarak açıklanan hususlar dikkate alınabilir. Delillerin kolektifliğinin sağlanması ve çelişmeli bir yargılama sözlülük ilkesiyle olur. Bu ilke kural olarak yalnızca duruşmada geçerli olup, mahkemenin mümkün olduğu kadar doğrudan doğruya arada bir vasıta olmaksızın, delillerle temas etmesi ve fiilin nasıl gerçekleştiği konusunda vicdani kanaat edinmesini sağlar. Bunun için öncelikle mahkemenin duruşma yapması, duruşmanın kesintiye uğramaması ve belirli süjelerin orada hazır bulunması gerekmektedir[69].

CMK'nın 193/1.maddesinde,"*Kanunun ayrık tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm gereğince, ceza yargılamasında esas olan sanığın huzuru ile duruşmanın yapılmasıdır. Sanığın savunmasının alınmış olması ve mahkemece hazır bulunmasına gerek görülmemesi durumunda, sanık devam eden celselere gelmese bile yokluğunda duruşma yapılabilecek ve dava bitirilebilecektir[70]. Esasında sorgu, soruşturma aşamasında alınan bir ifade gibi bir delil araştırma ve toplama yöntemi olmayıp, sanığın haklarının korunması ve suçlama ile ilgili diyeceklerinin tespit edilip değerlendirilmesi amacıyla uygulanan bir beyan alma yöntemidir[71]. Dolayısıyla sanığın kendisi hakkında karar verecek mahkeme huzurunda bulunmasının esas olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay kararları ile de sabit olduğu üzere, esas olan kovuşturma aşamasında sanığın huzura gelmesi ve duruşma salonunda bulunmasıdır. Bu usul, "*delillerin doğrudan do*ğruyalığı" ve "*yüz yüzelik*" ilkeleri ile de uyumludur[72]. "*Doğrudan doğruyalık*" ve "*sözlülük*" ilkesinin son tahlilde amacı, mahkemenin maddi gerçeğe ulaşmasını sağlamaktır[73].

Bu kuralın istisnaları devam eden maddelerde gösterilmiştir. Buna

69 Kafes, s. 192.

70 CMK'nın 194/2.maddesi; "Sanık savuşur veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, önceden sorguya çekilmiş ve artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmezse, dava yokluğunda bitirilebilir".

71 Şen/Ersan, "Uzakta Olan Sanığın Sorgusu", makale, "haber7.com", erişim tarihi 21.02.2018.

72 Şen/Ersan,"Sanığın mahkemeye çıkma hakkı", makale, "haber7.com", erişim tarihi 27.02.2018.

73 Erdem/Mustafa Ruhan, "AİHM'nin Neziraj Kararı Işığında Sanığın İstinaf Duruşmasın-

göre; 1-Sanık hakkında, mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği anlaşılırsa[74], 2- Suç, yalnız veya birlikte adlî para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilecektir[75]. Bu iki hal dışında, sanığın savunması alınmadan yargılama yapılması ve karar verilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Yine sanık bulunmak istemediğine dair talepte bulunması durumunda mahkemece bu istem kabul edilebilecektir. Yani sanık duruşmada hazır bulunma hakkından feragat edebilecektir. Ancak bu haktan feragatin sonuç doğurabilmesi için sanığın savunmasının alınmış olması ve bu feragatin mahkemece uygun görülmesi gerekmektedir[76].

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının istisnalarından birisi de istinabe suretiyle savunmasının alınabilmesidir. Sanığın davanın görüldüğü mahkemenin yargı alanı dışında bulunması durumunda istinabe suretiyle savunması alınabilecektir. CMK'nın 196/2.maddesi gereğince, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, sanığın savunması istinabe suretiyle alınabilecektir[77]. Burada önemli olan her bir suç için öngörülen ceza miktarıdır. Sanık birden fazla suçtan yargılanmakta ve her bir suç için öngörülen ceza miktarı beş yıldan az ise, yine istinabe yoluyla savunması alınabilecektir. Bu yolla savunmanın alınabilmesi için sanığa ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermeyi isteyip istemediği sorulacak, sanık istinabe yoluyla savunma yapmayı kabul etmesi durumunda bu yolla savunması alınabilecektir. Sanık esas mahkemesinde savunma yapmak istemesi durumunda istinabe yoluyla savunması alınamayacaktır.

Uygulamada, sanığın sorgusu istinabe yoluyla yapılırken, yetkili mahkeme tarafından düzenlenen talimat evrakında dosya kapsamındaki lehe ve aleyhe delillere genellikle yer verilmemekte, aracı kılınan mahkeme tarafından sanığa sorulması istenen konular belirtilmemektedir. Oysa bu

da Hazır Bulunmaması Nedeniyle İstinaf İsteminin Reddi", Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı 54, Ekim 2014, Sayfa 8.

74 CMK'nın 193/2.maddesi; "Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir".

75 CMK'nın 195.maddesi; "Suç, yalnız veya birlikte adlî para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hâllerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır".

76 CMK'nın 196/1.maddesi; "Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilir".

77 CMK'nın 196/2.maddesi; "Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir".

hususların yerine getirilmesi hem meram anlatma ilkesinin sağlanması hem de maddi gerçeğe ulaşma gayesi bakımından zorunludur[78]. Bu uygulama nedeniyle sanık delilleri görmeden sadece iddianame içeriğine göre savunma yapmakta, dolayısıyla savunması eksik kalmaktadır.

İstinabe suretiyle alınan savunmada cumhuriyet savcısı veya müdafiinin bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır[79]. Burada "*müdafiin bulunma zorunluluğu yoktur*" düzenlemesi nasıl anlaşılacaktır? Sanığın talebi olması halinde müdafi tayin edilecek midir? Belirtmeliyiz ki, sanığın talebi varsa, istinabe suretiyle sorguda da müdafii hazır bulundurulmadan sorgu yapılmamalıdır. Esasında müdafiinin hazır bulunma zorunluluğunun olmaması kuralı, zorunlu müdafilik sınırını öngören CMK'nın 150/3'e de uygundur. Zorunlu müdafiliğin alt sınır beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda arandığı dikkate alındığında zaten istinabe suretiyle sorguda avukat bulundurma zorunluluğu olmadığından, sanık da avukat talebinde bulunmadığı takdirde sorgunun avukat olmaksızın yapılması mümkündür[80]. Kanaatimizce bu düşünce isabetlidir. İstinabe suretiyle savunması alınırken müdafi talep etmesi durumunda, sanığa mutlaka müdafi tayin edilmelidir.

Sanığın talimatla sorgusunun yapılması bir zorunluluk olmayıp, yargılamayı yapacak esas mahkemesinin bu yönde karar vermesine bağlıdır. Bu konuda, cumhuriyet savcısı veya sanık ile müdafiinin talebine de ihtiyaç yoktur[81].

Sanığın duruşmalarda hazır bulunması kuralının istisnalarından birisi de de, sanığın hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olması halidir. Bu halde, sanığın savunması alınmış olması kaydıyla, mahkemece devam eden oturumlarda hazır bulundurulmamasına karar verilebilecektir[82]. Bu hüküm Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2008/9-149 esas, 2008/169 karar sayılı kararında şu şekilde yorumlanmaktadır; " *"Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki*

78 Kafes, s. 194.

79 CMK'nın 196/2.maddesi; "Cumhuriyet savcısı ile müdafiin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir".

80 Şen, makale.

81 Şen,makale.

82 CMK'nın 196/5.maddesi; "Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir".

bir hastane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir." şeklindeki hükmün, "*sanık hazır bulunmayı açıkça istemedikçe*" diye yorumlanması gerekir"[83].

3.2.Savunmanın SEGBİS Sistemi ile Alınması

Yukarıda belirtildiği üzere, ceza yargılamasında esas olan, sanığın duruşmada hazır bulunması, sanığın yokluğunda duruşma yapılmamasıdır. Sanığın duruşmada hazır bulunması kendisi için bir hak iken, bunun sağlanması devlet için de bir görevdir.

Özellikle iş yoğunluğunun fazla olduğu büyük şehirlerde, cezaevinde bulunan sanıkların duruşmalarda hazır edilmesinde zaman zaman aksamalar yaşanmaktadır. Yine, gelişen iş hayatı, seyahat imkanları dikkate alındığında, duruşmanın yapılacağı tarihlerde başka yerde bulunan sanıkların duruşmaya gelememeleri nedeniyle karar verme sürecinde gecikmeler yaşanmaktadır. Diğer yandan, özellikle örgütlü suçlardan yürütülen yargılamalarda, sanıkların adliyelerde hazır

83 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.06.2008 tarihli, 2008/9-148 esas, 2008/169 karar sayılı kararı;" Ceza yargılamasının temel ilkelerinden biri olan "yüzdenlik-doğrudanlık" ilkesinin istisnalarından birini oluşturan 1412 sayılı CYUY'nın 226/4. maddesindeki; "Duruşmadan vareste tutulmasını talep etmese bile, davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan tutuklu veya cezası infaz edilmekte olan sanığın sorgusu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığı ile yaptırılabilir" şeklindeki hükme karar tarihinde yürürlükte bulunan 5271 sayılı CYY'nın 196. maddesinde yer verilmemiş olması nedeniyle, 1412 sayılı Usûl Yasamızdan farklı olarak davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan cezası infaz edilmekte olan sanığın bizzat mahkemede hazır bulundurulması suretiyle bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması gereklidir. Diğer bir ifadeyle, davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan cezası infaz edilmekte olan sanığın istinabe yoluyla bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması olanağı bulunmamakta olup mahkemede hazır bulundurulması zorunludur. Kaldı ki, sanık duruşmada hazır bulunmak istediğini de açıkça mahkemeye iletmiştir. Kuşkusuz sanığın hazır bulunması sadece bir ödev değil, aynı zamanda bir haktır. Bu bakımdan "doğrudan doğruyalık-vasıtasızlık" ilkesinin istisnalarından biri olan CYY'nın 196/5. maddesindeki,"(5) Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir." şeklindeki hükmün bile , "sanık hazır bulunmayı açıkça istemedikçe" diye yorumlanması gerekir. Ayrıca anılan maddede bazı oturumlara "getirilmemeden" söz edildiğine göre, yasakoyucunun 1412 sayılı CYUY'nda olduğu gibi 5271 sayılı CYY'nda da amacının tutuklu sanığın hükümde hazır bulunmasını sağlamak olduğu da anlaşılmaktadır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 19.04.2005 gün 2005/19-40 ile 15.03.2005 gün ve 2005/20-27 sayılı kararları başta olmak üzere bir çok kararında bu ilkeler vurgulanmıştır", www.uyap.gov.tr, erişim tarihi 27.02.2018.

edilmesinin bazı güvenlik sorunları yarattığı bilinmektedir. Bu sıkıntıları gören yasa koyucu, sorunu çözebilmek adına, teknolojik imkanları da kullanarak yeni çözüm arayışlarına yönelmiştir. İşte SEGBİS sistemi bu arayışın bir sonucudur.

3.2.1.Segbis Sistemi ve Amacı

1982 tarihli Anayasa'nın 141/son maddesinde; "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*." hükmüne yer verilmiştir. İşte Segbis sistemi, Anayasanın bu amir hükmünün gereğini yerine getirme adına üretilmiş bir uygulamadır.

Segbis sistemi, 20.09.2011 tarihli, 28060 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren " *Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik*" in tanımlar başlıklı 3.maddesinin c bendinde; "*SEGBİS: UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi*" şeklinde tanımlanmıştır[84].

Adalet Bakanlığınca çıkarılan 14.12.2011 tarihli, 150 sayılı genelgede, "*Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) sayesinde ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların video kaydına alınması; Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunamayan kişilerin (şüpheli, sanık, tanık, şikâyetçi, katılan vs.) video konferans yoluyla dinlenilmesi ve ifadelerinin kayda alınması imkânı sağlanmıştır. Bu Sistemin kullanılması sonucunda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 52, 58, 94, 147/1-h, 180, 196 ve 219 uncu maddelerinde öngörülen ifade alma, sorgu ve duruşma işlemlerinde teknik imkânlardan yararlanma, sesli görüntülü iletişim tekniğini kullanma ve teknik araçlarla kayda almaya dair düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması; ifadesi ya da savunması alınacak kişilerin bizzat mahkemesince dinlenilmesi ya da sorgulanması, bunun sonucu olarak dosyaya, kişiye ve olaya göre daha sağlıklı ifade alınması; mahkemece duruşmaların daha etkin yönetimi ve mahkemenin, duruşma sırasında gerçekleşen olaylara ve tarafların beyanlarına daha iyi vukûfiyeti; yol tutuklaması uygulamasından kaynaklanan mağduriyetlerin ortadan kaldırılması gibi faydalar sağlanabilecektir*[85]" denilmiştir.

T.C. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığınca Avrupa Birliğinin desteği ile yürütülen "*Adalete Daha İyi Erişim Projesi*" kapsamında; 134 Ağır Ceza Merkezinde 225 mahkemenin duruşma salonunda gerçekleşen duruşmaların sesli ve görüntülü olarak kayıt altına

84 Adalet Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi, erişim tarihi, 21.02.2018.

85 "hsk.gov.tr", erişim tarihi, 21.02.2018.

alınması ve mahkemeler arasında eş zamanlı iletişim ile canlı görüşme imkânı sağlanmıştır. Bu proje ile 5271 S. CMK'nın 52, 180, 196 ve 219. maddelerinin uygulanması, video-konferans aracılığıyla uzakta bulunan (duruşmaya gelemeyen, talimatla ifadeleri alınması gereken vb.) kişilerin dinlenmesi sağlanmaktadır[86].

CMK'nın 196/4.maddesinde; "*(Değişik: 15/8/2017-KHK-694/147 md.) Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir*." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen yönetmeliğin 13/1.maddesinde; " *Soruşturma ve kovuşturma aşamasında talep eden makam tarafından kabul edilen mazeretleri nedeniyle hazır bulunamayan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir*" hükmüne, 14/1. maddesinde; "*Teknik altyapının hazır olması durumunda ceza infaz kurumunda bulunan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi, SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir*" hükmüne, 15/1.maddesinde; "*Soruşturma ve kovuşturma aşamasında tedavi kurumlarında bulunan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir*" hükmüne, 16/1.madddesinde, yargı çevresi dışında bulunan kişilerle ilgili olarak; "*Talep eden makam, SEGBİS kullanmak suretiyle dinleyeceği kişileri, bu kişilere ait adres ve kimlik bilgileri ile varsa isnat olunan suçu ya da olayı, dinleme için yapılması gereken hazırlıkları talep edilen makama bildirir*" hükmüne, 17/1.maddesinde, yakalanan kişilerle ilgili olarak; "*Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, derhal yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır. Şayet çıkarılamıyorsa; a) Yakalamanın yapıldığı yer Cumhuriyet başsavcılığı, işin niteliğine göre yakalamayı talep eden ya da yakalama kararını veren makam ile irtibata geçer. b) İrtibata geçilen makamın uygun görmesi halinde yakalanan şahıs, SEGBİS ile dinlenilmesi için hazır edilir. Yakalamanın yapıldığı yerde SEGBİS yoksa bu sistemin bulunduğu ve kullanıma hazır olduğu en yakın yer Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemesine götürülür*" hükmüne yer verilmiştir.

3.2.2.Sanığın Segbis Sistemi Aracılığıyla Savunmasının Alınması

CMK'nın 196/4.maddesinin önceki hali," *Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması*

86 Acar/Sami, Gürsoy/Hülya,"Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş:Ceza Mahkemeleri Örneği", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2012, Sayı 4, Sayfa 124.

suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır" şeklinde iken, 15.08.2017 tarihinde, 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 147.maddesi ile yapılan değişiklik ile "*Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir*." hükmü getirilmiştir.

Ceza yargılamasının temel ilkelerinden biri "*doğrudan doğruyalık-vasıtasızlıktır.*" Bu nedenle CMK'nın 193/1. maddesinde "*sanık olmaksızın yargılama olmaz*" genel kuralına yer verildikten sonra istisnalar aynı Kanunun 193/2, 194/2, 195, 196, 200/1 ve 204. maddelerinde gösterilmiştir. Sanığın kabulüne bağlı olarak alt sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar hariç olmak üzere istinabe yoluyla sorguya çekilebilecektir. Görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılarak sorgu yapma yöntemi CMK'nın 196/4. maddesi hükmüne göre mümkün kılınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesine göre; cezai bir suç ile itham edilen herkesin, kendini savunma, iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme, duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından para ödenmeksizin yararlanması haklarını güvence altına almıştır. Duruşmada hazır bulunmaksızın bu hakları nasıl kullanabileceğinin anlaşılması zordur (Colozza v. İtalya 12 Şubat 1985). Adil bir ceza yargılaması sürecinin oluşumunda sanığın mahkeme nezdinde hazır bulunmasının büyük önemi bulunmaktadır (Lala v. Hollanda 22 Eylül 1994). Bunun sebebi hem adil yargılanma hakkının mevcudiyeti hem de beyanların doğruluğunun anlaşılması ve mağdur ile tanıkların beyanlarıyla karşılaştırılmasıdır(Sedoviç v. İtalya)[87].

Bilindiği üzere SEGBİS (sesli ve görüntülü iletişim tekniği) ile yargılamanın yapıldığı mahkemenin bulunduğu yer dışında başka bir yerde bulunan kişinin savunması alınabilmektedir. Yani, örneğin Van ilinde bulunan bir cezaevinde başka bir suçtan tutuklu veya hükümlü bulunan ve hakkındaki başka bir dava nedeniyle İstanbul ilinde yargılanan sanığın savunması, Van ilinde tutulduğu cezaevinde bulunan Segbis sistemi aracılığıyla kendisini yargılayan ve İstanbul ilinde bulunan hakim veya mahkeme heyeti tarafından alınabilecektir. Bunun için sanık, istenen gün ve saatte bulunduğu cezaevinin Segbis sisteminin kurulu olduğu odasında (bu sistemin cezaevinde olmaması durumunda en yakın adalet sarayında bulunan segbis odasında) hazır edilecek, hakim veya mahkeme heyeti

87 Yargıtay 16.CD'nin 2015/6772 esas, 2016/3312 karar sayılı, 25.05.2016 tarihli kararı, Uyap Kayıtları.

de kendi duruşma salonunda hazır olacak (tüm duruşma salonlarında Segbis sistemi kuruludur) ve yargılamayı yapan ve hükmü verecek olan hakim veya heyet tarafından sanık sorgulanacaktır. Sanığın buna bir itiraz etmemesi durumunda bir sorun bulunmamaktadır.

Ancak sanığın Segbis sistemi aracılığıyla savunma yapmak istememesi ve kendisi hakkında hükmü verecek mahkeme huzuruna bizzat çıkmayı istemesi durumunda ne olacaktır? Uygulamada, sanığın Segbis sistemi aracılığıyla savunmaya yapmayıp mahkeme huzurunda bizzat bulunmayı talep etmesi durumunda bu talep kabul edilmemekte, talebinde ısrar etmesi halinde, bunun savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı olarak değerlendirileceği hususunda ihtarat yapılmakta, sanık yine ısrar ederse, savunma hakkından vazgeçmiş sayılarak hüküm verilmekteydi[88]. Bu konuda Yargıtay, yapılan uygulamanın adil yargılanma hakkının ihlali olduğunu, dolayısıyla sanığın mahkeme huzuruna çıkmayı istemesi durumunda, Segbis sistemi ile savunmasının alınamayacağını kabul etmişti[89]. Yine Yargıtay esaslı işlemlerin yapıldığı oturumda, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı olduğunu hatırlatmadan ve sanığın rızasını almadan Segbis aracılığıyla savunma almayı savunma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir[90].

Değinildiği üzere, KHK ile yapılan değişiklik öncesinde, sanığın

88 Bu konuda Yargıtay 16.CD'nin 2015/6772 esas, 2016/3312 karar sayılı, 25.05.2016 tarihli kararında" Sözleşme ile garantiye alınan hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, bunun açıkça söylenmesi ile mümkün olabilir (Zana/Türkiye)" denilerek, sanık açıkça vazgeçmedikçe savunma hakkından vazgeçmiş sayılmasının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.(Uyap Kayıtları)

89 Yargıtay 16.CD'nin 2016/2691-4515 esas ve karar sayılı, 29.06.2016 tarihli kararı; "Yargılandığı suçtan dolayı mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir cezaevinde tutuklu olan sanık hakkında duruşmalarda bulunmaktan bağışık tutulması hususunda herhangi bir karar verilmediği gibi, sanığın mahkeme huzuruna çıkarak savunma yapmak istemesi ve sanık müdafiinin de bu yönde talepte bulunması karşısında, adil yargılanma hakkı kapsamında sanığın duruşmada hazır bulundurulması sağlanarak savunmasının tespiti yerine, SEGBİS sistemi yoluyla savunmalarının alınıp yargılamanın yapılması ve mahkumiyetine karar verilmesi...", Uyap kayıtları.

90 Yargıtay 10.CD'nin 2015/4957-33241 esas ve karar sayılı, 10.12.2015 tarihli kararı; "Somut olayda, sanığın sorgusu yapılmadığı halde, Cumhuriyet savcısından esasa ilişkin görüşü sorulmuş; Yargılamayı yapan İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, tedavisi nedeniyle Edirne'de bulunan tutuklu sanığın, Edirne Ağır Ceza Mahkemesi'ne getirtilmesi sağlanmış ve sanıktan CMK'nın 196. maddesinin 4. fıkrasında belirtildiği şekilde, görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle (SEGBİS) esas hakkındaki savunması sorulmuş; sanık, hasta olduğunu, dosya ile ilgili bilgisinin de bulunmadığını, canıyla uğraştığını belirterek savunma yapmayacağını söylemiştir. Bunun üzerine, fiilen savunması alınmadığı halde duruşmaya son verilerek sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Sanığın, yargılandığı mahkemedeki duruşmada hazır bulundurulmasını istemesi, adil yargılama hakkının kapsamı içindedir. Bu hakkı

segbis sistemi ile savunma yapmayı istememesi ve mahkeme huzuruna çıkmak istemesi durumunda ne yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktaydı. Uygulamada, Yargıtay, bu durumda sanığın mutlaka hakim huzuruna getirileceğini, aksi uygulamanın adil yargılanma hakkının ihlali anlamında olacağını kabul etmekteydi.

Ancak 15.08.2017 tarihinde KHK ile yapılan değişiklikle, hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, sanığın savunmasının bulunduğu yerde segbis sistemi ile alınabileceği, dolayısıyla sanığın mahkeme huzuruna getirilmesinin zorunlu olmadığı kabul edilmiştir.

Yukarıda incelenen Yargıtay kararları ile de sabit olduğu üzere, esas olan kovuşturma aşamasında sanığın huzura gelmesi ve duruşma salonunda bulunmasıdır. Bu usul, "*delillerin doğrudan doğruyalığı*" ve "*yüz yüzelik*" ilkeleri ile de uyumludur. Sanığın, SEGBİS yöntemi ile duruşmalara uzaktan katılmasını gerektirecek haklı gerekçe veya delil olmaksızın duruşma salonuna getirilmemesi, yanında avukatı olmaksızın ve duruşma salonunda yüz yüzelik sağlanmaksızın, kapalı cezaevi koşullarında tutulan sanığın, güvenlik ve ulaşım zorluğu gibi kabulü mümkün olmayan gerekçelerle mahkemeye getirilmemesi savunma hakkının kısıtlanmasına ve dürüst yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açacaktır[91]. Yargıtay da Segbis ile savunma almanın istisnai bir yol olduğunu belirtmektedir[92].

CMK'nın 196/4. maddesinde yapılan düzenlemenin KHK ile yapılması bir sorundur. "*Zorunlu haller*" in ne olduğunun belirtilmemesi ayrı bir sorundur, ki bu sorunların değerlendirilmesi çalışma konumuzun dışındadır. Yukarıdan beri incelendiği üzere, sanığın kendisiyle ilgili yapılan duruşmaya katılma hakkı, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu husus Yargıtay kararlarında da açıkça vurgulanmıştır[93]. Bu nedenle,

---

hatırlatılmadan ve rızası da alınmadan, esaslı işlemlerin yapıldığı oturumun (SEGBİS) yöntemiyle yapılması savunma hakkının ihlâli niteliğindedir.", Uyap kayıtları.

91 Şen, makale, "sanığın mahkemeye çıkma hakkı".

92 Yargıtay 16.CD'nin 2016/1955-3505 esas ve karar sayılı, 25.05.2016 tarihli kararı; "Atılı suçtan savunması alınan, duruşmalarda bulunmaktan bağışık tutulması hususunda herhangi bir karar verilmeyen ve atılı suçtan tutuklu bulunan sanıkların; mahkeme huzuruna çıkmak istediği yönündeki beyanları gözetilerek adil yargılanma hakkı kapsamında karar duruşmasında hazır bulundurulması sağlanarak esas hakkındaki mütalaaya karşı savunmalarının alınması yerine istisnai bir uygulama alanı olan SEGBİS sistemi yoluyla yargılamanın devamı ile yokluklarında mahkumiyetlerine karar verilmesi suretiyle savunma haklarının kısıtlanması…"

93 Yargıtay 1.CD'nin 2015/5868 esas, 2016/1792 esas ve karar sayılı, 06.04.2016 tarihli kararı; "Duruşmada hazır bulunmak isteyen sanığın, duruşmada hazır bulundurulması sadece ödev değil aynı zamanda bir haktır. (Y.C.G.K. 10.06.2008, 9-148/169 s.k.)Avru-

olağanüstü dönemde çıkarılan KHK ile, sanığın rızası olmadan ve mahkeme huzuruna getirilmeden yargılama yapılmasının adil yargılanma hakkını zedeleyeceği, bunun ülkemiz aleyhine ihlal kararı verilmesine neden olacağı açıktır.

3.2.3.Segbis Sistemiyle Savunma Almayı Zorunlu Kılan Nedenler

"*Yüz yüzelik*" ilkesinin tam anlamıyla ifası için, sanığın, mahkeme heyetinin, iddia makamının, avukatların, sanıkların, katılanların, tanıkların, katiplerin, mübaşirin, izleyicilerin gözlerinin içine bakabilme hakkını etkin ve eylemli şekilde kullanabilmesi, yani SEGBİS usulüne başvurulmaksızın mahkeme huzuruna çıkarılması gerekir[94].

Yukarıdan beri incelendiği üzere, AİHM, adil yargılanma hakkına ilişkin kavramları "özerk kavramlar" olarak kabul etmekte, bu niteliği gereği soyut tanımlar yapmaktan ziyade somut olayın niteliğine göre değerlendirmeler yapmaktadır. Bu kapsamda sanığın duruşmada bulundurulması da mutlak haklardan değildir. Zorunlu nedenlerin bulunması durumunda, sanık duruşma sırasında hazır bulundurulmadan, istinabe yoluyla veya segbis sistemi aracılığıyla savunması alınabilecektir. Ancak bu zorunlu nedenin ne olduğunun keyfilikten uzak, gerekçeli şekilde belirlenmesi ve delillendirilmesi gerekmektedir. Adaletin gerçekten adil bir şekilde sağlanmasının demokratik bir toplumda tuttuğu yer göz önünde bulundurularak savunma hakkının kısıtlanmasına yönelik her bir tedbirin ciddi şekilde gerekli olmasına işaret edilmiştir. Daha az kısıtlayıcı bir tedbirin bulunması halinde o uygulanmalıdır.

CMK'nın genel ilkeleri, 196. maddedeki düzenleme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları göz önünde bulundurulduğunda;

pa İnsan Ha. kları Sözleşmesinin 6/1. maddesi cezai bir suç ile itham edilen herkesin, kendini savunma, iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme, duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından para ödenmeksizin yararlanması haklarını güvence altına almıştır. Buna bağlı olarak kovuşturma aşamasında; 1) Genel kural sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Bu hak ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir. 2) İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara sanığın SEGBİS yolu ile katılması, açık kabulüne dayalı olmalıdır. Tüm bu açıklamalar karşısında; Yargıtay'dan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakan mahkeme tarafından yapılan duruşmadan önce Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan sanığın 06.10.2015 tarihinde SEGBİS sistemi aracılığı ile bozma ilamına uyulup Cumhuriyet Savcısının mütalaasından sonra duruşmaya bizzat katılıp savunma yapmak istediğini belirtmesine rağmen, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle bu talebi reddedilerek, SEGBİS sistemi aracılığıyla beyanı alındıktan sonra mahkumiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması…bozmayı gerektirmiştir.", Uyap kayıtları, erişim tarihi 29.01.2018.

94 Şen, makale, "sanığın mahkemeye çıkma hakkı".

duruşmada hazır bulunma hakkı adil yargılanma kapsamında değerlendirilmekte olup, bu hakkın sınırlanması ancak ciddi şekilde gerekli olması halinde istisnai olarak uygulanmalıdır. Bu nedenlerle kovuşturma aşamasında;

1-) Genel kural; sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Bu hak ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir.

2-)İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara sanığın SEGBİS yolu ile katılması açık kabulüne dayalı olmalıdır[95].

Marcello Viola v. İtalya kararında, çok sayıda cinayet, cinayete teşebbüs, mafya tarzı bir suç örgütüne üye olmak ve yasaya aykırı olarak silah bulundurma suçları ile suçlanan ve ilk derece mahkemesince bazı suçlardan mahkûm edilen başvuran, İstinaf Mahkemesi duruşmasında, 26 Temmuz 1975 tarihli 354 sayılı Hapishane Organizasyonu Kanunu'nun 41. bölümü uyarınca, dış dünya ile temasını sınırlayan, sınırlandırılmış hapishane rejimine tabi tutulduğu, tutuklu bulunduğu hapishaneden duruşma salonuna getirilmemiştir. Bununla birlikte, başvuranın 21.02.2001, 15.06.2001 ve 05.03.2002 tarihlerinde yapılan duruşmalara İtalyan Ceza Usul Kanununun 146. maddesi uyarınca sesli ve görüntülü sistemler kullanılarak katılımı sağlanmıştır. Davalının duruşmalara video konferans yöntemi kullanılarak katılımının sağlanması Sözleşme'ye aykırı olmasa da, her bir davada bu yönteme başvurulmasının meşru bir amaç güdülerek yapılmasının sağlanması ve delil sunumu ile ilgili düzenlemelerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Mahkeme'ye göre bu durumdaki bir mahkûmun transferinde ciddi güvenlik önlemleri alınması gerekmekte olup firar etme veya saldırıya uğrama riski bulunduğu inkâr edilemez. Ayrıca tutuklunun mensubu olduğundan şüphe edilen suç örgütü ile tekrar temasa geçme olasılığını yaratma ihtimali de bulunmaktadır. Mahkeme başvuranın ikinci ceza yargılaması duruşmalarına video konferans yöntemiyle katılımının sağlanmasında savunmanın yargılamaya taraf diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde daha dezavantajlı bir konuma düşürülmediği ve başvuranın Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının özünde bulunan hak ve yetkilerini kullanma fırsatının bulunduğuna kanaat getirmiştir. Bu gerekçelerle, mahkeme oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal

95 Yargıtay 16.CD'nin 2015/6772 esas, 2016/3312 karar sayılı, 25.05.2016 tarihli kararı, Uyap Kayıtları.

edilmediğine karar vermiştir[96]. Bu karar temyiz aşamasına ilişkindir.

Marcello Viola-İtalya kararının, SEGBİS usulünün tatbik edildiği yargılamalarda emsal teşkil edebilmesi için, yargılama makamının SEGBİS usulünün kullanımına ilişkin kararının, öncelikle İHAS m.6 ile korunan dürüst yargılanma hakkına ilişkin usulü güvencelerin özünü ortadan kaldırmaması ve sanığın savunma hakkına orantısız müdahale içermemesi gerekmektedir. Bir başka anlatımla bu karar veya emsal gösterilecek herhangi bir karar, bireyin mahkemede hazır bulunma hakkını bertaraf edecek şekilde her celse için uygulanabilecek bir açık çek olarak algılanmamalıdır. Aksi uygulama İHAS'ın 17 ve 18[97]. maddelerine aykırılık oluşturacaktır. Mahkemeler somut olayla ilgili ve yeterli gerekçe göstermek zorundadır. Aksi halde, yalnızca bir kararın soyut şekilde dayanak alınmak suretiyle hakkının özünü ortadan kaldırması kabul edilemez. Bir İHAM kararının varlığından hareketle veya ilgili karar aleyhe yorumlanmak suretiyle, yani düz mantıkla sanığın haklarını kısıtlamasının "*dürüst yargılanma hakkı*" başlıklı İHAS m.6 ile bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır…Dolayısıyla sanığın duruşmaya getirilmemesini zorunlu kılacak veya kamu güvenliği gibi gerekçelerle duruşmaya SEGBİS usulü ile uzaktan katılımını gerektirecek somut ve zorunlu ihtiyaçların açıkça ortaya konulması gerekir. Bu tür bir ihtiyacın, savunmanın bilgisine sunulması ve mahkemece yeterli açıkl***ığa kavuşturulması şarttır. Sanığın hangi somut gerekçelerle duruşma salonuna getirilmediği veya tanıklar üzerinde baskı oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir***[98].

4. SONUÇ

Hukuk devleti; bütün eylem ve işlemlerinde adalet amacına bağlı, düzeni halkın katkısı ile kurulan ve işleyen, insanın, onurlu ve sorumlu bir varlık ve insanlığından gelen temel hak ve özgürlüklere sahip bulunduğuna inanan, insanın temel hak ve özgürlüklerini, nereden gelirse gelsin, her türlü saldırıya karşı koruyan, insanın temel hakları ile toplum düzeninin zorlayıcı gerekleri arasında, birini ötekine feda etmeden kalıcı bir denge

96 Kafes, s. 196.

97 İHAS m. 17:" Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz."

İHAS m.18:" Haklara getirilecek kısıtlanmaların sınırlanması Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz."

98 Şen, makale,"sanığın mahkemeye çıkma hakkı".

kurabilen, tek elde toplanmasını önlemek üzere devlet kuvvetini, yetkileri önceden belirlenmiş ayrı organlar aracılığı ile kullanan, bütün işlemlerini yargı denetimi altında tutan, mahkemeleri bağımsız ve tarafsız olan, yoksulu varlıklıya, güçsüzü güçlüye ezdirmeyen ve soydurmayan devlettir[99]. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında hukuk devletini " ***insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet***" şeklinde tanımlamaktadır[100].

Hukuk devletinin temeli adalet, adaletin sağlanmasının ilk koşulu da adil yargılamadır. Adil yargılama, bir suç isnadına maruz kalan bireylerin, mahkeme huzuruna çıkıp kendisini savunabilmesi ile mümkündür. Bireylerin hiç kimseden çekinmeden, başına bir şey gelebileceği endişesi taşımadan kendisini savunabilmesi, hakkında karar verecek olan hakimin, kendisini suçlayan savcının ve davanın diğer taraflarının gözlerinin içine bakabilecek şekilde mahkeme huzurunda bulunması ile mümkündür. Mahkeme huzuruna çıkamayan, dolayısıyla delilleri tartışamayan, tanıkları sorgulayamayan sanığın savunması, ister istinabe yoluyla, isterse Segbis sistemiyle alınmış olsun, eksiktir, yarımdır ve sağlıklı değildir. Bu nedenle, duruşmada hazır bulunma hakkı adil yargılanmanın bir gereğidir ve önemlidir.

Ancak gelişen ve değişen şartlar, özellikle örgütlü suçlar ve terör suçlarında yaşanan güvenlik endişeleri, teknolojik imkanlar kullanılmak suretiyle, sanığın duruşmada hazır bulunmadan savunmasının alınabilmesinin yollarını açmıştır. İşte, birkaç yıldır ülkemiz uygulamasında bulunan Segbis bu yollardan biridir. 2017 yılında KHK ile yapılan değişiklik ile, zorunlu nedenlerin bulunması durumunda, sanığın savunmasının bu sistem aracılığıyla alınabileceği kabul edilmiştir. Ancak, gerek bu sistem ve gerekse başka hangi yol olursa olsun, sanığın duruşmada hazır bulundurulmaması uygulaması son derece istisnai olarak uygulanabilecek bir hükümdür. Bu istisnai hükmün uygulanabilmesi için, sanığın duruşmaya getirilmemesini haklı gösterecek "***zorunlu nedenler***"in ne olduğunun mahkeme ara kararında açıkça belirtilmesi, bunun delillerinin gösterilmesi gerekmektedir. Bunun dışında, sanığa müdafi yardımından yararlanabilmesi, müdafisi ile görüşebilmesi, tüm delilleri inceleyebilmesi, savunmasını hazırlamak için yeterli imkan ve süreye sahip olması,

99 Özkan/Gürsel, "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu", TAA Dergisi, Nisan 2010, Sayı 1, sayfa 87.

100 Fendoğlu/Hasan Tahsin, "İnsan Hakları Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara 2017, Sayfa 248.

duruşma salonunda bulunamasa da, tanıkları sorgulayabilmesi gibi adil yargılamanın gereği olan tüm imkanlar sağlanmış olmalıdır.

KAYNAKÇA

-Adalet Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi.

-Acar/Sami, Gürsoy/Hülya,"Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş:Ceza Mahkemeleri Örneği", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2012, Sayı 4.

-Altıparmak/Cüneyt, "Avrupa İnsan Hakları SözleşmesiAltıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", TBB Dergisi, Sayı 63, Yıl 2006.

-Anayasa Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi.

-Çayan/Gökhan, "Adil Yargılanma Hakkı", Legal Yayınları, Birinci Basım, Şubat 2016.

-Çelik/Abdullah, "Adil Yargılanma Rehberi", Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru El Kitapları, Sayı 3.

-Çırak/İsmail Çağlayan, "Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Adil Yargılanma Hakkı", Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksel Lisans Tezi, Yıl 2010.

-Doğru/Osman, Nalbant/Atilla, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar", Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi Yayınları, Yıl 2012.

-Dursun/Gizem, "Sanığın Duruşmada Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü İletişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 143-144, Temmuz-Ağustos 2016.

-Erdem/Mustafa Ruhan, "AİHM'nin Neziraj Kararı Işığında Sanığın İstinaf Duruşmasında Hazır Bulunmaması Nedeniyle İstinaf İsteminin Reddi", Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı 54, Ekim 2014.

-Fendoğlu/Hasan Tahsin, "İnsan Hakları Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

-Fendoğlu/Hasan Tahsin, "İnsan Hakları Hukuku", Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

-Gözübüyük/Şeref, Gölcüklü Feyyaz,"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Turhan Kitabevi, Ankara 2016, 11.Bası.

-HSK Resmi İnternet Sitesi.

-İnceoğlu/Sibel, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı", Beta Yayınları, 4. Baskı, Mart 2013.

-Kafes/Veli, "Ceza Muhakemesinde Meram Anlatma İlkesinin Sağlanması" Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015.

-Kunter/Nurullah, Yenisey/Feridun, "Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", Beta Basım, 10. Basım, İstanbul, 1998, no.14, 15.

-Mole/Naula, Harby/Catharina,"Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Kitapçıkları, No.3, Birinci Baskı, Ekim 2001.

-Özkan/Gürsel, "Anayasa Mahkemesi'ne Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yargının Konumu", TAA Dergisi, Nisan 2010, Sayı 1.

-Öztürk/Bahri, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılama Yükümlülüğü", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1-2, Ocak-Şubat 2016.

-Öztürk/Bahri, Tezcan/Durmuş, Erdem/Mustafa Ruhan, Sırma/Özge, Kırıt/Yasemin F.

Saygılar, Özaydın/Özdem, Akcan/ Esra Alan, Erden/Efser, "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2015.

-Resmi Gazete İnternet Sayfası.

-Selçuk/Sami, "Bağımsız Yargı Özgür Düşünce", İmge Kitabevi, Mart 2007.

-Sırma/Özge, "Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Hakkı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Ocak 2008, Sayfa 96.

-Şen/Ersan, "Uzakta Olan Sanığın Sorgusu", makale, "haber7.com".

-Şen/Ersan,"Sanığın mahkemeye çıkma hakkı", makale, "haber7.com".

-Taşdelen/Okan,"Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Resmi İnternet Sitesi.

-Turan/Hüseyin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı", Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2016.

-Turan/Hüseyin, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı", Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

-Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi.

-Uyap Kayıtları.

-www.dictionary.cambridge.org.

-www.zargan.com.

-Yıldırım/Akif, "Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Adil Yargılanma Hakkı (Ceza Hukuku Boyutu)", TAAD, Yıl:7, Sayı:26 (Nisan 2016).

-Yüksel/Hatice, "Uluslar arası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı", Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2010.

CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE SPOR CEZA HUKUKUNDA YÖNETİCİ, SPORCU VE TARAFTARLARIN İŞLEMİŞ OLDUĞU SUÇLARDAN KAYNAKLI SPOR KULÜPLERİNİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Av. Duygu GÜNDÜZ

GİRİŞ

Türk ceza sisteminin temel kurallarından biri olan cezaların şahsiliği ilkesi, yalnızca bir suçun failinin cezalandırılmasını ve başka bir kimsenin işlemediği bir suçtan dolayı cezalandırılamayacağını ifade etmektedir.

Bu ilke uyarınca, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olmadığı; ancak belli şartların varlığı halinde tüzel kişilere güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Güvenlik tedbirleri haricinde, Kabahatler Kanunu uyarıca, tüzel kişilere idari para cezası yaptırımının uygulanabilmesi söz konusudur.

Özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan spor kulüpleri için de tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvelik tedbiri ve idari para cezası öngörülen suçlar geçerli olacaktır. Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri ve para cezası için gerekli şartların, spor kulüplerinin cezai sorumluluğunun doğabilmesi ve kanunlarda yer alan yaptırımların uygulanabilmesi için de aranmaktadır.

Bu sebeple bu makalemizde öncelikle cezaların şahsiliği ilkesi ve bu ilke çerçevesinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu tartışılacak; hangi şartlarda ve ne tür güvenlik tedbiri uygulanabileceği belirtilecektir.

Makalemizin devamında ise, spor kulüplerinin hukuki yapıları ele alınacak, spor ceza hukukunda yönetici, sporcu ve taraftarların işlemiş olduğu suçlardan kaynaklı spor kulüplerinin cezai sorumluluğunun doğup doğmadığı tartışılacaktır.

Son olarak, spor hukukunun kendine özgü yapılanması sonucu ortaya çıkan federasyon ceza hukukundan bahsedilerek, disiplin talimatında[1]

1 TFF disiplin talimatı ele alınmaktadır.

düzenlenen spor kulüplerinin yönetici, sporcu ve taraftarların eylemleri sonucu ortaya çıkan spor kulüplerinin objektif sorumluluğu kısaca ele alınacaktır.

I. **Cezaların Şahsiliği İlkesi**

Cezaların şahsiliği ilkesi, ceza hukukunun en temel kurallarından biri olup, ***"Ceza sorumluluğu şahsidir"*** ifadesi ile Anayasa mad.38/7'de yer almaktadır. Bu ilke, kanunda suç karşılığı olarak öngörülmüş bulunan cezanın yalnızca suçun failine verilmesini ve suçun failinin cezadan etkilenmesini ifade etmektedir. Cezaların şahsiliğinde kural; bir kimsenin başkasının işlediği bir fiilden sorumlu tutulamaması ve asli veya feri fail olmayan kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmamasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin 27.03.2014 tarihli kararında, ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarından biri olduğunu belirterek ceza şahsiliğinden amacının bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmaması gerektiğini söylemiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca idari para cezalar için de cezaların şahsiliği ilkesinin geçerliği olduğunu açıkça vurgulamıştır[2].

Anayasa mad.38'de yer alan düzenlemeye paralel olarak, cezaların şahsiliği ilkesi Türk Ceza Kanunu[3] 20. maddesinde düzenlenmektedir:

"Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır."

TCK ilgili maddesi cezaların şahsiliği ilkesi çerçevesinde, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı hüküm altın alınmıştır. Ancak bu duruma istisna olarak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklı olduğu da belirtilmiştir.

Cezaların şahsiliği ilkesi sebebiyle tüzel kişilere ceza uygulanmayacağı ancak güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği hükmü uyarınca, TCK mad.60'da tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirlerinin tür ve koşulları düzenlenmektedir[4].

2 27.03.2014 T. ve E.2013/97, K.2014/60 S. Anayasa Mahkemesi kararı; 23.05.2015 T. ve 29008 S. RG'de yayımlanmıştır.

3 26.09.2004 T. ve 5237 S. Kanun; 12.10.2004 T. ve 25611 S. RG'de yayımlanmıştır.

4 Aşağıda ayrıntılı olarak tüzel kişilere uygulanacak yaptırımlar anlatılmaktadır (Bkz.

TCK mad.60'ın gerekçesinde; Anayasa'da da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının gereği olarak sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedileceği; ancak bu ilke, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilmesine engel olmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Dolayısıyla, Anayasa mad. 38/7, TCK mad. 20 ve mad. 60 hükümleri birlikte ele alındığı zaman, cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca tüzel kişilere ceza uygulanmayacağı ancak güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği sonucuna açıkça varılmaktadır.

II. **Tüzel Kişilere Ceza Kanunları Uyarınca Yaptırım Uygulanması**

765 sayılı Ceza Kanunu[5] döneminde, tüzel kişilere yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinlerde tartışmalar söz konusuydu[6]. Doktrinde bir görüş, sadece gerçek kişilerin suç işleyebileceğini ve tüzel kişilerin cezaların faili olamayacağını savunurken; diğer bir görüş ise medeni hukuk anlamında hak ve fiil ehliyetleri olan tüzel kişilerin bazı suçların faili olabileceği yönündedir[7].

Türk Ceza Kanunu uyarınca; cezaların şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişiler cezalandırılamamakta; ancak tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilmektedir. Söz konusu güvenlik tedbirlerinin tür ve koşulları da kanunda açıkça düzenlenmektedir.

A. **765 Sayılı Ceza Kanunu Dönemi Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu**

Ceza Kanunun yürürlükte olduğu dönemde doktrinde cezaların şahsiliği ilkesinden hareketle tüzel kişilerin suç faili olamayacakları kadar; olabilecekleri görüşü de ileri sürülmekteydi[8]. Doktrinde yer alan bu iki

II/B).

5 01.03.1926 T. ve 765 S. Mülga Ceza Kanunu; 13.11.2005 T. ve 25642 S. RG'de yayımlanan 04.11.2004 T. ve 5252 S. Kanunun mad.12. ile, 01.06.2005 T. itibariyle tüm ek değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

6 Centel, Nur; Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Der., Ankara, S.65, 2016, s.3313-3326; Özen, Muharrem; Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Der., Ankara, S.38, 2003, s.63-88; Aslan, Yasin; Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, S.2010/2, s.233-246.

7 Kangal, Zeynel; Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, İstanbul, 2003, s.53-54; Aslan, Yasin; s.239-241.

8 Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.223-235; Centel, Nur; s.3315; Özen, Muharrem; s.63.

farklı görüş, gerçeklik ve varsayım teorilerine dayanmaktadır.

Gerçeklik teorisine göre, tüzel kişileri kendilerini oluşturan gerçek kişiler dışında bağımsız bir iradeleri vardır ve organ ve temsilcilerinin yapmış olduğu eylem ve işlemlerde dolayı sorumludurlar. Ceza kanununda yer alan bazı suçlar için tüzel kişilerin yapılarına uygun olarak yaptırım uygulanabilir[9].

Varsayım teorisi ise, ceza hukukunun süjesinin sadece gerçek kişilerin olabileceğini; tüzel kişilerin sadece organları araçlığıyla hukuksal işlemlere bulunduğunu ve bu nedenle sorumluluğunda gerçek kişiler üzerinde olduğunu belirterek tüzel kişilerin cezalandırılamayacağını savunmaktadır[10].

Anayasa Mahkemesi, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun Anayasa'ya aykırı olmadığı düşüncesindeydi. Anayasa Mahkemesi, 1964 tarihli bir kararında; tüzel kişileri kanunların önleyici etkisinden uzak bulundurarak serbestçe faaliyetlerine yer verilmesi, toplumun güveliği bakımından sakıncalı olabileceğini ve bu sebeple tüzel kişilerin de yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarında zorunluluk olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararın devamında; ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin, bir kimsenin fiilinden başkasının sorumlu tutulmaması olduğu ve tüzel kişilerin iradeleri organları aracılığıyla açıklandığı, ortada kolektif bir irade olduğu ve tüzel kişinin sorumlu tutulmasında başkasının cezalandırıldığı anlamının çıkmayacağı demek suretiyle tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun Anayasa'ya aykırı olmadığını açıkça söylemiştir[11].

Anayasa Mahkemesi 1989 tarihli bir kararında yukarıda yer alan görüşünü destekleyerek, tüzel kişilerin yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarının kabulünün gerektiğini belirtmekteydi[12].

Sonuç olarak CK'da açıkça düzenlenmemiş olmasına ve doktrindeki görüş farklılıklarına rağmen toplum güvenliği göz önüne alınarak tüzel kişilerin cezai yaptırımlara tabi tutulması söz konusuydu. Nitekim Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, tüzel kişilere kendilerine özgü cezai yaptırım uygulanmasının cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığı kabul edilmektedir.

9 Özen, Muharrem; s.65; Aslan, Yasin; s.239.

10 Özen, Muharrem; s.65, Aslan, Yasin; s.240.

11 16.06.1964 T. ve E.1963/101, K.1964/49 S. Anayasa Mahkemesi kararı.

12 14.02.1989 T. ve E.1988/15, K.1989/9 S. Anayasa Mahkemesi kararı; 04.02.1991 T. ve 20776 S. RG.

B. **Türk Ceza Kanunu Uyarınca Tüzel Kişilere Uygulanacak Güvenlik Tedbirlerinin Tür ve Koşulları**

5237 sayılı TCK ile birlikte kanun koyucu tüzel kişileri suç faili saymamakla tüzel kişilerin niteliği konusundaki gerçeklik ve varsayım teorilerinden ikincisini kabul etmiştir. Tüzel kişilerin suçun faili sayılamayacağı kabul edilmiş, ancak özel hukuk tüzel kişilerine bazı suçlar dolayısıyla güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmüştür[13].

1. **Güvenlik Tedbiri Türleri**

TCK mad.60'da, işlenen bir suç sebebiyle tüzel kişilere özgü üç ayrı güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir:

- Faaliyet izninin iptali,

- Eşya müsaderesi,

- Kazanç müsaderesi.

Maddede öngörülen ilk güvenlik tedbiri, bir kamu kurumu tarafından verilen izne dayalı faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin faaliyet izninin iptalidir. Örneğin uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması halinde, bu döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişisinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir. Yine, ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuvarda uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması durumunda, aynı sonuç doğacaktır[14].

Özel hukuk tüzel kişileri bakımından öngörülen ikinci güvenlik tedbiri ise müsaderedir. Buna göre, tüzel kişi yararına işlendiği belirlenen suç bakımından, müsadere hükümlerindeki koşullar da gerçekleşmiş ise, o suçla bağlantılı olan eşya ve maddi çıkarların müsaderesine hükmedilecektir. Müsadere, işlenen suçla bağlantılı eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesini ifade etmektedir. TCK mad. 54 ve mad. 55 çerçevesinde o suçla bağlantılı olan eşya veya kazancın müsaderesine hükmedilecektir[15].

İznin iptal edilmesi ile müsadereye hükmedilmesinin işlenen fiile na-

13 Centel, Nur; s. 3314.

14 Bkz. TCK mad.60 gerekçesi.

15 Centel, Nur; s.3320.

zaran daha ağır sonuç doğurabileceği hallerde bu tedbirlere hükmedilmemesi mümkündür (TCK mad. 60/3). Örneğin çok sayıda kişi işsiz kalabilir veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıplar meydana gelebilir. İşte bu gibi durumlarda mahkeme orantılılık ilkesine dayanarak bu güvenlik tedbirlerine hükmetmeyebilecektir[16].

TCK uyarınca; özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine, her suç bakımından değil, kanunda özel olarak belirtilen hallerde hükmedilebilecektir (TCK mad. 60/4).

2. **Güvenlik Tedbiri Uygulanması için Gerekli Koşullar**

TCK mad.60'ta, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde iznin iptaline karar verileceği düzenlenmektedir.

Tüzel kişilerin izninin iptaline karar verilebilmesi için aşağıdaki şartların sağlanması gerekmektedir[17]:

- Tüzel kişilerin bir kamu kurumunun verdiği izin çerçevesinde faaliyet göstermesi,

- Özel hukuk tüzel kişisi olması,

- İşlenen suçun kasıtlı olması ve suç ile verilen iznin kullanılması arasında nedensellik bağının bulunması,

- Suçun tüzel organ veya temsilcileri olan gerçek kişiler tarafından işlenmiş olması ve bunlar hakkında mahkumiyet kararı verilmiş bulunması,

- İşlenen suçun kanunda açıkça tüzel kişiler tarafından işlenebileceğinin belirtilmiş olması.

Tüzel kişilere uygulanabilecek bir diğer yaptırım ise müsadere olup, bu yaptırımın uygulanabilmesi için aşağıdaki şartların mevcudiyeti aranmaktadır[18]:

- Suçla bağlantılı eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmaması,

16 Bkz. TCK mad.60 gerekçesi.
17 Bkz. TCK mad.60 gerekçesi.
18 Bkz. TCK mad.60 gerekçesi.

- Eşyanın kasıtlı bir suçun işlenmesine tahsis edilmiş, suçtan meydana gelmiş veya üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım-satımı yasak eşya veya ekonomik değer olması,

- Suçun özel hukuk tüzel kişisinin yararına işlenmiş olması ve failler hakkında mahkumiyet kararı verilmiş bulunması,

- Yasada, bu suç için tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağının gösterilmiş olması,

- Mahkeme kararı bulunması.

3. İdari Para Cezası

TCK mad. 60'da öngörülen güvenlik tedbirleri arasında para cezası öngörülmemiştir. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 43/A maddesi uyarınca belli şartların varlığı halinde idari para cezası kesilebileceği öngörülmektedir.

Tüzel kişi adına idari para cezası uygulanabilmesi için aşağıda belirtilen şartlar aranmaktadır:

- Daha ağır idari para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmaması

- Özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından işlenmesi

- Katalog suçlardan birinin söz konusu olması

- Tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi.

Tüzel kişilerin sorumluluğuyla ilgili olarak özel bazı kanunlarda da hükümler bulunmaktadır. Bunlardan spor kulüpleri için en önemlisi 6222 sayılı kanun olup, söz konusu kanunla ilgili aşağıda detaylı açıklama yapılacaktır.

III. **Spor Kulüplerinin Hukuki Yapısı Ve Cezai Sorumluluğu**

Spor etkinliklerine katılmak amacıyla, özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan spor kulüpleri sportif alanın en küçük yapılanmalarıdır[19]. Spor kulüplerin ister dernek, isterse anonim şirket olarak faaliyet göstersin

19 İmamoğlu, Ahmet Faik; Karaoğlu, Ercan; Erturan, Esin Esra, Türkiye'de Spor Kulüplerinin Yapısal Nitelikleri ve Temel Problemleri, Gazi Beden Eğitimi ve Spor Dergisi, cilt 12, sayı 3, Temmuz 2007, s.35-61.

özel hukuk tüzel kişisi olmaları sebebiyle, organları veya temsilcileri tarafından kanunda belirtilen suçların spor kulübünün yararına işlenmesi halinde haklarında güvenlik tedbiri uygulanacaktır.

Spor kulüpleri hakkında, TCK'da düzenlenen ve tüzel kişiler hakkında yaptırım uygulanabilecek suçlar veya 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda yer alan suçlar sebebiyle güvenlik tedbiri ve idari para cezası yaptırımı uygulanabilmektedir.

Bununla birlikte, Spor Hukukunun kendine özerk yapısı ve disiplin hukuku ile mevcut sıkı bağları sebebiyle federasyonların kendi disiplin talimatlarında da kimi zaman spor kulüplerinin cezai sorumlulukları gündeme gelmektedir.

A. **Spor Kulüplerinin Hukuki Yapısı**

Türk Hukuk Sisteminde spor kulüpleri Medeni Kanun ve Dernekler Kanunu çerçevesinde dernek statüsünde veya Türk Ticaret Kanunu uyarınca anonim şirket olarak kurulabilirler. Spor kulübü faaliyet gösterdikleri özel hukuk tüzel kişisinin statüsüne göre tabi olacakları kanunlar farklı olup, kanunda öngörülen zorunlu ve ihtiyari organları da birbirinden ayrıdır.

1. **Spor Kulüplerinin Hukuki Yapısı**

Türk hukuk sisteminde, spor kulüpleri dernek veya anonim şirket olarak faaliyet gösterebilmektedirler.

TMK 56. maddesine göre; dernek, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak ortaya koyan tüzel kişiliktir. Spor kulüpleri için de söz konusu hükümlerde yer alan unsurlar geçerli olup, spor kulüplerinin belirli ve ortak amaçları sportif faaliyetlerde bulunmaktır.

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği[20] uyarınca; spor faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurularak Genel Müdürlüğe kayıt ve tescilini yaptıran dernekler spor kulübü statüsüne hak kazanırlar (GSKY mad.4).

Spor kulüpleri profesyonel takımlarını TTK hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan şirketlere devredebilir veya profesyonel ta-

20 08.07.2005 T. ve 25869 S. RG.

kımlarını kiraya verebilirler. Türkiye'de sadece futbolun profesyonel branş sayılması sebebiyle, şirketleşme sadece profesyonel futbol takımları için geçerli olacağını ve bu nedenle TFF'ye ilişkin mevzuatların göz önüne alınması gerekmektedir[21].

TFF tarafından çıkarılan Futbol Kulüpleri Tescil Talimatı'nın 14. maddesinde, kulüplerin, futbol faaliyetlerini, bir ticari şirket haline getirebilmek için TTK'ya göre şirket kurabilecekleri veya futbol şubelerini kurulmuş olan şirketlere devredebilecekleri hükme bağlanmıştır.

2. **Spor Kulüplerinin Organları ve Temsilcileri**

TMK'da; tüzel kişilerin kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanacakları ve tüzel kişilerin iradesini organları aracılığıyla açıklayacakları düzenlenmektedir (mad. 49-50).

Dernek olarak faaliyet gösteren spor kulüpleri için kanun zorunlu organ olarak genel kurul, yönetim kurulu ve denetleme kurulunu öngörmüştür (TMK mad.72/1). Kanunda zorunlu olarak öngörülmüş bu organlarla birlikte, dernekler tüzüklerinde onur kurulu, danışma kurulu gibi seçimlik organlara da yer verebilirler[22].

Anonim şirket olarak faaliyet gösteren spor kulüpleri için ise TTK'da yönetim kurulu ve genel kurul zorunlu organ olarak düzenlenmektedir.

Temsil ise, yetkili bir temsilci tarafından bir başkası adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunanı bağlaması durumudur. Temsilci, tüzel kişilerin organları arasında farklılıklar söz konusudur[23]:

- Organın iradesi tüzel kişiliğin iradesidir, temsilcinin iradesi ise kendi iradesi olup temsil olunanı bağlamaktadır.

- Temsilci yetkisini temsil olunanın iradesinden alırken, organ yetkisini kanundan almaktadır.

- Temsilci yetkisi geri alınabilir; ancak organ sıfatını kaybetmedikçe yetkisinin geri alınmaz.

---

21 Devecioğlu, Sebahattin; Çoban, Bilal; Karakaya, Yunus Emre, Spor Kulüplerinin Yönetim Modellerinin Değerlendirilmesi, Kütahya, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2011.

22 Dural/Öğüz, s.294.

23 Dural/Öğüz, s.238.

Yukarıda yer alan mevzuatlar uyarınca; spor kulüplerinin yöneticileri, spor kulüplerinin organı ya da spor kulübünün temsilci olarak faaliyet göstermektedirler. Bununla birlikte, Sporcu ve taraftarların ise -ayrıca bir temsil yetkisi verilmediği takdirde- spor kulüplerini kural olarak temsil yetkileri yoktur.

B. **Spor Kulüplerinin Cezai Sorumluluğu**

TCK'da tüzel kişiler suç faili sayılmamakta (TCK mad. 20), ancak özel hukuk tüzel kişilerine bazı suçlar dolayısıyla güvenlik tedbiri uygulanabileceği kabul edilmektedir (TCK mad.60). Dolayısıyla, özel hukuk tüzel kişisi olan dernek şeklinde faaliyet gösteren spor kulüpleri ve profesyonel takımlarını anonim şirkete devretmek ya da kiralamak suretiyle şirket olarak da faaliyet gösteren spor kulüpleri hakkında güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu olacaktır.

1. **Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan ve Spor Kulüpleri** Açısından Önem Arz Eden **Suçlar**

TCK uyarınca tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri öngören her suç, spor kulüpleri için de geçerlidir. TCK düzenlenen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceği gösterilen ve spor kulüpleri açısından önem taşıyan bazı suçlar şunlardır:

- Tehdit, şantaj, cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK mad. 106-111),

- Haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK mad. 132),

- Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK mad. 133),

- Özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK mad. 134),

- Kişisel verilerin kaydedilmesi ve verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK mad. 135-137),

- Dolandırıcılık (TCK mad. 157-160),

- Çevrenin kasten kirletilmesi (TCK mad. 181),

- Uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçları (TCK mad. 188),

- İhaleye fesat karıştırma (TCK mad. 235)

- Rüşvet (TCK mad. 252)

Söz konusu bu suçların spor kulüplerinin organları veya temsilcileri tarafından, kulübün yararına işlenmesi halinde spor kulüpleri hakkında güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Bu noktada asıl tartışılması gereken husus ise, yönetici, sporcu veya taraftarların spor kulüpleri yararına bu suçları işlemeleri halinde güvenlik tedbirine başvurulup başvurulmayacağıdır.

Şike ve teşvik primi, 6222 sayılı Kanun ile suç olarak düzenlemiş olup, herhangi bir kanun ile şike ve teşvik primi suçu bir düzenlenmemişti. 6222 sayılı kanun öncesinde, şike ve teşvik primi fiilleri TCK mad. 157 dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusuydu[24]. Yine bu bağlamda spor müsabakalarında başarı elde etmek amacıyla, hakemlere rüşvet vermek de spor kulüpleri hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceğini gösteren suçlardan biridir.

Türk ceza sisteminde doping ihlaline ilişkin düzenlemelere kanunlarda her ne kadar yer verilmemiş olsa da TCK mad. 188 çerçevesinde uyuşturucu ve uyarıcı madde kapsamında sayılacak yasaklı maddelerin imal ve ticareti de spor kulüpleri hakkında güvenlik tedbiri uygulanabileceğini gösteren suçlardan biridir.

Yukarıda yer alan örneklerde, spor kulüpleri yöneticileri tarafından TCK mad.60'da yer alan şartlar uyarınca suçun işlenmesi durumunda spor kulübü için güvenlik tedbirinin uygulanabileceğinin kabulü gerekmektedir. Örneğin, bir spor kulübünün yönetici tarafından dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde, o suç karşılığında elde edilen kazanç hakkında müsadere hükümlerine başvurulabilir. Aynı şekilde, doping maddesi olarak kullanılacak uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satışından elde edilen kazanç için müsadere hükümleri uygulanacaktır.

Bununla birlikte, TCK mad. 60'ın lafzına bakıldığında, sporcu ve taraftarın spor kulübünün yararına işlemiş olduğu suçlar sebebiyle spor kulübüne TCK uyarınca güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu olamayacaktır. Sporcu ve taraftarlar, spor kulüplerinin temsilcileri sıfatını haiz olmamaları sebebiyle, spor kulüplerinin sorumluluğu söz konusu değildir.

Nitekim özel hukuk tüzel kişileri ile ilgili güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında, işlenen suç dikkate alındığında, çok ağır sonuçlar doğabi-

24 Baba, Yasemin; Şike ve Teşvik Primi Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 10, Temmuz 2012, s.794.

leceği ve bu durumda güvenlik tedbirlerinin uygulanmaması gerektiğini TCK mad.60/3'de düzenlenmiştir[25]. Dolayısıyla spor kulüpleri yararına işlenmiş olan suçlar ele alındığında, söz konusu bu düzenlemenin de göz önüne alınarak güvenlik tedbiri uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekmektedir.

2. **6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Hakkında Kanun Uyarınca Spor Kulüpleri Hakkında Güvenlik Tedbiri Uygulanabileceğini Gösteren Suçlar**

6222 sayılı Kanun; müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde bulundukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla kanun koyucu tarafından getirilmiştir (mad.1).

İlgili kanunun spor kulüpleri açısından en önemli maddesi, şike ve teşvik priminin düzenlendiği madde hükmüdür (mad.11). Şike, belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla karşı tarafa kazanç veya sair menfaat sağlanması üzerine karşılıklı anlaşılmasıdır. Bir spor müsabakasında, bir takımın başarılı olmasını sağlamak amacıyla primi verilmesi veya vaat edilmesi hususunda anlaşılması ise teşvik suçunu oluşturmaktadır.

Suçun spor kulüplerinin veya sair bir tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, ayrıca bunlara, şike veya teşvik primi miktarı kadar idari para cezası verileceği düzenlenmektedir (mad.11/7).

Söz konusu madde hükmü TCK mad. 60 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Nitekim kanun gerekçesinde mad. 11/7 için, suçun spor kulüplerinin veya sair bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi durumunda ayrıca TCK tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus ise, şike ve teşvik primi suçunun spor kulübü yararına herhangi bir kişi tarafından işlenmesi halinde spor kulübüne idari para cezası verilebilmektedir. Şike ve teşvik primi suçunun sporcu, yönetici veya taraftar tarafından işlenmesinin idari para cezası verilmesinde bir önemi yoktur.

Bununla birlikte, TCK mad. 60'ta yer alan güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi, söz konusu suçun spor kulübünün organları veya temsilcisi

25 Bkz. II/B.

tarafından işlenmesi gerekmektedir. Spor kulübünün yönetici tarafından, şike ve teşvik primi suçunun işlenmesi halinde spor kulübü hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi gündeme gelirken, sporcu ve taraftar tarafından aynı suçun işlenmesi halinde ise TCK mad. 60 uyarınca güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır.

C. **Spor Kulüplerinin Disiplin Hukuku Uyarınca Objektif Sorumluluğu**

Spor hukuku hem özel hem de kamu hukukuna ait unsurları taşıyan ayrı bir hukuku disiplinidir[26]. Bu sebeple, ceza kanunlarında yer alan hükümler yanı sıra, federasyonlara ait disiplin talimatları da spor kulüpleri açısından önem taşımaktadır. Spor müsabakalarında davranış şeklinin, spor etiği karşısında değerlendirilmesinde hem kriminal ceza hukuku hem de federasyon ceza hukukunda yer alan kurallar devreye girecektir[27].

Federasyon ceza hukukunda amaç; spor faaliyetlerinde disiplini sağlamak, disiplin kurullarının oluşumunu, çalışma usul ve esaslarını, disiplin ihlali oluşturan fiilleri, bunların cezalarını ve cezaların infazını belirlemektir[28]. Bu bağlamda, federal ceza hukukunda korunan hukuki menfaatin, spor faaliyetlerinin düzenli ve güvende yürütülmesi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, sporun korunması amacıyla spor kulüplerine de büyük sorumluluklar yüklenmektedir.

TFF Futbol Disiplin Talimatı ele alındığı zaman; kulüpler, futbolcularının, görevlilerinin, başkanlarının, onursal başkanlarının, yöneticilerinin, çalışanlarının, üyelerinin, özel güvenlik görevlilerinin ve taraftarlarının ihlallerinden dolayı objektif[29] olarak sorumludur (mad.6/3).

TFF Futbol Disiplin Talimatında, disiplin ihlallerinin faillerinin şahsen belirlenememesi halinde disiplin cezası faillerin mensubu olduğu kulübe verileceği söylenerek spor kulüplerinin taraftarlarının fiillerinden dolayı sorumlu tutulduğu açıkça düzenlenmiştir (mad.7).

---

26 Erkiner, Kısmet; Bir Hukuk Disiplini Olarak "Spor Hukuku" Kavramları ve Özellikleri, http://sporhukuku.org/makaleler/105-br-hukuk-dspln-olarak-spor-hukuku-kavramlari-ve-oezellkler.html.

27 Günther, Hans-Ludwig; Ethik im Sportspiel, (Çev. Erdem, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku Açısından Spor Oyunlarında Kural İhlallerinin Değerlendirilmesi ve Nitelendirilmesi, Spor Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, s. 61-62).

28 Bkz. TFF Futbol Disiplin Talimatı, mad.1.

29 Objektif sorumluluk, kusursuz suç ve ceza olmaz kuralının istisnasını oluşturan, kast ve taksir olmak üzere iki şekli bulunan kusurluluğun bulunmaması halinde dahi, failin sorumlu olmasına yol açan bir sorumluluk şeklidir.

Bununla birlikte, kulüpler, futbolcularına, yöneticilerine ya da görevlilerine uygulanan para cezasından müteselsilen sorumlu olduğu ve failin, kulüple ilişkisinin sona ermesi, kulübün müteselsil sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı da talimatta düzenlenmiştir (mad.19).

TFF Disiplin Talimatında; takım halinde sportmenliğe aykırı hareket, ayrımcılık ve ideolojik propaganda, saha olayları çirkin ve kötü tezahürat gibi disiplin ihlallerinde spor kulüplerinin taraftar, sporcu ve yöneticilerinin fiillerinden dolayı objektif sorumluluğu olduğu düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, disiplin hukukunda yer alan düzenlemeler uyarıca; spor kulüpleri sporcu, taraftar ve yöneticileri tarafından gerçekleştirilen fiiller sebebiyle, objektif sorumluluğu söz konusu olup, çeşitli yaptırımlar ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

SONUÇ

Türk ceza sisteminin temel kurallarından biri olan cezaların şahsiliği ilkesi, bir suçtan dolayı yalnızca suçun failinin cezalandırılmasını ve kimsenin işlemediği bir suçtan sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir.

Cezaların şahsiliği ilkesi çerçevesinde, tüzel kişilere ceza uygulanıp uygulanamayacağı ise 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde tartışmalı bir konuydu. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda, toplum güvenliği göz önüne alındığı zaman tüzel kişilere yaptırım uygulanması gerektiği, bu durumun cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmayacağını açıkça ifade edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise cezaların şahsiliği ilkesi gereği tüzel kişiler suç faili sayılmamakta, ancak özel hukuk tüzel kişilerine bazı suçlar dolayısıyla güvenlik tedbiri uygulanabileceği kabul edilmektedir. TCK mad. 60'da öngörülen faaliyet izninin iptali ve müsadere hükümleri yanı sıra, Kabahatler Kanunu uyarınca tüzel kişilere idari para cezası yaptırımı uygulanmaktadır.

Spor kulüpleri dernek ya da anonim şirket olarak faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişileri olarak, TCK mad. 60'da öngörülen güvenlik tedbirleri ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Spor kulübünün organı ya da temsilcisi tarafından, spor kulübü yararına kanunlarda gösterilen suçların işlenmesi halinde spor kulüplerine güvenlik tedbirinin uygulanması söz konusu olabilir. Spor kulüplerinin yöneticileri tarafından işlenen suç-

lar bu kapsamında değerlendirilirken taraftar ve sporcuları tarafından işlenen suçlar için spor kulübüne TCK mad. 60 uyarınca güvenlik tedbiri uygulanması söz konusu değildir. Ancak, 6222 sayılı kanunun mad.11'de yer alan düzenlemesinde olduğu gibi, idari para cezası uygulanması konusunda bir engel bulunmamaktadır.

Federal ceza hukukuna bakıldığında ise; spor kulüplerinin sporcu, taraftar ve yöneticileri tarafından gerçekleştirilen fiiller sebebiyle, objektif sorumluluğu söz konusu olup, çeşitli yaptırımlar ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

KAYNAKÇA

- Aslan, Yasin; Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, S.2010/2, s.233-246.
- Baba, Yasemin; Şike ve Teşvik Primi Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 10, Temmuz 2012, s.775-805.
- Centel, Nur; Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu-Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Der., Ankara, S.65, 2016, s.3313-3326.
- Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Devecioğlu, Sebahattin; Çoban, Bilal; Karakaya, Yunus Emre, Spor Kulüplerinin Yönetim Modellerinin Değerlendirilmesi, Kütahya, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2011.
- Dural, Mustafa; Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II- Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.
- Erkiner, Kısmet; Bir Hukuk Disiplini Olarak "Spor Hukuku" Kavramları ve Özellikleri, http://sporhukuku.org/makaleler/105-br-hukuk-dspln-olarak-spor-hukuku-kavramlari-ve-oezellkler.html.
- Günther, Hans-Ludwig; Ethik im Sportspiel, Çev. Erdem, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku Açısından Spor Oyunlarında Kural İhlallerinin Değerlendirilmesi ve Nitelendirilmesi, Spor Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, s. 61-70.
- İmamoğlu, Ahmet Faik; Karaoğlu, Ercan; Erturan, Esin Esra, Türkiye'de Spor Kulüplerinin Yapısal Nitelikleri ve Temel Problemleri, Gazi Beden Eğitimi ve Spor Dergisi, Cilt 12, Sayı 3, 2007.

- Kangal, Zeynel; Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Özen, Muharrem; "Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Der., Ankara, S.38, 2003, s.63-88.
- **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI**
- Anayasa Mahkemesi kararı 27.03.2014 T. ve E.2013/97, K.2014/60 S.
- Anayasa Mahkemesi kararı 16.06.1964 T. ve E.1963/101, K.1964/49 S.
- Anayasa Mahkemesi kararı 14.02.1989 T. ve E.1988/15, K.1989/9 S.

TCK m.314, m.315 ve m.316'da YER ALAN SUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Stj. Av. Behiye Gamze SARAR

GİRİŞ

TCK m.314'de düzenlenmiş olan silahlı örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçlarını enine boyuna incelerken özellikle ülkemizde son dönemlerde faaliyetlerini yoğunlaştırmış olan, aşina olduğumuz terör örgütlerinin ve bunların yanı sıra diğer örgüt tiplerinin faaliyetlerini hukuksal bakış açısıyla projemde incelemeye çalıştım. Bu örgütler, oluşturdukları bu karışık, kaosvari ortam ile öncelikli olarak devlete, sonra topluma ve onun üzerinden de biz bireylere zarar vermiş olmaktadırlar.

Suç örgütü; "suç için anlaşma" ve "iştirak", gevşek birlikteliğin ve ortak hareket tavrının göstergesi olan "çete" kavramlarını aşan, örgüte girişin (örgüt mensubu olmanın, onun bir parçası haline gelmenin) merasime bağlı tutulduğu, çıkışın pek mümkün olmadığı, kural, disiplin ve hiyerarşik düzene sahip, amaç suçları işlemeye dayalı bir teşekkül, suç organizasyonu veya yapılanması olarak tanımlanabilir. Konumuz itibariyle öncelikle üzerinde duracağımız silahlı örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçları, TCK m.220/3 tarafından suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun nitelikli hali ve TCK m.314'de de ayrı bir özel suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu özel suç tipi aynı zamanda Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. maddesi ile "terör suçu" sayılmış ve cezaları bakımından terör suçlarının özelliği gereği yarı oranında artırıma tabi tutulmuştur.

Burada, silah kavramından ne anlamamız gereken de cezanın nitelendirilmesi bakımından özel bir önem arz etmektedir. TCK m.6/1-f tarafından silahın ne olduğu, sayma yöntemi ile tanımlanmıştır. Bu maddeye göre silahtan; ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı veya savunma amacıyla üretilmiş olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal ve biyolojik maddeler anlaşılmalıdır. Bu silahları, kuruluş amacı veya faaliyetleri kapsamında işleyeceği suçlar için kullanmayı hedefleyen veya kullanan örgüt, "silahlı örgüt" olarak anlaşılmalı ve bu şekilde değerlen-

dirmeye tabi tutulmalıdır. TCK m.314'de ise; "silahlı örgüt" başlığı altında özel bir terör suçu tipi düzenlenmiş olup, cezası TCK m.220'ye göre daha yüksek bir hadden belirlenmiştir .Terörle Mücadele Kanunu m.3'de de ayrıca sayılan "Devletin güvenliğine, Anayasa ile kurulu düzenine ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar" olarak bilinen bu suçların işlenebilmesi için, TCK m.314'e göre kurulmuş bir silahlı örgütün varlığı şarttır.

Çalışmamda suç konusu incelenirken karşımıza çıkacak olan çeşitli örgüt türleri ve bunlarla mücadelede devletin izlediği politikalara değinilmiştir. Silah, suç örgütü, suç örgütü türleri gibi genel kavramlar incelendikten sonra ise TCK m.220, TCK m.314 ve TMK m.3 arasındaki bağlantının ele alınmasının ardından TCK m.314'de düzenlenmiş bulunan suç örgütü kurma, yönetme ve üye olma suçunun unsurları teker teker Yargıtay kararları da göz önünde tutularak incelenecektir. TCK m.315 ve m.316'nın TCK m.314 ile arasındaki kuvvetli bağ hasebiyle önce m.314'ü açıklayarak aralarında bir karşılaştırmadan ziyade ortak noktalarını ortaya çıkartmaya çalıştım. TCK m.220 ve TMK m.3 her ne kadar konumuzla ilgili olsa da çalışmamızı adı geçen maddeleri ayrıca ele almaktan ziyade TCK m.314'ün sınırları içerisinde kısa atıflar yaparak incelemeyi tercih ettim. Ayrıca çalışma boyunca Ceza Muhakemesi Kanunu açısından da adı geçen suçların konuları her başlığın son kısımlarında kısa kısa incelemeye tabi tutulmuştur.

Birinci Bölüm

TCK m.314 ile DİĞER MADDELER ARASINDAKİ BAĞLANTI

1. GENEL OLARAK SUÇ ÖRGÜTLERİ TANIM ve TÜRLERİ

Sözüer, örgütlü suçluluğu genel olarak ana hatlarıyla; örgütlü suçluluk, münferiden(ayrı ayrı, tek başına) veya topluca, yüksek bir önemi haiz suçların belli bir plana göre, birçok kişi tarafından, uzun veya belirsiz bir süre ile, işbölümü esaslarına göre, mesleki ve ticari benzeri yapıların kullanılması veya siyaset, basın, kamu idaresi, adliye ve ekonomi üzerinde etkide bulunarak, kazanç veya güç elde etmesidir, şeklinde açıklamak suretiyle özelliklerini belirlemiştir.[1] Sözüer'in bu tanımına istinaden örgütlü suçların monomeri, yapıtaşı çetecilikten meydana geliyor diyebiliriz. Çetecilik faaliyeti belirli bir bölge, semt, mevki edinmiş, suç işleme kapasitesi çok geniş olmayan, her zaman ekonomik amaç gütmeyen çoğu kez gözdağı verme yahut korkutma amacı güden suç topluluğudur ve çoğu kez mafya(mafia) yerine –yanlış olmakla birlikte- kullanılıyor olduğu görülür.

1 Adem SÖZÜER, "Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçla Mücadele ile İlgili Gelişmeler", Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1995, C: 9, S: 1-3, s.8.

Çete unsuru genel bir ağırlaştırıcı sebep değildir, daha ziyade öngörüldüğü suç tipleri bağlamında önem kazanmaktadır yani, kanun koyucu her suçun çete olarak işlenmesini değil, belirli suçların çete olarak işlenmesini ağırlaştırıcı sebep olarak öngörmüştür. Çete unsurundan anlaşılması gereken şudur : Gelecekte birden fazla birbirinden ayrı ve somut olarak henüz belli olmayan suçlar işlemek isteğiyle bir araya gelen ve en azından üç kişiden oluşan bir birliktelik olarak anlaşılmalıdır.[2]

Örgütlü suçluluk, zaman içinde olasıgelen 3 gruba tasnif olmuştur ve bunlar:

1) Ekonomik olarak haksız çıkar amaçlı suç örgütleri,

2)Mafya tipi suç örgütleri,

3)Siyasî amaçlı örgütler, yani bildiğimiz çoğu zaman silahlı olan terör örgütleri.

Organize suç örgütlerinden farklı olarak silahlı terör örgütleri veya yalnızca silahlı örgütler , yasal veya yasadışı faaliyetlerde bulunurlarken ekonomik çıkar gözetmenin yanı sıra, faaliyetlerini siyasi ülkülerine peyda ederler. Örneğin, PKK yasadışı silahlı örgütünün siyasi bölücü faaliyetlere hizmet edişi gibi.

Ekonomik olarak haksız çıkar amaçlı suç örgütleri , çoğu kez çetecilik yapılanmasıyla meydana gelip, mafyacılık faaliyetleriyle de kapsanır niteliktedir fakat durum böyle değildir. Bu tür örgütler çetelerden daha geniş yapılanmada olup, mafya yapılanmasının kendine has kurallarını kendi içinde kapsamaz, mafyaların kendilerine has bir yapısı, siyasi-sosyolojik, ekonomik ve coğrafi özellikleri vardır. Yine çetecilik faaliyetliyle paralellik gösterir olarak haksız çıkar amaçlı suç örgütleri de, en az 3 kişinin bir araya gelmesiyle, devamlı bir iş birlikteliğiyle yasal olmayan yollardan elde edilen kazanç faaliyetlerinin tümüdür.

Mafya tipi suç örgütlerinde ise durum haksız çıkar sağlamanın yanı sıra ve suç işlemek için örgüt kurmaya ek olarak bezdirilmeye çalışılan kişi veya kişilere yönelik olarak cebir tehit ve şiddet içermesidir bu özellikleriyle de terör örgütünü andırır.

Siyasi amaçlı terör örgütleri, terör örgütlerinin en tipik yansımasıdır. Terör örgütünü anlamamıza ilişkin tanım şu şekildedir : Sadece en az üç

2 Ersan ŞEN, " Yorumluyorum 2 – Ceza Hukuku Perspektifinden Güncel Olaylara Bakış" 2014, S:212.

kişinin cürmi fiiller dizisini birlikte işlemiş olmalarından yanı sıra, önceden anlaşılıp, işbölümü ve hiyerarşik yapı içerisinde süreklilik gösterecek şekilde planlı bir ortaklık ve paylaşım anlayışıyla belirlenmiş sayıdaki suçları işlemek amacı etrafında birleşme, önceden tasarlama ve organize olma fikir birliğine vararak suç işlemek için bir araya gelme hususları[3] aynı anda gerçekleşmiş olmakla beraber siyasi, dini veya ekonomik emelleri olan , sivil-resmi ayrımı gözetmeksizin yönetimlere yönelik her türlü yolun kullanımı yapan örgüttür. Terör örgütleri, artık sadece devletleri ilgilendiren lokal bir sorun olmaktan çıkmış, bütün uluslararası kamuoyunu ilgilendiren uluslararası bir tehlikeye dönüşmüşledir. Diğer suç örgütlerinden ve birbirlerinden çok farklı şekilde yapılanan bu örgütlere karşı koymak ve engellemek için bu örgütleri doğru tahlil edilmelidir. Bunun yanında, her terör örgütünün amaçlarına ve şiddet kullanma yöntemlerine dikkate alınarak güvenlik ve savunma argümanları geliştirilmelidir.[4]

2. SUÇ ÖRGÜTÜ ve DİĞER BİRLİKTELİKLERİN FARKLARI

Türk Ceza Kanunu m.37'deki faillik ve Türk Ceza Kanunu m.41'deki iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme ile, Türk Ceza Kanunu m.316'daki suç için anlaşma suçu ve CMK m.2/1-k'da düzenlenen toplu suç tanımı ile suç örgütü birbirlerinden ayrı düzenlemelerdir. Sayılı maddelerden suça iştirak bir kişi tarafından işlenebilecek olan suçun birden fazla kişinin anlaşmasıyla işlemeleri olarak tanımlanabilir. Suça iştirakte herhangi bir zorundalık olmamasına rağmen ve tek faille işlenmesi mümkün olmasına rağmen birden fazla failin anlaşıp kasten işlenebilen bir suçun etrafında birleşmeleri ve de bu suçta sorumluluk alanları farklı olarak, sıfatlarına göre faillerin cezai sorumlulukları doğar.

Suça iştirak müessesesinde her failin suç işleme kastı vardır ve az ya da çok katkı sağlamalarıyla yapılan hareketlerle suçun işlenmesi durumu sözkonusudur. Çok failli suçlarda ise suça iştirakten farklı olarak, kanuni tanıma bakacak olursak zaten tek bir fail tarafından işlenebilmesi mümkün değildir. TCK m.220'de düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun bir fail tarafından işlenebilmesi mümkün değildir ve yapısı gereği örgüt kurma suçu çok failli suçlardandır.(Üye sayısı en az 3 olmalıdır.)

---

3 Cihan KAVLAK, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.367.

4 Özgür ÜTÜK, Organize Suçlarla Mücadele Çerçevesinde Avrupa Birliğinde Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Çalışmalar, T.C. Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Avrupa Birliği Uzmanlığı Yeterlilik Tezi, Ankara 2010, s.10.

Türk Ceza Kanunu m.316'da düzenlenen suç için anlaşma , maddede sayılı suçların, içlerinden birinin suça elverişli vasıtalarla işlenmesi emeliyle iki veya daha çok kişinin anlaşması olarak ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda yer almayıp Ceza Muhakemesi Kanunu tanımlar maddesi olarak addedilen m.2/1-k'da ise toplu suç olarak düzenlenen ve kişilerin aralarında iştirak iradesi bulunmasa dahi 3 veya daha fazla kişi tarafından işlenebilen kavram, Türk Ceza Kanunu'ndaki maddi ceza hukuku düzenlemeleri tarafından da geçerlidir. Birden çok faille işlenen suçlar 4 ayrı biçimde düzenlenmiştir ve bunlar önce değindiğim ve sonrasında da değinecek olduğum , suç işlemek amacıyla örgüt kurma, suça iştirak, suç için anlaşma ve toplu suçtur.

3. TCK m.314 ile TCK m.220 ARASINDAKİ BAĞLANTI

Kanunların suç saydığı bir fiili işlemek amacıyla örgütlenmek (örgütlenmek aynı zamanda kolektif haklardandır ve kanuna aykırı olmadığı hallerde mevcuttur) diğer ülkelerde de daha açık ifadeyle evrensel olarak suç sayılmaktadır. Türk Ceza Kanunu bu suçu, 314 üncü madde kapsamından oldukça farklı olarak *"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma"* adı ve başlığıyla özel bir suç olarak düzenlemiştir. (TCK m. 220). Kanun ayrıca, devlete karşı suçlar arasında bu suçun özel bir biçimine yer vermiştir (TCK m. 314).[5] Suç işlemek amacıyla örgüt kurmadaki suç tek ya da belirli bir suç tipi için geçerli olmayıp, herhangi tipte konusu suç teşkil eden bir eylem için de geçerli kabul edilebilir.

TCK m.220/3'te örgütün silahlı olması durumu cezayı artıran bir neden olarak sayılmış iken , TCK'nın 314. maddesi hükmünde ayrıca bu suçun özel bir şeklini -silahlı örgütü- TCKm315.'de de örgüte silah sağlama suçunu düzenlemiştir. Silah tanımı ise tanımlar maddesi olan TCK m. 6/f'de yapılmıştır. TMK (Terörle Mücadele Kanunu) m.7 : "Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır." Bu atfa istinaden, TCK m.314'e ve m.314'ün de göndermesiyle tekrar TCK. m.220'nin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun terör örgütleri bakımından da tamamlayıcı madde olduğunu görüyoruz. Kanunun lafzıyla terör örgütlerinin esas olarak örgütlü suçların bir çeşidi olduğunu ve TMK'da olduğu

5 Zeki HAFIZOĞULLARI, Günal KURŞUN, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, TBB Dergisi, Sayı 71, 2007, s.28.

gibi özel hükümler içermeyen örgütlü suçlarla karşılaşılması halinde TCK m. 220 hükümlerine gidilebileceğini görüyoruz.

4. TCK m.314, m.315 ve m.316 ARASINDAKİ BAĞLANTI ve KARŞILAŞTIRILMALARI

Silahlı örgüt, TCK m.220/3'te suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun nitelikli hali ve TCK m.314'de de ayrı bir özel suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu suç, genel suç işleme kastı ile işlenmeye elverişli olmayıp, örgütün silahlı olup olmaması, bulundurulan veya kullanılan silahların cinsine, özelliğine ve miktarına, yol açtığı somut tehlikeye, tehlikenin ağırlığına, örgütün faaliyetleri kapsamında kullanılmasına, elde edilen silahlarla suç örgütünün amaçladığı, teşebbüs ettiği veya işlediği suçlar arasında illiyet bağı kurulup kurulamadığına göre belirlenir.[6] Soruşturma kapsamında yapılan arama ve el koymalarda örgüt mensuplarından hiç silah elde edilememiş olabilir, ancak örgüt faaliyet kapsamında tüm suçları silahlı işlediğinde, silahlı örgütün varlığı kabul edilmelidir**.** Terörle Mücadele Kanunu m.3'de sayılan "Devletin güvenliğine, Anayasa ile kurulu düzenine ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar" olarak bilinen suçların işlenebilmesi için, TCK m.314'e göre kurulmuş bir silahlı örgütün varlığı şarttır**.**TCK m.314; Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. maddesi kapsamında terör suçu sayıldığından, Terörle Mücadele Kanunu m.5 uyarınca bu cezalar yarı oranında artırılacaktır ve de anlaşılacağı üzre faaliyet gerçekleşmese dahi yalnızca örgütü kurmak, yönetmek ve üye olmakla bile verilecek ceza oldukça ağırdır.

Bu bakımdan ile silahlı örgüt, TCK m.316'da tanımlanan suç için anlaşma suçundan ayrılır**.** Suç için anlaşmada henüz kurulmuş bir silahlı örgüt yoktur, bu suçun hazırlık hareketleri ve bu kapsamda en az iki kişinin görüşüp anlaşması vardır. Ancak suç için anlaşma suçunun oluşabilmesi için; sadece en az iki kişinin Devletin güvenliğine, Anayasa ile kurulu düzenine ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan birisini işlemek için anlaşması yeterli olmayıp, ortada suçun işlenebilmesi için gerekli elverişli vasıtalar olmalı ve bu anlaşma, dolayısıyla anlaşmaya konu suçun işlenebilirliği maddi olgularla belirlenmeli, yani somut deliller suç için anlaşmanın varlığını açık ve net bir biçimde yansıtmalıdır.

Silah sağlama suçunu tanımlayan TCK m.315'de**;** TCK m.314'e göre kurulan silahlı örgütün faaliyetlerinde kullanılacağını bilerek, bu örgüte üreterek, satın alarak veya yurda sokarak silah temin eden, nakleden, depolayan kişinin 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılaca-

6 Ersan ŞEN, Yorumluyorum 5, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014. s:131.

ğı belirtilmiştir. Silahlı örgütün amaç ve faaliyetlerini için bilerek örgüte silah sağlayan kişinin eylemi TCK m.315'de; suç örgütü üyeliği veya üyesi olmadığı örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme derecesinde sayılmayıp daha ağır ceza sorumluluğu öngörülmekle birlikte, örgütün amaç suçuna iştirak olarak da değerlendirilmemiş, yani silah sağlayan failin suça "yardım eden" sıfatıyla en azından 15 yıldan 20 yıla kadar cezalandırılması yoluna gidilmemiştir. Silah sağlayan failin eyleminin ağırlığı ve niteliği ile suç işleme kastı; örgütün amacını bilmeyi aşıp da örgütün amacına inanma, amacı isteme, ticari gaye ile değil de örgütün amacı doğrultusunda bir bağlılıkla veya inanmışlıkla hareket etme derecesinde ise, bu durumda amaç suça katılmadan (iştirakten) bahsedilecek ve örgüte üye olup olmadığına bakılmaksızın, fail hakkında üyesi olmadığı silahlı örgüt adına suç işlemek veya bu suça yardım etmekle suçlamada bulunulabilecektir.

İkinci Bölüm

TCK m.314'ün YAPISAL UNSURLARI

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda olduğu gibi silahlı örgüt kurma suçu da somut tehlike suçudur. Henüz suç işlenmemiş dahi olsa, kanunda belirtildiği üzre en azından alt sınırdan oluşan kişilerin bir araya gelip, suç işleme emeline sahip olmaları tehlike oluşturur. Türk Ceza Kanunu'na göre hazırlık hareketleri suç teşkil etmez kuralının bir istinası olarak, silahlı örgüt kurma suçunun eylemleri suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun hazırlık hareketi sayılıyorsa da , asgari sayıda kişinin örgüt kurma amacıyla bir araya gelmesi ve TCK uyarınca bir sonraki aşaması dolayısıyla suç teşkil eder. Silahlı örgüt suçunun seçimlik hareketli bir suç olduğunu söylemek gerekir. TCK m.314/1 belirli suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişiyi cezalandırmaktadır. Örgütü kurmak ve yönetmek aynı suçun seçimlik hareketleri olarak öngörüldüğü için bunlardan birisinin gerçekleşmesi suçun oluşması bakımından yeterlidir.[7]

1.KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Silahlı örgüt kurmak işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından amaca hizmet eder nitelikte araç bir suçtur ve işlenmesi amaçlanan suç bakımından bize terör örgütünü andırır nitelikte bir suç tipidir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, silahlı örgüt ve suç için anlaşma ve bu suçlarda amaçlananın işlenebilmesi için araç mahiyetinde, hazırlık hareketleri, si-

7 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Rifat Murat Önok, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk.

lah sağlama, ortak bir suç işleme iradesi ile birlik olma gibi kanunumuzca suç sayılı fiiller toplum düzenini, bireyin olağan hayat şartları içinde yaşamasını, devleti ve devletin bütünlüğünü zedeleyici olduğu gibi hizmet ettikleri amaç da haliyle menfi nitelikte bir olgudur ve korunan hukuki değer kamu güvenliğidir. Saydığım kanunumuzca yapılı düzenlemeler şüphesiz ki aynı zamanda kişilerin anayasal haklarını, insan olmadan kaynaklı temel hak ve özgürlükleri de korumaya yönelik düzenlemelerdir.

2.SUÇUN MADDİ UNSURLARI

Anlaşılması gereken maddi unsurdan kasıt fiildir ve TCK m. 314'teki fiil bu silahlı örgütü kurmak veya kurulu bu silahlı örgütü yönetmektir**.** Silahlı örgüt ve örgüt üyeleri ise başından beri silahlandırılmış olmalıdır. Suçun oluşması yani bir bakıma tamamlanmış sayılması için, suçtan evvel silahlı örgüt kurulu, meydana gelmiş bir biçimde olmalıdır. Örgütün varlığından bahsedebilmemiz için de, ortak suç işleme iradesiyle en az üç kişinin bir araya gelmiş olması gerekmektedir. Bu sayının hesabına kimlerin katılacağının belirlenmesi önemlidir. Bu suç örgütüne katılma iradesi olan, örgütlenmeye katılma saiki ile hareket eden, örgütün kabul ettiği, örgüt disiplin ve hiyerarşisine tabi olarak makul bir süreyle örgütte bulunan kişiler, örgüt üyesi olarak kabul edilmektedirler.[8]

Ayrıca Yüksek Mahkeme kararlarına istinaden bu örgüt üyesi kabul edilen kişiler arasında çok sıkı olmasa daha bir hiyerarşik yapının varlığı da aranmaktadır. Suçun devamlılığının nasıl belirleneceği hususunda ise faillerin ortak iradeleriyle bir araya gelmelerinin yanı sıra kesintisizlik oluşturacak biçimde minimum bir sürenin varlığı aranmaktadır. Bu geçen sürede de failler, örgüt içi hiyerarşik yapılanmalarına göre belirli bir iş bölümüne gidip aynı zamanda da, toplumun düzenini bozacak faaliyetler sergiliyor olmalıdırlar. Kesintisizlik oluşturacak minimum süre ise somut olayın şartlarına göre değerlendirilmeye tabi tutulacaktır.

3.FAİL ve MAĞDUR

Türk Ceza Kanunu madde 314/1'in deyişiyle '....kuran veya yöneten kişi....' ifadelerinden herhangi birini işleyen kişi fail olarak nitelendirilir. Aynı kanun maddesinin 2. fıkrasında geçen '... üye olanlar... ' ibaresinden ise örgüte üye olan bir kimsenin de suçun faili olabileceği anlaşılmaktadır. Türk Ceza Kanunu madde 314/3'ün bu suça ilişkin düzenleme getirmedi-

8 YENİSEY, F., TOPÇU, N. K., TOZMAN, Ö., ŞAHİN, K., Türk Ceza Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü, Avrupa Birliği – Avrupa Konseyi Ortak Projesi. Ankara, 2014. S:49.

ği durumlarda ise '*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma*'ya ilişkin hükümlerin aynen uygulanacağı düzenlenmiştir ve suçun fail unsurunun tespiti bakımından düzenlenen bu hüküm bizleri Türk Ceza Kanunu madde 220'ye yönlendirmektedir. Buradan yola çıkarak '*suç işlemek amacıyla örgüt kurma'* suçunda da olduğu gibi, silahlı örgüt suçunun oluşabilmesi için de en az üç kişinin olması gerekir aksi takdirde yani üç kişiden az kişiyle bu suçun işlenebilmesi mümkün olmamaktadır.

Suçun faili olabilmenin özel bir şartı yoktur, herkes fail olabilir ancak örgüt içindeki konum, yapılanmalarına göre cezalar değişiklik gösterebilmektedir. Doktrinde isnat kabiliyeti olmayanların suçun faili olup olamayacağı ve de kişi hesabına katılıp katılamayacakları tartışmalıdır fakat benim dayanak noktama göre – isnat kabiliyetini bu durumda kusurluluğun ön şartı olarak görmemekle birlikte – en az üç kişiden kurulu bir silahlı örgütte, örgüt üyelerinden birinin isnat kabiliyeti olmaması durumunda da örgüt kurulmuş sayılır yalnızca bu kişi adına ceza yerine güvenlik tedbiri uygulanacaktır, failin isnat kabiliyetini etkileyen veya azaltan nedenlerin varlığı suçun oluşmasını etkilemez ancak uygulanacak yaptırımın türünü etkiler. Misalen ülkemizde bulunan PKK [9]adlı silahlı terör örgütü , ülkemizin diğer vilayetlerine görece fazlalıkla Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde isnat kabiliyeti bulunmayan, küçük yaşta çocukları bölücü faaliyetlerine özgüleyip, silahlandırıp vatanımıza ve milletimize yönelik tehdit oluşturmaktadırlar. Suçun faili gerek Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerekse yabancı ülke vatandaşı olabilir.

Suçun mağduru olarak hedef gösterilen bir birey olmadığı takdirde mağdur herkes olabilir ve herkesten çok bu suç tipi doğrudan toplumu – mağdurun belirlenebilir olmaması anlamı taşır - ve devleti etkilemektedir.

4.SUÇUN MANEVİ UNSURU

Silahlı örgüt suçunun oluşması için genel kast yetmez bunun yerine özel kast olmalıdır. Örgütün, belirli bir amacı olduğundan, failin de bu amaca hizmete yönelik olarak özel kastı olmalıdır. Bunun yanı sıra , örgüte katılanlar da silahlı örgütün amacını bilmelidir yani neye araç suçların neyi, hangi amacı meydana getireceğini bilmeleri, özellikle belirli bir ideolojiye hizmet ettiklerinin bilincinde olmalıdırlar tabir-i caiz ise ' haydi örgüt kuruyoruz haydi kurduk kafamıza göre suç işliyoruz' biçiminde sergilenen hukuka aykırı davranışlar özel kastı kapsamaz. Kısaca örneklendirdiğim bu durumda suçun oluşması için genel kast yeterli değildir ve burada suçun manevi unsurunu oluşturan özel kastın varlığı somut olayda aranır.

9 ÜNEY, İ., Organize Suç ve Terörizm İlişkisi: PKK Örneği. Politika Dergisi.

Örgütü yönetmek ve kurmadaki özel kast, örgütün amaçları için *silahlı örgüt kurmak* ve bu örgütü yönetme iradesini göstermektir. Silahlı örgüt üyeliği, örgütün amacı için uzun süreli etkinlikler gerektirdiğinden somut olaya göre kişinin ilgilinin örgüt üyesi sayılmasını gerektirecek boyuta ulaşıp ulaşmadığının ispat edilmelidir.[10]

Silahlı örgüt suçu taksirle işlenemeyen bir suç tipidir yani fail bir araya geliş amacını biliyor ve icraatlarını bilinçli bir şekilde gerçekleştirmeyi istiyor olmalıdır. İşlenmesi planlanan veya işlenmiş suçların en azından, failinden başka iki kişinin varlığıyla birlikte gerçekleştiriliyor olması şarttır. Silahlı örgütün belli, belirlenmiş, planlanmış amaçlarını silahlı olarak gerçekleştirme amacını yani buradaki bu özel kastı bilerek ve isteyerek örgüte girme iradesi silahlı örgütün manevi unsurunu teşkil eder. Bu durumda herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde failin bu özel kastı, somut olayın dosyasındaki delillerle ispat olunmalıdır. Üye olduğu örgütün legal olduğunu düşünen yani illegal olduğunu bilmeyen kişi için kast var olmamıştır burada esaslı hata vardır ve kastın varlığını ortadan kaldırır. Ayrıca sempatizanlık belirten fiiller, - örneğin ; silahlı örgütü araştırmak, ideolojide yakınlık hissetmek gibi – örgüt üyeliği teşkil etmez. Ayriyeten failler suç işlemek iradesiyle bir araya geldiklerinden olursa olsun kastı olarak bildiğimiz olası kast bu suçun işlenmesi için mümkün gözükmemektedir çünkü bu suç tipinde bile isteye ortak hareket etme arzusu vardır.

5. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

5.1.Teşebbüs

TCK'nın 314'üncü maddesindeki silahlı örgüt kurmak, yönetmek ve üyelik suçları daha önce de bahsedildiği üzre tehlike suçu olmaları hasebiyle bu suçta teşebbüs mümkün değildir. Örgüt kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından sadece bir araç niteliğindedir yani amacı araca böldüğümüzde elimizde kalan araç suçların hepsi ayrı ayrı birer özel düzenlemeye tabi suç tipidir ve yaptırıma bağlanmıştır. Devlete karşı ağır ve yakın zarar tehlikesi olması sebebiyle ve de hazırlık hareketleri olması nedeniyle yine aynı zamanda araç suç olarak sayılırlar. Suç örgütleri ise nitelikleri itibariyle – daha önce bahsettiğim ideolojilerini destekleyici hemzemin çokluğu - amaçlanan suçları gerçekleştirmede büyük bir kolaylık sağlamaktadır. Kanun koyucu yalnızca bu suçlara yönelik hazırlık hare-

10 YENİSEY, F., TOPÇU, N. K., TOZMAN, Ö., ŞAHİN, K., Türk Ceza Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi, Örgütlü Suçlar ve Terör Suçları Eğitim Modülü, Avrupa Birliği – Avrupa Konseyi Ortak Projesi. Ankara, 2014. S: 154.

ketlerinin bile toplum düzeni için tehlike oluşturduğunu öngörerek bunu tek başına suç olarak düzenlemiş ve yaptırıma tabi tutmuştur. Amaçlanan suçların gerçekleştirilememiş olması suçun tamamlanmış olmasına engel değildir, hazırlık hareketleri de teşebbüsü aşar nitelikte topluma, bireye ve devlete zarar verici niteliktedir. Ayrıca suç mütemadi bir suç olması sebebiyle teşebbüse elverişli olmadığını söylemek yanlıştır zira mütemadi suçlara teşebbüs suçun tamamlanma anına kadar mümkündür .[11]

5.2. İştirak

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu gibi silahlı örgüt kurma suçu da çok failli bir suç tipidir. Suça iştirak çok failli suçlarda yalnızca suça katılımı zorunlu olanlar dışındaki kimseler bakımından var olabilir ve örgüt kuran, yöneten ve üye olanlar suçun zorunlu failleridir – olmazsa olmazlardır - ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna iştirak edemezler sadece zorunlu fail dışı kimseler bu suça iştirak edebilirler. Yardım etmek suretiyle suç işleyen kimseler hakkında iştirak kurallarının uygulanması bu suç tipinde mümkün değildir, onlar yalnızca katkı sağladıkları daimi olmadıkları ölçüde şerik olarak nitelendirileceklerdir. Dolayısıyla bu suç bakımından iştirak hükümlerinin uygulanabileceği tek yer silahlı örgüt kurma suçuna dair azmettirme halidir.

5.3. İçtima

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu gibi silahlı örgüt kurma suçu da, örgüt faaliyetleri dolayısıyla işlenen suçlardan ayrık olarak cezalandırılmaktadır her bir suç için ayrı ayrı cezalara hükmolunmuştur ve fail veya faillerin ceza sorumluluğu oldukça geniş tutulmuştur. Kurulu suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde ayrıca – onu destekleyici veya ondan bağımsız suçlar olup olmaması fark etmeksizin - suç işlenmesi durumunda, bunlarda ayrıca cezalandırılacaktır.

Doğrudan failin olarak örgüt kapsamında suçu doğrudan işleyen faili tam olarak sorumluluğunun olması yanında, yalnızca örgütü yönetmek suretiyle failin işlenmiş olan fiile aslında egemen olduğundan söz edebilmesi ve dolayısıyla da sorumlu tutulabilmesi açısından, örgütün yapısı ve bu kişinin örgüt hiyerarşisindeki yeri belirleyici olacaktır. Örgüt yöneticilerinin bu madde bağlamında işlenen suçların failleri olarak sorumlu tutulabilmeleri için suçun işlenmesini ne kadar sağlama aldıklarının, nasıl bir görev bilinci, suç dağılımı yarattıkları ve de kendi

11 Özgür ÇAKIR, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s.92.

görevlerinin her somut olay bakımından değerlendirilmesi daha yerinde olur. Çünkü örgütün içerisindeki organizasyonunun sıkı olmasıyla örgüt yöneticilerinin, örgüt kapsamında işlenen suça egemenliği – yöneticiliği, yetki bahşetmesi - ve dolayısıyla sorumlu olması gereken kısmı doğru orantılıdır haliyle bu da ölçülülük ilkesine tabidir.

Failin fiilen katılıp katılmamasına bağlı olmaksızın, örgütün faaliyeti cümlesini dayanak noktası alarak oluşan ve işlenen tüm suçlardan, fail bakımından özellik göstermeksizin, failler hepsi birlikte sorumludurlar, çünkü örgütün faaliyeti, örgütün bütünüyle her hiyerarşik derecesinde bulunan tüm örgüt katılanlarının, yapılmasını aralarında önceden kararlaştırdıkları, suç işleme iradeleriyle bir araya geldikleri faaliyetlerdir. Çünkü artık örgüt, kişiler açısından ortak olarak amaçları doğrultusunda araç suçlarla da bir bütün teşkil ederek örgüt adına faaliyetlerini sürdürmektedir.

TCK m. 220/8 kapsamında örgüt propagandası yapılmakta iken, aynı zamanda başka bir suç oluşur ya da oluşturulursa, TCK m. 44'te düzenlenen farklı neviden fikri içtima kuralları gereğince en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma yapılacaktır[12] ve ayriyeten bu suç tipi içinzincirleme suç ilişkisi mümkündür.

6.HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bu suç tipinde gerçekleşecek tek hukuka uygunluk nedeni olarak gizli soruşturmacı – nam-ı değer gizli görevli – atanmış olmasıdır**.** Ceza Muhakemesi Kanunu yetki ve kurallarına istinaden, silahlı örgüt içine sızan gizli görevli kanuni yetkisini kullandığı için örgüt üyeliğinden doğan bir ceza sorumluluğu olmayacaktır. Suç örgütü kurma ve yönetme suçları bakımından zorundalık hali mümkün gözükmemektedir çünkü bunun için bir istek bir plan bir irade gereklidir zorla bir örgütü kurulamaz, silahlı örgütte yönetici rol üstlenilemez fakat cebir, şiddet veya tehdit yollarından biriyle ya da hepsinin gerçekleşmesi suretiyle örgüt üyesi olmak zorunda bırakılabilir bu bakımdan örgüt üyeliği ile suçlanan fail zorunluluk halinden yararlanabilecektir ve fail olarak düşünelen kişi/kişilere ceza verilmeyecektir. Bu durum hukuka uygunluk nedeni olmaktan ziyade kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak düşünülebilir ve nitekim fiili hatanın varlığı kastı ortadan kaldırır.

12 Özgür ÇAKIR, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s.99.

7.ETKİN PİŞMANLIK

Türk Ceza Kanunu madde 314/3'ün bu suça ilişkin düzenleme getirmediği konularda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin hükümlerin aynen uygulanacağına dair hükmüyle bizi bu suçun fail unsuru bakımından m.220'ye götürmektedir.

Etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmeden farklı bir düzenleme olarak suç işlendikten sonrayı kapsar. Nitekim silahlı örgütü, amaçlarını, suçun işleniş politikasını, üyeler, örgütü kuranlar ve yöneticiler arası ilişkiyi en iyi bilen yine o silahlı örgütün mensuplarıdır ve kanunun caydırıcı etkiye sahip maddelerinin yanı sıra bir mükafat, hafifletici sebep mahiyetinde olan Türk Ceza Kanunu madde 221 düzenlenmiştir. Örgüt mensupluğu yapan kimseler için , etkin pişmanlığın bir cezasızlık nedeni olabilmesi için TCK m.221/1, TCK m.221/2, TCK m.221/3'e göre şu koşulların gerçekleşmiş olması gerekir: [13]

a) Henüz soruşturma evresi başlamamış olmalıdır

b) Örgütün suç politikası, ortak suç işleme iradeleri ile birlikte suç işlenmemiş olmalıdır

c) Örgüt üyesi, yöneticisi veya örgütü kuran kişi/kişiler örgüt faaliyetleri çerçevesinde hiçbir suçu icra etmemiş olmalıdırlar

d) Verilen bilgiler örgütü tespite, dağıtmaya yardım edici doğru beyanlar olmalıdır

e) Örgüt mensubu, yöneticisi yahut kuran kişi/kişiler ya yakalanmadan önce bu durumu ilgili makamlara bildirmeli ya da yakalandıktan sonra örgüt ve faaliyetleri ve kişiler hakkında doğru, işe yarar ve yol gösterici bilgiler vermelidir.

Üçüncü Bölüm

TCK m.315 ve TCK m. 316'ya GENEL BAKIŞ

1.TCK m.315 : SİLAH SAĞLAMA

Silah sağlama suçu TCK m.315/1'de örgüte silah sağlamayı, silahlı örgüt kurmak, silahlı örgüt yönetmek, silahlı örgüte üye olmak suçlarından başka bir suç olarak düzenlemiştir. TCKm.315 kendinden bir önceki mad-

13 YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., Ceza Muhakemesi Hukuku (4. Baskı), Seçkin , Ankara 2016.

deye yollama yaparak : " yukardaki örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek" kişi silahlı örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silah temin eder, nakleder veya depolarsa bu suçu işlemiş olacağını düzenler.

Silahlı örgüte silah sağlama suçu, TCK m.220'deki örgüte yardım suçunun özel bir halidir ve silahlı örgütlere silah sağlanması suçunun gerçekleşmesi halinde, 220/7. madde hükümleri değil, 315. madde hükümleri uygulanır. Burada özel nitelikteki bir kanun maddesi, genel nitelikte olan bir kanun maddesini bertaraf eder niteliktedir.

Silah sağlama suçu seçimlik hareketli bir suçtur ve silahı üreten, nakleden, ülkeye sokan veya depolayan kişi bunlardan birini birkaçını veya hepsini dilediği gibi gerçekleştirebilir, bunların hepsi, seçimlik hareketli suçların doğası gereği tek suç ve tek ceza teşkil eder.

Fail bakımından silah sağlama suçunu örgüt mensubu olmayan kişiler gerçekleştirebilir bu bağlamda özel bir suç tipidir. Silah sağlama suçunun manevi unsuru kasttır fail bu suçu gerçekleştirirken neticeyi bilmeli ve neticenin gerçekleşmesini istemelidir. Fail eğer örgütün amaçlarını bilmiyorsa burada fiili bir hata söz konusudur ve suçtan dolayı sorumluluk tutulmaz. Örgüte silah sağlama suçu teşebbüse elverişli bir suçtur. Silah sağlama suçu tek faille işlenebilen bir suçtur fakat söz konusu suça iştirakte mümkündür.

2.TCK m.316: SUÇ İÇİN ANLAŞMA

Suç için anlaşma Devletin ülkesine, egemenliğine, birliğine ve Anayasa düzenine karşı suçlardan herhangi birini işlemek üzre girişimleri önlemek maksadıyla caydırıcı (chilling effect) bir tehlike suçunu karşılayıcı bir hükümdür. Bu maddede yer alan suç anlaşmayla meydana gelir. Anlaşmadan kasıt hükmolunduğu üzere en az iki kişinin ortak bir suç işleme iradesiyle anlaşmış olmalıdır. Ortak bir suç işleme iradesinin yanı sıra kişiler, madde hükmünde belirtilen vasıtalar için de anlaşmış olmalıdır. Elverişli vasıta deyiminden suça elverişli her türlü alet edevat anlaşılabilir.

Anlaşmaya varmak, bu suç için bir hazırlık hareketi niteliğindedir.[14] Eğer anlaşma konusu suçun, icra hareketlerine henüz başlanmamışsa, iştirak ve teşebbüsten bahsetmemiz mümkün olmayacaktır bu bilinen kuraldır. Gelin görün ki durum bu suç tipinde farklıdır, anlaşmaya

14 NOYAN, E., Ceza Davası (İkinci baskı) Seçkin, Ankara, 2007.

varılması bu suçtan bağımsız bir suç tipidir, madde kapsamındaki suçların icrasına başlanılmamış dahi olsa bu suçları işlemeye yönelik faillerin iradeleri doğrultusundaki anlaşma için cezaya hükmedilecektir.

Türk Ceza Kanunu madde 316/2 etkin pişmanlık halini düzenlemiştir. İşlenmesi kararlaştırılan suçun icra hareketlerine geçilmesinden önce ve soruşturmaya başlamadan mutabakattan yani anlaşmadan çekilme hâlinde, çekilen kişiye ceza verilmeyecektir. Ancak, soruşturmaya başlandıktan sonra anlaşmadan çekilme hâlinde, bu etkin pişmanlık hükmü uygulanama alanı bulamayacaktır.[15] Bu suç tipinde korunan hukuksal menfaat toplumu kaosa sürüklemeyi amaçlayan, anayasal düzene karşı ihlalleri gerçekleştirmeye yönelik ve kimi zamanda bireyi hedef alabilen ve daha birçokları durumun olmaması sağlamaktır. Bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir, herkes mağdur olabilir yalnız silah sağlayanın örgüt dışından olması gereklidir. Suça iştirak mümkün olmakla birlikte maddede sayılı her bir suç için tek bir cezaya hükmolunur.

SONUÇ

Hukuksal metin hazırlama projesi çalışmamda örgütlü suç kavramı çerçevesinde silahlı örgüt, suç için anlaşma ve silah sağlama suçlarını ele almaya çalıştım. Bu suçların benzerlikleri, farklılıkları, hukuki boyuttaki yansımalarını anlatmaya çalıştım. Kolektif haklardan olan örgütlenmek, Anayasamıza göre, kanunlara aykırı olmamak kaydıyla herkesin hakkıdır. Fakat benim ele aldığım örgüt tamamen toplumun, bireyin ve anayasal düzenin karşıtı, hukuka ve insan haklarına aykırı yapılanmalardır. Özel kanun - genel kanunun nasıl uygulama alanı bulacağı konusuna kısa değindim. (TCK m.314 – TCK m.220)

Genel kanundan özel kanuna gidiş yolunda sırasıyla önem arz eden maddeleri belirleyecek olursam TCK m.220, TCK m.314, TMK m.7 , TCK m.315 olarak sıralayabilmem mümkün olacaktır ve bu sistematik Fransız Ceza Kanununca da benzerlik arz etmektedir.

TCK m.314'ün tehlike suçu olduğu, hazırlık hareketlerinin de bilinen kuralın aksine cezalandırmaya tabi olduğu ve mütemadi bir suç biçimi olduğundan bahsettim. Suçta korunan hukuksal menfaat devleti ve toplumun genelini ilgilendiriyor olduğu için bu suçun yalnızca özel kastla işlenebiliyor olduğuna değindim.

15 ÜTÜK, Ö., Organize Suçlarla Mücadele Çerçevesinde Avrupa Birliğinde Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Çalışmalar, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Avrupa Birliği Uzmanlığı Yeterlilik Tezi. T.C. Maliye Bakanlığı, Ankara, 2010.

TCK m.315'in seçimlik hareketli suçlardan olduğu ve bunun bir neticesi olarak tek suçun ve tek cezanın önemini vurguladım.

TCK m. 316'nın uygulama alanı bulabilmesi için icra hareketlerine başlamış olma şartının aranmadığını vurguladım. İncelemeye tabi tuttuğum suç tipleri günümüzde sıcaklığını göstermekle beraber, caydırıcı etkiye sahip , kanun koyucunun üzerinde özenle durmuş olduğu konulardır.

KAYNAKÇA

- ÇAKIR, Ö., **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu**, Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- HAFIZOĞULLARI, Z., KURŞUN, G., **Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk**, TBB Dergisi, Sayı 71, 2007.
- KAVLAK, C., **Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma** Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- NOYAN, E., **Ceza Davası** (İkinci baskı) Seçkin, Ankara, 2007.
- ÖZBEK, V. Ö., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., TEPE, İ., **Ceza Muhakemesi Hukuku** (9. Baskı), Seçkin, Ankara, 2017
- SÖZÜER, A., **Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçla Mücadele ile İlgili Gelişmeler.** Hukuk Araştırmaları Dergisi C: 9, S:1-3, 1995.
- ŞEN, E., **Yorumluyorum-2** (Gözden Geçirilmiş 3. Baskı), Seçkin, Ankara, 2014
- ŞEN, E., **Yorumluyorum-3** (1. Baskı), Seçkin, Ankara, 2013
- ŞEN, E., **Yorumluyorum-V** (1. Baskı), Seçkin, Ankara, 2014
- TEZCAN, D., ERDEM, M. R., ÖNOK, M., **Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk**. Seçkin, Ankara, 2013.
- ÜNEY, İ., **Organize Suç ve Terörizm İlişkisi: PKK Örneği**. Politika Dergisi
- ÜTÜK, Ö., **Organize Suçlarla Mücadele Çerçevesinde Avrupa Birliğinde Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Çalışmalar**, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı Avrupa Birliği Uzmanlığı Yeterlilik Tezi. T.C. Maliye Bakanlığı, Ankara, 2010.
- YENİSEY, F., NUHOĞLU, A., **Ceza Muhakemesi Hukuku** (4. Baskı), Seçkin, Ankara, 2016
- YENİSEY, F., TOPÇU, N. K., TOZMAN, Ö., ŞAHİN, K., **Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi**, Örgütlü Suçlar Ve Terör Suçları Eğitim Modülü, Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi Ortak Projesi. Ankara, 2014.

İTHAL OTOMOBİLLERDE %25 İYİNİYET VERGİSİ

Av. Aydın SORDİ

Türkiye Cumhuriyeti maliyesi, vergi sistemini kendisini oluşturan coğrafya ve sosyolojik özelliklere göre geliştirmiş ve normalde vatandaşından "vatandaş gelir sağlarken" vergi alması gerekirken, kayıt dışı ekonominin yöntem ve hacim olarak ulaştığı nokta itibarı ile "vatandaş devletten gizli kazanıp da harcarken" vergi alma yöntemini getirerek, teknik olarak dolaylı vergilerle kamu finansmanını sağlamaktadır.

Harcamadan alınan her vergi, dolaylı vergidir. Katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi, bugün Türk Maliyesinin en büyük gelir kaynaklarıdır. KDV ve ÖTV haricinde kalan özel iletişim vergisi, banka sigorta muamele vergisi, gümrük vergisi, damga vergisi gibi kalemler de, kazanca değil harcamaya bağlı ve dolaylı olarak nihai tüketiciden hazineye kadar uzanan silsile yöntemiyle tahsil edilmektedir.

2016 yılında Türkiye Cumhuriyeti Devleti maliyesinin gelirleri içinde kazanca bağlı olan gelir ve kurumlar vergisinin payı toplam %30,43. Bunun da %9,37 TL kısmı kurumlar vergisi ki bu da şu demek: Memlekette ticaret yapan koca koca şirketler, binlerce şubesi olan bankalar, mağazalar, markalar, teknoloji ve basın devleri, vs. ülkenin vergisine kendi kasasından sadece %9,37 oranında katkı yapıyor. Buna karşılık olarak da gelir vergisine tabi memurlar, işçiler ile avukatlar, muhasebeciler, dişçiler gibi serbest meslek erbabı ve şahsen vergi mükellefi olan küçük esnaf ise %21,06 oranında katkı yapıyor. Bir diğer deyimle, küçük esnaf ile işçi, memur ve serbest meslek erbabı Türkiye'nin en büyük şirketlerinden daha çok vergi veriyor!

Toplam vergi tahsilatının %60,57 miktarı ise dolaylı vergi. Yani, kazanç değil harcama vergisi. Çocuğuna aldığı süte, çikolataya vergi veren "kâr etmediği için kurumlar vergisi ödemeyen şirket sahibi" vatandaş, eşine aldığı binlerce liralık pırlantaya vergi ödemiyorsa, vergi sisteminin sorgulanması gerektiği ortadadır.

Ülkemizde araç sahibi olmak isteyen vatandaş, verginin vergisini ödeyerek araç alabiliyor. Aracın satış fiyatına %60 ile %160 oranında ÖTV

eklendikten sonra, ortaya çıkan ÖTV eklenmiş araç bedeline %18 KDV ekleniyor ve vatandaş bu parayı ödeyerek aracı satın alabiliyor.

Bu hesaba göre, kıymeti yani fabrikadan satışı 100 bin TL olan araç için; 160 bin TL ÖTV hesaplanıyor ve sonrasında ortaya çıkan 260 bin TL üzerinden hesaplanan %18 oranında 46.800 TL KDV eklendikten sonra vatandaş araca 306.800 TL öderken üreticinin 100 bin TL kazandığı araçtan devlet 206.800 TL kazanıyor… İşte dolaylı verginin canlı hali budur.

Araç üzerindeki vergilerin yüksekliği ve ayrıca yabancı otomobil üreticilerinin Türkiye distribütörlerinin ticari politikaları yüzünden, distribütörler harici ithalatçılar tarafından araç ithal edilmekte ve buna "münferit ithalat" denilmekte, bu şekilde ithal edilen araçlar da piyasada "grey market" diye isimlendirilmektedir.

Gümrük idaresi ve maliye, düzenli olarak münferit ithalatçılar tarafından ithal edilen araçlarla ilgili geriye dönük araştırmalar ve soruşturmalar yapmakta ve bu araçların ithal ve tescillerinde yapılmış olası usulsüzlük ve vergi ziyalarını incelemektedir. Ancak incelemeler genelde aracın ithalinden yıllar geçtikten sonra yapılmaktadır.

İthal edilen araç, gümrük işlemleri tamamlandıktan sonra en geç 8-10 ay içerisinde satılarak tescil edilip trafiğe çıkmaktadır. Araç bazen senelerce ilk malikinde kalabilirken, bazen muhtelif sebeplerden dolayı birkaç yıl içinde birden fazla defa alım satıma konu olabilmektedir. Hatta bu araçlar üzerlerine rehin, haciz gibi takyidatlar konulmakta, cebri icraya konu olabilmekte, hasar sebebiyle trafikten çekilmekte ve devletin vermiş olduğu "ruhsat" ile defalarca hukuki işleme tabi tutulmaktadırlar.

Somut olaylarda, aracın ithal tarihinden 8-10 sene geçtikten sonra soruşturmaların başlatıldığı görülmektedir.

Gümrük İdaresi ya da Maliye tarafından araçla ilgili yapılan ilk incelemelerden hemen sonra, soruşturmaya konu edildiği için araçlar üzerlerine tedbirler konulmaktadır. CMK 128 nci maddede yapılan araçların kaydına devir ve temliki önleyici tedbir konularak el koyma yapılır düzenlemesinden evvel, hakkında Cumhuriyet Savcılığına ihbarda bulunulan her araç el koyma kararı ile yakalanıp emniyet otoparklarında bağlanıyordu. Daha sonra yapılan yasa değişikliği ile, hakkında kaçakçılığa konu edilen araçla ilgili yapılan soruşturma ve kovuşturmada kaydına tedbir konulması yeterli sayılmış ve böylece araç malikleri "dava sonuna kadar" rahatlatılmışlardır.

Bu araçlarla ilgili iddia, aracın ithalatında bir kısım sahte belgeler kullanıldığı ve böylece ithaline izin verilmeyen aracın ithal edildiği ya da kullanılan sahte belgeler ile ödenmesi gereken vergilerin düşük ödendiği şeklindedir.

Açılan davaların dayanağı iddianamelerde ithalatçı ile ithalat sürecinde imzaları bulunan yetkili ve görevliler sanık, aracın son maliki ise suçtan zarar gören, mağdur olarak taraf gösterilmekte, mahkemece de aracın maliki suçun mağduru olarak davaya çağrılıp dinlenmekte, suçtan zarar gördüğü için davaya katılması sağlanmaktadır.

Ancak, aynı iddianame sonuç olarak yurda kaçak yolla sokulduğu iddia edilen aracın müsadere edilmesini istemektedir. Mahkemelerce de, yapılan yargılama sonunda eksik ödenen vergi ya da ithalatta usulsüzlüğün tespiti halinde ithalatçı ile diğer ithalat ilgililerine ceza verilirken, suçtan zarar gördüğü bilinen mağdura ait aracı da müsadere ederek cebren devlete geçirmektedir!

Bu uygulama şuna benzer; saldırıya uğrayan, darp edilen vatandaş Mahkemeye gidip şikâyetçi olduğunda, Mahkeme "evet sen darp edilmişsin" deyip darp edene ceza verip bu cezayı da "uslu dur, bir daha yapma" diye ertelerken, darp edileni dövmektedir…

Burada, Anayasamızdaki "hukuk devleti" ilkesinin gereği olan kazanılmış haklara saygı ve 35 nci madde ile güvenceye alınan mülkiyet hakkının korunması ilkeleri akla geliyor, ancak aslolan Maliye menfaatidir!

Bir halkın üzerinde yaşadığı, kültürünü oluşturduğu ve yurt adı verilen toprak parçası üzerinde, toprak bütünlüğüne bağlı olarak siyasal bakımdan örgütlenmiş millet ya da milletler topluluğunun oluşturduğu tüzel varlığa devlet denir.

Devlet olmanın gereği, hükümran olmaktır ve bu hükümranlık, Türkiye Cumhuriyeti devletinde "parlamenter demokrasi" aracılığı ile doğrudan halka aittir.

Devlet, kaynağı olan toplum sözleşmesinin gereği olarak varlığını sürdürebilmek ve hem kendi tüzel kişiliğini hem de kendisini oluşturan unsurları korumak için kendisine verilen hükümranlık yetkisi ile kanunlar çıkarır.

Hobbes tarafından "doğal hukuk" teorisindeki, hiçbir kuralın olmadığı doğal ortamda her insanın diğerleri için avcı birer kurt olduğu savıyla

temelleri atılıp Locke ve Rousseau tarafından tanımlanan ve bugünkü modern devletin temellerini atan "toplum sözleşmesi" ile, doğal hallerinde sadece kendi irade ve vicdanları ile hareket ettikleri zaman birbirlerine zarar verdiklerini itiraf eden bireyler, hak ve sorumluluklarının kendilerince ayrı ayrı değil tek bir üstün otorite tarafından ve herkesin ortak iyiliğini temin amacıyla yapılması kararlaştırır ve bir araya gelerek ortak irade meydana getirirler.

İşte devlet, kendini oluşturan bireylerin ortak iradelerini yansıtan kuralları, kanun adı altında yazılı hale getirir. Bu kanunlar da, en başta bizzat devlet ve kanunu yapanlar dâhil olmak üzere devlet ile ilişkisi olan herkesi bağlar.

Kanaatimce, devletin devlet olmasının temel dört unsuru vardır. Devletin sınırlarının devletten sorulması, kendi adına para basması, hudutları içindeki her karış toprakta adaleti sağlayacak tek kudret olması ve yine hudutları içinde gerçekleşen her parasal hareketi, her tebaayı vergiye bağlaması, bu dört temeli oluşturur.

Sınır güvenliği, egemenliğin korunması ve para basma konumuz dışında kalıyor. Burada devleti devlet yapan iki hususu irdeleyeceğim.

İlki, devlet ve vatandaşı/tebaası arasındaki parasal ilişkidir. Devlet, devlet olmanın gereklerini yerine getirirken (savunma, eğitim, güvenlik, adalet, sağlık vs) kendi hükümranlığına dayanarak bastığı paraya ihtiyaç duyar. Bu paranın temel kaynağı ise, vergidir. Vergi haricinde devletin işleteni olduğu kamu iktisadi teşekkülleri, harçlar, hazine adına kayıtlı varlıkların işletilmesi ya da kiralanmasından elde edilen gelirler ve parasal müeyyideyi içeren adli ve idari para cezalarından oluşmaktadır.

İkincisi ise; devletin, devletle vatandaşlar arasında ve ayrıca vatandaşların kendi aralarındaki davranışları, hukuku düzenlediği suç-ceza ilişkisidir. Bu ilişki, temelde, doğar doğmaz toplum sözleşmesine imza attığı kabul edilen bireyin imzasının gereğini yerine getirmesi ve devletin de aynı sözleşme ile yükümlendiği adaleti sağlama görevinin sonucudur.

Ceza hukukunun temeli, şahsiliktir. Diğer bir anlatımla, "suçu işleyen cezasını çeker". Bu evrensel hukuk ilkesi, zorbalığın hakim olmadığı bütün dünya ve zamanlarda geçerlidir. Anayasamızın 38 nci madde-

sinde açıkça "Ceza sorumluluğu şahsidir" ilkesi getirilmiş ve böylece hiç kimsenin bir başkasının eylemi nedeniyle cezalandırılamayacağı kabul edilmiştir.

Bu anayasal ilke doğrultusunda da, ceza içeren tüm kanunlardaki ceza hükümlerinin uygulanmasını belirleyen yasa durumundaki Türk Ceza Kanununun 20/1 maddesinde "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz" hükmü konulmuştur. Böylece vatandaş, sadece kendi eylem ve işlemlerinden sorumlu olduğu ve kendisi herhangi bir suç işlemediği sürece devletin muteber vatandaşı olarak güvence altına alındığının bilinci ile yaşamaktadır.

Yine, hukuk düzenince korunmayan ve kabahat olarak nitelendirilen eylemlerin ve bunlara uygulanacak cezaların tespit edildiği 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 7/1 nci fıkra hükmü ile, kabahatin icrai veya ihmali davranışla yani bir şey yapmak ya da yapma gerekirken yapmamak şeklinde işlenebileceği, yapmamak şeklinde ihmal yoluyla kabahat işlemiş sayılmak için o davranışı yapma yönünde hukuki yükümlülüğün varlığı gerektiği belirtilmiştir.

Kabahatler Kanunundaki düzenlemenin lafzından da, kabahatin şahsiliği vurgulanmakta ve ortada kabahat cezasından bahsedilebilmesi için kabahatlinin bir eylem ya da eylemsizliğinin olması gerektiği, kanunda kabahat olarak tanımlanan maddi davranışı fiilen ika eden kişi olunması gerektiği, açıkça anlaşılmaktadır.

Mevzuat sistemi, kendi içinde farklı kademe ve güçlerde kuralların birbirlerine gönderme yaptıkları, birinin diğerine tezat oluşturduğu en karmaşık ağ sistemlerinden bile karmaşık ve bu karmaşıklıktan dolayı da hukuk ilmini ve hukukçu ihtiyacı doğuran görünmez bir gücün sembolleşmiş halidir.

Bu karmaşık sistem içinde birbiri ile at başı giden ve hiçbir şekilde çelişik hüküm ve göndermeye rastlanmaksızın bütün sistemin "maliye hazinesi" lehine işlediği iki dal, ceza ve vergi hukukudur. Vergi yanında ayrıca hükmedilen para cezaları ve kamu otoritesinin yaptığı mali değerlere el koyması (müsadere, mülkiyetin kamuya geçirilmesi) işlemleri de aynı kapsamdadır.

Yasalarda belirtilen ve aynı zamanda para ile ifade edilen konularda işlenen suçlarda, suça konu olan eşya, devlet tarafından alınır. Buna "müsadere", yani zoralım denir. Devlet suç eşyasına el koyar, kendine alır ve sonra da içlerinden tehlikesi olmayan kullanılabilir eşyaları yine vatandaşa satar. Bizzat kendisi suç ve yasak olan müsadere konusu eşyalar ise devlet tarafından imha edilir.

Türk Ceza Kanununun "Eşya Müsaderesi" başlıklı 54 ncü maddesi uyarınca; İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur.

Madde metni, yorumlanmaya hacet duymayan açık bir ifade ile, herhangi bir kişi tarafından suça alet edilen ancak suçun failinden başka ve suçtan haberi olmayan kişinin elindeki eşyanın müsadere edilemeyeceğini emretmektedir.

Devamla, aynı maddenin 3 ncü fıkrasında yer alan "suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir" hükmü ile de, yasa koyucu davaya bakan yargıcı uyarmaktadır: Hukuk düzenini koruyacağım derken, daha büyük hukuksuzluğa sebebiyet verme!

Bu fıkra düzenlemesinde, eşyanın suçun failine ait olması halinde dahi, müsadere (zoralım) ortaya adaletsiz bir sonuç çıkaracak ise müsadere edilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Kanun, suçun failini dahi işlediği suçtan daha ağır cezaya karşı koruma altına almıştır.

Müsadere kurumu sadece TCK'da değil, ceza hükmü içeren özel yasalarda da mevcuttur. En sık karşılaşılan ceza ve müsadere hükmü içeren özel yasa, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunudur.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, devletin devlet olmasının ve hükümranlığının göstergesi olan "hudut" mefhumunu ihlal eden, hem güvenlik hem de ekonomik açıdan kamu düzenine karşı işlenen suçları düzenlemektedir. Temeli, ülkeden çıkacak ve ülkeye gelecek olan eşyaların devlet kontrolü, otoritesi dışında veya devletçe konulan kurallar ihlal edilerek sınırdan sokulması ya da dışarı çıkarılması halleri bu yasa ile düzenlenmiş ve muhtelif müeyyidelere bağlanmıştır.

Yasanın 3 ncü maddesi, ceza hukukunda amir ilke olan kazuistik metotla düzenlenmiş ve kaçakçılık olarak kabul edilen haller ayrıntılı olarak tek tek sıralanmış ve bu fiillerin karşılığı cezalar düzenlenmiştir.

Aynı yasanın 13 ncü maddesi ile de davaya konu kaçak eşyaların müsadere edileceği belirtilmiştir. 13/1 fıkrasında ise, müsadere usulünün TCK 54 ncü madde hükmüne göre yapılacağı belirlenmiştir. Bu düzenleme ile, atıf yapılan maddede yer alan "iyiniyetli üçüncü kişi" ve "suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyeceği" ilkesi 5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu uygulamasında da amir kural olarak belirlenmiştir.

Temel kavram ve dayanaklarını 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundan alan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, hukuk düzenince kabul edilmeyerek yasak sayılan ve fakat cürüm kabilinden olmayan eylemleri düzenlemekte olup, TCK'da yer alan "ceza" yerine "idari yaptırım" öngörmektedir. Yasanın 18 nci maddesinde yer alan "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" idari yaptırımı da, TCK 54 ncü maddede yer alan ve cürümlere uygulanan "müsadere" cezasının, kabahate uygulanan karşılığıdır.

Kabahatleri ve müeyyideleri belirleme yetkisini 5326 sayılı Kabahatler Kanunundan alan 4458 sayılı Gümrük Kanununun 231 ve 241 maddeleri arasında da, yine devletin hudut egemenliğini ihlal eden ve yasada "kaçakçılık kabahati" olarak nitelenen eylemler ve bu eylemleri işleyenler hakkında uygulanacak idari yaptırımları düzenlenmektedir.

Bu yaptırımlar, 28/03/2013 tarihinden evvel 5607 sayılı yasanın kaçakçılık olarak kabul edilen eylemleri düzenleyen 3 ncü maddesinde yer almakta iken 28/3/2013 tarih ve 6455 sayılı yasa ile "kabahat" cümlesinden oldukları için ayrılarak 4458 sayılı yasaya eklenmişler ve böylece 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu "kaçakçılık cürmü", 4458 sayılı Gümrük Kanunu ise "kaçakçılık kabahatlerini" düzenleyen yasalar olarak ayrılmışlardır.

4458 sayılı yasanın 235/4 maddesine göre, bu maddede yer alan ve kabahat olarak sayılan fiillerin işlenmesi halinde, uygulanacak para cezaları haricinde ayrıca eyleme konu eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi idari yaptırımının da uygulanacağı belirtilmiştir.

Gümrük Kanunundaki düzenleme de, Kabahatler Kanununda yer alan düzenleme gereğince, ancak ve sadece "fail" "kabahatli" hakkında tatbik edilebilecektir.

Buraya kadar, ceza yargılaması ve uygulamasında temel cezaların yanında verilen ve varlığı da bir yandan asıl hükme bağlı olan müsadere kurumunun yasal dayanakları ve eylemin cürüm, kabahat olmasına göre uygulanış ve görünüş şekillerini anlatmaya çalıştık.

Bütün bu noktalarda karşımıza öncelikli olarak suç ve cezanın şahsiliği ilkesi çıkmaktadır. Kanun koyucu, açıkça ve tereddüde mahal bırakmayacak şekilde, hiç kimsenin bir başkasının eyleminin cezasını çekemeyeceğini belirlemiş, kanunlaştırmıştır.

Ancak şahsi cezanın ötesinde, eylemle ilişkili olan malvarlığı ile ilgili yapılacak işlemleri belirlerken de, esasında ceza yasasında açık tanımı yapılmamış olan "iyiniyet"ten bahsetmiştir.

Peki, iyi niyet nedir?

Ceza sistematiğinde niyet kavramı, hukuk sistematiğindeki gibi "iyiniyet" ve "suiniyet" olarak değerlendirilmez. Ceza sistematiğinde niyetin karşılığı "kasıt" kavramıyla ifade edilir.

Sosyal ve ekonomik yaşantısında "iyiniyetli" ya da "kötü niyetli (suiniyetli)" olarak nitelenen bireyin davranışları ceza sistematiğinde "kasıtlı" "taksirli" olarak nitelendirilir.

Bu sebeple de, TCK 54 ncü maddede yer alan "iyiniyet" kavramının açıklamasını ve iyiniyetli olmanın şartlarını, hukuk ilmi ile iştigal edecek hukukçuların yetiştiği Hukuk Fakültelerinin besmelesi olan Türk Medeni Kanununun 2 nci maddesine bakarak yapabiliriz. Madde şu şekildedir:

"Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır."

Bu düzenlemeye göre, iyiniyetli olmak için dürüst olmak gerekir, o halde iyiniyet demek dürüstlük demektir!

Devamla, yine Türk Medeni Kanununun 3 ncü maddesinde iyiniyet kavramının tespitine dair temel ilkeler getirilmiştir.

"Kanunun iyiniyete bağladığı durumlarda aslolan iyiniyetin varlığıdır.

Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz."

Kanun metnine bakıldığında, öncelikli olarak hayatın temel prensibinin yasalaştırıldığını görüyoruz; asıl ve esas olan iyi niyettir! Kişinin açıkça suç, haksız fiil olarak nitelenemeyecek davranışının kötüniyetli olduğunu gösteren herhangi bir belirti, delil, beyan, belge vs olmadan, iyiniyetle hareket ettiği kabul edilir. Ki, yine ceza hukukunun evrensel ilkesi olan masumiyet karinesi de bunu desteklemektedir. Kişi masumiyetini ispatlamak zorunda değildir, Devlet, ortada bir suç var ise bunu ispat etmek zorundadır. Dolayısı ile de kişi iyiniyetli olduğunu ispat etmek zorunda değildir. O kişinin kötü niyetli olduğunu ve bu niyetle hareket ettiğini devlet/mahkeme araştıracak delillendirecek, ispat edecek ve ancak o ispattan sonra "sen kötü niyetlisin" diyerek müeyyide uygulayacaktır.

İkinci fıkra, bence asıl ilkeyi koymaktadır: Dikkatli olacaksın! Kişi, ortalama algı seviyesine sahip herhangi birinden beklenen dikkati, özeni göstermez ve bu işlem/davranış/eyleminden ya da eylemsizliğinden sonra ortaya hukuk düzeniyle korunmayan, kendisini sorumluluğa sokan ya da bir hakkı kazanmasına veya kaybetmesine yol açan bir sonuç çıkarsa, dikkatsiz davranan kişi iyiniyetliyim diyerek kendini savunamaz.

Piyasadan aldığı, bedelini ödediği, hatta bedelini kredi ile ödediği arabasına seneler sonra tedbir konulan ve yıllar evvel ülkeye girişinde ithalatçı tarafından yapıldığı iddia edilen usulsüzlükler nedeniyle mülkiyet hakkı kısıtlanan, bir yandan da mahkemelerde ironik biçimde "mağdur" olarak dava takip eden vatandaşların bu sorununun çözümü, her zamanki gibi aslan payını Maliyeye veren bir yöntemle bulundu.

Burada esas soru, araca ruhsat çıkaran, senelerce motorlu taşıt vergisi alan, harcadığı akaryakıttan vergi alan, zorunlu trafik sigortası yaptıran, araçları rehin ve hacze konu eden kamu otoritesi, seneler sonra ileri sürdüğü "araç kaçak" iddiasıyla, öncelikle kendisi ve kurumları ile çelişip, kendini yalanlamaktadır.

18/1/2017 tarih 6770 sayılı yasanın 31 nci maddesi ile Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa eklenen Geçici 10 ncu madde ve aynı yasanın 13 ncü maddesi ile Gümrük Kanununa eklenen Geçici 9 ncu madde hükümleri, evrensel hukukta yer alan ve yazılı mevzuat ile de güvence altına alınmış

olan suçun şahsiliği, hukuk devleti, mülkiyet hakkının korunması, masumiyet karinesi gibi kuralları ihlal etmiş ve TCK 54 ncü maddesini şarta bağlamıştır.

Bu düzenlemelerde özetle şu getirilmiştir: Eğer aracın maliki olan ithalatla ilgisi olmayan vatandaş, aracın ilk tescilinde ödenmesi gereken (ödenmiş olan değil, yasa koyucu bizzat biliyor ki, araç ilk tescil edilirken devlet, kasten bilerek vergilerin eksik ödenmesine göz yummuştur) Özel Tüketim Vergisinin %25'ini devlete öderse, aracındaki tedbir, bağlama kalkacak ve aracını dilediği gibi kullanacak, satabilecektir.

Bu yasa uygulanmış ve ülkede grey market/münferit ithalat araç kullanan binlerce kişi, zaten bedelini ödedikleri araçlarına ayrıca ÖTV'nin %25 i kadar para ödemiş ve örneğin 10 yaşında, piyasa değeri 60-70 bin TL olan araca 20 bin TL ödeme yaparak kaydındaki tedbiri kaldırmışlardır.

Yasa kapsamında ödemeyi yapanlar kadar, herhangi bir nedenle yapmayanlar da var elbette. Yasadan haberi olmayan, duymayan, unutanlar ile 10 yaşındaki aracına bu parayı ödemenin anlamsız olduğunu, haksızlık olduğunu, devletin ithalat sırasında yaptığı ihmalin, savsaklamanın, görevli memurların suiistimallerinin, ithalatçının haksız kazanç kastının sorumlusu olmayacağını düşünen, araca gerçek değerini ödeyen ve bu nedenle de haksız, hukuksuz bulduğu ödemeyi yapmayıp Mahkemede hakkının korunacağını düşünen temiz ve iyiniyetli vatandaşın davasında sonuç ne olacaktır?

Yukarıda ayrı ayrı izah etmeye çalıştık. TCK 54 amir hükmü uyarınca, iyiniyetli üçüncü kişi, yani ithalatla ilgisi olmayan vatandaş elinde bulunan eşya müsadere edilemez.

Yine, Mahkemece kaçakçılık fiilinin tespit edilmesi ve suçun sübutu halinde, bu defa araç malikleri ile sanıklar arasındaki hukuki ilişkiyi ayrı ayrı irdelemeli, araç maliklerinin araç için yaptıkları ödemelerin rayiç değerlerde olup olmadığı araştırılmalı, her bir aracın ithali ve ilk tescilinden sonra trafikte geçirdiği süre, kat ettiği menzil, uğradığı hasar, bozulma, değişme vs gibi özellikler dikkate alınarak araç malikinin ödediği fiyat buna göre değerlendirilmelidir.

Elbette, aracı fahiş oranda az fiyatla alan ve ithalatçı ile yakınlığı olan, ithalat sürecini bilen ve bilmesi gereken kişilere ait araçlar müsadere kapsamında değerlendirilecektir. Ancak, ithalatçının kim olduğunu dahi bil-

meyen, ülkenin ücra bir köşesinde aracını ilan yoluyla bulmuş ve rayiç değerini de ödemiş olan kişinin durumu farklı değerlendirilmelidir.

Burada görev, Mahkemelere düşüyor. Mahkemeler, 6770 sayılı yasayı "aracını bir an evvel satmak" isteyen ya da araç üzerinde tedbir olmasından rahatsızlık duyan kişilerin başvuracağı yol ve yöntem olarak değerlendirip, esas ve nihai kararda yine TCK 54 ncü maddesindeki iyiniyetli kişilere ait mallar müsadere edilmez hükmüne göre karar vermeliler. Bu şekilde verilecek olan kararlar kanun ile getirilmek istenen amaca ve vicdana, adalete uygun olacaktır. Zira yargıçlar, vicdanlarına göre karar verirler. Vicdan ise, yasa adı altında sistemleştirilmiş yazılı kurallardan ibaret değildir.

Kaçakçılık davalarının görüldüğü Mahkemelerce, şayet 6770 sayılı kanunla getirilen ödenmesi gereken ÖTV'nin %25'ini ödeyenler iyiniyetli, ödemeyenler kötü niyetli sayılarak işin esası ve araç maliklerinin ve araçların ayrı ayrı özel durumları irdelenmeden müsadere kararı verilecek ise, ödenmesi istenen %25'i ancak "iyiniyet vergisi" olarak adlandırılır ve böylece dünya hukuk tarihine para ile iyi niyet sahibi olunan devlet olarak geçeriz.

ANONİM ŞİRKETLEDE ESAS SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ USULÜ

Numan TEKELİOĞLU[1]

GİRİŞ

Anonim şirketlerin kurulması ve tüzel kişilik kazanabilmesi için kanunda belirtilen aşamaların yerine getirilmesi gerekmektedir. İşte bu aşamaların birincisi, esas sözleşmenin hazırlanmasıdır. TTK m.335/1 hükmüne göre "*Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi* şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı veya ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzaladığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur". Demek ki esas sözleşme, kurucuların anonim şirket kurma iradelerini açıkladıkları bir belgedir. Şu halde, esas sözleşmenin bir anlamda "anonim şirketin anayasası" niteliğinde olduğu ifade edilebilir[2].

Anonim şirket, yalnızca kurucular arasındaki bir sözleşme ilişkisi olmayıp, ekonomik hayat içerisinde faaliyet gösteren ve bunun gerektirdiği değişimlere ayak uydurmak zorunda olan bir tüzel kişiliktir[3]. Ekonomik hayattaki bu değişimler, zaman zaman şirketlerin esas sözleşmede değişiklik yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Söz gelimi sermaye artırımı veya azaltılması, şirketin faaliyet alanının genişletilmesi, şirketin merkezinin değiştirilmesi veya şirketin halka açılması gibi pek çok husus esas sözleşme değişikliğinin sebebi olarak karşımıza çıkabilmektedir[4]. Esas sözleşmenin ihtiva ettiği bu önem sebebiyle, TTK m.452 vd. maddelerinde sözleşmenin değiştirilmesi açısından çeşitli usuller öngörülmüştür.

---

1 Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü.

2 Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Yayınları, 5. Baskı, Bursa, 2017, s.229.

3 Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2016, s.835.

4 Pulaşlı, s.836.

I. ESAS SÖZLEŞMENİN TANIMI, NİTELİĞİ, ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

A. Esas Sözleşmenin Tanımı ve Niteliği

Esas sözleşme[5], anonim şirketin temel düzenini, iç ve dış ilişkilerini, pay sahiplerinin birbirlerine ve şirkete karşı hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir sözleşmedir[6]. Esas sözleşmenin en önemli işlevi, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, şirkete kendi kurallarını serbestçe belirleme imkânı tanımasıdır[7].

Sözleşme kavramı zihinlerde birden fazla tarafın bulunması gerekliliğini düşündürmektedir. Kurucuların birden fazla olduğu durumlarda sözleşme kavramı açısından sorun yoktur[8]. Zira kurucuların şirket kurma konusundaki irade beyanlarını içeren esas sözleşme, teknik anlamda bir borç sözleşmesi niteliğindedir[9]. Hâlbuki hukukumuzda anonim şirketin tek kişi ile kurulması mümkün olduğundan, böyle durumlarda kurucunun şirket kurmaya yönelik irade açıklamasının sözleşme olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir. ***Tekinalp***'e göre, tek pay sahipli anonim şirketlerde sözleşmeden bahsedilemeyeceği için esas sözleşme yerine "esas taahhütname" denilmesi gerekmektedir[10]. Şener'e göre de, tek kişi ortaklığı bakımından gerçek anlamda bir ortaklık sözleşmesinden bahsedilemeyeceğinden, bu ortaklık zorunlu olarak tek taraflı bir hukuki işlemle kurulmaktadır[11]. Buna karşılık ***Pulaşlı***'ya göre, anonim şirket tek ortaklı veya birden çok ortaklı olarak kurulsa bile, kuruluş işleminin

---

5 Öğretide "Ana Sözleşme" kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, s.18; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Makaleler, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2010, s.429 vd. Almanca eserlerde ise "Gesellschaftsvertrag" terimi kullanılmaktadır. Bkz; Adolf Baumbach /, Alfred Hueck, GmbHG-Gesetz, C.H.BECK, 21.Auflage, Leinen, 2017, Rn.26; Martin Henssler / Lutz Strohn, Gesellschaftrecht, C.H. BECK, 3.Auflage, Leinen, 2016, Rn.3; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch, C.H.BECK, 4.Auflage, Leinen, 2016, Rn.234; Hartmut Oetker, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, C.H.BECK, 4. Auflage, Leinen, 2015, Rn.20.

6 Moroğlu, Ana Sözleşme, s.515; Rauf Karasu, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2015, s.27; Soner Altaş, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s.86; Şebnem Öcal, "Anonim Şirketlerde Ana Sözleşme Değişiklikleri", İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.2, 2007, s.568.

7 Karasu, s.27; Öcal, s.569.

8 Bilgili/Demirkapı, s.229.

9 Karasu, s.28.

10 Ünal Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, Vedat Kitapçılık, 13. Baskı, İstanbul, 2014, s.309.

11 Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2017, s.294.

niteliği bakımından ortada bir esas sözleşme vardır[12]. Dolayısıyla ortak sayısına bağlı olarak "esas sözleşme" kavramında bir değişikliğe ihtiyaç yoktur[13].

B. **Esas Sözleşmenin Şekli ve İçeriği**

TTK m.339/1 hükmüne göre, "Esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması şarttır". Görüldüğü üzere esas sözleşmenin şekli açısından kanunda sıkı bir şekil şartı öngörülmüştür. Sözleşmenin yazılı olması tek başına yeterli görülmemiş, bununla birlikte kurucuların imzalarının noterce onaylanması veya esas sözleşmenin ticaret sicili müdürü yahut yardımcısı huzurunda imzalanması gerektiği belirtilmiştir. Bunun temel sebebi, kurucuların daha sonradan imzalarını inkâr etmelerinin engellenmek istenmesidir[14].

Sözleşmenin yazılı olması dışında, kanunda belirtilen zorunlu unsurları da içermesi gerekmektedir[15]. Zorunlu unsurlar TTK m.339/2 hükmünde şu şekilde sayılmıştır:

a) Şirketin ticaret unvanı ve merkezinin bulunacağı yer.

b) Esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu.

c) Şirketin sermayesi ile her payın itibarî değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartları.

d) Pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olacakları; belirli paylara tanınan imtiyazlar; devir sınırlamaları.

e) Paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar; bunların değerleri; bunlara karşılık verilecek payların miktarı, bir işletme ve ayın devir alınması söz konusu olduğu takdirde, bunların bedeli ve şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleriyle, şirketin kurulmasında hizmetleri görülenlere verilmesi gereken ücret, ödenek veya ödülün tutarı.

f) Kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler.

---

12 Pulaşlı, s.837.

13 Pulaşlı, s.837.

14 Şener, s.297.

15 Aytekin Çelik, Ticaret Hukuku, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2017, s.180; Bilgili/Demirkapı, s.229;

g) Yönetim kurulu üyelerinin sayıları, bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanlar.

h) Genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacakları; oy hakları.

ı) Şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa, bu süre.

i) Şirkete ait ilanların nasıl yapılacağı.

j) Pay sahiplerinin taahhüt ettiği sermaye paylarının türleri ve miktarları.

k) Şirketin hesap dönemi.

Anonim şirketin ilk yönetim kurulu üyeleri de esas sözleşme ile atanır (TTK m.339/3). Esas sözleşmeye kanunda sayılan bu hususlar dışında başkaca unsurların da dâhil edilmesi mümkündür[16]. Örneğin sermaye koyma borcunu süresinde yerine getirmeyen pay sahibinin sözleşme cezası ödeyeceğine dair esas sözleşmeye kayıt konulabilir (TTK m.482/3). Ancak sözleşmeye konulacak kayıtların TTK'nun anonim şirketlere ilişkin emredici hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir[17] (TTK m.340).

II. **ESAS SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ**

A. **Genel Olarak**

Esas sözleşmenin değiştirilmesi, sözleşmedeki hükümlerin kaldırılması, sözleşmeye yeni hükümler eklenmesi veya mevcut hükümlerde değişiklik yapılması anlamına gelmektedir[18]. Esas sözleşmenin değiştirilmesi çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin sermayenin artırılması veya azaltılması, şirket faaliyet alanının değiştirilmesi, yönetim kurulu üye sayısının değiştirilmesi, yeni imtiyazlı paylar oluşturulması veya mevcut imtiyazların kaldırılması bunlardan bazılarıdır[19].

B. Esas Sözleşme Değişikliğinde Yetkili Organ

Esas sözleşmenin değiştirilmesinde yetkili organ genel kuruldur. TTK m.452 hükmüne göre, "Genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyarak, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir; müktesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır". Esas sözleşmenin değiştirilmesi, genel kurulun devredilemez

16 Altaş, s.88; Çelik, s.181; Pulaşlı, s.840.

17 Emredici hüküm ilkesi hakkında bkz. Karasu, s.30 vd.

18 Altaş, s.487; Bilgili/Demirkapı, s.443; Mustafa Yavuz, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Esas Sözleşme Değişikliği", ***Mali Çözüm Dergisi***, Ocak-Şubat 2012, s.178; Şener, s.521;

19 Pulaşlı, s.840.

görev ve yetkilerinden birisidir (TTK m.408/2-a).

Genel kurulun esas sözleşmeyi değiştirme yetkisi bazı yönlerden sınırlandırılmıştır. Her şeyden evvel, TTK m.452'de müktesep ve vazgeçilmez haklar saklı tutulmuştur. Demek ki esas sözleşme değişikliği, ortakların müktesep ve vazgeçilmez haklarına aykırı olamaz[20]. Müktesep hak, kanun veya esas sözleşme hükümlerine göre, genel kurul toplantılarına katılma hakkından doğan haklardır[21]. Özellikle oy kullanma, iptal davası açma, kar payı alma ve tasfiye sonucuna katılma gibi haklar müktesep haktır[22]. Müktesep haklar, nispi ve mutlak müktesep haklar olmak üzere iki kısımdır[23]. Nispi müktesep hakların özüne dokunulamamakla birlikte, genel kurulun bunlar hakkında düzenleme yapma yetkisi vardır[24]. Mutlak müktesep haklara ise, ancak ilgili pay sahibinin onayı ile müdahale edilebilir[25].

Vazgeçilmez haklar, anonim şirketin temel yapısı gereği ortaklara tanınan ve nispi emredici hükümlerle korunan haklardır[26]. TTK m.447/1 hükmü vazgeçilmez hakları işaret etmektedir. Bu çerçevede pay sahibinin genel kurula katılma hakkı, iptal veya haklı nedenle fesih davası açma hakkı ve asgari oy hakkı vazgeçilmez haklar arasındadır[27]. Vazgeçilmez haklar, müktesep haklara göre daha üst seviyede koruma altına alınmış-

---

20 Bilgili/Demirkapı, s.443; Öcal, s.570; Şener, s.521.

21 Bilgili/Demirkapı, s.444. Eski TTK m.385/2 hükmünde "müktesep haklar kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tabi olmayan yahut umumi heyetin iştirak haklarından doğan hususiyle azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak, kâr payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklardır" şeklinde bir tanım yapılmaktaydı. Ancak mevcut kanunumuzda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bkz. Seza Reisoğlu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirketlerle İlgili Başlıca Yeni ve Farklı Düzenlemeleri", Türkiye Bankalar Birliği, 2011, s.5.

22 Bilgili/Demirkapı, s.444.

23 Şener, s.521.

24 Şener, s.522.

25 Şener, s.522. "İptali istenen genel kurul kararı ile değiştirilen ana sözleşmenin 10. maddesinde davacıya tanınan hak, paya tanınmayıp ortağa tanındığı için imtiyaz olarak kabul edilemez, ancak pay sahibinin rızası olmadan değişiklik yapılamayan ana sözleşme ile tanınan müktesep haklardandır. Ana sözleşme ile davacıya tanınan bu müktesep hak onun rızası olmadan değiştirilemeyeceğinden bu husustaki ana sözleşme hükmü davacının rızası olmadan olağan genel kurul kararı ile kaldırılamaz (TTK 452, 6762 sayılı, TTK 385/1). Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 5. maddesinde de kazanılmış hakların korunacağının öngörüldüğü gözetildiğinde ana sözleşmenin bahsi geçen değişikliğe ilişkin genel kurul kararının iptali gerektiği sonucuna varılmıştır." Yargıtay 11.HD, 2015/893 E., 2015/8774 K. (Kazancı)

26 Burak Adıgüzel, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, S.1, 2014, s.41.

27 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s.503 vd.

tır. Zira müktesep haklarda pay sahibinin rızası çerçevesinde hakkın ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması mümkündür[28]. Buna karşılık vazgeçilmez haklarda pay sahibinin rızası olsa bile söz konusu hakka müdahale edilemez[29]. Aksi takdirde genel kurul kararı batıl olur (TTK m.447/1).

Müktesep ve vazgeçilmez haklar dışında, esas sözleşme değişikliklerinin dürüstlük kuralına ve kanunun emredici hükümlerine de aykırı olmaması gerekmektedir[30]. Bu noktada özellikle TTK m.340 hükmü önem arz etmektedir.

C. Esas Sözleşme Değişikliğinin Türleri

Esas sözleşme değişiklikleri, "genel değişiklikler" ve "özel değişiklikler" olmak üzere iki kısımdır[31]. Genel değişikliklerden kasıt, esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin temel ilke ve usullerdir. Bu husus, TTK m.452 ve 455 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Özel değişiklikler ise, TTK m.456 ve 475 arasında düzenlenen ve taşıdıkları önem gereği genel değişikliklerden daha özel usullere tabi kılınan sermaye artırımı ve azaltılmasına ilişkin sözleşme değişiklikleridir. Kanun koyucu, anonim şirketlerde sermaye unsurunun önemine binaen, sermayenin artırımı ve azaltılması noktasında özel hükümler getirmiştir. Zira şirketin sermayesinin esas sözleşmede belirtilmesi zorunlu olduğundan, sermaye artırımı ve azaltılması esas sözleşmenin değiştirilmesini gerektirmektedir.

III. ESAS SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ USULÜ

A. Genel Değişikliklerde Usul

1. Esas Sözleşme Değişiklik Teklifinin Hazırlanması

Esas sözleşmenin değiştirilmesi için ilk olarak yönetim kurulu tarafından değişiklik teklifine dair taslak metnin hazırlanması gerekmektedir[32]. Söz konusu değişiklik teklifi yönetim kurulu tarafından re'sen hazırlanabileceği gibi, genel kurulun almış olduğu bir karar çerçevesinde de hazırlanabilir[33]. Her halükarda yönetim kurulu değişiklik teklifi için karar almak durumundadır. Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile

28 Şener, s.522.
29 Bilgili/Demirkapı, s.444.
30 Bilgili/Demirkapı, s.444; Şener, s.523.
31 Öcal, s.570.
32 Bilgili/Demirkapı, s.445; Pulaşlı, s.852; Yavuz, s.179.
33 Bilgili/Demirkapı, s.445; Pulaşlı, s.852.

alır (TTK m.390/1). Değişiklik teklifine ilişkin karar, yönetim kurulu karar defterine yazıldıktan sonra noter tarafından onaylanması gerekmektedir[34].

2. İlgili Kurumlardan İzin Alınması

Yönetim kurulu, esas sözleşme değişikliği için kanunda veya diğer mevzuatta izin alınması şartı getirilen durumlarda ilgili kurumlardan gerekli izni almak zorundadır[35]. TTK m.333/1 hükmüne göre, *"Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketler Gümrük ve Ticaret Bakanlığının izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır"*. Söz konusu tebliğin[36] 5. Maddesine göre esas sözleşme değişikliği bakanlığın iznine tabi şirketler şunlardır: Bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktöring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketler.

Öte yandan tebliğde belirtilen şirketlerin TTK haricindeki düzenlemeler sebebiyle başka kurumlardan da izin alması gerekebilir. Örneğin bankalar, finansal kiralama şirketleri ve faktöring şirketleri BDDK'dan, sigorta ve reasürans şirketleri Hazine Müsteşarlığından, halka açık anonim şirketler ise Sermaye Piyasası Kurulundan izin almaktadırlar[37].

3. Değişikliğin Genel Kurulda Karara Bağlanması

Daha önce belirtildiği üzere, esas sözleşme değişikliği yapmaya yetkili olan organ genel kuruldur. Yönetim kurulu, değişiklik teklifini hazırladıktan ve izin alınması gereken durumlarda izin alındıktan sonra TTK m.414/1 hükmüne uygun olarak genel kurulu toplantıya çağırır. Ancak TTK m.453 gereğince, yönetim kurulu tarafından karara bağlanmış bulunan değişiklik taslağının, değiştirilecek mevcut hükümlerle birlikte yine m.414/1'de öngörülen usule uygun olarak ilan edilmesi gerekmektedir.

34 Pulaşlı, s.852.

35 Pulaşlı, s.852.

36 Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ (RG, 15.11.2012, S.28468).

37 Soner Altaş, "Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişiklikleri Bakanlık İznine Tabi Şirketlere Dair Değerlendirmeler ve Öneriler", ***Mali Çözüm Dergisi***, Mayıs-Haziran 2015, s.89.

Bu ilanın yapılmasındaki amaç, pay sahiplerinin bilgilendirilerek önceki metinle sonraki metin arasında karşılaştırma yapabilmelerini sağlamaktır[38].

Esas sözleşme değişikliklerinde genel kurulun toplantı ve karar nisapları TTK m.421 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, esas sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının (1/2) temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, en geç bir ay içinde ikinci bir toplantı yapılabilir. İkinci toplantı için toplantı nisabı, şirket sermayesinin en az üçte birinin (1/3) toplantıda temsil edilmesidir. Bu fıkrada öngörülen nisapları düşüren veya nispi çoğunluğu öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir (TTK m.421/1).

Temel kural bu olmakla birlikte, öngörülen esas sözleşme değişikliğinin içeriğine göre kanunda başkaca karar nisapları da düzenlenmiştir. Buna göre, aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle alınır (TTK m.421/2):

- Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar.

- Şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar.

Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini (%75) oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır (TTK m.421/3):

- Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi.

- İmtiyazlı pay oluşturulması.

- Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması.

Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde ise, aşağıdaki konularda karar alınabilmesi için, yapılacak genel kurul toplantılarında, esas sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa sermayenin en az dörtte birini (1/4) karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir (TTK m.421/5, TTK m.418):

- Sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin esas sözleşme değişiklikleri.

38 Bilgili/Demirkapı, s.446; Şener, s.523.

- Birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin kararlar.

4. **Değişikliğin İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunca Onaylanması**

Anonim şirketlerde kural olarak paylar arasında eşitlik ilkesi geçerlidir[39]. Ancak bu ilkenin istisnasını imtiyazlı paylar oluşturur. TTK m.478/2 hükmüne göre *"İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır"*. Demek ki anonim şirketlerde bazı paylara, diğerlerine göre daha fazla veya öncelikli haklar sağlanması mümkündür[40].

Esas sözleşme değişikliğinde imtiyazlı paylara ilişkin bir düzenleme varsa ve bu düzenleme imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, genel kurulun değişiklik kararının imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca onaylanması gerekmektedir[41]. Aksi takdirde bu kararın uygulanması mümkün değildir (TTK m.454/1).

Yönetim kurulu, en geç genel kurul kararının ilan edildiği tarihten itibaren bir ay içinde özel kurulu toplantıya çağırır[42] (TTK m.454/2). Çağrıya rağmen süresi içinde özel kurul toplanamazsa, genel kurul kararı onaylanmış sayılır (TTK m.454/5). Özel kurul imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının (%60) çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır. İmtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiği sonucuna varılırsa karar gerekçeli bir tutanak-

39 Şener, s.526.

40 İlknur Kaya, "İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Paylar", ***Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Prof.Dr.Akar Öcal Armağanı, s.226; Neşe Kirtil, "İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu Toplantısının Yapılması", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.7, Özel Sayı, 2005, s.79.

41 Gönen Eriş, ***Ticari İşletme ve Şirketler***, Cilt 3, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2017, s.3065.

42 " davalı şirketin imtiyazlı pay sahiplerinin oluşturacağı özel kurulun toplantıya çağrılmadığı, davacı imtiyazlı pay sahiplerinin de durumlarını korumak için Kanun'un kendilerine verdiği yetkiyi kullanmadıkları, TTK'nın 454. maddesi uyarınca şirket genel kurulunda alınan kararların, imtiyazlı pay sahiplerince onaylanmış sayıldığı gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmiştir. Ancak dairemizin yerleşik içtihatları uyarınca (30.10.1991 tarih ve 7397/4985 E.K sayılı ilamı), her ne kadar imtiyazlı pay sahiplerinin, TTK'nın 454/1. maddesine (eTTK'nın 389. maddesi) göre genel kurul kararını onaylamayıp askıda bırakmaları mümkün ise de iptali kabil genel kurul kararlarının iptali için dava açmalarını engelleyen bir hüküm de mevcut değildir. Öte yandan, 6762 Sayılı TTK'dan farklı olarak 6102 Sayılı TTK'nın 454/5. maddesinde çağrıya rağmen süresi içinde özel kurulun toplanmaması halinde genel kurul kararının onaylanmış sayılacağına dair düzenleme de yukarda varılan sonucu değiştirmemektedir. Zira anılan düzenlemenin amacı, madde gerekçesinde de açıklandığı üzere şirketi korumak olup böylece genel kurul kararının süründecemede kalması önlenmiş olmaktadır." Yargıtay 11.HD, 2015/426 E., 2015/13503 K. (Kazancı).

la belirtilir[43]. Tutanağın on gün içinde şirket yönetim kuruluna teslimi zorunludur. Tutanak, birlikte verilen bilgilerle beraber tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilir (TTK m.454/3). Ancak imtiyazlı pay sahipleri, genel kurul toplantısında esas sözleşmenin değiştirilmesi hakkında burada öngörülen toplantı ve karar nisabına uygun olarak olumlu oy vermişlerse ayrıca özel toplantı yapılmaz (TTK m.454/4).

5. Tescil ve İlan

Esas sözleşme değişikliğinde yerine getirilmesi gereken son husus, genel kurul kararının yönetim kurulu tarafından şirket merkezinin ve şubelerinin bulunduğu yerin ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesidir[44]. Tescil ve ilan edilen karar ayrıca şirketin internet sitesine konulur. Esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin karar üçüncü kişilere karşı tescilden önce hüküm ifade etmez[45] (TTK m.455). Ancak bu karar, henüz tescil ve ilan edilmemesine rağmen şirketin iç işleri yönünden uygulanması mümkündür[46].

B. Özel Değişikliklerde Usul

1. Sermayenin Artırılması

Sermayenin artırılması, esas sözleşmede yer alan belirli miktarın kanunda öngörülen usul izlenerek yükseltilmesini ifade eder[47]. Demek ki sermayenin artırılması anonim şirketlerde esas sözleşme değişikliği yoluyla gerçekleşir. Sermaye artırımına gidilmesinin çeşitli sebepleri olabilir. En başta gelen sebep, şirketin faaliyet alanıyla ilgili daha fazla sermayeye ihtiyaç duymasıdır[48]. Bunun dışında, şirket malvarlığının artması sebebiyle yeni paylar oluşturularak pay sahiplerine dağıtılması ihtiyacı da sermaye artırımının sebebi olabilir[49].

43 Eriş, s.3066.

44 "Bilindiği üzere, ticaret siciline tescil, kural olarak bildirici etkiye sahiptir. İstisnai olarak, ticaret unvanı ve işletme adının korunması; ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanabilmesi; esnaf işletmelerinde ticari mümessil tayini; anonim şirketlerde ana sözleşmenin değişikliğinin hüküm ifade etmesi ve ticari işletme rehni halleri için ticaret siciline tescil, zorunlu ve kurucu niteliktedir." Yargıtay 21.HD, 2016/9342 E., 2016/13983K. (Kazancı)

45 Ayrıntılı bilgi için bkz. Necla Akdağ Güney, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin ve Sözleşme Değişikliğinin Tescili ve Tescilin Etkileri", REGESTA Ticaret Hukuku Dergisi, S.1, 2011, s.39 vd.

46 Eriş, s.3068.

47 Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, On İki Levha Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2015, s.1; Levent Biçer, Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010, s.23; Ömer Korkut, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.2, s.275;

48 Biçer, s.21; Moroğlu, s.2; Pulaşlı, s.855; Şener, s.539.

49 Biçer, s.22; Bilgili/Demirkapı, s.452; Moroğlu, s.3.

TTK'da üç tür sermaye artırımı öngörülmüştür. Bunlar; sermaye taahhüdü yoluyla artırım, iç kaynaklardan sermaye artırımı ve şarta bağlı sermaye artırımıdır[50]. Ancak TTK m.456 ve 457'de bütün sermaye artırımı türleri açısından ortak olan hükümler düzenlenmiştir. Sermaye artırımına "esas sermaye sisteminde" genel kurul, "kayıtlı sermaye sisteminde" ise yönetim kurulu karar verir (TTK m.456/2). Sermaye artırımı, esas sözleşmenin değiştirilmesi şeklinde yapılmasına ve bu da kural olarak genel kurula ait devredilemez bir yetki olmasına rağmen, kanun koyucu kayıtlı sermaye sisteminde bir istisna getirmiştir[51]. Yönetim kurulu, sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme değişikliği teklifini hazırladıktan sonra, gerektiği takdirde Gümrük ve Ticaret Bakanlığından izin almak zorundadır. Eğer izin alındıktan sonra teklifte başka bir değişiklik yapılmışsa, bunun da Bakanlık tarafından onaylanması gerekmektedir (TTK m.456/2). Sermayenin artırılmasına ilişkin genel kurul toplantı ve karar nisapları TTK m.421/1 hükmünde belirtilen nisaplardır[52].

Yönetim kurulu, sermaye artırımının türüne göre bir beyan imzalar. Söz konusu beyanda hangi hususların bulunması gerektiği TTK m.457/2'de belirtilmiştir. Sermaye artırımına ilişkin karar, ticaret siciline tescil ile birlikte hüküm ifade eder. Ancak tescilin, kararın alındığı tarihten itibaren üç ay içerisinde yapılması gerekmektedir (TTK m.456/3).

---

50 Moroğlu, s.5; Yavuz, s.183.

51 Ruveyda Gülmisal Akkale, "Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Artırım Usulü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S.1-2, 2013, s.31; Eriş, s.3072; Moroğlu, s.11.

52 "Dava, anonim şirket olağanüstü genel kurulunda alınan kararların iptali istemine dair olup, uyuşmazlık esas olarak sermaye arttırıma dair genel kurul kararının iptali noktasında toplanmaktadır. Mahkemece, sermaye arttırımına dair genel kurul nisabının TTK›nun 421/2. maddesindeki karar nisabına tabi olduğu, bu sebeple sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle sermaye arttırım kararı alınabileceği, oyçokluğuyla alınan sermaye arttırım kararının yok hükmünde olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, genel kurulda alınan karar sermaye arttırımına dair olup TTK'nun 421/2.a bendinde belirtilen bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlardan değildir. Kaldı ki şirketin bilanço zararı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla oybirliğiyle karara bağlanması gereken bir halin mevcut olmadığı, esas sözleşme değişikliği gerektiren sermayenin arttırım kararı için TTK'nun 421/2. maddesindeki değil TTK'nun 421/1. maddesindeki toplantı ve karar yetersayılarının aranacağı gözetilmeksizin mahkemece hatalı değerlendirme yapılarak verilen kararın yerinde olmamıştır. Dosya kapsamından, sermaye arttırımına dair alınan kararın nisap yönünden TTK'nun 421/1. maddesine uygun olduğu anlaşılmış olup, o halde mahkemece TTK'nun 445. maddesi uyarınca kararın kanuna veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken, eksik ve hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde sonuca varılması doğru olmamış, hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir." Yargıtay 11. HD, 2016/155 E., 2016/6336 K. (Kazancı)

Aksi takdirde, sermaye artırımına ilişkin karar ve Bakanlıktan alınan izin geçersiz hale gelir.

Sermaye artırımında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa, yönetim kurulunun, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının, ilgili alacaklının veya pay sahibinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince sermaye artırımının geçersizliğine karar verilir (TTK m.456/4 atfıyla TTK m.353).

2. Sermayenin Azaltılması

Sermayenin azaltılması, esas sözleşmede yer alan belirli miktarın kanunda öngörülen usul izlenerek indirilmesini ifade eder[53]. Sermayenin azaltılması iki temel nedene dayanır. Birincisi, şirketin ihtiyacından fazla sermayeye sahip olması, ikincisi ise mevcut bilanço zararlarının kapatılmasıdır[54]. Sermayenin azaltılması, alacaklıların haklarını kaybetmesi riski taşıdığından, TTK m.473 vd. hükümlerinde özel düzenlemeler getirilmiştir[55].

Sermayenin artırılmasında olduğu gibi, sermayenin azaltılması da esas sözleşmenin değiştirilmesini gerektirir. TTK m.473/1 hükmüne göre, *"Bir anonim şirket sermayesini azaltarak, azaltılan kısmın yerine geçmek üzere bedelleri tamamen ödenecek yeni paylar çıkarmıyorsa, genel kurul, esas sözleşmenin gerektiği şekilde değiştirilmesini karara bağlar"*. Şu halde yönetim kurulu, sermayenin azaltılmasına ilişkin sözleşme değişikliği teklifini hazırlayarak genel kurulu toplantıya çağırır. Genel kurul toplantısına ilişkin çağrı ilanlarında, mektuplarda ve internet sitesi bildiriminde, sermaye azaltılmasına gidilmesinin sebepleri ile azaltmanın amacı ve azaltmanın ne şekilde yapılacağı ayrıntılı bir şekilde ve hesap verme ilkelerine uygun olarak açıklanmalıdır. Daha sonra yönetim kurulu, bu hususları içeren bir raporu genel kurula sunar. Bu rapor, genel kurul tarafından onaylandıktan sonra tescil ve ilan edilir (TTK m.473/1).

Sermayenin azaltılmasına ilişkin genel kurul toplantı ve karar nisapları hakkında TTK m.421/3 hükmü uygulanır (TTK m.473/3). Buna göre, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini (%75) oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla sermayenin azaltılması kararlaştırılabilir.

53 Alper Tanrıverdi, "Sermayenin Azaltılmasına İlişkin Güncel Sorunlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016 (116), s.306; Bilgili/Demirkapı, s.466; Pulaşlı, s.875; Şener, s.558.

54 Bilgili/Demirkapı, s.466; Pulaşlı, s.875; Şener, s.558; Tanrıverdi, s.306.

55 Bilgili/Demirkapı, s.467; Pulaşlı, s.875; Şener, s.558; Tanrıverdi, s.307.

TTK m.474 hükmünde, sermaye azaltılmasına ilişkin genel kurul kararından sonra şirket alacaklılarına çağrıda bulunulması öngörülmüştür[56]. Buna göre, *"Genel kurul esas sermayenin azaltılmasına karar verdiği takdirde, yönetim kurulu, bu kararı şirketin internet sitesine koyduktan başka, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ve aynı zamanda esas sözleşmede öngörüldüğü şekilde, yedişer gün arayla, üç defa ilan eder. İlanda alacaklılara, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesindeki üçüncü ilandan itibaren iki ay içinde, alacaklarını bildirerek bunların ödenmesini veya teminat altına alınmasını isteyebileceklerini belirtir. Şirketçe bilinen alacaklılara ayrıca çağrı mektupları gönderilir"*.

Çağrı üzerine başvuran alacaklılardan, vadesi gelmiş olanların alacakları ödenir[57]. Vadesi henüz gelmemiş olan alacaklar ise teminat altına alınır. Sermayenin azaltılması kararı, alacaklılara verilen sürenin sona ermesinden ve beyan edilen alacakların ödenmesinden ya da teminat altına alınmasından sonra ifa edilebilir (TTK m.475/1). Sermayenin azaltılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin ifası ise tescil işlemine bağlıdır. Yönetim kurulu, genel kurul kararından sonra bütün işlemler tamamlanınca sermayenin azaltılması kararını ticaret siciline tescil ettirir. Dolayısıyla diğer usullerden farklı olarak, genel kurul kararından hemen sonra tescil ettirilmesi söz konusu değildir[58]. Alacaklar ödenmeden veya teminat altına alınmadan sermaye azaltılırsa alacaklılar şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde sermayenin azaltılması işleminin tescilinin ilan edilmesinden itibaren iki yıl içinde sermayenin azaltılmasının iptali davası açabilirler (TTK m.475/1).

Anonim şirketlerin kuruluş aşamasında ilk olarak yapılması gereken şey, esas sözleşmenin hazırlanmasıdır. Esas sözleşme, anonim şirketin temel düzenini belirlemektedir. Bu özelliği sebebiyle kanun koyucu esas sözleşmenin geçerliliğini sıkı şekil şartına tabi kılmış ve zorunlu içeriğini de ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Ancak esas sözleşme, şirketin kuruluşunda hazırlanıp daha sonra değiştirilemez nitelikte değildir. Anonim şirketin içinde bulunduğu şartlara ve ekonomik hayatın gerekliliklerine göre esas sözleşmenin değiştirilmesi ihtiyacı her zaman ortaya çıkabilir.

Kanun koyucu, esas sözleşmenin hazırlanmasında olduğu gibi, değiştirilmesinde de sıkı düzenlemeler getirmiş ve bazı usuller öngörmüştür. Bu noktada "genel değişiklikler" ve "özel değişiklikler" olmak üzere iki tür değişiklik olduğu söylenebilir. Esasen özel değişiklikler başlığı altında

56 Tanrıverdi, s.307.

57 Tanrıverdi, s.307.

58 Bilgili/Demirkapı, s.470.

düzenlenen sermayenin artırılması ve azaltılması konularında da genel değişikliklerde izlenen usul temel alınmaktadır. Yani yönetim kurulunun taslak hazırlaması, gereken durumlarda ilgili kuruluşlardan izin alınması, genel kurulun toplanarak değişiklik kararı alması ve son olarak kararın sicile tescil edilmesi usulü izlenmektedir. Ancak sermaye artırımı ve azaltılmasının taşıdığı önem sebebiyle genel usullerden ayrılarak bazı farklılıklar getirilmiştir. Söz gelimi, sermayenin azaltılmasında alacaklıların beyan ettiği alacakların ödenmesi veya teminat altına alınmasından sonra, sözleşme değişikliği kararı uygulanabilmektedir. Öte yandan esas sözleşme değişikliklerinde yetkili organ genel kurul iken, kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımına yönetim kurulu karar vermektedir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Burak, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.XVIII, S.1, 2014, ss.1-48.

Akdağ Güney, Necla, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin ve Sözleşme Değişikliğinin Tescili ve Tescilin Etkileri", ***REGESTA Ticaret Hukuku Dergisi***, S.1, 2011, s.39-59.

Akkale, Ruveyda Gülmisal, "Kayıtlı Sermaye Yapısı Hakkında Genel Bilgi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Kayıtlı Sermayenin Artırım Usulü", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.XVII, S.1-2, 2013, ss.21-44.

Altaş, Soner, "Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişiklikleri Bakanlık İznine Tabi Şirketlere Dair Değerlendirmeler ve Öneriler", ***Mali Çözüm Dergisi***, Mayıs-Haziran 2015, 85-94.

Altaş, Soner, ***Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler***, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2016.

Bahtiyar, Mehmet, ***Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi***, İstanbul, 2001.

Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred, ***GmbHG-Gesetz***, C.H.BECK, 21.Auflage, Leinen, 2017.

Biçer, Levent, ***Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye***, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010.

Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayınları, 5. Baskı, Bursa, 2017.

Çelik, Aytekin, ***Ticaret Hukuku***, Seçkin Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2017.

Eriş, Gönen, ***Ticari İşletme ve Şirketler***, Cilt III, Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2017.

Henssler, Martin/Strohn, Lutz, ***Gesellschaftrecht***, C.H.BECK, 3.Auflage, Leinen, 2016.

Karasu, Rauf, ***Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi***, Yetkin Yayınları, 2. Bası Ankara, 2015.

Kaya, İlknur, "İmtiyazlı Pay Kavramı ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde İmtiyazlı Paylar", ***Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Prof.Dr.Akar Öcal Armağanı, Eskişehir, 2016, ss.225-245.

Kirtil, Neşe, "İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurulu Toplantısının Yapılması", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.7, S.1, 2005, ss.79-97.

Korkut, Ömer, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.2, 2013, ss.275-285.

Moroğlu, Erdoğan, ***Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği***, Makaleler, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010.

Moroğlu, Erdoğan, ***Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı***, On İki Levha Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2015.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch, C.H.BECK, 4.Auflage, Leinen, 2016.

Oetker, **Hartmut**, ***Kommentar zum Handelsgesetzbuch***, C.H.BECK, 4. Auflage, Leinen, 2015.

Öcal, Şebnem, "Anonim Şirketlerde Ana Sözleşme Değişiklikleri", İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.2, 2007, s.565-602.

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2016.

Reisoğlu, Seza, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Şirketlerle İlgili Başlıca Yeni ve Farklı Düzenlemeleri", ***Türkiye Bankalar Birliği***, 2011, ss.1-47.

Şener, Oruç Hami, ***Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku***, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2017.

Tekinalp, Ünal (Poroy/Çamoğlu), ***Ortaklıklar Hukuku***, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul, 2014.

Yavuz, Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Esas Sözleşme Değişikliği", ***Mali Çözüm Dergisi***, Ocak-Şubat 2012, ss.177-188.

Yargıtay Kararları: Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası.

BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

Av. Esra KAYA[1]

GİRİŞ

Günümüzde küreselleşmenin geldiği boyut şirketlerin ticaret hacimlerinin artmasına ve ekonomik olarak büyümelerine sebep olmakla birlikte şirketleri gerek ülke içindeki gerekse dünyadaki ekonomik krizlerden koruyacak önlemler almaya da mecbur bırakmaktadır. Bu açıdan şirketlerin risk yönetimini gerçekleştirecek bir yapı kurmaları gerekmekte olup bunun da ancak kurumsallaşma ile sağlanacağı kabul edilmektedir. Şirketlerin kurumsallaşması ise ancak kurumsal yönetim ile mümkün olacaktır. Bu açıdan kurumsal yönetim ilkeleri, şirketlerin sürekliliği ve yatırımcının korunması bakımından önemli etkiye sahiptir. Yönetim kurulları ise şirketin yönetim ve karar organı olması sebebiyle kurumsal yönetimin uygulanması açısından kilit önemdedir. Kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında şirket yönetim kurullarında görev alacak bağımsız üyeler, hem şirketin kurumsallaşması hem de yatırımcının korunması bakımından adeta Sermaye Piyasası Kurulu'nun şirket üzerindeki gözüdür.

Çalışmamızda öncelikle, kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin temel esaslara kısaca değinilerek bağımsız yönetim kurulu üyeliği kavramı açıklanacaktır. Daha sonra bağımsız üyenin, yönetim kurulu yapısındaki yeri ile üye seçimi ve bir kişinin bağımsız üye seçilmesi için sahip olması gereken nitelikler açıklanacaktır. Bağımsız üyenin sahip olduğu hak ve yetkiler sayılarak üyenin hukuki ve cezai sorumluluğundan bahsedilecek, son olarak üyeliğin sona ermesine ilişkin esaslar açıklanacaktır.

I-KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ

Kurumsal yönetim ilkeleri, halka açık anonim ortaklıkların yönetim kurulu yapısına ve bağımsız yönetim kurulu üyeliğine ilişkin temel prensipleri düzenlemesi sebebiyle çalışmanın konusu bakımından önem arz etmektedir.

Ülkemizde kurumsal yönetim ilkelerine ve özellikle kurumsal yönetimin gerçekleştirilmesi bakımından kilit önemdeki yönetim kuruluna

---

1 İstanbul Barosu, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi

ilişkin ilk çalışma Türkiye Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Kurumsal Yönetim Çalışma Grubu tarafından 2002 yılında yayınlanan "Kurumsal Yönetim En iyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi" isimli rapordur[2]. Bunun ardından 2003 yılında Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ilk kurumsal yönetim ilkeleri yayınlanmış, 2005 yılında ise ilkeler revize edilerek yeniden yayınlanmıştır. SPK'nın yayınladığı kurumsal yönetim ilkeleri kurumsal yönetimi bütün yönleriyle ele alması bakımından o tarih itibariyle ülkemizde düzenlenmiş en geniş kapsamlı kurumsal yönetim kodu olmuştur[3]. SPK 2011 yılında Seri IV, No:54 sayılı tebliği ile kurumsal yönetim ilkeleri ilk kez bir tebliğ olarak yayınlanmıştır, yine aynı yıl içerisinde yapılan değişiklik ile tebliğin ekinde kurumsal yönetim ilkeleri belirlenmiş ve uygulama bakımından bir kısmı zorunlu tutulmuştur[4]. 2012 yılı başında SPK tarafından Seri: IV, No:57 sayılı tebliğ ile aynı yıl içerisinde sırasıyla Seri: IV, No:60 ve 61 sayılı tebliğler ile 2013 yılı başında Seri: IV, No:63 sayılı tebliğ yayınlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1529. maddesi ile halka açık anonim ortaklıklar tarafından uyulması gereken kurumsal yönetim ilkeleri ve uygulama esaslarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesi ile kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin temel prensipler tespit edilerek kurumsal yönetim ilkelerinin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi Sermaye Piyasası Kurulu'na bırakılmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu ise II-17.1 numaralı Kurumsal Yönetim Tebliği ile halka açık anonim ortaklıkların kurumsal yönetime ilişkin yapı ve süreçlerini belirleme ve uygulama sürecinde esas alacakları kurumsal yönetim ilkelerini düzenlemiştir (Tebliğ m. 4).

Kurumsal Yönetim Tebliği uyarınca, kurumsal yönetim ilkelerinin bir kısmı bakımından bu ilkelerin kabul edilmesi ve uygulanması tüm borsa şirketleri için zorunludur. Tüm borsa şirketleri tarafından uygulanması gereken ilkeler, Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 5. maddesinde belirlenmiştir. Bunlardan zorunlu olarak uygulanacak olanların belirlenmesi ve gözetimi açısından payları borsada işlem gören şirketler, piyasa değerleri ve fiili dolaşımdaki paylarının piyasa değerlerine göre üç gruba ayrılmıştır (Tebliğ m.5). Birinci grupta, *piyasa değerinin ortalaması 3 milyar TL'nin ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerinin ortalaması 750 milyon*

2 Korkut ÖZKORKUT, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara-2007, s. 133. H. Erdal DEMİR, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, İstanbul-2013, s.20.

3 DEMİR, s. 20.

4 DEMİR, s. 21.

TL'nin üzerinde olan ortaklıklar yer almaktadır. İkinci grupta, birinci grupta yer alan ortaklıklardan, piyasa değerinin ortalaması 1 milyar TL'nin ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerinin ortalaması 250 milyon TL'nin üzerinde olan ortaklıklar, üçüncü grupta ise birinci ve ikinci gruba dahil olan ortaklıklar dışında kalan payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar ve Kurumsal Ürünler Pazarında işlem gören diğer ortaklıklar yer almaktadır. Kurumsal yönetim ilkelerinden uygulaması zorunlu olanların belirlenmesi ve gözetiminde bu gruplar dikkate alınmakta, istisnalar ve zorunlu uygulamalar gruplara göre belirlenmektedir (Tebliğ m.5). Tebliğ'in 5. maddesinde sayılanların dışında kalan ilkelerin uygulanması zorunlu olmamakla birlikte bu ilkeleri uygulamayan borsa şirketlerinin, uygulamama gerekçeleri ile birlikte bu durum hakkında Kurumsal Yönetim İlkelerine uyum raporu hazırlamaları ve Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda açıklamaları gerekmektedir (Tebliğ m.8). Bu sebeple, SPK'nın genel itibariyle Kurumsal Yönetim Tebliği ile "uygula, uygulamıyorsan açıkla" prensibini kabul ettiğini söylemek mümkündür[5].

Kurumsal yönetim ilkeleri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenip ilan edilmiş olmakla borsaya kote ortaklıklar bakımından uygulama alanı bulacak olsa da halka açık olmayan ortaklıklar ya da kamu kurum ve kuruluşları tarafından benimsenip uygulanmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır[6]. Kurumsal yönetim ilkelerinin benimsenip uygulanması ticari ilişkilerin daha güvenli ve profesyonel bir ortamda yürütülmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple de Türk Ticaret Kanunu'nda kurumsal yönetim ilkelerinin etkilerinin bulunduğundan bahsedebiliriz. Örnek vermek gerekirse, TTK m.1524 ile bağımsız denetime tabi şirketler bakımından getirilen internet sitesi kurma zorunluluğu, TTK m. 1527 ile getirilen şirket genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılma imkanı, azınlık pay sahiplerinin hakları bakımından yapılan iyileştirmeler sayılabilir.

Kurumsal yönetim, yönetimde ortaya çıkabilecek idari suiistimallerin, hataların, çıkar çatışmalarının ve ***güç boşluğu*** ve benzeri ortaklık işleyişine ilişkin sorunların çözümünü ve şirketin en iyi şekilde sevk ve idaresini amaçlayan yönetim sistemi olarak tanımlanmaktadır[7].

---

5 DEMİR, s. 41-42.

6 ÖZKORKUT, s. 143.

7 Ali PASLI, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul-2005, s. 35. Hasan PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara-2011, Cilt-I, s. 874.

Yönetim Kurulu, kurumsal yönetimin esaslı noktası olarak kabul edildiğinden kurumsal yönetim ile hedeflenen amacın ancak bağımsız yönetim ve bunun gereği olarak da bağımsız yönetim kurulu üyeleri ile gerçekleştirilebileceği açık olup şirket yönetiminin yetkin ve profesyonel kişilerden oluşması kurumsallaşma ve sürdürülebilirlik açısından oldukça önemlidir[8]. Bu sebeple de yönetim kurulu, kurumsal yönetim ilkeleri içerisinde ayrı bir başlıkta ele alınmış bağımsız yönetim kurulu üyeliğine ilişkin esaslar da burada düzenlenmiştir.

II- BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

A- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesi Kavramı

Bağımsız yönetim kurulu üyeliğine, Kurumsal Yönetim İlkelerinde büyük önem verilmekle birlikte bağımsız yönetim kurulu üyeliğine ilişkin herhangi bir tanım yapılmadığı gibi doktrinde de tanım açısından fikir birliğine varılabilmiş değildir[9]. ***ÇAMOĞLU***'na göre, bağımsız yönetim kurulu üyeleri, şirketle ve şirketin egemen ortakları ile herhangi bir menfaat ilişkisi içerisinde olmayan, mesleki bilgi ve tecrübesi doğrultusunda özgür iradesi ile oyunu ortakların ve ilgili grupların menfaati yönünde kullanma yetkinliğine sahip tarafsız üyelerdir[10]. ***DOĞAN***'a göre, bağımsız yönetim kurulu üyeliği; şirketin, pay ve menfaat sahiplerinin çıkarlarının en üst seviyede tutulmasını ve kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasını temin etmek üzere, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yerine getirebilecek kişilerden seçilmek üzere ihdas edilmiştir[11].

PASLI'ya göre bağımsız yönetim kurulu üyeleri, ortaklığın günlük işlerine ve özellikle de işletme yapılanmasına dâhil olmaması sebebiyle şirket yönetimine, işletme yapılanmasının ve hatta yönetim kurulunun performansını denetlemede objektif bir yaklaşım getirme ayrıca menfaat sahipleri ile şirket işleyişi arasında meydana gelebilecek çıkar çatışmalarında arabulucu olma fonksiyonuna sahiptir[12].

---

8 N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN, Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara-2013, s. 28. Reha POROY-Ünal TEKİNALP-Ersin ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul-2014, 548c.

9 Beşir Fatih DOĞAN, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul-2011, s.69. ODMAN BOZTOSUN, s. 58 vd.

10 ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), 548c.

11 DOĞAN, s. 69.

12 PASLI, s. 317-318.

B- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesinin Görev Süresi

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin görev süresi, KYİ'nin 4.3.5 numaralı maddesinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 362. maddesinde yer alan düzenlemeye paralel olarak, en fazla 3 yıl olarak düzenlenmiştir, esas sözleşmeye koyulacak bir hükümle bu sürenin 3 yıldan az olacak şekilde belirlenmesi mümkündür[13]. Görev süresi dolan üyenin, bağımsızlık ölçütlerini sağladığı ve esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde tekrar aday gösterilerek seçilmesi mümkündür[14]. Bağımsız yönetim kurulu üyesinin seçimiyle ilgili genel kurul toplantısında, görev süresine ilişkin bir belirleme yapılmamış ise bağımsız üyenin görev süresinin bir faaliyet yılı olduğu kabul edilmektedir[15].

C- Bağımsız Üyenin Yönetim Kurulu Yapısındaki Yeri

KYİ'nin 4.3.1 numaralı maddesinde yer alan düzenlemeye göre halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulu en az beş üyeden oluşmaktadır, hızlı ve mantıklı kararlar almak ve komitelerin etkin bir şekilde oluşturulup çalışmasını sağlamak amacıyla üye sayının artırılması mümkündür. Yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gerekmektedir. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri de icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri arasında görevlerini yürütmektedir (KYİ m. 4.3.3).

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu üyeliği dışında şirket nezdinde herhangi bir idari görevi bulunmayan ya da kendisine bağlı icrai olarak görevlendirilmiş birim bulunmayan, şirketin günlük işleyişinde ve olağan faaliyetlerinde söz sahibi olmayan kişilerdir. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, her ne kadar karar alma aşamasında yetkili olsa da şirket işleri konusunda alınan yönetim kurulu kararlarını uygulama bakımından yetki sahibi değildir[16].

Yönetim kurulunun, görev ve sorumluluklarını gereği gibi ve sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmek amacıyla KYİ m. 4.5 kapsamında oluşturduğu komitelerin başkanlıklarına bağımsız yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi, denetimden sorumlu komitelerde yer alan tüm üyelerin bağımsız üye niteliğinde olması gerekmektedir.

---

13 Güzin ÜÇIŞIK-Aydın ÇELİK, Anonim Ortaklıklar Hukuku, Ankara-2013, I. Cilt,, s. 395. Mehmet BAHTİYAR, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul-2014, s. 220.

14 PULAŞLI, s. 940.

15 ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 379.

16 DEMİR, s. 61.

KYİ'nin 4.3.4 numaralı maddesi ile bağımsız yönetim kurulu üyesi sayısının, yönetim kurulu üyelerinin toplam sayısının 1/3'ünden az olamayacağı, hesaplamanın küsuratlı olması halinde ise küsuratın izleyen tam sayıya tamamlanarak üye sayısının buna göre belirlenmesi her halde iki üyeden az olmaması gerektiği düzenlenmiştir[17].

D-Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesinin Mali Hakları

Bağımsız yönetim kurulu üyelerine, görevleri sebebiyle ödeme yapılması mümkündür. Ancak yapılacak ödemenin ve miktarının belirlenmesinde kar payı, pay opsiyonları, şirketin performansına dayalı ödeme planının kullanılması mümkün değildir (KYİ m.4.6.3). Şirket hisselerinin borsada gösterdiği performans üzerine kurulu bir ödeme düzeni belirlenmesinin ya da hisse opsiyonu tanınmasının üyenin bağımsızlığına büyük ölçüde gölge düşüreceği, hatta şirket ile bağımsız üye arasında bir bağ kurulmasına sebebiyet vereceği çekincesiyle anılan hüküm getirilerek Kurul tarafından bu durumun önüne geçilmesi amaçlanmıştır[18].

Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ödenecek ücretlerin, üyenin bağımsızlığına gölge düşürmeyecek, bağımsız üye ve şirket ya da menfaat sahipleri arasındaki dengeyi bozmayacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir[19]. Bu sebeple, doktrinde bağımsız yönetim kurulu üyesine sabit bir ücret ve buna ek olarak makul ve miktarı belirli bir huzur hakkı ödemesi yapılabileceği önerilmektedir[20].

Bağımsız yönetim kurulu üyesine ödenecek ücret ve/veya huzur hakkı tutarı esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenecektir (TTK m.394). Yönetim Kurulu üyelerinin ücretlerinin, huzur haklarının, prim ve ikramiye gibi haklarının belirlenmesi genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır (TTK m.408).

III- BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN NİTELİKLERİ

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin sahip olması gereken nitelikler KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesinde sayılmak suretiyle düzenlenmiştir. İlkelerde belirlenen kriterlerin tamamının bağımsız üyede mevcut olması ve görev süresi boyunca da muhafaza edilmesi gerekmektedir[21]. Belirle-

17 Bağımsız yönetim kurulu üye sayının belirlenmesi açısından kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına getirilen istisnalar için Bkz. Kurumsal Yönetim Tebliği m. 6.

18 DEMİR, s. 169-170.

19 DOĞAN, s. 71.

20 DEMİR, s. 126.

21 ODMAN BOZTOSUN, s. 61.

nen ölçütlerin üyelik devam ettiği sırada ortadan kalkması, ileride açıklanacağı üzere, üyeliğin sonra erme sebebidir.

A- Bağımsız Üye ve Akrabalarının Şirket ile İlişkili Olmaması

Bağımsız üyeliğe ilişkin ilk kriter KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesinin a bendinde düzenlenmiştir. Buna göre bağımsız üye seçilebilmek ve bu göreve devam edebilmek için, *şirket, şirketin yönetim kontrolü ya da önemli derecede etki sahibi olduğu ortaklıklar ile şirketin yönetim kontrolünü elinde bulunduran veya şirkette önemli derecede etki sahibi olan ortaklar ve bu ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu tüzel kişiler ile kendisi, eşi ve ikinci dereceye kadar kan ve sıhri hısımları*[22] *arasında; son beş yıl içinde önemli görev ve sorumluluklar üstlenecek yönetici pozisyonunda istihdam ilişkisinin bulunmaması, sermaye veya oy haklarının veya imtiyazlı payların %5'inden fazlasına birlikte veya tek başına sahip olunmaması ya da önemli nitelikte ticari ilişkinin kurulmamış olması" gerekmektedir.*

Belirtilen düzenleme ile bağımsız yönetim kurulu üyesinin ve ikinci dereceye kadar kan ve kayın hısımlarının, görev yaptığı şirket ile arasındaki ilişkilerin sınırlandırılması öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme, belirlenen akrabalık sınırı, süre ve aradaki ilişkinin niteliği açısından doktrinde eleştirilmekte ve uygulama bakımından farklı yorumlanmaya müsait bulunmaktadır[23]. Örneğin, şirketin önemli nitelikte ticari ilişki içerisinde olduğu bir başka şirkette önemli sorumluluklar üstlenecek şekilde yönetici pozisyonda çalışan kişi, bağımsız üyenin hiçbir kişisel ilişki içinde bulunmadığı baldızı olduğu takdirde bağımsızlık ortadan kalkmasına rağmen bu kişi üyenin amcası olduğu takdirde bağımsızlık kriteri etkilenmemiş olacaktır[24]. Süre bakımından getirilen eleştiri ise kişinin, bağımsız üye olarak görev yapacağı şirketteki önemli ve yüksek orandaki payını üye seçilmeden altı yıl önce devretmiş ancak buna rağmen, şirket üzerindeki ağırlığını kaybetmemiş olması halinde bağımsızlık kriterinin sağlanıp sağlanmadığı hususunun yoruma açık olmasına gelmektedir[25]. Ayrıca düzenlemede, taraflar arasındaki ilişkinin niteliği, ne orandaki ticari ilişkinin ya da pay sahipliğinin bağımsızlığı etkileyeceğinin yoruma açık bırakıldığı hususu eleştirilen başka bir noktadır[26].

22 Kan ve kayın/sıhri hısımlığı TMK'nın 17 ve 18. maddelerinde düzenlenmektedir. Birinci ve ikinci derece kan hısımları, çocuğu, anne ve babası, kardeşi, torunu, büyükanne ve büyükbabasıdır. Kayın/sıhri hısımlığı ise eşe göre belirlenmekte olup bir eşin kan hısımları diğer eşe aynı dereceden kayın hısım olmaktadır. Bkz. Serap HELVACI, Gerçek Kişiler, İstanbul-2007, s. 59 vd.

23 ODMAN BOZTOSUN, s. 66-67.

24 Örnekler için Bkz. ODMAN BOZTOSUN, s. 66.

25 ODMAN BOZTOSUN, s. 66.

26 ODMAN BOZTOSUN, s. 66-67.

B- Danışman ve Tedarikçi Şirketler İle İlişkili Olmama

1- Denetim, Derecelendirme ve Danışmanlık Hizmeti Veren Şirketler Bakımından

KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesinin b bendine göre bağımsız üyenin, son beş yıl içerisinde şirketin vergi denetimi, kanuni denetimi ve iç denetimi dahil olmak üzere, denetimi, derecelendirilmesi ve danışmanlığı hususunda hizmet veren şirketlerde, hizmetin alındığı dönemde, %5 ve üzeri ortak, yönetim kurulu üyesi veya önemli görev ve sorumluluk üstlenecek şekilde yönetici olarak çalışmamış olması gerekmektedir[27].

Anılan düzenleme, şirketin denetimini, derecelendirmesini ya da danışmanlığını yapan şirkette çalışmış bir üyenin, çalıştığı süre boyunca şirketle ilgili edindiği olumsuz ve/veya gizli bilgileri yönetim kurulu üyeliği görevinde kullanmasının önüne geçebilmek için getirilmiştir[28]. Düzenlemenin bir diğer amacı ise şirketin hizmet aldığı bağımsız denetim şirketleri ya da yeminli mali müşavirlik hizmeti veren şirketler gibi şirketlerin çalışan ve yöneticilerinin, bağımsız üye adayı temin etme bakımından aday gösterme komitelerinin ilk başvuru noktası olmasının önüne geçilmek istenmesidir[29].

Bu kritere göre üyenin bağımsızlığının değerlendirilmesinde, hizmet alınan şirket ile bağımsız üyenin görev yapacağı şirketler arasında sürekli ilişki bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Bir görüşe göre, bu kriterin katı uygulanmaması, örneğin bir kişinin beş yıl içerisindeki herhangi bir dönemde, yalnızca belirli bir alana yönelik ve belirli bir konuda şirkete danışmanlık vermiş olmasının bağımsız üye olarak seçilmesine engel olmaması gerektiği belirtilmektedir[30].

2- Mal ve Hizmet Temin Edilen Tedarikçi Firmalar Bakımından

KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesinin b bendine göre bağımsız üyenin, son beş yıl içerisinde şirketin önemli ölçüde[31] hizmet veya ürün satın aldığı ya da sattığı şirketlerde, hizmetin veya ürünün satın alındığı ya da

27 ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 392.

28 DEMİR, s. 85.

29 ODMAN BOZTOSUN, s. 67. Aday gösterme komitesi, bağımsız yönetim kurulu üyesi adaylarının yönetim kuruluna seçilme ilkelerini tespit eder ve aday listelerini bu ilkelere göre belirler. Aday gösterme komitesine ayrıca şirketin üst düzey yönetim kadrolarına aday olanların değerlendirilmesi ve seçimi görevi de verilebilir. PULAŞLI, s. 879.

30 ODMAN BOZTOSUN, s. 67.

31 "Önemli ölçüde" ifadesi ile ifade edilmek istenenin ne olduğu, hangi işlemlerin önemli kabul edileceği hususunun mevzuatta belirsiz olduğuna ilişkin eleştiri ve şirketin sermaye ya da cirosuna bağlı bir oranın öngörülebileceğine ilişkin çözüm önerisi için Bkz. ODMAN BOZTOSUN, s. 68.

satıldığı dönemde, %5 ve üzeri ortak, yönetim kurulu üyesi veya önemli görev ve sorumluluk üstlenecek şekilde yönetici olarak çalışmamış olması gerekmektedir. Söz konusu süre içerisinde karşılıklı alım-satım ve/veya hizmet ilişkisinin sürekliliği belirleyicidir[32].

C- Mesleki Yeterlilik ve Tecrübe

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin görevini gereği gibi yerine getirebilmesi için uygun mesleki eğitime, bilgi ve tecrübeye sahip olması gerektiği açıktır. Bu gereklilik de bağımsızlık yönetim kurulu üyesi seçilebilme şartı olarak KYİ m. 4.3.6/c'de düzenlenmiştir. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin şirketin yönetimini stratejik açıdan yürütebilecek donanıma sahip olması ve şirketin yönetiminde profesyonelliğin sağlanması kurumsal yönetimin gerçekleşmesi açısından önem arz etmektedir[33].

Bağımsız üyenin, şirket yönetim kuruluna objektif bir yaklaşım getirme ve bazı kararlar bakımından karar alma sürecinde belirleyeci olma rolü sebebiyle amaca uygunluk yönünden yetkinlik gerekli bir koşuldur. Ancak bağımsız üyenin, şirketin karşılaştığı her konuda mesleki ve teknik açıdan uzmanlığa sahip olması beklenmemelidir. Bağımsız üyeden beklenen, şirketin ana faaliyet konusu, temel finansal ve hukuki özellikleri bakımından diğer üyeleri yönlendirecek niteliğe ve yetkinliğe sahip olmasıdır[34].

Ç- Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Tam Zamanlı Çalışmama

KYİ m. 4.3.6/ç bendindeki düzenlemeye göre, bağımsız yönetim kurulu üyesinin üye olarak seçildikten sonra kamu kurum ve kuruluşlarında tam zamanlı çalışmaması gerekmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarında tam zamanlı çalışma aday gösterilmeye engel değildir, ancak adayların üye olarak seçilmeleri halinde bağlı oldukları mevzuata uygun olması şartıyla yarı zamanlı çalışmaya geçmeleri ya da bu görevlerinden ayrılmaları gerekmektedir[35]. Söz konusu düzenlemenin tek istinası üniversite öğretim üyeleri olup tam zamanlı görev yapan öğretim üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak görev yapması mümkündür.

32 ODMAN BOZTOSUN, s. 68.

33 ODMAN BOZTOSUN, s. 63. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen yönetim kurulu üyelerine ilişkin hükümlerin yeterli olduğu, yönetim kurulu üyesi olarak görev yapmak üzere seçilen kişinin her halde gerekli eğitim ve tecrübeyi haiz olması gerektiği, KYİ'de ayrıca bir düzenlemeye gerek bulunmadığına ilişkin eleştiri için Bkz. DEMİR, s. 88-89.

34 Çağlar MANAVGAT, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara-2014, Cilt XXX-Sayı 1, s. 56.

35 ODMAN BOZTOSUN, s. 62. ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 392

D- Türkiye'de Yerleşik Sayılma

Yönetim kuruluna bağımsız üye olarak seçilen kişilerin, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na göre Türkiye'de yerleşik sayılmaları gerekmektedir (KYİ m. 4.3.6/d). Gelir Vergisi Kanunu'nda yerleşik sayılma şartları sürekli kalma niyetiyle Türkiye'de oturma ve bir takvim yılı içerisinde devamlı olarak altı aydan fazla Türkiye'de oturma şeklinde belirlenmiştir.

Türkiye'de yerleşik sayılma şartını yönetim kurulu bağımsız üyelerinin tamamının taşıması gerekmemekte olup bağımsız üyelerden en az yarısının Türkiye'de yerleşik sayılması yeterli kabul edilmektedir (Tebliğ m.5/b.6) .

E- Etik Değerlere Bağlılık ve Tarafsızlık

KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesinin e bendinde, bağımsız üyenin ***şirket faaliyetlerine olumlu katkılarda bulunabilecek, şirket ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarında tarafsızlığını koruyabilecek, menfaat sahiplerinin haklarını dikkate alarak özgürce karar verebilecek güçlü etik standartlara, mesleki itibara ve tecrübeye sahip olması*** kriteri getirilmiştir.

Menfaat sahiplerinin haklarını gözetme ve çıkar çatışmalarında tarafsız davranma yükümlülüğü getirilmesi gerek kurumsal yönetim ilkelerinin hayata geçirilmesi gerekse yönetim kurulunda bağımsız üyenin varlığı ile hedeflenen amaca ulaşılması bakımından gerekli bir düzenleme olarak kabul edilmektedir[36].

Bağımsız üyenin, görevini yerine getirme bakımından mesleki itibara ve tecrübeye sahip olması gerekliliğinden bahsedilmesi ise 4.3.6. numaralı maddenin c bendinde yer alan düzenlemenin tekrarı gibi olsa da kanaatimce Kurul'un bağımsız yönetim kurulu üyesine atfettiği öneme ilişkin bir gösterge niteliğindedir.

F- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliğine Ayrılan Zaman

KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesinin f bendi ile, ç bendine paralel bir düzenleme getirilerek bağımsız üyenin, yönetim kurulu üyeliğinden kaynaklanan görevlerini gereği gibi yerine getirebilecek ve şirketin faaliyetlerinin gidişatını takip edebilecek ölçüde şirket işlerine zaman ayırması gerektiği öngörülmüştür[37]. Bu düzenleme ile bağımsız yönetim kurulu

36 DEMİR, s. 94.
37 ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 392.

üyeliğinin önemine bir kez daha dikkat çekilerek, görevin ciddiyeti vurgulanmıştır[38]. Bununla birlikte, suistimallerin önüne geçilmesi, üyelerin görevlerini gereği gibi yerine getirmelerine imkan vermeyecek şekilde ve fazla sayıda şirkette görev almasının önüne geçilmesi bakımından düzenlemenin etik anlamında da önemi bulunmaktadır[39].

G- Yönetim Kurulu Üyeliğindeki Önceki Görev Süreleri

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin şirketin yönetim kurulunda son on yıllık dönem içinde altı yıldan fazla yönetim kurulu üyeliği yapmamış olması gerekmektedir (KYİ m.4.3.6/g). Yönetim kurulu üyesi olarak seçilen kişinin bağımsız hareket edebilmesi bakımından şirkette daha önce yönetim kurulu üyesi olarak görev yapmamış olması önemlidir, üyenin icra yetkisi olmadan dahi görev yapmış olması bağımsızlığını gölgeleyecektir[40]. Bu hüküm doktrinde, şirket birleşme ve devralmaları yoluyla tüzel kişiliğin değişikliğe uğraması halinde bu kuralın uygulanıp uygulanmayacağı hususuna ilişkin bir açıklık bulunmaması nedeniyle eleştirilmektedir[41].

Burada gündeme gelebilecek bir diğer belirsizlik ise bağımsız üye adayının şirket yönetim kurulunda tüzel kişi temsilcisi olarak görev yapmış olma halidir. Bu durumda, bağımsız üye adayının şirket yönetim kurulunda son on yıllık dönemde altı yılı aşacak şekilde yönetim kuruluna seçilen tüzel kişiyi temsilen görev yapması halinde bağımsızlık kriterini sağladığı kabul edilebilecek midir? Kanaatimce bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekecektir, zira tüzel kişi temsilcisi sıfatıyla adeta bir yönetim kurulu üyesi gibi hareket etmiş, karar alma ve uygulama bakımından yönetime katılmış ve hatta yönetim kurulu üyelerine tanınan maddi haklardan faydalanmış olan gerçek kişinin kurumsal yönetim ilkeleri ile amaçlanan bağımsızlığı sağlamayacağı değerlendirilmelidir.

Ğ- Bağımsız Üye Olarak Görev Yapılan Şirket Sayısına İlişkin Sınırlama

KYİ'nin 4.3.6 maddesinin ğ bendi ile bağımsız yönetim kurulu üyesinin görev yapabileceği şirketlere nitelik ve sayı bakımından sınırlama getirilmiştir. Buna göre bir üyenin, şirketin veya şirketin yönetim kontrolüne sahip ortaklarının yönetim kontrolünü elinde bulundurduğu diğer şirketlerle birlikte üçten fazlasında ve toplamda borsada işlem gören şirket-

38 DEMİR, s. 95.
39 ODMAN BOZTOSUN, s. 63-64.
40 DOĞAN, s. 73.
41 ODMAN BOZTOSUN, s. 64-65.

lerin beşten fazlasında görev yapmaması gerekmektedir. Kanaatimce bu düzenleme de e ve f bendlerinde yapılan düzenlemelerin uygulanmasını sağlamak bakımından önem arz etmektedir; bağımsız üyenin görev yapabileceği şirket sayısına üst sınır getirmek suretiyle görevinin gereklerini yerine getirecek kadar şirket işlerine zaman ayırması sağlanacaktır. Bununla birlikte, şirket ve/veya ortaklarının yönetimde söz sahibi olduğu şirketlerde üye olma bakımından da sınırlama getirilerek gündeme gelebilecek çıkar çatışmalarında tarafsızlığın korunması sağlanmış olacaktır.

H- Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Seçilen Tüzel Kişi Adına Tescil İlan Ve İlan Edilmemiş Olma

TTK'nın 359. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilmeleri mümkündür; bir tüzel kişinin yönetim kuruluna üye olarak seçilmesi halinde, tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişinin de tüzel kişiyi temsil etmek üzere, tüzel kişi ile birlikte tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir.

Tüzel kişiyi temsil etmek üzere tescil ve ilan edilen gerçek kişinin, aynı yönetim kuruluna bağımsız üye olarak seçilmesi mümkün değildir. KYİ'nin 4.3.6 maddesinin h bendinde yer alan düzenlemeye göre bağımsız üyenin, yönetim kurulu üyesi seçilen bir tüzel kişi adına tescil ve ilan edilmemiş olmaması gerekmektedir.

IV- BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN SEÇİMİ

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin seçimi diğer yönetim kurulu üyelerinin seçiminden farklı bir yönteme tabidir. Bağımsız yönetim kurulu üyesinin seçilmesine ilişkin kurallar Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.3.7 numaralı maddesinde düzenlenmiş olup halka açık anonim ortaklıklar tarafından bu kurallara uyulması zorunludur (Tebliğ m.5).

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin seçimi bakımından ilk aşama bağımsız yönetim kurulu üyesi adaylarının aday gösterme komitesi tarafından belirlenmesidir[42]. Bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak seçilmek üzere aday teklifinde bulunmak isteyenlerin öncelikle aday gösterme komitesine başvurması gerekmektedir; şirket yatırımcıları ve yönetimi de adaylık tekliflerini bu komiteye bildirecektir. Aday gösterme komitesinin, ilan vermek, bilgi havuzlarından yararlanmak, insan kaynakları şirketlerinden danışmanlık almak gibi imkanlardan faydalanmak suretiyle de

42 DEMİR, s. 96. ODMAN BOZTOSUN, s. 52.

bağımsız yönetim kurulu üyesi adayı belirlemesi mümkündür[43]. Aday gösterme komitesi, kendisine iletilen adaylık teklifleri ile kendi belirlediği adayları KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesinde düzenlenen bağımsızlık kriterleri bakımından inceleyerek değerlendirmelerini bir rapor halinde şirketin yönetim kurulunun onayına sunar (KYİ m. 4.3.7.f.1)[44].

Bağımsız yönetim kurulu üyesi adayı olarak komiteye bildirilen adayın, aday gösterildiği sırada komiteye sunmakla yükümlü olduğu bir beyan bulunmaktadır. Aday, bu beyan ile ilgili mevzuat, esas sözleşme ve KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesi ile düzenlenen bağımsızlık kriterlerini taşıdığını taahhüt edecektir. Bağımsız yönetim kurulu üyesi adayından alınan bu beyan, ileride üyenin bağımsızlığı konusunda bir ihtilaf çıkması halinde yatırımcılar ile menfaat sahiplerinin husumet yöneltebileceği kişilere ek olması açısından ve üyenin bağımsız olmadığının ortaya çıkması halinde şirketin bir zarara uğraması durumunda ilgili üyenin sorumluluğuna gidebilmek açısından da önemlidir[45]. Yine bu beyan, aday gösterme komitesinin aday tekliflerini inceleme aşamasındaki işini kolaylaştırmak açısından da pratiklik sağlamaktadır[46].

Aday gösterme komitesi tarafından sunulan rapora istinaden yönetim kurulu bir aday listesi hazırlayarak planlanan genel kurul toplantı tarihinden en az 60 gün önce olmak üzere, değerlendirilmesi için Sermaye Piyasası Kuruluna tebliğ eder. Kurul'a teslim edilen yönetim kurulu kararı ekinde aday gösterme komitesi tarafından hazırlanan raporun da yer alması gerekmektedir (KYİ m.4.3.7.f.3). Kurul, KYİ'nin 4.3.6 numaralı maddesinde düzenlenen bağımsızlık kriterleri ile sınırlı olmak üzere bir değerlendirme yaparak, olumsuz bir görüşe varması halinde listenin Kurul'a tebliği tarihinden itibaren 30 gün içerisinde olumsuz görüşünü şirkete bildirir[47]. Burada Kurul'un görevi bağımsızlık kriterlerinin varlığı bakımından yapılacak denetimle sınırlı olup farklı bir sebeple üye seçimine müdahale etmesi mümkün değildir[48]. Kurul'un olumsuz görüş vermesi halinde, hakkında olumsuz görüş bildirdiği kişi genel kurul toplantısında bağımsız üye adayı olarak sunulamayacaktır. Ancak, olumsuz görüş bildirilen kişilerle aynı listede yer almasına rağmen hakkında olumsuz görüş bildirilmeyen kişilerin genel kurul toplantısında aday olarak gösterilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır, zira bağımsızlık niteliği adayın

43 ODMAN BOZTOSUN, s. 52.
44 ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 384-385.
45 DEMİR, s. 96-97.
46 DEMİR, s.96.
47 ODMAN BOZTOSUN, s. 53.
48 MANAVGAT, s. 53

kendisine özgü bir unsur olduğundan Kurul'un olumsuz görüşü tüm aday listesi bakımından değil yalnızca hakkında olumsuz görüş bildirilen adaylar bakımından değerlendirilecektir[49].

Şirket, belirtilen şekilde kesinleşen aday listesini, adaylığı kabul edilmeyen kişileri de eklemek suretiyle en geç genel kurul toplantı ilanı ile birlikte Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda açıklar. KAP'ta yapılan açıklamaya ek olarak, genel kurul toplantı ilanının şirketin kurumsal internet sitesinde de yayınlanması ve yönetim kurulu üyeliği adaylığı bildirilen kişilerin özgeçmişlerinin, son on yıl içerisinde yürüttüğü görevlerin, bu görevlerden ayrılma sebeplerinin, ortaklığın ilişkili tarafları ile ilişkisinin niteliği ile önem düzeyinin, bağımsızlık niteliklerine ilişkin bilginin, bu kişilerin yönetim kuruluna seçilmesi halinde ortaklık faaliyetlerini etkileyebilecek benzeri hususlara ilanda yer verilmesi gerekmektedir (KYİ m. 1.3.1/c).

Bağımsız yönetim kurulu üyesi atanmasına ilişkin genel kurul kararı, karşı oylar ve gerekçelerini de içerecek şekilde şirketin kurumsal internet sitesinde açıklanır.

V- BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İŞLEVLERİ

TTK'da kapsamında tüm yönetim kurulu üyelerine tanınan hak ve yetkilere ek olarak Sermaye Piyasası mevzuatında bağımsız yönetim kurulu üyelerine, görevleri ve nitelikleri ile bu üyelerden beklenen amaç gereği, bir kısım ek yetkiler tanınmıştır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu kararı gerektiren ilişkili taraf işlemleri, önemli nitelikte işlemler ve şirket tarafından üçüncü kişiler lehine güvence verilmesi işlemlerinde yönetim kurulu kararının uygulanmasını önleyebilme olanağı bulunmaktadır[50]. Bağımsız yönetim kurulu üyesinin sahip olduğu bu yetki bakımından esas prensip, üyenin tarafsız ve yatırımcıları mağdur etmeyecek şekilde hareket etmesi olup hakkın her seferinde fiilen kullanılmasından ziyade bir caydırma mekanizması olarak kabul edilerek kötü niyetli ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek kararların önüne geçilmesidir[51].

A- İlişkili Taraf İşlemleri Bakımından İşlevi

Halka açık anonim ortaklıkların malvarlığının korunmasını teminen, ilişkili taraf işlemleri önem arz etmektedir. Yönetimde kontrole sahip olan

49 DEMİR, s. 97.
50 ODMAN BOZTOSUN, s. 103.
51 ODMAN BOZTOSUN, s. 103.

ortakların, ortaklığın karar almasındaki etkisini kullanmak suretiyle gerek kendisine gerekse ilişkili diğer taraflara çıkar sağlaması ortaklık malvarlığının kötüye kullanılması yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır[52]. Bağımsız yönetim kurulu üyesine ilişkili taraf işlemlerine ilişkin karar alma sürecinde yüklenen işlev, şirket ile menfaat sahipleri arasında çıkar çatışması ortaya çıkaracak işlemlerde ortaklığın malvarlığını koruma amacına hizmet etmektedir[53].

Bağımsız yönetim kurulu üyesi, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak alınacak yönetim kurulu kararlarında kilit bir öneme sahiptir, bu kararların geçerliliği bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayına bağlıdır[54]. SerPK'nın 17. maddesinin 3. fıkrasına göre, *halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur. Söz konusu yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurul üyelerinin çoğunluğunun onayı aranır.*

*Kurumsal Yönetim Teb*liği'nin 9. maddesinde ise ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek işlemler ayrıca düzenlenerek bu kapsama halka açık anonim ortaklıkların bağlı ortaklıkları da alınmıştır[55].

SerPK m.17 ve Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 9. maddesinde yer alan düzenlemenin temelini oluşturan "ilişkili taraf" ve "ilişkili taraf işlemleri"'nin neler olduğu, tebliğin 3/g maddesi göndermesi ile Türkiye Muhasebe Standartlarına göre tespit edilecektir. Türkiye Muhasebe Standartlarının 24. maddesinde yer alan düzenlemeye göre ilişkili taraf özetle, şirket tarafından kontrol edilen, şirketi kontrol eden, şirket üzerinde önemli derecede etkisi bulunan ve şirketin ortak kontrolüne sahip, şirketin iştiraki niteliğinde olan, şirketle ortak girişimci olan şirketler, şirketin veya ana ortaklığının kilit personeli ya da kilit personelin yakın aile üyeleri ve bu kişilerin önemli oy hakkına sahip olduğu şirketlerdir[56].

Bu doğrultuda, karar alınabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyunun arandığı ilişkili taraf işlemlerinin kapsamı Tebliğ'in 9. maddesinde belirlenmiştir. Tebliğ'in 9. maddesine göre, payları borsada işlem gören anonim ortaklıkların ve bağlı ortak-

52 MANAVGAT, s. 63.
53 MANAVGAT, s. 69.
54 ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), 548c.
55 MANAVGAT, s. 64.
56 ODMAN BOZTOSUN, s. 105.

lığının, ilişkili taraf ile yapılacak varlık ve hizmet alış-satışı işlemlerinde işlem tutarının varlık toplamına veya hasılat tutarına veya ortaklığın değerine oranının %10'u öngörülüyorsa bu işlemlere başlamadan önce yapılacak işlemin temel esaslarını tespit eden bir yönetim kurulu kararı alınması ve bu kararda bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından olumlu oy kullanılması gerekmektedir[57]. Söz konusu kararın alınacağı yönetim kurulu toplantılarında ilişkili taraf niteliğindeki yönetim kurulu üyelerinin oy kullanması mümkün değildir (Tebliğ m.9 f.3)[58].

İlişkili taraf işlemlerinin görüşüldüğü yönetim kurulu toplantısında bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oy kullandığı bir karar alınması halinde, yönetim kurulu kararında tespit edilen esaslar çerçevesinde, işlem ortaklığı temsile yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilebilecektir[59].

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oy kullanmaması halinde, bu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi de içermek suretiyle KAP'ta açıklanarak işlem genel kurulun onayına sunulacaktır (Tebliğ m.9 f.3). KAP'ta açıklanacak işlem bilgileri arasında, genel kurul toplantısında oy kullanacak pay sahiplerinin karar verme sürecinde değerlendirme yapabilmeleri için, işlem hakkında yeterli bilginin, ortaklığa olumlu ve olumsuz etkilerinin, amacının, bulunduğu takdirde değerleme raporunun ve kamu kurumlarının değerlendirmelerinin yer alması gerekmektedir. Yine olumlu ya da olumsuz oy veren bağımsız yönetim kurulu üyelerinin görüş ve gerekçeleri de KAP'ta açıklanmalıdır[60].

Yönetim kurulunda onaylanmayarak genel kurula sunulan ilişkili taraf işlemlerinin esaslarının görüşüldüğü genel kurul toplantısında, işlem tarafları ve bunlarla ilişkili kişiler oy kullanamaz ve bu genel kurul toplantılarında toplantı nisabı aranmaz; oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınır (Tebliğ m.9 f.3)[61].

B- Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemler Bakımından İşlevi

Ortaklık ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasında yaygın ve süreklilik arz eden işlemler ve bu işlemler bakımından bağımsız yönetim kurulu üyesinin işlevi Tebliğ'in 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bağımsız

57 MANAVGAT, s. 66. DEMİR, s.110

58 SerPK m.17/3'te bu yönde bir oydan yoksunluk düzenlemesi bulunmamaktadır.

59 MANAVGAT, s. 67.

60 MANAVGAT, s. 67.

61 ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), 548 c.

yönetim kurulu üyesinin bu madde gereği üstlendiği işlev kamuyu aydınlatma prensibi doğrultusunda karşımıza çıkmaktadır.

Tebliğ'in 3. maddesinin m bendine göre *yaygın ve süreklilik arz eden işlemler, ortaklıkların olağan faaliyetleri kapsamında ticari nitelikte olsun veya olmasın bir yıllık hesap dönemi içinde en az iki defa yapılan veya yapılacak aynı nitelikteki işlemleri ifade etmektedir.*

Yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin, ilişkili taraflar ile yapılması halinde işlemin esasları ile kapsam ve koşullarının bir yönetim kurulu kararı ile belirlenmesi gerekmektedir. Alınacak yönetim kurulu kararında bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumsuz oy kullanması halinde, olumsuz oy kullanma gerekçelerinin KAP'ta açıklanması zorunluluğu bulunmaktadır (Tebliğ m.10 f.2).

İlişkili taraf işlemlerindeki usulün aksine, burada bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu tarafından olumsuz oy kullanılması işlemin genel kurul önüne getirilmesini gerektirmemektedir. Yalnızca, olumsuz oy kullanan bağımsız yönetim kurulu üyelerinin kamuyu aydınlatma ilkesi doğrultusunda, olumsuz oy kullanma gerekçelerini ayrıntılı, eksiksiz, anlaşılabilir ve objektif bir şekilde açıklamaları beklenmektedir[62].

C- Üçüncü Kişiler Lehine Verilen Teminatlar Bakımından İşlevi

Tebliğ'in 12. maddesinde ortaklıklar ve bağlı ortaklıklarının teminat, rehin, ipotek ve kefalet gibi güvence verme işlemleri bir kısım kurallara bağlanmıştır. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine de üçüncü kişiler lehine teminat verme işlemleri bakımından görev ve sorumluluk yüklenmiştir.

Tebliğ'in 12. maddesinin 3. fıkrasına göre, *olağan ticari faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla, diğer üçüncü kişiler lehine teminat, rehin, ipotek ve kefalet verilmesine ilişkin yönetim kurulu kararlarında bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı aranır.* Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oy kullanmaması halinde teminat işlemi gerçekleştirilemez[63]. Bu sebeple, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumsuz oy kullanma gerekçelerini KAP'ta açıklaması Tebliğ'in 12. maddesi gereği zorunludur.

D- Önemli Nitelikte İşlemler Bakımından İşlevi

Önemli nitelikte işlemlerin neler olduğu SerPK'nın 23. maddesinde sa-

62 MANAVGAT, s. 71. ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 69 vd.

63 MANAVGAT, s. 72. DEMİR, s. 110. ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), 548c.

yılmıştır. SerPK m.23'e göre; halka açık ortaklıkların, birleşmei bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirme veya sona erme kararı alması, malvarlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devretmesi veya üzerinde bir ayni hak tesis etmesi veya kiralaması, faaliyet konusunu tümüyle veya önemli ölçüde değiştirmesi, imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi, borsa kotundan çıkması önemli nitelikte işlem olarak kabul edilmektedir ve SPK bu işlemlerin gerçekleştirilmesi için uyulması gereken usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmıştır.

KYİ'nin 1.3.9 numaralı maddesinde ise şirketin gerçekleştireceği önemli nitelikteki işlemler büyük çaplı malvarlığı tasarrufları ile hizmet alış-satışı ve şirketin bir faaliyetinin durdurulması olarak belirlenmiştir[64]. Bu işlemlerin icra edilebilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayının bulunması gerekmektedir. Bağımsız üyelerin çoğunluğu tarafından işlemin onaylanmaması halinde, durum işlem hakkında yeterli bilgiyi de içerecek şekilde KAP'ta duyurularak genel kurulun onayına sunulur. Yönetim kurulu toplantısında bu karar bakımından karar yeter sayısı sağlansa dahi bağımsız üyelerin çoğunluğu tarafından onaylanmadığı takdirde kararın icra edilmesi mümkün değildir. Bu konuda ayrıca bir genel kurul kararı alınması gerekmektedir[65].

VI- BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN SORUMLULUĞU

A- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak belirlenmiş olup TTK m. 557 ile sorumluluğun tespitinde farklılaştırılmış teselsül uygulamasını benimsenmiştir[66]. Farklılaştırılmış teselsül[67] ile yönetim kurulu üyesi, zarar kendisine yüklenebildiği oranda kusuruna göre sorumlu olacaktır[68]. TTK'da belirlenen hukuksal sorumluluğun uygulanması açısından yönetim kurulu üyeleri arasında herhangi bir istisna gösterilmemiştir, bu sebeple TTK'da öngörülen sorumluluk hükümlerinin bağımsız yönetim kurulu üyeleri bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir[69].

---

64 ODMAN BOZTOSUN, 103-104.

65 ODMAN BOZTOSUN, s. 104. DEMİR, s. 110

66 Mehmet HELVACI, Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, Oğuz İmregün'e Armağan, s.77 vd.

67 Farklılaştırılmış teselsül, iç ilişkide ileri sürülebilecek kusurun derecesine ilişkin değerlendirmenin dış ilişkide de sürülebilmesidir. HELVACI, s. 84. ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 518 vd.

68 ODMAN BOZTOSUN, s. 174, 177. BAHTİYAR, s. 363 vd

69 ODMAN BOZTOSUN, s. 158 vd. Nitekim, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 17.12.2015 tarihli, 2015/6522 E. 2015/22930 K. sayılı ilamında, bağımsız yönetim kurulu üyesinin Sosyal Güvenlik Kurumu alacaklarından sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

B- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesinin Cezai Sorumluluğu

Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğu bakımından bağımsız yönetim kurulu üyeliğine ilişkin herhangi bir istisna ya da özel düzenleme bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin cezai sorumluluğuna neden olan eylemleri kabahat ve suç olarak sınıflandırılmaktadır[70]. Kabahatler, idari makamlar tarafından idari para cezası ile cezalandırılırken suç teşkil eden eylemler adli makamlar tarafından yargılama sonucunda hapis cezası ya da adli para cezası ile cezalandırılmaktadır.

TTK[71], SerPK[72] ve Bankacılık Kanunu'nda[73] düzenlenen ve yönetim kurulu üyelerinin işleme ihtimali olan suçlar bakımından, cezaların şahsiliği prensibi doğrultusunda, bizzat kabahat veya suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren üye cezalandırılacaktır. Kabahatler bakımından ise yönetim kurulu üyeleri ile birlikte tüzel kişiler bakımından da idari yaptrım kararı alınması mümkündür (Kabahatler Kanunu m.8).

VII- BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN SONA ERMESİ

A- Sona Erme Halleri

1- İstifa

Aday gösterme ve seçim anında bağımsızlık kriterini taşıyan üyenin görev yaptığı süre boyunca bu niteliklerini taşımaya devam etmesi gerekmektedir[74]. Ancak hayatın olağan akışı içerisinde üyenin çeşitli nedenlerle bu niteliğini kaybetmesi ihtimal dahilindedir. Bağımsız üyenin, bağımsızlığını ortadan kaldıran bir durumun ortaya çıkması halinde bu durumu derhal gerekçesi ile birlikte şirketin yönetim kuruluna ve Kurul'a yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu tarafından bu durumun yine gerekçesi ile birlikte derhal KAP'ta açıklanması gerekmektedir. Üyenin bağımsızlığını ortadan kaldıran durumun ortaya çıkması halinde üyenin ilke olarak istifa ettiği kabul edilmektedir[75]. (KYİ m.4.3.8)

---

70 ODMAN BOZTOSUN, s. 162, 171.

71 TTK'da düzenlenen kabahat ve suçların detaylı incelemesi için Bkz. ODMAN BOZTOSUN, s. 163-165.

72 SerPK'da düzenlenen kabahat ve suçların detaylı incelemesi için Bkz. ODMAN BOZTOSUN, s. 165-167.

73 Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen kabahat ve suçların detaylı incelemesi için Bkz. ODMAN BOZTOSUN, s. 167, 168.

74 ODMAN BOZTOSUN, s.56.

75 Üyenin bağımsızlığını kaybetmesi sonucunda yönetim kurulunda yer alan diğer bağımsız üyelerin sayısının KYİ'de öngörülen sayının altına düşmemesi halinde bağımsızlığını kaybeden üyenin istifa etmesine gerek bulunmadığına ilişkin görüş için Bkz. DOĞAN, s. 72.

Bağımsız üyenin görev süresi sırasında istifa kararı almasına sebep olan durumlar da ortaya çıkabilir. Bağımsız yönetim kurulu üyesinin, diğer üyelerle arasındaki uyumlu çalışma ortamının ya da aradaki güvenin zedelenmesi halinde ya da görevini yerine getirirken müdahale ile karşılaştığını düşündüğü durumda veya sağlık sorunlarının gündeme gelmesi gibi bir mazereti bulunduğunda, görevini sağlıklı ve gereği gibi yerine getiremeyeceği sebebiyle üyelikten istifa etmesi mümkündür[76]. Bununla birlikte, bağımsız üyelerin kendi itibarlarını ve diğer yönetim kurullarındaki konumlarını korumak adına, şirketin mevcut performansını devam ettiremeyeceğini ya da gidişatının kötü olduğunu öngördüklerinde istifa etme yolunu seçtiklerine de doktrinde dikkat çekilmekte ve bu durumun bağımsız üyeden beklenen faydanın sağlanamamasına neden olduğu belirtilmektedir[77].

İstifa bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olması sebebiyle iç ilişkide ortaklığa ulaşmakla, dış ilişkide ise tescil ve ilan ile sonuç doğurmaktadır (TTK m.36)[78]. Yönetim kurulu üyesinin istifasının tescil ve ilan edilmemesi ancak hukuki işlemlerden doğan borçlar bakımından ileri sürülebilir bir husustur; tahakkuk etmesinde sicilin belirleyici olmadığı nitelikteki, kamu borçları gibi, borçlar bakımından istifa ortaklığa ulaşmakla sonuç doğuracaktır[79].

2- Azil

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi, genel kurul tarafından görevinden azledilmesi mümkündür (TTK m.408). Genel kurul toplantı gündeminde yönetim kurulu üyelerinin azline veya değiştirilmesine ilişkin bir madde bulunması halinde üyenin azil ve değiştirme gerekçesinin, ortaklığın kurumsal internet sitesinde ve KAP'ta, genel kurul toplantı ilanı ile birlikte dikkat çekecek bir şekilde yatırımcılara duyurulması gerekmektedir (KYİ m. 1.3.1).

Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması bakımından Sermaye Piyasası Kanunu'nda da bir kısım düzenleme yer almaktadır. SerPK m.92/c'ye göre, ihraççıların hukuka aykırı işlemleri ile sermayeyi veya mal var-

76 ODMAN BOZTOSUN, s. 123.

77 ODMAN BOZTOSUN, s. 123 vd.

78 BAHTİYAR, s. 220

79 BAHTİYAR, s.220. Danıştay 9. Daire'nin 19.12.2013 tarihli, 2009/9941 E. 2013/835 K. sayılı ilamında da bu husus vurgulanarak, yönetim kurulu üyesinin istifa ederek şirketten fiilen ayrılması sebebiyle şirketin borçlarının ödenmesi konusunda bir yetkisi kalmadığından tahsil edilemeyen kamu alacaklarından sorumlu tutulmasının hukuka uygun olmadığına karar verilmiştir.

lığını azaltıcı işlemlerde bulunduğunun ilk derece mahkemesi kararı ile veya bu karar beklenmesizin Sermaye Piyasası Kurulu'nun talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilmesi halinde, SPK'nın ihraççı ortaklığn yönetim kurulu üyelerini görevden alma ve ilk olağan genel kurul toplantısına kadar görev yapmak üzere yeni üye atama yetkisi bulunmaktadır[80]. SPK, bu yetkiye, hukuka aykırı faaliyet ve işlemlerde sorumluluğu bulunduğu mahkeme kararı ile tespit edilen yönetim kurulu üyeleri ve mali durumu bozulan sermaye piyasası kurumlarının yönetim kurulu üyeleri bakımından da sahiptir[81].

3- Diğer Sebepler

Bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin sona erme sebepleri arasında, üyenin görev süresinin sona ermesi, ölümü ve ehliyetinin kaybı da yer almaktadır, bu hallerin meydana gelmesi bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurur[82]. Bununla birlikte, bağımsız yönetim kurulu üyesinin ikametgahını yurtdışına taşıması halinde, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin en az yarısının Türkiye'de yerleşik sayılma şartı ihlal ediliyorsa, ikametgahını yurtdışına taşıyan bağımsız yönetim kurulu üyesinin üyeliği sona erer[83].

B- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesinde ve Yeni Üyenin Seçiminde İzlenecek Yol

Bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin azil ile sona ermesinde yeni üyenin seçimi, yukarıda belirttiğimiz aşamalar izlenmek suretiyle genel kurul kararı ile yapılacaktır. Bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin, bağımsızlık ölçütlerinin ortadan kalkması, istifa ya da görevin devamını engelleyecek diğer nedenlerin ortaya çıkması sebebiyle sona ermesi halinde ise KYİ'nin 4.3.8 numaralı maddesinde belirlenen yol izlenerek yeni bağımsız üye, ilk genel kurula kadar görev yapmak üzere yönetim kurulu tarafından belirlenir[84]. Yönetim kurulu, aday gösterme komitesi tarafından hazırlanan rapor çerçevesinde belirlenen adaylar arasından bir seçim yapar.

Yönetim kurulu, bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin boşalmasından itibaren otuz gün içerisinde aday gösterme komitesinin raporu çerçevesinde belirlediği aday listesini Kurul'a gönderir. Kurul'un belirlenen lis-

80 ODMAN BOZTOSUN, s. 126.
81 ODMAN BOZTOSUN, s. 126.
82 ODMAN BOZTOSUN, s. 127. ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 396. BAHTİYAR, s. 220
83 ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 396.
84 ÜÇIŞIK-ÇELİK, s. 383. ÖZKORKUT, s. 157.

te hakkında olumsuz görüşü bulunması halinde bu görüşünü yirmi gün içinde şirkete bildirmesi gerekmektedir, olumsuz görüş bildirilen adayların bağımsız üye olarak belirlenmesi mümkün değildir.

Yönetim kurulu tarafından belirlenen bağımsız üye, ilk genel kurul toplantısına kadar görev yapacağından, bu işlemi izleyen ilk genel kurulda, olağan ya da olağanüstü fark etmeksizin, gündeme bu yönde bir madde eklenmesi gerekmektedir[85].

SONUÇ

Bağımsız yönetim kurulu üyesi, şirkette kurumsal yönetimin uygulanması ile yatırımcının ve diğer menfaat sahiplerinin korunması bakımından önemli bir görev üstlenmektedir. Bağımsız yönetim kurulu üyesinin bu görevi kendinden beklendiği şekilde tarafsız ve bağımsız bir şekilde yürütebilmesi için üyenin şirket ile arasındaki tarafsız ilişkiye gölge düşürmeyecek ve üyelik görevini layığı ile yerine getirecek niteliklere sahip olması gerekmektedir. Bağımsız üye, görevini yerine getirirken başvuracağı önemli hak ve yetkilerle donatılmış olup ayrıca yer alması gerekli komiteler aracılığı ile de şirket içerisinde profesyonel ve kurumsal bir yapının gerçekleştirilmesi bakımından yetkili ve görevlidir.

KAYNAKÇA

BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul-2014

DEMİR H. Erdal, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, İstanbul-2013

DOĞAN Beşir Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul-2011

HELVACI Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul-2007

HELVACI Mehmet, Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, Oğuz İmregün'e Armağan

MANAVGAT Çağlar, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlevleri ve Sahip Olmaları Gereken Nitelikler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara-2014, Cilt XXX-Sayı 1

ODMAN BOZTOSUN N. Ayşe, Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara-2013

ÖZKORKUT Korkut, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara-2007.

PASLI Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, İstanbul-2005

POROY Reha - TEKİNALP Ünal - ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul-2014

PULAŞLI Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara-2011, Cilt-I

ÜÇIŞIK Güzin - ÇELİK Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, Ankara-2013, I. Cilt

85 DEMİR, s. 100.

İDARİ İŞLEM:
HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ

Esengül ALBAYRAK SEKBAN[1]

GİRİŞ

Kuruluşu ve işleyişiyle yasaya dayanmak zorunda olan idare, birtakım kamu gücü üstünlük ve ayrıcalıklarından yararlanarak idari faaliyetlerinin konusu olan ve kamu yararı amacı taşıyan kamu hizmetlerini gerçekleştirmektedir. İdare, idari faaliyetlerini genellikle idari işlem, idari eylem ve idari sözleşmeler eliyle yürütmekle birlikte, idarenin faaliyetlerinin en yoğunlaştığı alanı, idari işlemler oluşturmaktadır.

İdari işlemler, tesis edildikleri an itibariyle herhangi bir yargı organının onayına ihtiyaç duymaksızın resen etkilerini doğurduklarından, mahkeme kararıyla iptal edilene veya idarece geri alınana/kaldırılana kadar hukuka uygun sayılacağı anlamı taşıyan hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar.

Bu çalışmanın birinci bölümde; karine kavramının tanımı, amacı, ispat yükü ile özel hukuk-kamu hukuku ayrımında açıklamalara yer verilmektedir. İkinci bölümde ise; idare hukukuna özgü bir karine çeşidi olan hukuka uygunluk karinesinin anlamı, amacı, uygulama alanı ve idari işlemin hukuka aykırılığının tespiti konuları açıklanmaya çalışılmaktadır.

1. KARİNE KAVRAMI

A. Karine Kavramının Kökeni ve Tanımı

Karn (ka-ra-ne) kökünden türeyen Arapça terim olan karinenin çoğulu akran kelimesidir. Karn, "yaklaştırmak, yan yana yapmak", "bir şeyin yanında ve yakınında olmak, ona eşlik etmek, onunla bir arada bulunmak"[2] anlamına gelmektedir. Sözlük anlamı olarak karine, "karışık bir iş veya

---

1 Malatya İdare Mahkemesi Üyesi (İnönü Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi)

2 Yaylalı, Davut, "Karine", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 2001/24, ss.492-493 (s.492.)

sorunun anlaşılmasına çözümlenmesine yarayan durum, ipucu veyahut belirti"[3] olarak tanımlanmaktadır.[4]

Hukuksal bir kavram olarak karine, "kanunen mevcut ve bilinmekte olduğu kabul edilen belirli bir olaydan veya olgudan bilinmeyen bir olayın veya olgunun varlığı (mevcudiyeti) hakkında çıkarılan sonuç"[5] olarak tanımlanmaktadır. Bir başka tanıma göre ise, "var olduğu bilinen bir vakıadan (durumlardan) bilinmeyen bir vakıanın (durumların) çıkartılmasını ifade etmektedir."[6]

B. Türk Hukukunda Karinelerin Amacı ve İspat Yükü

Türk Hukukunda karine, fiili karine[7] ve kanuni karine[8] olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[9] Yasa koyucuyu, karineleri kabule yönelten çeşitli zorunluluklar vardır. Bu zorunlulukların başında; hayat deneyimlerinin, bilinmeyen ve ispatı gereken olguların varlığını göstermesi esasından hareketle hak iddia eden lehine çekişmeli olayın mevcudiyetini kabul ederek onu delil getirmekten kurtarma amacı taşıması veya bazı olguların ispatının son derece güç olması veyahut hukuk düzeninde hukuki güven ve

---

3 Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük < http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts > (Erişim: 12.12.2017)

4 Karine kelimesi, bir başka şeye delalet eden durum, maksada işaret eden ipucu, alamet, emare anlamına gelmekte, kelimenin dil, belagat, mantık ve fıkıhta kazandığı terim manaları ile diğer ilim dallarındaki kullanımı bu sözlük anlamına dayanmaktadır. İslam Hukukunda karine, yargılama hukukunun yardımcı ispat vasıtalarından biri olmasına karşın, klasik fıkıh kitaplarında karinenin terim olarak tanımına açık bir şekilde yer verilmemektedir. Karinenin, bilhassa sözlükteki anlamı doğrultusunda emare ve alamet kelimeleriyle eş anlamlı olarak kullanıldığı ve bununla da bilinmeyen bir olaya işaret eden bilinen olguların, teknik tabiriyle de kanuni karinelerin kastedildiği belirtilmektedir. Yaylalı, 2001, s.492.

5 Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, (6.Baskı), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul 2007, s.207.

6 Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü,** Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.359.; Karine konusunda farklı tanımlar için; Karakaş, Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/62 (3), ss.729-759.

7 Fiili karineler, herhangi bir hukuk düzenlemesiyle sınırlandırılmaksızın yaşanmış bir olaydan elde edilen bilgilerle başka bir olay hakkında sonuç odaklı çözüm üretmeyi sağlayan karine türüne denir. Edis Seyfullah, **M**edeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.365.

8 Kanuni karine, kanunun bir hükmüyle varılan sonuçtan muğlak bir olayın varlığını aydınlatmayı hedefleyen karine türüne denilmektedir. Kanuni karine, aksi ispatlanabiliyorsa adi kanuni karine ve aksi ispatlanamıyorsa kesin kanuni karine olmak üzere iki başlık altında incelenir. Edis, 1979, s.365.

9 Karineler konusunda sıklıkla başvurulan diğer bir ayrım ise; karinelerin konusuna göre olgu karineleri ve hak karineleri olmak sınıflandırılmasıdır. Karakaş, 2013, s.737.; Edis, 1979, s.366.

istikrar sağlamak istemesi gelmektedir.[10]

Türk Hukukunda kamu hukukuna kıyasen özel hukukta daha sıklıkla kullanılan karine kavramı, ispat yükü[11] açısından önem arz etmektedir. İspat yükü ile ilgili olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)[12] m.6'da, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*" hükmü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)[13] "ispat yükü" başlıklı m.190'da, "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme olmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanuni karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir" hükmü yer almaktadır. Bu bağlamda, ihtilaflı bir konuda talep ettiği hakkı karineye dayandıran kişi iddiasını ispat etme yükümlülüğünden kurtulur ve bu yük karşı tarafa geçer.[14] Karşı taraf, kanunun çıkardığı sonucun mevcut olayda bulunmadığını veya iddia edilen olguların hiç oluşmadığını kanıtlarsa kanuni karine hükümsüz kalır. Aksi takdirde, yargılamada kanuni karinelerin getirdiği sonuçlarla taraflar bağlı kalmaktadır.[15]

C. Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayrımında Karine Kavramı

TMK ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)[16]'nda karine kavramı tam olarak tanımlanmamakla birlikte, her iki kanunun önceki ve şimdiki düzenlemelerinde, kavrama çok az yer verilmekte, özellikle kenar başlıklarına kullanılmaktadır. Mülga 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 301, 308, 899 ve 905. maddelerinde karine kavramı kullanılmaktayken, yürürlükteki TMK'da bu düzenlemelerin karşılığı olan maddelere ek olarak 31, 285, 290, 302, 985, 986 ve 992. maddelerin kenar başlıklarında da karine kavramı kullanılmaktadır. TBK'nın hiçbir hükmünde karine

10 Akipek, Akıntürk, 2007, s.209.; Kanuni karinelerin amacının, belirli durumlara istikrar sağlamak ve ihtilafları tez elden sonlandırma amacı taşıdığı belirtilmektedir. Edis, 1979, s.366.

11 İspat yükü, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda iddiada bulunan tarafa düşen usuli bir yüktür.; "Adi kanuni karinelerin ispat yüküyle ilgisinin varlığı karşısında kesin kanuni karinelerin ispat yüküyle bağı mevcut değildir." Karakaş, 2013, s.756.

12 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete (R.G.)

13 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı R.G.

14 Akipek, Akıntürk, 2007, s.211.; Belgesay, Mustafa Reşit, "Mahkeme İçtihatları Tahlilleri - İsbat Vasıtaları ve Kanuni Karineler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1940/ (15), ss.225-237. (s.225.)

15 Akipek, Akıntürk, 2007, s.208.

16 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı R.G.

kavramına yer verilmemektedir. Karineye dayanan hukuk kurallarında, genellikle 'asıldır', 'sayılır', 'addolunur', 'cevaz verilir' gibi ifadeler kullanılmaktadır.[17]

Özel hukuk alanında kullanılan karinelere örnek olarak "mülkiyet karinesi" ve "babalık karinesi" verilebilir[18]. TMK m.985'de, taşınırın zilyedinin onun maliki sayılacağına ilişkin mülkiyet karinesine yer verilmektedir. Bu karineden hareketle, bir kişinin elinde bulundurduğu malın sahibi olduğu mülkiyet hakkında karine teşkil etmektedir. Mülkiyet karinesinin ortaya çıkış nedeninin hukuki güvenlik ve istikrar sağlamak olduğu söylenebilir. TMK m.285'de düzenlenen "babalık karinesi"ne göre, "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.*" hükmü kocanın, kanunun tanıdığı müddet içinde doğan çocuğunun babası olması babalık hakkında kanuni bir karinedir. Bununla birlikte, ispat yükü altındaki koca, babalık karinesi bulunmasına rağmen kendisinin baba olamayacağını ispat edebilir.[19] Bu karinenin kabulü ile düzgün nesep bağının tesisi amaçlanmaktadır.

Kamu hukuku alanında kullanılan karinelere örnek olarak; suçsuzluk karinesi, kanunların anayasaya uygun olduğu karinesi ve hukuka uygunluk karinesi verilebilir. 1982 Anayasası m.38/4'de yer alan ve kişinin masum olduğunun varsayılması temeline dayanan suçsuzluk ya da diğer bir deyişle masumiyet karinesi[20], herhangi bir suçtan dolayı yargılanan/

17 Karakaş, 2013, ss.734-735.

18 TMK'da yer alan diğer karinelere örnek olarak şunlar verilebilir; iyiniyet karinesi (m.3), resmi sicil ve senetlerin doğruluğu karinesi(m.7), ayırt etme gücü karinesi (m.13), birlikte ölüm karinesi (m.29/II), ölüm karinesi (m.31), gaiplik karinesi (m.32), paylı mülkiyet karinesi (m.721), mirasın reddi karinesi (m.605) Akipek, Akıntürk, 2007, s.210.; Örneğin, ödemeli olarak gönderilen bir malın gönderilene teslim edilmiş olması o kimsenin malın bedelini ödediğine karine teşkil etmektedir. Ayrıca senetle yapılan bir alışverişte senedin müşteride olması satın aldığı malın bedelini ödediğine bir karinedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Şen, Yusuf, "İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Karine", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Konya 1997, ss.63-64.

19 Belgesay, 1940, ss.228-230.

20 Bu kavram, ilk kez 1789 tarihli Fransız Yurttaş ve İnsan Hakları Bildirgesi'nde kullanılmıştır. Masumiyet karinesi, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.11/2'de, "Hiç Kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." şeklinde yer almakta olup, 1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) m.6/2'de, "Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır." hükmüyle de teminat altına alınmaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m.48/1'de, "Kendisine karşı ithamda bulunulan bir kişinin, yasaya göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum olduğu kabul edilmektedir." denilmek suretiyle masumiyet karinesi yinelenmektedir. 1982 Anayasası m.38/4'de, "***Suçluluğu hükmen sabit oluncaya***

kovuşturulan bir kişinin suçluluğu ancak mahkeme kararı ile sabit olmadıkça suçlu olmamasını ifade eder. Suçsuzluk karinesinin bir neticesi olarak, sanığın suçlu olduğunun ispat yükümlülüğü iddia makamındadır.[21] Kanunların Anayasaya uygun olduğu karinesi ise hukuka uygunluk karinesinin bir uzantısı olarak değerlendirilebilir. Kanunların anayasaya uygun olması kural, aykırı olması istisna bir durumdur.[22] Kanunun anayasaya aykırı olduğunun ispat mükellefiyeti, aykırı olduğunu iddia eden taraf üzerindedir.[23] Yasa koyucu tarafından kabul edilip yürürlüğe konulan bir kanun, Anayasa Mahkemesi (AYM)'nce iptal edilmediği müddetçe anayasaya uygun kabul edilir ve hükümleri herkesi bağlar. Kanunun anayasaya uygun olup olmadığı konusunda tereddüt hasıl olursa, kanunların anayasaya uygun olduğu karinesi kapsamında o kanunun anayasaya uygun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. [24]

2. HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ

A. Hukuka Uygunluk Karinesinin Anlamı ve Amacı

İdari faaliyetin konusunu teşkil eden kamu hizmetlerinin[25] yerine ge-

kadar kimse suçlu sayılamaz." şeklindeki düzenlemeyle masumiyet karinesi Türk hukukunda yer edinmiş önemli bir kavramdır. Masumiyet karinesi, 1982 Anayasası m.15/4'de, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi dokunulması mümkün olmayan sert çekirdekli haklar içerisinde düzenlenmektedir. Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1999/48 (1-4), ss.135-163. (s.139); Şık, Hüseyin, "Suçsuzluk Karinesi ve Savcı", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017 (9), ss.427-452.

21 Dönmezer, Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 1998, ss.67-70.

22 1982 Anayasası m.8'de, "yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." hükmü, Anayasa m.11'de, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." hükmü getirilerek kanunların anayasaya uygun olduğu karinesi kabul edilmektedir.

23 Gözler, Kemal, **A**nayasa Hukukunun Genel Teori**si**, C.1, (1.Baskı), Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2011, s.313.

24 Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.360.

25 Genel olarak kamu hizmeti, "Bir kamu kuruluşu tarafından veya bir kamu kuruluşunun gözetim ve denetimi altında bir özel girişim tarafından kamuya sağlanan hizmetler" olarak tanımlanabilir. Gözübüyük, Şeref, Yönetsel Yargı, (28.Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.74.; AYM 09.12.1994 tarih ve E:1994/43, K:1994/42 sayılı kararında kamu hizmetini, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri veya bu kuruluşların gözetim ve denetimi altındaki özel girişimler tarafından genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak, kamu yararı sağlamak için yapılmak üzere halka sunulan sürekli ve düzenli etkinlik olarak tarif etmektedir.

tirilmesinde hukuki tasarruf[26] veyahut maddi tasarruf[27] yapma yetkisi ve sorumluluğunu uhdesinde bulunduran idareye, kamu yararını[28] sağlamak amacıyla bir takım üstünlük ve ayrıcalıklar tanınmaktadır. Bu üstünlük ve ayrıcalıklara, idare hukukuna özgü düzenlenen tüm konularda rastlamak mümkün olmakla birlikte, özellikle kamu gücü ayrıcalıklarının en çok yoğunlaştığı alanı, idari işlemlerin oluşturduğu söylenebilir.[29] Nitekim idareye tanınan ayrıcalıkların başında idarenin tesis ettiği işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden[30] yararlanması gelmektedir. İdare, tıpkı

26 İdarenin bütün hukuki tasarrufları idari işlem değildir, ancak idari tasarruflar genel anlamda idarenin hukuki tasarrufları içinde yer alır. Atay, 2006, s. 360.

27 Maddi tasarruf kavramı idari eylem için kullanılmıştır. İdarenin kamu hizmetini yerine getirirken yaptığı eyleme idari eylem denir. Gözübüyük, 2009, s. 77.

28 Kamu yararı kavramının tanımı üzerinde şuana değin bir anlaşmaya varılmamıştır. Bu kavram, geniş ve belirsiz bir kavramdır. Devletin tüm organlarının ve tüm kamusal faaliyetlerinin amacı kamu yararıdır. Hangi faaliyetlerde kamu yararı bulunduğuna siyasi iktidar karar vermektedir. Bir faaliyette kamu yararının bulunduğunun göstergesi faaliyetin genel ve ortak bir ihtiyacın giderilmesine yönelik yürütülmesidir. Derdiman, Cengiz, İdare Hukuku, (3.Baskı), Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2010, s.14.; Kalabalık, Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, (5.Baskı), Sayram Yayınları, Konya 2014, s.25.; Yıldırım, Turan, vd. İdare Hukuku, (2.Baskı), 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, ss.637-638.; Devlet veya kamu faaliyetlerinin hukuka uygunluğunun bir ölçüsü olarak kabul edilen kamu yararı kavramının içeriği, konusu veya dayanağı belli değildir. Yasa koyucunun çıkardığı her kanun, kamu yararı amacı taşımaktadır. AYM, kamu yararı kavramının çok işlevli olduğundan hareketle tek bir tanım belirleme yerine her somut olaya göre farklı bir değerlendirme yaparak kavrama esneklik kazandırmaktadır. AYM kararlarına göre kamu yararı kavramı, genel ve kapsayıcı, toplum yararıyla uyumlu, üstün ve değişken niteliklere haiz, ayrıca sınırlama nedeni olarak kabul görmektedir. Akıllıoğlu, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, 1991/24 (2), ss.11-22. ; 1789 Fransız İhtilali'nden sonra ortak iyilik (common good) kavramının yerini alan kamu yararı, (common good of public/l'interet general) kavramı, İngiltere'de "public interest" sözcüğünün karşılığıdır. Kamu yararı kavramı, genellikle anayasal yargıda ve doktrinde kamu menfaati olarak kullanılmaktadır. Kamu yararının üzerinde uzlaşılan bir tanımı bulunmamakta olup, anılan kavram zaman ve yer koşullarına göre farklılık" arz etmektedir. Bu kavram, bireyin çıkarlarına karşılık genelin yani toplumun menfaatlerinin üstün gelmesi olarak ifade edilebilir. Gül, İbrahim, "Danıştay Kararlarında 'Kamu Yararı' Kavramı", Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, ss.535-550.

29 Kamu gücü kavramı, devlete verdiği kararları uygulamak ve gerektiğinde zorla icra etme yetkisini içeren tek taraflı emir verme kudreti anlamı taşımaktadır. İdare hukukunda, kamu gücü kavramı yerine idarenin faaliyetlerini hayata geçirmek için kullandığı hukuki araçları ifade eden kamu gücü ayrıcalıkları terimi daha sıklıkla kullanılmaktadır. Yani idare, yalnızca kamu hizmeti görevini yerine getirirken kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabilir. Örneğin; idarenin iyi işlemesini temin etmek maksadıyla, idareye karşı cebri icra yoluna başvurulamaması, kamunun mallarının haczedilememesi, bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi idareye bahşedilen ayrıcalıklarından birkaçını oluşturmaktadır. Uçar, İsmail, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016/20 (3), ss.331-373.

30 Hukuka uygunluk karinesi yerine kanunilik karinesi ifadesi de kullanılabilir. Akyılmaz,

idari işlemler gibi kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla varlık kazanmaktadır. İdarenin tesis ettiği işlemlerin kamu yararı dışında başka bir amaca hizmet etmesi mümkün değildir. Bu sebeple, kamu yararı amacına matuf işlemler hukuka uygun sayılır.[31]

Türk mevzuatında, hukuka uygunluk karinesinin tanımı yapılmamasına karşın, kanuni dayanağı olarak 1982 Anayasası'nın 2. ve 8. maddeleri gösterilebilir. Anayasa m.2'de, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilirken, "yürütme yetkisi ve görevi" başlıklı m.8'de, idare tarafından, "Yürütme yetkisi ve görevi, ..., Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir", hükmü sabit olup, ayrıca Anayasa "yargı yolu" başlıklı m.125/4'de, yargı yetkisinin, "... idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı ..." olduğu düzenlenmesi yanında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu(İYUK)[32] m.2/2'de, "idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlıdır..." hükmüne yer verilerek, idari eylem ve işlemlerin kanunlara ve hukuka uygun olması gerektiği vurgulanmaktadır.

Hukuka uygunluk karinesi, idari bir işlemin kanuna veya hukuka aykırılık taşıyıp taşımadığı hususunda herhangi bir inceleme yapılmaksızın, kanuna veya hukuka uygun addedilmesidir. Bu karine, idari işlemin hem yasal dayanağının bulunduğunu hem de normlar hiyerarşisini içeren biçimde hukuka uygun bulunduğunu ifade eder. Bir başka anlatımla, hukuka uygun olduğu anlamına gelen karine, idari işlem kesinleşinceye, idare tarafından geri alınıncaya veya aksi mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar meşruluk zemini hazırlamaktadır.[33]

Danıştay, hukuka uygunluk karinesi kavramını, "İdari işlemlerin *-bu arada düzenleyici işlemlerin- hukuka uygun olduklarına dair bir yargı kararına gereksinim duymadan hukuka uygun kabul edilerek ilgililer üzerinde hukuki sonuç doğurması*"[34] şeklinde tanımlarken, bu kavram

Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, **Türk** İdare Hukuku, (7.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.382.

31 Atay, 2006, s.360.; İdari işlemi ayrıcalıklı şekilde meşru kılan kamu yararı ve/veya kamu gücü olmayıp, işlemlerin kanunların ifasına yönelik tesis edilmesidir. Böylelikle, hukuka uygunluk karinesi bir başka adıyla kanunilik karinesi, idari işlemlerin tesisinde kanunlara riayet edildiğinin bir sonucu olarak vücut bulmaktadır. Yaşar, Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der Kitabevi, İstanbul 2014, s.273.

32 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı R.G.

33 Yaşar, 2014, s.273.

34 Danıştay 10. Dairesi'nin E:2013/7980, K:2016/1767 sayılı kararı, UYAP erişim: 20.12.2017

yerine 'kanunilik karinesi' kavramını da kullanmaktadır.[35]

B. Hukuka Uygunluk Karinesinin Uygulama Alanı

Hukuka uygunluk karinesi kavramı, özellikle idari işlemler için kullanılmaktadır. İdari organların idari işlem tesis etmesi yanında, yasama ve yürütme organları da idari işlem tesis edebilir. İdarenin tesis ettiği her işlem, idari işlem değildir. İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarını kullanmaksızın tesis ettiği özel hukuka tabi işlemleri[36], idari işlem olarak değerlendirilmez.[37] Bu bakımdan, idari işlemden ne kastedildiğinin iyi anlaşılması gerekmektedir.

Türk mevzuatında, idari işlemin ne olduğuna dair herhangi bir açıklama mevcut olmamakla birlikte, İdari Usul ve Bilgi Edinme Hakkı Kanun Teklifi[38] m.3/b'de, "*idari işlem, idarenin kamu gücü ve usullerini kullanarak, tek yanlı iradesi ile yaptığı, hukuksal bir sonuç doğuran veya belli bir süreç içinde etkili olan her türlü muamele*" olarak tanımlanmaktadır. İdari işlemin tanımı, özellikle doktrinde ve mahkeme kararlarında yapılmaktadır. Doktrinde idari işlem, kamu yararını gerçekleştirme amacına matuf kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde idarenin tek taraflı irade beyanı ile herhangi bir kişinin onay ve rızasına ihtiyaç duyulmaksızın icrai özelliğe haiz, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, resen icra edilebilen, yargı denetimine tabi olan işlem olarak tanımlanmaktadır.[39] AYM idari işlemi, "*Kamu gücü kullanılarak idare işlevine yönelik olarak tesis edilen ve tek taraflı irade beyanıyla hukuki sonuç doğurabilen işlem*"[40] şeklinde tanımlarken, Danıştay idari işlemi, "*Hukuk aleminde idarenin değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamaları şeklinde*

35 İdari işlemlerin tesis edildikleri tarih itibariyle yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetiminin yapılması gerektiğinden, sonradan oluşan ve kesin olmayan birtakım hukuksal gelişmelerin idari işlemin "kanunilik karinesi"nden yararlanmasına engel oluşturmayacağı açıktır." Danıştay 10. Dairesi'nin 16.10.2006 tarih ve E:2003/3540, K:2006/5727 sayılı kararı, UYAP erişim: 20.12.2017

36 Örneğin, idarenin yıkılmasına karar verilen bir binanın hafriyat ve inşaat yıkıntı atıklarını satmak için akdettiği sözleşme, kamu iktisadi teşebbüslerinin üçüncü kişilerle yaptığı işlemler idarenin özel hukuk işlemleri arasında sayılabilir. Kalabalık, 2014, s.317.

37 Gürbüz, Reşit, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.131.

38 TBMM <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/2/2-1011.pdf>(Erişim: 04.12.2017)

39 Atay, 2006, s.347.; İdari işlem, "idari kurum ve kuruluşların, idare hukukuna tabi, devlet ya da kamu tüzel kişiliğinin verdiği kamu gücü ayrıcalıkları çerçevesinde, kamu yararı amacıyla, karşı tarafın rıza ve muvafakatine başvurmaksızın tek taraflı üstünlüğe dayanarak hukuki hüküm ve sonuç doğurmaya yönelik icrai nitelikte, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, uyuşmazlık halinde idari yargı denetimine tabi yazılı irade beyanları veya hukuki tasarruf" şeklinde tanımlanmaktadır. Nohutçu, Ahmet, İdare Hukuku, Savaş Kitabevi, Ankara 2008, s.306.

40 AYM'nin 15.05.2015 tarih ve E:2015/77, K:2015/73 sayılı kararı

genel ifadesini bulan 'idari işlemler', Anayasal sınırlar içinde 'görevli ve yetkili' olan idarenin, yükümlüklerini yerine getirme ve özellikle kamu hizmetlerini görebilmede sahip olduğu başlıca araçlardan biri"[41] olarak tanımlamaktadır. AYM ve Danıştay tarafından yapılan her iki tanımda, işlemin idari faaliyete yönelik olması ve idarenin irade beyanıyla hukuki sonuçlarını doğurması, idari işlemi oluşturan unsurlar açısından ortak olarak ele alınmakla birlikte, Danıştay AYM'den farklı olarak ilgili tanımda idarenin kanuniliği ilkesine vurgu yaparak idari işlemi bir araç olarak değerlendirmektedir.

Hukuka uygunluk karinesi kavramı ile idarenin kanuniliği ilkesi arasında yakın bir ilişki söz konusudur. İdarenin kuruluş ve işleyişiyle kanuna dayanması zorunluluğu ifade eden kanunilik ilkesi gereğince, işlemde gerekçe belirtilmesi muhtariyetinden farklı olarak hangi yasa hükmü dayanak alınarak işlem tesis edildiğinin belirtmesi gerekliliği, işlemin biçim ögesine dair bir zorunluluk olduğu değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, idare işlem tesis ederken hukuka uygunluk karinesinden yararlandığından, kanun ile idari işlemler arasında biçimsel anlamda bir bağ kurulması aranmaktadır. Danıştay ise, işlemin dayanağı olan kanun hükmünün işlemde belirtilmesini zorunlu bir şart olarak değerlendirmeyip, kanuni dayanağının belirtilmemesine dair noksanlığı idari işlemi sakatlayıcı nitelikte görmemektedir.[42] İdarenin kanuniliği ilkesi tesis edilen işlemin yararlı olacağı savından daha önce gelir. Danıştay, "…*Hangi fiillerin idarî yaptırım gerektirdiğinin kanunda açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir eyleme yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması gerekmektedir. Kanunda suç olarak düzenlenmemiş fiillerin, kanunda suç olarak düzenlenmiş fiillerle benzerliği dolayısıyla veya fiilleri kapsadığı şeklinde yorumla yaptırıma bağlanması kanunilik ilkesinin ihlâlidir. Bu bakımdan, kanunilik ilkesi aynı zamanda suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür. Eğer kanun hükmü istisnai nitelikte ise dar yoruma tabi tutulmalıdır. Nitekim idari tedbirler istisnai nitelik taşıdığından dar yorumlanması gerekmektedir.*[43]" hükmü ile bir işlemin sağladığı yarardan önce kanuni dayanağı olup olmadığı araştırması yapılması gerektiğini vurgulamakta; kanunilik ilkesi uyarınca, idari tedbirlere ilişkin olarak genişletici yorum yapılmayacağı ve dar yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.

---

41 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurul Kurulu'nun 08.02.2007 tarih ve E:2006/4286, K:2007/60 sayılı kararı

42 Karahanoğulları, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler(Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), (2.Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.52.

43 Danıştay 16. Dairesi'nin 23.12.2016 tarih ve E:2016/3493, K:2016/4367 sayılı kararı http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>Erişim:13.12.2017

Bireysel idari işlemler (idari kararlar)[44] ve düzenleyici idari işlemler[45] olarak ikiye ayrılan idari işlemlerde[46] hukuka uygunluk karinesi, bireysel idari işlemler için daha sıklıkla kullanılması rağmen düzenleyici işlemler için de geçerlidir.[47]

İdari işlem, herhangi bir yargı kararına[48] veya herhangi bir kişinin rıza ve onayına ihtiyaç duymaksızın tesis edildiği an itibariyle hukuki neticelerini resen doğurur.[49]. İdarenin, idari işlem tesis ederken ve bunları uygularken yargıya başvurmak zorunda olmaması hukuka uygunluk karinesinin bir sonucudur.[50] Danıştay, "…İdari işlemler, *tesis edildikleri tarih itibariyle hukuka uygunluk karinesinden faydalanmaktadırlar. Başka bir ifade ile idari işlemler, mahkeme kararıyla iptal edilmedikleri; idarece geri alınmadıkları sürece hukuk aleminde varlıklarını ve etkilerini sürdürmektedirler. … dava konusu işlemin dayanağı olan encümen kararının davacı tarafından öğrenilmesinin ardından iptali istemiyle dava açılmadığı anlaşıldığından, hukuka uygunluk karinesi kapsamında ve icrai nitelikte olduğunun kabulü gerekmekte olup, bu nedenle encümen kararının icrası için yapının boşaltılmasına ilişkin i*şlemde hukuka aykırılık *bulunmamaktadır.*[51]*"* hükmü ile idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ile icrailik özellikleri arasında bir bağ kurarak, işlemin dayanağı olan işlem hukuka uygun olsa bile hukuki etki ve sonuçlarını ancak icrailik vasfı işlemde mevcut olduğunda doğurabileceğini ifade etmektedir.

---

44 Bireysel işlemler, "idarenin belirli ve özel bir kişi, durum ya da olaya özgü irade beyanları" şeklinde tanımlanmaktadır. Nohutçu, 2008, s.306.

45 İdarenin genel, soyut, objektif, kişilik-dışı, sürekli ve kural-işlem niteliğindeki hukuki tasarruflarına, idarenin düzenleyici işlemleri denilmektedir. Nohutçu, 2008, s.306.

46 İdari işlemin icrailiği, idari işleme muhatap olan kişi, idari işlemin yürürlüğüyle yeni bir hukuki statüye girerek ya haklara sahip olur veyahut yükümlülüklerle donatılmasıdır (Rivero, Jean, Droit administratif, Paris-Dalloz 1971, s.94'den aktaran Gözler, Kaplan, 2014. s.283)

47 Gözler Kemal ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, (15.Baskı), Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2014, s.283.

48 "Özel hukukta, yargıç icrai karar alarak önceden müdahalede bulunabildiği halde İdare Hukukunda ancak karar alındıktan sonra o işlemin hukuka uygunluğunu denetlemek maksadıyla yargıcın müdahalesi söz konusu olmaktadır." Atay, 2006, s.348.

49 De Laubadere, Andre, vd. Traide de droit administratif, (15.Baskı), Paris 1999, s.769'dan aktaran Gözler, Kaplan, 2014, s.283.

50 Yaşar, 2014, s.274.

51 Danıştay 6. Dairesi'nin 30.09.2009 tarih ve E:2007/2793, K:2009/8987 sayılı kararı, UYAP erişim: 20.12.2017; Danıştay 6. Dairesi'nin 11.10.2012 tarih ve E:2012/3017, K:2012/5181 sayılı kararında da, hukuka uygunluk karinesi ve icrailik vasfı bir arada değerlendirilmektedir. UYAP erişim: 20.12.2017

İdari işlem, ilgilileri için bağlayıcıdır.[52] İlgililer, idari işleme boyun eğmekle kanuna da itaat etmiş olurlar. Ancak itaat yükümlülüğü, itiraz ve dava açma hakkını ortadan kaldırmaz.[53] Hukuka uygunluk karinesi, işlemi tesis eden idare dahil tüm idareler için bağlayıcıdır.[54]

C. İdari İşlemin Hukuka Aykırılığının Tespiti

İdari işlemler, kesin hüküm niteliğinde olmayıp kesin karar niteliğinde geçici bir etkiye sahiptir.[55] Bu sebeple, idari işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek idari yargı merciinde dava açılabilir.[56] İdari işlemler, idari yargı merciince iptal edilinceye kadar geçerlidir.[57] İdari işlemler hukuka uygunluk denetimi sonucunda iptal edilmekle, geçmişe dönük olarak tüm etkileriyle birlikte ortadan kaldırılmaktadır. Hukuka aykırılığı tespit edilen idari işlemin yanı sıra hukuka uygunluk karinesi de geriye yürür şekilde ortadan kaldırılmaktadır.[58]

Bir idari işlemden dolayı, herhangi bir konuda ihtilaf vuku bulursa dava açarak hakkını arayacak taraf, işlemi tesis eden idare değil işlemin muhatabı olan ilgilidir.[59] Doktrinde, idari davada ispat yükünün, işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia eden davacı tarafa ait olduğu savunulmaktadır.[60] İdarenin, tesis ettiği işlemlerin hukuka uygun olduğunu ispat etmek gibi bir mükellefiyeti söz konusu değildir.[61] Bu sebeple, işlemi tesis eden idare işlemin muhatabına oranla daha elverişli bir konumdadır. İdarenin, işlem tesis ederek güçsüz durumda bıraktığı muhataba elinde bulunan bilgi ve belgeleri vererek bu avantajlı durumun aşılması gerekmektedir.[62] Oysaki idari yargıda, resen araştırma ilkesi uygulandığından

52 Günday, Metin, İdare Hukuku, (10.Baskı), İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s.125.

53 Yaşar, 2014, s.274.

54 Karahanoğulları, 2012, s.149.

55 Yaşar, 2014, s.275.

56 Günday, 2011, s.126.

57 Yaşar, 2014, s.275.

58 Uçar, 2016, s.361.

59 De Laubadere, 1999, s.769'dan aktaran Gözler, Kaplan, 2014, s.283.

60 Rivero, 1971, s.94'den aktaran Gözler, Kaplan, 2014, s.283. ; Atay, 2006, s.360.

61 Rivero, 1971, s.94'den aktaran Gözler, Kaplan, 2014, s.283

62 Kişilerin kendilerini ilgilendiren mevzularla ilgili bilgi ve/veya belgeleri edinebilmesine yönelik talep hakkı, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu m. 4/1-2'de; " ***Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. Türkiye'de ikamet eden yabancılar ile Türkiye'de faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler, isteyecekleri bilgi kendileriyle veya faaliyet alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerinden yararlanırlar***." ile 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun m.3'de, "***Türk vatandaşları kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisine ve yetkili makamlara***

davalı veya davacı tarafa özgülenen bir ispat külfetinden söz edilemeyeceğinden, ispata ilişkin avantajlı olarak değerlendirilen bu durum idare için ağırlaştırılmış bir yükümlülük haline gelmektedir.[63] Çünkü idari yargı mercii, özel hukuktaki iddia edenin iddiasını ispat etmek zorunda olması durumu karşısında resen araştırma ilkesi gereğince bilgi ve belgeleri toplayıp maddi ve hukuki gerçeği ortaya çıkarmak adına çoğu zaman davacıdan ziyade davalı idareden ilgili bilgi ve belgeleri isteyerek işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetlemektedir.

İdari işlemin iptali istemiyle idari yargı merciinde davanın açılması, prensip olarak o idari işlemin uygulanmasını durdurmaz.[64] Bu kural, 2577 sayılı İYUK m.27/1'de, "*Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen işlemin yürütülmesini durdurmaz*." şeklinde düzenlenmektedir. İdari işleme dava açılması halinde o işlemin yürütülmesini durdurmaması kuralının iki istisnası bulunmaktadır.[65]

a) Kanunla öngörülmüş istisnalar; yasa koyucu tarafından bir kanun hükmüyle, idarece tesis edilen bir işleme karşı yapılan başvurunun işleminin yürütülmesini durduracağı kararlaştırılabilir. Böylelikle idari işlemin muhatabı tarafından işlemin iptali istemiyle açılan davada o işlemin yürütülmesi kendiliğinden durur. Bu hususa, 2577 sayılı İYUK m.27/3, "*vergi mahkemelerinde vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlülüklerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur*." hükmü örnek verilebilir.

b) Yürütmeyi durdurma kararı verilmesi; dava açılmasının idari işlemin yürütülmesini durdurmaması kuralının diğer bir istisnası ise idari yargı mercilerinin davacı tarafın istemi üzerine yürütmeyi durdurma kararı vermesidir. İdari yargı mercileri, 2577 sayılı İYUK m.27/2'de yer alan, "*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilir-*

---

yazı ile başvurma hakkına sahiptirler. Türkiye'de ikamet eden yabancılar karşılıklılık esası gözetilmek ve dilekçelerinin Türkçe yazılması kaydıyla bu haktan yararlanabilirler." şeklinde düzenlenmektedir. Atay, 2006, ss.350-351.

63 Dupuis, Georges, Les Privileges de l'Administration, These de Doctorat en Droit, Universite de Paris, 1962, ss.209-211'den aktaran Uçar, 2016, s.363.

64 Yıldırım, vd., 2011, s.580.

65 Kalabalık, 2004, s.96.

ler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir..." hüküm doğrultusunda işlemin yürütülmesini durdurarak hukuka uygunluk karinesinin uygulanmasını bertaraf edebilir. Bu iki istisna durumu, idari yargı mercii tarafından henüz iptal kararı verilmeden işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasını dava sonuçlanıncaya kadar askıya almaktadır.

Hukuka uygunluk karinesinin temelini oluşturan idari yargı merciinde dava açılmasının o işlemin yürütülmesini durdurmayacağına dair ilke olmasaydı, kişiler her işleme dava açarak idarenin çalışmasına engel olabilirdi.[66] Ancak fiiliyatta, idari işleme karşı dava açılmasına rağmen etki ve sonuçlarını hala doğruyor olması hakkaniyet ilkesine aykırıdır. İdarenin kamu yararı amacı dışında kişisel, siyasal veya başka saiklerle de hareket ettiği görülmektedir. İdari işlemde kamu yararı amacı güdülmüş olsa dahi, idarenin hiçbir zaman hata yapmayacağı söylenemeyeceğinden, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması açısından hukuka uygunluk karinesinden vazgeçilmesi gerektiği savunulmaktadır.[67]

İdare, hukuka veya kanuna aykırı olan, ancak dava açma süresi geçen bir idari işlemi, talep üzerine veya resen kazanılmış haklara riayet ederek geri alabilir.[68] Böylelikle, hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak bir kesin karar zırhına[69] bürünen hukuka aykırı işlem hukuka uygunluk karinesiyle birlikte geçmişe yürür vaziyette ortadan kalkmaktadır.

SONUÇ

Belirli bir olgudan yararlanarak muğlak bir olayın aydınlatılmasına yardımcı olan karine, ispat vasıtalarından biridir. İhtilaflı bir mevzuda iddiasını karineye dayandıran kişi, olayın mevcudiyetine yönelik delil sunma külfetinden kurtulmakta, ispat yükü olarak adlandırılan bu usuli yükümlülük karşı tarafa geçmektedir. Aksinin ispatı mümkün olmayan kesin kanuni karinede ispat külfetinden söz etmek mümkün görülmemektedir. İspat külfeti daha çok adi kanuni karine ile ilgilidir. Adi kanuni karine, karşı tarafın getirebileceği diğer ispat vasıtalarıyla çürütülebildiğine göre, kesin hüküm niteliğinde değildir.

66 Gözler/Kaplan, 2014, s.284.
67 Turan, vd., 2011, s.580.
68 Yaşar, 2014, s.275.
69 Yaşar, 2014, s.275.

Kamu hukukuna kıyasen özel hukukta daha sıklıkla kullanılan karine kavramı, ispata yardımcı araçlardan biri olması yanında, hukuki güven ve istikrar için de önemli bir kavramdır. Kamu hukukunda kullanılan suçsuzluk karinesi, aksi mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar kişinin masum olduğu temeline dayanan ceza hukuku ilkesi görünümlü bir karine çeşididir denilebilir. Kanunların anayasaya uygunluğu karinesi de, kanunların yapıldığı tarihten Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği tarihe kadar Anayasaya uygun addedilmesidir. İdarenin, kamu yararına yönelik kamu hizmetlerini gerçekleştirmek için tesis ettiği idari işlem ve eylemlerin yapıldığı an itibariyle hukuka uygun sayılmasını sağlayan hukuka uygunluk karinesi de idare hukukuna özgü bir karinedir.

İdare, kuruluşu ve işleyişiyle kanuna dayandığından, tesis ettiği idari faaliyetlerin de kanuna dayanması beklenir. Yani idarece, tesis edilen işlemlerin kanun namına hukuka uygun tesis edildiği kabul edilir. Bunun bir neticesi olarak da, idari işlemlerin hukuki sonuçlarını doğurması için ne bir mahkeme kararı ne de ilgililerin rızası gereklidir. Ancak idari işlemlerin hukuki sonuçlarını doğurması, sadece hukuka uygunluk karinesinin varlığıyla açıklanamaz. İdari işlemin icrailiği ile hukuka uygunluk karinesinden yararlanma özelliklerini bir arada değerlendirmek gerekir. İdari işlemin muhatabı olan kişi, bu iki özellik sayesinde işlem tesis edildiği an itibariyle hak ve yükümlülüklerle donatılır.

İdarenin, hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak tesis ettiği her işlemde hangi kanun maddesinden yetki aldığını belirtmesi yasal bir zorunluluk olmamakla birlikte, işlemin mevcudiyetinin kaynağı olan mevzuat hükmünün işlemde belirtilmesi hukuk devletinin bir organı olan idareye güveni artırabileceği gibi idarenin de işlem tesis ederken daha dikkatli davranmasını sağlayabilir.

İdari işlemin hukuka aykırılığı ileri sürülerek açılan bir davada, ispat yükünün hangi taraf üzerinde olduğu tartışmalı olmakla birlikte, idari yargılamada hakim, resen inceleme ilkesi gereğince maddi ve hukuki hakikati bulmakla mükellef olarak maddi vakıayı aydınlatacak her türlü bilgi ve belgeyi her iki taraftan da isteyebileceği göz önünde bulundurulduğunda, ispat yükünün idarede değil karşı tarafta olduğunu, bir başka deyişle hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idarenin ispat külfetinden kurtulduğunu söylemek doğru olmayabilir. Çünkü idari işlemin yapılışında tek güç sahibi olan idarenin, elinde bulundurduğu bilgi ve belgeleri mahkemeye sunarak idari işlemini savunması gerekebilir.

Hukuka uygunluk karinesi idareye tanınan bir ayrıcalık olması yanında ilgili kişiler için bir teminat fonksiyonu da görmektedir. Bu karine

sayesinde kişiler, işlem hukuka aykırı bulunup mahkeme kararıyla iptal edilene veya idare tarafından belli koşullar çerçevesinde geri alınana kadar kazandıkları statüyü koruyacaklarını bilmektedirler.[70]

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler" ***Amme İdaresi Dergisi*** 1991/24, (2), 11-22.

Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk, ***Türk Medeni Hukuku, (6.Baskı)***, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2007.

Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. ***Türk İdare Hukuku, (7.Baskı)***, Seçkin Yayıncılılk, Ankara 2016.

Atay, Ender Ethem, ***İdare Hukuku***, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Belgesay, Mustafa Reşit, "Mahkeme İçtihatları Tahlilleri - İsbat Vasıtaları ve Kanuni Karineler", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***, 1940, (15), 225-237.

Derdiman, Cengiz, ***İdare Hukuku, (3.Baskı)***, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2010.

Dönmezer, Sulhi, ***Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan***, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*** 1999/48, (1-4), 135-163.

Gözler, Kemal, ***Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.1, (1.Baskı),*** Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2011.

Gözübüyük, Şeref, ***Yönetsel Yargı, (28.Baskı)***, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Gül, İbrahim, "Danıştay Kararlarında 'Kamu Yararı' Kavramı", ***Ankara Barosu Dergisi,*** 2014/2, 535-550.

Günday, Metin, ***İdare Hukuku, (10.Baskı)***, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

Gürbüz, Reşit, ***İdare Hukuku***, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Kalabalık, Halil, ***İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, (5.Baskı)***, Sayram Yayınları, Konya 2014.

Kaplan, Gözler Kemal ve Gürsel. ***İdare Hukuku Dersleri, (15.Baskı)***, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2014.

Karahanoğulları, Onur, ***İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler(-Yargı Kararlarına Dayalı Bir inceleme), (2.Baskı)***, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

Karakaş, Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** 2013/62, (3), 729-759.

Nohutçu, Ahmet, ***İdare Hukuku***, Savaş Kitabevi, Ankara 2008.

Seyfullah, Edis, ***Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri***, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

Şen, Yusuf, "İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Karine", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, Konya 1997.

70 Karahanoğulları, 2012, s.149.

Şık, Hüseyin, "Suçsuzluk Karinesi ve Savcı", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, (9), 427-452. < http://dergipark.gov.tr/mdergi/issue/29931/322486#article_cite >a***

TBMM <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/2/2-1011.pdf>(Erişim: 04.12.2017)

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=-com_bts&view=bts> Erişim: 12.12.2017

Uçar, İsmail, "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2016/20, (3), 331-373.

Yaşar, Hasan Nuri, ***İdare Hukuku, Der Kitabevi, İstanbul 2014.***

Yaylalı, Davut, "Karine", ***Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi***, 2001/24, 492-493.

Yıldırım, Turan; Yasin Melikşah; Karan Nur; Özdemir H. Eyüp, Üstün Gül; Tekinsoy, Okay, ***İdare Hukuku***, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Yılmaz, Ejder, ***Hukuk Sözlüğü***, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

İPOTEĞİN UYARLANMASI

Av. Ersin OĞUZ

I. GİRİŞ

Alacaklının alacağını güvence altına alması yolunda borçlu veya üçüncü bir kişiye ait taşınmaza ipotek konulması hukukumuzda yaygın olarak kullanılan bir kurumdur. Temelde aradan uzun zaman geçmesi veya diğer bir sebeple taşınmazın şerhine işlenen ipotek bu teminat işlevini kaybedebilmektedir. Bu durumda ipotek alacaklısının alacağına ulaşması borçlunun iradesi ve mali durumuna kalmaktadır ve çoğu zaman alacaklı açısından ciddi hak kayıplarına neden olabilecek sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Alacaklının böyle bir hak kaybının önüne geçilmesi için doktrin ve yargı kararları ile ipoteğin uyarlanması kurumu geliştirilmiştir. Bu kurum ile, ipotek ile teminat altına alınan miktar taşınmazın güncel değerine göre uyarlanarak alacaklının hak kaybına uğramadan alacağına kavuşması amaçlanmaktadır.

İpoteğin uyarlanmasının özel kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Fakat genelde TBK m.138, özelde de hukukun genel ilkeleri gereği bu kuruma başvurulmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle ipoteğin uyarlanmasının daha iyi anlaşılabilmesi için ve TBK m.138'in ipotek ile bağlantısının rahatça kurulabilmesi için genel olarak ipotek kavramı üzerinde durulacak olup, devamında ipoteğin uyarlanmasının dayanakları ve uyarlamanın sonuçları işlenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İPOTEK

I-) Genel Olarak

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her iki taraf da edim yükümlülüğü altındadır. Tarafların bu edim borçlarını yerine getirmeleri aynı zamanda olabileceği gibi, taraflardan birinin edimini diğerinden önce yerine getirmesi şeklinde de olabilir. Bu durumda edimini ifa eden taraf karşı tarafın da edimini ifa edeceğinden emin olmak ister. Çünkü yapılan sözleşme alacaklıya sadece edimi talep yetkisi sağlamaktadır.

Alacaklıya, talep yetkisinin dışında, talep yetkisinin güçlendirilmesi, alacağına ulaşmasına güvence oluşturması için bir takım imkanlar tanınmıştır. Taşınmaz rehni bu imkanlardan en belirgin ve yaygın olanıdır. Örneğin, bankadan bir kredi çekildiğinde, bankalar kredi verilebilmesi için çoğunlukla borçludan teminat istemektedir. Bu teminat aşınmaz olabileceği gibi farklı bir değer de olabilir.

Taşınmaz rehni, kişisel alacağın güçlendirilmesi için alacaklıya taşınmazın değeri üzerinden alacağını elde etme yetkisi veren sınırlı ayni bir haktır.

Medeni Kanunumuzda ekonomik ihtiyaçlar açısından taşınmaz rehnine iki temel amaç yüklenmiştir. Bunlar:

• Roma Hukukundan beri var olan kişisel alacağın teminat altına alınması,

• Arazi değerinin bağımsızlaştırılarak tedavül ettirilmesidir.

İki amacın da gerçekleştirilebilmesi için taşınmaz rehni kurumu bir araç olarak kullanılmaktadır[1].

İki temel amacın gerçekleştirilmesi yolunda tek bir taşınmaz rehni türü bulunmamaktadır. Medeni Kanunumuz sınırlayıcı bir sayımla, bu amaçları gerçekleştirebilecek hukuki düzenleniş açısından farklı fakat temelde aynı üç taşınmaz rehni türü öngörmüştür: kişisel alacağın teminat altına alınması yolunda «ipotek» ve arazi değerinin bağımsızlaştırılarak tedavül ettirilmesi yolunda «ipotekli borç senedi» ve «irat senedi»[2].

İpoteğin tanımı TMK›da[3] yapılmamıştır. Doktrinde ve Yargı kararlarında, TMK 881 vd. maddelerinde düzenlenen ipotek, kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacı ile üzerine ipotek konulan taşınmazın değerinden alacaklının alacağını almasına imkan sağlayan sınırlı bir ayni hak olarak tanımlamaktadır[4]. Yani borç ifa edilmezse, alacaklı ipotekli

1 Oğuzman K./Seliçi Ö./Özdemir S.O., Eşya Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, S.881.

2 Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Eşya Hukuku, S.882.

3 8.11.2001 Tarihli 24607 Sayılı Rg'de Yayımlanarak Yürürlüğe Giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu.

4 Akipek, G.J./Akıntürk T., Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, S.786; Gürsoy, K.T./Eren, F./Cansel, E., Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, S. 1032; Yarg. 12.Hd 05.06.2012 Tarihli 2012/789 E. - 2012/19311 K. Sayılı İlamı (Kaçak, N., Açıklamalı Ve İçtihatlı Son Değişikliklerle İpotek Ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2013, S. 59.

taşınmazın satışını resmi makamlar (icra organı) aracılığıyla talep edecek ve satılan bedel üzerinden teminat altına alınan alacağını alacaktır.

II-) İpoteğin Hukuki Niteliği

İpotek, mutlak haklar içerisinde yer alan, herkese karşı ileri sürülebilen ve belli bir süre kullanılmakla zamanaşımına uğramayan bir ayni haktır[5].

İpotek hakkında, ipotek alacaklısına bir ayni hak olan mülkiyet hakkında olduğu gibi, kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisi verilmemiştir. İpotek hakkı taşınmaz yükü ve irtifak hakları ile birlikte sınırlı ayni haklardandır. Bu sebeple, ipotek sahibine sadece alacak zamanında ödenmediği takdirde, ipotekli aşınmazın satışını isteyerek, taşınmazın satış değeri üzerinden alacağını öncelikle alma yetkisi verir. Bunun dışında hak sahibine taşınmazı kullanma veya mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep etme yetkisi vermez[6].

İpotek, alacaklının alacağına ulaşmasına güvence sağlayan bir hak olduğundan, alacağın akıbetine bağlı fer›i nitelikte bir haktır. Kefalet hakkı da aynı işlevi sağlamaktadır ve alacak sona erdiğinde kefilin borcu da sona ermektedir. Alacak hakkı sahibi, fer›i nitelikteki bu tür hakların da sahibidir. Hukuki açıdan fer›i nitelikteki bu tür hakların akıbeti alacak hakkının akıbetine bağlı tutulmuştur[7]. Alacağın usulüne uygun şekilde üçüncü bir şahsa temliki halinde, ipotek alacaklısı da yeni alacaklıdır (TBK 189/1)[8]. İpotek hakkının devrinin geçerli bir devir olabilmesi için borçlunun rızası aranmadığı gibi tapu sicilinde devre ilişkin herhangi bir işlem yapmaya gerek yoktur[9].

İpoteğin uyarlanması açısından, ipotek fer›i nitelikte sınırlı bir aynı hak olduğundan, ipoteğin uyarlanmasını talep edecek kişi asıl alacak sahibidir. Yani alacak geçerli bir şekilde devredilmiş ise devralan kişi uyarlama talep yetkisine sahiptir. Yine alacak herhangi bir sebeple sona ermişse uyarlama da talep edilemeyecek

III-) İpotek Türleri

5 Acar, F., İpotekte Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşularına Uyarlanması, Lhd. Yıl 6, S. 62, 2008, S.478; Şener, Y.S., Türk Hukukunda İpotek Ve Uygulaması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, S.9.

6 Şener, Age., S. 9-10.

7 Acar, Age., S.475.

8 Tbk M. 189/1 : "*Alacağın Devri İle Devredenin Kişiliğine Özgü Olanlar Dışındaki Öncelik Hakları Ve Bağlı Haklar Da Devralana Geçer.*"

9 Köprülü, B./ Kaneti, S., Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983, S. 378.

İpoteğin sınıflandırmasında esas alınacak iki unsur vardır. Bunlar: güvence miktarının belirleniş tarzı ve ipoteğin kaynağı (hukuki sebebi). Güvence miktarının belirleniş tarzına göre ipotek, anapara ipoteği ve üst sınır ipoteği olmak üzere ikiye ayrılır. Kaynağına göre ise, iradi ipotek ve kanuni ipotek olmak üzere iki tür ipotek vardır. Kanuni ipotek de kendi içerisinde doğrudan doğruya kanundan doğan ipotek hakları ve dolaylı olarak kanundan doğan ipotek hakları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır[10].

Güvence miktarının belirleniş tarzına göre ipotek, geniş bir uygulama alanına sahiptir. Belirli veya belirsiz, şarta bağlı veya şartsız her türlü alacağın, hatta ileride doğacak veya doğması muhtemel olan alacakların dahi ipotekle güvence altına alınması mümkündür. Fakat borçlunun, doğmuş ve doğacak bütün alacaklarının ipotekle güvence altına alınması, borçlunun ekonomik özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlayacak olması ve bu durumun kişilik haklarına aykırılık oluşturacak olması sebebiyle mümkün değildir (TMK m.23, TBK m.27)[11][12].

Aşağıda değinilecek olan, taşınmaz rehnine hakim olan genel ilkelerden biri olan belirlilik ilkesi gereğince, ipotek kurulurken taşınmazın ne kadar bir miktar için güvence oluşturduğu tapu kütüğünde açıkça gösterilmelidir. Bu husus, TMK m.851'de "*Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir. Alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir.*" **şe**klinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmünden anlaşılacağı üzere ipotek güvence altına alınan alacağın miktarının belirli olup olmamasına göre iki şekilde kurulabilir. Buna göre; ipotekle güvence altına alınan alacağın miktarı belirli ise anapara ipoteği, belirli değilse üst sınır ipoteği kurulur13.

---

10 Ayan, M., Eşya Hukuku, C. Iıı, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, 2001, S. 183; Akipek/Akıntürk, Age., S. 792; Helvacı, İ., Sözleşmeden Doğan İpotek, 12 Levha Yayıncılık, Mart 2008, S.4.

11 Tmk M.23: "*Kimse, Hak Ve Fiil Ehliyetlerinden Kısmen De Olsa Vazgeçemez. Kimse Özgürlüklerinden Vazgeçemez Veya Onları Hukuka Ya Da Ahlaka Aykırı Olarak Sınırlayamaz.*

Yazılı Rıza Üzerine İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Alınması, Aşılanması Ve Nakli Mümkündür. Ancak, Biyolojik Madde Verme Borcu Altına Girmiş Olandan Edimini Yerine Getirmesi İstenemez; Maddi Ve Manevi Tazminat İsteminde Bulunulamaz."

Tbk M.27: "*Kanunun Emredici Hükümlerine, Ahlaka, Kamu Düzenine, Kişilik Haklarına Aykırı Veya Konusu İmkânsız Olan Sözleşmeler Kesin Olarak Hükümsüzdür. Sözleşmenin İçerdiği Hükümlerden Bir Kısmının Hükümsüz Olması, Diğerlerinin Geçerliliğini Etkilemez. Ancak, Bu Hükümler Olmaksızın Sözleşmenin Yapılmayacağı Açıkça Anlaşılırsa, Sözleşmenin Tamamı Kesin Olarak Hükümsüz Olur.*"

12 Akipek/Akıntürk, Age., S.756; Helvacı, Age., S.6, Dn. 9.

13 Köprülü/Kaneti, Age., S.284,287; Ayiter, N., Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, 1983,

İpoteğin kurulması anında, güvence altına alınmak istenen alacak mevcut ve belirli ise belirli olan bu miktar üzerinden ipotek tapu kütüğüne tescil edilir. Bu durumda anapara ipoteği veya sabit ipotek söz konusu olur[14]. Anapara ipoteği, mevcut ve miktarı belirli alacaklar için kurulur. Mevcut ve miktarı belirli alacaklar için ipotek kurulurken, tapu kütüğüne güvence altına alınmak istenen alacağın gerçek miktarı tescil edilir. Tapudaki bu kayıt borçlanılan gerçek miktarı, yani asıl borç ilişkisindeki borçlunun halihazırdaki borç miktarını ifade eder. Ancak, konulan bu ipotekte teminat yükünün kapsamı tescil edilen alacak miktarı ile sınırlı değildir. Faiz, takip giderleri gibi kalemler de teminat yükü kapsamındadır.

Aşağıda detaylandırılacağı üzere, anapara ipoteğinde alacaklı, asıl alacaktan (TMK m.875/1, b.1) başka, takip giderleri, gecikme faizi ve iflasın açıldığı veya rehnin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faizle, son vadeden başlayarak işleyen faizleri (TMK m.875/1, b.2-3) de talep edebilir. Ayrıca alacaklı, rehinli taşınmazın korunması için zorunlu masraf yapmışsa ve özellikle malikin borçlu olduğu sigorta primlerini ödemişse, bundan doğan alacaklarının ipotekli taşınmazın değeri üzerinden karşılanmasını talep edebilir (TMK m.876). Belirtilen alacakların miktarı, tapuya tescil edilen alacak miktarını aşmış olsa dahi aşan alacaklar da alacaklının talep edebileceği kalemlerdendir[15].

İpoteğin kurulması esnasında, teminat altına alınacak alacak miktarı belirli değilse, alacaklının limit dahilinde bütün istemlerini karşılayacak bir üst sınır taraflarca belirlenmelidir. Bu şekilde miktarı belirli olmayan alacaklar için kurulan ipoteğe, üst sınır ipoteği veya azami meblağ ipoteği adı verilir[16].

Üst sınır ipoteği, genellikle ipoteğin kurulduğu anda miktarı bilinmeyen, aynı zamanda ileride doğacağı zaman ne kadar miktar bir alacak doğacağının tahmin edilemediği alacaklar için kurulur. Henüz gerçekleşmemiş fakat doğması muhtemel tazminat alacakları, genel kredi hesabı veya cari hesaptan doğan veya şarta bağlı alacaklar örnek olarak gösterilebilir[17].

S.171; Akipek/Akıntürk, Age., S.757; Dural, M., Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 1981, S.136; Ayan, Age., S.136.

14 Kaneti/Köprülü, Age., S.284.

15 Gürsoy/Eren/Cansel, Age., S.964; Ayan, Age., S.137.

16 Kaneti/Köprülü, Age., S.287; Ayiter, Age., S. 192; Ayan, Age., S.136.

17 Köprülü/Kaneti, Age., S. 287-288; Gürsoy/Eren/Cansel, Age., S.967-968; Ayan, Age., S. 136.

IV-) Taşınmaz Rehnine Hakim Olan Genel İlkeler

İpoteğin uyarlanmasında, uyarlamanın dayanağı olarak taşınmaz rehnine dolayısıyla ipoteğe hakim olan genel ilkeler açısından değerlendirme yapılacağından bu ilkelere kısaca değinmek gerekir.

Taşınmaz rehnine hakim olan ilkeler kamuya açıklık ilkesi, belirlilik ilkesi, sabit derece ilkesi ve teminat ilkesidir. İpoteğin uyarlanmasında belirlilik ve teminat ilkesi özellik arz ettiğinden sadece bu ilke açısından değerlendirme yapılacaktır.

1-) Belirlilik İlkesi

Taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi, gerek teminat altına alınacak alacağın belirli olması, gerekse de üzerinde rehin kurulacak taşınmazın ferden belirli olmasını gerektirmektedir[18].

A-) Taşınmazın Ferden Belirli Olması

TMK m.853'e göre ancak tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz üzerine rehin konulamaz. İpotek konulacak taşınmazın belirliliği iki açıdan ele alınabilir: ipotek konulacak taşınmazın tapu siciline kayıtlı olması ve yanılmaya yol açmayacak şekilde açıkça belirlenmiş olması[19].

TMK m.998'de tapuya kaydedilecek taşınmazlar sayılmıştır;

"*1. Arazi,*

2. Taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar,

3. Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler.

Arazinin tapu siciline kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir.

Bağımsız ve sürekli hakların kaydedilmesi için gerekli koşullar ve usul tüzükle belirlenir. Süreklilik koşulunun gerçekleşmesi için hakkın süresiz veya en az otuz yıl süreli olması gerekir.

Kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerin taşınmaz olarak kaydı, özel kanun hükümlerine tabidir."

18 Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Age., S. 886.

19 Şener, Age., S. 93.

İkinci olarak, TMK m.854[20] gereği, rehin kurulurken taşınmazın tapuya kayıtlı taşınmaz olmasının yanında ferden belirtilmiş olması gerekmektedir.

"MK 769/1[21] tescil kuralını doğrulamakta ve aynı zamanda hukukumuzda Roma Hukuku'nda ve Pandekt Hukuku'nda uygulanmış bulunan genel rehine başvurulamayacağını açıklamaktadır. Mesela, kredi almak isteyen bir kimse, alacaklısına bütün taşınmazlarını bir tek tescille rehin gösterip, bunlardan elinden çıkardıklarını rehinden kurtulmuş; yeniden iktisap ettiklerini ise rehinin kapsamına girmiş farz edecek biçimde rehin kuramaz.»22

B-) Alacağın Belirli Olması

TMK m. 851/1'e göre "*Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir. Alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir.*" Söz konusu madde gereği ipoteğin kurulabilmesi için ortada bir alacağın mevcut olması gerekir. Bir alacak olmadan bağımsız şekilde ipotek sözleşmesi yapılamaz. İpotek sözleşmesi ancak bir alacağa bağlı olarak ve onu güvence altına almak üzere yapılabilir (TMK m.881/1)[23].

Alacağın belirli olmasının aranmasındaki amaç, taşınmaz üzerinde ne kadar bir miktar için ipotek konulduğunun tapu sicilinden anlaşılmasının sağlanmasıdır. Buna göre, söz konusu taşınmazda ipotekten sonra gelen rehin hakkı veya diğer sınırlı hak sahiplerinin veya taşınmazı satın alacak kişilerin korunması amaçlanmaktadır. Bu ilke uyarınca, taşınmaz üzerindeki rehin yükünün öğrenilmesi imkanı doğmaktadır[24].

Ancak borç ilişkisinin tapu sicilinde gösterilmesi aranmamıştır ve geçerlilik şartı değildir[25].

2-) Teminat İlkesi

Teminat ilkesi, taşınmaz rehnine hakim olan temel ilkedir. Çünkü taşınmazın kaydına ipoteğin işlenmesiyle asıl amaçlanan alacağın ifasına

20 TMK M.854: "*Rehin Kurulurken, Konusu Olan Taşınmazın Belirtilmesi Gerekir. Bölünen Taşınmazın Parselleri Tapu Kütüğüne Ayrı Ayrı Kaydedilmedikçe Rehne Konu Olamaz.*"

21 Yeni Tmk'da 854 Olarak Anlamak Gerekir.

22 Gürsoy/Eren/Cansel, Age., S.970.

23 Şener, Age., S.102.

24 Köprülü/Kaneti, Age., S.283.

25 Kaçak, Age., S. 117.

yönelik taşınmazın teminat oluşturmasıdır. Yani alacak borçludan tahsil edilemediğinde, alacağa teminat oluşturan taşınmazın satımı ile tahsili yoluna gidilebilecektir. Bu sebeple bu temel ilkenin yanında diğer ilkeler yardımcı ilkelerdir diyebiliriz.

İpotek, borçlunun iradesi ve mali durumundaki değişmelerden ve bu değişimlerin alacağın tahsiline olumsuz etkilerinden alacaklıyı korur. İpotek hakkı sahibinin, sahip olduğu alacak hakkı nispi nitelikte olmasına rağmen ipotek hakkı mutlak bir hak sağlar. Böylece, taşınmazın mülkiyeti bir başkasına (külli veya cüz›i haleflere) geçmiş olsa da alacaklının alacağını bu taşınmazın değerinden alabilmesi mümkündür[26]. Böylelikle alacaklı açısından, alacağının teminatı sağlanmış olur.

İKİNCİ BÖLÜM

İPOTEĞİN UYARLANMASI

I. İPOTEĞİN UYARLANMASI DAYANAKLARI

1-) Genel Olarak

İpoteğin uyarlanması kurumu TMK›da ve TBK›da düzenlenmemiştir. Bu kurum temelde, yargı kararları ve yeni TBK m.138 uyarınca hukukumuzdaki yerini almıştır. Bunun temelde iki sebebi bulunmaktadır.

Öncelikle, taşınmazın aşırı derecede değer kazanması ve ipotek konulan alacak miktarının günün şartlarında taşınmaz değerine nazaran önemsiz kalması gösterilebilir. Örneğin, alacaklı taşınmazını 200 bin TL'ye satmış ve bunun 100 bin TL'sini satım tarihinde almış, geri kalan miktar için taşınmazın kaydına ipotek şerhi işlenmiş olması durumunda taşınmazın bulunduğu yer vs. nedeniyle değeri 10 yıl sonra 2 milyon TL'ye çıkmış ise ipotek alacaklısının talep edeceği miktarın ipotek akit tablosunda belirtilen 100 bin TL mi olacağı yoksa uyarlanmış bedel mi olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

İkinci olarak, taşınmazın değerinde aşırı bir değişme olmaksızın, ipoteğin tescil edildiği tarihten itibaren, ülkedeki ekonomik şartlar, özellikle enflasyon gibi nedenlerle tescil edilen alacak miktarının komik bir rakam olması durumu ortaya çıkmaktadır. Özellikle ülkemizde geçmişte enflasyon değerlerinin %50›yi bulması ve Türk Lirasından altı sıfırın atılması eski tarihli ipoteklerde bu durumu ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, 1970 tarihinde 3.500 ETL (bir memurun 5 aylık maaşı) için konulan bir ipo-

26 Acar, Age., S. 482.

tekli alacak faiz dahil günümüzde 10 TL gibi komik bir rakama tekabül etmektedir.

Her iki durumda da ipotek alacaklısı elinde olmayan sebeplerle mağdur olmaktadır. Özellikle hem taşımazın değerinin aşırı derecede artması hem de ülkedeki ekonomik şartların ipotek değerinin değersizleştirmesi durumunda ipotek alacaklısının mağduriyeti daha fazla olmaktadır. Hukukumuzda bu mağduriyetin giderilmesi için ipotek bazında bir hukuki imkan kanuni olarak getirilmemiştir.

İpotek alacaklısının mağduriyetinin giderilmesi için ipoteğin uyarlanmasına hukuki dayanak olarak; TBK m.138 gereği sözleşmenin uyarlanması, ipoteğin teminat işlevini yitirmesi, yabancı para ipoteğinin hukukumuzda mümkün olması, dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesi, üst sınır ipoteği ve anapara ipoteği açısından mevcut olan durum ve Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu kararlar ışığında değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2-) Sözleşmenin Uyarlanması

A-) Genel Olarak

İpoteğin kurulması süreci üç aşamaya bölünebilir. Öncelikle, yukarıda belirtildiği gibi ipoteğe kaynak teşkil edecek bir alacağın mevcut olması gerekmektedir (üst sınır ipoteği istisna). Bu durumda ilk aşama borç ilişkisinin varlığıdır. Sonra, taraflar arası borç ilişkisi neticesinde alacaklının alacağına teminat oluşturması amacıyla belirli bir taşınmaza ipotek konulması konusunda borçlu ya da üçüncü şahıs ile alacaklı arasında rehin kurma sözleşmesi yapılması gerekir (kanuni ipotek halleri istisna). Son olarak, ipoteğin tescili yapılmalıdır (tescil edilmeden doğan ipotekler istisna)[27].

İpoteğin uyarlanmasına, sözleşmenin uyarlanması hükümlerinin uygulanması yukarıdaki ikinci aşama olana rehin kurma sözleşmesi ile mümkün olmaktadır. Uyarlanan taraflar arasında yapılan rehin kurma sözleşmesi ve dolayısıyla ipotek bedeli olmaktadır. Bu sebeple öncelikle rehin kurma sözleşmesi (ipotek sözleşmesi) incelenmelidir.

İpotek sözleşmesi, ipotek alacaklısı ile tapuya kayıtlı bir taşınmazın maliki arasında yapılan ve ferdi olarak bu taşınmazla güvence altına alınan, taşınmazın malikine veya üçüncü şahsa ait olan, ipotek sebebi olan alacak ödenmediği zaman, alacaklıya söz konusu taşınmazın satışını ta-

27 Acar, Age., S. 482.

lep ederek, satış değeri üzerinden alacağını talep yetkisi tanıyan resmi bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile malik, alacaklıya karşı ipotek tescili borcu altına girmekte iken alacaklı ipoteğin tescilini talep hakkına sahip olmaktadır[28].

İpotek sözleşmesi, alacağa güvence teşkil edecek taşınmaz maliki ile ipotek alacaklısı arasında yapılır[29]. Dolayısıyla uyarlama davasının taraflarını da bu kişiler oluşturmaktadır. Uyarlamayı talep edecek kişi ipotek alacaklısı olmaktadır. Yani ipoteğin uyarlanması davasında davacı, alacaklı olmaktadır. TBK m.138 düzenleme açısından uyarlamayı talep edecek kişi olarak borçluyu esas almıştır. Bu durumda TBK m.138'in ipoteğin uyarlanmasına teşkili konusunda kanunun lafzı yorumunda hakkaniyete uygun olmayan bir durum ortaya çıkmaktadır. Kanımızca burada gai bir yorumla TBK m.138 ipotek alacaklısı için de uygulanabilir olmalıdır.

B-) Sözleşmenin Uyarlanmasının İlkesel Dayanakları

Sözleşmeler hukukunda geçerli olan ilkelerden birisi pacta sunt servanda'dır. Bu ilke, borçlunun ahde vefa göstererek sözleşmeye bağlı kalmasını, şartlar sonradan kendi aleyhine ağır bir şekilde değişse dahi borçlunun borcunu ifa etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu ilkeye katı bir şekilde bağlılık adil ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Özellikle deprem, ağır enflasyon gibi borçlunun kusuru olmadan öngöremediği bir şekilde sözleşme dengesinin kendisinin aleyhine ağır şekilde bozulması ve eşitlik ilkesini ihlal edecek sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Bu ilkeye karşı ortaya çıkabilecek böyle bir mağduriyetin giderilmesi için clausula rebus sic standibus ilkesi getirilmiştir. Bu ilkeye göre, borçlu sözleşmenin şartları değişmediği takdirde borcunu ifa ile yükümlüdür. Şartlar değişmiş ise borçlunun sözleşme içindeki durumu da sözleşme dengesinin sağlanması yoluna değişmelidir. TBK, doktrin ve yargı kararları ikinci ilkeyi esas alarak, sözleşmenin şartlarının sonradan taraflardan biri için ağır şekilde değişmesi, işlem temelinin çökmesi ve adalet ve dürüstlük kuralları gereği uyarlamayı kabul etmektedir[30].

Kanımızca, ipoteğin uyarlanmasında esas alınan ipotek sözleşmesi için de bu ilke bazında işlem temelinin çökmesi, hakkaniyet, dürüstlük kuralı ve sözleşme dengesinin bozulması dikkate alınarak uyarlama mümkün olmalıdır. Bu konuda Yargıtay ipotek alacak bedelinin günün koşulları-

28 Şener, Age., S. 71-72.

29 Şener, Age., S. 73.

30 Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, S. 482.

na uyarlanması yoluyla bugünkü değerinin tespiti için açılmış bir davada vermiş olduğu kararında "*Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (ahde vefa-pacta sund servanda) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynan uygulanmalıdır. Ancak sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan dengenin sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulması durumunda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verebilir. 6098 sayılı TBK yürürlüğe girmesinden evvel, mevzuatımızda uyarlama kurumuna ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK'nın 138.maddesi ile bu husus yasal bir düzenlemeye de kavuşturulmuştur.*" demiştir[31]. Yargıtay vermiş olduğu bu karar ile ipoteğin uyarlanmasına da sözleşmenin uyarlanması hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

C-) Uyarlama Çeşitleri

Sözleşmenin uyarlanması, tarafların sözleşmeye koyacakları hükümlerle olabileceği gibi, kanundaki mevcut kurallarla da mümkündür. Sözleşmesel veya kanuni uyarlama kuralının bulunmaması halinde hakim de uyarlamaya karar verebilir. Hakim tarafından yapılan bu uyarlamaya yargısal uyarlama denilmektedir. Bu durumda uyarlama, iradi uyarlama, kanuni uyarlama ve yargısal uyarlama olmak üzere üçe ayrılır[32].

C.1-) İradi Uyarlama

Sözleşme serbestisi ilkesi gereği taraflar yapmış oldukları sözleşmeye değişen şartlara sözleşmenin uyarlanabileceği ve şartlar değişse bile sözleşmenin uyarlanmayacağına yönelik kayıt koyabilirler. Ayrıca uyarlama öngörülmüş ise uyarlamanın nasıl yapılacağı da kararlaştırılabilir. Yine şartların değişmesi durumunda tarafların sadece müzakere yapacakları fakat yapılacak müzakere sonucu anlaşmanın zorunlu olmadığı yönünde kayıtlar da konulabilir.

İpotekte, ipotek akit tablosuna şartların değişmesi halinde tarafların müzakere ile sözleşmeyi yeni şartlara uyarlayacağına dair hüküm konulabilir. Buna göre uzlaşma sonucu tescil edilen ipotek bedeli güncelleştirile-

31 Yarg. 13. Hd 08.02.2016 Tarihli 2014/48624 E. - 2016/3280 K. Sayılı İlamı (Www.Emsal.Yargitay.Gov.Tr, Et. 24.04.2017)

32 Eren, Age., S. 483.

rek bu değişiklik de tescil edilmelidir. Fakat ipotekli taşınmazın üçüncü bir kişiye devredilmesi sonucunda ipotek borçlusu ile asıl borçlu farklı kişiler olacağından uzlaşmanın kimler arasında olacağı değerlendirildiğinde kanımızca ipotek sözleşmesinin tarafları olan ipotek borçlusu taşınmaz sahibi ve ipotek alacaklısı arasında bu müzakere yapılmalıdır.

C.2-) Kanuni Uyarlama

Kanun koyucu TBK m.138'de uyarlama ile ilgili genel bir düzenleme yapmıştır. Buna göre "*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.*" Bu hükmün özel olarak hangi sözleşme türlerine uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır[33].

C.3-) Yargısal Uyarlama

Sözleşme veya kanunda sözleşmenin değişen koşullara uygulanması yönünde herhangi bir hüküm bulunmaması halinde uyarlama boşluğu söz konusudur. Hakim, uyuşmazlık halinde bu boşluğu doldurmak ve sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamakla yükümlüdür[34].

İpoteğin uyarlanmasının sözleşmede herhangi bir düzenleme olmaması halinde, bu konu ile ilgili kanunda özel bir düzenleme olmaması da gözetilerek bu kapsama girdiği söylenebilir. Hakim bir boşluk olduğu kanaatine vardığında ipoteğin bu kapsamda uyarlanmasına karar verebilir.

D-) Uyarlamanın Şartları

TBK m.138 hükmü ile getirilen sözleşmede değişiklik yapılmasını talep hakkının şartları, düzenleme öncesi doktrinde mevcut olan dürüstlük kuralı gereği uyarlamanın şartları ile aynıdır. Zira bu hüküm doktrindeki bu uygulamanın yansıması olarak kanunumuza getirilmiştir[35].

---

33 Bu Hükmün Tüm Sözleşme İlişkilerine Kıyas Yoluyla Uygulanması Gerektiği Yönünde, Bkz. Eren, Age., S. 484.

34 Eren, Age., S. 484.

35 Oğuzman, K./Öz, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, S.202.

Hakimin sözleşmede uyarlama yaparak değişikliğe karar verebilmesi için aranan şartlar:

1-) Sözleşme Yapıldığı andaki Mevcut Olgular Değişmelidir (İşlem temelinin çökmesi): Devam eden sözleşmede zaman içerisinde, başlangıçtaki taraf dengesinin bir taraf aleyhine katlanılamayacak derecede bozulmuş olması gerekmektedir[36]. Başlangıçtaki taraf dengesi ile kastedilen, tarafların sözleşmeyi yaptığı sırada mevcut olan karşılıklı edimler arası nitelik ve nicelik bakımından tarafların durumudur. Sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren durum şartların sözleşme kurulduğundan bugüne değişmesidir[37]. Örneğin, ipotekli alacak miktarının en baştaki duruma göre aradan zaman geçmesi ile sembolik hale gelmesi durumunda uyarlama mümkün olabilir.

2-) Öngörülemeyen Olağanüstü Bir Durum Ortaya Çıkmalıdır: Sözleşme yapılırken öngörülemeyen olağanüstü sebeplerden dolayı edimlerin dengesi değişmiş olmalıdır[38]. Buradaki öngörülemeyen olağanüstü durum fiili, hukuki veya ekonomik sebeplere dayanabilir. Örneğin, deprem, sel gibi fiili bir sebep ya da ithalatın yasaklanması, sıkıyönetim ilanı gibi hukuki bir sebep ya da yüksek enflasyon, devalüasyon gibi ekonomik bir sebep uyarlama için yeterli olabilir[39]. İpoteğin uyarlanmasında genellikle alacaklının dayandığı sebep ekonomik sebepler olmaktadır. Taşınmazın değerinin olağanüstü değişimi veya ipotekli alacağın sembolik değer haline gelmesi gibi sebepler bunların başlıcalarıdır. Burada uyarlama isteyenin gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde dahi öngöremeyeceği bir sebebin bulunması gerekir.

3-) Uyarlama İsteyen Kusurlu Bulunmamalı: TBK 138.maddeye göre sözleşme yapılırken taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenilmeyen olağanüstü bir durum sebebiyle borçlunun ifa güçlüğüne düşmesi halinde sözleşmenin yeni koşullara uyarlanabilmesinin istenebilmesi için olağanüstü durum borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkmalıdır[40].

4-) Edimler Henüz İfa Edilmemiş veya Çekince Konularak İfa Yapılmış Olmalıdır: Borçlu edimini ifa etmiş veya ediminin bir kısmını çekince

36 Oğuzman/Öz, Age., S. 202.

37 İnan, A.N./Yücel, Ö., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, S. 644.

38 Oğuzman/Öz, Age., S. 202.

39 İnan/Yücel, Age., S. 643.

40 Aydemir, E., Yorum Ve Çözümleriyle Aşkın Zarar Sözleşmenin Uyarlanması Ceza Koşulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, S. 126.

koymadan ifa etmişse uyarlama söz konusu olmaz. İfa borcun ve sözleşmenin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Zira ortadan kalkmış bir borcun uyarlanması söz konusu olmaz[41].

Bu durum ipotekte özellik arz etmektedir. Alacak sona erdiğinde ipoteğin de sona erip ermeyeceği hususu tartışmalıdır. TMK m.883'e göre "*Alacak sona erince ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini isteyebilir.*" Madde metnine göre ipoteğin sona ermesi alacağın sona ermesinden bağımsızdır. Alacak sona erdiğinde ipotek kendiliğinden veya borçlunun talebi ile değil ancak alacaklının talebi veya muvafakati ile sona erdirilebilir[42]. Bu durumda tapu kaydında her ne kadar ipotek devam ediyorsa alacak sona ermiş ise yine uyarlamanın istenemeyeceği anlaşılmaktadır.

3-) Teminat İşlevinin Yitirilmesi

Yukarıda açıklandığı gibi taşınmaz rehnine hakim olan temel ilke teminat ilkesidir. Alacaklının alacağını alması yolunda teminat sağlayan ipotek bu işlevini yitirirse alacalının başlangıçtaki konumu ve bu konuma bağlı haklı yararının korunması gerekmektedir. İpotek alacaklısının aleyhine olan bu durum karşısında alacaklının baştaki dengenin korunması için bir takım haklarının bulunması gerekmektedir. Bu durum ise uyarlamayı gündeme getirmektedir.

İpoteğin teminat işlevini yitirmesi; rehin konusu taşınmazın yok olması veya bozulması, kırılması gibi nedenlerle değersizleşmesi veya taşınmazın değerinin düşmesi ya da tapuya şerh edilen alacak miktarının sembolik nitelikte kalması şeklinde olabilir[43].

Taşınmazın yok olması durumunda ortada teminat oluşturacak bir taşınmazın bulunmamasından ötürü ipoteğin uyarlanmasından bahsedilemez. Örneğin, ipotekli bir dairenin depremde yıkılması sonucu alacaklının alacağına teminat oluşturacak bir daire bulunmadığından bu dairenin değeri üzerinden alınabilecek bir alacaktan bahsedilemez. Fakat belirtilmelidir ki burada asıl alacak varlığını sürdürmektedir sadece alacak üzerindeki teminat işlevi yitirilmiştir.

Taşınmazın değerinin düşmesi durumunda TMK m.865/3'de alacaklıya değerin korunması yolunda önlemler alma yetkisi tanınmıştır. Alacaklı bu önlemleri alırken herhangi bir masraf yapmışsa bu masraflar da temi-

41 Eren, Age., S. 486.

42 Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Age., S. 946.

43 Acar, Age., S. 482.

nat kapsamına girmektedir. Bunun dışına ipotek alacaklısının taşınmazın değerinin düşmüş olması sebebiyle ipoteğin uyarlanmasını talep etmesinde hukuki yararının bulunmadığı söylenebilir. Fakat ipotek borçlusunun yukarıdaki şartlar sağlanıyorsa ipoteğin uyarlanmasını talep edebilmesi gerekir.

Alacak miktarının sembolik duruma gelmesi yukarıda açıklandığından burada yeniden açıklanmayacaktır.

4-) Yabancı Para İpoteğinin Hukukumuzda Mümkün Olması

Taşınmaz rehninde kural, rehinle teminat altına alınan alacağın tutarının Türk Lirası olarak tapuya tescil edilmesidir (TMK m.851/1). Bununla birlikte, TMK m.851/2'de bu ana kurala istisna getirilmiştir[44]. Buna göre, bazı yabancı para alacakları, yabancı para üzerinden kurulmuş taşınmaz rehni ile teminat altına alınabilmektedir[45].

Bu istisnanın ipoteğin uyarlanması açısından önemi ipoteğin genel ilkelerinden belirlilik ilkesine getirilen istisna ile kendisini göstermektedir. Çünkü ipoteğin günün şartlarına uyarlanması aynı şeklide belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Fakat bu kurumun yabancı para alacağının ipotekli alacak olarak tescili gibi kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır.

Yabancı para ipoteğinde, teminat altına alınan alacağın miktarı kur dalgalanmaları sebebiyle tam olarak belirlenememektedir. Bu nedenle belirlilik ilkesi, yani tapu kütüğünde belirtilen alacağın belirli olması ilkesi yabancı para ile kurulan ipotek yönünden görünüşte kalmaktadır. Kurdaki dalgalanmalar tapu kütüğündeki teminat altına alınan alacak miktarını sürekli değiştirmektedir. Kur yükseldiğinde alacak miktarı artmakta, düştüğünde ise düşmektedir. Örneğin, 07.04.2010 tarihinde 1000 dolar için ipotek şerhi konulduğunda; ipoteğin konulduğu tarihteki kur üzerinden[46] teminat altına alınan alacak miktarı 1500 TL iken, 15.12.2016 tarihinde[47] bu alacak miktarı 3500 TL gibi miktara denk gelmektedir. Bunun tam tersi bir durumun olması da muhtemeldir. Bu durumda belirlilik ilkesinin kanuni bir düzenleme ile sekteye uğratıldığı söylenebilir[48].

---

44 TMK M.851/2: "*Yurt İçinde Veya Dışında Faaliyette Bulunan Kredi Kuruluşlarınca Yabancı Para Üzerinden Veya Yabancı Para Ölçüsü İle Verilen Kredileri Güvence Altına Almak İçin Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulabilir. Bu Halde Her Derecenin İfade Ettiği Miktar, Rehin Konusu Alacağın Tespit Edildiği Para Türü Üzerinden Gösterilir. Ancak, Aynı Derecede Birden Fazla Para Türü Kullanılarak Rehin Kurulamaz.*"

45 Oğuzman/Seliçi/Özdemir, Age., S. 916.

46 Http://Www.Tcmb.Gov.Tr/Kurlar/201004/07042010.Xml, Et. 01.05.2017

47 Http://Www.Tcmb.Gov.Tr/Kurlar/201612/15122016.Xml, Et. 01.05.2017

48 Nar, A., Yabancı Para İpoteği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, S. 92-93.

Sonuç olarak bu düzenleme ile anlaşılmaktadır ki, paranın alım gücünü yitirmesi sonucu alacaklının uğrayacağı hak kaybının önüne geçilmesi için kanunen böyle bir düzenleme getirilmiştir. Amaç mağduriyetin bir ölçüde giderilmesidir[49]. Kanun koyucunun dikkate aldığı bu mağduriyet yukarıda açıklanan ipoteğin uyarlanmasını gerektiren durumlar için de oluşmaktadır. Bu sebeple belirlilik ilkesini mağduriyetin giderilmesi için aşan kanun koyucunun kanun yapma amacı üzerinden yapılan yorumla ipoteğin uyarlanması da her ne kadar belirlilik ilkesine aykırılık oluşturacaksa da mümkün olmalıdır.

5-) Hakkaniyet ve Dürüstlük Kuralı

Dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesi tüm özel hukuk alanında kendisini gösteren temel normlardır. Bu sebeple ipoteğin uyarlanması kurumunda da bu iki norm açısından değerlendirme yapılmalıdır[50]. İpoteğin kurulmasında, rehin sözleşmesinde dürüstlük kuralına uygun davranılması gerekmektedir. Yine hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracak durumlardan bu süreçte kaçınılmalıdır.

Yargıtay uygulamasında, bu iki norm işlem temelinin çökmesi başlığı altında birlikte değerlendirilmiştir. Yine doktrinde *TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP*'a göre; "*Ahde vefa ilkesine göre; sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge, şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. Buna göre akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse, artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır.Bu görüş doktrinde "Emprevizyon Teorisi" adıyla anılır.[51]*" İşte edimler arasındaki dengeyi aşırı derecede bozan olağanüstü haller sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti arasında bir çelişkiye sebep olur ve artık sözleşme ile sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturacak düzeye gelir52.

TBK m.138 öncesi uygulamada ve doktrinde bu esas kabul edilerek ipoteğin uyarlanmasının mümkün olduğu belirtilmekteydi.

---

49 Acar, Age., S. 478.

50 Acar, Age., S. 478.

51 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçla Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, S. 1005.

52 İnan/Yücel, Age., S. 642, Dn. 1127.

6-) Ana Para İpoteğinin Kapsamı Açısından

Anapara ipoteği açısından da belirlilik ilkesine aykırılık oluşturabilecek düzenlemenin varlığından bahsedilebilir. Bu istisnai durum anapara ipoteğinin kapsamı açısından ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi anapara ipoteğinde tapuya tescil edilen alacak miktarı ana alacaktır. Buna rağmen, taşınmazın değerinden alacağın tahsil edilmesi için rehin paraya dönüştürüldüğünde, ana alacağın yanında takip giderleri, temerrüt faizi, sözleşmesel faiz gibi kalemler de talep edilebilmektedir.[53] Bu durum yine belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır ve yine kanuni bir düzenleme ile belirlilik ilkesi esnetilmiş olmaktadır.

Yine belirlilik ilkesinin durum ve şartlara göre hakkaniyet gerektiriyorsa esnetilebileceği çıkarımına varılabilir. Fakat Yargıtay ipoteğin uyarlanması için açılmış bir davada vermiş olduğu kararda "*Eldeki davada ipotek, kesin borç (karz) ipoteğine ilişkin olup, aleyhine ipotek tesis edilenin borcu, ipotek senedinde yer alan borç miktarı ve ödemede gecikilmesi halinde gecikme faizi kadar olduğundan ve lehine ipotek tesis edilen şahıs sadece bu miktarı ve icra takibi yapmış ise icra masraflarını isteyebileceğinden ipotek bedelinin uyarlanması mümkün değil ise de...*" diyerek belirlilik ilkesinin bu denli genişletilmemesi gerektiği ve anapara ipoteğinde uyarlamanın mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir[54].

7-) Yargıtay Kararları

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında istikrarlı bir şekilde ipoteğin uyarlanmasının mümkün olduğu ve bu durumun yargılamayı gerektirdiği, hakimin takdir hakkını kullanarak uyarlama hakkında karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay 12. HD ipoteğin fekki için ipotek borçlusu tarafından açılan davada vermiş olduğu iki kararında ipoteğin uyarlanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu kararlar;

"*kendisine bu madde şartlarında ihbar çıkarılan ipotek alacaklısı, ipotek bedelinin günün koşullarına uyarlanması için genel mahkemelerde dava açabilir ve böyle bir dava açtığını belirterek, icra müdürlüğündeki ipoteğin fekki talebine itiraz edebilir.*[55]"

53 Acar, Age., S. 483.

54 Yarg. 13. Hd 21.10.2015 Tarihli 2014/38030 E. - 2015/30941 K. Sayılı İlamı (Www.Emsal.Yargitay.Gov.Tr, Et. 24.04.2017).

55 Yarg. 12. Hd 07.02.2017 Tarihli 2017/68 E. - 2017/1437 K. Sayılı İlamı (Www.Emsal.Yargitay.Gov.Tr, Et. 24.04.2017).

"icra mahkemesinin 07.03.2013 tarihli duruşmasında ipotek bedelinin bugünkü değerine uyarlanması gerektiğini beyan etmiş olup, bu talep yukarıda belirtilen maddede de yazılı olan makul sebep niteliğindedir.[56]"

II. İPOTEĞİN UYARLANMASI SONUÇLARI

1-) Uyarlamada Hesaplama Kriterleri

İpoteğin uyarlanması somut olayın değerlendirilmesi neticesinde hakim tarafından yukarıdaki dayanaklardan biri veya birkaçı sebebiyle kabul edildiği takdirde, uyarlamanın nasıl yapılacağı konusunda bir takım kriterler getirilmiştir.

Uyarlama yapılırken taşınmazın güncel değeri esas alınmalıdır. Çünkü teminat işlevini taşınmazın değeri sağlamaktadır. İpotek kurulurken taraflar şerh edilecek alacak miktarını taşınmazın o anki değerine göre belirlemektedir. Taşınmazın değeri ve uyarlama talebine konu ipoteğin değeri oranlanmalı ve buna göre teminat mktarı tespit edilmelidir. Para alacaklarının uyarlanmasında ölçü olarak alınan altın, döviz, mevduat faizi, asgari ücret gibi ekonomik veriler ipoteğin uyarlanmasında esas alınmamalıdır. Çünkü ipoteğin uyarlanmasında temel borç ilişkisindeki alacak uyarlanmamakta, taşınmazın değerine göre belirlenmiş teminat miktarı uyarlanmaktadır[57]. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında bu hususu belirtmiştir[58].

2-) Uyarlamanın Üçüncü Kişiler ve Derece Sistemi Açısından Sonuçları

Mahkeme tarafından ipoteğin uyarlanmasına karar verildiği ve yukarıdaki kıstaslar kullanılarak hesaplama yapılarak güncel ipotek alacak değerinin hesaplanması sonucu taşınmazdaki ipoteği kaldırmak isteyen ipotek borçlusu bu güncel değeri ödeyerek alacaklıdan ipoteğin fekkini talep edebilir.

---

56 Yarg. 12. Hd 22.12.2015 Tarihli 2015/29610 E. - 2015/32451 K. Sayılı İlamı (Www.Emsal.Yargitay.Gov.Tr, Et. 24.04.2017).

57 Acar, Age., S. 483.

58 "*Hükme Esas Alınan 0501.2015 Günlü Bilirkişi Raporunda 10.000 Tl İpotek Bedelinin Külçe Altın, Mevduat Faizi, Döviz Dikkate Alınarak Yapılan Güncellemesinde Dava Tarihinde 21.650,37 Tl Miktara Ulaştığı Saptanmıştır. Ancak, Taşınmazda Karz İpoteği Veya Üst Sınır İpoteği Dışında Tmk'nın 893.Maddesinde Tanımlanan Kanuni İpotek Tesis Edilerek Taşınmazın Satış Bedelinden Ödenmeyen Bakiye Alacak Teminat Altına Alınmıştır. Bu Nedenle, Öncelikle Taşınmazın Dava Tarihindeki Rayiç Değeri Saptanmalı...*" Denilerek Hükmün Bozulmasına Karar Verilmiştir (Yarg. 14. Hd 10.05.2016 Tarihli 2016/604 E. - 2016/5667 K. Sayılı İlamı) (Www.Emsal.Yargitay.Gov.Tr, Et. 24.04.2017).

İpotek borçlusunun asıl borç ilişkisinden bağımsız üçüncü bir kişi olması halinde, bu kişi borçluya ait koşullar içinde ödeme yaparak ipoteğin fekkini talep edebilir. Bu durumda uyarlama öncesi miktar değil uyarlama sonrası hesaplanan miktar esas alınmalıdır[59].

Yine ipoteğin uyarlanmasına karar verildiğinde taşınmazın güncel değerine göre uyarlama öncesi derecelere biçilen değerler oranlanarak uyarlama sonrası derece değerleri de belirlenmelidir. Nitekim, TMK m.870/1'e göre "*Rehnin sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin derecesi ile sınırlıdır.*"

SONUÇ

Ülkemizin geçmişte yaşadığı ağır enflasyonlar ve devalüasyonlar neticesi uzun süreli ipoteklerde alacak miktarı sembolik değer olarak ortaya çıkmaktadır. Alacağa faiz uygulandığındaki dahi bu miktar yine sembolik olmaktadır. Bu sebeple hakkaniyet gereği alacaklıya ipoteğin uyarlanması imkanı sağlanmalıdır. Bu konuda kanuni bir düzenleme yapılarak uygulamada mevcut sıkıntıların üstesinden gelinebilir.

İpoteğin uyarlanmasına yönelik hukukumuzda bu kuruma özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple öncelikle TBK m.138›deki sözleşmeler hukuku açısından genel nitelikli olan sözleşmenin uyarlanması, ipoteğin uyarlanmasına kaynak teşkil etmektedir. Yine hukukun genel ilkeleri ve yargı kararları ışığında ipotek alacaklısına ipoteğin uyarlanması yolunda birtakım imkanlar getirmektedir.

Esasen ipoteğin uyarlanması kurumu, taşınmaz rehnine hakim olan genel ilkelerden belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Fakat belirlilik esasının kanunun kendisi tarafından da yabancı para ipoteği, anapara ipoteğinin kapsamı gibi durumlarla esnetilmesi bu ilkenin hakkaniyet gerektiriyorsa ipoteğin uyarlanması için de esnetilebileceğini göstermektedir. Hakeza bu durum günümüzde Yargıtay kararları ile de kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

ACAR, F., İpotekte Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşularına Uyarlanması, LHD. Yıl 6, S. 62, 2008.

AKİPEK, G.J./AKINTÜRK T., Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

AYAN, M., Eşya Hukuku, C. III, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, 2001.

AYDEMİR, E., Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar Sözleşmenin Uyarlanması Ceza Koşulu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

59 Acar, Age., S. 483.

AYİTER, N., Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, 1983.

DURAL, M., Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, 1981.

EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.

GÜRSOY, K.T./EREN, F./CANSEL, E., Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.

HELVACI, İ., Sözleşmeden Doğan İpotek, 12 Levha Yayıncılık, Mart 2008.

İNAN, A.N./YÜCEL, Ö., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık.

KAÇAK, N., Açıklamalı ve İçtihatlı Son Değişikliklerle İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2013.

KÖPRÜLÜ, B./ KANETİ, S., Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983.

OĞUZMAN, K./ÖZ, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

OĞUZMAN K./SELİÇİ Ö./ÖZDEMİR S.O., Eşya Hukuku, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

NAR, A., Yabancı Para İpoteği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

ŞENER, Y.S., Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçla Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Elektronik Kaynaklar

Emsal Yargıtay, www.emsal.yargitay.gov.tr (çevrimiçi).

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, legalbank.net (çevrimiçi).

T.C. Merkez Bankası, www.tcmb.gov.tr.

634 SAYILI KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN ARSA PAYININ DÜZELTİLMESİ DAVASI

Stj. Av. İbrahim Yıldırım ATEŞ

A.Giriş

İnsanoğlu Sanayi Devrimi'nden çok önceleri de apartman benzeri[1] konutlar inşa etmişse de özellikle Sanayi Devrimi'nden sonra bildiğimiz anlamdaki çok katlı konut örnekleri inşa edilmeye başlanmıştır.Geçtiğimiz yüzyılda ise dünya nüfusunun hiç olmadığı kadar hızlı bir şekilde artması ile doğru orantılı olarak sanayileşme ve şehirleşme de artış göstermiştir. Artan nüfusun getirdiği konut sıkıntılarının toplumları dikey kentleşmeye yönlendirmesiyle beraber kat mülkiyeti konusunda hukuki düzenleme yapılması ihtiyacı sonucunda Türkiye'de de 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu 23.06.1965'te yürürlüğe girmiştir.[2]

Deprem riski altında bulunan Türkiye'de 2000'li yıllardan itibaren özellikle riskli yapılar büyük bir hızla yıkılıp yeniden yapılarak dönüştürülmeye başlanmıştır.Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi bu yapıların yıkım sonrası paylı mülkiyete dönüşmesi ve maliklerin de taşınmaz üzerindeki haklarının pay oranlarına bağlı olması sebebiyle hak kayıplarına uğramalarının engellenmesi zorunluluğu doğmuştur.[3] Dolayısıyla 1983 yılında 2814 sayılı kanun ile Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3.maddesinde yapılan değişiklik ile "Arsa Payının Düzeltilmesi Davası" öngörülmüştür.[4]

Bu çalışmada 1965 tarihli 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda öngörülen "Arsa Payı" kavramı üzerinde durulacak , paylı mülkiyet ve paylı mülkiyetin önemi açıklanarak Kat Mülkiyeti Kanunu'nda öngörülen arsa payının düzeltilmesi davası detaylı olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

---

1 Bkz: Old Walled City Of Shibam (Şibam – Yemen)

2 Lale Sirmen , Eşya Hukuku sf.442

3 Etem Saba Özmen,Berna Çakmak , 6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar sf.1

4 Özmen/Çakmak, sf.1

B.Arsa Payı Kavramı

Arsa Payı kavramı 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda "arsanın , bu kanunda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına arsa payı denir" şeklinde tanımlanmaktadır.

Medeni Kanunumuz elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet şeklinde iki tür birlikte mülkiyet hakkı tanımlamıştır ve doktrinde haklı olarak Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Medeni Kanun'un öngördüğü mülkiyet türlerinden farklı bir mülkiyet türü yaratamayacağı önemle belirtilmiştir.[5]

Dolayısıyla Kat Mülkiyeti Kanunun'da tanımlanan ortak mülkiyet kavramının aslında Medeni Kanun'un 688.maddesinde "paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir" şeklinde tanımlanmış olan paylı mülkiyetten başka bir şey olmadığı belirtilmektedir.[6]

C.Arsa Payının Önemi

Arsa payı kat mülkiyeti kanunu uyarınca mülkiyet sahibine yüklenen bazı hak ve yükümlülüklerin yanında ayrıca ana yapının herhangi bir nedenle ortadan kalkması durumunda elde kalan taşınmaz üzerinde daha önceden belirlenmiş olan paylara bağlı mülkiyet hakkından ibaret olması sebepleriyle önemlidir.Şu halde ana yapı tekrar yıkılıp , yapılmak istendiğinde yeni yapılacak bağımsız bölümün niteliği mevcut arsa payının oranı ile orantılı olacağından , arsa payının durumu , nitelikli bir bağımsız bölüm sahibi olabilmek açısından en önemli kriter olacaktır.Anayapı ve bulunduğu arsa üzerinde idarenin bir kamulaştırma kararı alması durumunda da Anayasa md.46 uyarınca ödenecek gerçek bedel hesaplanmasında arsa payı dikkate alınacağı için (Kat Mülkiyeti Kanunu md.46/6) arsa payının doğru olarak belirlenmesi malikler açısından büyük önem taşımaktadır.[7]

---

5 Özmen/Çakmak , sf.5

6 Detaylı Bilgi İçin Bkz: Etem Saba Özmen ,Gülşah Vardar Hamamcıoğlu , Kat İrtifakı , 3.Bası ,s.37,38 vd.

7 Yargıtay 5.Hukuk Dairesi,1980/6582 " 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasasının 46. maddesinde bir ana taşınmazın tümünün kamulaştırılması halinde her bağımsız bölüm malikine arsa payı oranına göre ödeme yapılacağı yazılıdır.Dava konusu ana yapının tümüne bilirkişilerce takdir edilen değerin tapuda yazılı arsa payına göre davacıya ödenmesine karar verilmesi gerekirken başka biçimde yapılan hesaplarla yazılı şekilde hüküm verilmesi doğru olmadığı gibi davacı arsa payının düzeltilmesinin dava etmiş ve bu davada henüz sonuçlanmamış bulunmasına göre bunun sonucunun belirtilmemiş olması da isabetsizdir." HukukTürk Hukuk Veritabanı (7.12.2017 15:50)

Kat mülkiyeti kanunu uyarınca maliklerin ortak giderlere,sigorta bedellerine, giderlerine vb. arsa payları oranında katılacak bulunmaları ,toplantı ve karar yeter sayılarının da (KMK30,KMK 47) arsa paylarına göre belirleneceği gibi sebeplerle de arsa payı önem arz etmektedir.[8]Kat malikleri kendi aralarında bir sözleşme ile ortak giderlere katılma şartlarını değiştirebilecektir aksi takdirde ortak giderlere arsa payları oranında katılmak zorundadırlar.[9]

Bir diğer önemli husus ise Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 25.maddesinde öngörülmüş bulunan dava bakımından ortaya çıkmaktadır.Hüküm uyarınca,bir kat maliki Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerini ve borçlarını yerine getirmemek suretiyle diğer kat maliklerinin haklarını durumu çekilmez hale getirecek derecede ihlal ettiği takdirde diğer kat malikleri bu ihlalleri gerçekleştiren kat malikinin mülkiyet hakkının kendilerine devredilmesini isteyebileceklerdir.Bu devir işlemi de diğer kat maliklerinin arsa payları oranında gerçekleştirileceği için arsa payının doğru hesaplanmış bulunması önem arz etmektedir.

D.Arsa Payının Düzeltilmesi Davasının Şartları

Arsa payının düzeltilmesi davasının dinlenmeye haiz olabilmesi için kanunda ve Yargıtay kararlarında belirli şartlar aranmaktadır.

1.Kat Mülkiyeti – Kat İrtifakı Mevcut Olmalı

Arsa payının düzeltilmesi davasının açılabilmesinin en temel şartlarından biri kat mülkiyetine/kat irtifakına geçilmiş bulunulması ve kat mülkiyeti veya kat irtifakının halen mevcut olması gerekmektedir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Kat İrtifakının Sona Ermesi kenar başlıklı 49.maddesinde kat irtifakına konu olan arsanın tamamiyle yok olması veya üzerinde yapı yapılamayacak hale gelmesi veya kamulaştırılması ile kendiliğinden sona ereceği hükmü getirilmiştir.Ayrıca imar durumunun değişmesi neticesinde taşınmaz üzerinde inşaat faaliyeti kesin olarak yasaklandığı takdirde de arsanın üzerinde yapı yapılamayacak hale geldiği kabul edilecek ve kat irtifakı son bulacaktır.[10] Dolayısıyla maddede belirtilen durumların gerçekleşmesi durumunda arsa payının düzeltilme-

8 Erkan Alpöğünç , Arsa Pay Kavramı , Önemi , Hesaplanması Düzeltme Davası,TBB Dergisi 2010(89), sf 498

9 Yargıtay 5.Hukuk Dairesi 1990/26550 Esas "Kat maliklerinden her biri , aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça yakıt ve demirbaş giderlerini kendi arsa payları oranında öderler" Şeref Ertaş , Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi

10 Şeref Ertaş , Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, s.635

si davasını açmak kat irtifakı kendiliğinden sona ermiş bulunduğundan mümkün olmayacaktır.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun Ana Yapının Harap Olması kenar başlıklı maddesinde ise kat mülkiyetinin kendiliğinden sona ermesi hali düzenlenmiştir.Kat mülkiyeti kurulmuş ancak bahsi geçen Kat Mülkiyeti Kanunu m.49 uyarınca bir yok olma veya yapı yapılamayacak hale gelme veya kamulaştırma durumunda bulunmayan ancak deprem,sel vb. sebeplerle harap olan bir anayapıya ilişkin Kat Mülkiyeti Kanunu 47/4 "bu maddede yazılı süreler devamınca kendiliğinden kat irtifakına çevrilir" hükmü getirilmiştir.[11] Dolayısıyla anayapının harap olması sebebiyle kat mülkiyeti sona ermiş olsa da Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 47.maddesinde belirtilen süreler boyunca kat irtifakına geçileceği ve arsa payının düzeltilmesi davasının açılması için gerekli koşulun kat mülkiyeti veya kat irtifakı bulunması olması sebebiyle arsa payının düzeltilmesi davasının açılması,maddede geçen süreler sınırı içinde kalmak kaydıyla mümkün olacaktır.[12]

2.Bağımsız Bölümlerin Değeri ile Arsa Payının Orantısız Olarak Belirlenmesi

KMK 3.maddede ayrıca kat mülkiyetinin ve kat irtifakının bağımsız bölümlerin değerlerinin saptanması neticesinde arsa paylarının belirlenmesi esasıyla kurulacağı ve bu arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde arsa payının düzeltilmesi davası açılabileceği öngörülmüştür.Dolayısıyla her bir malikin bağımsız bölümün değeri ile arsa payının orantısız olarak belirlendiği durumda bu davayı açmak bakımından hukuki yararı bulunacaktır.[13]Yargıtay 18.Hukuk Dairesi de 1993 tarihli kararında "arsa paylarının sonradan değiştirilebilmesi için bu payların bağımsız bölümlerin değerleri ile oranlı olarak tahsis edilmediğinin saptanması gerekir. Bu hususun araştırıldığı bilirkişi raporundan anlaşılamamaktadır." demekle bu hususa işaret etmiştir.[14]

Belirtmek gerekir ki yukarıda da açıklanıldığı üzere arsa payının düzeltilmesi davasının açılması bakımından bağımsız bölüm malikinin bir hukuki yararı bulunması gerekmektedir dolayısıyla Yargıtay 5.Hukuk Dairesi'nin haklı olarak belirttiği üzere ortak giderlere katılım payının

11 Gayrimenkul Rehberi, Arsa Payı Düzeltme Davası, Av.Peren Sanrı Arslan , Av.Osman Delen, sf.166-167

12 Arslan/Delen, sf.166-167

13 Arslan/Delen, sf.164-165

14 Yargıtay 18.Hukuk Dairesi , 1993/3025 Esas , HukukTürk Hukuk Veritabanı,(5.12.2017 14:13)

fazlalığı sebebiyle arsa paylarının yeniden düzenlenmesini istemek bakımından malikin bir hukuki yararı bulunmayacak ve bu davayı açması mümkün olmayacaktır.[15]

3.Davacı

Kat mülkiyeti kanunu'nun 3.maddesinde "....her kat maliki veya kat irtifakı sahibi , arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir." hükmü getirilmiştir, dolayısıyla davacı ancak kat maliki,-kat irtifakı sahibi olan kişi veya bunların mirasçılar olabilecektir.[16]

Arsa payının düzeltilmesi davasını açacak malikin bu davayı açmak bakımından hukuki yararının bulunması gerekliliğinin yanında iyi niyetli olması da aranmaktadır.Şöyle ki; kat irtifakının veya kat mülkiyetinin kurulması aşamasında arsa paylarının belirlenmesine bizzat katılıp,onaylayan maliklerinin bu davayı açmak bakımından iyi niyetli olmamaları dolayısıyla davanın reddedilmesi gerekliliği Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir.[17]

4.Davalı

Arsa payının düzeltilmesi davasında husumetin tüm kat maliklerine yöneltilmesi gerekmektedir.Yargıtay taraflar oluşturulmadan yani bütün kat maliklerini dava tarafı olarak gösterilmeden açılan davada davanın esasına girilerek hüküm kurulmasına usule aykırılıktan bozma sebebi saymıştır.[18]

---

15 Yargıtay 18.Hukuk Dairesi 1992/13835 Esas "Kat Mülkiyeti Kanununun 3.maddesinin değişik 2.fıkrası hükmüne göre , arsa paylarında değişiklik yapılması , arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleri ile oransız olarak kat mülkiyetine geçilmesi halinde mümkündür.Davacı genel giderlere katılma payının fazla olduğu gerekçesi ile arsa paylarının yeniden düzenlenmesini dava edemez" Şeref Ertaş, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi

16 Alpöğünç, sf.499

17 Yargıtay 18.H.D 2008/10404 Esas "Öte yandan, kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulması sırasında arsa paylan bizzat kendileri tarafından düzenlenmiş olan kat maliki veya maliklerinin sonradan arsa paylarının düzeltilmesini istemekte iyiniyetli olup olmadıklarının ve ayrıca arsa paylarının düzeltilmesini isteyen kat malikinin bu isteminde korunmaya değer bir hukuki yararının bulunup bulunmadığının mahkemece dikkatle değerlendirilmesi gerekir." HukukTürk Hukuk Veri Tabanı(5.12.2017,16:17)

18 Yargıtay 5.Hukuk Dairesi 1990/1494 Esas "Arsa payının düzeltilmesi davalarının bütün kat maliklerine tevcih edilmesi gerekir. Dava 4, 8, 9, 10 no.lu bağımsız bölümlerin çıplak mülkiyet malikine tevcih edilmemiş, bu konuda davacı tarafa mehil de verilmemiştir. Taraf teşkili tamamlanmadan işin esasına girilerek hükmün bozulması doğru görülmemiştir." HukukTürk Hukuk Veri Tabanı,(4.12.2017 17:03)

E.Görevli Mahkeme

Kat Mülkiyeti Kanunu'na 1983 yılında eklenen Ek Md.1 uyarınca " Bu kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık sulh mahkemelerinde çözümlenir" hükmü getirilmiştir,dolayısıyla Arsa Payının Düzeltilmesi Davası söz konusu olduğunda Sulh Hukuk Mahkemeleri görevli olacaktır.

F.Yetkili Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.12/1 "Taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda,taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir." hükmü ve arsa payının düzeltilmesi davasının da ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek bir dava niteliğinde bulunması sebebiyle ilgili taşınmazın bulunduğu yer Sulh Hukuk Mahkemesi kesin yetkili olacaktır.

G.Dava açma süresi

Arsa payının düzeltilmesi davası temeli istihkak talebine dayanan,Medeni Kanun'un 1025'inci maddesinde öngörülen yolsuz tescilin düzeltilmesi davası niteliğinde bir davadır.[19]Davanın temelindeki talebin bir ayni hakka dayanan istihkak talebi olması nedeniyle anayapıda kat irtifakı veya kat mülkiyeti bulunduğu sürece hak düşürücü süre ve zamanaşımına tabi olmadan açılabilecektir.[20]Ayrıca arsa payının düzeltilmesi davasının kat irtifakı **veya** kat mülkiyeti sürecinde açılabilcek olması nedeniyle kat irtifakı aşamasında iskanı henüz alınamamış bir anayapı olması veya bu anayapı üzerinde yapılmış bulunan projeye ve hukuka aykırı imalatlar bulunması sebebiyle iskanın hiç alınamayacak olması davanın açılmasına engel teşkil etmeyecektir.(KMK md.3)[21]

H.Arsa Payının Belirlenmesine Esas Alınacak An

Kat mülkiyeti kanunu md.3/2 hükmünde "...bu fıkra uyarınca tahsis edilen arsa payı , o bölümlerin değerinde sonradan meydana gelen çoğalma veya azalma sebebiyle değiştirilemez" hükmü getirilmekle,yeniden değerlendirmenin yapılmasında esas alınacak zaman açık bir şekilde kat mülkiyeti/kat irtifakının kurulduğu zaman olarak gösterilmiştir.Dolayısıyla bağımsız bölümlerde kat mülkiyeti/kat irtifakı kurulmasından sonraki

19 Özmen/Çakmak, sf.9
20 Özmen/Çakmak,sf.9
21 Özmen/Çakmak, sf.9

değer artışları arsa payının düzeltilmesi davası söz konusu olduğunda arsa paylarının tespiti bakımından herhangi bir şekilde değerlendirmeye alınmayacaktır.

Bir örnekle açıklamak gerekirse ; kat mülkiyeti kurulması esnasında değeri düşük olan dükkan niteliğindeki bağımsız bölümleri düşünelim,daha sonra bu dükkanların yakınında metro durağı/tren istasyonu gelmesi ve benzeri sebeplerle bu dükkanların fiyatları çok büyük oranda artabilecektir ancak dükkanların değeri ne kadar artarsa atsın arsa paylarının değerlendirilmesinde kat mülkiyeti kurulması sırasında bulunmayan nitelikler dikkate alınmayacaktır.Dolayısıyla daha sonra bu dükkanı satın almak için arsa payı ile orantısız ancak bağımsız bölümün değerinin fiyatının yüksekliğinden kaynaklanan meblağları ödeyen bir kimse sahip olduğu bağımsız bölümün kat mülkiyeti kurulması esnasındaki değerine göre belirlenmiş/belirlenecek olan arsa payı değerine razı gelmek durumunda kalacak,arsa payının düzeltilmesi davasını açamayacaktır.[22]

Burada özellikli bir duruma da kısaca değinmek gerekmektedir.Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 44.maddesi uyarınca anagayrimenkule bağımsız bölüm ilave edilmesi durumunda arsa paylarının yeniden düzenlenmesi zorunluluğu doğacaktır.Yargıtay 18.Hukuk Dairesi bağımsız bölüm ilave edilmesi sebebiyle arsa payları yeniden düzenlenmiş ise arsa payının düzeltilmesi davasında da kat mülkiyeti veya kat irtifakına geçilen tarihin değil,bu düzenlemenin yapıldığı tarihin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.[23]

I.Arsa Payının Belirlenmesinde Esas Alınacak Nitelikler

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3.maddesinde 5711 sayılı yasa ile 2007 yılında yapılan değişiklik neticesinde arsa payları bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleri ile oranlı olarak hesaplanacaktır.Eski düzenlemede arsa paylarının saptanması mülkiyet sahiplerinin kişisel beyanlarına bağlı bulunmaktaydı ancak mevcut yasal düzenleme uyarınca,arsa paylarının belediyece onaylı resmi mimari projede açıkça gösterilmesi gerekmektedir.[24]Belirtmek gerekir ki arsa paylarının onaylı mimari projede belirlenmiş bulunması,arsa payının dü-

22 Özmen/Çakmak, sf.4

23 Yargıtay 18.H.D 2002/6543 "Arsa paylarının düzeltilmesine ilişkin davalarda değerlendirmenin , kat irtifakının kurulduğu tarih,doğrudan kat mülkiyetine geçilmiş ise bu tarih,sonradan yasanın 44.maddesi uyarınca yeni bağımsız bölüm ilavesi dolayısıyla arsa payları yeniden düzenlenmiş ise bu düzenlemenin yapıldığı tarih esas alınarak yapılması gerekir" Şeref Ertaş, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi

24 Mahir Ersin Germeç, Kat Mülkiyeti Hukuku, sf.74

zeltilmesi davasının açılabilmesi bakımından bir etki yaratmayaca,uzman bilirkişi incelemesi sonucunda verilecek hakim kararına bağlı olarak değiştirilebileceklerdir.[25]

Arsa payının düzeltimesinde kat mülkiyeti/kat irtifakı kurulduğu sıradaki nitelikler göz önüne alınacağı daha önce belirtilmişti.Bu niteliklerden bazıları "bağımsız bölümün ölçüleri,bulunduğu kat,kattaki konumu,-manzarası,bağımsız bölümün cephesi,güneş alıp/almadığı,güneşi hangi saatlerde aldığı,balkonu olup olmaması vs." olarak sayılabilecektir.[26]

Uzman Bilirkişi incelemelerinde arsa payının belirlenmesinde dikkate alınan hususlardan en önemlilerinden biri dairenin kullanım alanı(metrekaresi) olacaktır.Ancak belirtmek gerekir ki salt kullanım alanı bazında değerlendirme yapılarak arsa paylarının belirlenmesi mümkün değildir.[27]Bağımsız bölümün cephesi yani taşınmazın bulunduğu konuma göre ön/arka veya yan parsele cepheli olması ve cepheden kaynaklı manzarası,güneş alma durumu ve ayrıca bağımsız bölümün kat konumu dolayısıyla güvenlik açısından değerlendirmesi de diğer bazı önemli ve değerlendirmenin büyük bölümüne esas alınacak nitelikler olarak karşımıza çıkacaktır. Daha önce de açıklandığı üzere bu niteliklerin değerlendirimesinde kat mülkiyeti/kat irtifakı kurulması anı dikkate alınacaktır.Şöyle ki ; taşınmazın manzarısının sonradan imar değişikliği vb. gibi durumlarla taşınmazın önüne yapılacak yüksek katlı bir bina vb. ile kapanması ile bağımsız bölümün değerinin düşmesi veya yukarıda da açıklandığı üzere bağımsız bölümün değerinin herhangi bir nedenle artması arsa paylarının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır.[28]Kat mülkiyeti/kat irtifakı kurulması

25 Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, sf.108

26 Yargıtay 18.Hukuk Dairesi 2008/10404 "Yasa gereğince; arsa payı düzenlemesinin yeniden yapılabilmesinin ilk şartı, arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle oransız olarak belirlenmiş olmasıdır. Bu hususa dayalı istemlerde mahkeme tüm kanıtları değerlendirerek bağımsız bölümün değeri ile bölüme özgülenen arsa payını karşılaştırıp denklik sağlanmalıdır. Söz konusu işlem yapılırken de bağımsız bölümlerin cinsi, bulunduğu kat, alanı, ısınma sistemi, aydınlanması, mimari kullanımı ve konumu, cephesi ve manzarası, kullanma amacı (konut, işyeri vs.), eklentileri, güneşten yararlanma, rüzgar ve diğer dış etkenlerden etkilenme olayı gibi hususlar değerlendirme için esas alınır. Değerlendirmeye esas alınacak tarihten sonraki imar durumu ile cins ve manzara değişiklikleri, bakım ve onarım çalışmaları nedenleriyle meydana gelen değer artış ve eksilmeleri dikkate alınmaz."HukukTürk Hukuk Veri Tabanı(5.12.2017,16:17)

27 Etem Saba Özmen/Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı 3.Bası,sf.112 , Dipnot 144.

28 Yargıtay 18.HD 1998/5277"...yapının 1972 yılında inşa edildiği ve kat irtifakı tesis edildiği, o tarihte yapının üst katlarının denizi gördüğü, kuzey cephesinde sokak bulunmadığını ileri sürerek o tarihteki durumu itibariyle deniz gören katların bu nitelikleri değerlerine yansıtılarak daha çok arsa payı verildiği, ayrıca yapının kuzey cephesinde

anından sonra bağımsız bölümde meydana gelen değer artışları arsa payının düzeltilmesinde dikkate alınmayacağı göz önünde bulundurularak,bu bağımsız bölümleri sonradan satın alan kişilerin ödedikleri meblağların bu dava açısından hiçbir önem taşımadığını belirtmek gerekmektedir.[29]

J.Arsa Payının Düzeltilmesi Davası Anayasaya Aykırı Mıdır ?

Arsa payının düzeltilmesi davası açıklandığı üzere mülkiyet hakkına müdahele içeren bir davadır.Yukarıda da açıklandığı üzere,dava temelinde bir ayni hak olan mülkiyet hakkına dayanan istihkak talebini içerdiği için de hak düşürücü süre ve zamanaşımından bağımsızdır.

Anayasa Mahkemesi'nin karara bağladığı başvuruda Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10.maddesine ve Mülkiyet hakkını düzenleyen 35.maddesine aykırılığı iddia edilmiştir.Başvurucu,kat mülkiyeti kanunun ilgili maddesinde öngörülmüş olan arsa payının düzeltilmesi davasının zamanaşımı ve hak düşürücü süreden bağımsız bir şekilde açılabiliyor olması ve bu dava sonucunda mahkeme tarafından arsa paylarının yeniden hesaplanabilecek olmasının, kat irtifakı ve kat mülkiyeti hakkı sahiplerini devamlı bir şekilde dava tehdidi altında bulundurduğunu ve dolayısıyla bu haliyle düzenlemenin mülkiyet hakkıyla bağdaşmadığını iddia etmiştir.[30]

Anayasa Mahkemesi ise ilgili kararında özetle Anayasa'nın 35.maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ve kanunla sınırlandırılabileceğinin öngörüldüğünü,ayrıca mülkiyet hakkını güvenceye bağlayan Anayasa'nın 35.maddesinin devlete pozitif yükümlülük yüklediğinin ve bu yükümlülüğün arsa paylarının bağımsız bölümlerin değeriyle oranlı bir şekilde belirlenmesini de kapsadığı belirtmiştir.Dolayısıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalede kamu yararı bulunduğundan ve ilgili itirazın Anayasa'nın 10.maddesiyle bağlantısının bulunmamasından bahisle itirazı reddetmiştir.[31]

---

yol vs. sokak mevcut değil iken daha sonra bir sokak açıldığı bu sebeple o tarihte değerlerine uygun olarak belirlenen arsa paylarında, sonradan çoğalma ve azalma olduğunu ileri sürmüşlerdir.Sözü edilen 3. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi hükmü karşısında değere etkili olan unsurlardaki sonraki değişikliler, bağımsız bölümlerin değerinde çoğalma veya azalma meydana getirdiği takdirde dahi bunların dikkate alınmayacağını hükme bağlanmış bulunduğundan, davalıların bu hususa yönelik itirazlarının bilirkişi raporlarında inclenemediği dikkate alınarak,bu konuda ek rapor alınarak ve deniz menzarası konusunda gerekirse şahit te dinlenerek hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir." HukukTürk Hukuk Veritabanı(07.12.2017 15:38)

29 Özmen/Çakmak, sf.4

30 Anayasa Mahkemesi 2015/25 Esas , HukukTürk Hukuk VeriTabanı (5.12.2017 09:27)

31 Anayasa Mahkemesi 2015/25 Esas ,HukukTürk Hukuk VeriTabanı (5.12.2017 09:27)

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı incelendiğinde arsa payının düzeltilmesi davasının ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmediği,adil bir denge kurmayı amaçladığı ve kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulması işlemleri sırasında mülkiyet hakkı sahiplerinin arsa paylarının tesis edilmesi aşamasında özensizlikleri ve bilgisizlikleri nedeniyle sonradan hak kaybına uğramamaları amaçlandığı belirtilmektedir.Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin de haklı olarak belirttiği üzere arsa payının düzeltilmesi davası mülkiyet hakkına müdahele teşkil etse de bu müdahele adil ve ölçülü olarak mahkeme eliyle yapılmak suretiyle mülkiyet hakkını korumayı amaçlayan bir davadır ve Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez.

K.Sonuç

Arsa payının düzeltilmesi davası yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı üzere,arsa paylarının hakkaniyetli olarak tesis edilmesini amaçlayan bir davadır.Davanın ve kavramsal karmaşaların getirdiği teorik ve pratik bazı sıkıntılar bulunsa daKat Mülkiyeti Kanunu'nun 3.maddesi ile öngörülmüş olan bu davanın bir çok pratik soruna çözüm getirdiği ve mülkiyet hakkını korumayı amaçladığı aşikardır.

Dava mülkiyet hakkına dayandığı için süresiz olarak zamanaşımı ve hak düşürücü süreden bağımsız şekilde açılabilecektir.Arsa payının düzenlenmesinde kat irtifakı veya kat mülkiyetine geçilecek an esas alınacak ve hala bir kat mülkiyeti veya kat irtifakı statüsünün korunması gerekecektir.Burada önemle belirtmek gerekir ki,arsa payının oluşma anı daha önceki hükümde kat mülkiyetinin kurulması anı olarak belirlenmekteyse de 5711 sayılı yasa değişikliği ile hangi tarihin esas alınacağına ilişkin kuralın kaldırılmasının kargaşa yarattığı, bir çok durumda kat irtifakına geçiş anından sonra kat mülkiyetine geçişin yıllar alabileceği ve kat mülkiyetine geçiş tarihine bakılamayacağı için hak kayıplarına yol açabileceği doktrinde haklı olarak tartışılmakta ve buna çözüm olarak kat mülkiyetine geçilmeyen hallerde kat irtifakının yevmiye defterine kayıt edildiği tarihin esas alınması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.[32]

Arsa payınıın düzeltilmesi davası özellikle 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca önem arz etmektedir.[33]Deprem riski altındaki ülkemizde bilindiği üzere çok geniş çaplı Kentsel Dönüşüm uygulamaları gerçekleştirilmekte, mülkiyet hakkı sahipleri afet riski altında olsun, olmasın gerek müteahhitlerle anlaşa-

32 Özmen/Vardar Hamamcıoğlu , sf 109

33 Detaylı Bilgi İçin Bkz : Saba Özmen,Av.Berna Çakmak , 6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar

rak gerekse kendileri binalarını yıkıp tekrar yapmak suretiyle yeni yapılar inşa etmekteler.Dolayısıyla arsa payları hakkında özensizlik ve bilgisizlik sonucu kişilerin büyük hak kayıplarıyla karşılaşabilmesinin önlenmesi zorunluluğu bu davanın Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca öngörülmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak ; mülkiyet hakkının gerçek değerini belirleme ve koruma amacı güden davanın, bağımsız bölümle arsa payının orantısız olarak belirlendiği durumlarda gerekliliğinin ve dolayısıyla özelliklerinin hukukçular ve hak sahipleri tarafından öğrenilmesi olası hak kayıplarının önüne geçmek açısından önem arz ettiği aşikardır.

KAYNAKÇA

1. Etem Saba Özmen/Berna Çakmak, 6306 Sayılı Yasa Uygulamalarında Arsa Payının Düzeltilmesi Davasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar

2. Şeref Ertaş, Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi, 2.Bası, Ankara 2015

3. Saba Özmen/Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Kat İrtifakı, 2.Basıdan 3.Tıpkı Bası, İstanbul 2017

4. Mahir Ersin Germeç, Kat Mülkiyeti Hukuku, 7.Bası, Ankara 2017

5. Lale Sirmen,Eşya Hukuku, 4.bası,Ankara 2016

6. Av.Peren Sanrı Arslan,Av.Osman Delen, Arsa Payı Düzeltme Davası, sf.161-183,GayrimenkulRehberi,1.Bası, Ankara 2017, Editör:Doç.Dr.Müslüm Akıncı

7. HukukTürk Hukuk Veri Tabanı,http://www.hukukturk.com

8. Erkan Alpöğünç,Arsa Payı Kavramı,Önemi,Hesaplanması,Düzeltme Davası, TBB Dergisi 2010, 89.sayı, sf.493-506.

Av. TALİH UYAR

KARAR DERLEMELERİ

TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ BEDELE DÖNÜŞMESİ -FAİZ-

Tasarrufun İptali Davalarında (İİK. mad. 277 vd.), Davanın Bedele Dönüşmesi Halinde, Hükmedilen Bedele (Tazminata) Ayrıca "Faiz"e de Hükmedilmemesi Gerektiği-

I-Davanın bedele dönüşmesi halinde, bedel üzerinden faiz yürütülmesinin ve bu bedelden borçlunun sorumlu tutulması şeklinde hüküm kurulmasının, tasarrufun iptali davalarının amacına uygun olmadığı-...Davacı alacaklı vekili, borçlu davalı M. hakkında takip başlatıldığını, borçlunun alacağı karşılayacak mal varlığı bulunmadığını ve hakkındaki takipleri sonuçsuz bırakmak için dava konusu kooperetifte bulunan hissesini diğer davalı A.'e devrettiğini, bu tasarrufun iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı A.vekili, kooperatif kayıtlarına göre müvekkilinin malik olarak görülmesine rağmen asıl malikin Ç... A.Ş olduğunu, anılan şirketin borçlunun ortağı olduğu dava dışı Ta....A.Ş'den alacaklı olduğunu haklarında icra takibi yapıldığını daha sonra borçlu ile anlaşarak aralarında protokol düzenlendiğini, 12.05.2011 tarihli protokole göre "dava konusu kooperatif hissesinin yed-i emin olarak müvekkiline devredildiğini, haksız açılan davanın reddi gerektiğini" savunmuştur.

Davalı borçlu, duruşmalara katılmamış ve cevap dilekçesi sunmamıştır.

İhbar olunan Ç...A.Ş vekili, müvekkilinin alacağına kavuşmak için son çare olarak yapılan protokol gereğince kooperatif hissesinin emaneten davalı A.de kalmasına karar verildiği, borçlunun kötüniyetli olarak davacı ile anlaşarak bu davanın açıldığını belirtmiştir. Mahkemece, tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, borçlunun borcun doğumundan sonra kooperetif hissesini devrettiği, üçüncü kişi bu devir için bedel ödediğini ispatlayamadığı, sunulan protokolün mutad ödeme aracı olmadığı, dava konusu hisse yargılama aşamasında devredildiğinden İİK›nun 283/2 maddesi gereğince takip konusu alacak ve ferilerini geçmeyecek şekilde 230.000,00 TL alacağın devir tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş hüküm davalı A.vekili tarafından temyiz edilmiştir.

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

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre davalı A. vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- *Davanın bedele dönüşmesi halinde bedel üzerinden faiz yürütülmesi yerinde olmadığı gibi* "bu bedelden borçlunun sorumlu tutulması" şeklinde hüküm kurulması da tasarrufun iptali davalarının amacına uygun değildir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirir nitelikte görülmediğinden, 6100 sayılı HMK'nin geçiçi 3/2 maddesi delaletiyle 1086 sayılı HUMK'nin 438/7 maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı A. vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü hüküm fıkrasının 1.bendindeki *"devir tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken müteselsilen"* ibaresinin silinerek yerine "davalı Abdülkadir'den" ibaresinin yazılmasına hükmün bu şekli ile DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 1.350,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalı Abdülkadir…'ye verilmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Abdülkadir….'ye geri verilmesine 07/06/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

17. HD. 07.06.2016 T. E: 2014/15910, K: 6936

II-Davanın bedele dönüşmesi halinde, davacının alacağı ve ferilerinin miktarı ile bağlı kalınarak tasarruf konusu malın üçüncü kişi tarafından elden çıkarıldığı tarihteki gerçek değeri göz önünde bulundurularak bedele hükmolunması gerekeceği- Asıl alacak ve ferilerinden oluşan miktara, ikinci kez faiz yürütülecek şekilde üçüncü kişi tarafından taşınmazın elden çıkarıldığı gerçek değeri olan miktara da "devir tarihinden itibaren faiz yürütülerek karar verilmesi"nin isabetsiz olduğu-…Hükmüne uyulan bozma ilamları ile davalı Nusret açısından davanın bedele dönüştüğü davalı Nuray için ise davanın kabulü gerektiği hususları belirtilmiştir.

Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda davanın 3. kişi Nusret açısından, bedele dönüştüğü kabul edilerek elden çıkarma tarihindeki miktar ile sorumlu tutulmasına davalı Nuray için de davanın kabulüne karar verilmiş hüküm davalı Nusret vekili ile davalı Nuray vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içeriğine, bozmaya uygun karar verilmiş olmasına kararın da-

yandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, bozma ile kesinleşen hususlarda yeniden inceleme yapılmasının mümkün olmamasına ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre davalı Nusret vekili ile davalı Nuray vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- *Davanın bedele dönüşmesi halinde davacı alacağı ve ferilerinin miktarı ile bağlı kalınarak tasarruf konusu malın 3. kişi tarafından elden çıkarıldığı tarihteki gerçek değeri göz önünde bulundurularak bedele hükmolunması, davacının işbu davanın dayanağı olan takipte, alacağın faiz ve ferilerini de talep ettiği nazara alınarak, asıl alacak ve ferilerinden oluşan miktara, ikinci kez faiz yürütülecek şekilde yazılı olduğu şekilde 3. kişi tarafından taşınmazın elden çıkarıldığı gerçek değeri olan miktara da devir tarihinden itibaren faiz yürütülerek karar verilmesi doğru değildir.* Ne var ki bu yanılgının giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden 6100 Sayılı HMK.nin geçici 3/2. maddesi delaletiyle HUMK.nin 438/VII. maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı Nusret vekili ile davalı Nuray vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı Nusret vekili ile davalı Nuray vekilinin itirazlarının kabulü ile hüküm fıkrasının 1-a nolu bendinde yer alan *"devir tarihinden itibaren işleyecek yasal faizin"* ibaresinin hükümden çıkarılmasına ve hükmün bu hali ile DÜZELTİLEREK ONANMASINA 1.100,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalılar Nusret ve Nuray'a verilmesine, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Nusret ve Nuray'a geri verilmesine 26.01.2015 gününde karar düzeltme yolu açık olarak oybirliğiyle karar verildi.

17. HD. 26.01.2015 T. E: 2013/13119, K: 894

Not: Yüksek mahkemenin öteden beri sürdürdüğü[1] bu içtihatlar doğrultusunda iptal davasına konu taşınır/taşınmazın, üçüncü kişinin elinden çıkmış olması ve mahkemece -dördüncü kişinin iyiniyetli olması nedeniyle- İİK. m. 283/2 uyarınca *"üçüncü kişinin malı elinden çıkardığı tarihteki değeri oranında"* –ve davacı alacaklının alacak fer'ileri ile sınırlı olarak- tazminata hükmedilmesi -ve davacı alacaklının alacak miktarının, hükmedilen tazminattan daha yüksek olması- halinde, hükmedilen tazminata, "hükmedildiği tarihten itibaren" faiz yürütülmesi gerekir. Çünkü mahkeme ilamında faize hükmedilmemişse, alacaklı *'ilam tarihinden itibaren faiz isteyebilir'**[2]***.

[1] Bknz: **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** Tasarrufun İptali Davaları, 5. Baskı, 2018, s:957 vd. ; 4. Baskı, 2011, C:2, s:2094 - **UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C.** İİK. Şerhi, 2014, C:3, s:4592

[2] Bknz: 12. HD. 04.04.2017 T. 1445/5408; 08.06.2016 T. 34486/16213; 05.04.2016 T. 29170/10038; 15.02.2016 T. 27849/3899; 13.01.2016 T. 23482/639 vb. (e-uyar.com)

Taahhüdü İhlal (Ödeme Şartını Bozma)-

Taahhüdü İhlal (Ödeme Şartını Bozma) Suçundan Dolayı Mahkumiyet Kararı Verilebilmesi İçin Gerçekleşmesi Gereken Koşullar

I-İlk ödeme tarihi olarak gösterilen tarih ile son taksit tarihi olarak gösterilen tarih arasındaki işleyecek faiz miktarlarının ayrı ayrı hesaplanarak gösterilmediği ve tebligat giderinin, tahsil harcı ve peşin harcın ayrı ayrı rakamsal olarak gösterilmemesi nedenleriyle taahhütte belirsizlik bulunduğundan, taahhüdün geçerli olmadığı ve bu durumda, ödeme şartını ihlâl suçundan dolayı hükmolunan tazyik hapsinin kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği-….Borçlunun ödeme şartını ihlâl suçundan sanık ... hakkında yapılan yargılama sonucunda beraatine dair …sayılı kararına karşı yapılan itirazın kabulü ile söz konusu kararın kaldırılmasına, sanığın 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesi gereğince 3 aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmasına ilişkin Mersin 3. İcra Ceza Mahkemesinin .. değişik iş sayılı kararı aleyhine Adalet Bakanlığının 13/04/2017 gün ve 94660652-105-33-3145-2017-Kyb sayılı kanun yararına bozma istemini içeren yazısı ekindeki dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 25/04/2017 gün ve KYB.2017/25500 sayılı ihbarnamesi ile dairemize gönderilmekle okundu.

Anılan ihbarnamede;

Dosya kapsamına göre, 2004 sayılı Kanun'un 340. maddesi gereğince taahhüdü ihlal suçunun oluşması için taahhüt tutanağında toplam borç miktarının, işleyen ve işleyecek faizin, vekalet ücreti, icra harç ve giderlerinin birlikte belirlenerek borçlunun taahhüdüne esas olan miktarın açıkça gösterilmesi gerektiğinden, 12/08/2016 tarihinde alınan *taahhütnamede ilk ödeme tarihi olarak gösterilen 31/08/2016 tarihi ile son taksit tarihi olarak gösterilen 03/09/2021 tarihi arasındaki işleyecek faiz miktarlarının ayrı ayrı hesaplanarak gösterilmediği ve tebligat giderinin, tahsil harcı ve peşin harcın ayrı ayrı rakamsal olarak gösterilmemesi nedenleriyle taahhütte belirsizlik bulunduğundan taahhüdün geçerli olmadığı anlaşılmakla,* sanığın üzerine atılı suçun unsurlarının oluşmaması nede-

niyle itirazın reddine karar verilmesi gerekirken sanığın aleyhine sonuç doğuracak surette yazılı şekilde itirazın kabulü ile cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla gereği görüşülüp düşünüldü;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Mersin 3. İcra Ceza Mahkemesinin 13/02/2017 tarihli ve 2017/56 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309/4-d maddesi uyarınca BOZULMASINA, sanık hakkında ödeme şartını ihlal eyleminden dolayı hükmolunan tazyik hapsinin kaldırılmasına, 01/06/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

19. CD. 01.06.2017 T. E: 3261, K: 5192

II-İİK. mad. 340 uyarınca, "ödeme şartını ihlal" eyleminden dolayı cezalandırabilmek için, öncelikle ihlalde bulunanın borçlu olmasının gerektiği, haciz sırasında icra kefili sanığın söz alarak " *...hesaba itirazım yoktur, beyan ettiğim ... tarih itibariyle toplam ... TL. borcun tamamına kefil olmayı kabul ediyorum, ödeme emrini aldım, ayrıca tebligat yapılmasına gerek yoktur, tüm yasal sürelerden feragat ediyorum, borcu ödeme emrin tüm ferileriyle ve şartlarıyla kabul ediyorum, takibin kesinleşmesine de muvafakat ediyorum..."* şeklinde beyanda bulunduktan sonra ödeme taahhüdünde bulunması nedeniyle, icra kefili sanık hakkındaki icra takibinin kesinleştiği ve sanığın borçlu sıfatını kazandığının kabul edilmesi gerekeceği- İİK. mad. 340. uyarınca taahhüdü ihlal suçunun oluşması için taahhüt tutanağında toplam borç miktarının, işleyen ve işleyecek faizin, vekalet ücreti, icra harç ve giderlerinin birlikte belirlenerek borçlunun taahhüdüne esas olan miktarın açıkça gösterilmesi gerektiğinden, alınan taahhütnamede toplam faiz belirtilmişse de, bu faizin hangi dönemleri kapsadığı, icra takibinin kesinleştiği tarihten taahhüt tarihine kadar işlemiş ve taahhüt tarihinden son ödeme tarihine kadar işleyecek faiz olup olmadığı konusunda herhangi bir açıklık olmadığı gibi, alacaklının son ödeme tarihine kadar işleyecek faizden feragat beyanının da yer almadığı, bu nedenlerle işleyen ve işleyecek faiz miktarının taahhüt tutanağında ayrı ayrı gösterilmemesi nedeniyle belirsizlik bulunduğundan taahhüdün geçerli olmadığı-...Ödeme şartını ihlâl suçundan sanık A.. E..'in, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesi gereğince 3 ayı geçmemek üzere tazyik hapsi ile cezalandırılmasına dair Uzunköprü İcra Ceza Mahkemesinin 15/02/2013 tarihli ve 2012/396 esas, 2013/69 karar sayılı kararı aleyhine Adalet Bakanlığının 07/08/2015 gün ve 52134

sayılı kanun yararına bozma istemini içeren yazısı ekindeki dava dosyası Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 18/09/2015 gün ve KYB. 2015-293126 sayılı ihbarnamesi ile daireye verilmekle okundu.

Anılan ihbarnamede;

Dosya kapsamına göre;

1- İcra kefili olan sanığın henüz kendisine icra emri gönderilmeden, dolayısıyla kefalet ve ödeme taahhüdünde bulunduğu borç nedeniyle hakkında kesinleşmiş icra takibinin bulunmadığı bir aşamada yaptığı ödeme taahhüdünü ihlâl etmesi eyleminin, ödeme şartını ihlâl suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde,

2- Kabule göre de, 2004 sayılı Kanun'un 340. maddesi gereğince taahhüdü ihlal suçunun oluşması için taahhüt tutanağında toplam borç miktarının, işleyen ve işleyecek faizin, vekalet ücreti, icra harç ve giderlerinin birlikte belirlenerek borçlunun taahhüdüne esas olan miktarın açıkça gösterilmesi gerektiğinden, 25/07/2012 tarihinde alınan taahhütnamede toplam faiz olarak 17.629,77 Türk lirası belirtilmiş ise de, bu faizin hangi dönemleri kapsadığı, icra takibinin kesinleştiği tarihten taahhüt tarihine kadar işlemiş ve taahhüt tarihinden son ödeme tarihine kadar işleyecek faiz olup olmadığı konusunda herhangi bir açıklık olmadığı gibi alacaklının son ödeme tarihine kadar işleyecek faizden feragat beyanının da yer almadığı, bu nedenlerle işleyen ve işleyecek faiz miktarının taahhüt tutanağında ayrı ayrı gösterilmemesi nedeniyle belirsizlik bulunduğundan taahhüdün geçerli olmadığı anlaşılmakla, sanığın üzerine atılı suçun unsurlarının oluşmaması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekirken, cezalandırılmasına karar verilmesinde, isabet görülmediği gerekçesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın kanun yararına bozulması isteminde bulunulmakla gereği görüşülüp düşünüldü;

Kanun yararına bozmaya konu ihbarnamenin (1) nolu bendi yönünden yapılan incelemede;

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesi uyarınca ödeme şartını ihlal eyleminden dolayı cezalandırabilmek için öncelikle ihlalde bulunanın borçlu olmasının gerektiği, somut olayda, 25/07/2012 tarihli haciz sırasında icra kefili sanığın söz alarak " ...hesaba itirazım yoktur, beyan ettiğim 30/11/2012 tarihi itibariyle toplam 23.826,86 TL. borcun tamamına kefil olmayı kabul ediyorum, ödeme emrini aldım, ayrıca tebligat yapılmasına gerek yoktur, tüm yasal sürelerden feragat ediyorum, borcu ödeme emrin tüm ferileriyle ve şartlarıyla kabul ediyorum, takibin kesin-

leşmesine de muvafakat ediyorum…" şeklinde beyanda bulunduktan sonra ödeme taahhüdünde bulunması nedeniyle, icra kefili sanık hakkındaki icra takibinin kesinleştiği ve sanığın borçlu sıfatını kazandığının kabulünün gerekmesi karşısında; yerinde görülmeyen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma isteminin REDDİNE,

Kanun yararına bozmaya konu ihbarnamenin 2 nolu bendi yönünden yapılan incelemede ise;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Uzunköprü İcra Ceza Mahkemesinin 15/02/2013 tarihli ve 2012/396 Esas, 2013/69 karar sayılı kararının CMK'nın 309/4-d. maddesi uyarınca BOZULMASINA, kabahatli hakkında ödeme şartını ihlal eyleminden dolayı hükmolunan tazyik hapsi cezasının kaldırılmasına, 25/11/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

19. CD. 25.11.2015 T. E: 17766, K: 7810

Not: Dosya borcu konusunda ***"borcun taksitle ödenmesi"*** için borçlu ile anlaşan alacaklı vekillerinin, yukarıdaki içtihatlarda öngörüldüğü şekilde takip borçlusunun taahhüdünü almaları gerekir. Aksi takdirde, borçlunun verdiği taahhüt geçerli olmayacak ve taahhüdüne uygun davranmayan borçlu hakkında *mahkumiyet kararı* da verilemeyecektir…

Araç Hattına İlişkin Yapılan Tasarrufun İptali-

Borçlunun Aracını (Minibüsünü, Taksisini) Çalıştırdığı Hattın, Borçlu Tarafından Başka Bir Kişiye Devri Halinde, Borçlunun Alacaklıları Tarafından "Tasarrufun İptali Davası" Açılabilir mi?

I-Hat; İİK›da, haczedilebilir bir mal, hak ya da alacak olarak öngörülmemiş olup, tasarrufun iptali davası sonunda verilen 'kabul kararı' üzerine cebri icra yetkisi verilebilecek bir hak da söz konusu olmayacağından, icra dairesince satışa çıkarılacak bir mal veya hakkın da bulunmayacağı- Tasarrufun iptali davasına bakan mahkemece, öncelikle dava konusu hattın mülkiyetinin kime ait olduğunun (borçluya ait olup olmadığının) tespiti gerektiği-…Davacı vekili, "davalı borçlu Ali'nin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla adına kayıtlı …38 plakalı aracın ticari plaka ve hattını 14.4.2011 tarihinde yeğeni davalı Ünal'a sattığını" belirterek "davalılar arasındaki tasarrufun BK'nun 18 maddesi; bu talep kabul edilmediği takdirde, İİK 277 madde gereğince iptaline karar verilmesini" talep etmiş;11.6.2012 tarihli dilekçesi ile "dava sebebini İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince tasarrufun iptali olarak" tavzih etmiştir.

Davalı borçlu Ali vekili, "dava terditli açıldığından öncelikle BK'nun 18 maddesi gereğince inceleme yapılmasını, satışta muvazaa olmadığını" belirterek "davanın reddini" savunmuştur.

Davalı Ünal savunma yapmamıştır.

Mahkemece, "iddia, savunma, toplanan delillere göre, davalıların amca yeğen olması, dava konusu hattın piyasa değeri ile noter satış sözleşmesindeki değeri arasında misli fark bulunması, satışın muvazaa olduğu" gerekçesiyle "davanın kabulüne, davalılar arasındaki 29.3.2011 tarihli ticari plakalı hattın satışına ilişkin tasarrufun davacının alacak ve feriyle sınırlı olarak iptaline" karar verilmiş; hüküm, davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Somut olayda davacı vekili, "davalı borçlunun yeğenine sattığı ticari plaka ve hattın satışına ilişkin tasarrufun iptalini" talep etmiştir.

Dosyada mevcut Ayvalık 1 Noterliğinin 29.3.2011 tarihli hat satış sözleşmesinden, Küçükköy Belediye Başkanlığı tarafından verilen 23.3.2011 tarihli ve 97 sayılı Encümen kararı gereğince, davalı borçlu Ali'ın ....38 plakalı hattını 2.000 TL bedelle davalı Ünal'a sattığı anlaşılmaktadır. Balıkesir İli Küçükköy Belediye Başkanlığı Encümenince 23.3.2011 tarih 97 nolu kararla "Ali adına kayıtlı ...38 plakalı ticari taksi Ünal'a devredileceğinden, tescil işlemlerinin Ünal adına yaptırılmasında Belediye yönünden sakınca bulunmadığı" yönünde karar alındığı anlaşılmaktadır.

Anılan 23.3.2011 tarih 97 nolu Encümen kararı ile Ayvalık Şöförler ve Otomobilciler Odasının 7.1.2013 tarihli cevabi yazısından; dava konusu hattın plakaya özgülenmiş bir hak mı (borçluya ait) yoksa Belediyeye ait bir hak mı olduğu açık ve net olarak tespit edilemediğinden, öncelikle mahkemece bu durumun İlgili Belediye başkanlığından sorularak açıklığa kavuşturulması; hat sahibinin davalı borçlu mu yoksa ilgili Belediye mi olduğunun tespiti gereklidir. *Dava konusu hat, eğer davalı borçlu Ali'ın mülkiyetinde değil ise kendisine ait olmayan hattı diğer davalı Ünal›a mülkiyet olarak devir etmesi de mümkün değildir.* O ihtimalde tabidir ki, *sözü edilen hat üzerine haciz konulması ve hattın açık arttırma ile satılması da mümkün olmayacaktır.* Zira böyle bir hat İİK›da haczedilebilir bir mal, hak ya da alacak olarak öngörülmemiştir. Kaldı ki *tasarrufun iptali davası sonunda verilen kabul kararı üzerine cebri icra yetkisi verilebilecek bir hak da sözkonusu olmayacak, icra dairesince satışa çıkarı-*

lacak bir mal veya hak da bulunmayacaktır. Bundan dolayı dava konusu hat satışıyla ilgili tasarruf işlemi için verilen iptal kararı eksik incelemeye dayalı olduğundan, isabetli görülmemiştir. Mahkemece yapılması gereken iş; öncelikle dava konusu hattın mülkiyetinin yukarıda açıklandığı gibi kime ait olduğunu tespit edip, sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

17. HD. 27.10.2014 T. E: 2013/9580, K: 14358

II- Borçlu tarafından, işletme ruhsatı kendisine ait olan "özel halk otobüsü hattı"nın, başka bir kişiye devrine ilişkin işlem hakkında, "tasarrufun iptali davası" açılamayacağı-...Davacının iptalini istediği tasarruflar arasında 223 gövde nolu özel halk otobüsü hattının 10/05/2000 tarih ve 13219 yevmiyeli satışı da yer almaktadır. Antalya Büyükşehir Belediyesi Encümeni'nin 11/05/2000 tarih ve 0614 sayılı kararından da anlaşıldığı üzere işletme ruhsatının şahıslara verildiği ve Belediye Encümeninin izni ve uygun görmesi ile başka bir şahsa devredildiği açıktır. Nitekim somut olayda da davalılar Ömer ve Fatma arasında yapılan 10/05/2000 tarihli satış sonrasında hattın devri için adı geçen Büyükşehir Belediyesi'ne müracaat edilmiş ve devir işlemi de 11/05/2000 tarihli Encümen kararı ile uygun görülerek gerçekleşmiştir.

Tasarrufun iptali davaları borçlanan bir şahsın daha sonra yaptığı tasarruflarla borcunu ödeyemeyecek derecede mal varlığını azaltması halinde yapılan bu tasarrufların alacaklıya karşı geçersiz sayılması ve temlike konu malın borçlunun mal varlığına iade edilmeden o mal üzerinde icra takibi ile alacağın tahsiline imkan veren ve takip hukuku içinde yer alan şahsi bir davadır. Bu nedenlerle iptal davasına konu işlemler maddi hukuk bakımından tamamen geçerli olan ve alacaklıları nazara sokan işlemlerdir.

Dava konusu özel halk otobüsü işletme ruhsatlarının, minibüs ve taksi uygulamasındaki gibi, plakaya özgülenmiş, bir hak olup olmadığı, özel halk otobüslerinin geçici çalışma ruhsatlarının, gerçek veya tüzel kişilere toplu taşımacılık yapma izni (ruhsatı) vermekten ibaret olup olmadığı, dolayısıyla özel halk otobüsü işletme hakkının Antalya Büyükşehir Belediyesi'ne ait olup olmadığı karar yerinde tartışılmamıştır.

Davaya konu şayet davalı Ömer'in mülkiyetinde değil ise kendisine ait olmayan hattı diğer davalı Fatma'ya mülkiyet olarak devir etmesi (tasarrufta bulunması) da mümkün değildir. O ihtimalde tabiidir ki sözü edilen hat üzerine haciz konulması ve hattın açık artırma ile satılması da mümkün olmayacaktır. Zira böyle bir hat, İcra ve İflas Kanunu'nda haczedilebilir bir mal, hak ya da alacak olarak öngörülmemiştir. (Yüksek Yargıtay 12.Hukuk

Dairesinin 27.4.2004 tarih 2004/6198 Esas, 10380 Karar, 3.12.2004 tarih 2004/20157-25034 sayılı kararları da bu yöndedir). Kaldı ki tasarrufun iptali davası sonunda verilen bir kabul kararı üzerine cebri icra yetkisi verilecek bir hak da söz konusu olmayacak, başka bir söyleyişle icra dairesince satışa çıkarılacak bir mal veya hak da bulunmayacak, sonuçta davaya konu edilen "hata ile ilgili borçlunun yaptığı iptale tabi bir tasarruftan söz edilemeyecektir. Bundan dolayı davalıların, davaya konu edilen özel halk otobüsü hattına ilişkin olarak yaptıkları tasarruf işlemi yönünden yapılan araştırma yeterli değildir, izah edilen nedenlerden ötürü, mahkemenin (özel halk otobüsü hattının satışına) yönelik kabul kararının Dairece onanması ile ilgili davalılar vekillerinin karar düzeltme isteklerinin kabulü ile Dairemiz ilamının bu bölümünün kaldırılarak yerel mahkeme hükmünün yukarıdaki açıklamalar ışığında bozulması gerekmiştir.

17. HD. 07.03.2011 T. E: 2010/6763, K: 1994

III- Davacı vekili, "davalı borçlu Hıdır aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunamadığını ileri sürerek borçlunun, dava konusu halk otobüsünü davalı Şenay'a satışına ilişkin tasarrufun iptalini" talep ve dava etmiştir.

Davalı Şenay vekili, "dava konusu aracın hattına haciz, rehin vb sınırlamalar konulamayacağını, davacının konu ettiği aracın satış yapılan otobüs olmadığını" belirterek "davanın reddini" savunmuştur.

Diğer davalı borçlu usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen duruşmalara gelmemiş, ancak verdiği dilekçe ile "satışın muvazaalı olduğunu" belirtmiştir.

Mahkemece, "satış bedeli ile gerçek değeri arasında fahiş fark bulunduğu" gerekçesi ile "davanın kabulüne" karar verilmiş, hüküm davalı Şenay vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK'nın 277 vd. maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları üç grup altında ve İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarruflar sınırlı olarak sayılmış değildir. Kanun, iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimin takdirine bırakmıştır (İİK.md.281)). Bu yasal nedenle de davacı tarafından İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayanılmış olsa dahi mah-

keme bununla bağlı olmayıp diğer maddelerden birine göre iptal kararı verebilir (Y.H.G.K.25.11.1987 tarih, 1987/15-380 Esas ve 1987/872 Karar sayılı ilamı). Somut olayda; dava konusu halk otobüsünün hattı ile birlikte satışının iptali talep edilmiş, mahkemece "hattın değeri ve otobüsün mülkiyeti birlikte değerlendirilerek satış bedeli ile gerçek değer arasında bedel farkının bulunduğu" gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamına uygun düşmemektedir.

Davaya konu D 019 kod ve 34...349 plaka sayılı "özel halk otobüsünün satışı hem otobüs hattının hem de otobüsün mülkiyetinin satışını ihtiva etmektedir. İstanbul Büyükşehir Belediyesi İstanbul Elektrik Tramvay ve Tünel İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün (İETT) dosya içindeki değişik tarihli yazılarında özel halk otobüsü işletme ruhsatlarının minibüs ve taksi uygulamasındaki gibi plakaya özgülenmiş bir hak olmadığı, özel halk otobüslerinin geçici çalışma ruhsatlarının, gerçek veya tüzel kişilere toplu taşımacılık yapma izni (ruhsatı) vermekten ibaret olduğu ve taşımacıların çalıştıkları hatların satış, haciz ve rehin gibi tasarruf işlemlerine konu edilemeyeceği" vurgulanmıştır. Bu durumda dava konusu D 019 kod numaralı hattın mülkiyetinin davalı Hıdır ve ortağı olan Mehmet..'e ait olmadığı açıktır.

Mülkiyeti kendilerine ait olmayan D 019 kod numaralı hattın diğer davalı Şenay'a mülkiyet olarak devir edilmesi de mümkün değildir. Tabii olarak sözü edilen hat üzerine haciz konulması ve hattın açık artırma ile satılması da mümkün değildir. Zira böyle bir hat, İcra ve İflas Kanunu'nda haczedilebilir bir mal, hak ya da alacak olarak öngörülmemiştir. Kaldı ki tasarrufun iptali davası sonunda verilen bir kabul kararı üzerine cebri icra yetkisi verilecek bir hak da söz konusu olmayıp, başka bir deyişle icra dairesince satışa çıkarılacak bir mal veya hak da bulunmayacaktır.

Davaya konu edilen otobüsün satışına gelince, dava dilekçesinde, davalılar arasında gerçekleşen ve dava dışı Mehmet Reşat Gül'ün de hissesi dahil edilerek yapılan 14/09/2005 tarihli otobüs satışının da iptali talep edilmiş olup, bu tasarruf açısından da bedel farkı olduğundan bahisle dava kabul edilmiştir. Ne var ki otobüsün gerçek değeri ile satış bedeli arasında noter satış senedine göre mislini aşan bir fark bulunmamaktadır. Bu durumda İİK›nın 278/2 maddesinde belirtilen edimler arasındaki aşırı farkın oluştuğundan söz edilemez. Ancak az yukarıda belirtildiği şekilde, mahkeme davacı tarafından gösterilen iptal nedenleri ile bağlı olmayıp, İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerden birine dayalı olarak iptal kararı verebilir. Hal böyle olunca, dava konusu 34 DG 7349 plaka sayılı otobüsün malikleri tarafından satışının yapıldığı sırada 3. kişi durumunda olan Şenay'ın gerek

kendisi gerekse kocası Sedat vasıtasıyla borçlulardan Hıdır'ın alacaklıdan mal kaçırmak ya da alacaklıyı ızrar kastı ile hareket ettiğini bilip bilmediği veya bilebilecek durumda olup olmadığı üzerinde durulmalı, davalı Şenay'ın yanında çalıştırdığı sigortalıların aynı zamanda aracın satıştan önceki 1/4 maliki olan Mehmet…'ün yakınları olduğunun tutanaklarla tespit edildiği nazara alınmalı, ceza kovuşturmalarına da konu olan olaylar içinde davalı Şenay'ın kocası Sedat ile davalı Hıdır ile yakınlarının da bulunduğu gözetilerek, olaylar değerlendirilmeli ve *otobüsün mülkiyetinin satışına ilişkin tasarrufun iptal edilip edilmeyeceği* üzerinde durularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru değildir.

17. HD. 22.02.2011 T. E: 2010/10039, K: 1464

Not: 'Tasarrufun iptali davaları' konusunda yerel mahkemelerce verilen kararları temyizen inceleyen **Yargıtay 17. Hukuk Dairesi** -yukarıda sunulan içtihatlarında görüldüğü gibi- *"borçlunun aracının çalıştığı hattın, borçlu tarafından başka bir kişiye devredilmesi halinde, bu tasarruf hakkında 'tasarrufun iptali davası'* açılamayacağını" belirtmektedir. Halbuki Yargıtay 12. Hukuk Dairesi *"borçlunun aracının çalıştığı hattın parasal bir değer taşıdığını kabul ederek, borçlunun borcundan dolayı bu hattın haczedilip açık arttırma ile satılabileceği"* görüşündedir.

Araç (Plâka) ve Hattın Ekonomik Değeri- İcra Takibi- İhale-

"Araç" (Plâka) ile "Hat"tın Birbirinden Bağımsız Ekonomik Değeri Var mıdır? "Araç" (Plâka) ile "Hat", Birbirinden Ayrı Takip ve İhale Konusu Olabilir mi?

Araç ile bu aracın çalıştığı hattının birbirinden bağımsız olarak ekonomik değeri olduğundan, minibüs ile hattın ayrı ayrı takip ve ihale konusu edilebileceği-…Üçüncü kişiler 07.08.2015 tarihinde icra mahkemesinde başvurularında;

- Ekonomik değeri bulunmayan minibüs hattının tek başına haciz ve/veya rehin konusu olmasının mümkün olmadığını bu nedenle de ihale konusu yapılamayacağını,

Şayet aracın plakasının satışı gerçekleştirilmek isteniyorsa, araç takyidat bilgisinden de anlaşılacağı üzere kendilerinin rehin hakkının dikkate alınmadan işlem yapılmasının doğru olmadığını, bu bakımdan Belediye kayıtlarının esas alınmasının da hatalı olduğunu,

- (Bir başka takip dosyasında) İcra müdürlüğünce yapılan ihale ile ... plaka numaralı araç ve hattın satış ve devrinin müvekkil ...'a geçtiğini,

- Diğer taraftan, "Belediye Başkanlığı kararı", "trafik kayıtları" ve "... Koop. kayıt ve yetkililerin beyanı" nazara alınarak araç ve minibüs hattının ... tarafından diğer müvekkil ...'a devredildiğini, bu nedenle yeniden satış yapılmasının doğru olmadığını belirterek, ... plakalı minibüs hattının satışının durdurulmasını talep etmişler, mahkemece ekonomik değeri olmayan ... plakalı aracın ticari hattının satışına ilişkin işlemlerin durdurulmasına ve iptaline karar verilmiştir.

... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2013/3153 Esas sayılı takip dosyasının incelenmesinde; alacaklı ... tarafından borçlu ... aleyhine, şikayet konusu edilen ... plaka sayılı araç hakkında taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişildiği, takibe konu alacağın ... tarafından 30.05.2013 tarihinde ... 2. Noterliği'nce tanzim edilen 09035 yevmiye numaralı temlik senedi ile temlik alındığı, ... plaka sayılı aracın ihaleye çıkartılıp, 22.07.2013 tarihinde alacağa mahsuben ...'a ihale edildiği anlaşılmıştır.

Şikayet dilekçesi ekinde bulunan ... Belediye Başkanlığı'nın 08.10.2013 tarihli Encümen Kararı ile ... plakalı minibüs hattının ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2013/3153 Esas sayılı dosyasında yapılan ihaleye istinaden ... adına olan kaydının silinerek ... adına tescil edilmesine karar verilmiştir.

Yine şikayet dilekçesi ekinde bulunan ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın 10.06.2014 tarihli Encümen Kararı ile ... plakalı minibüs hattının ...'a ait iken tarafların rızası doğrultusunda ... adına devir tescil edilmesine karar verilmiştir.-

Alacaklı ... vekili tarafından şikayet dosyasına sunulan, ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2013/3153 Esas sayılı dosyasından alınan bila tarihli belgeye göre, ihale konusunun sadece ... plaka sayılı araç olduğu bildirilmiştir. Yine ... İdare Mahkemesi'nin 18.12.2014 tarih 2014/1913-2626 E.K. sayılı ilamında, ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2013/3153 Esas sayılı dosyasında yapılan ihalede, ihale konusunun ... plakalı minibüs olduğu minibüs hattının ise ihale konusu edilmediği belirtilerek ... Belediye Başkanlığı'nın 08.10.2013 tarihli Encümen Kararı'nın iptaline karar verildiği görülmüştür.

Şikayete konu ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2015/5893 Esas sayılı takip dosyasının incelenmesinde; alacaklı ... tarafından, borçlu ... aleyhine ... plakalı aracın çalıştığı minibüs hattı üzerine konan ... 1. Noterliği'nin 11.10.2012 tarih ve 05202 yevmiye numaralı 250.000 TL.lik rehin sözleşmesine istinaden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takibe gi-

rişildiği, alacaklının talebi üzerine İcra Müdürlüğü'nce minibüs hattının satışına karar verilip, 03.08.2015 tarihinde satış karar tensip zaptının tanzim edildiği görülmüştür. Bahse konu takip dosyasında, ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı Ulaşım Dairesi Başkanlığı, icra müdürlüğüne gönderdiği 18.05.2015 tarihli yazısında, ... İdare Mahkemesi'nin 18.12.2014 tarih 2014/1913-2626 E.K. sayılı ilamına atıf yaparak, ... Büyükşehir Belediyesi'nin 17.03.2015 tarih ve 2015/34 sayılı Encümen Kararı gereğince ... plakaya ait minibüs hattının ... adına kaydedilmiş olduğunu, aracın hattı üzerine rehin ve rehnin paraya çevrilmesine ilişkin şerh talebinin araç dosyasına işlendiğini belirtmiştir.

Somut olayda, ... plaka sayılı araç ile bu aracın çalıştığı hattın birbirinden bağımsız olarak ekonomik değeri olduğu dolayısıyla minibüs ile hattın ayrı ayrı takip ve ihale konusu edilebileceği açıktır. ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2013/3153 Esas sayılı takip dosyasında, ... plaka sayılı araç ...'a ihale edilmiş, bunun yanında belediye encümen kararına istinaden minibüs hattı da ... adına tescil edilmiş ise de ... İdare Mahkemesi'nin 18.12.2014 tarih 2014/1913-2626 E.K. sayılı ilamı ile bu ilam doğrultusunda ... Büyükşehir Belediyesi'nin 17.03.2015 tarih ve 2015/34 sayılı Encümen Kararı gereğince ... plakaya ait minibüs hattının yeniden ... adına kaydedilmiş olduğunun belirtildiği dolayısıyla şikayet tarihi itibariyle şikayetçiler ile minibüs hattının ilgisinin kalmadığı, şikayetçilerin ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2015/5893 Esas sayılı takip dosyasının taraflarından olmadığı anlaşılmıştır.

O halde mahkemece, "şikayetçilerin satışın durdurulmasını isteyebilecek kişilerden olmadığı, bu nedenle aktif husumet ehliyetleri bulunmadığı"ndan bahisle "istemin reddine" karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile aksi yönde hüküm tesisi isabetsizdir.

12. HD. 24.10.2016 T. E: 15694, K: 22096

Not: Yukarıdaki içtihat yüksek mahkemenin (12. Hukuk Dairesinin) son uygulamasını yansıtmaktadır.

Yüksek mahkeme, daha önce, tamamen aksi doğrultuda -yani; "araç" ve "hat"tın '*birbirinden ayrı olarak takip ve ihale konusu yapılamayacağını*'- aşağıdaki şekilde belirtmişti:

I-Satışı yapılan ihale konusu aracın plakası, aracın ayrılmaz parçası olduğundan, aracın cebri icra yoluyla satışının, plakayı da kapsayacağı, aracın mülkiyetinin üzerindeki plaka ile birlikte ihale alıcısına geçeceği- ...İhale alıcısının 06.01.2014 tarihinde icra mahkemesine başvuru-

sunda, "08.11.2013 tarihinde ihalesi yapılan "S" plakalı aracı, plakası ile birlikte satıldığını düşünerek ihalede satın aldığını, ihalenin kesinleşmesi üzerine tescil işlemi için trafik tescil şube müdürlüğünce gittiğinde, plakanın değil, aracın devrini alabileceğini öğrendiğini, bu şekilde ihale konusu aracın esaslı vasıflarında hataya düşürüldüğünü" belirterek, ihalenin feshini talep ettiği mahkemece, "şikayetin kabulü ile ihalenin feshine" karar verildiği anlaşılmıştır.

Satışı yapılan ihale konusu aracın plakası, onun ayrılmaz bir parçası olup, cebri icra yoluyla aracın satılmış olması halinde, aracın satışının plakayı da kapsayacağı muhakkaktır.

Somut olayda satış ilanında 35 S 00545 plakalı aracın satılacağının ilan edildiği görülmektedir. Bu durumda ihalede satışı yapılan 35 S 00545 plakalı araç olup, aracın mülkiyeti üzerindeki plaka ile birlikte ihale alıcısına geçecektir.

O halde; mahkemece, şikayetçi ihale alıcısının ihalenin feshi isteminin yasal dayanağı bulunmadığından, reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ihalenin feshi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

12. HD. 04.11.2014 T. E:24392, K:26142

II-Hat, plaka için verildiğinden, hattın haczi ile plakanın da haczedilmiş olacağı ve plaka satıldığında hattın da satışının gerçekleşmiş olacağı- Birlikte satılmasını zorunlu kılan ekonomik bütünlük olduğundan hat ve plakanın ayrı ayrı kıymet taktirleri yapılarak birbirlerinden bağımsız olarak satılmalarının düşünülemeyeceği-...Alacaklı, "..... plakalı minibüsün, plakasının ticari değeri bulunduğundan araçtan ayrı olarak satılmasına ilişkin başvurusunun İcra Müdürlüğünce reddedilmesine dair kararın iptalini" talep etmiş, mahkeme, "araç fiilen ele geçirilip muhafaza altına alınmadığından satışın yapılmasının hukuken mümkün olmadığından, talebin reddine" hükmetmiştir. Alacaklının temyizi üzerine, mahkeme kararının, Dairemizce onandığı, alacaklının bu defa karar düzeltme talebinde bulunduğu anlaşılmıştır.

İcra ve İflas Kanunu ve takip hukuku ilkelerine göre aslolan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğundan, kural olarak borçluların tüm mallarının haczi mümkündür. Bir malın haczedilememesi için yasal düzenlemenin bulunması zorunludur. Haczedilmezlik istisnai bir durum olduğundan, bu yöndeki düzenlemelerin de dar yorumlanması gerekir. Ticari hayatta sürekli olarak alım ve satıma konu olan minibüs hatlarının

ekonomik bir değerinin bulunmadığı ileri sürülemez. Ancak *hat, plakadan ayrı olarak bağımsız bir hacze konu olamaz. Ticari plakalı bir minibüs hattının haczi plakaya konacak haciz ile gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle minibüs hatları, plakaya bağlı olup onun mütemmim cüzüdür. Hat, plaka için verildiğinden, hattın haczi de, plakanın haczi ile gerçekleşmiş olur.* Aynı doğrultuda plaka satıldığında hattın da satışı gerçekleşmiş olur. Bunların *birlikte satılmasını zorunlu kılan ekonomik bütünlük olduğundan, hat ve plakanın ayrı ayrı kıymet taktirleri yapılarak birbirlerinden bağımsız olarak satılmaları düşünülemez.*

Somut olayda, alacaklının 16.11.2011 tarihli talebi üzerine, borçluya ait..... plaka sayılı aracın trafik siciline şerh verilerek kayden haczi yapılmıştır. Bilirkişi raporuna göre ".....plakalı aracın hat değerinin 50.000 TL – 60.000 TL olarak tespit edildiği", ...tarafından "1 ve 2 nolu hatlarda ticari plakaların araç dışında, devir işlemleri noterden satış sözleşmesi almak suretiyle yapılmaktadır" şeklinde düzenlemeye tabi kılındığı anlaşılmakla, "aracın fiilen haciz edilemediğinden bahisle minibüs plakasının hat ile birlikte cebri icraya konu yapılamayacağına" yönelik gerekçe yerinde değildir.

O halde mahkemece, şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. Mahkeme kararının belirtilen nedenlerle bozulması gerekirken, Dairemizce onandığı anlaşılmakla, karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

12. HD. 01.04.2013 T. E: 4989, K: 12335

III-Ticari hayatta sürekli olarak alım ve satıma konu olan minibüs hatlarının "ekonomik bir değerinin bulunmadığı"nın ileri sürülemeyeceği, hattın, plakadan ayrı (bağımsız) olarak hacze konu olamayacağı, ticari plakalı bir minibüs hattının haczinin, plakaya konacak haciz ile gerçekleşeceği, diğer bir ifade ile minibüs hatlarının plakaya bağlı olup onun ayrılmaz parçası olduğu; hat, plaka için verilmiş olduğundan, hat'tın haczinin, plakanın haczi ile gerçekleşmiş olacağı, aynı şekilde plaka satıldığında hattında satışının gerçekleşmiş olacağı, hat ve plakanın ayrı ayrı kıymet takdirleri yapılarak, birbirinden bağımsız olarak satılmalarının düşünülemeyeceği-...İstanbul 12. İcra Müdürlüğü'nün 2011/8818 Esas sayılı dosyasında, alacaklı T. Vakıflar Bankası T.A.O tarafından borçlular Harun Kaya ve İbrahim Yeşilyurt hakkında icra takibi başlatıldığı, söz konusu dosyadan 09.08.2010 tarihinde yazılan talimatta, rehne konu olan 34 M 5865 plaka sayılı aracın, araç ve plaka, hat değeri ile birlikte ayrı ayrı fiili haczinin ve kıymet taktirinin yapılmasının talep edildiği, bahsi geçen minibüs niteliğindeki aracın, Pendik 2. İcra Mü-

dürlüğü'nün 2010/4799 Talimat sayılı dosyasından 23.08.2010 tarihinde fiilen haczedilerek, hat değerinin 500.000 TL, araç değerinin ise 10.000 TL olarak belirlendiği, 03.11.2010 tarihinde ise asıl icra dosyasından talimat yazılarak, "söz konusu aracın kesinleşen araç plaka ve hat değeri ile birlikte muhammen bedel üzerinden satılmasının talep edildiği" talimat icra müdürlüğünce ihale işlemlerinin gerçekleştirildiği görülmüştür.

Borçlu tarafından ihalenin feshi istemi üzerine, İcra Mahkemesince 34 M 5865 Plakalı minibüse ilişkin ihalenin feshini gerektirir usul ve yasaya aykırı bir durum olmadığı, araca ait hatta ilişkin olarak da, İstanbul Büyükşehir Belediyesi (M) ve (TM) Seri Plakalı ve Hatlı Ticari Minibüs Yönergesi uyarınca minibüs hatlarının devrinin ve satışının özel düzenlemelere tabi kılındığı, bu nedenle "minibüs hattının cebri icraya konu yapılamayacağı"ndan bahisle, 34 M 5865 plaka sayılı minibüs hattına ilişkin talebinin kabulü ile, "09.02.2011 tarihinde yapılan ihalenin feshine", 34 M 5865 plaka sayılı araca ilişkin "ihalenin feshi talebinin ise reddine" karar verilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu ve takip hukuku ilkelerine göre asılolan alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğundan, kural olarak borçluların tüm mallarının haczi mümkündür. Bir malın haczedilememesi için yasal düzenlemenin bulunması zorunludur.

Haczedilmezlik istisnai bir durum olduğundan, bu yöndeki düzenlemelerin de dar yorumlanması gerekir. Somut olayda borçluya ait 34 M 5865 plaka sayılı aracın fiilen haczinin yapılarak makine değeri ile araca ait hattın değeri tespit edilmiştir. *Ticari hayatta sürekli olarak alım ve satıma konu olan minibüs hatlarının ekonomik bir değerinin bulunmadığı ileri sürülemez.* Hattın, satışa esas muhammen bedelinin 500.000 TL olarak tespit edilmiş olması da bunun ayrı bir göstergesidir. Ancak *hat, plakadan ayrı olarak bağımsız bir hacze konu olamaz. Ticari plakalı bir minibüs hattının haczi plakaya konacak haciz ile gerçekleşir.* Diğer bir ifadeyle *minibüs hatları, plakaya bağlı olup onun mütemmim cüzüdür. Hat, plaka için verildiğinden, hattın haczi de, plakanın haczi ile gerçekleşmiş olur.* Aynı doğrultuda plaka satıldığında, hattın da satışı gerçekleşmiş olur. Bunların birlikte, satılmasını zorunlu kılan ekonomik bütünlük olduğundan, *hat ve plakanın ayrı ayrı kıymet taktirleri yapılarak birbirlerinden bağımsız olarak satılmaları düşünülemez.*

Yapılan bu genel açıklamalardan sonra somut olayın incelenmesinde; talimat icra müdürlüğünce 23.08.2010 tarihinde yapılan fiili haciz ve kıymet taktirinde, 34 M 5865 plakalı aracın hat değerinin 500.000 TL olarak

tespit edildiği ve tespit edilen bu değer üzerinden ihalesinin gerçekleştirildiği, yapılan bu işlemde bir usulsüzlük bulunmadığı, ihalenin feshini gerektiren bir durum olmadığı görülmektedir. İcra Mahkemesi'nin 34 M 5865 plakalı araca ait hatta ilişkin olarak, İstanbul Büyükşehir Belediyesi (M) ve (TM) Seri Plakalı ve Hat1ı Ticari Minibüs Yönergesi uyarınca *minibüs hatlarının devrinin ve satışının özel düzenlemelere tabi kılındığı, bu nedenle "minibüs hattının cebri icraya konu yapılamayacağı"na yönelik gerekçesi yerinde değildir. Satış işlemlerinde uyulacak esaslar, İİK›nun menkul malların satışını düzenleyen 112 ve devamı maddelerinde gösterilmiştir. Kaldı ki, söz konusu yönergede cebri satışı engelleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır.*

O halde mahkemece, "şikayetin reddine" karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

12. HD. 29.01.2013 T. E:2012/30121, K:2542

Tasarrufun İptali- İptale Konu Tasarrufun (Cebri) İhale Olması-

Cebri İcra Yoluyla Yapılan Satışlar Hakkında Tasarrufun İptali Davası Açılabilir mi?

I-Tasarrufun iptali davaları **ya** *'alacaklılarına zarar vermek amacı ile mallarını onlardan serbest iradeleri ile kaçırmış olan borçluların bu tasarrufları hakkında'* **ya da** -daha ender olarak- *'borçluların cebri icra yolu ile serbest iradeleri dışında yapılmış olan satışlar sonucunda, malvarlığından çıkmış olan mallarına ilişkin tasarruflar hakkında'* açılabilir.

Birinci tür tasarrufun iptali davalarının "İİK. 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı tasarruflar nedeniyle açılabileceği" İİK. mad. 277/I'de belirtilmiştir.[1]

İkinci tür yani 'cebri icra yolu ile yapılan satışlar hakkında' ise -kural olarak- tasarrufun iptali davası açılamayacağı gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay içtihatlarında öteden beri açık seçik tereddütsüz kabul edilmiştir. Gerçekten, bu konuda;

a) Doktrinde;

√ *"Cebrî icra yolu ile yapılan satışlar (İİK. m. 106), buradaki anlamda bir tasarruf değildir ve bu nedenle iptal davasına konu yapılamazlar. Çünkü, cebri icra yolu ile satış borçlunun yapmış olduğu bir tasarruf değildir; oysa burada söz konusu olan (iptale tabi) tasarruf işlemleri, borçlu ile üçüncü kişi arasındaki tasarruf işlemleridir..."**[2]*

*√ "İİK.'nun 106 vd. maddeleri uyarınca (cebri icra yolu ile yapılan satışlar (ihaleler)tasarrufun iptali davasına konu edilemez. Bunun sebebi ise, cebri icra yolu ile yapılan satışlarda borçlunun iradesi ile yapılmış bir tasarrufun bulunmamasıdır. Diğer bir ifade ile, cebri icra yolu ile yapılan satış, borçlu tarafından yapılmış bir satış değildir. Satış işleminin yapıldığı icra dosyasındaki alacağın muvazaalı olduğu iddia edilmedikçe satış ile ilgili iptal davası açılamaz."**[3]***

*√ " 'Cebri icra yolu ile yapılan satışlar' hakkında da -kural olarak- iptal davası açılamaz.**[4]** Çünkü, ortada, borçlunun serbest iradesi ile yaptığı bir tasarruf yoktur. Halbuki; ancak borçlunun -mal kaçırmak amacı ile- üçüncü kişilerle yaptığı tasarruflar iptal davasına (İİK. mad. 277 vd.) konu olabilir. Yani, «cebri icra yolu ile yapılan satışlar, borçlu tarafından yapılmış bir tasarruf» niteliğinde değildir...*

*Ancak, borçlu -alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla- anlaştığı üçüncü bir kişiyle muvazaalı olarak borç ilişkisi yaratarak, aleyhine takip yapılmasını sağlayarak malvarlığına dahil malların ihale ile satılmasını gerçekleştirmişse, bu tür ihaleler hakkında iptal davası açılabilir... Başka bir ifade ile; «alacaklının alacağının muvazaalı olduğu iddia edilmedikçe», cebri icra yolu ile yapılan ihaleler hakkında tasarrufun iptali davası açılamaz."**[5]***

*√ "Cebri icra yolu ile yapılan satışlar hakkında da kural olarak iptal davası açılamaz. Çünkü ortada, borçlunun serbest iradesiyle yaptığı bir tasarruf yoktur."**[6]***

*√ "Yargıtay uygulamasına göre, cebri icra yolu ile yapılan satışlar (İİK. md. 106 vd.) iptal davasına konu olamaz. Çünkü, cebri icra(ihale) ile yapılan satışlarda borçlunun serbest iradesi ile yaptığı tasarruf söz konusu değildir. Gerçekten satış işlemlerinin yapıldığı icra dosyasındaki alacağın danışıklı olduğu ileri sürülüp iptali ileri sürülmedikçe ihale hakkında tasarrufun iptali davası açılamaz Yargıtay uygulaması da bu yöndedir."**[7]***

*√ "Cebri icra yoluyla yapılan satışlar, buradaki anlamda bir 'tasarruf' değildir ve bu sebeple iptal davasına konu edilemezler. Zira cebri icra yoluyla satış, borçlunun yapmış olduğu bir 'tasarruf' değildir.**[8]***

denilmiştir.

b) Yargıtay, içtihatlarında;

√ *"Kural olarak 'cebri icra yoluyla yapılmış olan satışlar (ihaleler) hakkında' iptal davası açılamayacağını, ancak 'alacaklısından mal kaçırmak amacına yönelik bir (muvazaalı) alacak-borç ilişkisi yaratılarak, takip yapılmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler hakkında iptal davası açılabileceğini"* ***[9]***

√ *"Kural olarak 'cebri icra yoluyla yapılmış olan satışlar (ihaleler) hakkında' iptal davası açılamayacağını, ancak «alacaklısından mal kaçırmak amacına yönelik bir (muvazaalı) alacak-borç ilişkisi yaratılarak, takip yapılmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler hakkında iptal davası açılabileceğini"****[10]***

√ *"Cebri icra yolu ile, icra dairesince yapılan ihalelerin iptali için, 6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı iptal davası açılamayacağını"****[11]***

√ *"Cebri icra yolu ile, icra dairesince yapılan ihalelerin iptâli için, 6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı iptâl davası açılamayacağını"****[12]***

√ *"Kural olarak cebri icra yoluyla yapılmış olan satışlar (ihaleler) hakkında" iptâl davası açılamayacağı, ancak "alacaklısından mal kaçırmak amacına yönelik bir (muvazaalı) alacak-borç ilişkisi yaratılarak, takip yapılmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler hakkında iptâl davası açılabileceğini"****[13]***

√ *"İcra dairesince, tapu sicilindeki on yıllık kira şerhiyle birlikte satılan ipotekli taşınmaz hakkında, iptal davası açılamayacağını"****[14]***

belirtmiştir.

Buraya kadar ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi;

Eğer tasarrufun iptali davası *"alacaklılarına zarar vermek amacı ile mallarını onlardan serbest iradesi ile kaçırmış olan borçluların bu tasarrufları hakkında"* açılmış ise; bu davada 'borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastı ile yaptığı tüm tasarrufların iptali' istenir.

Eğer tasarrufun iptali davası *"borçlunun cebri icra yolu ile satılmış olan mallarına yönelik olarak"* açılmışsa, iptal davasına konu olabilecek tasarruflar, önceki iptal davası türünde olduğu gibi sınırsız değildir. Çünkü, cebri icra satışları hakkında tasarrufun iptal davası açılmasına sıcak

bakılmamakta ve yukarıda açıkça belirttiğimiz gibi gerek **doktrinde** ve gerekse **Yargıtay içtihatlarında** *"cebri icra yolu ile yapılan satışların, İİK. mad. 277 anlamında 'tasarruf' olmadığı, 'burada borçlunun iradesi ile yapılmış bir tasarruf bulunmadığı', 'satışın icra memurunun iradesi ile gerçekleştiği' "* 'oybirliği ile' ifade edilirken, **doktrinde bir kısım yazarlar** *"cebri icra yolu ile yapılan satışlar hakkında tasarrufun iptali davasının açılamayacağını"* mutlak olarak belirtirken, **bir kısım yazarlar** *sadece bir durumda "satış işleminin yapıldığı icra dosyasındaki alacağın muvazaalı olduğu iddia edilerek", "borçlunun, anlaştığı üçüncü bir kişiyle muvazaalı olarak borç ilişkisi yaratarak aleyhine takip yapılmasını sağlayarak, malvarlığına dair mallarının ihale ile satılmasını gerçekleştirmişse" bu tür ihaleler hakkında iptal davası açılabileceğini*, başka bir ifade ile *"takip yapan alacaklının alacağının muvazaalı olduğu"* iddia edilmedikçe *'cebri icra yolu ile yapılan ihaleler hakkında tasarrufun iptali davası açılamayacağını' "* belirtmişlerdir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi; **Yargıtay'ın bir kısım içtihatlarında** mutlak olarak *"cebri icra yoluyla icra dairesince yapılan ihalelerin iptali için tasarrufun iptali davası açılamayacağı"* belirtilmişken, **bir kısım içtihatlarında** ise *"ancak alacaklısından mal kaçırmak amacına yönelik bir (muvazaalı) alacak-borç ilişkisi yaratılarak, takip yapılmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler hakkında iptal davası açılabileceği"* belirtilmiştir.

Bilindiği gibi cebri icra satışları, açık artırma sonucunda en yüksek pey sürene satılan şeyin ihale edilmesi ile sonuçlanmaktadır.

İcra hukukunda, yapılan 'açık artırma'lara katılımın fazla olması istenir. İhaleye katılarak pey süren ve sonuçta ihale üzerinde kalan kişilere daha sonra;

-"Seninle, borçlu arasında organik bağ olduğu için, sana yapılmış olan ihaleyi bozuyoruz.",

-"İhalede satın aldığın şeyin bedelini ödeme gücün bulunduğunu kanıtla, aksi takdirde ihaleyi bozacağız."

- "Sen bu ihaleye kendi adına fakat borçlunun hesabına girdin, bu nedenle sana yapılan ihaleyi bozuyoruz."

denilirse, hiç kimse icra dairesinde yapılan ihalelere girmez. Bu sonuç ise -yukarıda belirttiğimiz gibi- icra hukukunun 'açık artırma'lardan olan beklentisi ile bağdaşmaz……

Bu nedenle, *cebri icra satışlarına yönelik tasarrufun iptali davalarında, alıcıların borçlu ile organik bağının bulunup bulunmadığının ve satın aldıkları taşınmazları ödeme gücüne sahip olup olmadıklarının (yani; alıcıların, borçluların nam-ı müstearı olup olmadıklarının) araştırılması gerektiği"* görüşünü savunan (Bölge Adliye Mahkemesi) kararına[15] katılmak mümkün değildir.

Bu düşünce ancak "borçluların -cebri icra satışları dışında- serbest iradeleri ile alacaklılarına zarar vermek kastıyla üçüncü kişilerle yaptıkları tasarruflar hakkında açılan tasarrufun iptali davaları hakkında" geçerli olabilir.

Davalı..... ..... Ltd. Şti. vekili , "cebri icra yoluyla yapılan satışların iptal davasının konusu olamayacağı, hem TBK. 19 hem de İİK. 277 ve izleyen maddelerine göre iptal istenemeyeceği, tasarrufların gerçek olduğu; davalılar H. A. ve M. A. vekili, icra yoluyla yapılan satışların tasarruf konusu olamayacağı, nam-ı müstearın ve muvazaanın bulunmadığı; davalı N. S. vekili, cebri icra ile yapılan satışların iptale konu olamayacağı, muvazaa bulunmadığı, bedelin bu davalı tarafından ödendiği" şeklindeki gerekçelerle "davanın reddi gerektiğini" savunmuşlardır.

Mahkemece, "muvazaa yapıldığına ya da nam-ı müstearla hareket edildiğine dair herhangi bir kanıt bulunmadığı, cebri icra yoluyla yapılan ihalelere herkesin katılabileceği, borçluların iradi bir tasarrufunun mevzubahis olmadığı" şeklindeki gerekçelerle "davanın reddine" karar verilmiştir.

Davacı vekili müddeti içerisinde verdiği istinaf dilekçesiyle;

a) Kararın yeterli gerekçe taşımadığı,

b) Borçlu "davalılar ile ihale alıcısı davalılar arasında muvazaa bulunduğu, davalı şirket ortaklarının borçluların yakın aile bireyleri olduğu, şirketin mesken edinmesinin olayların normal akışına uygun olmadığı, B.K.'nin hem borçluların hem de ihale alıcılarının temsilcisi olduğu, N. S.'nin borçluların yengesi olduğu", şeklindeki gerekçelerle "kararın kaldırılmasını ve davanın kabulüne karar verilmesini" istemiştir.

Duruşma açılmasını gerektiren bir neden bulunmadığından inceleme ve görüşmeler HMK'nın 353'üncü maddesi uyarınca dosya üzerinden yürütülmüştür.

Buna göre;

1-a) 'Sözlük' anlamı "bir kişinin sanat, edebiyat, ticaret hayatında yahut

faaliyette bulunduğu herhangi bir işte kimliğini gizlemek için seçtiği ad" olan ve uygulamada 'mahlas' ya da 'takma ad' da denilen nam-ı müstear hallerinde, borçlu, çeşitli nedenlerle -alacaklılardan mal kaçırma amacıyla- kendi adını gizleyerek yapmak istediği hukuki işlemi bir başkasına ve ancak kendi hesabına yaptırır. Borçlunun adını gizleyerek, borçlu hesabına ancak kendi adına hareket eden ve üçüncü kişilerle işlemde bulunan bu kişiye 'nam-ı müstear' denilir. Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda bu kurumu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamasına rağmen gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay içtihatlarında nam-ı müstear iddialarının dinlenebilir olduğu kabul edilmektedir. (Talih UYAR, "Tasarrufun İptali Davalarının Konusu" "TBB Dergisi, sayı 78, 2008/Eylül-Ekim, s:287-313") Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 05/05/2015 günlü ve 2014/18636 Esas, 2015/6642 Karar; 18/03/2013 günlü ve 2013/6263 Esas, 2013/3521 Karar sayılı ilamlarında da "nam-ı müstear hukuksal sebebine dayalı olarak iptal davası açılabileceğine" işaret edilmektedir. *Davacı vekili, "davalı üçüncü kişilerin davalı borçlular adına nam-ı müstear olarak ihalelere katıldığını, amacın ihale konusu taşınmazların borçlular adına alınması ve ancak alacaklılardan gizlenmesi olduğunu" ileri sürdüğüne göre, davanın dinlenmesi gerekir.*

b) "Borçlunun mal varlığını azaltmak (mal kaçırmak) amacıyla yaptığı muvazaalı işlemlerden zarar gördüğünü" ileri süren alacaklı dilerse özel hüküm niteliğindeki İİK 277 ve izleyen maddelerine göre iptal davası, dilerse genel hüküm niteliğindeki TBK'nın 19'uncu maddesine göre 'muvazaa davası' açabilir. İİK›ya göre açılan iptal davası, TBK'ya göre muvazaa davası açılmasını önlemez. Davacı - alacaklı bu konuda "terditli dava" da açabilir. Yani borçlunun mal kaçırmak amacıyla yaptığı tasarruflardan zarar gören alacaktı, açtığı davada önce işlemin muvazaalı olduğunun tespiti ile buna göre hüküm kurulmasını, bu iddiasının kabul edilmemesi halinde İİK 277 ve izleyen maddelerine göre tasarrufun iptaline karar verilmesini de talep edebilir (Talih UYAR, 'Tasarrufun İptali Davası ve Muvazaa, Nam-ı Müstear, İnletmenin Devri, Kamına Karşı Hile ve Perdeyi Kaldırma Teorisi' "ABD. 2016/2, s:343-403"). Davacı alacaklı vekili "nam-ı müstear olarak yapılan işlemlerin TBK 19'uncu maddesine göre iptalini" istemektedir. TBK'nun 19'uncu maddesine göre açılan iptal davalarında İİK›nın 277 ve izleyen maddelerinde arandığı gibi aciz vesikası koşulu aranmaz ve yine o maddelerle belirlenen hak düşürücü sürelerde uygulanmaz. Bu yönden de davanın dinlenebilme koşulları oluşmuştur.

c) Gerçekten de Yargıtay'ın bazı kararlarında "cebri icra yoluyla yapılan satışlar hakkında tasarrufun iptali davası açılamayacağına" işaret olun-

maktadır. Ancak bu kararlarda bazı özgül koşulların oluşması halinde "cebri icra ile yapılan satışlara konu mal varlığı değerlerinin de iptal davası konusu olabileceği" olasılığı tümden yok sayılmamaktadır. *Örneğin Yargıtay 17. Hukuk Dairesi bir kararında "kural olarak cehri icra yoluyla yapılan satışlar iptal davası konusu olamaz" diyerek, istisnai halterde bu satışlar hakkında da iptal davası açılabileceğini benimsemiştir (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 29/12/2011 gün ve 2011/6720 - 13241 E.K.).* Bu açıklamalara göre şu sonuca ulaşılabilir: Eğer nam-ı müstear (inançlı işlem) iddiası yoksa, üçüncü bir kişiye cebri icra yoluyla yapılan satışlar iptal davası konusu olamaz. Ancak eğer nam-ı müstear iddiası varsa, cebri icra yoluyla yapılan satışlar da iptal davası konusu olabilir. Çünkü borçlunun, nam-ı müsteardan, kendisi hesabına, diyelim ki bir oto galerisinden bir araç satın almasını ya da birinden taşınmaz satın almasını istemesi ile kendisi adına ihaleye katılarak taşınmaz ya da araç satın almasını istemesi arasında nitelikçe herhangi bir fark bulunmamaktadır. İkisinde de amaç aynıdır. Borçlu, mal varlığı edinmek istemekte, ancak bu mal varlığının alacaklılarca bilinmemesini arzulamaktadır. Nam-ı müstearın "borçlu hesabına ihaleye girdiği ve ancak kendi adına taşınmaz satın aldığı" ileri sürüldüğüne göre, doğaldır ki cebri icra ile yapılan bu satışlar hakkındaki iptal davası da dinlenebilecektir. Dava, bu yönden de dinlenebilme koşullarına sahiptir.

2-Mahkemece uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için;

a) Taşınmazlardan üçünü borçlular hesabına nam-ı müstear olarak ihaleden satın aldığı iddia olunan .... Ltd. Şti.'nin ticari defter belge ve kayıtları üzerinde HMK'nın 222'inci maddesinde açıklanan yöntemle bilirkişi tetkikatı yapılması; 454.000,00TL, 674.000,00TL ve 80.400,00TL tutarındaki *ihale bedellerinin şirket kayıtlarında bulunup bulunmadığının, bedellerin şirket hesabından ödenip ödenmediğinin, ödeme tarihleri itibariyle şirketin bu bedelleri ödeyecek parasal kaynağının bulunup bulunmadığının ve ihale bedellerinin ne şekilde ödendiğinin saptanması,*

b) *İhale bedelleri şirket hesabından ödenmemişse, getirtilecek ticaret sicil kayıtlarına göre belirlenecek yetkili temsilcisinin,*

-İhale bedellerinin hangi kaynaktan ödendiği,

-Lojistik alanında iştigal eden şirketin hangi amaçla mesken nitelikli taşınmazları mülk edindiği,

olgularına ilişkin olarak HMK'nın 169 ve izleyen maddelerine göre isticvabı,

c) *Davalı N. S.'nin ekonomik durumunun araştırılması, 67.000,00TL tutarındaki ihale bedelini ne şekilde ödediğinin belirlenmesi, dava dilekçesinde bu davalının borçlu davalıların yengesi (dava dışı A.A.'nın eşi) olduğu ileri sürülmesi ve ancak bu olgunun nüfus kayıtlarına yansımamış olması karşısında bu iddianın da araştırılması, davalı N. S. ile dava dışı A. A. arasında ne şekilde bir ilişki olduğunun belirlenmesi ve gerekirse hem ihale bedelinin ödenmesi, hem de davalı ile dava dışı A. A. arasındaki ilişki konusunda davalının HMK'nın 169 ve izleyen maddelerinde gösterilen yönteme göre isticvabı,*

d) *İhalelerde davalılar adına hareket eden B. K.›nin nüfus aile kaydını tedariki, adı geçen ile 156 ada 1 parsel, 5 ve 6 numaralı bağımsız bölümlerin ilk alıcısı İ. oğlu M. K. arasında akrabalık bağı olup olmadığının saptanması,*

e) Davalı borçluların müşterek -müteselsil kefil olarak yer aldıkları kredi sözleşmelerinin borçluları olan;

-..... İç ve Dış Ticaret A.Ş. (..... Faktoring Finansal Hizmetler AŞ.)

-..... Akaryakıt Ticaret ve Sanayi A.Ş.

-..... Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.

-..... Yatırım ve Yönetim Holding A.Ş.

-.....Turizm Pazarlama İnşaat ve Reklam Ticaret A.Ş.

-.....Petrol ve Kimyevi Ürünleri Depoculuk Aş. İle davalı .... Ltd. Şti.'nin ticaret sicil kayıtlarının getirtilmesi, tetkiki ve *davalı şirketin ortaklarıyla borçlu şirketin ortakları arasında aynılık ya da yakınlık bulunup bulunmadığının, bulunuyorsa derecesinin tespiti, ve bu araştırmalar ile hasıl olacak sonuca göre uyuşmazlığın özüne ilişkin değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması gerekirken,* bu lazımelerin yerine getirilmemesi ve davacı banka vekilinin 23/05/2017 günlü oturumdaki "delillerimiz toplansın" şeklindeki istemi hakkında da olumlu ya da olumsuz herhangi bir karar verilmemesi, HMK'nın 353/1-a,6 madde ve bendine aykırıdır ve bu nedenle kararın kaldırılarak yukarıda açıklanan esaslar dairesinde davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçeye göre; I-*İstinaf başvurusunun kabulüne*, II- HMK'nın 353/1-a/6 madde ve bendi uyarınca kararın kaldırılmasına ve *davanın yeniden görülmesi* için dosyanın ilk derece mahkeme-

sine gönderilmesine, III- Diğer istinaf itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, IV- İstemesi halinde istinaf ilam harcının davacıya iadesine, 04/10/2017 gününde, oybirliğiyle ve HMK'nın 353/1-a maddesi uyarınca kesin olarak karar verildi……"

Taşınmaz Satışlarında Satış İlanının Tebliği-

Taşınmaz Satışlarında, Satış İlanının, 'Taşınmaz Maliki Borçlu' Dışında, Diğer Borçlulara (Müşterek Borçlu/ Müteselsil Kefillere) de Tebliği (İİK. mad. 127) Gerekir mi?

I-Şikâyetçi satışı yapılan taşınmazın maliki değilse de, taşınmazın temin ettiği kredi alacağının, "müşterek borçlu müteselsil kefili" durumunda olduğundan, şahsi sorumluluğu bulunup, 'borçlu' sıfatını taşıdığından, kendisine satış ilanı tebliğinin zorunlu olduğu-…Antalya ili, Konyaaltı ilçesi, Hurma Mahallesi 4205 ada 1. parsel 1-Bodrum kat, B Blok 3 nolu bağımsız bölümdeki taşınmaz ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu edilerek satışı yoluna gidilmiştir. Taşınmaz üzerindeki ipotek kredilerin teminatı olarak verilen 250.000,00 TL bedelli üst sınır ipoteğidir. M.K.nun 851 maddesi nazara alındığında bu ipoteğin güvence altına aldığı alacak ipoteğin sebebini teşkil eden kredi sözleşmelerindeki borcun doğumuna bağlıdır. Bir başka deyişle kredi sözleşmesindeki borç doğmuş, borçluya kredi verilmiş ise ipotek hayatiyet kazanır. Bu nedenledir ki kredi sözleşmesinin borçlusunun ve müşterek borçlu müteselsil kefilin paraya çevrilen (satışı yapılan taşınmazla ilgili) ipotekle doğrudan ilişkisi vardır. Kredi sözleşmesinin borçlusu ve müşterek borçlu müteselsil kefili durumundaki şahıslar ipotekli taşınmazın satış bedeli kadar borçtan kurtulurlar bakiye borç için borçtan şahsen sorumlulukları devam eder. *Şikayetçi satışı yapılan taşınmazın maliki değil ise de, taşınmazın temin ettiği kredi alacağının müşterek borçlu müteselsil kefili durumundadır. Bu nedenle şahsi sorumluluğu bulunup borçlu sıfatı taşıdığından kendisine satış ilanı tebliği zorunludur.* Borçluya satış ilanı tebliğ edilmemesi başlı başına ihalenin feshi nedeni olduğundan mahkemece şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken istemin reddi isabetsizdir.

12. HD. 03.04.2012 T. E:2011/26097, K: 10647

II- Borçluya satış ilanının tebliği zorunlu olup, borçlunun "satışı yapılan taşınmazın maliki olması" koşulu kanunda öngörülmediğinden, usulünce tebligat yapılmayan borçlunun şikayeti üzerine "ihalenin feshine" karar verilmesi gerekeceği-*…İİK›nun 127. maddesi gereğince taşınmaz satışlarında, satış ilanının bir örneğinin borçluya tebliği gere-*

kir. Bu işlemin yapılmamış olması yerleşik Yargıtay İçtihatlarına göre başlıbaşına ihalenin feshi nedenidir. Anılan maddede borçluya satış ilanının tebliği zorunlu kılınmış olup, satışı yapılan taşınmazın maliki olması koşulu öngörülmemiştir.

Somut olayda, ihalenin feshini isteyen A....'ya " N... Mah. Konaktepe 4. Geçit Gül Sk., No:48 Ünye /ORDU" adresinde 08.04.2010 tarihinde tebliğ edilen ilk taşınmaz satış ilanı tebligatı 08.04.2010 tarihinde 7201 sayılı Yasanın 21. maddesi ve Tüzüğün 28. maddesine aykırıdır. Borçlu A....'ya 12.04.2010 tarihinde ve 1.satış gününde kalemde tebliğ edilen taşınmaz satış ilanı tebligatı da kendisine talebi ve talibi arttıracak çalışmalarda bulunmak için gerekli uygun bir süre tanınmadığından usule uygun bulunmamaktadır. Diğer taraftan borçlu N....'ın "Kaledere Mah. Devlet Sahil Yolu, No. 391/A Ünye/ Ordu" adresine daha önceden yasanın gösterdiği usullere göre yapılmış bir tebligat da bulunmadığından 7201 sayılı Yasanın 35. maddesine göre yapılan taşınmaz satış ilanı tebliği de usulsüzdür.

Açıklanan nedenlerle, borçlulara satış ilanı tebliğ edilmeden yapılan ihale usulsüz olup, feshi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir.

12. HD. 14.04.2011 T. E: 2010/26311, K: 6596

III-Şikayetçi, satışı yapılan taşınmazın maliki değilse de, taşınmazın temin ettiği kredi alacağının, "müşterek borçlu müteselsil kefili" durumunda olduğundan, şahsi sorumluluğu bulunup 'borçlu' sıfatını taşıdığından, kendisine satış ilanı tebliğinin zorunlu olduğu-...İstanbul B... D... Mahallesi 311 parsel 1. Bodrum 1 nolu bağımsız bölümdeki taşınmaz ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe konu edilerek satışı yoluna gidilmiştir.

Taşınmaz üzerindeki ipotek kredilerin teminatı olarak verilen 200.000.000.000 TL bedelli üst sınır ipoteğidir. M.K.nun 851 maddesi nazara alındığında bu ipoteğin güvence altına aldığı alacak ipoteğin sebebini teşkil eden kredi sözleşmelerindeki borcun doğumuna bağlıdır. Bir başka deyişle kredi sözleşmesindeki borç doğmuş, borçluya kredi verilmiş ise ipotek hayatiyet kazanır. Bu nedenledir ki, *kredi sözleşmesinin borçlusunun ve müşterek borçlu müteselsil kefilin paraya çevrilen (satışı yapılan taşınmazla ilgili) ipotekle doğrudan ilişkisi vardır. Kredi sözleşmesinin borçlusu ve müşterek borçlu müteselsil kefili durumundaki şahıslar ipotekli taşınmazın satış bedeli kadar borçtan kurtulurlar bakiye borç için borçtan şahsen sorumlulukları devam eder.*

Şikayetçi H..... satışı yapılan taşınmazın maliki değil ise de, taşınmazın temin ettiği kredi alacağının müşterek borçlu müteselsil kefili durumundadır. Bu nedenle şahsi sorumluluğu bulunup borçlu sıfatı taşıdığından kendisine satış ilanı tebliği zorunludur. Borçluya satış ilanı tebliğ edilmemesi başlı başına ihalenin feshi nedeni olduğundan mahkemece şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken istemin reddi isabetsizdir.

IV-Borçluların tümüne satış ilanının tebliğ edilmesi gerekeceği-

Borçlulardan İsa'ya satış ilanının tebliğ edilmediği, edilmiş olması halinde taşınmazın uygun fiyatla satılması hususunda gerekli çabalarda bulunabileceği, müşteri temin edebileceği, talibi ve talebi artıracak girişimler yapabileceği, *diğer borçlu Ercüment'e satış ilanı tebliğ edilmesi İsa yönünden 127. madde hükmünü bertaraf etmeyeceği düşünülmeden,* 11 milyon 853 bin 750 lira muhammen değerli taşınmazın 3 milyon lira gibi çok düşük bir bedelle satıldığı nazara alınmadan, fesih isteğinin reddi isabetsizdir.

12. HD. 11.4.1984 T. E: 3950, K: 4446

Not: Yüksek mahkeme, yukarıdaki içtihatlarında *"İİK. m. 127, c:1'deki 'borçlu' sözcüğünü yorumlayarak, maddede sadece 'borçlu' sözcüğünün geçtiğini, 'taşınmaz maliki borçlu' sözcüğüne yer verilmemiş olduğunu"* göz önünde bulundurarak *'dosyada birden fazla borçlu bulunması ve bunlardan birisinin taşınmazına haciz konulması halinde, bu taşınmazın alacaklının talebi üzerine satılabilmesi için, icra takibinin tüm borçlular hakkında kesinleşmiş olması ve satış ilanının bu borçluların hepsine tebliğ edilmiş olması gerektiğini'* belirtmiştir.

Takip dayanağı senette birden fazla borçlu bulunması halinde, bunlar arasında *'ihtiyari takip arkadaşlığı'* bulunuyor demektir. Bu durumda alacaklı, müşterek borçluların her birine karşı ayrı ayrı takip yapabilir (TBK. m. 162 vd.). Ayrıca alacaklı müşterek borçluları ayrı ayrı takip etmeyerek müşterek borçluların hepsine (veya içlerinden bazılarına) karşı (tek bir takip talebi ile) takip de yapabilir.[1]

Yüksek mahkeme, alacaklının senet borçlularından birkaçı veya hepsi hakkında takip yapılması durumunda, bu takipte 'borçlu' sıfatını taşıyan tüm borçlular hakkında takip kesinleşmeden, *borçlulardan birini veya birkaçının üzerine haciz konulan taşınmazının satışı için* mutlaka borçluların tümü hakkında takibin kesinleşmiş olmasını aramaktadır… Bu nedenle **kanımızca**; takip dayanağı senette birden fazla borçlu bulunması halinde, alacaklının bu borçluların adreslerinin doğru olup olmadığını ve

özellikle Türkiye'de tebligata elverişli bir adreslerinin bulunup bulunmadığını araştırarak, Türkiye'de bilinen bir adresi bulunan borçlular hakkında takip yapması, ileride satış aşamasında sıkıntıya düşmemesi bakımından önem taşır.

Yüksek mahkeme önceleri[2],*"takip başladıktan sonra ancak yeniden peşin harç ve başvurma harcı ödenerek takibin bir başka borçluya da yöneltilebileceğini, örneğin senette imzası bulunan üç borçludan ikisi hakkında takip yapan alacaklının, daha sonra takibi üçüncü borçluya da yöneltmek istemesi yani o borçluyu da takibe dahil etmek -ona da ödeme emri göndermek- istemesi halinde, yeniden icra dairesine peşin ve nisbi harç ödemesi gerektiğini"* belirtmişken, sonraki içtihatlarında[3], bu görüşünü terk ederek *"HMK. (ve İİK.)'da 'dahili dava' kurumunun düzenlenmemiş olduğunu, takip talebinde 'borçlu' olarak gösterilmemiş olan müşterek (müteselsil) borçlunun -sonradan takip harçları verilmek suretiyle de olsa- önceki (başlamış) takibe dahil edilemeyeceğini (bu borçluya aynı dosyadan ödeme 'icra' emri gönderilemeyeceğini)"* belirtmeye başlamıştır…[19]

DİPNOTLAR

[1] UYAR, T. Tasarrufun İptali Davalarının Konusu (İBD. Temmuz-Ağustos/2017, 2017/4, s:74-131) - (TBBD. Eylül-Ekim/2008, s:287-313) - (UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2018, 5. Baskı, s:…)

[2] KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s:1399 – KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, 1997, C:4, s:3412

[3] SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s:77

[4] KURU, B. age. C: 4, s: 3412 - KURU, B. El Kitabı, s:1399 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4337 vd. - TOKTAŞ, M. age. s: 86 - ERDÖNMEZ, G. age. s: 101 - COŞKUN, M. age. C: 4, s: 4667

[5] SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. age. s: 77 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 5. Baskı, 2018, s:89 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C:3, 3. Baskı, 2014, s:4337 - UYAR, T. İİK. Şerhi, C:11, 3. Baskı, 2010, s:18711 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 4. Baskı, C:1, 2011, s:86 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, 2008, s:66 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2. Baskı, 1992, s:31

[6] COŞKUN, M. Açıklamalı- İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu, C:4, 2016, s:4666

[7] Bknz: 15. HD. 05.11.2003 T. 4290/5246; 03.04.1990 T. 4763/1551 (e-uyar.com) - GÜNEREN, A. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2.Baskı, 2012, s:127

[8] YELEKÇİ, M. Tatbikatta İcra ve İflas Kanunu, 1970, s:605 - UYAR, T. İcra ve İflas Yasasında Düzenlenen İptal Davalarının Hukuki Niteliği ve Konusu "İBD. Ekim/1984" - KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:IV, 1997, s:3412 - ULUKAPI, Ö. İcra ve İflas Hukuku, s:274) (TAZE, M. Tasarrufun İptali Davası (Yüksek Lisans Tezi), 2007, s:58

[9] Bknz: 17. HD. 27.05.2010 T. 2141/4792 (e-uyar.com)

[10] Bknz: 17. HD. 18.9.2008 T. 2637/4156; 16.9.2008 T. 1246/4471; 1.5.2008 T. 188/2286 (e-uyar.com)

[11] Bknz: 15. HD. 05.11.2003 T. 4290/5246 (e-uyar.com)

[12] Bknz. 15. HD. 24.01.1991 T. 5427/157 (e-uyar.com)

[13] Bknz: 15. HD. 03.04.1990 T. 4763/1551 (e-uyar.com)

[14]Bknz: İİD. 5.4.1969 T. 1668/3785 (e-uyar.com)

[15] Antalya BAM. 4. HD. 04.10.2017 T. 893/843 s. kararı: "…Davacı vekili; ….. …… Ltd. Şti. ve N….'yi … ihalelere borçlular M.A. ve H. A. hesabına "nam -ı müstear" olarak katıldıklarından, ihale bedelinin borçlu davalılar tarafından ödendiğinden, ……Ltd. Şti.'nin hissedarları M. A. ve D.A.'nın borçluların yeğeni ve yengesi olduklarından, N. S.'nin ise davalıların dava dışı kardeşleri A. A.'nın eşi olduğundan, A. A.›nın da banka borçlularından olduğundan, ihalelerde…….. …….. Ltd. Şti, ve N. S.'nin B. K. tarafından temsil edildiğinden, B. K.'nin aynı zamanda daha önce iptal edilen tasarruflarda borçlular M. A.ve H. A.'yı da temsil ettiğinden, …… Ltd. Şti›nin 2.000,00 TL. sermayesi olduğundan, bunun 500.000,00 TL'sinin ödendiğinden, 1.500.000,00TL'sinin taahhüt edildiğinden, şirketin mesken nitelikli taşınmazları iktisap etmesinin olayların normal akışına aykırı olduğundan, yine 1.207.400,00 TL ödeme yapmasının da sermaye miktarı karşısında olayların normal akışına aykırı olduğundan, "nam-ı müstear" ile ihalelere katılınılarak borçlular hesabına mülk edinilmesi işleminin muvazaalı olduğundan ve TBK'nın 19 uncu maddesi uyarınca iptali gerektiğinden söz ederek "açıklanan tasarrufların iptaline ve yine açıklanan tasarruflara konu taşınmazlar üzerinde davacı yararına cebri icra yetkisi tanınmasına karar verilmesini" istemiştir.

[16] KURU, B. İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 2017, s:71 - KURU, B. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, 2016, s:101 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, 2014, C:1, s:884 – ARSLAN, R./YILMAZ, E./AYVAZ, T.S. İcra ve İflas Hukuku, 2017, s:117 vd.)

[17] Bknz: 12. HD. 27.06.1995 T. 9469/9621; 10.04.1995 T. 5307/5280; 21.03.1995 T. 4120/4004; 01.03.1995 T. 2891/2773 vb. (e-uyar.com)

[18] Bknz: 12. HD. 17.02.2004 T. 24775/3072 (e-uyar.com)

[19] UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C:1, s:874.

BİR KARAR ELEŞTİRİSİ

İİK > 6 - İflâs Yoliyle Takip > Madde 167 - Takibin kabulü şartları

Borç ipotek ile temin edilmiş olsa bile, elinde kambiyo senedi bulunan alacaklı, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabilirse de; öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçildiğinden, tercih hakkını bu takip türünden yana kullanmış olan alacaklının aynı borca ilişkin olarak (tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla olsa da) kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapamayacağı- İİK. mad. 45/1 uyarınca rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip sonucunda rehin tutarı borcu demeye yetmez ise, alacaklının kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebileceği- Kamu düzenine ilişkin bu hususun süresiz olarak şikayet konusu yapılabileceği-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkikinin borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Alacaklı tarafından "bonoya dayalı olarak başlatılan kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile ilamsız icra takibinde, borçlunun, sair nedenlerle birlikte aynı ilişkiden kaynaklanan borcun mükerrer olarak takibe konulduğunu" ileri sürerek 'mükerrerlik itirazı' ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, "istemin reddine" karar verildiği görülmüştür.

İİK 45. maddesinde "rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunun iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceği, poliçe ve emre muharrer senetlerle çekler hakkındaki 167 nci madde hükmü mahfuz olduğu", aynı kanunun 167. maddesinde ise "alacağı çek, poliçe veya emre muharrer senede müstenit olan alacaklının, alacak rehinle temin edilmiş olsa bile kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte bulunabileceği" düzenlenmiştir.

Somut olayın incelenmesinde; ... 23. İcra Müdürlüğü'nün 2015/13876 Esas sayılı takip dosyasında; alacaklı tarafından 455.710,84 TL asıl alacağa ilişkin olarak dava dışı Alev... ve muteriz borçlular hakkında **ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı icra takibinde bulunulduğu, mükerrer olduğu** iddia edilen ... 23. İcra Müdürlüğü'nün 2015/14202 Esas sayılı takip dosyasında; alacaklı tarafından aynı asıl alacak miktarı için **bonoya dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile ilamsız icra takibi başlatıldığı** ve şikayetçi borçluların borçlu sıfatı ile takibin tarafı olduğu, takip talebinde ve ödeme emrinde; **"tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla"** kaydına yer verildiği görülmüş olup takip talebinde yazılı ibareler ve alacaklı vekilinin beyanı ile **her iki takip dosyasına konu borcun aynı borç olduğu konusunda ihtilaf yoktur.**

Her ne kadar yukarıda anılan kanun hükümleri uyarınca borç ipotek ile temin edilmiş olsa bile elinde kambiyo senedi bulunan alacaklı, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapabilirse de somut olayda **öncelikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçildiğinden alacaklı tercih hakkını bu takip türünden yana kullanmış olup aynı borca ilişkin olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapamaz.** Bu durumda İİK'nun

45/1 hükmü uyarınca rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip sonucunda rehin tutarı borcu ödemeye yetmez ise **alacaklı kalan alacağını iflas veya haciz yolu ile takip edebilir. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup süresiz şikayete tabidir.**

Bu durumda; şikayete konu ... 23. İcra Müdürlüğü'nün 2015/14202 Esas sayılı takip dosyasına konu borçla ilgili olarak ... 23. İcra Müdürlüğü'nün 2015/13876 Esasında kayıtlı ve derdest ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibin bulunduğu anlaşılmakla, **mahkemece mükerrer takibin iptaline karar verilmesi gerekirken,** yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ : Borçluların temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10/10/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

12. HD. 10.10.2017 T. E: 6964, K: 12193

NOT: Yüksek mahkemenin yukarıdaki içtihadı düşündürücü –ve kanımızca- hatalıdır…..

İçtihada konu olan olayda, alacaklı, icra müdürlüğünde önce, borçlu hakkında "ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takip"te bulunmuş, sonra 'aynı alacak için', 'tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla' aynı icra müdürlüğünde bonoya dayalı olarak "kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile" takipte bulunmuştur.

Yüksek mahkeme, "alacaklının önce ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunduğuna göre, İİK. m.45/III ve İİK. m.167/I'deki tercih hakkını bu 'takip yolu'ndan yana kullandığına göre, 'mükerrer takip' niteliğindeki 'kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip'in iptaline karar verilmesi gerekeceğini, yapılacak şikayetin süreye bağlı olmadığını" oy birliğiyle belirtmiştir.

Bu kararda, alacaklının yaptığı "ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip" sonucunda 'alacağını tamamen alamaması halinde' tekrar –elindeki kambiyo senedine dayanarak- "kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip" yapıp yapamayacağı, yapacaksa ne zaman yapabileceği (örneğin; yeniden takip yapabilmesi için 'aciz vesikası (İİK. m.143) ibraz etmek zorunda olup olmadığı) açıklığa kavuşturulmuş değildir…..

Keza; alacaklı, somut olayda, önce "kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile" takip yapmış olsa idi, 'aynı alacak' için daha sonra yaptığı "ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip"in iptaline karar verilince –alacağının tamamını bu takipte elde edememiş olan alacaklı- borçlusu hakkında ne zaman tekrar "ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip"te bulunabileceği belirtilmemiştir.

Borçlusu hakkında önce "kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip"te bulunmuş yani taercihini bu takip lehine kullanmış olan alacaklının "tapuda lehine kurulmuş olan ipoteğinin sona ermiş olduğu" ileri sürülerek, artık, borçlusu aleyhine "ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip"te bulunama-yacağı sonucuna varılamaz…..

Alacaklının "ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte bulunabileceği" kabul edilirse, bu yola 'ne zaman', 'hangi koşullarda' başvurulabileceği uygulamada çok sorun yaratacaktır……

Kanımızca, bu içtihattaki görüşünden yüksek mahkemenin dönmesi çok daha isabetli olacaktır…..16/04/2018

Av. Talih UYAR

(9 Eylül Ünv. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

KAT MALİKLERİNİN BORÇLARI • İCRA TAKİBİ

ÖZET: Kat malikleri yönetimi hasım gösterilerek açılan davada verilen karar bütün kat malikleri borçlu gösterilerek icraya verilmelidir.

Y. HGK. E. 2014/1437, K. 2016/1032, T. 09.11.2016

(...Borçlu K.... Sitesi A-B Blokları Kat Malikleri Yönetimi aleyhine Edirne 1.İcra Müdürlüğü'nün 2013/1008 E. sayılı takip dosyası ile Edirne İş Mahkemesi'nin 2012/351-2013/39 sayılı ilamına dayanılarak ilamlı icra takibi başlatıldığı; ... vekili tarafından İcra Mahkemesi'ne icra emrinde her bir kat malikinin kendi hissesi oranında eksik teselsül kuralları ile sorumlu tutulması gerekirken sadece yönetimin borçlu gösterilerek işlem yapılması usulsuz olduğundan bahisle icra emrinin iptali talebiyle başvuruda bulunulduğu görülmüştür.

Mahkemece, dayanak ilamda davalı olarak Kat Malikleri Yönetiminin gösterildiği ve Mahkemece yönetim hakkında hüküm tesis edildiği, bu durumda alacaklının634 sayılı yasanın 35. maddesine göre Apartman Yönetimi hakkında takip yapabileceği gibi aynı yasanın 20. maddesi uyarınca kat malikleri hakkında da takip yapabileceği, bu konuda seçimlik hakkının bulunduğu gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiş; karar borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Takip konusu İş Mahkemesi ilamının hüküm fıkrasında "...634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20/a maddesi gereğince Kısmet Sitesi A-B Blok kat maliklerinden eşitlikle alınarak davacıya verilmesine..." şeklinde kat malikleri aleyhinde hüküm kurulmuştur. İlama uygun olarak düzenlenmesi zorunlu olan icra emrinde de kat maliklerinin borçlu olarak gösterilmesi gerekirken Site Yönetimi aleyhine takip yapılması doğru olmayıp Mahkemece şikayetin bu nedenle kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi isabetsizdir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Talep, ilamlı icra takibi sırasında gönderilen icra emrinin iptali istemine ilişkindir.

Şikayetçi site yönetimi vekili; müvekkil yönetim aleyhine Edirne 1.İcra Müdürlüğü'nün 2013/1008 esas sayılı takip dosyası ile ilamlı icra takibi başlatıldığını, takibin konusunun Edirne İş Mahkemesi'nin 2012/351 esas 2013/39 karar sayılı ilamının olduğunu, düzenlenen icra emrinde her bir kat malikinin kendi hissesi oranında sorumlu tutulmasının gerektiğini, zira bahsi geçen ilamda alacak kalemlerinin kat maliklerinden eşit olarak tahsili yönünde hüküm kurulduğunu, buna rağmen takipte yalnızca yönetimin borçlu gösterilerek usule aykırı şekilde işlem yapıldığını ve kat maliklerinin borçlu olarak gösterilmediğini beyanla, icra emrinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Şikayet olunan vekili; müvekkilinin işçilik haklarından kaynaklanan alacaklarını tahsil amacıyla Edirne İş Mahkemesi'nde davacı site yönetimini aleyhine dava açtığını, sözkonusu davanın devamı sırasında ise yönetimin husumet itirazında bulunmadığını, mahkeme ilamında muhatabın, kat malikleri yönetimi olduğunu, bu nedenle icra takibinin de yönetimi aleyhine yapıldığını, dolayısıyla yasaya aykırı bir durumun bulunmadığını, tebligatların yapılmasından sonra icra müdürlüğünce kat maliklerinin tespit edildiğini ve borcu ödemeleri için kat maliklerine yazı yazıldığını, yönetimin davayı açmakta hukuki yararın bulunmadığını, davanın haksız olduğunu ve reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; Edirne 1.İcra Müdürlüğü'nün 2013/1008 esas sayılı icra takip dosyasında şikayetçi borçlu yönetim aleyhine Edirne İş Mahkemesi'nin 2012/351 esas 2013/39 karar sayılı ilamı uyarınca icra takibi başlatıldığı, sözkonusu takipte borçlu olarak Kısmet Sitesi A-B Blokları kat malikleri yönetiminin gösterildiği, Edirne İş Mahkemesi'nin ilamının incelenmesinde, bahsi geçen dosya davacısı alacaklının (apartman kalorifercisi) işçilik alacaklarının tahsili amacıyla dava açtığı ve yapılan yargılama neticesinde alacaklı lehine kıdem tazminatı vs. alacaklara hükmedildiği, ilamda davalı olarak Kısmet Sitesi A-B Blokları kat malikleri yönetiminin gösterildiği ve davalı yönetim aleyhine hüküm tesis edildiği, buna göre alacaklının 634 sayılı Yasanın 35.maddesine göre apartman yönetimi hakkında takip yapabileceği gibi aynı kanunun 20.maddesi uyarınca ilama

konu borcun yasal sorumlusu olan kat malikleri hakkında da takip yapılabileceği, alacaklının, bu konuda seçimlik hakkının bulunduğu gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmiştir.

Şikayetçi borçlu yönetim vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Daire-ce, yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, kat malikleri yönetiminin temsil hakkının yasadan kaynaklandığı, dolayısıyla yasadan kaynaklanan temsil hakkına dayanılarak borçlu kat maliklerinin temsilcisi olan yönetimi hakkında takip yapabileceği gibi, ilama konu borcun yasal sorumlusu olan kat malikleri hakkında da takip yapılabileceği belirtilerek ve önceki karardaki gerekçeler de eklenerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını şikayetçi borçlu yönetim vekili temyiz etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Edirne İş Mahkemesi'nin, davalısı "K. Sitesi A-B Blokları Kat Malikleri Yönetimi"olan ve alacakların"...kat maliklerinden eşitlikle alınarak davacıya verilmesine,..."dair hüküm içeren ilamına dayanılarak başlatılan takip sırasında hazırlanan icra emrinde, site yönetiminin borçlu gösterilerek, aleyhine takip yapılmasının doğru olup olmadığı, buradan varılacak sonuca göre de, ilamlı icra takibinde tüm kat maliklerinin borçlu olarak gösterilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, somut olayda yönetim aleyhine açılan davada kat malikleri aleyhine hüküm kurulduğu, buradaki amacın, kaloriferci olan davacının sayısı belli olmayan kat malikleri ile muhatap olmadan alacağına kavuşmasını sağlamak olduğu, buna göre sorumluluğun kat maliklerinde olduğu belirtilmek suretiyle alacağın garanti altına alınmasının hedeflendiği, yine dava şartlarının takip şartları için de geçerli olduğu, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 38. maddesine göre yönetimin kat maliklerine karşı vekil gibi sorumlu olduğu, yöneticinin vekaletname ile tayin edilen vekil olmayıp, yasal temsil yetkisinin bulunduğu, bu durumda yetkinin yasadan kaynaklandığı, temsil yetkisinin kanundan doğması nedeniyle verilecek kararın mali sonuçlarının kat maliklerine ait olacağı, Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde kapıcının ana taşınmazın bakımı, korunması, küçük çaptaki onarımı, ortak yerlerin ve döşemelerin bakımı, temizliği, bağımsız bölüm-

lerde oturanların çarşı işlerinin görülmesi, güvenliklerinin sağlanması, kaloriferin yakılması, bahçenin düzenlenmesi, bakımı ve benzeri hizmetleri gören kişi olarak tanımının yapıldığı, aynı Yönetmelikte işverenin, konutun maliki veya ortakları olarak ifade edildiği, yöneticinin ise konutun maliki ya da kat malikleri adına hareket eden kişi olduğunun belirtildiği, bu durumda yöneticinin, kapıcıyı işe alma konusunda yetkili olduğu ve İş Kanunu ve Yönetmeliğin uygulanması yönüyle işveren temsilcisi olduğu, dolayısıyla İş Hukuku anlamında ortaya çıkabilecek idari ve yargısal uyuşmazlıklarda yöneticinin işverenin temsilcisi olduğu, böyle olunca kapıcının işveren hakkında açabileceği davanın kat maliklerine karşı açılması gerekse de Yönetmelikten doğan temsil yetkisine göre doğrudan yönetici hasım gösterilmek suretiyle açılmasının da mümkün olduğu, ancak bu halde dahi hükmün yönetici hakkında kurulmasının doğru olmayacağı, mahkemenin, kat malikleri adına yönetici hakkında karar vermesinin gerektiği, kat maliklerinin ya da kat malikleri kurulunun ayrı bir tüzelkişiliğinin bulunmamasının, yöneticinin Özel Kanundan doğan yetkisini ortadan kaldırmayacağı, yöneticinin, yasadan doğan ve kat maliklerini temsil yetkisi içinde bulunan işlerden dolayı 3. kişilerle yaptığı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yönetimin (yöneticinin) aktif ve pasif husumet ehliyetinin bulunduğu, bu nedenle ana taşınmazın ortak giderleriyle ilgili davada kat maliklerinin taraf olarak yer almalarının yasal zorunluluk olarak öngörülmediği, yine hükmün salt yönetim kurulu başkanı veya yönetici hakkında kurulamayacağı, yasal temsilci durumundaki bu kişilerin aleyhine "kat maliklerini temsilen" olduğu açıklaması ile hüküm kurulmasının olanaklı olduğu, davanın yönetim aleyhine açılması ve kararda gösterilen davalı aleyhine icra takibi yapılması nedeniyle ilamın infazının yönetim hakkında yapılmasının usule uygun olduğu belirtilerek, yerel mahkeme direnme kararının onanması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Açıklanan nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç

Şikayetçi site yönetimi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu açık olmak üzere 09.11.2016 gününde yapılan ikinci oylamada oyçokluğu ile karar verildi.

TAŞINMAZ SATIŞI • RESMİ ŞEKİL • İSTİSNAİ DURUMLAR

ÖZET: Her ne kadar mülkiyetin intikali bakımından resmi şekil şartı gerçekleşmemiş ise de; uyuşmazlık konusu dairein yüklenici tarafından davacıya satıldığı ve fiilen teslim edildiği ve söz konusu dairenin davacının zilyetliğinde olduğu dikkate alınarak satışın gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Y. HGK. E. 2017/2265, K. 2017/1435, T. 22.11.2017

Taraflar arasında birleştirilerek görülen "tapu iptali ve tescil olmadığı takdirde tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Fethiye 3. Asliye Hukuk Mahkemesince asıl davada tapu iptali ve tescil isteminin reddiyle tazminatın tahsili isteminin kabulüne, birleşen davada ise tapu iptali ve tescil isteminin kabulüne dair verilen 19.12.2014 gün ve 2014/319 E. ve 2014/426 K. sayılı kararın temyizen incelenmesi asıl davanın davacısı ... vekili tarafından istenilmekle Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 18.03.2014 gün 2013/16460 E., 2014/3665 K. sayılı kararı ile:

"... Asıl dava, yüklenicinin temlikine dayalı olarak dava konusu 2. kat, 6 no'lu bağımsız bölümün tapu kaydının iptali ile davacı adına tescili, ikinci kademede tazminat istemine ilişkindir.

Birleştirilen davada ise davacı ... yüklenicinin temlikine dayalı olarak 2. kat, 6 no'lu bağımsız bölümün tapu kaydının iptali ile adına tescili isteminde bulunmuştur.

Mahkemece; asıl davada tapu iptali ve tescil isteminin reddine, tazminat isteminin kabulüne, birleştirilen davanın ise kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü, asıl dava davacısı vekili ile davalı ... vekili temyiz etmiştir.

Asıl davada davacı ...'in isteminin dayanağı 14.10.2005 günlü adi yazılı temlik sözleşmesidir. Davacı, 14.10.2005 tarihli temlik sözleşmesi, 08.11.2005 ve 18.11.2005 tarihli alındı belgeleri ile İş Bankası kanalıyla davalı yükleniciye ödemelerini yaptığını, bakiye 5.000 TL borcunun bulunduğunu belirtmiştir.

Davalı yüklenici ... ise önce temlik işlemini ve imzayı inkar etmiş, sonrasında Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Bağımsız bölümsi-

nin 22.05.2012 tarihli raporu ile davacının dayanağı 14.10.2005, 08.11.2005 ve 18.11.2005 tarihli belgelerdeki imzanın ...'ın eli ürünü olduğu tespit edilmiş, 22.01.2013 tarihli oturumda da taşınmazı ...'e satıp zilyetliğini devrettiğini ancak satış bedeli kendisine ödenmediğinden aynı taşınmazı birleştirilen davanın davacısı ...'na satış vaadi sözleşmesi ile sattığını beyan etmiştir. O halde davacı ... yönünden ortada hüküm ve sonuç doğuracak bir temlik işlemi bulunmaktadır.

Davalı arsa sahibi ... vekili, diğer davalı yüklenici ... ile aralarında görülen Fethiye 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/341 – 2010/113 EK sayılı 24.02.2010 tarihli ilamı ile taşınmazın yüklenici adına tesciline karar verildiğini, bu nedenle haklarındaki davanın reddini savunmuştur.

Gerçekten; yüklenici, arsa sahibi ile mevcut arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesiyle kazanacağı şahsi hakkını sözleşmede yasaklanmadığı sürece üçüncü bir kişiye alacağın temliki sözleşmesi ile devredebilir. Alacağın temliki, alacaklı ile onu devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir akittir. Borçlar Kanunu m.163 hükmüne göre de temlik sözleşmesi temlik edenle temlik alan arasındaki yazılı sözleşme ile kurulabilir. Ancak, alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel değildir.

Birleştirilen davanın davacısı ... da 23.09.2010 tarihinde davalı ... ile yaptığı satış vaadi sözleşmesine dayanmıştır. Yüklenici tarafından ...'na yapılan temlik işlemine ilişkin sözleşmenin noterde düzenlenmesinin bir önemi yoktur. Çünkü yukarıda sözü edildiği üzere Borçlar Kanununun 163. maddesi hükmü gereğince temlik işleminin yazılı olarak yapılması yeterlidir.

Görülüyor ki; yüklenici, arsa sahibinden kazanacağı şahsi hakkını temlik sözleşmeleriyle hem davacı ...'e, hem de birleştirilen davanın davacısı ...'na temlik etmiştir.

Uygulamada yüklenicinin aynı bağımsız bölümü değişik tarihlerde bir veya birden fazla üçüncü kişiye alacağın temliki yoluyla veya satış vaadi sözleşmesi yaparak temlik ettiği, temlik alan bir veya daha fazla kişinin aynı bağımsız bölüm üzerinde hak iddiasında bulunduğu sıkça görülen bir durumdur. Bunun gibi malikin, satış vaadi sözleşmesine konu yaptığı bir taşınmazı sonradan bir başka kişiye satış vaadinde bulunması da mümkündür. Böylesine durumlarda şahsi hakların yarışması söz konusu olur. Kural olarak da geçersiz olmadıkça veya söz-

leşme feshedilmedikçe yarışan şahsi haklardan önceki tarihli olanına değer tanınır. Yukarıda vurgulandığı üzere, burada satış işleminin yüklenici tarafından üçüncü kişilerden birine veya bir kaçına resmi biçimde (noterde satış vaadi sözleşmesi ile), diğerlerine adi yazılı sözleşme ile yapmış olmasının önemi yoktur. Önem arz eden husus, şahsi hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yapılan temlikin taşıdığı tarihtir.

Somut olayda; davacı ... 14.10.2005 günlü temlik sözleşmesine, birleştirilen davanın davacısı ... ise 23.09.2010 günlü satış vaadi sözleşmesine (temlik işlemine) dayandığına göre yarışan şahsi haklarda önceki tarihli olan davacı ...'in dayanağı olan sözleşmeye değer tanınmalıdır. Böyle olunca davacı ...'in satış bedelinden kalan borcu saptanarak davalı yükleniciye ödenmek üzere mahkeme veznesine depo ettirilerek birlikte ifa kuralı doğrultusunda asıl davadaki mülkiyet aktarımı isteminin kabulüne, birleştirilen davanın reddine karar verilmesi gerekirken asıl davadaki istemin birlikte ifa kuralı göz önüne alınmaksızın reddi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.

Kabule göre de; 03.12.2010 tarihli oturumda davaya Tüketici Mahkemesi sıfatıyla bakılmasına karar verildiği anlaşılmakla, her ne kadar gerekçeli karar başlığında bu husus belirtilmemiş ise de yapılan yanlışlık maddi hataya dayalı olduğundan bu hususa değinilmekle yetinilmiştir ..."

gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Asıl dava yüklenicinin temlikine dayalı tapu iptali tescil mümkün olmadığı takdirde tazminat, birleşen davada ise tapu iptali ve tescil talep edilmiştir.

Mahkemece asıl dava açısından satış bedeli ödenmediği için tapu iptali ve tescil isteminin reddine, davacının ödemiş olduğu 120.000,00 TL'nin dava tarihinden işleyecek faizi ile davalı ...'tan tahsiline, davalı ... hakkında açılan davanın taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle reddine, birleşen dava yönünden ise tapu iptali ve tescil isteminin kabulüne dair verilen karar, davacı ... vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece davacı ... ile davalı yüklenici arasında yapılan sözleşme geçerli ise de davacının sözleşmeden doğan satış bedelinin ödenmesine ilişkin edimini yerine getirmediği gibi bağımsız bölüm davacıya teslim edilmediği için somut olayda 30.09.1988 gün ve 1987/2 Esas, 1988/2 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanamayacağı gerekçesiyle önceki kararda direnilmiş, direnme kararını davacı ... vekili temyiz etmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; birlikte ifa kuralı gereği asıl davanın davacısı ...'in sözleşmede kararlaştırılan satış bedelinden kalan borcu belirlenerek davalı yüklenici Süleymen Nas'a ödenmek üzere depo ettirilmesinin, bu suretle dava konusu 6 numaralı bağımsız bölümün davalı ... adına olan tapu kaydının iptali ile asıl davanın davacısı ... adına tesciline karar verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hakkında açıklama yapılmasında yarar vardır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasındaki belli payların mülkiyetini yükleniciye devretme borcu altına girdiği, buna karşılık yüklenicinin de arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa etme ve bu bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları devretme borcu altına girdiği bir sözleşmedir (Erman,H: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. B., İstanbul 2010, s. 1; Coşkun, G.: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu, 1. Baskı, Ankara 2010, s. 25). Diğer bir anlatımla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa karşılıklı borç yükleyen (synallagmatik) sözleşmelerden olup sözleşme ile yüklenici arsa üzerinde taraflar arasında anlaşılmış bulunan vasıflarda ve imar mevzuatına uygun bir bina yapmayı üstlenirken, arsa sahibi ya da sahipleri de edim olarak belirlenen arsa payının devrini gerçekleştirmeyi üstlenmiştir.

Bu sözleşme Borçlar Kanununda düzenlenmemiştir. Ancak sözleşme yapma serbestisi ilkesi çerçevesinde böyle bir sözleşme yapılabilir. Sözleşmede arsa sahibinin borcunun arsayı teslim ve payların mülkiyetini devretmek olması, bir başka ifade ile sözleşmenin bir taşınmazı konu alması nedeniyle hangi şekilde yapılacağı da önem arz etmektedir. Ancak taşınmaz mülkiyetinin devri söz konusu olduğu için bu sözleşmenin resmî biçimde yapılması gerekmektedir. Zira 818 sayılı Borçlar Kanununun 213 (TBK 237)., 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 706., Noterlik Kanununun 60., ve Tapu Kanununun 26. maddelerinde taşınmazların satışına ilişkin sözleşmelerin resmî şekilde yapılacağı düzenlenmiştir.

Buradaki şekil şartı ispat değil, bir geçerlilik şartı olup, resmî şekle uyulmadan yapılan sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşacak ise de, 30.09.1988 gün ve 1987/2 Esas, 1988/2 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile buna istisna getirilmiştir.

Anılan İçtihadı Birleştirme Kararı; "Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetini devir borcunu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığında geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir tescil davası kural olarak kabul edilemez, bununla beraber kat mülkiyeti kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme yapılmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak, alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen, satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hâllerinde; olayın özelliğine göre hâkim, Medeni Kanunu'nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir" şeklindedir.

Sözü geçen İçtihadı Birleştirme Kararı gerek kendi taşınmazı üzerine gerekse üçüncü kişi taşınmazı üzerine bina yapmakta olan kişilerin, binanın yapımı aşamasında sattığı bağımsız bölümlerin parasını kullanıp, daha sonra da enflasyon nedeniyle paranın değer kaybetmesi, bununla ters orantılı olarak satılan yerin kıymetlenmesi sonucu, yukarıda belirtilen yasa maddelerinin öngördüğü şekil zorunluluğundan yararlanmak istemelerini ve böylece Medeni Kanunun 2. maddesine aykırı davranmalarını önlemeyi amaçlamıştır. Fakat bu istisna da mutlak değildir. Söz konusu içtihadı birleştirme kararının uygulanacağı yapının imar mevzuatına uygun ve kaçak yapı konumunda olmaması lazımdır. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, binayı sözleşmeye, amacına ve fen ve sanat kurallarına uygun imal ederek arsa sahibine teslim etmek yüklenicinin asıl borcudur. Yüklenici edimini yerine getirince doğan kişisel hakkını üçüncü kişiye devredebilir.

Düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile yüklenici arsa paylarının maliki olmamakta, buna karşılık arsa paylarının kendisine devredilmesi konusunda bir alacak hakkına sahip olmaktadır. Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkına dayanarak arsa sahibinden kendi payına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının mülkiyetinin adına tescilini talep edebileceği gibi, bu hakkını üçüncü kişiye de devir edebilir. Bu hâlde tapulu taşınmaza ilişkin satış sözleşmesi değil Borçlar Kanununun 162. maddesinde (TBK 183) ve sonrasında düzenlenen alacağın temliki hükümlerine tabi bir işlemdir. Eş söyleyişle böyle durumlarda yüklenici sözleşme uyarınca arsa sahibinden talep ede-

bileceği bağımsız bölüm ve buna bağlı arsa payının devrini talep etme hakkını üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır. Kısaca böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında alacağın temliki sözleşmesi bulunduğu kabul edilmelidir.

Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 02.07.2003 gün, 2003/14-452 Esas, 2003/456 Karar sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir.

Uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak bu noktada "alacağın temliki" hükümlerinin irdelenmesinde yarar vardır. Alacağın temlikine ilişkin hukuki düzenleme, dava konusu uyuşmazlık hakkında uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 162 ila 172. maddelerinde yer almaktadır.

Alacağın temliki alacaklı ile alacağı devralan üçüncü şahıs arasında borçlunun rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilen ve sadece kazandırıcı bir tasarruf işlemi niteliğini taşıyan şekle bağlı bir sözleşmedir. Borçlar Kanununun 163. (TBK 184) maddesi hükmüne göre temlik sözleşmesi temlik edenle temlik alan arasındaki yazılı sözleşme ile kurulabilir. Ancak kanunda adi yazılı şeklin kastedilmiş olması temlik sözleşmesinin resmî şekilde yapılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adi yazılı satış sözleşmesi veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi şeklinde yaptıkları görülmektedir.

Bütün bu açıklamalardan görüleceği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazandığı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini) arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi, Borçlar Kanununun 162. (TBK 183) maddesi hükmünden yararlanarak arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla devir ve temlik edebilir. Temellük eden üçüncü kişi de alacağın temliki hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Zira alacağı devralan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek, gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur.

Yüklenicinin kişisel hakkını devretmesinin en önemli sonucu devredilen arsa payı alacağının yüklenicinin mal varlığından çıkıp, devralan üçüncü kişinin mal varlığına geçmesidir. Bu devir anlaşması ile yüklenici arsa payı alacağı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybeder. Dolayısıyla yüklenicinin bu alacak üzerinde artık herhangi bir şekilde tasarruf etmesi mümkün değildir (Oğuzman, M. K./ Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 11. B., İstanbul 2013, s.562). Buna rağmen yüklenicinin adi yazılı şekilde veya satış vaadi sözleşmesi ile daha önce temlik ettiği bir

taşınmazı sonradan bir başka kişiye satma vaadinde bulunması da mümkündür. Yüklenici aynı bağımsız bölümü iki ayrı kişiye temlik etmişse şahsi hakların yarışması söz konusu olup, ikinci temlik geçersiz olacaktır. Alacağı sonradan devralan önceki temliki bilmese, iyi niyetli olsa bile hukuki durum değişmez. Hangi temlikin önce yapıldığının tespitinde icabın tarihi değil, sözleşmenin tamamlandığı an dikkate alınır. Yarışan hakların cinsinin yani temliklerin adi yazılı veya noterde satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılmasının bir önemi yoktur. Asıl olan yüklenicinin hak iddiasında bulunan üçüncü kişilere yaptığı temliklerin tarihleridir. Zira 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin resmî şekilde düzenlenmiş sözleşme olmadan, tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyeti devre yanaşmaması hâllerinde, olayın özelliğine göre hâkimin TMK'nın 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edilebileceği 30.09.1998 tarihli ve 2/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilmiştir.

Yapılan açıklamaların ışığında somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde, davacı ...'in isteminin dayanağı 14.10.2005 günlü adi yazılı temlik sözleşmesidir. Yüklenici olan davalı ... önce imzasını inkâr etmek suretiyle temlik işlemini kabul etmemiş ise de yapılan inceleme sonucu sözleşmedeki imzanın yükleniciye ait olduğu saptanmıştır. O hâlde davacı yönünden ortada hüküm ve sonuç doğuracak bir temlik işlemi bulunmaktadır.

Birleşen davanın davacısı ... da yüklenicinin 23.09.2010 tarihinde yaptığı temlik işlemine dayanmıştır. Yüklenici tarafından ...'na yapılan temlik işlemine ilişkin sözleşmenin noterde düzenlenmesinin öncelik bakımından bir önemi yoktur. Çünkü az yukarıda sözü edildiği üzere önemli olan Borçlar Kanununun 163. maddesi (TBK 184) hükmünce temlik işleminin yazılı yapılmasıdır.

Görülüyor ki yüklenici, arsa sahibinden kazanacağı şahsi hakkını temlik sözleşmeleriyle hem davacı ...'e hem de birleşen davanın davacısı ...'na temlik etmiştir.

Eldeki davada davacı ... 14.10.2005 günlü temlik sözleşmesine, birleşen davanın davacısı ... ise 23.09.2010 günlü taşınmaz satış vaadi sözleşmesine (temlik işlemine) dayandığına göre yarışan şahsi haklarda önceki tarihli olan davacı ...'in dayanağı olan sözleşmeye değer tanınmalıdır.

Diğer taraftan davalı yüklenici her ne kadar aralarındaki satım ilişkisini kabul etmemiş ise de davanın ilerleyen aşamasında yüklenici taşınmazı

...'e satarak zilyetliğini teslim ettiğini kabul etmesinin yanında ve yüklenici ...'ın arsa maliki ... aleyhine açmış olduğu tapu iptali ve tescile ilişkin Fethiye 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/341 Esas, 2010/113 Karar sayılı dosyasında davacı ...'in yüklenici tanığı olarak dinlenmiş olup, beyanında dava konusu bağımsız bölümü yükleniciden satın alıp zilyetliğini devir aldığını ve hatta bağımsız bölümde tadilat yaptırdığını belirtmesi ve bu beyanına yüklenici tarafından itiraz edilmemesi karşısında dava konusu 6 numaralı bağımsız bölümün davacı ...'e satılıp teslim edildiği dolayısıyla 30.09.1988 gün ve 1987/2 Esas,1988/2 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının somut olaya uygulanabileceği kabul edilmelidir.

Hâl böyle olunca davacı ... ile yüklenici ... arasındaki taşınmaz mülkiyetinin naklini sağlayan 14.10.2005 günlü sözleşme yasanın aradığı resmî biçim koşuluna uygun olarak düzenlenmemiş ise de, tarafların edimlerini karşılıklı olarak yerine getirmeleri ve taşınmazın davacı ...'e teslim edilmesi nedeniyle yerel mahkemece davacı ...'in dayandığı temlik işlemine değer verilerek asıl davadaki tapu iptali ve tescil istemi hüküm altına alınması gerekirken, bu isteme ilişkin talebinin reddi ile birleşen davanın davacısının tapu iptali ve tescil isteminin kabulü ile taşınmazın ... adına tesciline karar verilmesi isabetsizdir.

O hâlde Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, tebligat tarihinden itibaren on beş günlük süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 22.11.2017 gününde oy birliği ile karar verildi.

YAŞLILIK AYLIĞI • ÇİFTE EMEKLİLİK

ÖZET: 506 Sayılı Yasa kapsamında bağlanan yaşlılık aylığına ek farklı Sosyal Güvenlik kurumlarında yapılan çalışmalar gösterilirse ikinci kez yaşlılık aylığı bağlanamaz.

Y. HGK. E. 2013/235, K. 2014/9, T. 15.01.2014

Taraflar arasındaki "Kurum işleminin iptali ve 506 sayılı Kanun kapsamında yaşlılık aylığına hak kazandığının tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 5.İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne, dair verilen 18.11.2009 gün ve 2009/209 E. 2009/973 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10.Hukuk Dairesi'nin 21.03.2011 gün ve 2010/4013 E.- 2011/3827 K. sayılı ilamı ile;

(...01.02.1966-06.01.1998 tarihleri arasındaki 6295 gün 506 sayılı Yasa, 3030 gün 5434 sayılı Yasa kapsamındaki çalışmaları ve borçlanılan 180 gün askerlik süresi gözetilerek toplam 9505 gün prim üzerinden 14.03.2007 tarihli tahsis talebi üzerine 27.04.2007 onay tarihli Kurum kararı ile 15.11.2006 tarihinden itibaren 506 sayılı Yasa kapsamında yaşlılık aylığı bağlanan 26.10.1941 doğumlu davacıya; 15.01.1998–15.01.2006 tarihleri arasında 5434 sayılı Yasa kapsamındaki çalışmaları nedeniyle, 15.11.2006 tarihinden itibaren 5434 sayılı Yasa kapsamında yaşlılık aylığı bağlandığı; S.. B.. Kamu Görevlileri Emeklilik İşlemleri Dairesi Başkanlığının 24.11.2008 tarihli yazıları ile davacının 506 sayılı Yasaya tabi 02.01.1998-06.01.1998 tarihleri arasındaki hizmetlerinin Sandıklarınca 15.11.2006 tarihinde bağlanan yaşlılık aylığında nazara alınması gerektiğinin bildirilmesi üzerine, Kurumca 506 sayılı Yasa kapsamında bağlanan yaşlılık aylığının başlangıçtan itibaren iptal edildiği anlaşılmaktadır.

506 sayılı Yasanın 60.maddesi uyarınca yaşlılık sigortası kolundan bağlanan aylıkların kesilme koşulları, aynı Yasanın 63.maddesinde düzenlenmiştir. 506 sayılı Yasanın 63/A maddesindeki düzenleme, "bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarihte kesilir." hükmünü içermekte olup; anılan madde hükmü uyarınca yaşlılık sigortasından aylık alanların bu aylıklarının kesilebilmesi, ancak 506 sayılı Yasa kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlamaları halin-

de mümkün bulunmaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde, 5434 sayılı Yasaya tabi yaşlılık aylığı almanın, 506 sayılı Yasa hükümlerine göre bağlanan yaşlılık aylığının kesilmesini gerektirmeyeceği söylenebilir ise de; sosyal güvenlik sisteminin çifte sigortalılık üzerinden birden fazla yaşlılık aylığına hak kazanmaya olanak vermeyen yapısı ile, 2829 sayılı Kanunun bu yaklaşımı destekleyen 4.maddesi hükmü gözetildiğinde; davacının 15.11.2006 tarihinden itibaren her iki sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almasına olanak bulunmadığının kabulü zorunludur.

Her ne kadar, sosyal güvenlik yasalarında, bir sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra, yaşlılık aylığını almaktan vazgeçip diğer bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olarak çalışma ve 2829 sayılı Yasa gereğince, son çalışmaları birleştirilmek suretiyle diğer bir sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık aylığı bağlanmasına olanak tanıyan herhangi bir düzenleme bulunmamakta ise de; 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5277 sayılı Bütçe Kanununun 25.maddesinin (f) fıkrasının ikinci ve üçüncü paragrafları, "...Her hangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı alanlar bu aylıkları kesilmeksizin; genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, belediyeler ve il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklarda her hangi bir kadro, pozisyon veya görevde çalıştırılamaz ve görev yapamazlar. Diğer kanunların emeklilik veya yaşlılık aylığı almakta iken emeklilik veya yaşlılık aylıkları ve/veya diğer tazminatları kesilmeksizin atanmaya, çalıştırılmaya veya görevlendirilmeye izin veren hükümleri ile, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun ek 11.maddesine göre alınmış Bakanlar Kurulu kararları 2005 yılında uygulanmaz." düzenlemesini içermektedir. Bütçe Kanunu ile yapılan bu düzenleme sonrasında kanun koyucu; bütçe kanunlarına bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağına ilişkin Anayasa'nın 161.maddesi hükmünü gözeterek, bütçe kanunlarında yer almaması gereken hükümlerin kaldırılması amacıyla çıkardığı 27.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 29.maddesinin (c) bendi ile; 5277 sayılı Kanunun 25.maddesinde yer alan hükmü yürürlükten kaldırmış, ancak; aynı düzenlemeyi anılan

kanunun 30.maddesi ile yeniden getirmiş ve bu madde 27.04.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Diğer taraftan, 5277 sayılı Kanunun 25.maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan dava sonucunda, 28.12.2005 gün 2005/146-105 sayılı kararla; anılan maddenin (f) fıkrasının ikinci ve üçüncü paragraflarının Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiş, aynı yönde yapılan başka bir başvuru üzerine de anılan mahkemenin 29.11.2005 gün 2005/6-93 sayılı kararı ile 5277 sayılı Kanunun 25.maddesinin (f) fıkrasının, 21.4.2005 günlü 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29.maddesinin (c) fıkrasıyla yürürlükten kaldırıldığına ve 25.maddenin (f) fıkrasına yönelik Anayasaya aykırılık iddiasına ilişkin konusu kalmayan istemler hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiş; aynı düzenlemeyi içeren 5335 sayılı Kanunun 30.maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan dava sonucunda ise 03.04.2007 gün 2005/52 Esas 2007/35 Karar sayılı hükümle, anılan Kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine karar verilmiştir.

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 105.maddesinde sayılan uygulanmayacak hükümler arasında 5335 sayılı Kanunun 30.maddesinin yer almaması, Anayasanın 153.maddesinin "iptal kararları geriye yürümez" hükmünü içermesi karşısında; her hangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı alanların, bu aylıkları kesilmeksizin her hangi bir kadro, pozisyon veya görevde çalıştırılmayacakları ve görev yapamayacaklarına dair düzenlemenin 01.01.2005 tarihinden başlamak suretiyle yürürlükte olduğunun kabulü gerekir. Bu yasal düzenleme ile 506 sayılı Kanunun 63.maddesindeki, "Bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarihte kesilir. ... Yaşlılık aylıkları kesilenlerden işten ayrılarak yaşlılık aylığı verilmesi için yazılı talepte bulunan sigortalıya aşağıdaki fıkra hükmüne göre yeniden hesaplanarak, yaşlılık aylığı, talep tarihini takip eden aybaşından başlanarak ödenir."; 1479 sayılı Kanunun 38.maddesindeki; "Bu Kanuna göre yaşlılık aylığı alanların istekleri halinde, aylıkları kesilerek son defa prim ödedikleri basamaktan prim ödemeye devam edebilirler. Bunların tekrar yaşlılık aylığı talep etmeleri halinde, en az üç tam yıl prim ödemiş olmaları kaydıyla haklarında bu Kanunun yaşlılık sigortası hükümleri uygulanır."; hükümleri ile 5434 sayılı Kanunun Ek 11.maddesindeki "T.C.Emekli Sandığı Kanununa tabi daire, kurum

ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işyerlerinde emekliliğe tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emeklilerin, buralarda çalıştıkları sürece emekli aylıkları kesilir.", 99 maddesindeki "Emekli, adi malullük, vazife malullüğü, dul veya yetim aylığı, son hizmet zammı alanlardan; hiçbir şarta bağlı olmaksızın emeklilik hakkı tanınan vazifelere tayin edilenlerin, aylıklarının tamamı, bu vazifelere tayinleri tarihini takip eden ay başından itibaren kesilir.", 100. maddesindeki, "Emekli, adi malullük veya vazife malullüğü aylığı almakta iken (Erlerle emeklilik hakkı şarta bağlı olanlar hariç) emeklilik hakkı tanınan bir vazifeye tayin edilenlerin tekrar emekliye ayrılmalarını istemeleri veya emekliye sevk edilmeleri halinde kendilerine veya ölümlerinde dul ve yetimlerine eski ve yeni hizmetlerinin toplamı üzerinden ve bu kanun hükümleri dairesinde aylık bağlanır... Ancak, bu gibilere yeniden bağlanacak aylıklar eski aylıklarından az olamaz.";hükümleri nazara alındığında, davacının 506 sayılı Yasaya göre yaşlılık aylığı tahsisinden sonra, 5434 sayılı Yasaya tabi çalışmaları nedeniyle emekli aylığına hak kazandığında, bu çalışmaların öncesinde gerçekleşen 506 sayılı Yasaya tabi hizmetlerin 2829 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinin kabulü zorunludur. Ayrıca, davalı S.. B.. Kamu Görevlileri Emeklilik İşlemleri Dairesi Başkanlığının 24.11.2008 tarihli yazıları ile davacının 506 sayılı Yasaya tabi hizmetlerinin Sandıklarınca 15.11.2006 tarihinde bağlanan yaşlılık aylığında nazara alınacağının bildirilmesi ve Danıştay 10.Dairesinin 15.10.1998 tarihli 777/4886 sayılı kararında, 5434 sayılı Yasa kapsamında emekli aylığı almakta iken, anılan Yasaya tabi kurumun, %55 hissesine sahip olduğu kuruluşta geçen 506 sayılı Yasa kapsamındaki çalışmalar esnasında, anılan Yasanın Ek 11.maddesi çerçevesinde emekli aylığının kesilmesi gerektiği ve yaşlılık aylığı tahsisinden sonraki farklı sosyal güvenlik kurumu kapsamındaki çalışmanın 2829 sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmesinin mümkün bulunduğunun belirtilmesi göz önüne alındığında, davacının 01.02.1966 tarihinden itibaren devam ede gelen farklı sosyal güvenlik kurumları kapsamındaki çalışmalarının, son çalışmanın geçtiği Yasa kapsamında bağlanacak yaşlılık aylığında gözetilmesinin mümkün olduğu da görülmektedir.

Hal böyle olunca, mahkemece, açıklanan bu maddi ve hukuki olgular çerçevesinde, davacının 01.02.1966-06.01.1998 tarihleri arasında gerçekleşen farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi çalışmalarının, 2829 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde, 5434 sayılı Yasaya göre bağlanan emeklilik aylığında nazara alınmasının gerektiği, 14.03.2007

tarihli tahsis talebi üzerine, 15.11.2006 tarihinden itibaren 506 sayılı Yasa kapsamında tahsis edilen ikinci yaşlılık aylığını almasının mümkün olmadığı gözetilerek karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek, direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra, gereği görüşüldü:

Davacı vekili, müvekkiline Emekli Sandığı ve SSK hizmetleri ile askerlik borçlanması ve 1991 sayılı Kanun'a göre borçlanma süreleri dikkate alınarak, 01.10.1993 tarihinden geçerli olmak üzere SSK tarafından yaşlılık aylığı bağlandığını, daha sonra, 01.01.1998 – 06.01.1998 tarihleri arasında SSK'ya tabi olarak, 07.01.1998-26.10.2006 tarihleri arasında Emekli Sandığına tabi olarak çalıştığını, SSK kapsamındaki çalışması nedeni ile yaşlılık aylığının iptal edildiğini, Kuruma, iptal edilen aylıkların bağlanması için yaptığı başvurunun, çalışmasının sona erdiği tarihten sonra talepte bulunmadığı gerekçesi ile ret edildiğini, daha sonra 5335 sayılı Kanun'un 30. maddesi gereğince, Emekli Sandığına tabii çalışmasının sona ermesi nedeni ile 15.11.2006 tarihinden geçerli olmak üzere aylıklarının yeniden başlatıldığını, Ankara 9.İş Mahkemesinin kararı ile yaşlılık aylığını durduran Kurum işlemin iptal edilerek, 07.01.1998 tarihi ile 5335 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 27.04.2005 tarihleri arasına ait yaşlılık aylıklarının ödenmesine karar verildiğini, davacının, 07.01.1998-26.10.2006 tarihleri arasındaki 8 yıl 10 ay hizmeti ve 2 yıl 2 ay fiili hizmet zammı süresi olmak üzere toplam 11 yıl hizmet süresi üzerinden yaş haddi nedeni ile 15.11.2006 tarihinden geçerli olmak üzere Emekli Sandığı tarafından ikinci bir emekli aylığı bağlandığını, Kurum tarafından tekrar bağlanan 506 sayılı Kanun kapsamındaki yaşlılık aylığının ise 15.11.2006 tarihinden itibaren iptal edildiğini ve 15.11.2006-24.01.2009 döneminde ödenen aylıkların davacı adına borç kaydedildiğini belirterek, davalı Kurum işleminin iptali ile yaşlılık aylığının 15.11.2006 tarihinden itibaren yeniden bağlanması ve durdurulduğu tarihten itibaren ödenmesi gerektiğinin tespitini istemiştir.

Davalı SGK vekili, davacıya 3030 gün 5434 Emekli Sandığı Kanunu'na tabi, 6239 gün 506 sayılı Kanun'a tabi çalışmaları olmak üzere, toplam 9269 gün üzerinden 01.10.1993 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlandığını, 02.01.1998 tarihinden itibaren tüm sigorta kolları kapsamında çalışmaya başlaması ve aylıklarının kesilmesini talep etmesi üzerine 506 sayılı Kanun'un 63.maddesi gereği aylıklarının çalışmaya başladığı tarih itibariyle kesildiğini, 14.03.2007 tarihli tahsis talebi nedeniyle işten ayrıldığı tarihi takip eden ay başı olan 15.11.2006 tarihinden itibaren yeniden aylıklarının başlatıldığını, yapılan inceleme sonucu, davacının 506 sayılı Kanun'a ve 5434 sayılı Kanun'a tabi hizmetler üzerinden 506 sayılı Kanun hükümlerine göre bağlanan yaşlılık aylığında dikkate alınan hizmetler de dahil olmak üzere emeklilik sonrası çalışmalarıyla birlikte yeniden aylık hesaplanacağının tespit edilmesi nedeniyle, yeniden başlatılan yaşlılık aylığının 02.01.1998-07.01.1998 tarihleri arasındaki hizmeti de dahil edilerek, emeklilik öncesi ve sonrası tüm hizmetleri ile birlikte Emekli Sandığınca aylık bağlanması işleminde değerlendirileceği gerekçesi ile 15.11.2006 tarihi itibariyle iptal edildiğini, Kurum işleminin doğru olduğunu belirterek, davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkemece, 506 sayılı Kanun'a göre yaşlılık sigortasından aylık alanların bu aylıklarının ancak, 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlamaları halinde kesileceği, T.C.Emekli Sandığına tabi bir işte çalışmanın yaşlılık aylığının kesilmesini gerektirmediği, Sosyal Güvenlik Kuruluşlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında 2829 sayılı Kanunun'da da, T.C.Emekli Sandığına tabi işte çalışmaya başlamasıyla 506 sayılı Kanun'a göre bağlanan yaşlılık aylığının kesileceği yönünde bir hüküm bulunmadığı, bu nedenle, davacıya yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra kanunda öngörülen haller dışında artık bu haktan feragat edilmesinin mümkün olmadığı, SSK mevzuatına göre bağlanan yaşlılık aylığının kesilmesini gerektiren bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne dair verilen karar, davalı SGK vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü temyize davalı SGK vekili getirmektedir.

Uyuşmazlık, sigortalının aynı döneme rastlamayan çalışmaları nedeniyle, farklı iki Sosyal Güvenlik Kurumundan yaşlılık aylığı bağlanmasının mümkün olup olmadığı, 5434 sayılı Kanun'a tabi 07.01.1998-26.10.2006 tarihleri arasında geçen çalışmaları nedeniyle 15.11.2006 tarihinden itibaren 5434 sayılı Kanun kapsamında yaşlılık aylığı bağlanan davacıya,

1993 yılı öncesi geçen çalışmaları nedeniyle 01.10.1993 tarihinden itibaren 506 sayılı Kanun'a göre bağlanan yaşlılık aylığının, 5434 sayılı Kanun'a tabi çalışmaların sona erdiği 15.11.2006 tarihinden itibaren tekrar bağlanmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Sosyal güvenlik, toplumda yaşayan her kesimi hiçbir ayrım gözetmeksizin hayatın çeşitli sosyal risklerine karşı ekonomik güvence altına alarak yarın endişesinden kurtarmaya, toplumda yoksul ve muhtaç insanlara yardım ederek, onlara insan onuruna yaraşır en az yaşam düzeyi sağlamaya çalışır. Böylelikle bir ülkede, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Sosyal edimler (yardımlar) sağlayan tüm alanlarda olduğu gibi, sosyal sigortalar da sosyal adalet ve sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmeye ve insana, insan onuruna layık bir yaşam düzeyi sağlamaya yöneliktir. Sosyal güvenlik, sadece insanların geleceğini güvence altına almaya yönelik bir kurallar bütünü olmayıp, her şeyden önce bir sosyal program ya da politikadır. Bu politikada asıl hedef, insanların belirli sosyal risklere karşı ekonomik güvenliklerinin ve sosyal adaletin sağlanması ise de, bunun içinde durmadan değişen kural ve ilkeler, türlü yöntemler ve önlemler yer almaktadır. Bu niteliği itibarıyla sosyal güvenlik bir hukuk dalı olmaktan çok, bir sistemdir (Prof.Dr.A.Can Tuncay/Prof.Dr. Ömer Ekmekçi, Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2'nci Bası, İstanbul 2009, s. 3, 5, 115).

Devletin, Anayasa'da güvence altına alınan sosyal güvenlik haklarının yaşama geçirilmesi için gerekli teşkilatı kurması ve diğer önlemleri alması, sosyal güvenlik politikalarını bilimsel verilere göre belirlemesi ve bunun için gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Sosyal sigorta programlarının sigortacılık ilkeleri ve çağdaş standartlarla uyumu ve malî açıdan sürdürülebilirliği, sosyal sigorta kuruluşlarının idarî ve malî etkinliklerinin artırılması için gerekli rejimin oluşturulmasını zorunlu kılar. Nesnel ve sürekli kurallarla sağlam ve sağlıklı temellere oturtulmayan bir sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilir olması düşünülemez. Bu düzenin korunması Anayasa'nın 60'ıncı maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının güvenceye alınması için de zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 26.01.2011 gün ve 2008/109 Esas, 2011/25 Karar sayılı kararı).

Ülkemizde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu olmak üzere beş

ana sosyal güvenlik yasası bulunmakta olup, bu mevzuatlarda düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, Sosyal Sigortalar Kurumu, kısaca Bağ–Kur olarak adlandırılan Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı tarafından yerine getirilmekte iken, öncelikle 20.05.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, örgütlenme yasası niteliğindeki 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile kamu tüzel kişiliğine sahip, idari ve mali açıdan özerk Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kurularak, anılan üç kurum tek çatı altında bu Kurum'da birleştirilmiş, sonrasında mevzuat birliğini sağlamaya yönelik olarak, istisnaları dışında 01.10.2008 günü yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun kabul edilmiştir.

5510 sayılı Kanununun 30.maddesinde, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk defa sigortalı olan kişilerden yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra; Kanun'un 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi hariç olmak üzere, bu Kanuna göre veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıklarının, çalışmaya başladıkları tarihi takip eden ödeme dönemi başından kesileceği, bu şekilde aylıkları kesilenlerden, Kanuna tabi çalıştıkları süre zarfında 80'inci maddeye göre belirlenen prime esas kazançları üzerinden 81'inci madde gereğince kısa ve uzun vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortasına ait prim alınacağı, işten ayrılarak veya işyerini kapatarak yeniden yaşlılık aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunanlara ya da emekliye ayrılan veya sevk edilenlere, yazılı istek tarihini veya görevinden ayrıldığı tarihi takip eden ödeme döneminden itibaren yeniden yaşlılık aylığı hesaplanarak bağlanacağı, yeni aylığın, eski aylığın kesildiği tarihten sonra aylıklara yapılacak artışlar uygulanarak bu fıkrada belirtilen aylık başlangıç tarihi itibarıyla bulunan tutarı ile emeklilik sonrası çalışmaya ait kısmi aylığın toplamından oluşacağı, emeklilik sonrası çalışmaya ait kısmı aylık, talep tarihindeki emeklilik öncesi ve sonrası prim ödeme gün sayısı ve emeklilik sonrası çalışmaya ait prime esas kazançları üzerinden 29'uncu maddeye göre hesaplanan aylığın emeklilik sonrası prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadar olacağı kabul edilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un geçiş hükümlerini içeren Geçici 7.maddesi hükmü uyarınca, uyuşmazlığa uygulanacak olan mülga 506 sayılı Kanun'un "Yaşlılık aylığı alanların yeniden çalışmaları" başlıklı 63.maddesinde "Bu Kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken, sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylıkları çalışmaya başladıkları tarihte kesilir.

Yaşlılık aylıkları kesilenlerden yeniden çalıştıkları süre zarfında 78'inci maddeye göre prime esas kazançları üzerinden 73'üncü madde gereğince

prim alınır. Yaşlılık aylıkları kesilenlerden işten ayrılarak yaşlılık aylığı verilmesi için yazılı talepte bulunan sigortalıya yeniden bağlanacak yaşlılık aylığı talep tarihini takip eden ödeme döneminden başlanarak ödenir.

Yeni aylık, eski aylığın kesildiği tarihten sonra aylıklara yapılan artışlar uygulanarak ikinci fıkrada belirtilen aylık başlangıç tarihi itibariyle bulunan tutarı ile emeklilik sonrası çalışmaya ait kısmî aylığın toplamından oluşur. Emeklilik sonrası çalışmaya ait kısmî aylık, talep tarihindeki emeklilik öncesi ve sonrası prim ödeme gün sayısı toplamı üzerinden, 61'inci maddeye göre hesaplanan aylığın emeklilik sonrası prim ödeme gün sayısına orantılı bölümü kadardır...” denilmektedir.

Ayrıca 27.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30.maddenin 2. ve 3.fıkrasında,

“Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı alanlar bu aylıkları kesilmeksizin; genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, belediyeler ve il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklarda herhangi bir kadro, pozisyon veya görevde çalıştırılamaz ve görev yapamazlar.

Diğer kanunların emeklilik veya yaşlılık aylığı almakta iken emeklilik veya yaşlılık aylıkları ve/veya diğer tazminatları kesilmeksizin atanmaya, çalıştırılmaya veya görevlendirilmeye izin veren hükümleri ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun ek 11'inci maddesine göre 1.1.2005 tarihinden önce alınmış Bakanlar Kurulu kararları uygulanmaz” şeklindedir.

01.10.2008 tarihinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu yürürlüğe girmiş; bu Kanun'un 105.maddesinde “Uygulanmayacak hükümler” arasında 5335 sayılı Kanun’un 30 uncu maddesine yer verilmemiştir.

Hal böyle olunca, anılan maddenin halen yürürlükte olduğunun kabulü gerekir. Anılan yasal düzenlemeye aykırı biçimde çalışılması durumunda; çalışanların, fiilen çalıştıkları dönemdeki emeklilik veya yaşlılık aylıklarının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kesilmesi gerekmektedir.

Nitekim, Hukuk Genel Kurulu'nun 27.05.2009 gün ve 2009/21-168 E., 2009/218 K.; 01.12.2010 gün ve 2010/10-586 E., 2010/615 K.; 06.04.2011 gün ve 2010/21-726 E., 2011/68 K. ve 05.10.2011 gün ve 2011/10-476 E., 2011/584 K., 21.03.2012 gün ve 2012/10-20 E., 2012/235 K. sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir.

2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerinin Birleştirilmesi Hakkındaki Kanun'un 1.maddesinde, Kanunun amacı; çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle ilgililerin sosyal güvenliklerinin sağlanması usul ve esaslarının düzenlenmesi olarak belirtilmektedir. Söz konusu Kanun'unn 8.maddesinde; birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere son 7 yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı, ancak, malullük, ölüm, 5434 sayılı T.C.Emekli Sandığı Kanununa göre yaş haddinden re'sen emekli olma halinde, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacağı kabul edilmiştir.

Bu bağlamda 2829 sayılı Kanun kapsamında birleştirilecek süreler; anılan Kanunun 2.maddesi hükmünde sıralanan kurumlarda (T.C.Emekli Sandığı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ile Sosyal Sigortalar Kurumu ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun'un geçici 20.maddesine göre kurulan emekli sandıklarında) 5434 sayılı T.C.Emekli Sandığı Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu ve 2926 sayılı Tarımda kendi adına ve hesabına çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerine göre kurumlarına emeklilik keseneği veya malullük yaşlılık ölüm sigortaları primi ödenerek geçirilen sürelerdir.

2829 sayılı Kanun'un 4.maddesinde, Kurumlara tabi çeşitli işlerde çalışmış olanların hizmet sürelerinin, aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla bu Kanuna göre aylık bağlanmasına hak kazanıldığında birleştirileceği, hizmet süreleri toplamının aylık bağlanmasına yeterli olmaması halinde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı, 5.maddesinin son fıkrasında, malullük ile vazife malullüğü aylığı bağlananlardan kontrol muayeneleri sonunda aylığı kesilmiş bulunanlar dışında kurumlardan birinden aylık bağlanmış veya aylık alma haklarını kaybetmiş olanların, söz konusu devrelere ait hizmet sürelerinin yapılacak birleştirmede dikkate alınmayacağı belirtilmektedir.

Tüm bu yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde: Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kurularak, üç ayrı sosyal güvenlik kurumu, tek çatı altında birleştirilmiş, mevzuat birliğini sağlamaya yönelik olarak da, 5510 sayılı Kanun'un kabul edilmesi dikkate alındığında, sosyal güvenlik sisteminin yapısı itibariyle, çifte sigortalılık üzerinden birden fazla yaşlılık aylığına hak kazanmaya olanak vermediğinin kabulü gerekir. Öte yandan, çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle ilgililerin sosyal güvenliklerinin sağlanması amacı ile kabul edilen 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerinin Birleştirilmesi Hakkındaki Kanunun, 4.maddesinde aynı tarihlere rastlamayan çalışmaların birleştirilebilmesi için, birleştirilen çalışmaların toplamının aylık bağlanmasına yeterli olması gerekmektedir. Bu nedenle aynı tarihlere rastlamayan çalışmaların her iki çalışmaların birleştirilmesinden, çalışmaların toplamının aylık bağlanmasına yeterli olmaması halinde birleştirilmeleri mümkün olmadığı gibi; tek başına bir çalışmanın aylık bağlanmasına yeterli olması halinde, kişinin tüm sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet sürelerini birleştirmeye zorlamayacağı gibi, hizmet birleştirilmesi yapılarak yaşlılık aylığı bağlanan kişilerin, çalışmaya başlaması nedeniyle yaşlılık aylıklarının kesilmesi halinde, çalışmanın sona ermesi üzerine tekrar bağlanacak olan yaşlılık aylığının hesaplanmasında önceki hizmet birleştirmesinin değerlendirilmesini yasaklayan açık bir düzenleme de söz konusu değildir. Aksi düşünce bir kurumda geçen çalışmaların bölünerek iki farklı yaşlılık aylığı bağlanmasında değerlendirilebileceği sonucunu doğuracak olup bu ise 2829 sayılı Kanunun amacına aykırı olduğu gibi, sosyal güvenlik sisteminin genel ilkelerine de aykırı olacaktır. Kaldıki, davacı 01.10.1993 tarihinde başlayan yaşlılık aylığı için talep dilekçesinde; 2829 sayılı Kanun uyarınca hizmetlerin birleştirilmesi iradesini belirtmiştir.

Bu nedenle, somut olayda, 506 sayılı Kanun kapsamında yaşlılık aylığı bağlandıktan sonra Emekli Sandığına tabi çalışmaları nedeni ile 5335 sayılı Kanun'un 30.maddesi nedeniyle, kanunun yürürlüğe girdiği 27.04.2005 tarihinden itibaren kesildiği mahkeme kararı ile tespit edilen davacının, söz konusu çalışmasının sona ermesi üzerine, tekrar yaşlılık aylığı bağlanması için talepte bulunduğunda, 01.02.1966 tarihinden itibaren devam ede gelen farklı sosyal güvenlik kurumları kapsamındaki çalışmalarının, son çalışmanın geçtiği Kanun kapsamında bağlanacak yaşlılık aylığında gözetilmesinin mümkün olduğuna ve davacının 01.02.1966-06.01.1998 tarihleri arasında gerçekleşen farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi çalışmalarının, 2829 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde, 5434 sayılı Kanun'a göre bağlanan emeklilik aylığında nazara alınmasının

gerektiği, 14.03.2007 tarihli tahsis talebi üzerine, 15.11.2006 tarihinden itibaren 506 sayılı Kanun kapsamında tahsis edilen ikinci yaşlılık aylığını almasının mümkün olmadığına işaret eden, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu konuda, Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde azınlıkta kalan görüş sahipleri; 2829 sayılı Kanun'un 5.maddesine göre hizmet birleştirmesinin aylık bağlandıktan sonra yapılamayacağı ve ancak bir kez hizmet birleştirmesinin yapılmasının mümkün olduğu davacının bu hakkını 01.10.1993 tarihinde yaşlılık aylığı bağlanması sırasında kullandığı, ayrıca farklı Kurumda geçen çalışmaların tek başına yaşlılık aylığı bağlanmasına yeterli olması halinde 2829 sayılı Kanun'a göre kişileri hizmet birleştirilmesi yapmaya zorlanılamayacağı gibi, farklı iki kurumda geçen ve birbiri ile çakışmayan çalışmalar nedeniyle iki farklı aylık bağlanmasını engelleyen, açıkça bir yasal düzenleme bunmadığını belirterek direnme kararının onanması gerektiğini savunlmuşlarsa da, bu görüş kurul çoğunluğunca, yukarıda açıklanan nedenlerle benimsenmemiştir.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince belirtilen gerekçeyle **BOZULMASINA**, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/son maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 15.01.2014 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

EVLİ BİRİSİYLE BİRLİKTELİK • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Evli bir erkekle birliktelik yaşayan kadının manevi tazminat sorumluluğu bulunmakta ise de şayet koca boşanma davasında bu eylem nedeniyle eski eşine manevi tazminata mahkum edilmişse eski eş artık haksız fiil sorumlulularından ikinci kez tazminat alamaz.

Y. HGK. E.2017/1482, K.2017/556 K., T.29.03.2017

Taraflar arasındaki "manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Eskişehir 2.Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 04.03.2014 gün ve 2013/78 E. 2014/147 K. sayılı kararın temyizen incelenmesinin davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 07.05.2015 gün ve 2014/7892 E. 2015/5847 K. sayılı kararı ile;

"*...Dava, kişilik haklarına saldırı nedeni ile manevi tazminat ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.*

Davacı, resmi nikahlı eşinin davalı ile kendisini aldattığını, davalının kendisi ile evli olduğunu bildiği halde eşi ile ilişkiye girmesinin ve yaşadıkları çevrede eşi ile el ele gezmesinin kendisini toplum içinde küçük duruma düşürdüğünü, kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunu iddia ederek uğradığı manevi zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, davacının iddialarının asılsız olduğunu, davacının eşinden geçimsizlikleri nedeni ile ayrıldığını, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, dosya arasındaki delillerden davacının eşi ile davalı arasında işçi işveren ilişkisi sınırlarını aşan şekilde bir ilişki olduğu anlaşılmakta olup alışveriş merkezinde el ele dolaşırken görüldükleri de anlaşıldığından davalının eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmesi nedeni ile istemin kısmen kabulü ile 20.000,00 TL manevi tazminat ödetilmesine karar verilmiştir.

Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden, davacı ile dava dışı eşinin Eskişehir 2. Aile Mahkemesinin 2013/81-2013/356 esas karar sayılı dosyasında anlaşmalı olarak boşanmalarına, davalı kocanın davacı eşe 50.000 TL maddi ve 50.000 TL manevi tazminat ödemesine karar ta-

rihinden önce ödenmesi nedeni ile bu konularda karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği görülmüştür.

Davalının, davacının resmi nikahlı eşi ile evli olduğu süre içinde birliktelik kurduğu, eşin davacıya karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği,davalının da eşin eylemine bilerek iştirak ederek davacının zarar görmesine neden olduğu anlaşılmaktadır.

TBK'nun 61. maddesinde haksız eylemin ve bunun sonucunda doğan zararın birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi durumunda haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır. Müteselsil sorumlulukta ise zarar gören, dilediği takdirde eyleme katılanların birisinden, birkaçından veyahut tamamından zincirleme olarak sorumlu tutulmalarını isteme hakkına sahiptir.

Davacının eşinden boşanmasına karar verilen mahkeme ilamı ile eşinin kendisine 50.000,00 TL manevi tazminatı ödediği 23/05/2013 günlü karar ile hüküm altına alınmıştır.

Şu durumda, davalı ile dava dışı eşin birlikte neden oldukları zarar nedeni ile davacı yararına 50.000,00 TL manevi tazminat ödetilmesine karar verilmiş ve ödenmiş bulunmasına göre 07/02/2013 gününde açılan eldeki davanın konusu kalmamıştır.Mahkemece, davalının dava dışı eş ile birlikte neden olduğu zararın 23/05/2013 günlü boşanma ilamına göre tazmin edilmiş bulunması nedeni ile eldeki bu davanın konusu kalmadığından reddine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden istemin kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili ile eşi .... arasında, eşinin davalıyla aldatması nedeniyle devam eden boşanma davası bulunduğunu, 28 yıllık evliliğin davalının dava dışı eş ile gayri ahlaki ilişki yaşamaları nedeniyle sona erdiğini, davalının dava dışı eşin evli olduğunu bilerek birliktelik yaşadı-

ğını, müvekkilinin birçok kez davalı ile eşini aynı yatakta gördüğünü, çok sayıda telefon görüşmelerini ve mesajlarını yakaladığını, alışveriş merkezlerinde el ele gezerken görenlerin olduğunu, bu nedenlerle müvekkilinin çevresinde aldatılan kadın olarak küçük düşürüldüğünü, kanser hastalığına yakalandığını, sonuç olarak kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek 40.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davacının evliliğinin sona ermesine kendisinin sebep olmadığını, dava dışı eş .... ile aralarında özel bir yakınlığının bulunmadığını, davacının eşinin yönetim kurulu başkanı olduğu şirkette çalıştığını, sadece işvereni olduğunu, davacının boşanma süreci ve nedenleri ile herhangi bir ilgisinin bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davalı ile davacının eşi arasındaki telefon görüşmelerinin sayısı, telefon görüşmelerinin yapıldığı saatler, görüşmelerin süreleri nazara alındığında, davacının eşi ile davalı arasında işçi-işveren ilişkisi sınırlarını aşan bir ilişkinin bulunduğu, davalı ile dava dışı eşin el ele dolaştıkları, aralarındaki ilişkinin davacının kişilik haklarını ihlal edecek derecede olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 20.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş,davacı vekilinin karar düzeltme isteminin reddine karar verilmiştir.

Mahkemece davalının eyleminin dava dışı eşin eyleminden bağımsız nitelikte olduğu, dava dışı eş hakkında manevi tazminata hükmolunmuş olmasının davalının haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gerekçesi ile direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacıya karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal eden dava dışı eşin haksız fiiline bilerek iştirak eden davalının, TBK'nun 61. maddesi gereğince dava dışı eş ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olup olmadığı, davacı ile dava dışı eşi arasındaki anlaşmalı boşanma davasında verilen karar ile hükmedilen 50.000,00 TL manevi tazminatın dava dışı eş tarafından davacıya karar tarihinden önce ödenmiş olmasının davalının sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı ve bu nedenle eldeki davanın konusuz kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, hukukumuzda yer alan sorumluluk kaynaklarının ve buna bağlı olarak da taraflar arasındaki hukuki bağın niteliğinin irdelenmesinde yarar vardır.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, "Borç İlişkisinin Kaynakları" başlığı altında, sözleşmeden doğan borçlar (md.1–48) ile haksız fiilden doğan borçlar (md.49–76) düzenlenmiş; yine aynı başlık altında, borçların üçüncü genel kaynağı olarak sebepsiz zenginleşmeye (md.77–82) yer verilmiştir.

Özetle, hukukumuzda borçların kaynağı; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da bir kanun hükmü olarak kabul edilmiştir.

Sözleşme tek taraflı hukuki işlemden farklı olarak, en az iki irade beyanını içerir, bu irade beyanlarının birbirine uygun ve karşılıklı olması gerekir.

Borçlar Kanununda sorumluluğun diğer bir genel kaynağı olarak öngörülen sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için, bir taraf zenginleşirken diğerinin fakirleşmesi, zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir.

Kanundan doğan borçlarda da borç kaynağını kanundan almakta ve sorumluluk buna göre belirlenmektedir.

Borçlar Kanununda sorumluluk nedenleri arasında düzenlenen haksız fiil ise hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir.

Haksız fiilden söz edilebilmesi için şu dört unsurun birlikte bulunması zorunludur: Öncelikle ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmalı; bu fiili işleyenin kusurlu olmalı; kusurlu şekilde işlenen ve hukuka aykırı olan bu fiil nedeniyle bir zarar doğmalı ve sonuçta doğan zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı, bir veya birkaç unsurun eksik olduğu durumlarda haksız fiilin varlığından söz edilemez.

Eldeki dava, açıklanan bu sorumluluk kaynaklarından haksız eyleme dayalıdır.

Dava konusu haksız eylemin gerçekleştiği ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinde "Sorumluluk" başlığı altında:

"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."

hükmü yer almakta;

Aynı Kanunun "Kişilik hakkının zedelenmesi" başlıklı 58. maddesinde ise;

"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

düzenlemesine yer verilmektedir.

Yine aynı Kanunun "Müteselsil Sorumluluk"a ilişkin hükümlerinden "Dış İlişkide" başlıklı 61. maddesinde:

"Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır."

"İç İlişkide" başlıklı 62. maddesinde de:

"Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur."

şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Diğer taraftan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 174. maddesi;

"Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir.

Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir."

hükmünü içermektedir.

185. maddesi ise;

"..evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar."

şeklindedir.

Görüldüğü üzere, haksız eylem nedeniyle sorumluluk hallerinden birisi ahlaka aykırı bir fiil ile bilerek başka bir kimsenin zarara uğramasına neden olmaktır.

Yine, müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ile haksız eylemi birlikte gerçekleştirenler birbirinden ayırt edilmeksizin, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

Öte yandan, evlilik birliğinde eşlerin zorunlulukları yasal düzenleme altına alınmış ve sadakat borcu da bunlar arasında sayılmıştır.

Hemen belirtmekte yarar vardır ki, gerek Anayasada, gerekse Türk Medeni Kanununda aile toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. Aile sadece mensubu olan kişiler için değil toplum için de önemlidir ve hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahiptir. Bu nedenledir ki ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler sadece aileyi değil, tüm toplumu ilgilendirmektedir. Aile mensuplarının birbirlerine karşı yükümlülüklerinin ihlali çoğu zaman toplum düzenini de etkilemekte, yasalar nezdinde koruma önlemlerinin alınması yoluna gidilmektedir.

Böylesi öneme sahip aile kurumuna mensup erkekle, evli olduğunu bilerek kurulan duygusal ve cinsel ilişkinin aile kurumuna vereceği zarar kaçınılmazdır ve davalının bunu öngörmemiş olması düşünülemez.

Bu nedenledir ki, evli kişilerle ilişki uzun süre suç sayılmış ve aile kurumu bu yolla da koruma altına alınmak istenmiştir. Bu tür eylemlerin daha sonraki yasal düzenlemeler sırasında suç olmaktan çıkarılmış olması, bu eylemin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını da ortadan kaldırmayacaktır. Zira, bir eylemin ceza kanununa göre suç teşkil etmemesi ve müeyyidesinin düzenlenmemiş olması, borçlar hukuku hükümlerine göre ahlaka ya da hukuka aykırı olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir.

Diğer taraftan, eşler evlilik birliğini kurmakla birbirlerine sadakat borcu altına girdikleri gibi, mensubu oldukları aile birliğine karşı da sorumluluk altına girerler. Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. Davalı

kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyle gayrıresmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir.

Eş söyleyişle, esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümlülüğü bulunmakla birlikte; onun evli olduğunu bilen ve buna rağmen onunla ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığında ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır.

O halde olayda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 61. maddesinde düzenlenen birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri, diğer bir deyimle teselsül hali mevcut olup, davalı doğan zarardan, davacının eşi ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Müteselsilen sorumluluğun bulunduğu durumda da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 162 ve devamı maddeleri gereğince davacı, alacağını sorumluların tamamından isteyebileceği gibi bunlardan biri veya birkaçından da isteyebilir. Bunlardan birisinin ölmüş olması diğerini sorumluluktan kurtarmaz. Zarar gören dilerse davasını bu kişiye yöneltebilir.

Şu durumda; sorumlulardan birisi olan davacının eşinin vefat etmesi, teselsül ilişkide bulunan davalının sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir olgu olarak kabul edilemez ve davalının haksız eyleminin varlığını ortadan kaldırmaz.

Böylece, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur.

Nitekim aynı ilke Hukuk Genel Kurulunun 24.03.2010 gün ve 2010/4-129 E.-173 K. sayılı kararında da benimsenmiştir.

Sonuç itibariyle davalının, davacının resmi nikahlı eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen “haksız fiil”den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır.

Türk Medeni Kanununun 185. maddesinde yer alan "evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." biçimindeki düzenleme gereğince, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal

kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur. Ayrıca eşlerin bu yüzden boşanmış olup olmaları da önem taşımaz.

Tüm bu açıklamalar ve ortaya konulan yasal düzenlemeler ışığında somut olay irdelendiğinde:

Davacı eldeki davada, davalı ile dava dışı eşinin birlikteliği nedeniyle 28 yıllık evliliğinin sona erdiğini, davalının dava dışı eşin evli olduğunu bilerek birliktelik yaşadığını, bu nedenlerle çevresinde aldatılan kadın olarak küçük düştüğünü ve kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek manevi tazminat talep etmektedir. Davalı ise savunma olarak davacının evliliğinin sona ermesine kendisinin sebep olmadığını, aralarında özel bir yakınlık bulunmadığını, davacının eşinin sadece işvereni olduğunu dile getirmektedir. Davacı tanıklarının beyanlarından, davacının eşinin alışveriş merkezinde davalı ile el ele dolaştıkları, davacının eşinin arabası ile davalının arabasının aynı apartmanın önünde park halinde bulunduğu, davacının kız kardeşi ile birlikte söz konusu apartmana giderek ....'un oturduğu daireyi sordukları, üçüncü katta olduğunu öğrenmeleri üzerine kapısını çaldıklarında davalı ile davacının eşinin içeride olduklarını gördükleri anlaşılmaktadır.

Davacının dava dışı eşine karşı açmış olduğu mal rejiminden kaynaklanan katkı payı ve katılma alacağı davasında, Eskişehir 1. Aile Mahkemesinin 26.04.2013 tarih ve 2013/102 E., 2013/357 K. sayılı kararıyla davacının davasını HMK'nın 123. maddesi gereğince geri almış ve davalı taraf buna rıza gösterdiğinden dava konusu hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Davacının dava dışı eşine karşı açmış olduğu sadakat yükümlülüğünün ihlalinden dolayı evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenine dayalı boşanma davasında ise, boşanmanın yanı sıra 3.000,00 TL nafaka, 150.000,00 TL maddi ve 150.000,00 TL manevi tazminat talep edilmiştir. Ancak, yargılamanın devamı sırasında davacı ve eşi anlaşmalı olarak boşanmayı kabul etmişlerdir. Aralarında düzenledikleri anlaşmalı boşanma protokolü ile davalı ....'un davacı ... ...'a 50.000,00 TL maddi ve 50.000,00 TL manevi olmak üzere toplam 100.000,00 TL tazminat ile aylık 2.000,00 TL nafaka ödeyeceği kararlaştırılmış, ayrıca taşınır ve taşınmaz mallar, ev eşyaları, şirket hisseleri, katkı payı ve katılma alacağı ve vekalet ücreti gibi hususlarda da taraflarca anlaşmaya varılmıştır. Davacı ve eşi duruşmadaki beyanlarında protokol hükümlerini kabul etmişler, davacı eşinden 50.0000,00 TL maddi ve 50.000,00 TL manevi tazminat aldığını, bu nedenle maddi ve manevi tazminat hakkında karar verilmesi talebinin ol-

madığını beyan etmiştir. Bunun üzerine Eskişehir 2. Aile Mahkemesinin 09.05.2013 tarih ve 2013/81 E., 2013/356 K. sayılı kararı ile, tarafların 14/09/1984 tarihinde evlendikleri, müşterek yaşları reşit iki çocuklarının olduğu, tarafların boşanma ve boşanmanın ferileri hususunda anlaştıkları, boşanma iradelerini yargılama sırasında serbestçe açıkladıkları ve taraflarca yapılan anlaşmanın mahkemece uygun bulunduğu, bu nedenle taraflar arasındaki evlilik birliğinin TMK'nın 166/3 maddesi gereğince temelinden sarsıldığı gerekçesiyle davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına, TMK'nın 175 maddesi gereğince 2.000,00 TL yoksulluk nafakasının davalıdan alınarak davacıya verilmesine, protokolün 3-5-6-7 ve 8. maddeleri taraflarca yerine getirilmiş olmakla konusuz kalmış olduğundan bu hususta karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, tarafların kararı temyizden feragat etmeleri üzerine 28.05.2013 tarihinde kesinleşmiştir.

Yukarıda açıklanan bütün bu nedenlerle eldeki davada mahkemece davalının açıklanan şekilde gerçekleşen eyleminden sorumlu olduğunun kabulünde bir isabetsizlik yok ise de; dava tarihinden sonraki bir tarihte davacı ve eşi arasındaki boşanma davasında verilen karar ile eşinin davacıya dava konusu haksız eylem nedeniyle 50.000,00 TL manevi tazminat ödediği hususunun hüküm altına alındığı anlaşıldığına göre, davalı ile dava dışı eşin birlikte sebep oldukları zarar nedeni ile müteselsilen sorumlu oldukları, borcun müteselsil borçlulardan dava dışı eş tarafından ödenmesinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 166. maddesi gereğince davalının sorumluluğunu ortadan kaldırdığı, bu durumda davanın konusunun kalmadığı dikkate alınıp Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Ne varki Özel Dairenin bozma ilamında "davanın konusu kalmadığından reddine karar verilmesi gerektiği" belirtilmiş ise de dava konusu borç eldeki davanın açıldığı tarihten sonra ödenmek suretiyle sona ermiş ve bu nedenle dava konusuz kalmış olduğundan mahkemece konusuz kalan davanın reddine değil, konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, Türk Medeni Kanununun 185. maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğünün eşler arasında olduğu, bu yükümlülüğün ihlalinin boşanma sebebi olup eşlerin birbirinden bu nedenle manevi tazminat talep edebileceği, davacının sadakat hakkının mutlak değil nispi bir hak olduğu ve herkese karşı ileri sürülemeyeceği, davalının davacıya karşı sadakat yükümlülüğü bulunmadığı gibi eyleminin açık ve emredici bir kanun hükmüne aykırı olmadığı, davalının doğrudan doğruya davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne

yönelik hukuka aykırı bir fiili bulunmadığı, davacıya zarar verme kastı ile hareket etmiş olmadığı, ahlaka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için objektif ahlaka aykırılık olması gerektiği, olayda müstakilen ve asli olarak işlenebilen bir eylem olmadığından iştirak halinin de söz konusu olamayacağı, davalının eyleminin davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bulunmadığı, bu nedenle Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminatla sorumlu tutulamayacağı, Yasada olmayan bir sorumluluğun ihdas edilmesinin doğru olmadığı, bu nedenlerle mahkemece davanın reddine karar verilmesinin yerinde olacağı kanaatiyle direnme kararının bu değişik gerekçe ile bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.03.2017 gününde yapılan ikinci oylamada oyçokluğu

EVLİ İNSANLA BİRLİKTELİK • TAZMİNAT SORUMLULUĞU

ÖZET: Evli olduğunu bilerek bir erkekle birlikte olan ve ondan çocuk yapan kişinin eylemi, o erkekle birlikte gerçekleştirdikleri bir haksız fiildir. Eşe karşı müteselsilen sorumludurlar.

Y. HGK. E. 2017/1334, K. 2017/545, T. 22.03.2017

Taraflar arasındaki "manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Şanlıurfa 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 19.11.2013 gün ve 2012/178 E. 2013/448 K. sayılı kararın temyizen incelenmesinin davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 07.05.2015 gün ve 2014/6538 E., 2015/5839 K. sayılı kararı ile,

"*...Dava, kişilik haklarına saldırı nedeni ile uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.*

Davacı, davalının kendisi ile evli olduğunu bildiği halde dava dışı eşi

ile birlikte olduğunu, eyleminin kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunduğunu iddia ederek, uğradığı manevi zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, davacının iddialarını kabul etmediğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere göre davalının, davacının eşi ile evli olduğunu bilerek birlikte olduğu hususu sabit görülerek davanın kısmen kabulü ile davacı eş yararına manevi tazminata hükmedilmiştir.

TMK.nun 185. maddesine göre, "Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." Aynı Yasanın 174. maddesine göre de, "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir."

Evlenmeyle eşler arasında kurulan aile birliğinin taraflara yüklediği ödevlerin ihlali veya yerine getirilmemesi durumunda bu yükümlülüğü yerine getirmeyen eş yönünden Türk Medeni Kanunundaki sonuçları, boşanma ve boşanma sebebi olması durumunda, bu olaylar yüzünden kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde manevi tazminat talep edilebileceğidir.

BK. 41 (TBK 49). maddesine göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Yine BK. 49 (TBK.58) maddesinde "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir." Haksız fiile dayalı bir borcun doğabilmesi için, hukuka aykırı bir fiil bulunmalı, fiili işleyenin kusuru olmalı, sonuçta bir zarar doğmalı, zarar ile işlenen fiil arasında da uygun nedensellik bağı bulunması gerekir.

Somut olaya gelince, davalının ve dava dışı eşin davacıya yönelik ve bütün olarak aldatma mahiyetindeki davranışlarının manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğinin tartışılması gereklidir.

Yukarıda incelenen yasa maddeleri uyarınca, davacının dava dışı eşinin TMK.nın evlenmeyle eşe yüklediği ödevler arasında bulunan sadakat yükümlülüğünü ihlali nedeniyle, Yasanın 185. ve 174. maddeleri uyarınca boşanma sebebi ve istek halinde manevi tazminatı gerekti-

rir nitelikte olduğu kuşkusuzdur. TMK. daki düzenleme, dava dışı eşin evlenme ile kurulan aile birliğinin tarafı olması sıfatından kaynaklanmaktadır. Zira dava dışı eş kendi iradesi ile bu birliğin tarafı olmayı kabul etmiş ve yasanın kendisine tanıdığı hak ve yükümlülükler altına girmiştir.

Davalının eyleminin manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğine gelince, davalının doğrudan davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemez. Söz konusu Yasada yükümlülüğünü ihlal eden eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

Dava konusu eylemin gerçekleştiği tarih itibariyle yürürlükte bulunan 818 sayılı BK.nun müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerinin de uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Zira, sözkonusu Yasanın 50. maddesinde haksız fiil nedeniyle müteselsilen sorumluluğuna gidilebilecekler gösterilmiştir. Yukarıda açıklanan yasal duruma göre, davalı zararın meydana gelmesinden asli olarak sorumlu tutulamaz. Yine yasa hükmünün aradığı anlamda iştirak hali de söz konusu olamaz. Zira iştiraken işlenebilir bir eylemin varlığının kabul edilebilmesi için, eylemin müstakilen ve asli olarak da işlenebilir olması gerekir. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunu, geniş ve belirsiz bir kavram olan sadakat yükümlülüğünü ihlal etmeye iştirak çerçevesinde değerlendirmek, bu sorumluluğu belirsiz hale getirecektir.

Açıklanan nedenlerle, BK.49 (TBK.58) maddesine göre, davalının eylemi, davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak kabul edilemez. Mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacının manevi tazminat isteminin tümden reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..."

gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkilinin eşi S ile 2006 yılında evlendiklerini, müşterek iki çocukları olduğunu, müvekkilinin eşi S'ın uzun süreden beri davalı ile ilişkisi olduğunu, bu ilişkiden rahatsızlık duyunca ve evde huzursuzluk oluşunca eşi S'ın evi terk ederek davalı ile birlikte yaşamaya başladığını, bu gayrimeşru ilişkinin aile bütünlüğüne haksız bir saldırı niteliğinde olup müvekkili ve çocuklarının aile düzeninin bozulduğunu, her türlü uyarı ve ikazlara rağmen davalının, eşi ile gayrimeşru ilişkisini devam ettirdiğini ileri sürerek ... için 20.000,00 TL ve her bir çocuk için 5.000,00'er TL olmak üzere toplam 30.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı davacının eşi S'ı kendisinin alıkoymadığını, bir yıl önce Adana'da tanıştıklarını, eşinden soğuduğunu söylediğini, iki çocuk babası olan S'ın iki çocuğunu da bırakacak kadar mutsuz olduğunu, beraberliklerinden dolayı hakaretlere uğradıklarını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının eşi S'ın rızası ile de olsa davalı ile birlikte yaşadıkları, bu durumun davacıda üzüntü ve psikolojik rahatsızlık oluşturduğu, kendisinin ve aile yaşamının bu durumda olumsuz etkilendiği, davalının davacının resmi nikâhlı eşi ile birlikte yaşaması eyleminin davacının aile bütünlüğüne haksız bir saldırı oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davacı ... için 5.000,00 TL, her bir çocuk için 2.000,00'er TL olmak üzere toplam 9.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki karardaki gerekçelerle ve karşı oy görüşü benimsenerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının eşi ile duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği tarafların ve mahkemenin kabulünde olan davalının bu eyleminin, davacının ve çocuklarının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olup olmadığı, buradan varılacak sonuca göre davalının hukuki sorumluluğunu gerektirip gerektirmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, hukukumuzda yer alan sorumluluk kaynaklarının ve buna bağlı olarak da taraflar arasındaki hukuki bağın niteliğinin irdelenmesinde yarar vardır.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, "Borçların Teşekkülü" başlığı altında, sözleşmeden doğan borçlar (md.1–

40) ile haksız fiilden doğan borçlar (md.41–60) düzenlenmiş; yine aynı başlık altında, borçların üçüncü genel kaynağı olarak, haksız (sebepsiz) iktisaba (md.61–66) yer verilmiştir.

Bunların dışında, ne hukuki bir işlemde açıklanan bir iradeye, ne de hukuka aykırı bir eyleme dayanan, kanundan doğan borçlar bulunmaktadır.

Özetle, hukukumuzda borçların kaynağı; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz iktisap ya da bir kanun hükmü olarak kabul edilmiştir.

Sözleşme, tek taraflı hukuki işlemden farklı olarak, en az iki irade beyanını içerir, bu irade beyanlarının birbirine uygun ve karşılıklı olması gerekir.

Borçlar Kanunu'nda sorumluluğun diğer bir genel kaynağı olarak öngörülen sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için, bir taraf zenginleşirken diğerinin fakirleşmesi, zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir.

Kanundan doğan borçlarda da, borç kaynağını kanundan almakta ve sorumluluk buna göre belirlenmektedir.

Borçlar Kanunu'nda sorumluluk nedenleri arasında düzenlenen haksız fiil ise hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir.

Haksız fiilden söz edilebilmesi için şu dört unsurun birlikte bulunması zorunludur: Öncelikle ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmalı; bu fiili işleyenin kusurlu olmalı; kusurlu şekilde işlenen ve hukuka aykırı olan bu fiil nedeniyle bir zarar doğmalı ve sonuçta doğan zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı, bir veya birkaç unsurun eksik olduğu durumlarda haksız fiilin varlığından söz edilemez.

Eldeki dava, açıklanan bu sorumluluk kaynaklarından haksız eyleme dayalıdır.

Dava konusu haksız eylemin gerçekleştiği ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde "Mesuliyet Şartı" başlığı altında:

"Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur."

Hükmü yer almakta;

Aynı Kanunun "Şahsi Menfaatlerin Haleldar Olması" başlıklı 49. maddesinde ise;

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir."

Düzenlemesine yer verilmektedir.

Yine aynı Kanunun "Müteselsil Mesuliyet"e ilişkin hükümlerinden "Haksız Fiil Halinde" başlıklı 50. maddesinde de:

"Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyler.

Yataklık eden kimse, vaki olan kardan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul olmaz."

Şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Dava tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da haksız eylem sorumluluğu, benzer nitelikteki hükümler ile düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde;

"..evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar."

Denilmektedir.

Görüldüğü üzere, haksız eylem nedeniyle sorumluluk hallerinden birisi ahlaka aykırı bir fiil ile bilerek başka bir kimsenin zarara uğramasına neden olmaktır.

Yine, müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ile haksız eylemi birlikte gerçekleştirenler birbirinden ayırt edilmeksizin, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

Öte yandan, evlilik birliğinde eşlerin zorunlulukları yasal düzenleme altına alınmış ve sadakat borcu da bunlar arasında sayılmıştır.

Tüm bu açıklamalar ve ortaya konulan yasal düzenlemeler ışığında somut olay irdelendiğinde:

Davacı, eşi S ile davalı arasında uzun süredir devam eden duygusal ve cinsel ilişki bulunması, eşinin evini terk ederek davalının yaşadığı Adana iline gidip onunla birlikte yaşamaya başlaması, bu gayrimeşru ilişkinin aile bütünlüğüne haksız bir saldırı niteliğinde olup aile düzeninin bozulması nedeniyle kendisi ve çocukları için manevi tazminat talep etmektedir. Davalının ise, davacının eşiyle evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği yönünde açık kabulü bulunduğu, savunma olarak da iki çocuk babası olan S'ın iki çocuğunu da bırakacak kadar mutsuz olduğunu dile getirdiği görülmektedir. S'ın annesi ve babası olan davacı tanıklarının beyanlarından, davacının eşinin Adana'da davalı ile birlikte yaşadığı, iki kez kendi isteği ile gelerek pişman olduğunu bir daha gitmeyeceğini söylemesine rağmen tekrar kaçıp gittiği, davacının bu olaydan dolayı çok üzüntü hissettiği, manen yıprandığı ve çevrenin psikolojik baskısına maruz kaldığı anlaşılmaktadır. Dava dışı eşin açtığı boşanma davası ise, taraflarca takip edilmemiş ve davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Hemen belirtmekte yarar vardır ki, gerek Anayasada, gerek Türk Medeni Kanununda aile toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. Aile sadece mensubu olan kişiler için değil toplum için de önemlidir ve hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahiptir. Bu nedenledir ki, ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler sadece aileyi değil, tüm toplumu ilgilendirmektedir. Aile mensuplarının birbirlerine karşı yükümlülüklerinin ihlali çoğu zaman toplum düzenini de etkilemekte, yasalar nezdinde koruma önlemlerinin alınması yoluna gidilmektedir.

Böylesi öneme sahip aile kurumuna mensup erkekle, evli olduğunu bilerek kurulan duygusal ve cinsel ilişkinin aile kurumuna vereceği zarar kaçınılmazdır ve davalının bunu öngörmemiş olması düşünülemez.

Bu nedenledir ki, evli kişilerle ilişki uzun süre suç sayılmış ve aile kurumu bu yolla da koruma altına alınmak istenmiştir. Bu tür eylemlerin daha sonraki yasal düzenlemeler sırasında suç olmaktan çıkarılmış olması, bu eylemin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını da ortadan kaldırmayacaktır. Zira, bir eylemin ceza kanununa göre suç teşkil etmemesi ve müeyyidesinin düzenlenmemiş olması, borçlar hukuku hü-

kümlerine göre ahlaka ya da hukuka aykırı olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir.

Diğer taraftan, eşler evlilik birliğini kurmakla birbirlerine sadakat borcu altına girdikleri gibi, mensubu oldukları aile birliğine karşı da sorumluluk altına girerler. Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyle gayrıresmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir.

Eş söyleyişle, esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümlülüğü bulunmakla birlikte; onun evli olduğunu bilen ve buna rağmen onunla ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığında ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır.

O halde olayda, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenen birden fazla şahsın müşterek kusurlarıyla bir zarara yol açmaları, diğer bir deyimle tam teselsül hali mevcut olup, davalı doğan zarardan, davacının eşi ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Müteselsilen sorumluluğun bulunduğu durumda da davacı, alacağını sorumluların tamamından isteyebileceği gibi bunlardan biri veya birkaçından da isteyebilir. Bunlardan birisinin ölmüş olması diğerini sorumluluktan kurtarmaz. Zarar gören dilerse davasını bu kişiye yöneltebilir.

Şu durumda; sorumlulardan birisi olan davacının eşinin vefat etmesi, teselsül ilişkinde bulunan davalının sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir olgu olarak kabul edilemez ve davalının haksız eyleminin varlığını ortadan kaldırmaz.

Böylece, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur.

Nitekim aynı ilke Hukuk Genel Kurulu'nun 24.03.2010 gün ve 2010/4-129 E.-173 K. sayılı kararında da benimsenmiştir.

Sonuç itibariyle, davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle

gerçekleşen "haksız fiil"den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde yer alan "evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." biçimindeki düzenleme gereğince, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur. Ayrıca eşlerin bu yüzden boşanmış olup olmaları da önem taşımaz.

Bu nedenlerle somut olayda mahkemece davalının açıklanan şekilde gerçekleşen eyleminden sorumluluğu kabul edilerek davacı eş yararına tazminata hükmedilmesi yerindedir.

Ne varki davacının kendi adına asaleten ve yaşı küçük çocuklarına velayeten açmış olduğu davada, mahkemece "eşe karşı yapılan haksız fiilden dolayı verilecek olan tazminatın aile kurumunun ayrılmaz bir parçası olan çocukları kapsaması gerektiği, aksi düşüncenin aile kurumunun bütünlüğü ile bağdaşmayacağı, aile kurumunun dağılmasının eşlere vereceği zararın çocuklara da yansıyacağı, çocukların yaşları dikkate alındığında davalının eyleminin çocukların kişilik haklarına da haksız saldırı niteliğinde olduğu" gerekçesiyle her iki çocuk lehine de manevi tazminata hükmedilmiş ise de; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde düzenlenen sorumluluğu genişletmek olanaksız olduğu gibi, çocukları bu kapsamda değerlendirmek söz konusu değildir. Yansıma yoluyla da manevi tazminat istenilemeyeceğinden çocuklar yönünden Özel Daire bozma kararına uyularak davanın reddine karar vermek gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğünün eşler arasında olduğu, bu yükümlülüğün ihlalinin boşanma sebebi olup eşlerin birbirinden bu nedenle manevi tazminat talep edebileceği, davacının sadakat hakkının mutlak değil nispi bir hak olduğu ve herkese karşı ileri sürülemeyeceği, davalının davacıya karşı sadakat yükümlülüğü bulunmadığı gibi eyleminin açık ve emredici bir kanun hükmüne aykırı olmadığı, davalının doğrudan doğruya davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiili bulunmadığı, davacıya zarar verme kastı ile hareket etmiş olmadığı, ahlaka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için objektif ahlaka aykırılık olması gerektiği, olayda müstakilen ve asli olarak işlenebilen bir eylem olmadığından iştirak halinin de söz konusu olamayacağı, davalının eyleminin davacının kişilik değerlerine saldırı

oluşturacak nitelikte olmadığı, bu nedenle Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminatla sorumlu tutulamayacağı, Yasada olmayan bir sorumluluğun ihdas edilmesinin doğru olmadığı kanaatiyle direnme kararının davacı eş yönünden de bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca direnme kararı bu değişik gerekçe ve nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 22.03.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK • PAYLAR

ÖZET: Desteğin kendisinden çok eşine pay ayırayacığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır.

Y. HGK. E. 2013/2343, K. 2016/1534, T. 10.06.2015

(...Davacılar vekili dava dilekçesinde, müvekkillerinin eşi ve babaları olan C.... davalının zorunlu mali mesuliyet sigortacısı olduğu aracın çarpması sonucu C.. hayatını kaybettiğini ve müvekkillerinin bu suretle murislerinin desteğinden mahrum kaldıklarını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla toplam 1.000 TL destekten yoksun kalma tazminatının 07.05.2010 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, 18.10.2011 tarihli ıslah dilekçesiyle toplam tazminat taleplerini 175.000 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, müvekkilinin sigortalı araç sürücüsünün kusuru oranında ve poliçe limitleri dahilinde sorumlu olduğunu, ayrıca müvekkilinin davadan önce temerrüde düşmediğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan delillere göre; davanın kabulü ile davacı L.. Y.. için 164.677,32 TL, davacı S.. Y.. için 2.744,06 TL, davacı S.. Y.. için 7.578,62 TL olmak üzere toplam 175.000 TL'nin 07.05.2010 tarihinden itibaren yasal faiziyle davalıdan alınarak da-

vacılara ödenmesine karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere göre, davalı sigorta şirketi 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.

Mahkemece destekten yoksun kalma zararı hususunda, 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, yüksek öğrenim yapacaklar ise, öğrenimlerinin sona erdiği tarih, yapamayacaklar ise yerleşik ve kabul gören uygulamaya göre, erkek çocukları için 18 yaşın, kız çocukları için 22 yaşın, desteğin sona ereceği 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 artıp, % 10 oranında iskonto uygulanmak suretiyle hesaplanarak bilinmeyen dönem zararının hesaplanması, davacı eşin evlenme ihtimalinin bilimsel istatistikler ve davacının somut koşulları dikkate alınarak denetime elverişli şekilde belirlenmesi suretiyle destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerekmektedir.

Mahkemece hükme esas alınan 16.03.2011 tarihli kök ve 27.07.2011 tarihli ek hesap raporlarında, müteveffanın yaşasa idi, aktif dönemde gelirinin %30'unu kendisine, %50'sini eşine, %20'sini ise iki çocuğuna ayıracağı, çocuklar destekten çıktıktan sonra ise gelirinin %30'unu kendisine, %70'ini eşine ayıracağı kabul edilmiş, pasif dönemde ise rapor tarihindeki en düşük emekli işçi aylığının pasif dönemin başlayacağı 2030 yılında ulaşacağı parasal değer 2.228 TL olarak hesap edilmiş ve bu miktar üzerinden hesaplama yapılmış, bunun neticesinde, eş için 19 yıllık aktif çalışma döneminde 70.683 TL tazminat çıkmışken, 9 yıllık pasif dönemde 180.046 TL tazminat hesaplanmıştır.

Müteveffanın yaşasa idi, kendine ayıracağı paydan daha fazlasını davacı eşe ayıracağı, hatta bu payın çocukların destekten çıkmasından sonra %70'e çıkacağının kabulü hayatın gerçeklerine ve olağan akışına aykırıdır. Ayrıca pasif dönemde de, müteveffanın en az asgari ücret düzeyinde gelir getirecek bir işte çalışacağının kabulü ile bu miktar

üzerinden hesaplama yapılması gerekirken, müteveffanın aktif dönemde kazandığının çok üstünde 2.228 TL gelir elde edeceği varsayılarak hesaplama yapılması doğru görülmemiş, yanlış ilkeler benimseyen, denetime açık olmayan, yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulmasına...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi kapsamında sigorta teminatı istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; müteveffanın yaşasa idi, kendine ayıracağı paydan daha fazlasını davacı eşe ayıracağının, hatta bu payın çocukların destekten çıkmasından sonra % 70'e çıkacağının kabulünün hayatın gerçeklerine ve olağan akışına aykırı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

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

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 10.06.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

ÇİFT AYLIK HAKKI

ÖZET: 06.08.2003 gününden önce ölen babadan dolayı aylık alan kişi kocasının ölümü sonrası onun üzerinden de aylık alabilir.

Y. HGK. E.2012/21-21, K.2012/223, T.21.03.2012

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 29.03.2011 gün ve 2010/1954 E., 2011/2938 K. sayılı ilamı ile

(... 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, kanuni gerektirici nedenlere göre davalı Kurumun temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, 27.08.2002 tarihinde ölen eşinden dolayı 01.10.2003 tarihinden itibaren ölüm aylığı almakta olan davacının 01.04.1996 tarihinde ölen sigortalı babası A.D.'dan da ölüm aylığına hak kazandığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkeme, davanın reddine karar vermiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden, 506 sayılı Yasa kapsamında yaşlılık aylığı alan davacının babası A. D.'ın 01.04.1996 tarihinde, eşi M.A.Y'in 27.08.2003 tarihinde vefat ettiği, davacının ölen eşinden dolayı 01.20.2003 tarihinden itibaren ölüm aylığı aldığı, davacının 04.01.2008 tarihli dilekçesi ile ölen babasından ölüm aylığı bağlanmasını talep ettiği, Kurumun 28.02.2008 gün ve 156450 sayılı yazı ile 506 sayılı Yasa'nın 23. ve 68. maddelerine göre anadan veya babadan veya eşinden gelir/aylık almaya hak kazanan kız çocuklarına bu aylıklardan sadece yüksek olanın ödeneceğini, davacının eşinin aylığının yüksek olması nedeniyle babasından dolayı aylık alamayacağını belirterek talebi reddettiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık, ölen eşinden dolayı ölüm aylığı almakta olan davacının babasından da ölüm aylığına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

506 sayılı Yasa'nın 65, 66 ve 68. maddelerine göre aylık bağlama koşulları bulunduğu takdirde ölen sigortalının eşine, çocuklarına, ana ve babasına ölüm sigortasından aylık bağlanır. Davacıya, eşi M.A.Y.'in 27.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Yasa'nın 35. maddesi ile değişik VI. bendine göre sigortalının kız çocuklarına bağlanan aylıklar, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi işlerde çalışmaya buralardan gelir veya aylık almaya başladıkları veya evlendikleri tarihi

takip eden devre başından itibaren kesilir. Aylığın kesilmesine yol açan sebebin ortadan kalkması halinde I. bölümün (C) fıkrası hükmü saklı kalmak şartıyla, bu tarihden başlanarak yeniden aylık bağlanır. Ancak evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almağa hak kazanan kimseye bu aylıklardan fazla olanı ödenir.

02.07.2005 tarih ve 5386 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 506 sayılı Yasa'ya eklenin Geçici 91. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, 06.08.2003 tarihinden önce hak sahibi kız çocuklarına bağlanan gelir ve aylıklar, bunların evlenmeleri, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi çalışmaları veya kedi çalışmalarından dolayı buralardan gelir veya aylık almaları halleri hariç olmak üzere geri alınmaz. Bunlardan, yukarıda belirtilen haller haricindeki nedenlerle gelir veya aylıkları kesilen veya durdurulan kız çocuklarının gelir ve aylıkları, kesme veya durdurma tarihi itibariyle talep şartı aranmaksızın yeniden başlatılır. Gelir ve aylığın kesilmesi nedeniyle diğer hak sahiplerine önceki hisselerinden fazla ödenen tutarlar, gelir ve aylığı tekrar başladılacak hak sahibine yapılacak ödemeden mahsup edilir. Gelir ve aylığı kesilenlerden tahsil edilmiş olan tutarlar aynen iade edilir.

Somut olayda, davacı, 01.10.2003 tarihinden itibaren ölen eşinden ölüm aylığı almaktadır. Davacı, 01.04.1996 tarihinde ölen babasından dolayı ölüm aylığı talebini 04.01.2008 tarihinde dile getirmiştir. Davacının evli olması nedeniyle eşinin ölüm tarihi olan 27.08.2003 tarihinden önce ölüm aylığı talep etmesi mümkün değildir. Ancak 02.07.2005 tarih ve 5386 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na eklenen Geçici 91. madde ile getirilen düzenlemeye göre 06.08.2003 tarihinden önce ölen babası nedeniyle hak sahibi olan davacı, eşinden ölüm aylığı almakta olsa dahi evliliğinin ölüm nedeniyle son bulmasından sonra babasından da ölüm aylığı talep etme hakkına sahiptir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır....)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

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

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

Bu nedenle direnme kazarı bozulmalıdır.

Sonuç

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen (Geçici Madde 3) atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeeri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 21.03.2012 gününde oyçokluğu, ile karar verildi.

SİGORTALI BABA • ÖLÜM AYLIĞI • GEÇİMİNİ SAĞLAYACAK BAŞKA GELİR

ÖZET: 01.10.2008 gününden sonra hem ölen baba hem de dul aylığı aynı anda alınamaz.

Y. HGK. E.2017/3192, K.2018/101 K., T.24.01.2018

(...Dava, 1479 sayılı Kanun hükümleri gereğince sigortalı baba üzerinden hak sahibi kız çocuğu sıfatıyla ölüm aylığına hak kazanıldığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtilen gerekçelerle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

1982 yılında yaşamını yitiren sigortalı eşi üzerinden 1479 sayılı Kanun hükümleri gereğince kendisine ölüm sigortasından aylık bağlanan davacı hak sahibi kız çocuğunun, bu kez 1989 yılında ölen anılan Kanuna tabi sigortalı babası üzerinden de ölüm aylığı bağlanması için 12.03.2014 tarihinde yaptığı başvurunun davalı Kurumca reddedilmesinden sonra işbu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davanın yasal dayanağı olan 1479 sayılı Kanunun "Eş ve çocuklara, ana ve babaya tahsis yapılması" başlığını taşıyan 45. maddesinin 04.05.1979 tarihinde yürürlüğe giren 2229 sayılı Kanunla değişik 2.

fıkrasının (c) bendinde, sigortalının; 18 yaşını (veya ortaöğretim yapması halinde 20 yaşını, yükseköğretim yapması halinde 25 yaşını) doldurmamış veya yaşları ne olursa olsun çalışamayacak durumda malûl bulunan çocukları ile geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak koşulu ile yaşları ne olursa olsun evlenmemiş kız çocuklarına aylık bağlanacağı belirtilmiş, daha sonra 04.10.2000 günü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 619 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bentteki "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" koşulu, "bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmama, bu kanunlar kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almama" olarak değiştirilip 1479 sayılı Kanunun "Ölüm aylığının kesilmesi" başlıklı 46. maddesinin 2. fıkrasına, "Ancak evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kız çocuklarına bu aylıklardan fazla olanı ödenir." cümlesi eklenmiş, ancak, söz konusu KHK, Anayasa Mahkemesi'nin 08.08.2001 tarihinde yürürlüğe giren 26.10.2000 gün 61/34 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

İptale konu düzenleme daha sonra bu kez kanun koyucu tarafından 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve anılan (c) bendini değiştiren 4956 sayılı Kanunun 23. maddesiyle benimsenerek, sigortalının evli olmayan/boşanan/dul kalan kız çocuklarına ölüm aylığı bağlanabilmesi için "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" şartı, "bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmama, bu kanunlar kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almama" olarak değiştirilmiş, aynı zamanda 46. maddenin 2. fıkrasına da "Ancak evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kız çocuklarına bu aylıklardan fazla olanı ödenir." cümlesi yeniden eklenmiştir.

Diğer taraftan 5510 sayılı Kanunun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve "Ölüm aylığının hak sahiplerine paylaştırılması" başlığını taşıyan 34. maddesinde, sigortalının evli olmayan, boşanan, dul kalan kızlarına ölüm aylığı bağlanabilmesi, bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmama veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olma koşullarına bağlanmış, "Aylık ve gelirlerin birleşmesi" başlıklı 54. maddede ise bu Kanuna göre bağlanacak aylık ve gelirlerin birleşmesi durumunda, hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm aylığına hak kazananlara, tercihine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak aylığının bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Anılan yasal düzenlemeler kapsamında dava irdelendiğinde; bu

tür ölüm sigortasından aylık tahsislerinde, ayrık durumlar dışında genel kural olarak hakkı doğuran olay tarihinde yürürlükte olan yasal mevzuatın uygulanması gerekmekte olup buna göre sigortalı babanın yaşamını yitirdiği gün itibarıyla yürürlükteki 1479 sayılı Kanunun 45. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde yer alan, geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak koşulunun, eşi üzerinden ölüm aylığı almakta olan davacı yönünden gerçekleşmediği belirgindir. Diğer taraftan, 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren yasal değişiklikle, bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmayan, bu kanunlar kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almayan davacı hakkında 45. maddedeki aylık bağlama engeli kaldırılmış ise de bu kez 46/2. madde düzenlemesine göre kendisine çift aylık bağlanamayacağı ve eşi üzerinden bağlanan aylığın daha fazla olması halinde, babası üzerinden de aylık bağlanamayacağı ortadadır. Giderek 01.10.2008 günü yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun hükümleri kapsamında da aynı değerlendirme geçerli olmaktadır ve sonuç olarak 1479 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde, eşi üzerinden dul aylığı almakta olan davacıya, hakkı doğuran olay tarihi itibarıyla yürürlükteki yasal mevzuat gereğince, babası üzerinden ölüm aylığı tahsis edilemeyeceği gibi süreç içerisindeki yasal değişiklikler karşısında da çift aylığa hak kazanamadığı açıktır.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece hatalı değerlendirme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, davacının 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 09.09.1982 tarihinde vefat eden eşinden dolayı aldığı ölüm aylığı yanında ayrıca 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 20.01.1989 tarihinde vefat eden babasından dolayı da ölüm aylığı bağlanması istemine ilişkindir.

Davacı eşi TY'ın 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 09.09.1982 tarihinde vefat ettiğini ve talebi üzerine 1479 sayılı Kanun kapsamında ölüm aylığı bağlandığını, babası HB'un 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 20.01.1989 tarihinde vefat ettiğini, babasından da ölüm aylığı alabilmek için Kuruma yapmış olduğu 05.03.2014 tarihli başvurunun reddedildiğini, oysa her iki ölüm aylığını da aynı anda alması gerektiğini iddia ederek Kurum işleminin iptali ile babasından dolayı bağlanması gereken ölüm aylığının, her bir aylığın ödenmesi gerektiği tarihten itibaren yasal faiziyle tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Kurum vekili davacının 01.10.2008 tarihiden önce vefat eden babası ve eşinin 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olduğunu, aynı sigorta kurumuna bağlı müteveffalar ile ilgili hak sahibi kız çocuklarına her iki maaşın birlikte bağlanmasının mümkün olmadığını, 1479 sayılı Kanunun 46. ve 5434 sayılı Kanunun 94. maddesinde hem eşinden hem babasından ölüm aylığına hak kazanan kız çocuklarına yüksek olan aylığın ödeneceğinin öngörüldüğünü belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece 06.08.2003 tarihinden önce ölen babasından dolayı hak sahibi olan davacının eşinden ölüm aylığı almakta olsa dahi evliliğinin ölüm sebebi ile son bulmasından sonra babasından da ölüm aylığı talep etme hakkına sahip olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davacının babası Hüsnü Bodur'dan ölüm aylığı almaya hak kazandığının tespitine karar verilmiştir.

Yerel mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar, davalı ... Kurumu Başkanlığı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki gerekçeler tekrarlanmak suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davalı ... Kurumu Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 09.09.1982 tarihinde vefat eden eşinden dolayı aldığı ölüm aylığının yanında ayrıca 1479 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 20.11.1989 tarihinde vefat eden babasından dolayı da ölüm aylığı alıp alamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, sosyal güvenlik hakkı temel insan haklarından olup, uluslararası hukuk normları ile Anayasada güvence altına alınmıştır. Bireyleri toplum içinde iktisadi bakımdan desteklemeyi, muhtaçlığa düşme-

sini önlemeyi, sosyo – ekonomik ve fizyolojik risklerin sonuçlarına karşı korumayı hedef alan bir haktır. (K. Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.95).

Ölüm ise gerçekleşmesi mutlak, ancak ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen tipik bir sosyal güvenlik riskidir (K. Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.386). Bu risk hak sahibi konumunda olan dul eş ve yetim çocuk yönünden etkili olacaktır. Sigortalının ölümü ile birlikte sağ kalan hak sahibi aile bireyleri gelir kaybına uğrayacak bu nedenle sosyal güvenlik yönünden bir korumaya gereksinim duyacaklardır. İşte bu noktada ölüm sigortası ile risk altında olan hak sahiplerinin sosyal güvenlik hakları koruma altına alınmıştır.

Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle konuya ilişkin yasal mevzuatın belirlenmesi ve incelenmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Her uyuşmazlığın yürürlükte bulunduğu mevzuat hükümlerine göre çözülmesi gerektiği kuralı gereğince ve 1479 sayılı Kanunun 41. maddesinde ölüm aylığının ne zaman başlayacağına dair "Sigortalının ölümde hak sahibi kimselerine bağlanacak aylıklar, ölümle aylığı hak kazandıkları tarihten sonraki aybaşından başlar." şeklindeki düzenlemeye istinaden, somut olay bakımından babanın ölüm tarihi olan 20.01.1989 tarihindeki kanuni düzenlemelere değer verilmesi gerekmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, mülga 02.09.1971 tarihli 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 46. maddesinin 24.07.2003 tarihli ve 4956 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesindeki hâlinin incelenmesi gerekir. Söz konusu madde "Ölüm Sigortasından Bağlanan Aylığın Sona Ermesi" başlığı altında;

"Sigortalının dul eşi evlenirse aylığı kesilir. Aylığın kesilmesine yol açan evlenme son bulunca aylık yeniden bağlanır. Sonraki eşinden de aylık almaya hak kazanan dul eşe bu aylıklardan fazla olanı ödenir.

Sigortalının kız çocukları evlenirse bağlanan aylık kesilir. Aylığın kesilmesine yol açan evlenmenin son bulması hâlinde, dul kaldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak kaydı ile yeniden aylık bağlanır.

Sigortalının çocuklarına bağlanan aylıklar; çocuğun 18 yaşını, orta öğretim yapması hâlinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması hâlinde 25 yaşını dolduracağı tarihe kadar devam eder. Bu yaşları doldurdukları tarihlerde çalışamayacak durumda malul olan çocukların aylıkları, bu yaşlara vardıktan sonra da kesilmez."

Şeklinde düzenlenmiştir.

Ayrıca 1479 sayılı Kanunun "Eş ve çocuklara, ana ve babaya tahsis yapılması" başlığını taşıyan 45. maddesinin 04.05.1979 tarihinde yürürlüğe giren 2229 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrasının (c) bendinde, sigortalının; 18 yaşını (veya ortaöğretim yapması hâlinde 20 yaşını, yükseköğretim yapması hâlinde 25 yaşını) doldurmamış veya yaşları ne olursa olsun çalışamayacak durumda malul bulunan çocukları ile geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak koşulu ile yaşları ne olursa olsun evlenmemiş kız çocuklarına aylık bağlanacağı belirtilmiş, daha sonra 04.10.2000 günü Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 619 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bentteki "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" koşulu, bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmama, bu kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almama" olarak değiştirilip 1479 sayılı Kanunun "Ölüm aylığının kesilmesi" başlıklı 46. maddesinin ikinci fıkrasına, "Ancak evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kız çocuklarına bu aylıklardan fazla olanı ödenir." cümlesi eklenmiş, ancak, söz konusu KHK, Anayasa Mahkemesi'nin 08.08.2001 tarihinde yürürlüğe giren 26.10.2000 gün 61/34 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

İptale konu düzenleme daha sonra kanun koyucu tarafından 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve anılan (c) bendini değiştiren 4956 sayılı Kanunun 23. maddesiyle benimsenerek, sigortalının evli olmayan/boşanan/dul kalan kız çocuklarına ölüm aylığı bağlanabilmesi için "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" şartı, "bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmama, bu kanunlar kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almama" olarak değiştirilmiş, aynı zamanda 46. maddenin ikinci fıkrasına da "Ancak evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kız çocuklarına bu aylıklardan fazla olanı ödenir." cümlesi yeniden eklenmiştir.

Görüldüğü üzere 1479 sayılı Kanunun 46. maddesinin ilk halinde 24.07.2003 tarihli ve 4956 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile getirilen "Ancak evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kız çocuklarına bu aylıklardan fazla olanı ödenir." ifadesi bulunmamaktadır. Sadece sigortalının kız çocukları yönünden " geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" şartının bulunduğu görülmektedir.

Öte yandan Özel Daire bozma kararında 1479 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde eşi üzerinden dul aylığı alan davacı yönünden "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" şartının gerçekleşmediği belirtilmiş ise de, dosya kapsamından bu şartın sağlanıp sağlanmadığı anlaşılamamaktadır. Davacının, babasının ölüm tarihinde eşinden aldığı ölüm aylığının

miktarı belirlenmeden ve aldığı aylığın babasının ölüm tarihinde belirlenen asgari ücretin altında olup olmadığı tespit edilmeden veya başka gelir getirici faaliyetinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" şartının gerçekleşmediğini söylemek mümkün değildir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde somut olaya gelince, davacının eş ve babasının ölüm tarihleri değerlendirildiğinde, 1479 sayılı Kanunun 46. maddesinin 24.07.2003 tarihli ve 4956 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki hâlinin uygulanmasının gerektiği ve bu düzenlemede somut olay bakımından davacının eşinden aldığı ölüm aylığının yanında sigortalı babasından ölüm aylığı alabileceği, ancak bunun tek şartının evlenmenin son bulması hâlinde, dul kaldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren geçimini sağlayacak başka bir gelirinin bulunmaması olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mahkemece babasından dolayı ölüm aylığı talebinde bulunan davacının "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" şartının kapsamlı bir şekilde araştırılması gerekmektedir. Ayrıca 1479 sayılı Kanunun 43. maddesine göre ölüm aylıklarının beş yıl geçtikten sonra talep edilmesi hâlinde talep tarihinden itibaren ölüm aylığının bağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Somut olay bakımından mahkemece yapılacak araştırma sonucunda davacı yönünden geçimini sağlayacak başka bir geliri olmadığı sonucuna ulaşıldığı takdirde bu kez hak düşürücü beş yıllık süreye dikkat edilerek ve davacının sigortalı babasından dolayı ölüm aylığı talep tarihi göz önüne alınarak karar verilmelidir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, eşinden ölüm aylığı alan davacı yönünden "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" şartının gerçekleşmediği, Özel Dairenin kararının doğru olduğu ve direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hâl böyle olunca direnme kararı yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ve nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı ... Kurumu Başkanlığı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda açıklanan bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 24.01.2018 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

DAVA KONUSUNUN TEMLİKİ

MURİS MAVAZAVI • TAPU İPTALİ

ÖZET: Adil paylaşım yapmayan muris işlemi bir kısım mirasçılırdan mal kaçırmak amacıyla gerçekleştirdiğinde tapu iptal edilmelidir.*

Y. 1 HD. E.2014/22254, K.2017/4880, T.03.10.2017

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Davacılar, mirasbırakan babaları ...'ın kayden maliki olduğu 9159 ada 1 parsel sayılı taşınmazdaki 7, 9 ve 10 numaralı bağımsız bölümleri satış suretiyle davalı oğluna devrettiğini, temlikin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı, bedelsiz ve muvazaalı olduğunu, mirasbırakanın mal satmaya ihtiyacı olmadığı gibi davalının da alım gücünün bulunmadığını ileri sürerek, tapu kayıtlarının iptali ile miras payları oranında adlarına tescile karar verilmesini istemişlerdir.

Davalı, binanın yapımındaki katkısına karşılık devrin yapıldığını, temlikteki amacın mirasçılardan mal kaçırmak değil paylaştırmak olduğunu belirtip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; muvazaa olgusunun ispatlanamadığı, murisin paylaştırma kastıyla hareket ettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden, mirasbırakan ...'ın maliki olduğu 9159 ada 1 parsel sayılı taşınmazdaki 7, 9 ve 10 nolu bağımsız bölümleri 23.03.1995 tarihinde satış suretiyle davalı oğluna temlik ettiği, 1936 doğumlu mirasbırakan ...'in 23.08.2010 tarihinde öldüğü, geriye mirasçı olarak davacı kızları Şerife ve Ayşegül ile davalı oğlu Güven'in kaldığı, başkaca mirasçının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nisbi (nitelikli-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras

1 Gönderen: Av. Hasan Koçarslan

hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında ve l.4.1974 tarihli 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında açıklandığı üzere; görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de 4721 s. Türk Medeni Kanunu' nun (TMK) 706, 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 237 (818 s. Borçlar Kanunu'nun (BK) 213) ve Tapu Kanunun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtmek gerekir ki; bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki kişisel ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Öte yandan mirasbırakan sağlığında hak dengesini gözeten kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçıları kapsar biçimde bir paylaştırma yapmışsa mal kaçırmak kastından söz edilmeyeceğinden olayda 1.4.1974 tarih 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanamayacağı da kuşkusuzdur.

Somut olayda, davalı 09.05.2013 tarihli cevap dilekçesinde taşınmazların devri için mirasbırakan babasına herhangi bir bedel ödemediğini, binanın yapımına katkısı karşılığında temliklerin yapıldığını belirtmiştir. Mahkeme kararında her ne kadar paylaştırma kastı ile hareket edildiği kabul edilmiş ise de, mirasbırakanın sağlığında hak dengesini gözeten kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçıları kapsar biçimde bir paylaştırmanın kayden saptanamadığı, bu durumda denkleştirme olgusunun varlığından söz edilemeyeceği, tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde

mirasbırakanın dava konusu taşınmazları kızları olan davacılardan mal kaçırmak amacıyla davalı oğluna muvazaalı ve bedelsiz olarak temlik ettiği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir.

Davacıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 02.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 1.480.00.-TL. duruşma vekâlet ücretinin temyiz edenden alınmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 03.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DAVA KONUSUNUN TEMLİKİ

ÖZET: Taraflardan biri dava konusu olay şeyi bir başkasına temlik eder ise karşı taraf dilerse o şeyi temlik alana karşı davaya devam eder ya da temlik edene karşı tazminat davası olaak davaya devam eder.

Y. I. HD. E.2012/10659, K.2013/2022, T.14.2.2013

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, 3. kişilere temlik edilen paylar yönünden bedel, mümkün olmaz ise tenkiz isteğine ilişkindir.

Mahkemece, tapu iptal ve tescil isteğinin reddine, bedel isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delilerden; davacıların, niras bırakanları Hasan Bozkuş'un 36 parsel sayılı taşınmazdaki 12/400 payının çıplak mülkiyetini 06.02.1984 tarihinde, 3/1600 payını ise 19.07.1988 tarihinde davalı ikinci eşine mirastan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı olarak satış göstermek suretiyle devrettiğini, daha sonra anılan parselde kat mülkiyeti kuruludğunu ve davalıya isabet eden bağımsız bölümlerden birine isabet eden payın elden çıkartıldığını, bir adet bağımsız bölümün de davalı adına kayıtlı olduğunu ileri sürerek, davalı adına kaıtlı bölümün tapusunun iptali ile miras payları oranında tescil, temlik edilen pay yönünden bedel, mümkün olmaması halinde tenkis istekli eldeki davayı açtıkları anlaşılmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki; tarafların tüm delilleri toplanıp tetkik edildikten ve HUMK.'nun 376. (HMK. 186) maddesine göre son sözleri dinlenip duruşmanın bittiği bildirildikten sonra hakimin, aynı yasanın 388. (HMK. 297) maddesi uyarınca kararı gerekçesi ile birlikte (tam olarak) yazması ve hüküm sonucunu 389. (HMK. 297) maddede öngörülen biçimde tefhim etmesi asıldır.

Ne var ki, uygulamada söz konusu yasanın 381. maddesinin son fıkrasının getirdiği ayrıcalığa dayanılarak bazı zorunlu nedenlerle sadece hükmün sonucu tutanağa geçirilip tefhim edilmekte, gerekçeli karar daha sonra yazılmaktadır.

İşte bu gibi hallerde HUMK.'nun 389. (HMK. 297) maddesine uygun olarak tarafların hak ve yükümlülüklerini açıkça gösteren, tefhim ile aleniyet ve hukuki varlık kazanan kısa karara daha sonra yazılan gerekçeli kararın uygun olması zorunludur. Esasen kısa kararı yazıp tephim etmekte davadan elini çekliş olan hakimin artık bu kararını değiştirmesine yasal olanak yoktur.

Öte yandan, kısa kararla gerekçeli kararın çelişkili bulunması yargılamanın aleniyeti, kararların alenen tefhim edilmesi ilişkin Anayasa'nın 141. maddesi ve HUMK.'nun yukarıda değinilen buyurucu nitelikteki maddelerine de aykırı bir durum yaratır. Ayrıca anılan husus kamu düzeni ile ilgili olup, gözetilmesi yaza ile hakime yükletilmiş bir ödevdir. Aksine düünce ve uygulama yargı, yargıç ve kararlarının her türlü düşenceden uzak, saygın ve güvenilir olması ilkesi ile de bağdaşmaz.

Somut olayda, değinilen ilke ve yasa hükümleri göz ardı edilerek kısa kararda tedbir yönünden bir karar verilmediği halde, gerekçeli kararda, kısa karardaki hükme ilave olarak; Dahili davalıya ait Maltepe Yeni Kariye Mahallesi, 5 pafta, 104 ada, 14 parselde bulunan 3 nolu bağımsız bölümün kaydına 04.12.2009 tarihinde yazımız ile konulmuş olan tedbirin karar kesinleşinceye kadar devamına" şeklinde hüküm kurulmak suretiyle kısa karara çelişkili biçimde gerekçeli karar yazılması doğru değildir.

Kabul tarzı itibariyle de; çekişme konusu A Blok 7 nolu meskenin dava açıldıktan sonra 28.11.2005 tarihinde dava dışı Özel Topçu'ya, ondan da 24.08.2006 tarihinde E.İnş.E.D.ve Tic.Ltd.Şti. satış yoluyla devredildiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere; dava açıldıktan sonrada sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanında doğal bir sonucudur. Usul Hukukumuzda da ayrık durumlar dışında dava konusu veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebile-

ceği kabul edilmiş, gerek karar tarihinde yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK.'nun 186., gerekçe sonradan yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 125. maddesinde dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devir ve temliki halinde yapılacak usuli işlemler düzenlenmiştir. HUMK'nun 186. madde hükmüne göre iki taraftan biri dava konusunu (müddeabihi) bir başkasına temlik ettiği takdirde diğer taraf seçim hakkını kullanmakta dilerse temlik eden ile olan davasını takipden vazgeçerek davayı devralan kişiye yöneltmekte, dilerse davasına temlik eden kişi hakkında tazminat davası olarak devam edebilmektedir.

O halde, mahkemece, kendiliğinden (re'sen) gözetilmesi gereken bu usul kuralının dikkate alınmadan sonuca gidilmiş olması yerinde değildir.

Davacılar vekili ile dahili davacı vekilinin temyiz itirazları açıklanan nedenlerden ötürü yerindedir. Kabulü ile, hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK.'nın 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer hususların incelenmesine şimdilik yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 14.2.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

ÇOCUĞUN SOYADI • BOŞANAN KADININ HAKKI

ÖZET: Velayeti kendisine verilen kadın, çocuğuna kendi soyadını da verebilir.*

Y. 2. HD. E.2018/1306, K.2018/4719, T.09.04.2018

Davacı B. 12.05.2016 tarihli dava dilekçesinde; davalılardan Y. ile 27.02.2015 tarihinde kesinleşen kararla boşandıklarını, ortak çocuk 17.03.2011 doğum tarihli A. E'nin velayetinin kendisine verildiğini, okula başlayan ortak çocuğun "İ" olan soyadı ile kendisinin evlenmeden önceki soyadı olan "K" soyadlarının farklılığı sebebiyle günlük işlemlerde sorun yaşadığını, çocukla ilgili işlemlerde annesi olduğunu belgelemek için nüfus kayıt örneği ile boşanma ilamını ibraz etmek zorunda kaldığını, davalı babanın ortak çocuğa ilgisiz olduğunu, çocukla uzun süredir görüşmediğini ve nafaka ödemediğini, çocuğun da anne ile çocuğun soyadlarının farklı olmasından rahatsız olduğunu ve anne ile aynı soyadını taşımak istediğini iddia ederek, ortak çocuğun soyadının davacı annenin soyadı olan "K" olarak değiştirilmesini talep ve dava etmiş, ilk derece mahkemesi 18.07.2017 tarihli kararla; "4721 sayılı TMK.nun 321. maddesine göre ana ve baba evli ise çocuğun ailenin soyadını taşıyacağı, "aile" deyiminden babanın anlaşılacağı, çocuğa soyadı verilmesi için o çocuğun doğum tarihinde anası ile babasının evli olup olmadığına bakmanın gerekeceği, soyadının değiştirilmesi istenen 17.03.2011 doğumlu A.E'in doğum tarihi itibariyle ana ve babasının evli olduğu, evlilik birliği içinde doğan çocuğun TMK.nun 321.maddesine göre babanın soyadını aldığı, çocuğun soyadı bu suretle belirlendikten sonra onun soyadını velayet hakkına dayanarak değiştirmenin Türk Medeni Kanununun 321. maddesindeki düzenleme karşısında mümkün olmadığı, çocuğun soyadının ancak ergin olduktan sonra Türk Medeni Kanununun 27. maddesindeki koşulların varlığı halinde kendisi tarafından veya babanın TMK.nun 27. maddesindeki koşulları kanıtlayarak kendi soyadını değiştirmesi halinde mümkün olduğu, bu iki durum gerçekleşmediği sürece çocuğun babanın soyadını taşıması gerektiği..." gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, kararın anne tarafından istinaf edilmesi üzerine İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 14.11.2017 tarihli kararı ile "...evlilik birliği içinde doğan çocu-

* Gönderen: Av. Figen Erbek

ğun Türk Medeni Kanununun 321. maddesi uyarınca babanın soyadını aldığı..." gerekçesiyle davacının istinaf talebini esastan reddetmiş, hüküm davacı anne tarafından temyiz edilmiştir.

dava münhasıran velayet hakkına sahip davacı annenin ortak çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesine yöneliktir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; ortak çocuk Asır E'nin tarafların evlilik tarihinden önce 17.03.2011 tarihinde doğduğu, 18.03.2011 tarihinde davalı baba tarafından tanınarak baba ile soybağının kurulduğu, tarafların 22.08.2011 tarihinde evlendikleri ve 27.02.2015 tarihinde kesinleşen kararla boşandıkları, boşanma kararı ile birlikte ortak çocuk Asır E'nin velayetinin davacı anneye bırakıldığı, davacı annenin halen velayet hak ve sorumluluğuna sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur (TMK m. 282). Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur (TMK m. 292). Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır (TMK m. 321).

Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir (TMK m.27). Soyadı, bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır.

Velayet; ana veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir (AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Kanunu C.2, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 400). Velayet, çocuk ergin oluncaya kadar onunla ilgili alınması zorunlu kararları alma hususunda veliye sorumluluk yükler ve onları yetkili kılar. Bu bakımdan modern hukukta velayet, bir hak olduğu kadar aslında çocuğun üstün yararının sağlanması bakımından yetki ve sorumluluk da içerdiğinden, hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak kabul edilmektedir. Velayetin nihai amacı, henüz erginliğe

ulaşmamış küçüğün, ileride bir yetişkin olarak gelecekteki hayata hazırlanmasını sağlamaktır (AKYÜZ,Emine Çocuk Hukuku Çocuk Haklarının Korunması,2012 s.220). 4721 sayılı Kanun'un velayet hakkına ilişkin 335. maddesinde, ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı belirtilmek suretiyle evlilik ilişkisi süresince velayet hakkının ve bu kapsamdaki yetkilerin ortak kullanımına işaret edilmiş; 336. maddesinde evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâlinde hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde velayetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu hüküm altına alınmış, velayet hakkı ve içerdiği yetkilerin kullanımı noktasında da eşlerin eşitliği prensibi yansıtılmaya çalışılmıştır.

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde, velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dâhilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususunun düzenlendiği 21.6.1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şeklindeki düzenleme Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı gerekçesinde, kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları gereğine yer veren uluslararası sözleşme hükümlerine de atıf yapılmak ve eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmek suretiyle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı görülmesi nedeniyle iptaline karar verildiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2015 ve 2013/3434 numaralı, 11.11.2015 tarih ve 2013/9880 numaralı, 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 numaralı bireysel başvuru kararlarında ise; velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda ol-

duğunu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, eldeki somut olaya benzer nitelikteki başvurulara konu yargısal kararlarda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiş, aynı kararlarında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararları, soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak, sadece başvuruda bulunan kişi ve başvuruya konu idari işlem ya da karar açısından geçerli ve bağlayıcıdır. Anayasa Mahkemesinin saptadığı hak ihlalinin, mahkeme kararından kaynaklandığını belirleyen ve Kuruluş Kanununun 50. maddesinin (2.) fıkrasında dayanarak aldığı "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmasına" ilişkin kararı karşısında, ilk derece mahkemelerinin başvuru konusu somut olay ve kişi bakımından artık başka türlü karar vermesine olanak yoktur. Ne var ki, yukarıda açıklanan velayet hakkına sahip annenin ortak çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesine yönelik açılan başkaca davalarda yapılan benzer yargısal kararların, bireysel başvuru konusu yapılması Halinde Yüksek Mahkemece, bundan sonra da hak ihlalinin tespit edileceği ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yolunun açılacağı da muhakkak gözükmektedir. Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye'nin taraf olduğu eki protokollerin ortak koruma alanında bulunan "temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının" öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulması asıldır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları kapsamında; "Çocuğun Üstün Yararı" ilkesinin de irdelenmesi gerekmektedir. Bu ilkenin en genel anlamdaki tanımı, çocuğun yararlarının her zaman ve her koşulda öncelikle korunması olup, çocuk hukukunda karşılaşılan tüm sorunlarda, görevli ve yetkililere yol gösteren, çocuk yararına çözümün tercih edilmesini emreden, zayıfı, güçlüye karşı koruyan en üst ilkedir (AKYÜZ,Emine Çocuk

Hukuku Çocuk Haklarının Korunması, 2012 s. 10). Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her işte göz önüne alınması zorunlu olan ve belirli bir somut olayda çocuk için en iyisinin ne olduğunu belirlemede dikkate alınan bir ölçüt, bir kılavuzdur. Çocuğun üstün yararı çocuğun haklarını garanti altına alan bir işlev de üstlenmektedir (YÜCEL,Özge Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, Aralık 2013, s. 117-137). Esasın da çocuğun üstün yararına gereken önemin verilmesi, yalnızca çocuğun ya da ana babanın değil, toplumun da menfaatinedir. Çünkü çocuğun sosyal, kültürel, fiziksel ve psikolojik yönden olumlu gelişimi, ilerde toplumda zararlı davranışlarının ortaya çıkmasını da engelleyecektir (BAKTIR, Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Ankara 2000 s.33).

Somut olayda, velayet hakkına sahip davacı anne, soyadlarının farklı olmasından çocuğun rahatsız olduğunu ve anne ile aynı soyadını taşımak istediğini ileri sürmüş olup, davacı tanıkları da davalı babanın çocuğuna ilgisiz olduğunu, yaklaşık üç yıldır babanın çocuğunu görmeye gelmediğini, çocuğun birlikte yaşadığı anne ile aynı soyadını taşımamaktan rahatsız olduğunu, anne ile aynı soyadını taşımak isteğini sürekli dile getirdiğini, kendisini tanıtırken soyadını annenin soyadı olan "K" olarak ifade ettiğini beyan etmişlerdir. Çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesi halinde çocuğun üstün yararı bakımından ruhsal gelişiminin olumsuz etkileneceği ileri sürülmediği gibi, az önce açıklanan tanık beyanlarından çocuğun soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesinin çocuğun üstün yararına olabileceği anlaşılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında; velayet hakkı tevdi edilen annenin çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin velayet hakkı kapsamındaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğu, velayet hakkı kapsamında çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığı, aynı hukuksal konumda olan erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil edeceği, evlilik birliği içinde doğan çocuğun taşıdığı ailenin soyadını, evlilik birliğinin sona ermesi ile kendisine velayet hakkı tevdi edilen annenin kendi soyadı ile değiştirmesini engelleyici yasal bir düzenlemenin bulunmadığı, somut olayda söz konusu değişikliğin çocuğun üstün yararına da aykırı bulunmadığı ve çocuğun soyadı değişmekle kişisel durumunun değişmeyeceği (TMK m. 27) dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesinin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek, davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan sebeple İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin 14.11.2017 tarihli kararının **KALDIRILMASINA,** ilk derece mahkemesi olan İzmir 8. Aile Mahkemesinin 18.07.2017 tarih 2017/11 esas, 2017/523 karar sayılı kararının **BOZULMASINA,** dosyanın adı geçen ilk derece mahkemesine gönderilmesine, kararın bir örneğinin de adı geçen bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine 09.04.2018 günü **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

MESKEN ABONELİĞİ • TÜKETİCİNİN GÖREVİ

ÖZET: Mesken aboneliği uyuşmazlığında tüketici mahkemesi görevlidir.

Y. 3. HD. E.2014/12951, K.2015/5006, T.26.03.2018

Davacı dava dilekçesinde; .. İlçesi, .. Mah., ... Sok, No:.., Kat:.., .. numaralı meskendeki .. numaralı aboneliğin kendisine ait olduğunu, eski abonenin borcundan dolayı sayacın sökuldüğünü; davalı tarafça, muhtelif icra dosyaları ile elektrik bedelinin tahsili için icra takibi yapıldığını belirterek; eski malikin borcunun tespiti ile bu borçtan tarafının sorumlu olmadığının tespitine karar verilmesini ve icranın durdurulmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, cevap dilekçesinde; davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; ispat edilemeyen davanın reddine karar verilmiş hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamından, dava konusu .. nolu aboneliğin mesken aboneliği olduğu, takibe konu borcun kaçak elektrik tüketiminden kaynaklandığı anlaşılmıştır.

4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç başlıklı 1.maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar" hükmüne yer verilmiştir.

Bir hukuki işlemin 4077 sayılı yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut uyuşmazlıkta, 4077 sayılı yasanın değişik 11/A maddesi kapsamında sözleşme ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır.

4077 sayılı yasının 23.maddesi bu kanunun uygulanması ile ilgili her türlü ihtilafa tüketici mahkemelerinde bakılacağı öngörülmüştür.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak sözkonusu olmaz.

4077 sayılı Kanunun 2. ve 3. maddeleri gereği somut olayda (mesken) abonelik sözleşmesi bulunduğundan ve davacı tüketici tanımına uyduğundan 4077 sayılı Kanunun uygulanması gerekmektedir. Aynı yasanın 23. maddesi gereğince, uyuşmazlığın çözümünde Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu gözetilerek, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken; yazılı şekilde işin esasına girilip hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, doğru görülmemiştir.

Bozma nedenine göre, davacının sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 26.03.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

NAFAKA ARTTIRIMI • EKONOMİDE KÖTÜLEŞME

ÖZET: Ekonomik kötüleşme tespit edilirse nafaka yükümlüsünün sorumluluğu daraltılabilir.

Y. 3 HD. E.2014/1242, K.2014/3552, T.06.03.2014

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı vekili dilekçesinde; tarafların Zeytinburnu 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ...sayılı kararı ile boşandıklarını, boşanma protokolünde davalı lehine 200 TL yoksulluk nafakasının her yıl % 60 oranında artırılmasının taraflarca kabul edildiğini, boşanmadan sonra ekonomide yaşanan değişimler sonucu davacının ekonomik ve sosyal durumunun kötüleştiğini belirterek, nafaka ve nafaka artış oranının öncelikle kaldırılmasına, bu talebin kabul edilmemesi halinde nafaka ve nafaka artış oranının yeniden düzenlenerek indirilmesine ve yeniden uyarlanmasını talep ve dava etmiştir.

Mahkemece; davanın kısmen kabulü ile Zeytinburnu 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin, ... sayılı ilamı ile davalıya bağlanan 200 TL ve dava tarihi itibariyle 8.589,92 TL olan yoksulluk nafakasının dava tarihi itibari ile 6.000 TL olarak belirlenmesine ve dava tarihinden itibaren her yıl EFE-Ü-FE'deki artış oranında artırılarak davacıdan alınarak davalıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiş ve Dairemizin 10.10.2012 tarih, 2012/16016 E.- 2012/21232 K. sayılı ilamı ile; "..... mahkemece; davacının hissedarı olduğu şirketin ticari faaliyetinin devam edip etmediği, şirketle ilgili olarak, hisse miktarları ve ne kadar gelir elde ettiği hususlarındaki deliller tam olarak toplanıp ve bu konuda gerekirse bilirkişi incelemesi yapılıp, davacının tüm gelir ve mal varlığı tam olarak tesbit edilip, boşanma ve sonrası (şimdiki hali) mali durumu tam olarak tesbit edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu konuda deliller tam olarak toplanmadan eksik inceleme ve araştırma ile hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir" gerekçesiyle kararın bozulmasına karar verilmiş,

Mahkemece; bozma ilamına uyulmasına karar verilmek suretiyle yapılan yargılama neticesinde, "tarafların 2001 yılında anlaşmalı olarak boşandıkları, boşanma sırasında tarafların davalı lehine bağlanan yoksulluk nafakasının her yıl % 60 oranında arttırılmasına karar verdikleri, ancak yıllar içinde tarafların ekonomik durumlarında değişiklikler olduğu, davacının yeniden evlendiği, iş yerinin tasfiye sürecine girdiği, ekonomik durumda gerileme olduğu, davacının ekonomik şartlarında ciddi boyutlarda değişiklikler bulunduğu, davacının ödeme zorluğu çektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulu ile, yoksulluk nafakasının dava tarihinden geçerli olmak üzere 600 TL olarak belirlenmesine ve bu nafakanın her yıl EFE-Ü-FE'deki artış oranında artırılmasına", karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece; bozma ilamına uyulmasına karar verilmiş ise de, bozma ilamı gerekleri tam olarak yerine getirilmeden, davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiştir.

Dosya kapsamına göre; davacının hissedarı olduğu şirketin tasfiye sürecine girdiği bu nedenle davacının, ekonomik durumunda gerileme olduğu gerekçesiyle nafakanın indirilmesine karar verilmiş ise de dosya içinde mevcut tapu kaydında ekonomik durumu gerilediği iddia edilen davacının 19.03.2013 tarihinde niteliği üç bloklu atölye olan 16 nolu bağımsız bölümü satın aldığı, ayrıca İstanbul Beylikdüzü'nde kain bir taşınmazın da yarı hissedarı olduğu anlaşılmaktadır.

Belirtilen bu olgular karşısında; davacının ekonomik ve sosyal durumunun kötüye gittiği, gerilediği yönündeki iddianın dosya kapsamında mevcut bilgi ve belgelerle çeliştiği sabittir. Bu durumda mahkemece; davacının ekonomik ve sosyal durumunun net, çelişkisiz tespiti amacıyla konusunda uzman bilirkişiden rapor alınmak suretiyle davacının ortağı olduğu şirketin tasfiyeye girme nedeni araştırılarak, tasfiyeye girme nedeniyle davacının ekonomik ve sosyal yaşamında değişiklik yaşanıp yaşanmadığı, hakkında nafaka alacağı dışında takip eden icra takip dosyalarının bulunup bulunmadığı, ayrıca sahip olduğu taşınmazların rayiç değerlerinin tespiti ile sonucu dairesinde hüküm kurulması gerekirken, davacının ortağı olduğu şirketin tasfiyeye girmesi nedeniyle ekonomik durumunun bozulduğu gerekçe gösterilmek suretiyle, eksik inceleme sonucu davalı aleyhine fahiş miktarda nafaka indirimi yapılması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 06.03.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

HAKSIZ FİİL • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Haksız fiilden kaynaklı tazminat davalarına Asliye Hukuk Mahkemelerinde bakılır.

Y. 4 HD. E. 2017/4797, K.2017/8647, T.25.12.2017

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... İletişim A.Ş. ve diğerleri aleyhine 29/12/2015 gününde verilen dilekçe ile sahte kimlik kullanılarak hat aboneliği nedeni ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın görev yönünden reddine dair verilen 16/05/2016 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, haksız eylem nedeni ile manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın görev yönünden reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı; kimlik bilgilerinin kullanılması suretiyle adına hatlar açıldığını, davalılardan ... İletişim Anonim Şirketi'nin bu hatları kullanıma sunduğunu, ... Anonim Şirketi'nin ve bayisi olan ...'nin ise, numara taşıma işlemini denetimsizce gerçekleştirdiğini ve bu nedenlerle ceza soruşturması ile karşı karşıya kaldığını belirterek manevi zararın tazmini isteminde bulunmuştur.

Davalılardan ... İletişim Anonim Şirketi; uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğunu, ... Anonim Şirketi ise; sahtecilik işleminin kendileri tarafından yapılmadığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Davalı ... davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73. maddesine dayanılarak, uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olduğundan bahisle davanın usul yönünden reddine karar verilmiştir.

Haksız fiilden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davalarında, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 2. maddesine göre, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir.

Dosya içeriğinden; davanın haksız fiilden kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken uyuşmazlığın çözümünde tüketici mahkemesi görevli olduğundan bahisle davanın görev yönünden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup kararın bozulmasını gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 25/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YERSİZ ÖDEME • KURUM ALACAĞI

ÖZET: Kurum sigortalısının üzerinden yersiz sağlık yardımı alan kızının davranışından kurum sigortalısı bizzat sorumludur.

Y.4 HD. E.2017/4757, K.2017/8730, T.26.12.2107

Davacı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 21/04/2011 gününde verilen dilekçe ile itirazın iptali istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın husumet nedeniyle reddine dair verilen 23/10/2014 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; davalının, 5510 sayılı Kanun 4/c maddesi kapsamında davacı kurumun sigortalısı olduğunu, davalının kızı ...'in evlendikten sonra babası üzerinden haksız şekilde sağlık yardımından faydalandığını, kurum alacağının tahsili için ... 2. İcra Müdürlüğü'nün 2010/7761 sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını, davalının itirazı üzerine takibin durduğunu, davalının borca itirazının haksız olduğunu belirterek ... 2. İcra Müdürlüğü'nün 2010/7761 sayılı dosyasındaki borca itirazın iptalini, davalının %40 oranında icra inkar tazminatı ödemesini talep etmiştir.

Davalı; davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; sağlık hizmetinden yararlanan kişinin davalının kızı olduğu, davalının kızı ile görüşmediğini beyan ettiği ve kızının evliliğinden haberi olmadığı, bu durumda bildirimde bulunması ve alacaktan sorumlu tutulması gereken kişinin davalının kızı olduğu gerekçesi ile davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Davalı, davacı Kurumun 5510 sayılı Kanun 4/c maddesi kapsamında sigortalısıdır. Davacı Kurumun mensubu davalı olduğuna göre, davalıya husumet düşer. Bu nedenle işin esasına girilerek varılacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** 26/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MİRASIN REDDİ

ÖZET: Mirası red eden kişiler durumu davanın hüküm aşamısında gözetilmesi gerekir. Rücu işlemi sırasında teselsül olmaz.

Y.4. HD., E.2017/4875, K.2017/8314, T.14.12.2017

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... ve diğerleri aleyhine 17/05/2011 gününde verilen dilekçe ile rücuen tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 12/04/2017 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili ile davalılar tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalılar ... ve ...'in aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalılar ... ve ...'in diğer temyiz itirazına gelince;

Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kıs-

men kabulüne karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

Davacı idare vekili, ...'na bağlı ... Doğum ve Çocuk Bakımevi'nin temizlik işini ihaleyle alan dava dışı şirketin çalıştırdığı işçilerden dolayı SGK'ya olan prim borcuna istinaden; bu şirketin, bakımevi nezdindeki her türlü hak ediş ve alacaklarının, 506 sayılı yasanın 83. maddesine göre bakımevi tarafından mahsup edilip, kalanının şirkete ödemesi gerekirken, bu hususun gözetilmediğini, bu nedenle ... İş Mahkemesi'nin 25/12/2008 gün, 2008/285 esas ve 2008/515 karar sayılı ilamı uyarınca, Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü'ne 27/12/2010 tarihinde 58.674,00 TL ödeme yapıldığını belirterek, bu bedelin usulünce işlem tesis etmeyen davalılardan rücuen tahsili isteminde bulunmuştur.

Davalılar, davanın reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, bozma ilamı sonrası alınan 21/07/2016 tarihli kök, 08/02/2017 tarihli ek bilirkişi raporları hükme esas alınarak, kamu zararının toplam 58.674,00 TL olduğu, bu meblağın yarısına davacı idarenin katlanması gerektiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, 20.104,45 TL'nin davalı ... ile davalı ... mirasçıları ..., ... ve ...'den müştereken ve müteselsilen, 2.878,50 TL'nin davalı ... ile davalı ... mirasçıları ..., ..., ... ve davalı ...'den müştereken ve müteselsilen, 5.004,42 TL'nin davalı ... mirasçıları ..., ... ve ...'den müştereken ve müteselsilen, 1.364,71 TL'nin davalı ...'den tahsiline karar verilmiştir.

Dava rücuen tazminat istemine ilişkin olduğundan, zararın doğmasına neden olduğu belirtilen davalılardan her biri, yalnızca kendi kusuruna isabet eden miktardan sorumludur. Davalıların, Mahkemece takdir edilen zarar kalemlerinden, kendi içlerinde müteselsilen sorumlu tutulmaları doğru değildir. Rücuda teselsül olmaz ilkesi uyarınca, zarar kalemlerinin her biri yönünden, her bir davalının somut olaydaki kusur ve sorumluluğuna göre tazminata karar verilmelidir. Açıklanan nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

3- Davalı ... mirasçıları ..., ... ve ...'in temyiz itirazlarına gelince;

Davalı ..., yargılama sırasında 29/01/2013 tarihinde vefat etmiştir. Davalının mirasçıları olan ..., ... ve ..., davalının vefatı üzerine, üç aylık sürede ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak, murislerinin mirasını reddettiklerinin tespitini talep etmişlerdir. ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 22/03/2013 gün, 2013/240 esas, 2013/296 karar sayılı ilamla; muris ...'ün mirasının adı geçen mirasçılar tarafından kayıtsız ve şartsız olarak reddedildiğinin tespitine, mirası ret hususunun kütüğe şerhine karar verilmiş; hüküm, 22/03/2013 tarihinde kesinleşmiştir.

Mahkemece verilen davanın reddine dair 11/09/2013 günlü ilk kararda; mirasçıların, murisin mirasını kayıtsız ve şartsız olarak reddettikleri anlaşılmış ise de; bu hususun kararın infazı sırasında gözetilmesinin gerektiği, buna ilişkin veraset ilamı celp edilerek, tüm mirasçıların davaya dahil edildikleri bildirilmiş, davalıların dava konusu işlemlerle ilgili herhangi bir sorumluluklarının bulunmadığı gerekçesiyle, davanın tüm davalılar yönünden esastan reddine karar verilmiştir.

Kararın temyizi üzerine Dairemizce, 29/01/2015 gün, 2014/3135 esas, 2015/1189 karar sayılı ilam ile hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Bozma ilamında; murislerinin yargılama sırasında vefat etmesi nedeniyle davaya dahil edilen ... mirasçılarının, mirası reddetmiş bulunmalarının, eldeki davada hüküm kurulurken gözetilmesi gerektiği, bu hususun kararın infazı sırasında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin mahkeme kabulünün yerinde olmadığı belirtilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmasına karar verilmiş ancak, bozulan karardaki aynı gerekçelerle yine; mirasın reddi hususunun kararın infazı sırasında gözetilmesinin gerektiği belirtilmiş ve ... mirasçıları ..., ... ve ... aleyhine hüküm kurulmuştur. Diğer bir anlatımla, Mahkemece bozma ilamına uyulmasına rağmen, bu hususta bozmanın gereği yerine getirilmemiştir.

Mirasın reddine karar verildiği durumlarda, mirasçılar aleyhine tazminata karar verilemez. Bozma ilamımızın yukarıda belirtilen (2) numaralı bendi uyarınca, davalıların kusur oranları tespit edildikten sonra, muris ...'ün kusuruna isabet eden tazminat miktarı yönünden, mirasçılar ..., ... ve ... ile ilgili olarak, mirasın reddi nedeniyle davanın reddine karar verilmelidir. Kararın açıklanan nedenle bozulmasına karar verilmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda (2) numaralı bentte gösterilen nedenlerle davalılar ... ve ... yararına, (3) numaralı bentte gösterilen nedenlerle davalı ... mirasçıları ..., ... ve ... yararına **BOZULMASINA,** davacının tüm, davalılar ... ve ...'in diğer temyiz itirazlarının (1) numaralı bentte gösterilen nedenlerle reddine ve davalılardan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 14/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGI YOLU • İDARİ YARGI GÖREVİ

ÖZET: Kamu hastanesindeki doktor kusurundan doğan uyuşmazlıklara idari yargıda bakılır.

Y.4 HD. E.2017/4653, K.2017/8410, T.18.12.2017

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 05/10/2009 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 05/05/2016 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, tedavi hatası nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; karar; davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, davacının ... Devlet Hastanesinde davalı tarafından ameliyat edildiğini, hatalı tedavi ve yanlış ilaç uygulaması nedeniyle belinde kayma ve bacak kaslarında zayıflamaya neden olduğunu belirterek, uğranılan maddi ve manevi zararının giderilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, yetkisizlik ve husumet yokluğu nedeniyle davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, ... İl Sağlık Müdürlüğü, KTÜ ... Hastanesi, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesi ve Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu tarafından düzenlenen raporlar dikkate alınarak, davalı tarafından davacıya uygulanan tedavi ve uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/3, 129/5, 657 Sy. K. 13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır.

Davaya konu edilen olayda; ... Devlet Hastanesi'nde uzman doktor ola-

rak görev yapan davalının, görevi sırasında ve görevinden dolayı davacıyı zarara uğrattığı ileri sürülmektedir. Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13/1 maddesi gereğince; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen koşullara uygun olarak, idare aleyhine açılabileceğine göre; davalıya husumet tevcih edilmesi doğru değildir.

Mahkemece açıklanan yasal düzenlemeler gözetilerek, adı geçen davalı hakkında davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı gerekçe ile işin esasına girilerek karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davacının diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 18/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SANTRALİN ZARARLARI • MADDİ TAZMİNAT

ÖZET: Santral zararının ortaya konmasında esaslı çevresel inceleme yapılmalı ve sonuca göre karar verilmelidir.

Y.4. HD. E.2017/4591, K.2017/8519, T.21.12.2017

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı .... Genel Müdürlüğü aleyhine 17/07/2014 gününde verilen dilekçe ile haksız fiil nede...yle maddi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 05/07/2017 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde iste...lmekle temyiz dilekçesi...n kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, haksız fiil nede...yle maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, maliki olduğu ... İli, ... İlçesi'nde bulunan taşınmazlarda ekili

ürünlerin, ... Santrali'...n çevreye yaydığı zararlı gazların ve küllerin etkisi ile zarar gördüğünü, verimin düştüğünü iddia ederek uğradığı zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, ... santralin işletilmesinden dolayı çevreye herhangi bir zarar verilmediği..., resmi kurumlarca hava kalitesi...n sürekli ölçüldüğünü, yönetmeliklerle belirlenen sınır değerlerin aşılmadığını, küllerin toprakla örtüldüğünü düzenli olarak nemlendirme yapıldığını, davanın reddi gerektiği... savunmuştur.

Mahkemece yapılan ilk yargılama neticesinde, mahallinde yapılan tespite göre, davalının işlettiği ... santralin çevreye olumsuz etkisinden dolayı davacının ektiği üründe verim kaybı olduğu kabul edilerek istemin kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalının temyizi üzerine Dairemizce bozulmuştur.

Bozma ilamında; bölgedeki hakim rüzgarları gösterir meteorolojik bulguların getirtilmesi, taşınmazların santrale uzaklıkları ve konumlarının belirlenmesi, santralin çalışma kapasitesi...n ve zamanının sorulması ve daha öncesinde eldeki davada ve emsal dosyalarda rapor veren bilirkişiler dışındaki bilirkişilerden çelişkiyi giderici ve denetime elverişli bir rapor alınması gerektiği belirtilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş, iki ... mühendisi, bir çevre mühendisinden oluşan bilirkişi heyetinden rapor alınmış, bu heyet tarafından hazırlanan bilirkişi raporunun hükme esas alındığı bildirilerek, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda; ... santrallerin çevreye olan kirliliği...n belirlenmesinde kesin bir matematiksel hesabın mümkün olmadığı, dosyaya kazandırılan rüzgar diyagramına göre rüzgar hızları ile bahar aylarında oluşan fırtına türü esmeler dikkate alındığında ... santral bacalarından ve diğer tozumalardan dolayı kirlilik etmenleri...n etrafa rahatlıkla taşınacağı belirtilmiş, ... santralden kaynaklanan "taşınmaz değer kaybı tazminatı" dosyalarında yapılan toprak analiz sonuçları ile bitkilerin kirliliğe hassasiyet

dereceleri, taşınmazların santrallere mesafeleri, konumları, hakim rüzgarların esme yönleri, zamanları ve hızları değerlendirilerek zarar oranlarının belirlendiği ifade edilmiştir.

Özellikle taşınmaz değer kaybı tazminatı dosyalarına davalı tarafça sunulan ve ... Ü...versitesi Öğretim Görevlileri tarafından 2008 yılında ... ... bölgesinden alınan toprak, bitki ve su örnekleri üzerinde yapılan inceleme

neticesinde hazırlanan "... ... ... A ve ... ... B ... Santralleri İşletme Sahaları ve Çevresi...n Toprak, Jeoloji, ... ve Çevre Kirliliği Bakımından İncelenmesi ve Tarımsal Değerleme Çalışmaları Raporu"nda; araştırma alanı topraklarında toplam ... (Kadmiyum), Pb (Kurşun), Zn (Çinko) ve Cu (Bakır) konsantrasyonlarının Toprak Kirliliği Kontrol Yönetmeliği sınır değerleri... aşmadığı, araştırma topraklarının bir kısmında ... (Civa), Cr (Krom) ve ... (...kel) element konsantrasyonlarının sınır değerleri aştığı, ... fazlalığının bulunduğu toprakların jeolojik yapısına bakıldığında bu toprakların ofiyolitik kayaların üzerinde oluşan topraklardan kaynaklandığı, ofiyolitik kayaların genel olarak Fe, ..., Ca, Ti, ..., Co ve Cr elementleri açısından normal değerlerin üzerinde zenginlik arz ettiği, ... santralleri merkez olarak kabul edildiği zaman Cr ve ... dağılımlarının merkezden uzaklaştıkça düzenli bir artış veya azalış sergilememeleri...n, kaynağın bölgedeki ana litolojiden (taş bilimi) kaynaklandığını açıkça gösterdiği, bu zenginleşme...n ... santrallerin bulunmadığı ancak benzer litolojiye sahip olmalarından dolayı ..., ...-Araç ve ...-Yakacık bölgelerinden toplanan kaya ve toprak örneklerinde de tespit edildiği, kirlilik ve toksisite değerlendirmesi yapılırken topraktaki "toplam metal" değeri kadar, "alınabilir metal" değeri...n de önemli bir ölçüt olduğu, ... bölgesinden toplanan toprak örnekleri...n alınabilir... ve Cu içerikleri...n bitkiler için tehlike arz edecek miktarda olmadığı, ayrıca bölge...n kireçli, alkali yüksek KDK ve killi özelliklerde olması nede...yle ağır metallerin toprakda absorbe olduğu, araştırma alanından toplanan su örnekleri...n ise ..., ... ve ... içerikleri...n "İçme Suyu Elde Edilen veya Elde Edilmesi Planlanan Yüzeysel Suların Kalitesine Dair Yönetmelik"te belirtilen sınır değerlerin oldukça altında olduğu, araştırma alanından toplanan bitki örneklerinde belirlenen ağır metaller yönünden yasal bir sınır değer olmadığı, ancak literatür çalışmalarına göre değerlendirme yapılabileceği, toplanan buğday ve ayçiçeği bitki örneklerinde analiz edilen ..., Pb, ... ve Cr açısından birkaç örnekte, literatür çalışmalarında belirlenen sınır değerin üzerinde değer belirlendiği, bu durumun topraktan ziyade atmosferik taşınımlar nede...yle özellikle ge...ş yapraklı bitkilerin toprak üstü aksamları üzerinde çökelmiş olabileceği... düşündürdüğü, fakat bu araştırmanın örnekleme aşamasının hasat sonrasına gelmesi nede...yle ancak anız artıklarında örnekleme yapılabildiği, bitkilerin metal içerikleri konusunda yapılması gereken daha detaylı bir değerlendirme...n, bölgede yaygın olarak bulunan bitki vejetasyonlarından pilot bitkiler seçilmek suretiyle "hasattan önce" toplanacak örneklerde dane, sebze ve meyve gibi unsurlarda metal analizi yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Emsal dosyalara davalı tarafından ibraz edilen ve ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'...n 2014/425 esas sayılı dosyası üzerinden alındığı bildirilen, ... Çevre Mühendisliği Öğretim Üyesi ve Tarım Ekonomistleri tarafından hazırlanan 11/07/2016 tarihli raporda ise; dava konusu alanda yetiştirilen ürün örneklerinde yapılan analizler sonucunda, örneklerin ağır metal, pestisit ve dioksin içerikleri...n "Yemlerde İstenmeyen Maddeler Tebliği", "Türk Gıda Kodeksi Pestisitlerin Maksimum Kalıntı Limitleri Yönetmeliği"

hükümlerine uygun

bulunduğu, santral sahasından alınan toprak örnekleri...n ağır metal içerikleri...n bir çoğunun konsantrasyon değerleri...n, Toprak Kirliliği Yönetmeliği sınır değerleri... aşmadığı, yönetmelik sınır değerleri... aşan metallerin kaynağının da yöre...n doğal yapısı olduğu, Mülga ... İl Çevre ve Orman Müdürlüğü tarafından baca gazı emisyonlarının online olarak izlendiği, Müdürlük tarafından Sanayi Kaynaklı Hava Kirliliği Kontrol Yönetmeliği hükümleri...n aşılmadığının bildirildiği, bu durumun baca gazlarının tarımsal üretimde herhangi bir olumsuzluğa yol açmaması gerektiği biçiminde değerlendirildiği, hava kalitesi verileri ile alınan ürün ve toprak örneklerinde yapılan analizlerin santral kaynaklı herhangi bir kirliliği doğrulamadığı, santral civarında toprakta pH değeri...n yüksek olduğu, bu durumun da toprak ...teliği... değiştirecek bir asitlenme bulunmadığının göstergesi olduğu, dolayısıyla santral emisyonlarının ürün kaybına yol açtığının söylenmesi...n mümkün olmadığı bildirilmiştir.

Şu halde, ... santrallerden kaynaklanan bir zarar olup olmadığı hususunda, dosya kapsamında alınan raporlar ile yukarıda özetlenen raporlar arasında açık bir çelişki bulunmaktadır. Öte yandan, dosya kapsamında alınan rapor ile tespit raporu, gerek hesaplamaya esas zarar oranları, gerekse hesaplanan tazminat miktarları yönünden kendi içlerinde birbirleri ile de çelişmektedirler.

Uyuşmazlığın çözümünde sağlıklı bir sonuca ulaşmak için, öncelikle ... santrallerden kaynaklanan bir zarar olup olmadığı hususu tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenmelidir.

Bu nedenle; gerek eldeki tazminat dosyası, gerekse benzer ...telikteki ürün zararı ve taşınmaz değer kaybı dosyaları ve tespit dosyalarında rapor hazırlamamış, ... Fakülteleri'...n toprak, bitki ve tarım ekonomisi bölümlerinden seçilen uzman üç akademisyen ile çevre mühendisi ve dava konusu yerlerle ilgili bilgi ve deneyimi bulunan ... mühendisi ile fen bilirkişisinden oluşacak altı kişilik bir bilirkişi kurulu aracılığı ile taşınmazlar üzerinde "hasattan önce" keşif yapılmalıdır.

Keşif sırasında, taşınmazlardan yeteri kadar toprak ve bitki örnekleri toplanmalı, ayrıca karşılaştırma yapılabilmesi için santrallerin etki alanı dışındaki taşınmazlardan şahit toprak ve bitki numuneleri ile santrallere komşu taşınmazlardan toprak ve bitki numuneleri alınmalı ve analiz yaptırılmalıdır.

Bilirkişi heyeti tarafından, bitkilerin başak, yaprak ve kökleri yerinde incelenmeli, boyları, gövde kalınlıkları gözlemlenmeli, kökleri çekilerek kök yapılarında çürüklük olup olmadığına bakılmalı, bitki yaprak ayalarının ge...şliği ve parlaklığı kontrol edilmeli, bitki yüzeylerinde normalin dışında bir toz birikimi ve plaklaşmış baca gazı artığı olup olmadığı denetlenmeli ve edi...len gözlem sonuçları raporda açıklanmalıdır. Ayrıca ürünlerin yakından ve anlaşılır şekilde, yeteri kadar fotoğrafları çekilerek dosyaya alınmalıdır.

Toprak ve bitki analiz sonuçları ile yapılan gözlem sonucu tespit edilen hususlar, taşınmazların santrallere uzaklıkları ve konumları, hakim rüzgar yönüne ilişkin meteoroloji verileri, santrallerin çalışma kapasiteleri ve zamanları değerlendirilerek, toplam metal değerleri ile alınabilir metal değerleri tespit edilip, gerek yasal sınır değerler gerekse literatürde kabul edilen değerler ile kıyaslanarak, toprağın doğal yapısının bu sonuçlara etkileri açıklanarak, davaya konu taşınmazlarda santrallerden kaynaklı bir zarar doğup doğmadığı tereddüte yer vermeyecek şekilde tespit edilmelidir. Raporlar arasındaki çelişkiler

nedenleri izah edilerek giderilmeli, Mahkeme...n ve Yargıtay'ın denetimine elverişli, gerekçeli bir bilirkişi raporu hazırlanmalıdır.

Yapılacak incelemeler sonucunda santral kaynaklı bir zarar doğduğu sonucuna varılması halinde ise; zarar hesaplaması yapılırken, brüt gelirden üretim giderleri çıkartılarak net gelir belirlenmeli ve hangi yıla ilişkin ürün zararı iste...yorsa o yıla ilişkin veriler esas alınmalıdır.

Mahkemece, açıklanan yönler gözetilmeyerek, eksik inceleme ve araştırma ile yetersiz bilirkişi raporuna göre karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın, yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nede...ne göre davalının diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 21/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

YURT DIŞINDAKİ ŞİRKET • TÜRKİYE'DE YAPILAN İŞ

ÖZET: Davacının SGK bildirimi davalı şirket tarafından yapılmış, ücretlerini davalı şirket ödemiştir. Türkiye'de yapılan işin yurtdışındaki şirkete ait olması davalıyı sorumluluktan kurtarmaz.

Davalı şirket ile yurtdışındaki şirket arasındaki iç ilişki davacının haklarını etkilemez.*

Y.7. HD. E.2013/4395, K.2013/11089, T.12.6.2013

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirkete 01.08.2005 yılında inspektör olarak çalışmaya başladığını, 2009 yılının Mart ayında herhangi bir sebep gözetilmeksizin müvekkilinin işine son verildiğini, 26.06.2009 tarihinde davalıya çekilen ihtarname ile kıdem, ihbar tazminatı ve benzeri ödemeler ile 2009 yılı Mart ayına ilişkin maaşının ödenmesi hususunun bildirilmesine rağmen, davalı tarafça ödeme yapılmadığını, davacının iş akdinin haksız yere feshedilidğini, iddia ederek ihbar ve kıdem tazminatı, fazla çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesine kaar verilmesini talep edmiştir.

Davalı vekili, davacının S. (L.L.) şirketinde çalıştığını, emir ve talimatları bu şirketten aldığını, kayden davalı şirket üzerinden sigortalı gösterilmiş ve maaşı davalı şirket tarafından ödenmiş ise de; işverenin belirlenmesinde asli unsurun bağlılık kuralı olduğunu, davacının, L.'ın V.'den aldığı ürünler için V.'in Manisa'daki fabrikasında L.adına kalite kontrol işini yaptığını, tüm çalışmasını bu işverene hasrettiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir.

Temsilci; iş sözleşmesinin kurulması esnasında işveren adına işlem yapma iradesini açıkça ortaya koymazsa, sözleşme dolaylı temsilci ile kurulmuş sayılacağından, işveren sıfatı dolaylı temsilciye ait olur ve sözleşmeden doğan borçlar kendisinden talep edilebilir.

---

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

Davacının SGK bildirimi, davalı şirket tarafından yapılmış, ücretleri davalı tarafından ödenmiştir. Türkiye'de yapılan işin yurtdışındaki şirkete ait olması davalıyı sorumluluktar kurtarmayacağından davalı şirket davacının tüm alacaklarından, yurt dışında bulunan dava dışı şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Davalı şirket ile dava dışı şirket arasındaki ilişkinin sonuçları davacıya yansıtılmaz.

Mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması bozma nedenidir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 12.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MEVSİMLİK İŞÇİ • KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI • İZİN ÜCRETİ

ÖZET: İşçi mevsimlik işçi olarak çalışmış ise, mevsimlik çalıştığı sürelerin toplamına göre belirlenen süreye göre kıdem ve ihbar tazminatı ödenir.

Mevsimlik işçi izin ücreti talep edemez.

İşçi başlangıcında mevsimlik sonrasında daimi işçi olarak çalışmış ise, mevsimlik işçi olarak çalıştığı dönem dikkate alınmadan izin ücreti hesaplanır.

Y.7 HD. E. 2014/21297, K.2015/22398, T.16.11.2015

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davalılar vekilleri tarafından istenilmekle, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

1- Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine.

2- Davacı, davalı işyerinde mutfak personeli olarak çalışırken iş akdinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğinden bahisle kıdem ve ihbar tazminatı ile bazı işçilik alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalılar, davacının iş akdinin haklı nedenle feshedildiğini, tüm haklarının ödendiğini hiçbir alacağı olmadığını savunarak, davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, davacının iş akdinin haklı neden olmadan feshedildiğinden davanın kısmen kabulü ile alacakların İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü ile şirketten tahsiline, okul müdürlüğü hakkındaki davanın ise husumetten reddine karar verilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 47. maddesinde tüzel kişiliğin tanımı şu şekilde yapılmıştır. "Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümleri uyarınca tüzel kişilik kazanırlar."

Türk Medeni Kanunu'nun açık hükmünden hareket edildiğinde okul müdürlüğünün tüzel kişiliğinin bulunmadığını, yasal temsilcisinin Milli Eğtimi Bakanlığı olduğunun kabulü gerekir.

Dava dilekçesinde Aİ.E.İ.O.M. ve A. S. H.ve D.T.Ltd.Şti. davalı olarak gösterilmiştir. Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmiş olan A.İ.İ.İ.O. isimli davalının da tüzel kişiliği bulunmayıp yasal temsilcisi Milli Eğitim Bakanlığıdır. Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen A.İ.E.İ.O.M.'nün tüzel kişiliği olmadığından, avukat tutup kendileri vekil ile temsil ettirme yetkileri de yoktur.

Somut olayda, davalı okul müdürlüğünü temsilen Milli Eğitim Bakanlığı vekili duruşmalara geldiği halde, mahkemece karar başlığında okulu temsilen Milli Eğitim Bakanlığının adının yazılmamış olması ve alacakların Milli Eğitim Bakanlığı yerine, tüzel kişiliği bulunmayan Milli Eğitim Müdürlüğünden tahsiline karar verilmiş olması, davaya davalı okulu temsilen Milli Eğitim Bakanlığı vekili katıldığı halde davalı okula yönelik davanın husumetten reddine karar verilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir.

3- Taraflar arasındaki uyuşmazlık davalı işyerinde yapılan işin mevsimlik iş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her za-

man aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın diğer dönemlerinde iş sözleşmelerinin, ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektirdiği işler mevsimlik iş olarak değerlendirilir.

Mevsimlik iş sözleşmeleri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11'inci maddesindeki hükümlere uygun olarak, belirli süreli olarak yapılabileceği gibi belirsiz süreli olarak da kurulabilir. Tek bir mevsim için yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi, mevsimin bitimi ile kendiliğinden sona erer ve bu durumda işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Buna karşılık, işçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışılmışsa değinilen maddenin son fıkrası uyarınca iş sözleşmesi belirsiz süreli nitelik kazanacaktır.

İşçi mevsimlik işlerde çalışmış ise; mevsimlik çalıştığı sürelerin dikkate alınarak ve bu sürelere göre kıdem tazminatının ödenmesi gerekir. Başka bir anlatımla, işçinin askıda geçen süresi, fiilen çalışma olgusunu taşımadığından kıdemden sayılmayacaktır.

4857 sayılı Kanunun 53'üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, mevsimlik işlerde yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanamaz. Bir başka anlatımla, mevsimlik işçi İş Kanununun yıllık ücretli izin hükümlerine dayanarak, yıllık ücretli izin kullanma veya buna dayanarak ücret alacağı isteminde bulunamaz.

Bir işyerinde başlangıçta mevsimlik olarak ve daha sonra devamlılık arzeden işte çalıştırılan işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışması kıdeminde dikkate alınmasına rağmen, yıllık ücretli izinde dikkate alınmaz.

Somut olayda, davacı davalı A.İ.E.İ.Ö.Okulunda alt işveren işçisi olarak her yıl yenilenen 01 Eylül - 30 Haziran tarihleri arasında çalışmakta ve iş akdi de bu süreleri kapsamakta, ayrıca SGK'ya hizmet bildirimi de yıllık 300 gün üzerinden bildirilmektedir. Yaz tatillerinde okulların açık olmaması nedeniyle davacının mevsimlik işçi olarak çalışıtğı bu nedenle de yıllık izin hakkının bulunmadığının kabulü zorunludur. Bu nedenle mahkemece davacının yıllık izin alacağının kabulüne karar verilmiş olması hatalıdır.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalı şirkete iadesine, bozma nedenine göre davalı Bakanlığın avukatlık ücretine yönelik temyiz itirazın incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 16/11/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: Dava dilekçesindeki talep miktarı aşılarak hüküm kurulması mümkün değildir.*

Y.7 HD. E. 2015/38602, K.2016/12824, T.08.6.2016

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davalı MersinBüyükşehir Belediye Başkanlığı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

1- Davacı vekili, davacının iş akdinin haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücretinin davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Belediye vekili, davacının davalı Belediye işçisi olmadığı gibi davalı ile davacının çalıştığı şirketler arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunmadığını, alacakların zaman aşımına uğradığını beyanla davanın reddini istemiştir.

Davalı şirket davaya cevap verememiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı Belediye vekilinin ihbar talebi üzerine davacının çalıştığı şirketlere dava ihbar edilmiş, ancak ihbar olunan H.T.G.İ.T.San.Ltd.Şti.'nin adreste tanınmaması nedeni ile tebligat yapılamamıştır. Bu aşamadan sonra mahkemece tebligat yapılamayan H.T.G.İ.T.San.Ltd.Şti.'nin ilgili Ticaret Sicil Memurluğu'ndan sorulmak sureti ile adresinin tespiti ile davanın ihbarını sağlayarak usuli eksikliği tamamladıktan, delil bildirildiği taktirde bu delilleri de toplantıktan ve yine davalının savunma hakkı kapsamında olası mükerrer tahsilata neden olmamak açısından işyeri özlük dosyalarının ihbar olunan şirketlerden getirtilmesinden sonra toplanmış delil-

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

leri toplanacak delillerle birlikde değerlendirilerek -gerekirse ek hesap raporu alındıktan sonra- çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekiken eksik inceleme ile savunma hakkını kısıtlar biçimde yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.

2- Kabule göre de,

Somut olayda, davacı dava dilekçesinde 2014 yılında 15 gün dışında yıllık izin kullanmadığını ileri sürerek yıllık izin ücreti isteğinde bulunmuş, hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının davalı işyerinde çalıştığı süre boyunca hiç yıllık izin kullanmadığı kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Mahkemece davacının talebi aşılarak HMK. 26. maddesine aykırı şekilde hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmiş olması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davalı Belediye'nin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalı Belediyeye iadesine, 08/06/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASI • BİR AYLIK SÜRE • FESİH BİLDİRİMİ

ÖZET: İş sözleşmesinin önel verilerek feshedilmesi halinde, işe iade davasının bir aylık dava açılma süresi önelin sona erdiği tarihte değil, fesih bildiriminin işçiye tebliğ edildiği tarihten itibaren başlar.*

Y.7 HD. E.2016/35000, K.2016/21660, T.20.12.2016

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

Davacı vekili; Trabzon Şube Müdürü olarak çalışan davacının iş akdinin 25/II-h maddesine göre feshedildiğinin bildirildiğini fesih öncesi verimsizlik gerekçesiyle işten çıkartılacağının davacıya bölge müdürü ta-

* Gönderen: Hulki Özel Mersin Barosu

rafından söylenerek istifa dilekçesi vermesinin istenildiği istifa etmemesi üzerine iş akdinin gerçekte haklı ve geçerli nedene dayanmaksızın fesdildiğini öne sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davanın hak düşürücü sürede açılmadığını, davacının şubede tek yetkili kişi olup işin idaresi ve personelden sorumlu olduğunu ancak davacının görevinin gereklerini defalarca uyarılmasına rağmen ifa etmediğini ve bunun tutanaklarla tespit edildiğini, feshin haklı nedene dayandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davalı işverence feshin haklı nedene dayandığının ispatlanamadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesi uyarınca iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini ileri süren işçinin, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içerisinde feshin geçersizliği ve işe iade istemi ile dava açması gerekir. Bu süre hak düşürücü süre olup, resen dikkate alınması gerekir. İşveren fesih bildiriminde bulunmuş, ancak bunu tebliğ etmemiş olmasına rağmen, örneğin, işçi işvereni şikayet ederer, fesih bildiriminin yapıldığı tarihi kesin olarak belirleyecek bir işlem yapmışsa artı bu tarihin esas alınması uygun olacaktır. Bu anlamda işverenin fesih bildiriminin tebliğden imtina edildiği tutanakların tutulduğu tarih, tutanak düzenleyecilerinin doğrulaması halinde tebliğ tarihi sayılacaktır. Eylemli fesih halinde dava açma süresi, eylemli feshin yapıldığı tarihten itibaren işler. Fesih bildirimine karşı idari itiraz yolu öngören personel yönetmeliği ya da sözleşme hükümleri, dava açma süresini kesmeyeceği gibi, işçinin bu süre içinde hastalığı nedeni ile rapor alması da bu süreyi durdurmayacaktır.

İş sözleşmesinin önel verilerek feshi halinde dava açma süresi önelin sona ereceği tarihte değil, işverenin fesih bildirimini tebliğ ettiği tarihten başlar.

Somut uyuşmazlıkta, davacı 18/02/2015 tarihinde İşkur'a verdiği dilekçede iş akdinin 17.02.2015 tarihinde sona erdirildiğini belirtmiştir. Hak düşürücü 1 aylık süre 17/03/2015 tarihinde dolmuştur. Davanın ise 18.03.2015 tarihinde bildirim tarihine göre bir aylık dava açma süresi geçtikten sonra açlıdığı anlaşılmaktadır. Dava hak düşürücü süre içinde açılmamıştır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3. maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2- Davanın REDDİNE,

3- Karar tarihinde alınması gerekli 29,20 TL harçtan peşin alınan 27.20 TL harcın mahsubu ile bakiye 1,50 TL harcın davacıdan alınarak Hazine'ye gelir kaydına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı davetiye gideri ve Yargıtaya gidiş dönüş posta masrafı 54,30 yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

56- Karar tariinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenen 1.800,00 TL avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Artan gider ve delil avansının taraflara iadesine,

7- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, 20.12.2016 tarihinde oybirliğiyle KESİN olarak karar verildi.

YILLIK İZİN ÜCRETİ • ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin feshi ile muaccel olup, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sona eren sözleşmelerde 5 yıl, 6098 sayılı T.B.K. döneminde sona eren sözleşmelerde 10 yıl zamanaşımı süresi söz konusu olur.

Y.7 HD. E.2016/29661, K.2016/14793, T.26.9.2016

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüşüldü:

1- Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine,

2- Davacı, davalı işverenin yanlış tutumları, son iki ay ücreti, yıllık izin

* Gönderen: Hulki Özel Mersin Barosu

ve fazla çalışmış ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle sonlandırdığını, haftada 6 gün 06.30 - 20.00 saatleri arasında çalıştığını, 7. gün ise şirketin servis aracının tamir, bakım, temizlik işlerini yaptığını, resmi tatillerde sadece 1 gün izin kullandığını, aylık ücretinin en son 1.350.00 TL. olduğunu ancak asgari ücretle çalışmış gibi gösterildiğini belirterek kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin, fazla çalışma, ücret ve hafta tatili ile genel tatil alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı ise, davacının zimmenite para geçirdiği iddiasıyla hakkında ceza mahkemesinin devam ettiği, aylık ücretinin 1.350.00 TL. olduğu iddiasının doğru olmadığını, davacının bu iddiasının bankaya verilmek üzere davacı tarafından düzenlenmiş belgeden kaynaklandığını, davacının aynı belgeyi hizmet tespit davasında da sunduğu ancak mahkemeyce asgari ücret üzerinden çalıştığı ve primlerin bu miktar üzerinden yatırılması gerektiğinin karar altına alındığı, bu kararın davacı tarafından temyiz edilmediğinden bu şekli ile kesinleştiği ve dolayısıyla kabul anlamına gelmemekle birlikte alacakların hesaplanması halinde asgari ücret seviyesinden belirlenmesi gerektiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalı işveren tarafından yapılan feshin haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacının ücreti atarflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Davacı en son ücretinin aylık 1.350.00 TL olduğunu iddia etmiş ise de; Mersin 1. İş Mahkemesi'nin 28.12.2009 tarih ve 2008/7 E.2009/797 K. sayılı kararı ile verilen hizmet tespiti davasında davacının asgari ücret ile kesintisiz çalıştığına dair kararın Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 07.04.2011 tarih ve 2010/2665 E.2011/3243 K. sayılı kararı ile onanmış olduğu görülmüştür.

Hal böyle olunca kesinleşmiş mahkeme kararına göre davacının aylık ücretinin asgari ücret olarak kabulü ile hesaplama yapılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile iddia edilen ücret üzerinden yapılan hesaplamaların hüküm altına alınmazı bozmayı gerektirmiştir.

3- Taraflar arasında yıllık izin alacağının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı uyuşmazlık konusudur.

Yıllık izin ücreti iş sözleşmesinin feshi ile muaccel olup, dönemsel bir nitelik taşımadığından 818 sayılı Yasa döneminde sona eren hizmet sözleşmelerinde 5 yıl 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yönünden 10 yıllık genel zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı bakımından alacağın muaccel olduğu tarihteki yasaya göre zamanaşımı süresinin belirlenmesi gerek-

mektedir. Davacı'nın iş sözleşmesi 06.07.2007 tarihi itibarı ile sona ermiş olup fesih tarihi itibarı ile 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Davacı ıslah dilekçesi ile yıllık izin ücretini de ıslah etmiş olup ıslah dilekçesinin davalıya 11.05.2016 tarihinde tebliği edildiği ve davalının da 13.05.2016 tarihinde tüm alacaklar yönünden zamanaşımı defiinde bulunduğu görülmekle fesih tarihi olan 06.07.2007 tarihi itibarıyle 5 yıllık zamanaşımına tabi olan yıllık izin alacağı yönünden zamanaşımının gözetilmemesi hatalıdır.

4- Davacı dava dilekçesinde genel tatil ve hafta tatili alacağı da talep etmiş ise de; kısa kararda bu alacak ile ilgili olarak olumlu/olumsuz bir karar verilmemesine rağmen gerekçeli kararda ise gerekçesi de açıklanarak reddedildiğinin görülmesi karşısında kısa karar ile gerekçeli karar arasında oluşan çelişki de ayrı bir bozma nedenidir.

5- Ücret alacağı taraflar arasında çekişmelidir. Mahkemece aldırılan bilirkişi ana raporunda ve 2. kez alınan ek raporlarında ücret alacağı hesaplanmamıştır. Islah dilekçesinde davacı bu durumu belirterek iddia ettiği ücret üzerinden 2 aylık ücret alacağını ıshat etmiş ise de bilirkişi tarafından hesaplanmış ve mahkemece denetlenmek suretiyle hüküm altına alınmış ücret alacağı söz konusu değildir.

Mahkemece yapılması gereken davacının banka kayıtlarının incelenerek ücret alacağının bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırmak olmalıdır.

O halde davalı vekilinin bu yönlere ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmüş olup kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**- 26.09.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İCRA İNKAR TAZMİNATI • YARGILAMA KOŞULU

ÖZET: Yargılama sonucunda hak kazanıldığı ortaya çıkan bir alacak için icra inkar tazminatına hükmedilemez.*

Y.7 HD. E.2016/34255, K.2016/17271, T.24.10.2016

1- Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de beninsenmiş ulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2- Davacı vekili, kesinleşen işe iade kararına üzerine 10 iş günlük sürede başvurulmasına rağmen işverence işe başlatılmadığından bahisle işe başlatmama tazminatının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine davalı işveren tarafından haksız olarak itiraz edilerek takibin durdurulduğunu belirterek itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, husumet itirazında bulunarak ve alacağın likit olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

İşçilik alacaklarıyla ilgili olarak yapılmış olan icra takibine itiraz üzerine açılan itirazın iptali davasında yargılama ve icra inkar tazminatına karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

İcra inkar tazminatına karar verilebilmesi için alacağın elirli ya da belirlenebilir olması gerekir. Ancak, hak tartışmalı ise icra inkar tazminatına hükmedilemez (Yargıtay HGK. 04.03.2009 gün 2009/9-57 E.2009/110 K.) Dosya kapsamına göre adva konusu alacaklara hak kazanma durumu yargılama sonucu belirlenmiştir. Bu haliyle alacak likit değildir. Davacının icra inkar tazminatına ilişkin talebinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozma sebebi ise de bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hüknün HMK.'nun geçici 3/2. maddesi yollaması ile HUMK.nun 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle temyiz edilen kararın hüküm fıkrasında yer alan "... itirazın iptaline, takibin devamına" sözcüklerinden sonra ge-

* Gönderen: Hulki Özel Mersin Barosu

len ve "asıl alacak tutarının %20'si oranına icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine" ilişkin rakam ve sözcüklerinin hükümden çıkartılmasına, hükmün düzeltilmiş bu şekliyle **ONANMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 24/10/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

İŞÇİ ALACAĞI • BRÜT ALACAK • NET MİKTARIN TESPİTİ

ÖZET: İşçilik alacağının brüt miktar üzerinden icraya verilmesi halinde vergi ve sigorta kesintileri düşülerek net miktarlar belirlenmeli, faizler de net miktarlar üzerinden hesaplanmalıdır.

Y.8.HD. E.2017/2388, K.2017/1669, T.13.2.2017

Borçlu vekili, ilamlı icra takibinin brüt tutarlar üzerinden başlatıldığını faizinin de o brüt tutarlar üzerinden hesaplanması nedeniyle fazla talep bulunduğunu, kıdem tazminatı için talep edilen faizin olması gerekenden yüksek olduğunu, bu nedenle icra emrinin iptalini talep etmiştir.

Mahkemece yalnızca faiz oranları bakımından inceleme yapan bilirkişi raporu doğrultusunda şikayetin kabulüne karar verilmiş olup, hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94, 61, 103 ve 104. maddeleri gereğince, ücretten kesilmesi gereken vergiler ve sigorta primlerinin, ilgili kamu idaresine ödenmesi zorunluluğu borçlu işverene aittir. Bir başka deyişle alacaklı, ilam konusu bedelden kesintiler yapıldıktan sonra kalan net miktar için ilamlı takip yapabilir. Ancak ilamda alacağın açıkça net olduğu belirtilmemiş ise bunun da brüt miktar olduğunun kabulü gerekmektedir. Takip dayanağı ilamda ise alacaklara brüt üzerinden hükmedilmiştir. Kararın uygulanması gereken kısmı hüküm fıkrasıdır. Bu husus, HGK'nun 20.09.2006 tarih, 12-594/534 sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Borçlunun başvuru nedenleri arasında alacak kalemlerinin net miktarlarının hesaplanarak işlemiş faizin düzeltilmesi de vardır. Mahkemece aldırılan 29.08.2014 tarihli bilirkişi raporundan brüt alacak kalemleri net miktarlara çevrilmeden sadece faiz hesabı yapıldığı anlaşılmıştır. Mahkemece anılan husustaki eksikliğin gerektiğinde ek bilirkişi raporu alınarak giderilmesi için hükmün bozulması yoluna gidilmiştir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine 13.02.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİ ALACAĞI • BRÜT MİKTARLAR • KIDEM TAZMİNATI FAİZİ

ÖZET: İşçilik alacaklarının brüt miktarlar üzerinden icraya verilmeleri halinde vergi ve sigorta kesintileri düşülerek net alacaklar tespit edilmeli, faiz alacaeğı da net miktarlara göre hesaplanmalıdır.

Kıdem tazminatı faizi de bankaların fiilen uyguladıkları faiz miktarına göre hesaplanmalıdır.

Y.8 HD. E.2016/19426, K.2017/5416, K.12.4.2017

Borçlu vekili, icra emrinin hukuka aykırı olduğunu, 6552 sayılı yasanın 121. maddesi ile 5393 sayılı Kanunun 15'inci maddesine eklenen fıkra gereğince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilbilecek mal göstermesinin istenmesi haciz işleminin sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanması gerektiğini, 10 gün içerisinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işleminin alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamayacağını icra emrinin yasal ihtaratlarını içeren A bölümünde 7 gün içerisinde borcun ödenmesi ve aynı 7 günlük süre içinde mal beyanında bulunulmasının istendiğini, icra emrinin başta kıdem tazminatı olmak üzere faiz hesaplamaları yönünden de hukuka aykırı olduğunu belirterek icra emrinin iptalini talep etmiştir.

Mahkemece, borçlu .... Belediye Başkanlığı'nın, haciz kararı alınmadan önce 01.04.2015 tarihinde mal beyanında bulunduğu, şikayete konu icra Müdürlüğü işleminin hukuka uygun ve yerinde olduğu gerekçesi ile

şikayetin reddine karar verilmiş, hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Borçlu vekilinin sair temyiz itirazları, dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırılık bulunmadığından yerinde değildir.

2-193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94, 61, 103 ve 104. maddeleri gereğince, ücretten kesilmesi gereken vergiler ve sigorta primlerinin, ilgili kamu idaresine ödenmesi zorunluluğu borçlu işverene aittir. Bir başka deyişle alacaklı, ilam konusu bedelden kesintiler yapıldıktan sonra kalan net miktar için ilamlı takip yapabilir. Ancak ilamda alacağın açıkça net olduğu belirtilmemiş ise bunun da brüt miktar olduğunun kabulü gerekmektedir.

Dayanak yapılan ilamda işçi alacaklarının en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiş ise; HGK'nun 20.09.2006 tarih ve 12-594/534 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, tarafların bildirdikleri bankalardan hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde bankalarca mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının sorularak yine hakkın doğum tarihinden takip tarihine kadar istenebilecek faiz miktarının hesaplanması gerekir. Yine ....'nun 08.10.1997 tarih ve 1997/12-517 E., 1997/776 .... Kararında vurgulandığı üzere, ilam hüküm fıkrası yorumlanarak icra edilemez. Bu nedenle ilamda uygulanmasına karar verilen " en yüksek banka mevduat faiz" oranlarının "yasal faiz" oranının altında kaldığı gerekçesiyle daha yüksek olan yasal faiz oranları uygulanamaz.

O halde, taraflarca bildirilen bankalardan fiili uygulamaları gösteren faiz oranları sorularak dosya içine konulduktan sonra, alacakların net miktarı bulunup, bildirilen banka faizleri uygulanarak Yargıtay denetimine elverişli şekilde rapor hazırlanması için konusunda uzman bir bilirkişiye başvurularak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle borçlu vekilinin sair temyiz isteminin reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren

ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 12.04.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BRÜT ALACAK • ŞİKAYET • BORCUN ÖDENMESİ • ŞİKAYETİN AKIBETİ

ÖZET: Takibe konu alacakların brüt miktarlar üzerinden talep edilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek yapılan şikayet safhasında borcun ödenerek icra dosyasının infaz edilmiş olması şikayet sebeplerinin incelenmesine engel değildir.

Y.8 HD. E.2017/11439, K.2017/9036, T.14.6.2017

Borçlu vekili, ... 6. İş Mahkemesinin 2014/121 esas 2015/65 Karar sayılı ilamının ...İcra Müdürlüğünün 2015/486 sayılı dosyası ile takibe konulduğunu ancak aynı ilamın daha önce ...İcra Dairesinin 2015/294 sayılı dosyası ile de takip konusu yapıldığını takibin devam etmekte olduğunu, aynı ilam iki kere takibe konulamayacağından takibin iptalini, aynı zamanda takibe dayanak ilamdaki alacak kalemlerinin brüt üzerinden takibe konulmasının usul ve yasaya aykırı olduğunu, iş verene ait yasal kesintilerin yapılmadığını, mevduata fiilen uygulanan faiz oranları sorularak faiz miktarının belirlenmesini ve icra emrinin iptalini talep etmiştir.

Mahkemece, davalı alacaklı vekilinin ...İcra Müdürlüğünün 2015/486 esas sayılı takip dosyasında 18/08/2015 tarihinde vazgeçme harcını da yatırarak takipten vazgeçmesi üzerine, takibin sona erdiği, bu nedenle şikayet konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir.

... 6. İş Mahkemesi 2014/121 esas ve 2015/65 karar sayılı ilamı ile "2.347,38 TL brüt kıdem tazminatının fesih tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faizi ile davalıdan alınıp davacıya verilmesine....." hükmedilmiş ilam 12.03.2015 tarihinde ...İcra Dairesinin 2015/294 Esas sayılı daha sonra 10.04.2015 tarihinde ...İcra Dairesinin 2015/486 Esas sayılı ile dosyası ile takibe konulmuştur. Ancak; alacaklı 10.04.2015 ta-

rihinde ilk takipten vaz geçmiştir. Şikayet tarihinden önce takipten vazgeçmiş olması nedeniyle 2. takibin mükerrer olduğundan söz edilemez.

...İcra Müdürlüğünün 2015/486 Esas sayılı dosyasında ise, dosya borcunun ödenmesi nedeni ile 18.08.2015 tarihinde dosyanın infazen işlemden kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Şikayet tarihinden sonra dosyaya yapılan ödeme nedeni ile dosyanın infaz olması diğer şikayet nedenlerinin incelenmesine engel değildir. Bu durumda eldeki dosyanın mükerrer olduğundan söz edilemeyeceğinden, Mahkemece borçlunun diğer şikayet nedenleri yönünden inceleme yapılarak karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesinin yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 14.06.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İLAMLI TAKİP • SÜRESİZ ŞİKAYET

ÖZET: İlamlı takiplerde ilama aykırılığa ilişkin şikayet talepleri süreye bağlı olamadan icra mahkemesi önüne getirebilir.

Y.8 HD. E.2017/16437, K.2017/16981, T.18.12.2017

Borçlu vekili, müvekkili aleyhine ... 2. İcra Müdürlüğü'nün 2011/1692 Esas sayılı dosyası ile ilamlı icra takibi başlatıldığını, 20/02/2015 tarihli hesap tablosu ile bakiye borç miktarının hesaplandığını, 31/03/2015 tarihinde İcra Müdürlüğüne yazılı beyanda bulunularak 20/02/2015 tarihli hesap özetinde belirtilen işlemiş faiz kısmının açıklanması, faiz hesabında hangi oranlara göre hesaplama yapıldığının müvekkili Kurum tarafından ödenmiş olan yasal kesintiler tutarının da dosya hesabından mahsubunun talep edildiğini, İcra Müdürlüğünce taleplerinin reddolunduğunu belirterek ret kararının kaldırılmasını, bakiye faiz borcunun ne kadar olduğunun tespitini, yasal kesintilerin borçtan mahsubunu talep etmiştir.

Mahkemece, şikayetin süreden reddine karar verilmiş, hüküm borçlu vekilince temyiz edilmiştir.

Borçlunun, şikayet nedenleri ilama aykırılık niteliğinde olup, bu tür şikayetler kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle süresiz olarak İcra Mahkemesi önüne getirilebilir (HGK'nun 21.06.2000 tarih, 2000/12-1002 sayılı Kararı).

O halde; Mahkemece, şikayet yönünden işin esası incelenerek oluşacak sonuca göre bir hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde itirazın süresinde yapılmadığı gerekçesiyle tümden reddi yönünde karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlu vekilinin temyiz itirazının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda açıklanan nedenle İİK'nun 366. ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, istek halinde peşin harcın temyiz edene iadesine, 18.12.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KIDEM TAZMİNATI FAİZİ • HESAP YÖNTEMİ

ÖZET: Kıdem tazminatına uygulanacak olan en yüksek mevduat faizi, piyasada bankaların fiilen uyguladığı en yüksek faiz oranları araştırılarak tespit edilmelidir.

Kıdem tazminatı faiz birer senelik dönemler esas alınarak hesaplanır.

Y.8 HD. E.2017/16745, K.2017/17267, T.20.12.2017

Borçlu vekili, icra emrinde kıdem tazminatı alacak kalemine işletilen faiz miktarının fazla olduğunu belirterek icranın geri bırakılmasına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporu doğrultusunda icra emrinde talep edilen faiz alacak kaleminin düzeltilmesine karar verilmiştir. Hüküm, alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

HGK'nun 20.09.2006 tarih, 12-594/534 sayılı kararında da vurgulandığı üzere mahkemece yapılacak iş; tarafların bildirdikleri bankalardan hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde bankalarca mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranının sorulması ve hakkın doğum tarihinden itibaren takip tarihine kadar istenebilecek faiz miktarının bilirkişiye hesaplattırılması şeklinde olmalıdır.

Somut olayda; taraflara banka ismi sorulmadığı, borçlunun 4.11.2014 tarihli celsede ... Bankası, ... Bankası ve... faiz oranlarının istenerek hesap yapılmasını istediği, mahkemece aynı celse 1 nolu ara karar ile ...bank, ... Bankası ve... A.Ş'nin faiz oranlarının dosya içerisine alındığı ve bu bankaların oranlara göre 1 yıllık zaman dilimi içinde değişen faiz oranı esas alınarak hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda Mahkemece, taraflardan banka isimleri sorulup, yukarıda bildirilen ilkeler ışığında, tarafların bildirdiği bankalardan hakkın doğumu tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde bankalarca mevduata fiilen uygulanan en yüksek faiz oranı sorularak, gelen yazı cevaplarından, kıdem tazminatı faiz başlangıç tarihi (25.7.2003) dayanak hükümde belirlenmiş olduğuna göre, faiz başlangıç tarihinden itibaren birer yıllık devreler halinde ve devre başlarındaki faiz oranları esas alınarak faiz hesabı yapılması gerekirken bu esaslara uygun olmayan hatalı bilirkişi raporuyla sonuca gidilmesi doğru olmamıştır.

Mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar ile Yasa hükmü gözetilerek ek bilirkişi raporu alınarak faiz miktarlarının yeniden belirlenmesi için hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, taraflarca İİK'nun 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine,

istek halinde peşin harcın temyiz edene iadesine, 20.12.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI • HAKLI FESİH

ÖZET: Yıllık izin hakkının kullandırılmaması işçi yönünden haklı fesih sebebi oluşturur.

Geçmiş dönemlerden 105 günlük izin ücreti alacağı bulunan işçiye izin hakkı verilmemesi işçi yönünden haklı fesih sebebi olup, işçiye kıdem tazminatı ödenmelidir.*[1]

Y.9 HD. E.2009/20744, K.2011/46449, T.29.11.2011

A) Davacının İsteminin Özeti:

Davacı işçi, 20.12.1995 tarihinde K.B.K.K. merkezinde Provizyon servisinde Teknik-1 ünvanıyla çalışmaya başladığını, en son operasyon güvenlik yetkilisi olarak iş akdinin feshine kadar çalıştığını, işverence 18 Ekim 2006 tarihinde işe gittiğinde vardiya programına alınmadığını gördüğünü, tekrar izin verileceğinin söylendiğini, aynı gün insan kaynakları yetkileriyle yapılan görüşmede "seni atacağız ama neden bulamıyoruz" denildiğini, vardiya programına alınmayarak iş verilmediğini sonra da devamsızlık sebebiyle çıkarıldığının bildirildiğini açıklayarak, kıdem, ihbar, izin alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı işveren, davacının operasyon yönetimi güvenlik servisinde çalışmakta iken 64 gün yıllık ücretli izin kullandığını, izin bitimi süresinden sonra tekrar yıllık ücretli izin talebinde bulunduğunu, banka tarafından izin talebinin reddedildiğini, davacının bunun üzerine işyerini terk ettiğini, işverenin vardiya listesini sunmasının gerekmediğini, işçinin izin bitiminde işe başlaması gerektiğini belirterek davacının iş akdine davamsızlık nedeniyle haklı nedenle son verildiğini beyanla haksız açılan davanın reddini savunmuştur.

---

* Gönderen: Av Hulki Özel Mersin Barosu

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının 16.10.2006-22.01.2007 döneminde 64 gün izin kullandığı, 22.01.2007 tarihinde işyerini terk ettiği takip eden günlerde işe gelmediği, devamsızlık tutanaklarının düzenlendiği, bu nedenle tazminatlara hak kazanmadığı gerekçesiyle ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmiş, yıllık izin ücreti isteği hüküm altına alınmıştır.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm temyiz itirazlarıyla, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İş sözleşmesinin kim tarafından sonlandırıldığı ve ihbar tazminatı ile kıdem tazminatına hak kazanılıp kazanılamayacağı yönlerinden taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

Davacı işçi ardı ardına üç kez verilen toplam 64 günlük izin süresinin ardından işverence feshedildiğini ileri sürmüş, davalı işveren ise izin bitiminde yeniden izin talep eden davacının bu talebi kabul edilmediği için işyerinden ayrıldığını ve takip eden günlerde işe gelmemesi sebebiyle devamsızlık tutanaklarının düzenlendiğini belirterek iş sözleşmesinin işçinin devamsızlığı sebebiyle haklı olarak feshedildiğini savunmuştur.

Dosya içeriğine göre davacı işçi işyerinde 1995 yılında işe girmiş ve işverence İş kanunu hükümlerine göre usulüne uygun olarak yıllık izinleri kullandırılmamıştır. Yıllık izin hakkı Anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup işverence bu hakkın kullandırılmaması işçi açısından haklı fesih nedeni oluşturur. Davacı işçinin kullanmadığı izin süresi izin kullanmadan önce 169 gün olup bu husus işveren kayıtlarından anlaşılmaktadır. Davacının 64 günlük yıllık izin kullanımının ardından bakiye izin süresi 105 gündür.

İşveren savunması ile mahkemenin gerekçesinde de yer aldığı üzere davacı işçi işverenden yeniden izin talep etmiş ve işverence yıllık izin verilmemesi üzerine işyerinden ayrılmıştır. Dosya içeriğine göre işçinin kullandırılmayın 105 gün izin hakkının varlığı da dikkate alındığında dinlenme hakkının tanınmaması işçi açısından haklı fesih nedeni oluşturur. Bu durumda ihbar tazminatı isteğinin reddi anılan gerekçeyle sonucu iti-

barıyla yerinde ise de davacının kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilmelidir. Mahkemece kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde isteğin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) **SONUÇ**

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA-** Davacı yararına takdir edilen 825.00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.11.2011 gününde oybirliği ile karar verildi.

BELEDİYELER • ALT İŞVERENLER • İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMESİ

ÖZET: İş kanunu hükümlerine göre bir işveren asıl yaptığı işi alt işverene veremeyecek ise de Belediyeler Kanununa göre belediyeler ve bağlı kuruluşlar üstlendikleri asıl işleri de alt işverene verebilirler.

Ancak, bu durumda da iş kanunu 2/6. maddesi anlamında gerçek bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmalıdır.

Aksi takdirde "işçi temini sözleşmesinin varlığından söz edilir ve işçi başından itibaren belediyenin işçisi sayılır. Bu durumda gerek belediye ve gerekse işçi temini yapan şirket işçinin alacaklarından birlikte sorumludurlar.

Y.9 HD. E.2015/33444, K.2015/35945, T.17.12.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı işçi, davalılardan belediye başkanlığında zabıta görevlisi olarak çalıştığını, alt işverenlerin değişmesine karşın çalışmaya devam ettiğini, işin organizasyonunu ve düzenlemeleri yapmak görev ve yetkisinin davalı belediyede olmasına rağmen hizmet ilişkisine ilişkin resmi kayıtların davalı belediye tarafından muvazaalı bir şekilde alt işveren üzerinden yürütüldüğünü, belediyenin kendisine vermiş olduğu zabıta üniforması altında

belediyenin emir ve talimatları altında hizmet verdiğini, iş akdinin haklı ve geçerli bir neden olmadan feshedildiğini iddia ederek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı belediye vekili, yüklenici davalı firma ile Belediye Kanununun 67. maddesi gereğince 01.04.2014-31.12.2014 tarihleri arasında geçerli olacak şekilde zabıta destek hizmeti alımına dair sözleşme yapıldığını, davacı tarafın yüklenici firma olan A. Grup Temizlik Taahhüt İnş. Eğitim Sağlık Bilgi İşlem Otomasyon Hizmetleri Dış Tic. Ltd. Şti.nin işçisi olduğunu, ihale süresinin 31/12/2014 tarihinde sona erdiğini, bu nedenle müvekkili hakkında açılan davanın husumet ve esas yönünden reddine karar verilmesi isteminde bulunmuştur,

Davalı A. Grup Temizlik Taahhüt İnş. Eğitim Sağlık Bilgi İşlem Otomasyon Hizmetleri Dış Tic. Ltd. Şti vekili cevap dilekçesinde, müvekkili firma ile davalı B. Belediyesi arasında akdedilen sözleşmelerin muvazaaya dayandığını, davalı idarenin işçilerin sigorta vs. yükümlülüklerinden kurtulması adına işçileri taşeron şirket üzerinden sigortalandırdığını, zabıta hizmetinin belediyenin asli görevi olduğunu belirterek müvekkili açısından davanın reddine karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, belediyenin hizmet alım yolu ile yürüttüğü zabıta destek hizmet alımı işinin işçi teminine yönelik olduğu, davalı belediye ile A. Grup Temizlik Taahhüt İnş. Eğitim Sağlık Bilgi İşlem Otomasyon Hizmetleri Dış Tic. Ltd. Şti. arasında ki ilişkinin 4857 Sayılı yasanın 2/6. Maddesi kapsamında asıl işveren-alt işveren ilişkisi oluşturduğu, muvazaa iddiasının kanıtlanamadığı, davacının iş akdinin 4857 Sayılı yasanın 19 ve 20. Maddelerine göre feshedilmesi işlemi ile ilgili davacıya yazılı bir fesih bildiriminde bulunulmadığı, duruşmada dinlenen tanık beyanlarına göre iş akdinin sözlü olarak feshedildiği, böylece fesih işleminin şeklen geçersiz olduğu gibi, esas yönden de geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle davacının alt işveren A. Grup Temizlik Taahhüt İnş. Eğitim Sağlık Bilgi İşlem Otomasyon Hizmetleri Dış Tic. Ltd. Şti'ndeki işyerine işe iadesine ve davalı belediyenin asıl işveren olarak tazminatlardan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmasına dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. 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." Keza aynı maddenin 7. fıkrasına göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde,

Biri asıl diğer hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı,

Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları,

Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı, Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı;

Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı;

Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı;

İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı;

Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir. Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısında asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulmadığı kabul edilmelidir.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısında asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulmadığı kabul edilmelidir.

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyeler ve bağlı kuruluşlar asıl işlerini de 6. fıkradaki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebileceği düzenlenmiştir. 67. maddedeki hüküm uyarınca temizlik işleri, park bahçe işleri, bakım ve onarım, toplu ve taşıma işleri belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkün kılınarak İş Kanunu'nun 2'nci maddesine istisna getirilmiştir. Belediyeler Kanunu'nun 67'nci maddesi uyarınca bir işin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır.

Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve

sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir. Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, alt işveren işçisi, aynı madde uyarınca başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri sayılacaktır. Böyle bir durumda işe iade isteyen alt işveren işçisinin asıl işveren işyerine işe iadesine karar verilmesi gerekir. Zira alt işveren gerçekte işveren değildir ve işveren sıfatı bulunmamaktadır.

Ayrıca alt-asıl işveren ilişkisinin yasal unsurları taşıyıp taşımadığı veya muvazaalı olup olmadığı resen gözetilmelidir. Asıl işveren ve alt asıl işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde ise, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, davanın tarafı asıl işveren olmalıdır. Alt işverenin bu anlamda işverenlik sıfatı bulunmadığından, taraf sıfatı olmayacaktır. Ancak, kanuna aykırı olduğu için geçersiz olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde davacı işçinin işverenin kim olduğu konusunda yanılması olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle, alt işveren hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilse de, kanuna aykırı ilişki içine giren ve işçinin yanılmasına sebebiyet veren şirket lehine vekalet ücreti takdir edilmemesi gerekir.

Dosya içeriğine göre davacı işçi davalı belediye işyerinde zabıta işçi alımına yönelik sözleşme kapsamında çalışmış, fiilen yükleniciye bir iş verilmemiştir. Sözleşme tamamen işçilik temini şeklinde düzenlendiği gibi, her iki taraf tanıkları da davacının zabıta görevlisi olarak çalıştırıldığını ve emir ve talimatları belediyenin zabıta amirlerinden aldığını açıklamışlardır. Davalı şirketin bağımsız bir işveren olarak kendi iş organizasyonunu kuramadığı açıktır. Bu anlamda davalılar arasında kurulan ilişki hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. Maddesi hem de 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. Maddesi anlamında bir asıl-alt işveren ilişkisinin unsurlarını taşımamaktadır. Bu nedenle davalıların temyizi isabetli değil ise de davacının temyizi yerindedir.

Mahkemece de kararın gerekçesinde zabıta destek alımı sözleşmesinin işçi teminine yönelik olduğunu belirttiği halde geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin kabulü hatalıdır. Geçerli bir asıl işveren alt işveren ilişkisi olmasa da işe başlatmamanın sonuçlarından her iki işveren birlikte sorumlu tutulmalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1.Davanın KABULÜNE,

2. Feshin geçersizliği ile davacının davalı belediyedeki eski işine İADESİNE,

3.Davacının yasal süre içerisinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın her iki davalının birlikte sorumlu olmak kaydıyla miktarının davacının kıdemi ve fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 4 Aylık Brüt ücreti tutarında belirlenmesine,

4.Davacı işçinin işe iadesi için davalı alt işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalılardan müştereken ve müteselsilsen tahsili gerektiğinin tespitine,

5. Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

6.Davacı tarafından yapılan tevzide dosya açma masrafı 59,50 TL, posta ve tebligat gideri 79,00 TL olmak üzere toplam 138,50 TL yargılama giderinin davalılardan, müştereken ve müteselsilsen alınarak davacıya verilmesine,

7.Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden avukatlık asgari ücret tarifesine göre 1.500,00 TL vekalet ücretinin davalılardan müştereken ve müteselsilsen alınarak davacıya verilmesine,

8. Kullanılmayan avansın HMK 333. Maddesi gereğince yatıran tarafa iadesine,

9. Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, kesin olarak 17.12.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • HAFTALIK FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİ

ÖZET: Davacının haftanın altı gününde 81 saat çalıştığı, hafta tatili gününde de 6 saat çalıştığı, bu şekilde haftada 87 saat çalıştığı ve bu şekilde 45 saat olan yasal çalışma süresini 42 saat aşan fazla çalışma yaptığı belirlenerek fazla çalışma ücreti alacakları hesaplanmalıdır.* **

Y.9 HD. E.2014/35749, K.2016/6822, T.22.03.2016

Davacı, 09/05/2006-14/11/2011 tarihleri arasında davalı işverenliğe ait beton santralinde santral operatörü olarak kesintisiz bir biçimde çalıştığını, davalı tarafından iş akdinin feshedildiğini, işçilik alacaklarını talep etmesi üzerine önce evrakları imzalaması gerektiğinin bildirildiğini, müvekkilinin imzalamayarak işyerinden ayrıldığını, alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti, aylık ücret, izin ücreti, hafta tatili ücreti alacağını talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının kendisinin işyerini terk ettiğini ve bu nedenle de tazminata hak kazanamayacağını, davacının asgari ücret ile çalıştığını, ödenmeyen işçilik alacağının bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının iş akdinin 14/11/2011 günü davalı işverence feshedildiği, fesihten itibaren davalı tarafça tutulan devamsızlık tutanaklarına itibar edilemeyeceği, 5,5 yıllık bir hizmet süresi bulunan davacının hiçbir neden yokken tazminatlarını ortadan kaldıracak şekilde kendiliğinden iş yerinden ayrılmış olmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı gerekçesiyle davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulüne, diğer işçilik alacakları yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

---

* Gönderen Av. Erol Boylan

* Bu karara göre: Yargıtay'ın haftada 18 saatin üzerinde fazla çalışma olmaz şeklinde bir uygulamasının olmadığı anlaşılıyor.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Fazla çalışma ücretinin hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacının hafta içi 07.30-23.00 saatleri arasında çalıştığı, 2 saat ara dinlenmesi düşüldüğünde günlük çalışmasının 13,5 saat olduğu, 6 günlük çalışmasının 81 saat olduğu ve hafta tatilinde de 6 saat fazla mesai yaptığı, buna göre davacının 87 saat haftalık çalışması olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, davacının fazla mesaisinin 42 saat olduğu hususu gözönünde bulundurularak fazla mesai ücretinin hesaplanması gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalı olup,bozmayı gerektirmiştir.

F) **Sonuç**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22/03/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TANIK İFADESİ • DAVALI TANIĞININ SÖZLERİ • NET ÜCRET

ÖZET: Davalı tanığının sözleri davalı tarafı bağlar. Bu nedenle davalı tanığının beyan ettiği ücrete göre hesap yapılmalıdır.

Tanıkların net ya da brüt olduğunu belirtmeden söyledikleri ücretin net ücret olduğu kabul edilmelidir.*

Y.9 HD. E.2015/20635, K.2016/7823, T.30.3.2016

DAVA: Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

* Gönderen Av. Erol Boylan

Yerel mahkemece, davanın kısmen 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:

YARGITAY KARARI

A) DavaGcı İsteminin Özeti:

Davacı, iş akdinin haksız ve ihbarsız olarak işveren tarafından feshedildiği iddiasıyla kıdem ve ihbar tazminatları, yıllık ücretli izin ile fazla çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının hizmet alımı şeklinde ihale ile iş alan yüklenici firmalarda çalıştığını, aralarında iş akdinin bulunmadığını savunarak husumet yokluğundan ve esastan davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davacının belirsiz süreli iş akdiyle çalıştığı ve iş akdinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandıracak şekilde sonra erdiği, davacının asgari ücretle çalıştığının kabulü ile kıdem ve ihbar tazminatları, yıllık ücretli izin alacağı taleplerinin kabulüne, fazla çalışma ücretinin kısmen kabulüne kısmen kabulüne karar vermiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraf avukatları 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 arasında tazminat ve alacaklara esas ücretin miktarı uyuşmazlık konusudur.

İş sözleşmesinin tarafları, asgarî ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez.

Böyle bir durumda dahi ücret, ... 401. maddesine göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta pirimi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta davacı 920,00 TL net ücretle çalıştığını iddia etmiş, davacı tanıkları iddiayı doğrulamış, davalı tanığı ise; davacının 900,00 TL ücretle çalıştığını beyan etmiştir. Hükme dayanak yapılan hesap raporunda davacı ve tanıkların bildirdiği miktarların net mi brüt mü olduğunu belirtmediklerinden bordrolarda yer alan asgari ücret esas alınarak hesap yapılmıştır. Ancak davalı tanığının beyanı karşısında 900,00 TL net ücret esas alınarak tazminat ve alacakların hesaplanması gerekir. Bu husus gözden kaçırılarak alacaklara esas ücretin eksik belirlenmesi hatalıdır.

F) **Sonuç**:

Açıklanan sebeplerle hükmün **BOZULMASINA,** 30.03.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MUVAZAALI ACENTELİK İLİŞKİSİ • İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: Acentelik sözleşmesine göre devredenin devralan acente üzerinde denetim ve kontrol hakkının bulunması çalışma şartlarını belirlemesi, çalışan üzerinde yönetim hakkını kullanması acente ilişkisinin kağıt üzerinde olduğunu, acentenin bağımsız bir işveren olmadığını ve devredenin işveren sıfatının devam ettiğinin göstergesidir.*

Y.9 HD. E.2016/21479, K.2016/20630, T.22.11.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının Davalı şirkete ait ... şubesindeki iş yerinde 01/01/1990 tarihide çalışmaya başladığını, ... ya işe girişi geç bildirildiğini, 1996 yılına kadar Davalı şirketin ... ve ... şubelerinde sigortalı olarak çalıştığını, 1996 yılından itibarende ... şubesinin açılmasıyla acente ve Vekil ünvanı verildiğini, operasyon müdürü ve bölge müdürünün denetiminde, onların emir ve talimatı altında 26/04/2011 tarihine kadar iş ilişkisinin devam ettiğini, iş akdinin Davalı şirket tarafından keşide edilen .... Noterliğinin 26/04/2011 tarih ve 15600 yevmiye sayılı ihtarnamesi ile işleyiş ve sözleşme kurallarına aykırı davranışlarının devam etmesi, sosyal hak ihlallerinin bulunması, düşük performans gösterdiğini, kurum borçlarının bulunduğunu, sözleşme kurallarına ve çalışma prensiplerine aykırı davrandığı gerekçesi ile iş akdinin feshedildiğini belirterek, kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin, fazla mesai ve tatil ücret alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının işçi olarak çalışmaya başladığını, daha sonrasında edindiği tecrübe ve bilgilerle acenteliğe talip olduğunu, kargo işleşini bilmesi nedeni ile acentelik verildiğini, bu nedenle Davacının iş akdinin sona erdiğini ve Davacı ile acentelik sözleşmesi akdedildiğini, 07/03/1996 tarihi itibariyle acente olduğunu, taraflar arasındaki acente sözleşmesi Davacının sözleşmeye aykırı fiil ve işlemleri nedeni ile .... Noterliği ile 26/04/2011 tarih ve 15600 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

* Dergimizin bu sayısında yayınlanan Y. 11 HD. kararına bakınız.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacının davalı ile 1990-1996 arası iş sözleşmesi çalıştığı, 1996-2011 arası ise taraflar arasında acentalık sözleşmesi bulunduğu, iş sözleşmesinin son bulduğu 1996 tarihine göre feshe bağlı alacaklar olan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacakları, iş sözleşmesinin feshi tarihinde muaccel hale geldiğinden ve 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunduğundan 19/11/2014 dava tarihine göre; davacının kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacaklarının zamanaşımına uğradığı, ücret alacaklarını 19/11/2014 tarihinde talep ettiği dikkate alınarak Davacının 19/11/2009 tarihinden önceki döneme ait fazla çalışma, hafta tatili ve yıllık izin ücretleri zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile davacının 1990–1996 dönemine ilişkin işçilik alacakları talepli davasının zamanaşımı nedeni ile reddine, davacının 1996–2011 dönemine ilişkin talepleri yönünden mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Belirtmek gerekir ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19 ve 6100 sayılı HMK.'un 33. maddeleri uyarınca yargıç tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Yargıç aradaki sözleşmesel ilişkiyi yorumlar, sözleşme türünü ve içeriğini kendisi belirler. Tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas alır. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin iş, vekalet, eser veya acentelik sözleşmesi olduğunu nitelendirilmesi yargıca aittir.

İşyerinin acenteye devrinde, devralan belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse bir devirden sözedilemez. Zira muvazaa olgusu iddia edilmese de resen araştırılması gereken bir olgudur. Devredenin işveren sıfatının devam ettiği kabul edilmelidir. Acentelik sözleşmesine göre devredenin devralan acente üzerinde denetim ve kontrol yetkisinin bulunması, çalışma şartlarını belirlemesi, çalışan üzerinde yönetim hakkını kullanması, acente ilişkisinin kayıt üzerinde kaldığının, acentenin bağımsız bir işveren olmadığının göstergeleridir.

4857 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici öğeleridir.

İş sözleşmesini belirleyen ölçüt hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini işverenin talimatlarına göre hareket etmek ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. Bağımlılık iş sözleşmesini karakterize eden unsur olup, genel anlamıyla bağımlılık, hukuki bağımlılık olarak anlaşılmakta olup, işçinin belirli veya belirsiz bir süre için işverenin talimatına göre ve onun denetimine bağlı olarak çalışmasını ifade eder.

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,

* İş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması,

* İşin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi,

* Bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi,

*Ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır.

Sayılan bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin bir ölçü teşkil etmez. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken, kendi yaratıcı gücünü kullanması, işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bu bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.

Yukarda sayılan ölçütler yanında, özellikle bağımsız çalışanı, işçiden ayıran ilk kriter, çalışan kişinin yaptığı işin yönetimi ve gerçek denetiminin kime ait olduğudur. Çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir. Bu bağlamda çalışanın işini kaybetme riski olmaksızın verilen görevi reddetme hakkına sahip olması (ki bu iş görme borcunun bir ifadesidir) önemli bir olgudur. Böyle bir durumda çalışan kişinin bağımsız çalışan olduğu kabul edilmelidir.

Çalışanın münhasıran aynı iş sahibi için çalışması da, yeterli olmasa da aralarında bağımlılık ilişkisi bulunduğuna kanıt oluşturabilir.

Dikkate alınabilecek diğer bir ölçütte münhasıran bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücreti kendisi tarafından ödenen yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı, işin görülmesinde ondan yaralanıp yararlanmadığıdır. Bu durumun varlığı çalışma ilişkisinin bağımsız olduğunu gösterir.

Kişi kendi muvazaasına dayanmaz ise de iş ilişkisi kapsamında işverene bağımlı olarak çalışan işçinin, işverenin talimatı ile harekete etmesi nedeni ile bu ilişkinin kayden iş ilişkisi kapsamında çıkarılması, işçinin muvazaalı işlem olduğunu isleri sürmesine neden olmaz. Zira bağımlı çalışan işçinin iradesinin işverence yönlendirildiği ve iradesinin bu yönde fesada uğratıldığı kabul edilmelidir.

Dosya içeriğine gerek acentelik sözleşmelerinde ve gerekse vekâlet sözleşmesi içeriğinden davacının bağımsız hareket etmediği, bir anlamda işverenin vekili konumunda olduğu anlaşılmaktadır. Hukuki nitelendirme hakime aittir. Mahkemece de tespit edildiği gibi davacı başlangıçta davalının işçisidir. Sonradan acentelik ve vekalet sözleşmeleri imzalanması, davacının görevini ve işverene bağımlı çalışmasını etkilememiştir. Taraflar arasındaki iş ilişkisi sonra erdikten sonra, davacı üzerinde kayden görünen işçiler tekrar davalı işçisi olarak kayıt altına alınmışlardır. Davalının davacı üzerinde denetim ve kontrol yetkisi vardır. Çalışma şartlarını davalı belirlemektedir. Özellikle gider formları incelendiğinde, şubede çalışan işçilerin ücretlerinin davalı tarafından gönderildiği, sadece ücretlerin değil, ikramiye, yemek ve kıyafet giderlerinin de karşılandığı, davacıya ise temsil gideri yanında aylık düzenli hakkediş adı altında ücret ödendiği, işyeri giderlerinin davalı tarafından karşılandığı anlaşılmaktadır. Davacı hukuki ve kişisel olarak davalıya bağlı çalışmaktadır. İş sözleşmesinin unsurları olan, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurları 1996 tarihinden sonra de devam etmiştir. Davacı işveren vekili konumunda olup, iş ilişkisi devam etmektedir. O nedenle tüm süre için iş ilişkisi olduğu kabul edilmeli, davacının tazminat ve alacakları bu nitelendirme yapılarak değerlendirilmeli, tazminat ve alacaklar bu kapsamda hesaplanmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yazılı gerekçe ile taraflar arasında sonraki dönem iş ilişkisi olmadığı ve önceki dönem içinde zamanaşımı nedeni ile ret kararı verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZUL-**

MASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.11.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ TOPLANTILARI • EĞİTİM TOPLANTILARI • FAZLA ÇALIŞMA

ÖZET: İşçinin eğitim amacıyla katıldığı toplantılarda fiilen çalışşmadığı işverene fayda sağlamadığı ve söz konusu toplantılarda performansının arttırılması amaçlandığı dikkate alındığında, söz konusu toplantılarda geçen süreler fazla çalışma olarak kabul edilmeyecektir.

Y. 9 HD. E. 2017/14949, K.2017/4416, T.20.3.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının 18/08/2008 tarihinden iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshettiği 03/01/2012 tarihine kadar davalı işyerinde bölge satış müdürü olarak çalıştığını, çalışma saatlerinin çok üzerinde çalışan davacıya fazla çalışma karşılıklarının ödenmediğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ile fazla çalışma alacağının ödetilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; bölge satış sorumlusu olarak çalışan davacıya baskı yapıldığı iddialarının doğru olmadığını, 2011 Aralık ücretinin 03.01.2012 tarihinde ödendiğini, davacının fazla çalışma yapmadığını, iş akdine göre ücretin fazla çalışma ücretlerini de kapsadığını, her ay davacıya prim verildiğini, prim ödemelerinin yıllık 270 saati aşan çalışma olsa bile karşıladığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece dava reddedilmiş, ilk karar davacı tarafın temyizi üzerine Dairemizin 2014/21802 E. 2015/34158 K. ve 02/12/2015 tarihli ilamı ile özetle;

"Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

... bölge satış müdürü olarak çalışan davacının üst düzey yönetici olup olmadığı konusunda yapılan araştırma yeterli değildir. Davalı işverenden teşkilat şeması ve davacının görevini belirleyen tüm belgeler celp olunarak yapılacak değerlendirme sonucuna göre davacının üst düzey yönetici olup olmadığı tespit edilmelidir. Yapılacak araştırma sonucunda üst düzey yönetici olmadığı kanaatine varılırsa davacıya yapılan prim ödemelerinin de dikkate alınarak fazla çalışma ücreti talebi hakkında bir karar verilmelidir. Eksik araştırma ve hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. " gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Bozma kararımız sonrası mahkemece bozma ilamına uyularak davanın kısmen kabulü ile fazla çalışma ücretlerinin davalıdan tahsiline hükmedilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

6100 HMK.'un tanıkla ilgili hükümleri incelendiğinde, 240/1 maddesinde "Davada taraf olmayan kişiler tanık olarak gösterilebilir", 250. maddesinde "Tanığın davada yararı bulunmak gibi tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebepler varsa, bunu iki taraftan biri iddia ve ispat edebilir" ve 254. maddesinde ise "Dinleme sırasında öncelikle tanıktan adı, soyadı, doğum tarihi, mesleği, adresi, taraflarla akrabalığının veya başka bir yakınlığının bulunup bulunmadığı, tanıklığına duyulacak güveni etkileyebilecek bir durumu olup olmadığı sorulur" kurallarına yer verilmiştir.

Dairemizin istikrarlı uygulaması gereği, davalı aleyhine dava açanlar tanık olarak dinlenmiş ise bu işçilerin tanıklıklarına ihtiyatlı yaklaşılması gerekir. Bu beyanlar diğer yan delillerle birlikte değerlendirilerek, sonuca gidilmelidir.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacı tanık beyanlarına ve bir kısım mazot fişlerine göre davacının fazla çalışma yaptığı

kabul edilip alacak hesaplanmıştır. Oysa davacı ... olarak dinlenen işçilerden ... aynı şekilde davalı aleyhine dava açmış, diğer davacı ... aleyhine ise işverence dava açılmıştır. Tanıkların konumu, tanıklıklarına duyulacak güveni etkileyecek durumdadır. Bu nedenle tanıklıklarına itibar edilemez.

Diğer yandan davacının eğitim amaçlı olarak katıldığı kongrelere yönelik de bu süreye karşılık olmak üzere haftada 7 saat fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Davacı işçi belirtilen süre içinde fiilen çalışmamış ve işverene belirtilen anlamda bir fayda sağlamamıştır. Bu nedenle davacının bilgi ve performansını arttırma amacıyla yapılan bu tür toplantılarda geçen sürenin, fazla çalışma olarak değerlendirilmesi de isabetsizdir. Açıklanan nedenlerle davacı fazla çalışma yaptığını somut delillerle kanıtlayamadığından bu talebin reddi gerekirken kabulü hatalıdır.

F) **SONUÇ**:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine, 20/03/2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

CEZAİ ŞART • TEK TARAFLI CEZAİ ART • EĞİTİM MASRAFLARI

ÖZET: İş sözleşmesine işçi aleyhine tek taraflı yazılan cezai şart geçersizdir.

Eğitim masrafları için yazılmış olan cezai şart bakımından ise; işçi için ne kadar eğitim masrafı yapıldığı tespit ettirilerek, tespit edilen miktarın işçinin çalıştığı ve çalışmadığı süreye oranlanarak davacının talep edebileceği cezai şart hesaplanmalıdır.

Y.9 HD. E.2017/19244, K.2017/5337, T.30.3.2017

Yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Yerel mahkemenin davanın reddine ilişkin ilk kararı davacı tarafından temyiz edilmiş, Mahkeme kararı, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 05.12.2013 gün ve 2013/14319 E. 2013/21095 K. sayılı ilamı ile bozulmuştur.

Yerel mahkeme tarafından bozma kararına direnilmesi ve bu kararın davacı tarafından temyizi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.01.2017 Gün, 2014/7-1671 Esas, 2017/35 Karar kararıyla bozma öncesi kararda taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu, belirsiz süreli iş sözleşmesinde cezai şart konulamayacağı gibi sadece işveren lehine kararlaştırılan cezai şartın da geçersiz olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiş iken bozma sonrası kararda bu kez davalı işçinin 48 gün gibi kısa bir süre ile yurt dışında eğitim aldığı davacı işverenin kısa süreli eğitim nedeniyle davalı işçiden cezai şart talep edemeyeceği gerekçesiyle direnme kararı verdiği, mahkemenin direnme olarak adlandırdığı bu kararın gerçekte direnme olmadığı davanın reddine ilişkin gerekçenin değiştirilmesi olup, ortada HGK tarafından değerlendirilecek bir direnme kararı olmadığı için yeni hüküm niteliğinde olan hükmün temyiz incelemesinin özel daireye ait olduğu gerekçesiyle dosya temyiz itirazları yönünden inceleme yapılmak üzere dosya Dairemize gönderilmiş olmakla;

Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalının 22.11.2010 tarihli hizmet sözleşmesiyle davacı şirket nezdinde istifa ettiği 01.03.2012 tarihine kadar mutfak şefi pozisyonunda görev yaptığını, davalıya 48 gün boyunca eğitim verildiğini, tüm masrafların davacı tarafından karşılandığı, davalının haklı bir neden göstermeksizin iş ilişkisini 01.04.2012 tarihinde taahhüt edilen süreden önce sona erdirdiğini, bildirerek 22.000,00 TL tutarındaki tazminatın tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının dava dilekçesinde belirttiği ve ekinde sunduğu davaya konu iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde cezai şarta yönelik konulan hükümlerin geçersiz olduğunu bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yargılama süreci ve Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Davacı cezai şart alacağının davalıdan tahsilini istemiştir.

Yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Yerel mahkemenin davanın reddine ilişkin ilk kararı davacı tarafından temyiz edilmiş, Mahkeme kararı, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 05.12.2013 gün ve 2013/14319 E. 2013/21095 K. sayılı ilamı ile özet olarak;

" Taraflar arasında düzenlenen garanti süreli (asgari süreli) belirsiz süreli iş sözleşmesinde eğitim yaptırılması karşılığı asgari süre çalışma, bu süreye riayet edilmediği takdirde de 8 aylık brüt ücret tutarında cezai şart kararlaştırılmıştır. Davalıya eğitim yaptırıldığı ve davalının da asgari süreye riayet etmeden iş sözleşmesini haklı bir neden olmadan asgari süreden önce sonlandırdığı sabittir. Böyle olunca sözleşmede düzenlenen cezai şarta davacının hak kazanacağı açıktır. Sözleşmede düzenlenen cezai şartın çalışılmayan ve çalışılan süreye orantılanarak kabulüne karar verilmesi gerekirken reddedilmesi hatalıdır." gerekçesi ile bozulmuştur.

Yerel mahkeme tarafından bozmaya karşı " Mahkemece, işçinin haklı bir neden olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi halinde ödemek zorunda kalacağı cezai şartın karşılığının işverenin kendisi için yaptığı eğitim harcamalarının oluşturduğu bununla beraber işçi aleyhine cezai şartın geçerli olabilmesi için işverenin sağladığı eğitim sonucunda işçinin mesleki vasıfları ile kazanımlarının gerçekten artması gerektiği kısa süreli verilen bir eğitimin bu niteliği taşımayacağı dava dosyamıza konu olayda davacının 48 gün gibi kısa bir süre ile yurt dışında eğitim aldığı davacı işverenin kısa süreli eğitim nedeniyle davalıdan cezai şart talep edemeyeceği " gerekçesiyle direnilerek, davanın reddine karar verilmiştir.

Yerel mahkeme tarafından bozma kararına direnilmesi ve bu kararın davacı tarafından temyizi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.01.2017 Gün, 2014/7-1671 Esas, 2017/35 Karar kararıyla bozma öncesi kararda taraflar arasındaki sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu, belirsiz süreli iş sözleşmesinde cezai şart konulamayacağı gibi sadece işveren lehine kararlaştırılan cezai şartın da geçersiz olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiş iken bozma sonrası kararda bu kez davalı işçinin 48 gün gibi kısa bir süre ile yurt dışında eğitim aldığı davacı işverenin kısa süreli eğitim nedeniyle davalı işçiden cezai şart talep edemeyeceği gerekçesiyle direnme kararı verdiği, mahkemenin direnme olarak adlandırdığı bu kararın gerçekte direnme olmadığı davanın reddine ilişkin gerekçenin değiştirilmesi olup, ortada HGK tarafından değerlendirilecek bir direnme kararı olmadığı için yeni hüküm niteliğinde olan hükmün temyiz incelemesinin özel daireye ait olduğu gerekçesiyle dosya temyiz itirazları yönünden inceleme yapılmak üzere dosya Dairemize gönderilmiştir.

D) Temyiz:

Mahkemenin " direnme " Yüksek HGK. nun " yeni hüküm " olarak nitelendirdiği kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacı işverenin davalıdan cezai şart alacağı bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Cezai şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır (Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963).

Cezai şart Mülga 808 sayılı Borçlar Kanunun 158 – 161 inci maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş hukuku açısından Borçlar Kanunun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte, Dairemizce bazı yönlerden İş hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş hukukunda "İşçi Yararına Yorum İlkesi"nin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezai şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Hizmet sözleşmeleri açısından cezai şartla ilgili olarak 818 sayılı Yasada açık bir hüküm bulunmaz iken, Dairemizin uygulamasına paralel olarak; 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 420 nci maddesi "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir." hükmünü getirmiştir. Bu itibarla hizmet sözleşmelerine işçi aleyhine konulan cezai şartlar geçersiz, işçi lehine konulan cezai şartlar ise geçerli kabul edilmelidir.

Cezai şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın işveren aleyhine kararlaştırılandan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezai şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezai şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz.

İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı

olarak kararlaştırılan cezai şart tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezai şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezai şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir.

Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür.

4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesinde, kesinleşen işe iade kararı üzerine işçinin başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatılmaması durumunda, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeneceği öngörülmüştür. Aynı maddenin son fıkrasında ise, sözü edilen düzenlemenin mutlak emredici olduğu ve sözleşmelerle hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla iş güvencesine tabi işçiler yönünden toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi sağlayan hükümlerinin, Yasanın bu düzenlemesi karşılığında bir değeri kalmamıştır.

Borçlar Kanununun 161 inci maddesine göre, taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezai şart hükmü, Borçlar Kanunun 325 inci maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezai şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezai şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. İşçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezai şarttan başka, sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanununun 325 inci maddesine göre talep edilip edilemeyeceği sorununa değinmek gerekir ki, koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 158/II maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezai şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezai şartı talep edebilecektir.

Borçlar Kanunun 161/son maddesinde ise, fahiş cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezai şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek,

işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak indirime gidilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında düzenlenen iş sözleşmesinin 7-a maddesinde eğitim yaptırılması karşılığı asgari süre çalışma ve bu süreye riayet edilmediği takdirde işverenin kendisi için harcadığı tüm eğitim masraflarını işverene ödemekle yükümlü olacağı işverenin zararının rakamsal belirlenememesi halinde 8 aylık brüt ücreti tutarında tazminat ödeyeceği kararlaştırılmıştır.

Mahkemece her ne kadar davacının çok kısa bir süre ile yurt dışında eğitim aldığı davacı işverenin kısa süreli eğitim nedeniyle davalıdan cezai şart isteyemeyeceği kanaatine varılmışsa da, davalının gördüğü eğitimin süresinin davacının cezai şart alacağına hak kazanıp kazanmamasında bir önemi bulunmaktadır. Ancak davacı sözleşmedeki hüküm uyarınca zararın rakamsal belirlenemediğini belirterek doğrudan davacının 8 aylık brüt ücreti tutarında tazminatın ödenmesini talep etmiştir. Davacı davalı için ne kadar eğitim masrafı yaptığını ortaya koymadan doğrudan 8 aylık brüt ücret tutarında tazminatı talep edemez.

Mahkemece yapılacak iş, öncelikle davacı işverenin davalı için ne kadar eğitim masrafı yaptığı tespit ettirilerek, tespit edilen rakamın davacının çalıştığı ve çalışılmayan süreye oranlanarak davacının cezai şart alacağı bulunarak sonucuna göre karar verilmektir.

F) **SONUÇ**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.03.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GEMİ ADAMI • BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ
•
BAKİYE SÖZLEŞME SÜRESİ ÜCRETİ

ÖZET: Deniz İş Kanununa göre gemi adamının iş sözleşmesinin belirli süreli olması için objektif neden şartına gerek yoktur. Bu nedenle davacıyla ilk kez belirli süreli iş sözleşmesi yapıldığı dikkate alınarak süresinden önce fesih sebebiyle bakiye sözleşmesi süresi ücretine hükmedilmelidir.

Y.9 HD. E.2015/9036, K.2017/8163, T.09.05.2017

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 17/08/2012 tarihli belirli iş sözleşmesini imzalayarak müvekkil Şirket nezdinde faaliyet gösteren ... ... adlı gemide kaptan olarak çalışmaya başladığını ve çalıştığı süreye ilişkin tüm ücretlerini ve ihbar tazminatını aldığını, 854 Sayılı Deniz İş Yasası'nın 40. Maddesi gereği 6 aydan az çalışması sebebiyle yıllık izin ücretine hak kazanmadığını, davacı tarafın keyfi uygulamaları, iş hukukuna aykırı davranışları ve gemi personeli arasında disiplini sağlamadığı ve personel arasında ayrımcılık yapması nedeniyle 06/11/2012 tarihinde iş akdine bildirimsiz bir şekilde son verildiğini, bu nedenle manevi tazminat şartlarının oluşmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak; davacının 17/08/2012 -06/11/2012 tarihleri arasında 2 ay, 21 gün süre ve 7.969,00TL brüt ücretle çalıştığı, davalı işverenlikçe 2012 Ağustos ayındaki 15 günlük çalışma ücreti karşılığı olarak 3500 TL , 2012 Yılı Eylül ayındaki çalışma ücreti karşılığı olarak 7.000,00 TL, 2012 Yılı Kasım ayına ilişkin 6 günlük çalışma ücreti karşılığı 1.400,00 TL. olması gerekirken, davacı tarafça da kabul edilen 195,00 TL avans düşüldükten sonra 1.205 TL' nin davacının hesabına yatırıldığı, dolayısıyla her hangi bir ücret alacağı kalmadığı, yine davalı işyerindeki kıdemine göre; hak ettiği ihbar tazminatı ve 14 günlük çalışma karşılığı olan 3.694,62TL' nin de davalı işverenlikçe davacının banka hesabına yatırıldığından ihbar tazminatına ilişkin bir alacağı kalmadığı, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi

yapılmasında objektif ve esaslı nedenler bulunmadığından sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi gerektiği ve bu sebeple bakiye süre ücreti alacağının da bulunmadığı, davalı işyerindeki kıdeminin 6 aydan az olması nedeniyle, Deniz İş Kanunu'na göre ücretli izne hak kazanmadığı, keza iş akdinin feshinin davacının kişilik haklarını zedelediği ve manevi tazminat şartlarının oluştuğunu somut delillerle ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği ve buna bağlı olarak davacı işçinin bakiye süre ücreti alacağına hak kazanıp kazanmadığı hususu çözüme kavuşturulmalıdır.

Dosya içeriğine göre; taraflar arasında imzalanan sözleşmede davacının uzak yol kaptanı olarak 17.08.2012-17.08.2013 tarihleri arasında davalıya ait ... ... adlı gemide çalışacağının kararlaştırıldığı ve daha sonra da bu iş ilişkisinin belirlenen süreden evvel 06.11.2012 tarihinde işverence sona erdirildiği anlaşılmıştır.

Davacının 854 sayılı Deniz İş Kanuna tabi çalışan olduğu sabittir. Anılan Kanun'un 7. maddesine göre hizmet aktinin belirli bir süre veya sefer için yahut süresiz olarak yapılabileceği öngörülmüştür.

854 sayılı Kanunu'nda taraflar arasında belirli süreli sözleşmenin ilk kurulmasında 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlendiği gibi objektif neden şartı aranmamaktadır.

Bu durumda davacı ile ilk kez sözleşme yapıldığına ve bu sözleşmenin süresinden önce feshedildiğinin anlaşılmasına göre bakiye süre ücret alacağının T....nun 438. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereklidir. Talebin reddi hatalıdır.

3-Davacının yargılama safhasında ücret alacağını artırdığı, ancak harcını yatırmadığı görülmekle yukarıda değinilen bozma nedenine göre harcın Harçlar Kanununun 30. maddesi uyarınca tamamlattırılması hususu da gözden kaçırılmamalıdır.

F) **Sonuç**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 09.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN İSTİFASI • HAKLI FESİH • İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: İşçinin istifa ettiği tarihte bir kısım işçilik alacakları ödenmemiş ise, işçinin istifası haklı fesih kabul edilmeli ve kıdem tazminatına hükmedilmelidir.

Böyle bir fesihte, fesih haklı da olsa işçi ihbar tazminatına hak kazanamaz.

Y.9 HD. E.2017/5102, K.2017/10030, T.8.6.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin 04.11.2004 tarihinde davalı şirket tarafından işletilen otelde resepsiyon görevlisi olarak çalışmaya başladığını, 10.12.2011 tarihine kadar burada çalışmaya devam ettiğini, davacının 10.12.2011 tarihinde haksız olarak işine son verildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla mesai ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 2011 yılı sezon sonunda iş akdinin askıya alındığını, 15.3.2012 tarihinde iadeli taahhütlü mektupla işe davet edildiğini, ancak davacının işten istifa ettiğini belirterek işi bıraktığını, davacının asgari ücretle çalıştığını, maaşlarının banka aracılığıyla ödendiğini, ücret bordrolarının imzalı olduğunu, davacının tüm ücret ve alacaklarının eksiksiz ödendiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununda 32 nci maddenin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır.

Ücret kural olarak dönemsel (periyodik) bir ödemedir. Kanunun kabul ettiği sınırlar içinde tarafların sözleşme ile tespit ettiği belirli ve sabit aralıklı zaman dilimlerine, dönemlere uyularak ödenmelidir. Yukarıda değinilen Yasa maddesinde bu süre en çok bir ay olarak belirtilmiştir.

İş sözleşmesinin tarafları, asgarî ücretin altında kalmamak kaydıyla sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücretin miktarını serbestçe kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinde ücretin miktarının açıkça belirtilmemiş olması, taraflar arasında iş sözleşmesinin bulunmadığı anlamına gelmez. Böyle bir durumda dahi ücret, Borçlar Kanunun 323 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre tespit olunmalıdır. İş sözleşmesinde ücretin kararlaştırılmadığı hallerde ücretin miktarı, işçinin kişisel özellikleri, işyerindeki ya da meslekteki kıdemi, meslek unvanı, yapılan işin niteliği, iş sözleşmesinin türü, işyerinin özellikleri, emsal işçilere o işyerinde ya da başka işyerlerinde ödenen ücretler, örf ve adetler göz önünde tutularak belirlenir.

4857 sayılı Yasanın 8 inci maddesinde, işçi ile işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılmayan hallerde en geç iki ay içinde işçiye çalışma koşullarını, temel ücret ve varsa eklerini, ücret ödeme zamanını belirten bir belgenin verilmesi zorunlu tutulmuştur. Aynı yasanın 37 nci maddesinde, işçi ücretlerinin işyerinde ödenmesi ya da banka hesabına yatırılması hallerinde, ücret hesap pusulası türünde bir belgenin işçiye verilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Usulünce düzenlenmiş olan bu tür belgeler, işçinin ücreti noktasında işverenden sadır olan yazılı delil niteliğindedir. Kişi kendi muvazaasına dayanamayacağından, belgenin muvazaalı biçimde işçinin isteği üzerine verildiği iddiası işverence ileri sürü-

lemez. Ancak böyle bir husus ileri sürülsün ya da sürülmesin, muvazaa olgusu mahkemece resen araştırılmalıdır. (Yargıtay 9.HD. 23.9.2008 gün 2007/27217 E, 2008/24515 K.).

Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin gerçek dışı olmasının da yaptırıma bağlanmış olması, belgenin ispat gücünü arttıran bir durumdur. Kural olarak ücretin miktarı ve ekleri gibi konularda ispat yükü işçidedir. Ancak bu noktada, 4857 sayılı Kanunun 8 inci ve 37 nci maddelerinin, bu konuda işveren açısından bazı yükümlülükler getirdiği de göz ardı edilmemelidir. Bahsi geçen kurallar, iş sözleşmesinin taraflarının ispat yükümlülüğüne yardımcı olduğu gibi, çalışma yaşamındaki kayıt dışılığı önlenmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu yönde belgenin verilmiş olması ispat açısından işveren lehine olmakla birlikte, belgenin düzenlenerek işçiye verilmemiş oluşu, işçinin ücret, sigorta pirimi, çalışma koşulları ve benzeri konularda yasal güvencelerini zedeleyebilecek durumdadır. Çalışma belgesi ile ücret hesap pusulasının düzenlenerek işçiye verilmesi, iş yargısını ağırlıklı olarak meşgul eden, işe giriş tarihi, ücret, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından da önemli kolaylıklar sağlayacaktır. Bu bakımdan ücretin ispatı noktasında delillerin değerlendirilmesi sırasında, işverence bu konuda belge düzenlenmiş olup olmamasının da araştırılması gerekir.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta pirimi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi, aylık ücretinin net 1.000,00 TL olduğunu iddia etmiş, davalı işveren ücretin asgari ücret olduğunu savunmuştur. Mahkemece emsal ücret araştırması yapılmadan davacının asgari ücret aldığı kabul edilmiştir.

Davacı işçi 5,5 yıllık kıdeme sahiptir. Bu nedenle işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda sendikalarla, ilgili

işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı, tazminat ve alacaklara esas ücret belirlenmeli ve bu ücrete göre alacaklar hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesi hatalıdır.

3-İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir.

Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, 2008/Haziran ayı sonrasındaki imzalı ücret bordrolarında fazla mesai tahakkuku bulunduğu gerekçesiyle tahakkuk bulunan ayların hesaplama sırasında dışlandığı açıklanmış ise de, ücret bordrolarının incelenmesinde bazı aylarda (mesela, 2010/Kasım ve 2011/Mart gibi) fazla mesai tahakkukunun olmadığı görülmüştür. Bu itibarla, hesap bilirkişisinden denetime elverişli ek rapor alınarak fazla mesai tahakkuku bulunmayan aylar için yeniden fazla mesai hesabı yaptırılması gerekirken, eksik inceleme ile karar verilmesi isabetsizdir.

4-Mahkemece, dosyada mevcut davacının imzasını havi 21.03.2012 tarihli istifa dilekçesine değer verilmemiş ise de, dilekçedeki imzanın inkar edilmemiş olması, askı süresi sonunda yeni sezonda davacı işçinin işine geri dönmesine yönelik davalı işveren tarafından gönderilen 15.03.2012 tarihli ihtara davacının cevap vermemiş olması ve özellikle istifa tarihinden iki gün önce davacının başka bir yerde işe başlamış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde istifa dilekçesine değer verilmemesi dosya kapsamına uygun değildir. Ancak, istifa tarihi itibariyle bir kısım ödenmemiş işçilik alacaklarının bulunduğu dikkate alındığında istifanın ödenmemiş işçilik alacaklarına dayandığının kabulü dosya içeriğine daha uygun düşecektir.

O halde, davacının kıdem tazminatı talebinin hüküm altına alınması yerinde ise de, iş sözleşmesini fesheden tarafın feshi haklı bir nedene dayansa dahi, ihbar tazminatına hak kazanması mümkün olmadığından davacının ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile bu talebin kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) **Sonuç**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 08.06.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE • 30 İŞÇİ KOŞULU • GRUP ŞİRKETLER

ÖZET: Grup şirketlerdeki çalışmaların söz konusu olduğu durumlarda, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçiler dikkate alınarak 30 işçi koşulunun varlığı irdelenmelidir.

Y.9 HD. E.2016/11203, K.2017/7807, T.4.5.2017

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davacının ekonomik nedenlerle iş akdinin feshedildiği ancak davacının pozisyonunun kapatılması ile ilgili yönetim kurulu kararı bulunmadığı, davacının iş akdinin feshedilmesinden sonra davalı işyerinde işçi alımı yapılıp yapılmadığına ilişkin belgelerin sunulmadığı, davalı şirketin mali durumu incelendiğinde 2012, 2013 ve 2014 yıllarının hiçbir döneminde zararının bulunmadığı fesih yılında brüt satışların ve karın yüksek seviyeye ulaştığı iş akdinin feshinin ekonomik nedenlere dayandırılması ve bu sebebin geçerli sebep olamayacağı gerekçesiyle feshin geçersizliğine, işe başlatmama tazminatının 4 ay, boşta geçen süre alacağının 6 aylık ücret tutarında belirlenmesine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için fesih bildiriminin yapıldığı tarihte işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması gerekir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/2 maddesine göre, İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve 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 eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır. İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür. Yine aynı kanunun 18/4 maddesi uyarınca, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Keza 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin dahil olduğu iş kolundan sayılır.

Otuz işçi sayısının belirlenmesinde belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Fesih bildirimin yapıldığı tarihte 30 işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. Ancak hastalık, iş kazası, gebelik yada normal izin ve benzeri nedenlerle ayrılan işçi yerine bu süre için ikame işçi temin edilmiş ise, 30 işçi sayısında ikame edilen işçi dikkate alınmayacaktır. Konumu itibarıyla güvence kapsamı içerisinde olmayan işveren vekillerinin ve yardımcılarının da işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Dairemizin uygulaması bu yöndedir. (24.03.2008 gün ve 2007/27699 Esas, 2008/6006 Karar sayılı ilamımız).

Fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle feshin geçersizliği davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de 30 işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda feshin geçersizliğine ilişkin dava sonuçlanmamış ise, bekletici mesele yapılarak sonucu beklenmelidir.

İş Kanunu kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle süreksiz işlerde çalışanlar, keza işyerinde ödünç(geçici) iş ilişkisi ile çalıştırılanlar ile alt işveren işçileri o işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılmazlar. Alt işverenin işçileri otuz işçi kıstasının belirlenmesinde dikkate alınmazlar; fakat, iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla, işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak taşeron işçisi olarak gösterilmesi halinde, bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Daha açık bir anlatımla, alt işverenlik ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işverenin işçileri ile geçici işçi sağlayan işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerlerinde sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Ancak tarafların geçici iş ilişkisinde gönderen işveren olarak nitelendirdikleri; fakat aslında "bodro işvereni" olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde gözönünde bulundurulmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu, elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işçilerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeleri kapsamı içine aldığından (İş K mad. 4/b), bu işyeri ya da işletmede çalışanlar da iş güvencesinden yararlanır. Buna karşılık, 50'den az (elli dahil) işçi çalıştıran tarım işyerlerinde çalışanlar İş Kanunu'nun kapsamı dışından kalacağından, bu yerlerde 30'dan fazla işçi çalıştırılsa dahi (örneğin, 40 işçi), bu işçilere iş güvencesi hükümleri uygulanmayacaktır. 50 İşçinin tespitinde, sadece tarım işçileri değil; diğer işçiler de dikkate alınmalıdır.

Özellikle gurup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile sadece davalı şirkete hizmet veren işçilerin 30 işçi kıstasında dikkate alınması gerekir. İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.

Sendika işyeri temsilcileri için işyerinde 30 işçi çalışma koşulu aranmamalıdır. (Dairemizin 21.07.2008 gün ve 2008/25552 Esas, 2008/20932 Karar sayılı ilamımız).

Dosya içeriğine göre somut uyuşmazlıkta fesih tarihinde davalı şirketin 26820070304625920341 3 sicil numaralı işyerinde çalışan sayısının 6 olduğu, nitekim yargılama sırasında davalı şirket tarafından fesih tarihinde 30 işçi çalışan şartının gerçekleşmediği konusunda itirazda bulunulduğu, karar gerekçesinde 30 işçi şartının gerçekleştiğinin kabul edildiği ancak bunun neden bu şekilde kabul edildiği yönünde bir gerekçeye yer verilmediği görülmektedir.

Davacı dava dilekçesinde davacının 03.05.1996-30.11.2014 tarihleri arasında D. şirketler grubuna bağlı şirketlerde çalıştığını, davalı şirket ile ... A.Ş.'nin tek elden idare edildiği adreslerinin aynı olduğu ileri sürülmüştür.

Mahkemece davalı şirketin fesih tarihinde tüm Türkiye genelinde aynı iş kolunda faaliyet gösteren tüm işyerlerinde çalışan sayısı tespit edilip çalışan işçi sayısı 30'dan az görünüyor ise; dava dışı şirket ile davalı şirket arasında organik bağ bulunup bulunmadığı, bunların aynı binada faaliyet gösterip göstermedikleri, davacının davalı şirket ile dava dışı şirket tarafından birlikte istihdam edilip edilmediği, dava dışı şirkette fesih tarihinde kaç işçi çalıştığı gerekirse keşif yapılarak yukarıdaki ilkelere göre araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

2- 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiğinde, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların ödenmesini de hüküm altına alınması gerekir. Bu süre üst sınır olup, aynı maddenin son fıkrası uyarınca sözleşme ile değiştirilemez, aksi hükümler geçersizdir. Yasa koyucu yargılama süresini dikkate alarak bu düzenlemeyi yapmıştır. Yargılama süreci 4 aylık sürenin altında kaldığında, kısaca fesih ile işe iade kararı sonrası başvuru arasında boşta geçen süre 4 aydan az olduğu takdirde, başvuru tarihine kadar ki ücret ve diğer haklar hüküm altına alınacaktır. Ancak yargılama süreci 4 aydan fazla sürdüğünde, yasanın amir hükmü gereği boşta geçen süre için 4 aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesi gerekecektir. Boşta geçen süre için ücret ve diğer hakların ödenmesi, feshin geçersizliğine bağlı ikincil bir sonuçtur. Talep olmasa da mahkemece dikkate alınması gerekir. Ayrıca feshin geçersizliği istemi tespit niteliğinde olduğundan, boşta geçen süre

için ücret ve diğer hakların miktar belirtilmeksizin, hüküm altına alınması ve ödenmesi gerektiğinin tespiti ile yetinilmesi gerekir. (Dairemizin 02.06.2008 gün ve 2007/38659 Esas, 2008/13502 Karar sayılı ilamı).

Kabule göre, Mahkemece üst sınır aşılarak 6 aya kadar ücret ve diğer hakların ödenmesi gerektiğinin belirtilmesi yasanın açık emredici düzenlemesine aykırılık teşkil etmektedir. Karar bu yönü ile de hatalıdır.

F) **Sonuç**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 04.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMESİ •

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA

ÖZET: İşverenin hizmetinde olan işçilerin başka bir şirketin işçileri olmaları halinde işçi temini sözleşmesi bulunduğu kabul edilerek işçilerin başıdan itibaren hizmet verdikleri işverenin işçileri oldukları sonucuna varılmalıdır.

İşçinin Sendika üyeliğinin işverene bildirilmesinden sonra toplu iş sözleşmesinden yararlanması söz konusu olacaktır.

Y.9 HD. E.2017/20559, K.2017/8871, T.25.5.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, baştan beri Davalı ... A.Ş.'nin işçisi olmasına rağmen, sendikalı işçiler gibi ücret almasının önüne geçmek için muvazaalı alt işverenlik ilişkisi kurularak diğer davalı ... A.Ş.'nin işçisi gibi gösterildiğini ve eksik ücret ödendiğini belirterek, ücret farkları, fazla çalışma ücreti farkı, tatil ücreti farkları, ikramiye farkı ve TİS'den kaynaklanan sosyal yardım alacakları farklarının ödetilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ... A.Ş., gemiadamı ihtiyaçlarını gidermek için hizmet alımı ihalesi yaparak, anlaşma gereği ihaleyi kazanan diğer davalı ... A.Ş.'nin

işçilerini kendi gemilerinde çalıştırdıklarını, muvazaanın söz konusu olmadığını, davacının sendikalı olmadığı için ücretinin farklı olduğunu belirtmiştir.

Davalı ... A.Ş., hizmet alımı ihalesini kazanarak davacıyı, diğer davalıya ait gemilerde çalıştırdıklarını, muvazaanın söz konusu olmadığını, davacının sendikalı olmadığını belirtmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisinin bulunmadığı, aksine personel teminine yönelik muvazaalı bir ilişki olduğu bu nedenle ... A.Ş. çalışanı olarak hizmet sözleşmesi imzalayan davacının eşit davranma borcu ile Anayasa'nın eşit işe eşit ücret ilkesi ve eşitlik prensibi gereğince aynı işi yapan ... A.Ş. çalışanı ile aynı haklardan faydalanması gerekeceği, davacıların sendika üyesi olduğu dosyada üye kayıt fişlerinin bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalılar vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Uyuşmazlık gemiadamı olarak hizmet alınan ... A.Ş. işçisi olarak diğer davalıya ait gemide Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan davacının, davalı ... A.Ş'nin taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesinden yararlanıp yararlanmayacağı, davalılar arasındaki sözleşmenin muvazaaya dayanıp dayanmadığı ve muvazaa tespitinin hangi normatif düzenlemelere göre yapılacağı noktalarında toplanmaktadır.

Deniz İş Kanununda alt işveren-asıl işveren kavramına ise hiç yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu, asıl-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin de işçiler açısından alt işverenle birlikte sorumluluğunu düzenlemiş, bunun yanında bazı muvazaa kriterlerine yer vermiştir. 4857 sayılı İş Kanununda kurala bağlanan alt işveren uygulamasının Deniz İş Hukukunda bire bir ve kıyasen uygulanması olanağı yoktur. Ancak sosyal güvenlik boyutu dikkate alındığında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu'nun genel kanun olması nedeni ile asıl-alt işveren tanımı

ve sorumluluğuna ilişkin 12. maddesindeki düzenleme Deniz İş Kanunu uygulaması bakımından kabul edilmelidir. Anılan maddenin son fıkrasına göre "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur".

Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. Bu anlamda bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Dosya içeriğine göre davalı asıl işveren ... A.Ş.'ye ait gemide diğer davalı şirket kaydında gemiadamı olarak çalışan davacı, 08.03.2006 tarihinde işverenin ... A.Ş. olduğunu belirterek, adı geçen davalının taraf olduğu Toplu İş Sözleşmesini imzalayan iş kolundaki sendikaya üye olmak için başvurmuştur. Üye sendika ile davalı ... A.Ş. 01.01.2005-31.12.2006 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesini 15.10.2005 tarihinde imzalamıştır. Davacının sendika üyeliğinin davalı ... A.Ş.'ye bildirilip bildirilmediği dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Hükme esas bilirkişi raporunda ise davacının fark işçilik alacakları hesaplanırken, üyelik tarihinden önceki tarihi kapsar şekilde hesaplama yapılmıştır.

Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre;

Davalılar arasıdaki hizmet alım sözleşmesi incelendiğinde bir işin ve hizmetin bir bölümünün verilmediği, toplam 500 gemi adamının çalıştırılmasına ve işçi teminine yönelik olduğu, yasalarımızda işçi teminine yönelik açık düzenleme bulunmadığı Borçlar Kanunu'nun genel muvazaa kriterlerine göre davacının başlangıçtan itibaren ... A.Ş.'nin işçisi olduğu anlaşıldığından mahkemenin davalılar arasında muvazaa bulunduğu yönündeki değerlendirmesi isabetlidir.

Ancak davacının sendika üyeliğinin asıl işveren ... A.Ş.'ye bildirildiği tarih yararlanma tarihi olacağından, bu tarih araştırılmalı ve buna göre Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden faydalanıp faydalanmayacağı belirlenmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

F) **SONUÇ**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine 25.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FESİH BİLDİRİMİ • FESHİN GERÇEKLEŞMESİ • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Fesih bildiriminde mutlaka "fesih" sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme birleşirse feshin gerçekleştiği sonucu ortaya çıkar.

İşçinin hizmet akdinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmayacak şekilde sona erdiğini ispatlama yükümlülüğü işverene aittir.

Y.9 HD. E.2015/14828, K.2017/17309, T.2.11.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin 28.01.2000-17.02.2005 tarihleri arasında sürekli ve kesintisiz bir şekilde davalıya ait işyerinde ustabaşı olarak 12.00-04.00 saatleri arasında yüzdelik usulüne göre net 950,00 TL aylık ücret ile çalıştığını, 17.02.2005 tarihinde hiçbir gerekçe gösterilmeden işten çıkartıldığını ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla mesai ücreti, ulusal bayram genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının taleplerinin zamanaşımına uğradığını, davacının müvekkiline ait işyerinde 2004 yılı sonlarında asgari ücret ile çalış-

maya başladığını, davacının işyerindeki çalışma süresi boyunca işyerinde diğer çalışanlar ve müşterilere karşı iş ahlakının ve ahlak kurallarının gerektirdiği kurallar dışında davrandığını ve müvekkili tarafından defalarca uyarılmasına karşın müvekkiline tehdit ile cevap verdiğini, davacının işten çıkartılması durumunda başına kötü şeyler geleceğini beyan ederek, davalıyı tehdit ettiğini, davacının arkadaşlarını işyerine getirdiğini ve hesap ödemeden işyerinden ayrıldıklarını, hesabın ödenmesinin istenmesi durumunda işyerinde huzursuzluk çıkartılacağı ve işyerinde her yerin dağıtılacağı yönünde müvekkilini tehdit ettiklerini ve davacının işyerine gelmemesine karşın müvekkilini ve müvekkilinin oğlunu tehdit ederek para aldığını, müvekkili tarafından davacı aleyhine Emniyet Müdürlüğü'ne ve C. Savcılığı'na şikayette bulunulduğunu, sonrasında davacının arkadaşları ile birlikte müvekkiline ait işyerine baskın yaptığını ve müvekkilinin oğlunun ölümüne dövülerek, bıçaklandığını ve işyerinin tamamen dağıtıldığını, davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı işverenin iş sözleşmesini fesihte haklı olduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili 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-İş sözleşmesinin, davalı işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık 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.

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 tanıması gerekmez.

Fesih bildirimi bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukukî 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 çıkabilir. 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.

Fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 109. maddesinin bir sonucudur. Ancak yazılı şekil şartı, geçerlilik koşulu olmayıp ispat şartıdır.

Fesih bildirimi karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesinde davacının iş akdinin davalı işveren tarafından haksız olarak feshedildiği iddia edilmiş, davalı ise yapılan feshin haklı nedene dayandığını savunmuştur.

Dosya içerisinde, davalı tarafından yapılmış yazılı bir fesih bildirimi bulunmamaktadır.

Yerel Mahkemenin gerekçesinde dayandığı ... 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/58 Esas sayılı dosyasındaki 08.12.2010 tarihli C. Başsavcılığı mütalaasında, davalı işverenin müştekiler arasında yer aldığı, davacının ise sanıklar arasında bulunmadığı, aşçı olarak çalışan davacının işverence iş akdine son verilmesi sonrasında 15.03.2005 tarihinde davacı ve arkadaşlarınca işyerinde olay çıkartıldığı mütalaa edilmiştir. Davalı tanığı tarafından da davacının arkadaşlarının işyerinde olay çıkarttığına yönelik beyanlarda bulunulmuş olup, meydana gelen bu olay ve kavgaların davacının iş akdinin feshedildiği tarihten sonra gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Davalı işveren iş akdinin 17.02.2005 tarihinde kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sonlandırıldığını ispat edememiştir.

Davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile taleplerin reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) **SONUÇ**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GEMİNİN YABANCI BAYRAGA GEÇMESİ
•
İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: Geminin Türk Bayrağından ayrılması halinde iş sözleşmesi kendiliğinden bozulacağından gemi adamı ihbar tazminatına hak kazanamaz.

Y.9 HD. E.2017/26265, K.2017/18081, T.13.11.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin 24/01/1986-22/08/1986 ile 15/09/2000-16/01/2001 tarihleri arasında davalı .... A.Ş.'de, 23/08/1986-27/09/1986 tarihleri arasında davalı .... A.Ş'de, 30/03/1999-14/04/2000 tarihleri arasında davalı ..... A.Ş.'de gemi adamı olarak çalıştığını, 04/01/2000-14/04/2000 tarihleri arasındaki sigorta primlerinin Yazıcı .... A.Ş. tarafından ödendiğini, son olarak 13/01/2010 tarihine kadar aralıklarla ve değişen sürelerde olmak kaydıyla toplam 11 yıl davalı şirketlerin gemilerinde usta gemici olarak çalıştığını, davalılar arasında organik bağ bulunduğunu, şirketlerin tamamının aynı yerde faaliyet gösterdiklerini, yönetim kurulu başkan ve üyelerinin aynı kişiler olduğunu, son ücretinin aylık net 1.700,00 TL olduğunu, ayrıca 300,00 TL harcırah aldığını ve işten çıkarıldığını beyanla davalarının kabulü ile kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; her bir davalı için ayrı ayrı dava açılması gerektiğini, ara-

larında bağlantı olmadığını, ayrı ayrı tüzel kişilikler olduğunu, davacının müvekkillerinden;

... şirketinde 24/01/1986-22/08/1986, 11/05/2000-28/07/2000, 01/05/2002-27/09/2002, 19/12/2003-31/12/2004, 13/08/2005-10/03/2006 ve 19/07/2009-13/01/2010 tarihleri arasında dönemler halinde belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalıştığını ve taleplerin zamanaşımına uğradığını,

... A.Ş. yönünden, davacının 04/01/2000-14/04/2000, 17/01/2001-18/03/2001 ve 19/11/2002-30/09/2003 tarihleri arasında çalıştığını diğer davalılar ile aralarında organik bağ bulunmadığını, sözleşmelerin belirli süreli olduğunu ve taleplerin zamanaşımına uğradığını,

..k A.Ş. yönünden, davacının herhangi bir çalışması olmadığını, diğer davalılar ile aralarında ilişki olmadığını ve taleplerin zamanaşımına uğradığını,

....A.Ş. yönünden, davacının 15/09/2000-05/01/2001 tarihleri arasında belirli süreli hizmet sözleşmesi ile çalıştığını, diğer davalılar ile aralarında organik bağ bulunmadığını ve taleplerin zamanaşımına uğradığını,

Beyanla tüm davalılar yönünden davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Yerel Mahkemenin ilk kararı, Dairemizin 21.02.2017 tarih ve 2015/7225 Esas, 2017/2317 Karar sayılı ilamıyla "1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-854 sayılı... İş Kanunu'nun 14/IV. maddesi uyarınca geminin Türk bayrağından ayrılması halinde iş sözleşmesi kendiliğinden bozulacağından ihbar tazminatına hak kazanılamaz.

Somut uyuşmazlıkta; davacının iş sözleşmesinin çalıştığı ve davalılardan.... A.Ş. adına kayıtlı ...-4 isimli geminin satılması ve bayrak değiştirmesi nedeniyle sona erdiği kabul edilmiştir. Davalı İşverenlerin başka Türk bayrağı taşıyan bir gemisi faaliyette bulunmadığı sürece iş akdinin bu nedenle feshi halinde davacı ihbar tazminatına hak kazanamaz. Bu husus araştırılmadan ihbar tazminatı talebinin kabulü hatalıdır.

3-Davacının dava dilekçesinde 2.500,00 TL kıdem tazminatı, 400,00 TL ihbar tazminatı ve 100,00 TL izin alacağı talep etmesine karşın hüküm sonucunda bu miktarlar dikkate alınmaksızın her bir alacağın dava dilekçesindeki değerinin 1.000,00 TL olarak belirlenmesi usule aykırıdır.

4-Hükmedilen alacak miktarlarının brüt mü yoksa net mi olduğunun karar da gösterilmemesinin infazda tereddüde yol açacağının düşünülmemesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir." gerekçesiyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz: Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İlk karar, Dairemiz tarafından "...Davalı İşverenlerin başka Türk bayrağı taşıyan bir gemisi faaliyette bulunmadığı sürece iş akdinin bu nedenle feshi halinde davacı ihbar tazminatına hak kazanamaz. Bu husus araştırılmadan ihbar tazminatı talebinin kabulü hatalıdır...." gerekçesiyle bozulmuş olup mahkemece bozmaya uyulduğu halde davalı işverenlerin başkaca Türk bayrağı taşıyan gemilerinin olup olmadığı hususunda kesin bir belirleme yapılmamıştır. Bir başka anlatımla, uyulan bozma ilamının ihbar tazminatı alacağı bakımından gereği yerine getirilmemiştir. Davalı işverenlerin başkaca Türk bayrağı taşıyan gemilerinin olup olmadığı tam olarak belirlenmelidir. Eksik araştırma ile ihbar tazminatı talebinin reddi hatalı olup, bozmayı gerekmiştir.

F) **SONUÇ**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ALT İŞVEREN • MUVAZZA • İŞE İADE • VEKALET ÜCRETİ • ZORLAYICI SEBEP

ÖZET: Asıl işveren ile alt işveren arasındaki ilişkinin muvazaalı olması halinde, işçi başından itibaren asıl işverenin işçisi sayılacak ve asıl işverenin işyerine iade edilecektir.

Bu durumda işveren sıfatı olmayan, ancak işçinin yanılmasına sebebiyet veren alt işveren lehine vekalet ücreti hükmedilemez. Şoför olan işçinin ceza puanıyla ehliyetine el konulması zorlayıcı sebep olup işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Ancak, ihbar tazminatı alamaz.

Y.9 HD. E.2017/7054, K.2017/19527, T.30.11.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili özetle; davacının 04/05/2012-27/05/2013 tarihleri arasında .... Başmüdürlüğü'ne bağlı .... Postanesi bünyesinde faaliyet gösteren alt işverenlerin sigortalısı olarak çalıştığını, 27/05/2013 tarihinde iş akdine son verildikten 2 ay sonra yeniden davalı kurumda çalışmaya başladığını, 25 gün kadar çalıştıktan sonra iş akdinin haksız ve önelsiz feshedildiğini, en son net 1.150,00 TL ücretle çalıştığını, asgari ücret kadarının bankaya ödendiğini, bakiyesinin elden verildiğini, herhangi bir sosyal hakkı olmadığını, davalı kurumdaki taşeron firmaların 4857 Sayılı Yasa'nın öngördüğü alt işverenlik hükümleri çerçevesinde değil muvazaalı olarak birtakım yükümlülüklerin ortadan kaldırılması amacına yönelik faaliyet gösterdiğini, müvekkilinin tüm çalışma süresi boyunca ... ve .... Şubelerinde, ... ve...'ndeki postaneleri arasındaki kargo ve postaların taşımacılığını yaptığını, müvekkilinin yaptığı işlerin tamamının davalı kurumun asıl işlerinden olduğunu, İş Kanunu'nun 2. maddesine aykırı bir şekilde işlerin alt işverene devredildiğini, müvekkilinin davalı kurumun kadrolu elemanı gibi asıl işlerde görevlendirilmesinin ve alt işverenler değişse de müvekkilinin yaptığı işe aynen devam etmesinin müvekkilinin davalı kurumun işçisi olduğu sonucunu doğurduğunu, davalı kurumun 6772 Sayılı Yasa'nın 1. maddesinde sayılan kurumlardan olması sebebiyle müvekkiline bu yasadan doğan ilave tediye alacaklarının ödenmesi gerektiğini, müvekkilinin bir gün 20.30-06.00 saatleri arasında diğer gün

19.30-07.00 saatleri arasında çalıştığını, çalışmanın bu şekilde düzenli olarak sürdüğünü, fazla mesai ve hafta tatili ücretlerinin ödenmediğini, tüm genel tatillerde çalıştığını, ancak ücretlerinin ödenmediğini, hak ettiği yıllık izinlerini kullanmadığını iddia ederek; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, hafta tatili ücreti, fazla mesai ücreti, genel tatil ücreti, ilave tediye alacağı ve yıllık izin alacağının faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı .....Teşkilatı A.Ş. Genel Müdürlüğü vekili özetle; husumet itirazında bulunduklarını, 5584 Sayılı Posta Yasasına 2009 yılında yapılan ekleme ile ayrım ve dağıtım işinin ihale yoluyla 3. kişilere verilebileceğinin hükme bağlandığını, 01/01/2010-31/12/2013 tarihleri arasında .....posta hatlarında posta ve kargo gönderileri taşıma işinin ihale ile .... Taş. Ltd. Şti'ne verildiğini, müvekkilinin işveren değil ihale makamı olduğunu, bu nedenle işveren gibi sorumlu olmasının mümkün olmadığını, davacının tüm işçilik alacaklarından yüklenici firmanın sorumlu olduğunu, davanın .... Taş. Ltd.Şti'ne ihbarını talep ettiklerini, konu ile ilgili emsal karar olan ... 9. İş Mahkemesi'nin 2009/875 Esas, 2010/468 Karar sayılı husumet yönünden ret kararının Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından onanarak kesinleştiğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Feri Müdahil .... Taş Gıda Turizm İnş Tem Hiz San ve Tic Ltd.Şti. vekili özetle; zamanaşımı itirazında bulunduklarını, davacının 04/05/2012-27/05/2013 tarihleri arasında belirli süreli hizmet sözleşmesiyle çalıştığını, davacının şoför olarak çalıştığı sürede 100 ceza puanını doldurması sebebiyle 19/05/2013 tarihinde ehliyetine el konulduğunu,bu tarihten sonra mazeretsiz olarak işe gelmediğini, 27/05/2013 tarihinde iş akdini istifa ederek sona erdirdiğini, bu tarihten sonra bir daha çalışmasının olmadığını, davacının ehliyetine el konulmasının kendi kusuruna dayandığını, bu nedenle davacının istifasının İş Kanunu'nun 24. maddesinde sayılan haklı nedenle fesih hallerinden sayılamayacağını, davacının 2 kamyonda çalıştığını, 2 kamyon için toplamda 4 şoför istihdam edildiğini, her bir sefer için 1 kamyonda 2 şoför olarak çalıştıklarını, bu suretle günlük 2 vardiya halinde çalışma sisteminin söz konusu olduğunu, bu şoförlere haftanın 2 tam günü haftalık izin verildiğini,şoförlere aylık ücretleri haricinde harcırah verildiğini,hafta tatili ve genel tatil çalışması yapıldığında ücretlerinin ödendiğini, fazla çalışma iddiasının Karayolları Trafik Kanunu 49. maddesi ve emsal Yargıtay içtihatları gereği mümkün olmadığını, yıllık izin alacağı bulunmadığını, tediye alacağından müvekkili şirketin sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak; 5584 Sayılı Posta Kanununun 10. maddesine eklenen fıkra ile PTT idaresinin postaların ayrım ve dağıtım işlerini ihale yolu ile üçüncü şahıslara gördürebileceği hüküm altına alınmış olup, PTT idaresinin posta dağıtım işini taşeron firmaya devrettiği, davacının posta dağıtım işinde çalıştırılması sebebiyle taraflar arasındaki ilişkide muvazaa bulunmadığı, hal böyle olunca davacının ilave tediye ücretine hak kazanmadığı gözetilerek bu kalem alacağın reddine, diğer taleplerin ise kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir

2-Taraflar arasında, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanıp dayanmadığı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. 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." Keza aynı maddenin 7. fıkrasına göre, "Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez."

Asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde,

Biri asıl diğer hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı,

Alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları,

Alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı,

Alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı;

Alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı;

Alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı;

İstihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı;

Alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı;

Yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kollektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir. Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısında asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulmadığı kabul edilmelidir.

Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır.

Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısında asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulmadığı kabul edilmelidir.

Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir. İşverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 sayılı İş Kanununun 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir. Bu kriterler, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi sureti ile haklarının kısıtlanması veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisinin kurulması olarak belirtilmiştir. Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde, alt işveren işçisi, aynı madde uyarınca başlangıçtan itibaren asıl işveren işçileri sayılacaktır. Böyle bir durumda işe iade isteyen alt işveren işçisinin asıl işveren işyerine işe iadesine karar verilmesi gerekir. Zira alt işveren gerçekte işveren değildir ve işveren sıfatı bulunmamaktadır.

Ayrıca alt-asıl işveren ilişkisinin yasal unsurları taşıyıp taşımadığı veya muvazaalı olup olmadığı resen gözetilmelidir. Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması halinde ise, asıl işveren başlangıçtan beri gerçek işveren olduğundan, davanın tarafı asıl işveren olmalıdır. Alt işverenin bu anlamda işverenlik sıfatı bulunmadığından, taraf sıfatı olmayacaktır. Ancak, kanuna aykırı olduğu için geçersiz olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde davacı işçinin işverenin kim olduğu konusunda yanılması olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle, alt işveren hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilse de, kanuna aykırı ilişki içine giren ve işçinin yanılmasına sebebiyet veren şirket lehine vekalet ücreti takdir edilmemesi gerekir.

Somut uyuşmazlıkta davacı taraf, davalı kurumun posta ve kargo dağıtım işinde şoför olarak çalıştığını, davalının alt işverenlerle kurduğu ilişkinin İş Kanununun öngördüğü alt işverenlik ilişkisine uygun olmadığını, muvazaalı olarak kurulan ilişkinin bir takım yükümlülükleri ortadan kaldırmayı amaçladığını, zira çalışma süresi boyunca yaptığı işin davalının asıl işi olduğunu ve uzmanlık gerektirmediğini, ayrıca taşeron firmaların değişmesine rağmen çalışanların değişmediğini ve firmaların değişmesinden dahi haberlerinin olmadığını iddia etmiştir.

Mahkemece, 5584 Sayılı Posta Kanununun 10. maddesine eklenen fıkra ile, "PTT idaresinin postaların ayrım ve dağıtım işlerini ihale yolu ile üçüncü şahıslara gördürebileceği" şeklindeki düzenleme gerekçe göste-

rilerek, muvazaa bulunmadığı gerekçesiyle davacının ilave tediye alacağı talebinin reddine karar verilmiş ise de, yukarıda belirtilen açıklamalara göre yeterli araştırma yapılmadığı anlaşılmıştır.

Mahkemece, yapılan alt işverenlik sözleşmelerinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı, işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapılıp yapılmadığı, alt işverenin işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olup olmadığı, alt işveren uygulamasının işçilik teminine yönelik olup olmadığı araştırılmalı, davalı idare ile dava dışı şirketler arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi mi, yoksa muvazaalı bir ilişki mi bulunduğu açıkça tespit edilip sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacı işçinin davalı işyerinde şoför olarak çalıştığı ve 100 ceza puanını doldurması sonrasında ehliyetine el konulması üzerine, ehliyetsiz olarak araç sürmesi mümkün olmadığından işverence iş akdine bu nedenle son verildiği anlaşılmıştır. Bu husus 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/III. Maddesindeki zorlayıcı sebep niteliğinde olup, İş Kanunu'nun 24/III. maddesine uygun olarak gerçekleştirilen fesihte, davalı işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunmadığından, ihbar tazminatı talebinin reddi yerine, kabulü hatalıdır.

F) **Sonuç**:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜCRET FARKI ALACAĞI • FAİZ BAŞLANGICI • HARÇ İADESİ

ÖZET: Ücret farkı alacağı hesaplanırken, ücretin düşürülmesinden önceki son ücretten düşüşten sonraki aylarda ödenen ücretler çıkartılarak fark alacak hesaplanmalıdır.

Diğer bir deyişle düşüşten önceki son ücret sabit tutulmalı bu ücrette ayrıca arttırım yapılmamalıdır.

Ödeme ihtarında somut olarak alacak miktarı belirtilmiş ise, bu mittar için; ödeme ihtarında miktar belirtilmeden alacağın tamamının ödenmesi talep edilmiş ise alacağın tamamına ihtarla oluşturulan temerrüt tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekir.

Davalı Bakanlık harçtan muaf olduğundan davacının yatırdığı bütün harçlar kendisine iade edilmelidir.

Y.9 HD. E.2017/93, K.2018/545, T.18.1.2018

A) Davacının İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davcının temizlik görevlisi olarak çalışırken 01/09/2015 tarihinde haksız olarak işten çıkartıldığını iddia ederek; feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini, işe başlatmama halinde ödenmesi gereken tazminat ile boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının belirlenmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı C.T.İnş.Tic.Ltd.Şti. vekili, davacının davalı firmada diğer davalı G.B. ile olan ihale kapsamında hizmet alım işinin niteliği gereği belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalıştığını, diğer davalı belediyenin yeni ihale döneminde ihale şartnamesi gereğince çalışan personel sayısını azaltmak zorunda olması sebebiyle 31/08/2015 tarihinde ihbar öneline riayet ederek geçerli nedene dayalı olarak iş akdinin feshedildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Davalı G.B.B. vekili, belediyenin ihale makamı konumunda olduğunu, iş akdinin belediye ile davacı arasında kurulmadığını bu nedenle işveren sıfatına sahip olmadığını savunarak davanın rerdini talep etmiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk derece mahkemesince, toplanan kanıtlara dayanılarak, davacıya ihbar tebligatı 01/08/2015 tarihinde tebliğ olmasına karşın, harcın yatırıldığı tarih olan 15/09/2015 tarihi baz alındığında davanın İş Kanunu'nun 20. maddesinde öngörülen, fesih bildirimin tebliği tarihinden itibaren 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerektiği, davacının fesihten habertar olduğu davanın 1 aylık hak düşürücü süreden sonra açıldığı gerekçesiyle davanın ön koşullar oluşmadığından reddine karar verilmiştir.

Ç) İstinaf başvurusu:

İlk derece mahkemesinin kararına karşı, davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

D) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesince, davacıya feshin tebliğ tarihinin 01/08/2015 olup, dava tarihinin ise 189/09/2015 tarihi olduğu ve 1 aylık hak düşürücü süre geçtiksen sonra davanın açıldığı, davacı vekilinin istinaf başvurusu yerinde olmadığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun reddine karar verilmiştir.

E) Temyiz başvurusu:

Bölge Adliye Mahkemesinin kararını davacı vekili temyiz etmiştir.

F) Gerekçe:

Taraflar arasında davanın hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığı uyuşmazlık konusudur. 4857/Madde 109. Bu kanunda öngörülen bildirimlerin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığında yapılması gerekir. Bildirim yapılan kişi bunu imzalamazsa, durum o yerde tutanakla tespit edilir. Ancak, 7201 sayılı Kanun kapsamına giren tebligat anılan Kanun hükümlerine göre yapılır.

MADDE 35- (1) Tebliğ bir mazbata ile belgelendirilir. Bu mazbatanın:

a) Tebliği çıkaran mercin adını,

b) Tebliği isteyen tarafın adını, soyadını ve adresini,

c) Muhatabın adını, soyadını ve adresini,

ç) Tebliğin konusunu,

d) Tebliğin kime yapıldığını ve tebliğ muhatabından başkasına yapılmış ise o kişinin adını, soyadını, adresini ve 34'üncü madde gereğince tebellüğe ehil olduğunu,

e) Tebliğ tarihini, saatini ve nerede yapıldığını,

f) 30'uncu ve 31'inci maddelerdeki durumların gerçekleşmesi halinde bu hususlarla ilgili hangi işlemlerin yapıldığını, adreste bulunmama ve kaçınma için gösterilen sebebi,

g) Tebligatın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine yapılması durumunda buna ilişkin kaydı,

ğ) Tebliğ evrakı kime verilmiş ise onun adı, soyadı, sıfatı ve imzası ile tebliğ memurunun adı, soyadı ve imzasını içermesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca davanın Fesih bildirim tarihine göre bir aylık hak düşürücü süre içinde açılıp açılmadığının mahkemece resen araştırılması gerekir. Zira hak düşürücü süre kamu düzenindendir ve mahkemece kendiliğinden araştırılması gerekir. Diğer taraftan belgenin düzenleme tarihi değil, tebliğ tarihi önem kazanır. Belgenin düzenleme tarihi dışında başka bir tarihte tebliğ edildiği ileri sürüldüğünde, işveren 109. maddedeki yükümlülüğü gereği, düzenleme tarihinde tebliğ edildiğini kanıtlamalıdır.

Davalı işverenliğin sunduğu "İhbar tebligatı" başlıklı ihbar öneli taşıyan fesih bildiriminin incelenmesinde matbu içerikte olduğu, boşluk doldurma suketi ile isim ve tarihlerin yazıldığı, tebliğ tarihi yazısının altında her ne kadar 01.08.2015 yazılı ise de; bu tarihin tebliğ tarihi olarak kabul edilmesinin toplu işçi çıkarma olması ve matbu içerikli belge nedeniyle mümkün olmadığı, bu nedenle davanın 1 aylık hak düşürücü süre içinde açıldığı, davalı C.T.Ltd.Şti.'nin temizlik işini ihale yolu ile G.B.B.'lığından aldığı, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisinin bulunduğu, iş akdinin haklı veya geçerli sebeple feshedildiğinin davalılar tarafından kanıtlanamadığı, iş akdinin haklı veya geçerli sebeple feshedildiğinin davalılar tarafından kanıtlanamadığı anlaşıldığından Bölge Adliye Mahkemesinin kararının, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASI ve 4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Bölge adliye mahkemesi kararının BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,

2- Davalı C.T.İ.T.L.Ş.'nce yapıan FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE, davacının bu şirketteki İŞİNE İADESİNE,

3- Davacının yasal süre içinde başvurusuna rağmen davalı işverence süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının her iki davalının müştereken ve müteselsilen sorumluluğunda olması kaydıyla davacının kıdemi, fesih nedeni dikkate alınarak takdiren davacının 5 aylık brüt ücreti tutarında BELİRLENMESİNE,

4- Davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müraccaatı halinde hak kazınılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar en çok 4 aya kadar ücret ve diğer haklarının davalılar tarafından müştereken ve müteselsilen ödenmesi gerektiğinin TESPİTİNE,

5- Alınması gereken 35,90 TL karar - ilam harcından davacının yatırdığı 31,40 TL peşin harcın mahsubu ile bakiye 4,50 TL karar - ilam harcının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile hazineye irat kaydına,

6- Davacının yaptığı 164,50 TL yargılama giderini davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, davalıların yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

7- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre belirlenen 2.180,00 TL ücreti vekaletin davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine,

8- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine,

9- Dosyasının ilk derece Mahkemesine kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,

Kesin olarak 26.02.1018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

SİGORTA PRİMİNE TABİ KAZANÇLAR
•
PRİM MATRAHI

ÖZET: İşçinin sigorta primine tabi kazançlarının mevcut olduğunun tespiti hainde bu kazançlar ödemenin yapıldığı ayın kazanç matrahına dahil edilmeli, hizmet akdi daha önceki bir tarihde sona ermiş ise, tespit edilen kazançlar son çalışma ayının prim matrahına ilave edilmelidir.*[6]

Y.10 HD. E.2013/19689, K.2014/16331, T.2.7.2014

Dava, sigorta primine esas kazanç (ücret) tutarının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından davalı işverene karşı işçilik alacaklarına yönelik olarak açılmış Mersin 4. İş Mahkemesi'nin 2012/796 Esas numaralı dava dosyasının varlığı belirgin olup 02.02.2000 – 02.02.2002, 02.07.2002 – 15.06.2007 dönemlerinde hizmet akdine tabi olarak geçen ve davalı Kuruma bildirilen çalışma (zorunlu sigortalılık) süreleri bakımından gerçek sigorta primine esas kazanç tutarının (ücretin) tespitine ilişkin davada mahkemece yapılan yargılamada, yazılı delille kanıtlanamadığı gerekçesiyle istem reddedilmiştir.

Davanın yasal dayanağı olan 506 sayılı Kanunun "Prime esas ücretler" başlığını taşıyan 77. maddesinin 1. fıkrasında, sigortalılarla işverenlerin bir ay içinde ödeyecekleri primlerin hesabında ; (c) bendi uyarınca idare veya kaza mercilerince verilen karar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, brüt toplamının esas alınacağı öngörülmüştür.

Buna göre, maddenin 2. fıkrasında sayılan istisnalara girmemesi koşuluyla hizmet akdi karşılığı elde edilen gelirlerden sigorta primi kesil-

* Gönderen: Av. Hulki Özel Mersin Barosu

mesi asıldır. Anılan Kanunda ücretin tanımı yapılmamış olup söz konusu maddenin 1. fıkrasının (a) bendindeki "ücretler" kavramı içine asıl ücretle birlikte fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi unsurlar da girmektedir. (c)bendi gereğince, idare veya yargı makamları tarafından belirlenen ücretlerin prim hesabına esas alınabilmesi için bu tür kazançlara hak kazanmak yeterli olmamakta, işçilik alacaklarına ilişkin taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta mahkemece verilen karar sonrasında işçiye (sigortalıya) ödeme yapılmış olması aranmakta, bu durumda, yargı kararı ile hak kazanılan ücret niteliğindeki kazançların primlerinin sigortalı payının infaz sırasında sigortalıya yapılan ödemeden düşülmesi işverenin Kuruma karşı prim yükümlülüğünü kaldırmadığı da dikkate alınmak suretiyle, ödemenin yapıldığı ayın prime esas kazanç matrahına dahil edilmesi, hizmet akdi daha önceki bir tarihte sona erdiği takdirde ise yapılan ödemelerin çalışmanın geçtiği son ayın prime esas kazancında gözetilmesi gerekmektedir.

Yukarıdaki yasal düzenleme ve açıklamalar ışığında dava irdelendiğinde, davacı vekilinin ileri sürdüğü banka kayıtları getirtilerek değerlendirilmeli, işçilik alacaklarına yönelik davanın sonucu araştırılmalı, anılan davada verilen ve kesinleşen kararın varlığı durumunda işverence sigortalıya ödeme yapılıp yapılmadığı belirlenip öngörülen yöntem izlenmeli, buna göre ödemenin yalnızca hizmetin gerçekleştiği son ayın prime esas kazancına dahil edilebileceği dikkate alınarak elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın reddine karar verilmesi, 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,** temyiz harcının isteği durumunda davacıya geri verilmesine, 02.07.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

GÖREVLİ MEMURUN HATASI • KURUM ZARARI • DAVADA GÖREV

ÖZET: Görevli memurun görevini ifa ederken kusurlu eyleminden dolayı oluşan Kurum zararının tahsili davasına genel mahkemelerde bakılır.*

Y.10 HD., E.2014/23278, K.2014/26073, T.9.12.2014

Dava, hak sahiplerini görmeksizin reçete düzenleyerek haksız sağlık harcamalarına neden olduğu iddiasıyla davalı hakkında kurum alacağının tahsili için yapılan icra takibine itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmün, davacı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi N.E.tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Sağlık Ocağında doktor olarak görev yapan davalı tarafından, bir kısım sigortalı veya hak sahipleri adına rapor edilen ilaçların, sigortalıların bilgisi dışında tanzim edildiği ve bu nedenle uğranılan Kurum zararının tahsiline ilişkin takibe, davalı tarafça yapılan itirazın iptaline ilişkin olan davada, Mahkemece red kararı verilmiştir.

Dava, görevli memurun görevini ifa sırasında kusurlu eylemi nedeniyle uğranılan Kurum zararının tahsiline ilişkin olup, bu konuda, gerek 506 sayılı Yasada, gerekse 5510 sayılı Yasada bir hüküm bulunmamaktadır.

Görev konusu, kamu düzeni ile ilgili olup, Mahkemelerce yargılamanın her aşamasında re'sen ele alınması gereken bir husustur.

İş Mahkemeleri, 5521 sayılı Kanun ile kurulmuş istisnai nitelikte özel mahkemeler olup, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106'ncı maddesi ile, mülga 506 sayılı Kanunun 134'üncü maddesinde, bu Kanun uygulamasından doğan uyuşmazlıkların yetkili iş mahkemelerinde görüleceği, 5510 sayılı Kanun'un 101'inci maddesinde de, aksine hüküm bulunmayan hallerde, 5510 sayılı Kanun hükümleri-

* Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

nin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Taraflar arasındaki görevin ifası sırasında kusurlu eylemden kaynaklanan bu davanın yasal dayanağı Borçlar Kanununun 49 ve devamı maddeleri olduğundan davanın iş mahkemelerinde değil genel mahkemelerde görülmesi gerekir.

Açıklanan sebeplerle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 09.12.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HİZMET TESPİT DAVASI • HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

ÖZET: Hizmet tespiti davasındaki beş yıllık hak düşümü süresinin uygulanmasında; işçinin çalışmalarının bir bölümünün kuruma bildirilmiş olması halinde, bildirgenin verildiği tarihe kadar olan çalışmalar kesintisiz geçmiş ise bildirgenin verildiği tarih değil tüm hizmet süresinin sonu esas alınmalıdır.*

Y.10 HD. E.2016/18906, K.2017/1644, T.2.3.2017

Dava, hizmet tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece bozmadan sonra davanın kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalılar vekilleri 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.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun

* Gönderen Av. Hulki Özel Mersin Barosu

Geçici 7. maddesi uyarınca davanın yasal dayanağı 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesidir. Anılan Kanunun 6. maddesinde ifade edildiği üzere, "sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamaz ve vazgeçilemez." Anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi gözetildiğinde, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkin olduğundan, özel bir duyarlılık ve özenle yürütülmesi zorunludur. Bu bağlamda, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

506 sayılı Kanunun 79/10. maddesi hükmüne göre; Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin sigortalı hizmet olarak değerlendirilmesine ilişkin davanın, tespiti istenen hizmetin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde açılması gerekir. Çalışmanın tespiti istemiyle hak arama yönünden kanun ile getirilen süre, doğrudan doğruya hakkın özünü etkileyen hak düşürücü niteliktedir ve dolması ile hakkın özü bir daha canlanmamak üzere ortadan kalkmaktadır. 506 sayılı Kanunun kabul edilip yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla beş yıl olarak öngörülen süre, 09.07.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3395 sayılı Kanunun 5. maddesiyle on yıla çıkarılmış, daha sonra 07.06.1994 tarihinde yürürlüğe giren 3995 sayılı Kanunun 3. maddesiyle yeniden beş yıl olarak belirlenmiştir. Bu yönde, anılan madde hükmünde yer alan hak düşürücü süre; yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalışmaları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar için geçerlidir. Bir başka anlatımla; sigortalıya ilişkin olarak işe giriş bildirgesi, dönem bordrosu gibi yönetmelikte belirtilen belgelerin Kuruma verilmesi yada 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 bildiriminin işe giriş tarihinden sonra yapılması, bir başka ifade ile sigortalının hizmet süresinin başlangıçtaki bir bölümünün Kuruma bildirilmeyerek sonrasının bildirilmesi ve Kuruma bildirimin yapıldığı tarihten önceki çalışmaların, bildirgelerin verildiği tarihide 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 başlangıç alınmalıdır.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, davanın talep gibi kabulü-

ne karar verilmişse de, dosyadaki bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde davacının 2004 yılında herhangi bir çalışmasının bulunmaması sebebiyle hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılardan Turgutlu Belediye Başkanlığına iadesine, 02.03.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMI DEF'İ • MÜTESELSİL BORÇLULUK

ÖZET: Müteselsil sorumluluk davalarında zamanaşımı def'i sadece bunu ileri sürene uygulanır. Def'i ileri sürmeyen diğer müteselsil borçlular sorumluluktan kurtulamaz.

Y.10 HD. E.2015/24343, K.2017/9409, T.28.12.2017

Dava, rücuan tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, tüm davalılar yönünden davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.Hükmün, davacı Kurum vekili 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.1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacı kurum vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.2-Dava, 01.08.1998 tarihinde meydana gelen trafik iş kazası sonucu vefat eden sigortalının hak sahiplerine Kurumca yapılan yardımların 506 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca rücuan ödetilmesi istemine ilişkindir. Davanın yasal dayanaklarından olan 506 sayılı Kanunun 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, üçüncü bir kişinin kastı veya kusuru yüzünden iş kazası veya meslek hastalığı olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla

birlikte zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edileceği belirtilmiş, 818 sayılı Borçlar Kanununun 60'ıncı maddesinde ise, zarar ve ziyan veya manevi zarar olarak nakdi bir tutar ödenmesine ilişkin davanın, zarar gören tarafın zararı ve zararı gerçekleştireni öğrendiği tarihten başlayarak (1) yıl ve herhalde zararı doğuran eylemden itibaren (10) yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı hüküm altına alınmıştır. Kurumun üçüncü kişiler hakkında açtığı bu tür rücu davaları, 506 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, anılan 60'ıncı maddede öngörülen zamanaşımı sürelerine tabi olup, zamanaşımının başlangıcı, zararın ve zarar verenin Kurumun yetkili organınca öğrenildiği tarihtir. Zararı öğrenme olgusu, gelirler yönünden Kurumun yetkili organının onay günü, giderler için sarf ve ödeme tarihleri itibarıyla gerçekleşmekte, zararı gerçekleştirenin öğrenilmesi olgusunun ise her somut olayın özelliğine göre saptanması gerekmektedir.

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

Motorlu araç kazalarından doğan zararların tazminine ilişkin rücu davalarında ise ; zamanaşımı süresi yönünden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 109. maddesinin uygulanması gerekir. Anılan maddede; 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, gelirlerin onay, giderlerin sarf ve ödeme günü olduğu açıktır. Faile ıttıla tarihinin ise özel bir duyarlılıkla araştırılıp incelenmesi gerekmektedir. Uygulamada, devam eden ceza davasında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi ya da Kurum sigorta müfettişi veya Çalışma Bakanlığı iş müfettiş raporunun Kurumun yetkili makamlarına intikal tarihi ya da ilk rücu davasının açılma tarihi faile ıttıla tarihi olarak kabul edilmektedir. 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.Zamanaşımı defi davanın esası hakkında her türlü muameleye manidir. Bu sorun halledilmeden

davanın esası incelenemez. (11.01.1940 tarihli 15/70 sayılı İçt. Bir. Kararı) Borcu ortadan kaldırmamakla birlikte, yerine getirmekten kaçınma yetkisi veren zamanaşımı defi, ancak, bunu ileri süren taraf yönünden sonuç doğurmakta, bir başka anlatımla, mahkemece kendiliğinden gözetilemeyen zamanaşımı defi, yasal süresinde ileri sürüldüğü takdirde değerlendirmeye alınabilmektedir.

Müteselsil borçluluğun en belirgin özelliği; alacaklıya karşı borçlulardan her birinin; edimin tamamından sorumlu olması, başka bir ifade ile, alacaklının borçlulardan hepsini birden takip ya da dava edebileceği gibi bunların içinden dilediği birini veya birkaçını dava ya da takip edebilmesi ise de; bu özellik, müteselsil borçların nispi bağımsızlığını ortadan kaldırır nitelik taşımamaktadır. Müteselsil borçların nispi bağımsızlığı ilkesinin zamanaşımı yönünden sonuçları ise; müteselsil borçlulukta, zamanaşımının borçlulardan biri bakımından durmasının diğer borçlulara sirayet etmemesi; müteselsil borçlulardan birinin ileri sürdüğü zamanaşımı def'inden bunu ileri sürmemiş olanların yararlanmalarının mümkün bulunmamasıdır. Zamanaşımı def'i, borcu ortadan kaldırmayıp bunu ileri sürene borcu yerine getirmekten kaçınma yetkisi verdiğinden, teselsül hükümlerine dayalı olarak açılmış olan eldeki davada, zamanaşımı def'inin ancak bunu ileri süren müteselsil borçlu hakkında hüküm doğurur, diğer borçlular yönünden hüküm ifade etmez.Eldeki davada; mahkemece, davalılar ... mirasçılarına dava dilekçesinin yönteminceteblîğine rağmen süresi içinde zamanaşımı definde bulunmamaları karşısında davalı ...İnş. Taah. Nak. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin ileri sürdüğü zamanaşımı definden ... mirasçılarınında faydalanmalarına karar verilerek zamanaşımı nedeniyle haklarındaki davanın reddine karar verilmiştir.Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, zamanaşı definde bulunmayan davalılar yönünden işin esasına girilerek karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ve eksik inceleme sonucu karar tesisi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.O hâlde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, 28.12.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • KURUM RÜCU ALACAĞI • ÜÇÜNCÜ KİŞİ EYLEMİ

ÖZET: Üçüncü kişinin de sorumlu olduğu işkazasında üçüncü kişi kusurunun yarısı işveren kusuruna eklenerek peşin değerli gelirin rücuya tabi tutarı ortaya konur.

Y.10 HD. E.2015/21288, K.2017/8949, T.14.12.2017

Mahkemesi :Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi

Dava, rücuan tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamında belirtildiği şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davacı ve davalılardan ... ve Ulaşım San. A.Ş. vekillerince temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı Kurum, 24.12.2008 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucunda vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerden oluşan Kurum zararının davalılardan tahsilini talep etmiş olup, davanın yasal dayanağı olay tarihinde yürürlükte bulunan ve 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunudur.

İşveren veya üçüncü kişiye karşı açılan davalarda 5510 sayılı Kanunun 21. maddesine göre rücu alacağından sorumluluk belirlenirken kural olarak, işveren yönünden 1. fıkraya göre gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri ile yargılamada yöntemince hesaplanacak gerçek (maddi) zarar karşılaştırması yapılıp düşük (az) olan tutar esas alınmalı, üçüncü kişi bakımından 4. fıkra gereğince gerçek zarar gözetilmeksizin gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı benimsenmeli ve bunlara kusur oranları uygulanmalı ise de işveren ve üçüncü kişinin birlikte taraf olarak yer aldığı, başka anlatımla aynı anda 1. ve 4. fıkralara dayalı uyuşmazlıklarda, fıkralarda yer alan hükümlerin nasıl anlaşılması ve giderek ne şekilde uygulama yapılması gerektiği önem arz etmektedir.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla neden olmaları durumunda, anılan 50. ve 51. maddeler (6098 sayılı Kanunun 61. ve 62. maddeleri) gereğince teselsül hükümleri kapsamında bu kişilerin birlikte sorumlulukları vardır ve 146. maddeye (6098 sayılı Kanunun 62. maddesine) göre, kendi payından fazlasını ödeyenin diğer müteselsil borçlulara karşı rücu hakkı saklı kalmak kaydıyla, her bir borçlu yönünden kusurlarına karşılık gelen miktar ayrılmaksızın teselsül kurallarına göre sorumluluklarına karar verilmelidir. İş kazası veya meslek hastalığına birlikte sebebiyet veren sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda ise, işverenden istenebilecek gerçek zararı aşmayan gelirin ilk peşin sermaye değerinin işveren(ler) kusuru karşılığı ile ilk peşin değerli gelirin yarısının üçüncü kişi kusuru karşılığını oluşturan tutar toplamından işveren, gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısının müteselsil sorumluların toplam kusuruna karşılık gelen tutarından da üçüncü kişi sorumlu tutulmalıdır.

Daha açık anlatımla, işverenin müteselsilen sorumlu olacağı tutar, 1. fıkra gereğince kendi kusur payı gözetilerek sorumlu tutulacağı miktarın (gelirin ilk peşin sermaye değeri x işverenin kusur oranı), üçüncü kişinin 4. fıkraya göre sorumlu olacağı tutar (gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı x üçüncü kişinin kusur oranı) ile toplamı kadar olmalı, kanun koyucunun getirdiği "gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı" sınırlaması karşısında üçüncü kişinin müteselsilen sorumlu tutulacağı miktarın ise, gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile işveren de dahil olmak üzere tüm davalıların kusurları toplamının çarpımı sonucu elde edilecek tutar kadar olması gerekmektedir. Bu yaklaşım ve uygulama, işvereni, iç ilişkide üçüncü kişiye rücu edemeyeceği miktarı Kuruma ödemek zorunda bırakmadığından da hakkaniyete uygundur.

Yukarıdaki yasal düzenleme ve ilkeler ışığında, somut olay değerlendirildiğinde: Davalı işverenin kusur oranının %60 olarak tespit edildiği, bu oran içinde davaya konu iş kazası nedeniyle ceza yargılamasında kusurlu bulunarak cezalandırılmalarına karar verilen üçüncü kişilerin de toplam % 15 oranında kusurlarının bulunduğu, dolayısıyla işverenin kendi kusur oranının % 45 olduğu nazara alındığında üçüncü kişi ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı tutarın; 5510 sayılı Kanunun 21/1. fıkrası gereğince kendi kusur payı gözetilerek sorumlu tutulacağı miktarın (hak sahiplerine bağlanan ve her biri gerçek zararı aşmayan gelirlerin ilk peşin sermaye değerleri toplamı 185.036,25 TL x işverenin kendi kusur oranı % 45= 83.266,30 TL), üçüncü kişinin 4. fıkraya göre sorumlu olacağı tutar (hak sahiplerine bağlanan ve her biri gerçek zararı aşmayan gelirlerin ilk pe-

şin sermaye değerleri toplamının yarısı 92.518,12 TL x üçüncü kişilerin kusur oranı % 15= 13.877,71 TL) ile toplamı (83.266,30 TL+13.877,71 TL = 97.144,00 TL) olduğu hesaplanmaktadır. Bu itibarla, Mahkemece işveren kusuru % 60 kabul edilerek anılan ilkeler gözetilmeksizin yazılı şekilde karar tesisi hatalıdır.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi, yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, hüküm bozulmamalı, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi yollaması ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi gereğince düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ : Hükmün;

1) 1. fıkrasında yer alan (111.021,73 TL) ibaresinin silinmesine, yerine (97.144,00 TL) yazılmasına,

2) 3. fıkrasında yer alan (11.375,84 TL) ibaresinin silinmesine, yerine (6.635,90 TL) yazılmasına,

3) 4. fıkrasında yer alan (1.124,10 TL) ibaresinin silinmesine yerine (983,58 TL) yazılmasına, fıkra sonuna (verilmesine) ibaresinden sonra gelmek üzere (bakiyesinin davacı üzerinde bırakılmasına) sözcüklerinin ilave edilmesine,

4) 6. fıkrasında yer alan (15.391,96 TL) ibaresinin silinmesine, yerine (10.171,52 TL) yazılmasına,

5) Hükmün 6. fıkrasından sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenerek (7. Davalılardan ... ve Ulaşım San. AŞ. kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden hüküm tarihinde yürürlükte bulunan A.A.Ü.T. uyarınca, davada reddedilen değer üzerinden hesaplanan 1.665,32 TL vekalet ücretinin davacıdan tahsili ile davalı ... ve Ulaşım San. A.Ş.' ne verilmesine,) sözcüklerinin ilave edilmesine ve hükmün bu şekliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalılardan ... ve Ulaşım San. A.Ş.'ye iadesine, 14.12.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BOŞANILAN EŞLE FİİLEN YAŞAMA

ÖZET: Kurum denetmenlerince hazırlanan tutanağın aksi ispat edilmelidir. Davacı kurum alacağı sabittir.

Y.10 HD. E.2017/5127, K.2017/7181, T.24.10.2017

Asıl dava, 01.11.2008-28.02.2011 tarihleri arasında yersiz ödendiği kurumca tespit edilen aylıkların tahsili için başlatılan icra takibine yapılan itirazın iptali; birleşen dava Kurum işleminin iptali ile borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, bozma üzerine ilâmında belirtildiği şekilde asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmiştir.

Hükmün, taraf vekilleri 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.

Mahkemece fiili birlikteliğin 01.11.2008- 10.03.2010 tarihleri arasında olduğu ve 10.03.2010 tarihinden evlenme tarihi 17.12.2010'a kadar, alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davalı-birleşen dava davacısının kardeşi.....'nin yanında kaldığı gerekçesi ile asıl dava yönünden faiziyle birlikte 15.720,31 TL üzerinden takibin devamına 6.925,06 TL'lik alacakla ilgili davacı kurum talebinin reddine, birleşen dava yönünden 6.925,06 TL'lik kısmından sorumlu olmadığının tespitine, kalan kısma yönelik davacı talebinin reddine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağı olan 5510 sayılı Kanunun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 56. maddesinin ikinci fıkrasında, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği, bu kişilere ödenmiş olan tutarların, 96. madde hükümlerine göre geri alınacağı yönünde düzenleme yapılmıştır. Bu kapsamda, yine maddenin amacında da belirtilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "Dürüst davranma" başlıklı 2. maddesinde yer alan ve maddenin düzenleniş amacı olan dürüstlük kuralı çerçevesinde çözüme gidilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. TMK'nun anılan 2. maddesi uyarınca: "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." Anılan madde uyarınca bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağı gibi, hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesi de birlikte gözetilmek suretiyle, 5510 sayılı Kanunun 56. maddesi açısından 01.10.2008 tarihinden önce hakkın kazanıldığı durumlarda, anılan yasal düzenleme öncesinde ilgililer her ne amaçla boşanmış olursa olsun, fiili birlikteliklerini 5510 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme sonrasında da sürdürdüklerinin veya söz konusu düzenlemeden itibaren anılan tür ve nitelikte bir beraberliğe başladıklarının kanıtlanması durumunda, başka bir anlatımla fiili olarak birlikte yaşama olgusunun saptandığı durumlarda, anılan 2. madde kapsamında hakkın kötüye kullanımının varlığı kabul edilerek ilgililere gelir veya aylık tahsisi yapılmaması, bağlanan gelir veya aylığın kesilmesi gerekmektedir.

Ayrıca 5510 sayılı Kanunun, Kurumun denetleme ve kontrol yetkisi başlığını taşıyan 59. maddesinde, "Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülür. Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında tespit ettikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler, yemin hariç her türlü delile dayandırılabilir. Bunlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir." düzenlemesine yer verilmiştir.

Mahkemece fiili birlikteliğin olduğuna dair kabul edilen dönem yönünden edinilen kanaat yerinde ve isabetli olmakla beraber, tanık olarak dinlenen davalı-birleşen dava davacısının kardeşinin ifadesinin alındığı tarih olan 10.03.2010 tarihinin esas ve kıstas alınması ve bu tarihten itibaren birlikte yaşamaya olgusuna son verildiği kanaati yerinde değildir. Bu hali ile de yukarıda niteliği açıklanan kurum denetmenleri tarafından düzenlenen tutanakların, aksinin ispatlanamadığı ve hala geçerli olduğu anlaşılmıştır. Zira söz konusu şahıslar arasında yeniden yapılan evlilik tarihinin kurum tarafından konu ile ilgili soruşturmaya başlandıktan sonra olması, şahısların .... Mah..... Sok. No:2 İç Kapı No:1 .... adresinde 06.02.2007 tarihinden itibaren müşterek olarak ikamet ettikleri, tutanaklarda ifade veren tanıkların davalı-birleşen dava davacısı ve boşandığı eşini karı-koca olarak birlikte yaşadıklarını bildiklerini beyan etmeleri, ev sahibi ... ile ..... arasında imzalanan kira kontratının konusu olan evde davacı ...'in yaşadığının anlaşılması,... abonelik kayıtlarında davacının boşandığı eşi ... adına aboneliğin olmayıp, ... ikamet adresinde ... adına aboneliğin bulunması ve dosyada yer alan davanın kabulünü gerektiren tüm bilgi ve deliller karşısında, şahısların kurumdan aylık almak amacıyla boşandıkları ve

dava konusu dönemin tamamında fiili olarak beraber yaşadıkları, davaya konu Kurum işlemine dayanak olan kontrol memurunun 06.12.2010 tarihli tutanağın eşdeğer belgelerle aksinin ispatlanamadığı ve fiilen birlikte yaşama olgusunun sabit olduğu görülmüştür.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece dava konusu dönemin tamamında fiili birlikteliğin mevcut olduğu göz önüne alınarak asıl davanın tam kabulü birleşen davanın reddi kararı verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme sonucu ve hatalı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Mahkemece yukarıda anlatılan husus ve ilkeler çerçevesinde 10.03.2010 ile 17.12.2010 arası dönem yönünden de 5510 sayılı Yasa'nın 96-a kapsamında değerlendirme yapılarak ve davalı-birleşen dava davacısı vekilinin temyiz dilekçesinde belirttiği kuruma yapılan ödeme iddiası konusunda araştırma yapılarak, sonucuna göre karar verilmelidir.

O hâlde, taraflar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalı-birleşen davada davacıya iadesine, 24.10.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇİFT AYLIK ALMA • SGK DUL VE YETİM AYLIĞI

ÖZET: Kendi çalışmalarından dolayı emekli olmayan kişinin hem eş hem de ana/babası üzerinden aylık alması olanaksızdır.

Y.10 HD. E.2015/20038, K.2017/2369, T.21.03.2017

Dava, 5434 sayılı Yasa kapsamında dul aylığı almakta iken, 1479 sayılı Kanun hükümleri gereğince babası üzerinden de hak sahibi kız çocuğu sıfatıyla ölüm aylığına hak kazanıldığının ve aylıkların kesilmesine dair kurum işleminin iptali ile Kuruma karşı borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne, karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum avukatı 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.

23.08.2005 tarihinde vefat eden ve 5434 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olan eşi üzerinden kendisine ölüm sigortasından 01.09.2005 tarihinden itibaren aylık bağlanan davacıya, bu kez 09.04.2002 tarihinde ölen 1479 sayılı Kanuna tabi sigortalı babası üzerinden de tahsis talebine istinaden davalı kurumca bağlanan ölüm aylığının aylık bağlama şartlarının bulunmadığı gerekçesi ile 16.08.2013 tarihli Kurum işlemi ile kesilerek 5510 sayılı Yasanın 96'ncı maddesinin "b" bendi kapsamında yersiz ödeme çıkartılması ile işbu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davanın yasal dayanağı olan 1479 sayılı Kanunun "Eş ve çocuklara, ana ve babaya tahsis yapılması" başlığını taşıyan 45. maddesinin 04.05.1979 tarihinde yürürlüğe giren 2229 sayılı Kanunla değişik 2. fıkrasının (c) bendinde, sigortalının; 18 yaşını (veya ortaöğretim yapması halinde 20 yaşını, yükseköğretim yapması halinde 25 yaşını) doldurmamış veya yaşları ne olursa olsun çalışamayacak durumda malûl bulunan çocukları ile geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak koşulu ile yaşları ne olursa olsun evlenmemiş kız çocuklarına aylık bağlanacağı belirtilmiş, daha sonra 04.10.2000 günü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 619 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bentteki "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" koşulu, "bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmama, bu kanunlar kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almama" olarak değiştirilip 1479 sayılı Kanunun "Ölüm aylığının kesilmesi" başlıklı 46. maddesinin 2. fıkrasına, "Ancak evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan

kız çocuklarına bu aylıklardan fazla olanı ödenir." cümlesi eklenmiş, ancak, söz konusu KHK, Anayasa Mahkemesi'nin 08.08.2001 tarihinde yürürlüğe giren 26.10.2000 gün 61/34 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

İptale konu düzenleme daha sonra bu kez kanun koyucu tarafından 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve anılan (c) bendini değiştiren 4956 sayılı Kanunun 23. maddesiyle benimsenerek, sigortalının evli olmayan/boşanan/dul kalan kız çocuklarına ölüm aylığı bağlanabilmesi için "geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak" şartı, "bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmama, bu kanunlar kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almama" olarak değiştirilmiş, aynı zamanda 46. maddenin 2. fıkrasına da "Ancak evliliğin son

bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanan kız çocuklarına bu aylıklardan fazla olanı ödenir." cümlesi yeniden eklenmiştir.

Diğer taraftan 5510 sayılı Kanunun 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve "Ölüm aylığının hak sahiplerine paylaştırılması" başlığını taşıyan 34. maddesinde, sigortalının evli olmayan, boşanan, dul kalan kızlarına ölüm aylığı bağlanabilmesi, bu Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmama veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olma koşullarına bağlanmış, "Aylık ve gelirlerin birleşmesi" başlıklı 54. maddede ise bu Kanuna göre bağlanacak aylık ve gelirlerin birleşmesi durumunda, hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm aylığına hak kazananlara, tercihine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak aylığının bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Anılan yasal düzenlemeler kapsamında dava irdelendiğinde; bu tür ölüm sigortasından aylık tahsislerinde, ayrık durumlar dışında genel kural olarak hakkı doğuran olay tarihinde yürürlükte olan yasal mevzuatın uygulanması gerekmekte olup buna göre 1479 Sayılı Kanun gereğince sigortalı babanın yaşamını yitirdiği gün itibarıyla yürürlükteki 1479 sayılı Kanunun 45. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde yer alan, geçimini sağlayacak başka bir geliri olmamak koşulunun, eşi üzerinden ölüm aylığı almakta olan davacı yönünden gerçekleşmediği belirgindir.

Diğer taraftan, 02.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren yasal değişiklikle, bu Kanun ile diğer sosyal güvenlik kanunları kapsamında çalışmayan, bu kanunlar kapsamındaki çalışmalarından dolayı gelir veya aylık almayan davacı hakkında 45. maddedeki aylık bağlama engeli kaldırılmış ise de, bu kez 46/2. madde düzenlemesine göre kendisine çift aylık bağlanamayacağı ve eşi üzerinden bağlanan aylığın daha fazla olduğu belirgindir. Giderek, 01.10.2008 günü yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanun hükümleri kapsamında da aynı değerlendirme geçerli olmaktadır ve sonuç olarak 1479 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde, eşi üzerinden ölüm aylığı almakta olan davacıya, hakkı doğuran olay tarihi itibarıyla yürürlükteki yasal mevzuat gereğince babası üzerinden ölüm aylığı tahsis edilemeyeceği gibi süreç içerisindeki yasal değişiklikler karşısında da çift aylığa hak kazanamadığı açıktır.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu, anılan yasal düzenlemeler dikkate alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı Kurum avukatının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 21.03.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

ACENTE • MUVAZAALI İLİŞKİ • HİZMET SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Kargo şirketinin acentesi ya da acentesinin müdürü gibi görünen kişinin acente değil kargo şirketinin işçisi olduğunu tespit eden yerel mahkeme kararı isabetli olup onanmalıdır.*

Y.11 HD. E.2017/4691, K.2017/7044, T.7.12.2017

Davacı vekili, müvekkilinin 23/02/1989 tarihinden 05/03/2010 tarihine kadar görev yaptığını, önce kurye sıfatı ile işe başladığını, sonra müdür pozisyonuna yükseldiğini, davalı şirket tarafından şubede çalışan işçilere karşı olan sorumluluklarından kurtulmak amacıyla 1992 yılından itibaren acentelik-vekalet vb. muvazaalı olan birden fazla sözleşme imzalatıldığını, tamamen işveren vekili gibi müdür maaşı ile çalıştırıldığını, ancak davalı şirketin 05.03.2010 tarihinde haksız, bildirimsiz ve tazminat ödemeden iş sözleşmesini feshettiğini ve dayattığı muvazaalı uygulamalar ile vergi ve SGK prim borçları altında bırakıldığını belirterek 5.000,00 TL kıdem tazminatı, 1.000,00 TL ihbar tazminatı, 4.000,00 TL fazla mesai ücreti, 1.000,00 TL yıllık izin ücreti, 1.000,00 TL kötü niyet tazminatı, 1,000,00 TL hafta tatili ücreti, 1.000,00 TL genel tatil ücreti olmak üzere toplam 14.000,00 TL'nin davalıdan tahsiline, ayrıca müvekkilinin işveren sıfatıyla ödemek zorunda bırakıldığı SGK ve vergi borcuna dair zararlara karşılık olmak üzere 1.000 TL, 21 yıl boyunca kargo şirketine kazandırdıklarının müşteri tazminatı olarak (portföy tazminatı) şimdilik 1.000 TL'nin, manevi tazminat olarak 50.000 TL'nin davalıdan tahsiline, teminat olarak alınan senedin iptaline ve tüm borçlardan işveren vekili olarak sorumlu olmadığı, davalı şirketin sorumlu olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davacının ... Ticaret Sicil Müdürlüğünde "..." olarak 1997 yılından bu yana gerçek kişi tacir sıfatıyla kaydının mevcut olduğunu, dava dilekçesinde talep edilen tüm alacaklar için zamanaşımı süresinin dolduğunu, davacının ilk olarak müvekkili şirket nezdinde 1989 yılında işçi statüsünde çalıştığını, 1992 yılı itibariyle acente olduğunu, acentelik/

* Dergimizin bu sayısında yayınlanan 22.11.2016 tarihli Y. 9. HD kararına bakınız.

vekalet sözleşmesine istinaden bir tacir olarak faaliyet gösterdiğini, davacının sözleşme ilişkisi nedeniyle tüm alacaklarını alarak müvekkili şirketi ibra ettiğini, cari hesap sonucunda davacı yanın müvekkili şirkete borçlu çıktığını, ticari defter ve kayıtlarının incelenmesinde davacıya fatura mukabilinde hakediş ödemesi yapıldığını, bunun dışında bir maaş ödemesinin bulunmadığını davacının işçi statüsünde bulunmadığından işçi alacaklarının doğumundan söz edilemeyeceğini, bir an için davacının işçi olduğu varsayılsa dahi sözleşmenin karşılıklı mutabakatla son bulmasından dolayı kıdem, ihbar ve kötü niyet tazminatının söz konusu olamayacağını, kamusal borçlarından bizatihi kendisinin mesul olup, bu ödemelerin müvekkili şirketten tahsilinin mümkün olmadığını, portföy tazminatı talebinin mesnetsiz olduğunu, davacı yanın protokolle kabul ettiği borçlarının tamamını henüz ödenmediğinden teminatın iadesi şartlarının oluşmadığını, sözleşmenin karşılıklı mutabakatla sona erdiğini, rızayla yapılan bir işleme dayalı manevi tazminat talebinin mümkün olmadığını, taraf muvazaasına dayanan taraf iddialarının yazılı delille ispatlamak zorunda olduğunu beyanla davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece tüm dosya kapsamına göre, davacı yanca hizmet akdinden kaynaklı tespit ve işçi alacaklarının talep edildiği, mevcut delillere göre görünürdeki acentelik sözleşmesi altında hizmet sözleşmesi yattığının ve işlemlerin muvazaalı olup, gerçekte davacının davalıya işçi olarak hizmet verdiğinin tespit ve tazminata hükmedilmesi görevinin iş mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine, HMK 21 /1-c maddesi uyarınca iş mahkemesi ve ticaret mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlığının çözülmesi ve yargı yeri belirlenmesi amacıyla dosyanın Yargıtay'a gönderilmesine karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı deliller ile gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı bakiye 3,70 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 07/12/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

CEZAİ ŞART • TAKDİRİ İNDİRİM • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Hüküm altına alınan cezai şarttan yapılan takdiri indirimden dolayı davalı taraf lehine vekelet ücretine hükmedilemez.

Y.13 HD. E.2017/1645, K.2017/2388, T.22.2.20177

Davacı alacaklı olduğunu, davalı ile aralarında taşınmaz alım sözleşmesi düzenlendiğini, edimini yerine getirdiğini, ücretinin ödenmediğini, başlattığı icra takibine itiraz edildiğini ileri sürerek itirazın iptaline, % 20 icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davacı temyizi üzerine bozulmuş, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm, davacının aşagıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı sözleşme uyarınca cezai şart isteğinde bulunmuş, talep edilen cezai şart TBK 182/son maddesi uyarınca % 50 tenkis edilerek hüküm kurulmuş, davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmiştir. Ceza-i şarttan mahkemece ne oranda indirim yapılacağı bilinemeyeceğinden, davalı yararına vekalet ücretine hükmedilemez. Bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerekirtirmediğinden hükmün HUMK 438/7 maddesi uyarınca düzeltilerek onanması gerekir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bent gereğince davalının tüm, davacının diğer temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazının kabulü ile hüküm fıkrasının 5.bendinin hükümden çıkarılmasına, hükmün düzeltilmiş bu şekliyle **ONANMASINA,** peşin alınan 29,20

TL harcın istek halinde davacıya iadesine, HUMK'nun 440/III-2 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 22/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ • SÜRELİ VEKALET

ÖZET: Vekaletnamede yer alan sürenin bitiminden sonra yenileme yapılmazsa haksız azil işlemi uygulanamaz.

Y.13 HD. E. 2016/5116, K.2017/3678, T.23.03.2017

Davacı, davalı kooperatif ile arasında 01/08/2009 başlangıç tarihli hukuki danışmanlık sözleşmesinin imzalandığını, bu sözleşmede kooperatifin tüm dava ve icra takiplerininde takip edileceğiin ve ayrı ücrete tabi olduğunun kararlaştırıldığını, bu şekilde 70 adet dava dosyası ve 7 adet icra takibinde davalı kooperatifi vekil sıfatıyla temsil ettiğini, mali yönden çıkmaza girmiş olan kooperatifin, kendisinin çalışmaları ve üstlendiği işleri kooperatif lehine sonuçlandırmasıyla düzlüğe çıktığını, buna rağmen, ... 31. Noterliği'nin 12/07/2012 tarihli azilnamesi azledildiğini, ihtara rağmen ücret alacaklarının ödenmediğini, alacağının tahsili için takibe geçtiğini, bu takipte davalı kooperatif tarafından fazladan ödenen KDV yide mahsup ettiğini ileri sürerek haksız itirazın iptaline, takibin 82.576,00 TL asıl alacak miktarı ve 590,00 TL işlemiş faiz üzerinden devamına, % 40 oranında icra inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalı, aralarında bulunan danışmanlık sözleşmesinin süreli olduğunu, sözleşmeyi yeni dönemde yenilemeyeceklerini bildirerek o aya ilişkin ücretin peşin yatırıldığını, bu hukuki ilişkinin yenilememe nedeniyle sona erdiğini ancak mahkeme aksi kanaatte ise davacı avukatın elindeki bilgi ve belgeleri raporlarıyla birlikte teslim etmemesi ve davaları layıkıyla takip etmemesi nedeniyle onu azletmek zorunda kaldıklarını, azlin haklı olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporu esas alınarak davanın kısmen kabulü ile takibin devamına ve icra inkar tazminatına karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava hukuki danışmanlık sözleşmesinden kaynaklanan alacak davasıdır. Davalı tarafından davacıya verilen vekaletnamelerin süreli vekalet

olduğu ve süre dolunca vekalet ilişkisinin sona ereceği taraflarca bilinmektedir. Avukat olarak verilen vekaletin süresi dolunca vekalet ilişkisinin yenilenmeme ihtimali olduğunu bilen davacı da süreli vekaletname alarak davalının vekilliğini üstlenip, onun adına dava takip etmiştir. Her ne kadar mahkemece bilirkişi raporuna itibar edilerek ücret alacağı haksız azil hükümlerine göre çözümlenmişse de, davalı tarafından gönderilen azil işlemi, bu işlemden sadece 14 gün önce gönderilen sözleşmenin yenilenmemesi yazısı ile ilgilidir. Somut olayda 29.12.2012 tarihindeki sözleşmenin yeni dönemde yenilenmeyeceğine yönelik yazı ile bilgi ve belgelerin avukatça teslim edilmesi üzerine yapıldığı iddia edilen 12.07.2012 tarihli azil birlikte değerlendirildiğinde hukuki ilişkinin sona erme sebebinin ve ücret alacağının kaynağının sözleşmenin yenilenmemesi olduğu açıktır. Mahkemece bilirkişi raporuna itibar edilerek azil işleminin öne çıkartılması hatalı olmuştur. O halde vekaletnamede öngörülen süre dolduktan sonra davalının yeni vekalet vermemiş olması, haksız azil sayılamayacağı gibi, Avukatlık Kanununun 164. maddesi anlamında haksız azilin sonuçlarını doğuran bir fesih değildir. Olayda bu nedenle Avukatlık Kanununun 164. maddesi hükmünün uygulanması düşünülemez. Ancak yenilememenin haksız olmaması davacının hiçbir ücret isteyemeyeceği anlamına da gelmez. Öyle olunca davacının, vekaletnamenin süresinin sona erdiği tarih itibariyle, sarf ettiği emek ve mesaisi karşılığında ücret istemeye hakkı vardır. Bu durumda mahkemece, davacının sarfettiği emek ve mesaisi nazara alınarak hak ve nesafet kurallarına göre, davacının uygun bir miktarı ücret olarak isteyebileceğini kabul etmeli ve sonucuna göre hüküm tesis etmelidir. Aksi düşünce ile ve bilirkişi raporuna itibar edilerek, yazılı şekilde tarifeye göre hesaplanan ücretin tamamına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** ikinci bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada yer olmadığına, 1480,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan 1.304,00 TL harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 23/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • İDARENİN SORUMLULUĞU

ÖZET: 02.11.2011 gününden sonra Kamu Hastaneler Birliği'nin dava ve taraf ehliyeti oluşmuştur. İşçilik alacakları husumetten sonra incelenmelidir.

Y.13 HD. E.2016/15542, K.2017/13020, T.21.12.2017

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı ... Güvenlik Tic. Ltd. Şti.vekilleri avukat ..., avukat ... ile davalı ... vekili avukat ...'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, davalının açtığı genel temizlik ihalesini kazandıklarını ve davalıya bağlı ... Devlet Hastanesi Başhekimliği ile aralarında 01.09.2009 – 21.12.2010 tarihlerini kapsayan sözleşme imzalandığını, 01.01.2009 tarihinde işe başladıklarını, bu tarihten önce asıl işveren olan Başhekimlikte hali hazırda çalışan personelin işe devamı için 01.01.2009 tarihinde sigorta yaparak çalıştırmaya başladıklarını, ancak 16.01.2009 tarihinde Başhekimlik tarafından gönderilen yazıda Teknik Şartnameninin 4.7. maddesi gereğince 40 yaşından büyük personel çalıştırılmaması gerektiği, aksi halde müeyyide uygulanacağının bildirildiğini, bunun üzerine 40 yaşından büyük personelin sözleşmesi feshedilerek işlerine idarenin talimatı ile son verildiğini, böylece söz konusu personelin şirket nezdinde 58 gün çalıştığını, ancak açtıkları davaların işçiler lehine sonuçlandığını, söz konusu kararların kesinleşmesi üzerine başlatılan icra takipleri neticesinde toplam 105.435,76 TL ödeme yaptıklarını, davalının asıl işveren sıfatı ile tek başına sorumluluğunun söz konusu olduğunu ileri sürerek, dava konusu işçilere karşı sorumlu olduğu sürelerin tespiti ile hesaplanan sorumluk bedelinin sadece yarısı oranında sorumlu olduğuna, bunun dışında kalan davalı yanın sorumluluğunda olan bedellerin tespiti ile şirketin dosya borcunu garanti etmiş olduğu tarihten itibaren, bu talebin reddi halinde ödeme tarihi olan 105.435,76 TL'lik kısmı bakımından 15/01/2013

ve 596,00 TL'lik kısmı bakımından 31/01/2013, 7.442,03 TL'lik kısmı bakımından 11/04/2013 tarihlerinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalı yandan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın dava ve taraf ehliyetine sahip Kamu Hastaneleri Kurumuna açılması gerektiğini, taraflar arasındaki sözleşme ve eki şartnameler gereği işçilik alacaklarından yüklenicinin sorumlu olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı, eldeki dava ile dava dışı işçilere ödenen işçilik alacaklarından davalı idarenin sorumlu olduğunu ileri sürerek ödenen bedelin rücuen tazminini istemiştir. Davalı, davanın Kamu Hastaneleri Kurumuna açılması gerektiğini savunarak, davanın reddini dilemiştir. 02.11.2011 tarihinde yürürlüğe giren 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 29. maddesi ile davalı Bakanlığa bağlı Kamu Hastaneleri Kurumu kurulmuş olup, söz konusu KHK'nın geçici 3. maddesinin birinci fıkrasında "Bu Kanun Hükmünde Kararname ile yeniden yapılandırılan bakanlık, kaldırılan ... Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı ve Hudut ve ... Sağlık Genel Müdürlüğünün üçüncü kişilerle yapmış olduğu veya taraf olduğu her türlü taahhüt, sözleşme, hak, alacak ve borçları ile dava ve icra takipleri, teşkilatlarını bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun hale getirdikten sonra bakanlık ve ilgisine göre bağlı kuruluşlara devredilmiş sayılır" hükmü bulunmaktadır. Buna göre, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun kuruluşuna ilişkin 663 sayılı ... ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin, 02.11.2011 tarihinde yayım tarihinden itibaren Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumunun dava ve taraf ehliyetinin var olduğu kabul edilmelidir. Eldeki davanın, ilgili Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlük tarihinden sonra açılmış olması karşısında, mahkemece, öncelikle söz konusu KHK hükümlerine göre husumet hususu değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, bu hususta olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davacının sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle kararın **BOZULMASINA,** ikinci bentte açıklanan nedenlerle davacının diğer temyiz itirazlarının bu

aşamada incelenmesine yer olmadığına, 1480,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KEFALET SÖZLEŞMESİ • TEBLİGAT USULÜ

ÖZET: Kefalet sözleşmesinin geçerliliği sorgulanmadan önce kefile tebligat şartının yerine getirildiğinin sorgulanması gerekir.

Y.13 HD. E.2015/29134, K.2017/13026, T.21.12.2017

Davacı, davalıların ... 14. İcra Müdürlüğü'nün 2009/9855 Esas sayılı dosyasının borçlusu iken dosya borcuna kefil olduğunu ve alacaklıya haricen 29.000,00 TL ödeyerek dosyayı kapattığını ve icra müdürlüğünden rücu belgesi aldığını, davalıların kendisine ödeme yapmaması nedeni ile davalılar hakkında başlattığı icra takibinin davalıların haksız itirazı ile durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline ve inkar tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile davalıların ... 2. İcra Müdürlüğünün 2013/55 Esas sayılı dosyasına davalılardan ...'nın itirazının 14.500,00 TL asıl alacak, 293,18 TL işlemiş faiz üzerinden, diğer davalıların itirazının 29.000,00 TL asıl alacak ile 586,36 TL işlemiş faiz üzerinden iptaline, takip tarihinden itibaren asıl alacağa yasal faiz uygulanmasına, takibin bu şekilde devamına, icra inkar tazminatı isteminin kabulüne, itirazın iptaline karar verilen 29.000,00 TL asıl alacağın %20'si oranında hesaplanacak olan icra inkar tazminatının davalılardan alınmasına, davalı ...'nın bu inkar tazminatının yarısından sorumlu tutulmasına, davacı tarafın ... bakımından fazlaya ilişkin istemi ile tüm davalılar bakımından işlemiş faiz bakımından fazla istemin reddine karar verilmiş; hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davalılar ... ve ... Ak ... Özel Sağlık Malzemeleri San. .... Ltd. Şti.'nin temyiz itirazlarının incelenmesinde; Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdi-

rinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalıların temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davalı ...'nın temyiz itirazlarının incelenmesinde; davacı, eldeki dava ile davalıların borçlu olduğu icra dosyasına kefil sıfatı ile ödediği miktarın davalılardan tahsili için başlattığı takibe vaki itirazın iptalini istemiştir. Davaya konu ... 14. İcra Müdürlüğünün 2009/9855 sayılı dosyasının incelenmesinde; davalılar ... ile ... Özel Sağlık Malzemeleri San. ....Ltd.Şti aleyhine dava dışı alacaklı tarafından başlatılan icra takibinin kesinleşmesi üzerine davalı ...'nın 03.06.2009 tarihli haciz tutanağına, davacının ise 02.07.2009 tarihli haciz tutanağına göre dosya borcuna kefil oldukları, davacının dava konusu borcu alacaklıya 19.10.2012 tarihinde ödediği, hacizlerin kaldırıldığı ve dosyanın kapatıldığı anlaşılmaktadır. Böylece davalı ... da söz konusu dosya borcunun kefili olup, eldeki davada 03.06.2009 tarihli haciz sırasında dosya borcuna kefil olduğunu bildirmekle beraber kendisine icra emri gönderilmediğini ve kefaletenin kesinleşmediğini savunmaktadır. Her ne kadar Mahkemece, alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, kendisi gibi icra kefili olan davalı ...'nın davacıya karşı borcun yarısı olan 14.500,00 TL asıl alacak bakımından sorumlu olduğu kabul edilmiş ise de; icra dosyası kapsamına göre davalı ...'ya gönderilen icra emrinin tebliğ edilememesi üzerine Tebligat Kanunun 35. maddesine göre tebligat yapıldığı anlaşılmakta olup, Mahkemece söz konusu tebligatın geçerliği hususu değerlendirilmemiştir. O halde Mahkemece, davalı kefil ...'ya icra emrinin usulünce tebliğ edilip edilmediği hususu ile kefalet hükümleri birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, bu değerlendirme yapılmaksızın yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

3-Bozma nedenine göre davalı ...'nın sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalılar ... ve ..... Özel Sağlık Malzemeleri San. .... Ltd. Şti.'nin temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle kararın davalı ... yararına **BOZULMASINA,** üçüncü bentte açıklanan nedenlerle davalı ...'nın diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına,, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TEBLİGAT KANUNU • 35'E GÖRE TEBLİGAT

ÖZET: Tebligat Kanununun 35. maddesine göre tebligat yapılabilmesi için mernis adresinin bulunmaması ve bu adrese gönderilen tebligatın bila dönmüş olması gerekir.

Y.13 HD. E.2017/7534, K.2017/13059, T.26.12.2017

Davacı, 5189 ada 7 parsel sayılı taşınmaz üzerine inşaa edilen binada davalı ... adına kayıtlı 6 ve 7 numaralı, davalı ... adına kayıtlı 9 numaralı bağımsız bölümleri, anılan bu davalıların kefili ve garantörü olarak hareket eden diğer davalı ...'dan satın aldığını ve aralarında 2 adet protokol imzaladıklarını, protokol ile bağımsız bölümlerin 30.07.2008 tarihinde tesliminin, bu tarihte teslim olgusunun gerçekleşmemesi halinde ise aylık 2.000,00 TL kira bedelinin ödeneceğinin kararlaştırıldığını, fiili teslimin 01.06.2009 tarihinde gerçekleştiğini, ancak bağımsız bölümlerin tamamlanmadığını ileri sürerek; eksik iş bedeli olarak toplam 29.570,00 TL nin, kira tazminatı olarak da 20.000,00 TL nin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar ... davanın reddini dilemiş; diğer davalı ..., davadan haberdar edilmemiş, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davalılar ... ve ... hakkındaki davanın reddine; diğer davalı ... hakkındaki davanın ise kısmen kabulü ile 29.570,00 TL eksik işler bedeli ve 18.000 TL kira tazminatı bedelinin tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı ... tarafından temyiz edilmiştir.

Her ne kadar, hükmün, davacı tarafından temyizi üzerine, Daire'nin 15.05.2013 tarih 2013/51-12626 sayılı ilamı ile karar onanmış ise de, yapılan incelemede, gerekçeli karar ve Daire'nin onama ilamı dahil olmak üzere, yargılama sırasında yapılan tüm tebliğ işlemlerinin, gerek 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 10. ve 21. madde hükümleri ile Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmlelik'in 16. ve 30. madde hükümlerine aykırılık taşıdığı, zira; Tebligat Kanunu madde 35'e göre tebligat yapılabilmesi için daha önce aynı adreste muhataba usulüne uygun tebligat yapılması ve muhatabın adrese dayalı kayıt sisteminde adresinin bulunmaması ve bu adrese gönderilen tebligatın bila tebliğ dönmüş olması zorunludur. Eldeki davada, yargılama sırasında madde 35'e göre yapılan tebligatların yukarıda belirtilen açıklamalara uygun olmaksızın yapıldığı,

keza, gerekçeli kararın ve dairenin onama ilamlarının tebliğinin de usülsüz olduğu anlaşılmaktadır. Davalı ...'ın 24.10.2016 havale tarihli dilekçesinde ve geri çevirme işlemi ile temin edilen diğer dilekçelerinde ileri sürdüğü itirazlar; temyiz itirazı olarak kabul edilmiş, hükmün, davalı ... bakımından kesinleşmediği sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda yapılan temyiz incelemesi sonucunda;

Davalıya yapılan tebligatlar, yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler gereğince usulsüz olup söz konusu tebligatlara dayanılarak taraf teşkili sağlandığından söz edilemez. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27.maddesi hükmüne göre hakim davanın taraflarını dinlemeden, onların İddia ve savunmalarını bildirmeleri için usulüne uygun olarak davet etmeden hüküm veremez. Mahkemece dava dilekçesi, tensip zaptı ve duruşma gününün davalıya usulüne uygun şekilde tebliğ edilerek taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilerek karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle, hükmün davalı ... yararına **BOZULMASINA,** HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 26/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULU
•
MÜSABAKA UYUŞMAZLIKLARI

ÖZET: Kulüpler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörlür, futbolcu temsilcileri sağlık personelleri ve müsabaka organizatörleri aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafların çözümü için Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkisini kabul edip etmemekte serbestirler. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkili olabilmesi için tarafların ihtilafın ortaya çıkmasından sonra kurulun yetkisini yazılı olarak kabul etmeleri şarttır.

Y.13 HD. E.2016/16589, K.2017/13098, T.29.12.2017

Davacı futbolcu, davalı ... kulübü ile aralarında yaptıkları 30.06.2014 başlangıç, 31.05.2015 bitiş tarihli Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi kapsamında, kulüpten, toplam 31.591,00 TL ücret alacağının bulunduğunu, bunun tahsili amacıyla başlattığı takibe itiraz edildiğini ileri sürerek; itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesini istemiştir.

Davalı kulüp vekili, ödemeler mahsup edildikten sonra bakiye alacağın talep edildiği kadar olmadığını beyanla; davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile, ... İcra Müdürlüğü'nün 2015/1087 sayılı dosyasına yapılan itirazın iptaline, takibin devamına, 6.318,20 TL icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı kulüp vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, profesyonel futbolcu sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağının tahsiline yönelik başlatılan takibe vaki itirazın iptali ve takibin devamına ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. " Kulüpler, futbolcular, teknik diröktörler, antrenörler, futbolcu temsilcileri, sağlık personelleri ve müsabaka organizatörleri aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafların çözümü için Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkisini kabul edip etmemekte serbestirler. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkili olabilmesi için tarafların ihtilafın ortaya çıkmasından sonra kurulun yetkisini yazılı olarak kabul edmeleri şarttır. Bununla birlikte sportif cezalarla yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflar münhasıran Uyuşmazlık Çözüm Kurulu önünde çözülür. Bu kararlara

karşı ancak Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilir." düzenlemesini içeren ... Statüsü'nün, Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Görev ve Yetkileri başlıklı 56. maddesi, Genel Kurulu'n 25.06.2015 tarihli kararı ile " 1. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu. a) Kulüpler, b) Kulüpler ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, futbol menajerleri, futbol menajerleri ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, arasında sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak inceler ve karara bağlar. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakem Heyeti tarafından verilen kararlar, Tahkim Kurulu'na itiraz edilmemesi ya da itiraz üzerine verilen Tahkim Kurulu kararı ile kesinleşir. " olarak değiştirilmiş, düzenleme, 11.07.2015 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Benzer düzenleme, ...'nin resmi internet sitesinde 01.08.2015 tarihinde yayımlanan " Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı'nın " ilgili maddelerine de işlenmiş, Talimat'ın geçici 1. maddesinde, ... statüsünün 55. ve 56. maddelerinde yapılan değişikliklerin, yürürlük tarihi olan 11.07.2015 tarihinden önce açılmış davaları kapsamayacağı belirtilmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, eldeki davanın, ... Statüsü'nün, bahsedilen ilgili hükümlerinin değiştirildiği tarih olan 11.07.2015'den sonra, 22.09.2015 tarihinde açıldığı, bu kapsamda, mahkemece öncelikle, görev konusunun ele alınması gerekeceği açıktır. Bilindiği üzere, görev kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Hal böyle olunca, mahkemece, yukarıda sözü edilen düzenlemeler ile dosya arasında örnekleri olan, ... Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından, itirazın iptali istekli davalarda İcra İflas Kanunu (İİK) madde 67 ilgi tutularak verilen ret kararlarına yönelik ... Tahkim Kurulu nezdinde yapılan itirazların akıbetleri de gözetilerek, dosyanın Anayasa'nın 59/3 maddesindeki (Ek fıkra: 17/3/2011-6214/1 md.) " Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz. " hükmü ile birlikte ele alınması, görev hususunun aşılması halinde, davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, kararın davalı yararın **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ
•
MUVAZAA İDDİASI

ÖZET: Ölünceye kadar bakım sözleşmesi gereğince bakım alacaklısının ölümünden sonra mirasçılar mülkiyeti ölene bakan kişiye geçirmekle yükümlüdürler.

Bu noktada bir muvazaanın da varlığından söz edilebilir.

Muvazaa iddiasının değerlendirilmesi için murisin tüm mal varlığı tespit edilerek temlik edilen taşınmazlara oranı belirlenmelidir.

Y.14 HD. E.2015/3433, K.2015/5846, T.26.5.2015

Dava, ölünceye kadar bakım sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Davalılar vekili, dava konusu sözleşmenin müvekkillerinden mal kaçırmaya yönelik muvazaalı şekilde düzenlendiğini, murisin malvarlığının tamamına yakınını kapsadığını belirterek davanın reddini aksi halde tenkisine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, sözleşmenin murisin davalı torunlarından mal kaçırmak amacıyla yapıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Ölünceye kadar bakım sözleşmeleri taraflara hak ve borçlar yükleyen sözleşmelerden olup, bakım borcuna karşılık bir taşınmazın devri kararlaştırıldığında, bakım alacaklısının ölümünden sonra onun mirasçıları mülkiyeti geçirme borcu ile yükümlüdürler. Bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, sözleşmeye dayanılarak tapu iptali ve tescil istemi ile dava açılabilir.

Bakım borçlusunun bakıp gözetme yükümlülüğü aksi kararlaştırılmadığı sürece, bakım alacaklısını ailesi içerisine alıp konut temini, besleme-giydirme,

hastalığında tedavi, manevi yönden de her türlü yardım ve desteği sağlama gibi ödevleri kapsar. Bu görevlerin yerine getirilmesi halinde ölünceye kadar bakım sözleşmeleri taraflarına kişisel hak sağladığı için tapu iptali ve tescil davasını, bakım borçlusu ya da onun külli halefleri bakım alacaklısının mirasçılarına karşı açabilirler.

Kuşkusuz, ölünceye kadar bakım sözleşmesinin muvazaalı olarak yapıldığı her zaman ileri sürülebilir.

Kısaca ifade etmek gerekirse, muvazaa irade ile beyan arasında kasten yaratılmış aykırılıktır. Böyle bir savunma ileri sürülmüşse, mahkemece dayanılan sözleşmedeki tarafların gerçek ve müşterek amaçlarının Borçlar Kanununun 19. maddesi hükmünden yararlanarak açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira bu gibi durumlarda ölünceye kadar bakım sözleşmesinin ivazlı olarak (bedel karşılığı) değil de bağış amaçlı veya mirasçıların bazılarından mal kaçırmak amacı ile yapıldığı kabul edilmelidir

Somut olaya gelince, davalılar ölünceye kadar bakım sözleşmesinin diğer mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı şekilde düzenlendiğini iddia etmiş ancak, mahkemece bu konuda yeterli araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Dosyanın incelenmesinden, murisin payının bulunduğu ... İlindeki dava dışı bazı taşınmazlara ilişkin tapu kayıtlarının dosyaya ibraz edildiği, tanık beyanlarına göre de ayrıca ...İlçesinde muris adına kayıtlı taşınmazlar olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece; muris adına kayıtlı tüm mal varlığının miktarı, temlik edilen taşınmazların murisin tüm malvarlığına oranı araştırılarak Dairemizin yukarıda açıklanan ilkeleri doğrultusunda toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek temlikte bakıp gözetme koşulunun değil bağış amacının üstün tutulup tutulmadığının belirlenmesi gerekir.

Mahkemece, belirtilen bu husus üzerinde durulmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONU

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, BOZULMASINA, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 1.100,00 TL Yargıtay duruşma vekalet ücretinin dava-

lılardan alınarak davacılara verilmesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 26.05.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

ARSA KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ
•
GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Yüklenici ile arsa sahipleri arasındaki uyuşmazlıklara tüketici mahkemelerinde bakılır.

Y.14 HD. E.2016/3653, K.2016/9068, T.01.11.2016

Davacılar vekili 21.12.1995 tarihli dilekçesi ile davalı arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki 23.07.1990 tarih 42918 yevmiye nolu inşaat sözleşmesine göre yükleniciye bırakılan 4908 sayılı parselde davacı ...'in 06.02.1991, davacı ...'in 26.03.1992 ve davacı ...'ın ise 16.12.1991 tarihli noterce düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile dava konusu mesken cinsli bağımsız bölümleri satım ve teslim aldıklarını ileri sürerek tapu iptali ve tescil istemiştir.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, Dairemizin 03.11.2013 tarihli, 2003/7722 Esas, 2003/7688 Karar sayılı tarihli bozma ilamına uyularak ve davalar birleştirilerek yapılan yargılamada davacıların tapu iptali ve tescile hasrettikleri asıl dava olan 2004/175 Esas sayılı dosyasında ve birleştirilen 2005/556 Esas sayılı dosyasında tüm davalılar yönünden ayrı ayrı davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacılar vekili temyiz etmiştir.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamaktadır.

Anılan kanunun 3. maddesinin (k) bendindeki tanıma göre tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, (l) bendindeki tanıma göre de tüketici işlemi; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaç-

larla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki 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 olaya gelince; Davacılar vekili 21.12.1995 tarihli dilekçesi ile davalı arsa sahipleri ile yüklenici arasındaki 23.07.1990 tarih 42918 yevmiye nolu inşaat sözleşmesine göre yükleniciye bırakılan 4908 sayılı parselde davacı .... 06.02.1991, davacı ...'in 26.03.1992 ve davacı ...'ın ise 16.12.1991 tarihli noterce düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile dava konusu mesken cinsli bağımsız bölümleri satım ve teslim aldıklarını ileri sürerek tapu iptali ve tescil isteğinde bulunduğundan o yerde ayrı bir tüketici mahkemesi varsa çekişmenin tüketici mahkemesinde görülmesi aksi halde davaya tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması yasadan kaynaklanan bir zorunluluktur. Mahkemece kamu düzeninden olan görev hususu resen gözetilerek yukarıda yazılı olduğu şekilde işlem yapılması gerekirken çekişmenin esasının incelenip hükme bağlanması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin yatırılan harcın istek halinde yatıranlara iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 01.11.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ARSA KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ • HALEFİYET

ÖZET: Yükleniciden temellük edici hakkın dava yoluyla arsa sahibiyne karşı ileri sürülebilir. Ancak bina sözleşmeye uygun yapılmışsa tescil kararı verilebilir.

Y.14 HD. E.2003/7722, K.7688, T. 3.11.2003

Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin, ondan temlik alınması nedeniyle kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Kural olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflardan arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmekle yükümlüdür.

Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir.

İşte böyle bir sözleşme imzalayan yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkını arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir.

Ancak gerek yüklenici gerekse ondan kişisel hakkını yazılı olarak temellük eden halefi üçüncü kişinin, bu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için, yukarıda değinildiği üzere, yüklenicinin sözleşmenin kendisine yüklediği edimini tam olarak yerine getirmiş olması zorunludur.

Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde mahkemece yapılacak iş; kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır.

Bina sözleşmeye uygun olarak tamamanmışsa tescil kararı verilmelidir.

Ancak; eksik bırakılan bir iş varsa, ve bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta ise davacıya, yüklenicinin halefi olarak bu eksikliği tamamlama olanağı tanınmalı veya saptanacak bedelinin tamamının para ile karşılanması halinde kişisel hakkın doğduğu kasul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında;

Davacılar, arsa maliki ile yüklenici arasında yapılan inşaat sözleşmesi uyarınca 4908 parsel sayılı yapılan binadan yükleniciye düşen dava konusu bağımsız bölümleri satış vaadi sözleşmeleri ile satın aldıklarını, yüklenicinin edimlerini yerine getirmediğini belirterek sözleşmenin iptaline, nizalı bağımsız bölümlerin tapularının iptali ile adlarına tesciline sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğradıkları zararın tahsiline karar verilmesini istemiş ve husumeti yükleniciye yöneltmişlerdir.

Davalı, davacıların sözleşmelerdeki bedelleri ödemediklerini, bu nedenle iptal davası açtığını ayrıca icra takibi yaptığını, sözleşmelerin feshedildiğini ve davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme davanın kabulüne yargılama aşamasında davaya dahil edilen arsa maliki adına tapuda kayıtlı hisselerin iptali ile davacılar adına tesciline karar vermiş, hükmü arsa maliki ve davalı temyize getirmiştir.

Mahkemece yapılar araştırma ve inceleme hüküm kurmaya yeterli değildir.

Davalı yüklenici ile arsa maliki arasında 4908 parsel sayılı taşınmazda inşaat yapılması hususunda anlaşma yapılmış, yüklenici bu anlaşma uyarınca kendisine düşen bağımsız bölümlerin bir kısmını davacılara satmıştır. Dosyada mevcut tapu kaydına göre yüklenici adına hisse mevcut değildir. Davacılar önce aleyhine dava açmışlar, tapu kaydının yargılam aşamasında dosyaya gelmesinden sonra, ve (yüklenicinin kızı) adına olan hisselerin kendi şahsi haklarını zararı uğratmak için yüklenici tarafından bu kişilere devredildiği iddiasıyla, anılan şahısları harçsız bir dilekçe ile davaya dahil etmişlerdir. Tapu maliki hakkında harcı verilerek açılmış bir dava oladığından öncelikle bu kişiler hakkında usulüne uygun dava açmaları için davacılara önel verilmeli, açılan davalar dava dosyası ile birleştirilerek davalı sıfatıyla bu şahısların davaya katılımı sağlanıp taraf teşkili tamamlandıktan sonra yargılamaya devam edilmesi gerekirken buna uyulmaması,

Davacıların istemlerinin sözleşmenin feshi, iptal ve tescil ile tazminat oludğu dikkate alınarak bu taleplerin birlikte değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığının ve hangi istemin öncelikle incelenmesi gerektiği hususunun dikkate alınmaması,

Davacılar inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciden bağımsız bölüm satın aldıklarına ve yükleniciye halef olarak istemde bulunduklarına göre, açıklanan ilkeler doğrultusunda yüklenicinin kişisel hak kazanıp kazanmadığı yönünde bir araştırma yapılmaması,

4908 parsel sayılı dava konusu taşınmazın tedavüllü tapu kayıtları getirdilerek, inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye devredilen hisseler ile arsa malikine kalan hisselerin tespiti ile yüklenici hisselerinin kimlere devredildiğinin saptanması, arsa malikine ait tapuda kayıtlı hisseden yükleniciye devri gereken hisse olup olmadığının belirlenmesi, davalı yüklenicinin kızına ait hisseleri bu şahsın kimden devraldığının açıklığıa kavuşturulması gerekirken bu gerekliliğin yerine getirilmemesi,

Mahkeme kararının gerekçesinde belirtilen 13.5.1998 tarihli dilekçeyi veren vekil A.K. davalı H.K. kardeşi olup Avukat olmadığı ve vekil sıfatıyla davalıya davada takip edemeyeceği, onun kabullerinin davalıyı bağlamayacağının gözetilmemesi

Davalı S.Ö.'ın savunmasında belirttiği davacılarla aralarındaki sözleşmelerin iptaline ilişkin 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin esas ve aynı mahkemenin esas sayılı dosyaları ile 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin değişik iş, 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin değişik iş dosyaları ve icra dosyalarının yargılama aşamasında dikkate alınmaması,

Mahkeme kararlarının H.U.M.K. 388. maddesine uygun olması gerekirken kararın anılan maddenin 1. fıkrasının 3 numaralı bendi dikkate alınmadan düzenlenmiş olması,

Doğru görülmediğinden hükmün sozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda yazılı nedenlerle yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulüne usul ve yasaya aykırı hükmün **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde yatıranlara iadesine, 3.11.2003 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

MÜTESELSİL BORÇLAR • DAVADAN FERAGAT • DAVA AÇLIDIKTAN SONRA YAPILAN ÖDEMELER

ÖZET: Müteselsil borçluların bir tanesine karşı açılmış olan davadan kısmen veya tamamen feragat edilmesinden diğer müteselsil borçlu da yararlanır.

Dava açıldıktan sonra yapılan ödemeler güncelleştirilmeden asıl alacaktan mahsup edilir.[10]

Y.17 HD. E.2013/16479, K.2015/3183, T.23.2.2015

Mahkemece toplanan delillere göre, davalı ... şirketi hakkındaki davanın feragat nedeniyle reddine, diğer davalılar hakkındaki manevi tazminat talebinin 6.000,00 TL olarak kabulüne, maddi tazminat talebinin ise 24.486,46 TL yönünden kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar ... ve ... vekili ile davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

1-)Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, taraf vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-)Davalılar vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Zarara sebebiyet veren sürücü, işleten ve trafik sigortacısı, 818 sayılı BK.'nun 50 ve 51. maddeleri (6098 sayılı TBK. madde 42 ve 43) gereğince maddi zarardan müteselsilen sorumludur.

Müteselsil sorumlulukta, kural olarak borçlulardan her biri, 818 sayılı BK.'nun 141 ve 142. maddelerine (6098 sayılı TBK. madde 120 ve 121) göre, borcun tamamından sorumludur. Nitekim, 2918 sayılı KTK. nun 88/1 maddesinde müteselsil sorumluluk öngörülmüştür. 818 sayılı BK.'nun 145. maddesine (6098 sayılı TBK. madde 166) göre, davalı ...

* Gönderen Av. Fahri Tan

şirketinin limiti kadar, diğer borçlu işletenin de borçtan kurtulduğunun kabulü gerekir.

Diğer taraftan davadan feragat, öncelikle bir usul işlemidir. Dava konusu olayda, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğundan davacı tarafın davalılardan birisi hakkındaki feragati usul hukuku bakımından diğer davalı aleyhine bir sonuç doğurmaz ise de, davadan feragat aynı zamanda bir maddi hukuk işlemi olduğundan, davalı ... şirketi hakkındaki feragatin, rücu hakkı bulunan diğer davalıyı etkileyip etkilemediğinin üzerinde durulması gerekir.

Somut olaya bakıldığında; davalı ... şirketi yargılama sırasında davacıya 11.3.2011 tarihinde 50.462,00 TL maddi tazminat ödemiş, davacı vekili (bu ödemeden önce) 03.3.2011 tarihli dilekçesiyle (bilahare, ödemeden sonra 08.10.2012 tarihli ıslah dilekçesiyle) davalı ... şirketi hakkındaki davadan feragat ettiklerini bildirmiş, ancak; 08.10.2012 tarihli ıslah dilekçesinde bu ödemeyi mahsup etmeden 75.208,91 TL tazminat yönünden ıslah talebinde bulunmuştur.

Yukarıda açıklandığı üzere feragatten diğer müteselsil borçlu davalılar da yararlanacağından kaza tarihi itibariyle trafik sigorta poliçesi limiti göz önünde bulundurulup yukarıda açıklanan hususlar tartışılmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-) Davacı vekilinin diğer temyiz itirazları yönünden;

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda sigorta şirketinin yargılama sırasında ödediği meblağın güncelleme yapılmadan mahsup edilmesi gerekirken, işlemiş faizi ile birlikte hesaplanan tazminattan mahsup edilmiş olması da isabetli değildir.

4-)Bozma nedenine göre davalılar vekilinin vekalet ücretine yönelik sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, taraf vekillerinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının **REDDİNE,** (2) ve (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle, taraf vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** (4) nolu bentte açıklanan nedenlerle, bozma nedenine göre davalılar vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya ve davalılar ... ile ...'a geri verilmesine 23.02.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMI • GÖREVLİ MAHKEME
•
ALTMIŞ GÜNLÜK EK SÜRE

ÖZET: İdari yargıda görevsizlik kararı verilmesinden sonra T.B.K. hükümleri gereğince altmış günlük ek süre içinde davanın görevli genel mahkemede açılmış olması halinde zamanaşımı süresi söz konusu altmış günlük sürede işlemez ve durur. *

Y.17 HD.E.2016/10078, K.2017/8452, K.2.10.2017

Davacı vekili, davacıya kasko poliçesiyle sigortalı bulunan aracın, yol zemininde bozukluk ile rögar kapağının yol seviyesinden yüksekte ve açıkta olması nedeniyle maddi hasarlı kaza yaptığını, davalı ...'nin rögar kapağının bakım ve yapımı nedeniyle, davalı belediyenin de yol çalışması yapılan yerde gerekli önlemleri almamak suretiyle hizmet kusuru bulunduğunu, davalı tarafın kazada 4/8 kusurlu olduğunu, kaskolu araçtaki hasar nedeniyle ödenen 6.872,00 TL'den davalı tarafın kusuruna denk gelen 3.436,00 TL'nin ödeme tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalı ... vekili, davaya konu alacağın zamanaşımına uğradığını, kaza mahallinde davalı tarafından yapılan bir çalışma olmadığını, yol bakımındaki eksiklik nedeniyle sorumluluğun Belediye'ye ait olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... vekili, zarara sebep olan rögar kapağı diğer davalının sorumluluğunda olduğundan kendilerine husumet yöneltilemeyeceğini, talep edilen bedeli kabul etmediklerini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre; ...'nun 109/1. maddesi gereği, trafik kazasından kaynaklanan tazminat istemlerinin iki yıllık zamanaşımına tabi olduğu, davacının idari yargıda açtığı davanın zamanaşımını kesmeyeceği, davalı ... vekilinin yasal süresinde zamanaşımı def'ini ileri sürdüğü gerekçesiyle, davalı ... hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle reddine; davaya konu kazanın davalı belediyenin sorumluluk alanında gerçekleşmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle, davalı ... hakkındaki davanın ise husumetten reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

---

* Gönderen Av. Levent Pelen

1-Dava, kasko poliçesi gereği sigortalısına hasar bedeli ödeyen davacının ödediği bedelin, zarardan sorumlu olduğu iddia olunan davalılardan rücuen tahsili istemine ilişkindir.

Yargı yolu kavramı, bir hukuk sisteminde herhangi bir davanın o hukuk sistemine dahil yargı kollarından hangisinde bakılacağını ifade eder. Uyuşmazlığa hangi yargı kolunda bakılacağı hususu, davanın genel koşullarından olup mahkemece re'sen dikkate alınması gereklidir. Kamu hizmeti görmekle yükümlü olan ..., kamu hizmeti sırasında verdiği zararlardan dolayı özel hukuk hükümlerine tabi değildir. Hizmet kusurundan dolayı açılan davaların İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun'un 2. maddesi uyarınca tam yargı davası olarak ikame edilmesi gerekmektedir. Görev kuralları, kamu düzenine ilişkin olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınması zorunludur. Esasen 2918 Sayılı ...'nun hukuki sorumluluğa ilişkin 85. ve devamı maddelerinde araç işletenin sorumluluğu düzenlenmiş olup, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu bu yasa kapsamı dışında tutulmuştur.

Somut olayda; davacı vekili, davalı ...'na karşı hizmet kusuruna dayanarak işbu davayı açmıştır. Bu durumda mahkemece, davaya bakma görevi idari yargıya ait olduğundan, mahkemenin yargı yolu bakımından görevsizliğine ve dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, bu davalı bakımından da yazılı olduğu biçimde işin esasına girilerek hüküm verilmesi doğru görülmemiştir.

2-Bozma ilamının kapsam ve şekline göre, davacı vekilinin davalı ... hakkındaki hükme yönelik sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

3-Davacı taraf, ödemesinin dayanağı olan kazanın gerçekleşmesinde, davalı ...'nün sahibi olduğu rögar kapağının bakımındaki eksiklik nedeniyle kusurlu olduğu iddiasında bulunarak bu davalıya husumet yöneltmiş; mahkeme ise, davalı ... vekilinin yasal sürede ileri sürdüğü zamanaşımı def'ini haklı bularak, ...'nun 109/1. maddesindeki 2 yıllık sürede açılmayan davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar vermiştir.

Dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 158. Maddesinde "dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir" düzenlemesine yer verilmiştir (aynı yönde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 137. Maddesi). Yine Borçlar Kanu'nun

72.maddesinde de zamanaşımı süreleri 2-10 yıl olarak belirlenmiştir.

Somut olaya bakıldığında; davacının kasko poliçesi gereği ödeme yapmasına sebep olan kazanın 17.04.2011 tarihinde gerçekleştiği; davacının davalı ... aleyhine ... 8. İdare Mahkemesi'nin 2011/2304 Esas sayılı dosyası ile 29.12.2011 tarihinde rücuen tazminat davası açtığı; bu davada adli yargı yolunun görevli olduğu gerekçesiyle 05.10.2012 tarihinde görevsizlik kararı verildiği; karara itiraz üzerine ... Bölge İdare Mahkemesi'nin 2013/1985 Esas sayılı dosyası üzerinden, 20.03.2013 tarihinde itirazın reddine karar verildiği ve bu karara karşı karar düzeltme yoluna gidilmemesi üzerine kararın 01.05.2013 tarihinde kesinleştiği; idari yargıda verilen görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonra 30.05.2013 tarihinde davacı vekili tarafından temyiz incelemesine konu davanın açıldığı görülmektedir. Yukarıda ifade edilen 6098 sayılı TBK'nun 158. Maddesi ile davacı tarafa tanınan altmış günlük ek süreden yararlanan davacının bu süre içinde eldeki davayı açtığı izahtan uzaktır.

Bu durumda mahkemece; davacı ödemesinin dayanağı olan kazanın gerçekleştiği tarihten itibaren geçerli olan 2 yıllık zamanaşımı süresi eldeki dava yönünden geçmiş olsa da, davacının TBK'nun 158. maddesindeki ek dava açma süresinden yararlanacağı; idari yargı merciinde açılan davaya ilişkin olarak verilen görevsizlik kararının kesinleşmesinden sonraki altmış günlük ek sürede eldeki davanın açıldığı; bu itibarla davada zamanaşımının sözkonusu olmadığı gözetilerek davalı ... yönünden işin esasının incelenmesi ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ve hatalı gerekçeyle yazılı olduğu biçimde davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) ve (3) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA;** (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin davalı ... hakkındaki hükme yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına; peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 2.10.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TASARRUFUN İPTALİ

ÖZET: İvazlar arasında önemli bir oransızlık yoksa açılan dava reddedilmelidir.

Y.17 HD. E.2017/5416, K.2017/12140, T.26.12.2017

Davacı alacaklı vekili, borçlu davalı ... hakkında takip başlatıldığını, borçlunun alacağı karşılayacak mal varlığı bulunmadığı, alacaklılardan mal kaçırma amacı ile dava konusu taşınmazını diğer davalı ...'a devrettiğini belirterek, bu tasarrufların iptaline karar verilmesini istemiştir.

Davalı ..., taşınmazı raiç bedelden aldığını daha sonra dava dışı şahsa sattığını haksız açılan davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Davalı ..., hakkında mükerrer takip yapıldığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, taşınmazın tapudaki satış bedeli ile gerçek bedeli arasında fahişfark bulunduğundan üçüncü kişinin iyiniyet iddiasının dinlenemeyeceği, üçüncü kişi taşınmazı elinden çıkardığından İİK'nun 283/2 maddesine göre 3.850,00 TL tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte bakiye 40.606,30 TL tazminatın ise ıslah tarihi olan 10/03/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK.277 ve devamı maddelerine dayanılarak açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

1-İcra ve İflas Kanununun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarında amaç, borçlunun haciz yada iflasından önce yaptığı ve aslında geçerli olan bazı tasarrufların geçersiz ya da "iyiniyet kurallarına aykırılık" nedeniyle alacaklıya karşı sonuçsuz kalmasını ve dolayısıyla o mal üzerinden cebri icraya devamla alacağın tahsilini sağlamaktır.

Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, tasarruf konusu mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve tasarruf konusu taşınmaz mal ise, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir (İİK.md.283/1). Bu yasal nedenle iptal davası, alacaklıya alacağını tahsil olanağını sağla-

yan, nisbi nitelikte yasadan doğan bir dava olup; tasarrufa konu malların aynı ile ilgili değildir.

Borçlunun aciz ya da iflasından önce yaptığı iptale tabi tasarrufları, üç grup altında ve İİK.nun 278, 279 ve 280. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu maddelerde iptal edilebilecek bütün tasarruflar, sınırlı olarak sayılmış değildir. Kanun, iptale tabi bazı tasarruflar için genel bir tanımlama yaparak hangi tasarrufların iptale tabi olduğu hususunun tayinini hakimin takdirine bırakmıştır (İİK.md.281). Bu yasal nedenle de, davacı tarafından İİK.nun 278, 279 ve 280.maddelerden birine dayanılmış olsa dahi, mahkeme bununla bağlı olmayıp, diğer maddelerden birine göre iptal kararı verebilir (Y.H.G.K.25.11.1987 Tarih, 1987/15-380 Esas ve 1987/872 Karar sayılı ilamı). Genelde denilebilir ki, borçlunun iptal edilebilecek tasarrufları, alacaklılarından mal kaçırılmasına yönelik olarak yapılan ivazsız veya aciz halinde yapılan tasarruflar ile alacaklılarına zarar verme kastıyla yapılan tasarruflardır.

Somut olayda, borçlu adresinde 26.12.2013 tarihinde yapılan hacizde hacze kabil mal bulunmamıştır.Dava konusu taşınmaz borcun doğmundan sonra üçücü ikişiye devredilmiştir. Taşınmazın davalı ...'a devredildiği 04.06.2008 tarihinde tapudaki devir bedeli 3.850,00 TL olup üzerinde 25.000,00 TL ... A.Ş ipoteği bulunmaktadır. Bilirkişi taşınmazın satış tarihindeki değerini 44.456,25 TL olarak belirlemiştir. Ancak, taşınmaz üzerindeki ipotek miktarı dikkate alındığında ivazlar arasında önemli bir oransızlık bulunduğundan söz edilemez. Davalı ...'un borçlunun yakını veya İİK'nun 280.madde kapsamında boçlunun mali durumu ve alacaklılarını ızrar kastını bildiği de iddia ve ispat edilmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

2-Kabule göre ise, davanın İİK'nun 283.maddesi gereğince bedele dönüşmesi halinde üçüncü kişinin elinden çıkardığı tarihteki bedel ile sadece üçüncü kişinin sorumlu olması gerekirken bedel üzerinden faiz yürütülmesi ve zaten alacağın tahsili için açılan davada borçluyu mükerrer borç ödeme külfeti yükleyecek şekilde tazminattan sorumlu tutulmasıda hatalı olmuştur.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalılar vekilinin temiz itirazının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılara geri verilmesine, 26/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK • ÜÇÜNCÜ KİŞİ

ÖZET: İşletenin ölümüyle sonuçlanan trafik kazasında geride kalan hak sahipleri üçüncü kişi sayılarak tazminata hak kazanacaklardır.*

Y.17 HD. E.2014/17350, K.2017/757, T. 30.01.2017

Davacı vekili; davalı ... nin 06/02/2010 başlangıç tarihli ZMMS sigorta poliçesi ile sigortaladığı ... plakalı aracın 21/11/2010 tarihinde ... ...'de yapmış olduğu kaza neticesinde aracın sürücüsü ve davacının oğlu olan ...'ın vefat ettiğini, davacının murisin desteğinden yoksun kaldığını beyan ederek 10.000 TL destekten yoksun kalma tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş,06.02.2014 tarihli ıslah dilekçesi ile talebinin 23.227,49 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili; sürücünün ölümünün sigorta teminatı kapsamına girmediğini, hiç kimsenin kendi kusurundan faydalanarak tazminat talep edemeyeceğini, bu suretle davanın hukuki dayanaktan yoksun olduğunu, yine davacının kaza sebebi ile elde ettiği gelirin tazminatan mahsubunun gerekli olduğunu, davalı şirketin yasal faiz ile sorumlu olduğunu ve sorumluluğunun poliçe limiti ile sınırlı kaldığını beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kısmen kabulü ile,9.290,99-TL destekten yoksun kalma tazminatının 08/12/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tashili ile davacıya verilmesine, karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1.maddesinde, "işletenlerin, bu kanunun 85/1 maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur", aynı yasanın 85/1 maddesinde, "bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yararlanmasına yahut bir şeyin zarara uğraması-

* Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 01.06.2015 gününden sonraki poliçeler için tazminatın hak edilmeyeceğini içtihat etmektedir.

na sebep olursa, araç işletenin bu zarardan sorumlu olacağı", aynı yasanın 85/son maddesinde ise, " işleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur." hükümlerine yer verilmiş,

Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A-1. maddesinde de, "sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder" şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıda açıklanan madde hükümlerinden, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası; motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan 3. kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan bir zarar sigortası türü olduğu anlaşılmaktadır.

Motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı, zarar gören üçüncü şahısları, korumak amacıyla getirilmiş olan bu düzenleme ile öngörülen sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olmayıp, sebep sorumluluğu olduğu; böylece araç işletenin sorumluluğunun sebep sorumluluğunun ikinci türü olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğu, öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir (Fikret Eren, Borçlar Hukuku, 9. Bası, s. 631 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genişletilmiş 10. Baskı, s. 264 vd).

2918 sayılı Kanunun 86. maddesinde ise, bu Kanunun 85.maddesinde düzenlenen sorumluluktan kurtulma ve sorumluluğu azaltma koşullarına yer verilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, araç işleteni veya araç işleteninin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecek; sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi ise kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilecektir.

Burada kanun koyucu zarar görenin kusuru nispetinde indirim yapılabileceğini öngörmüş ve indirimi zorunlu tutmayarak hakimin takdirine bırakmıştır. Uygulama ve öğretide de (S. Ünan, "Ergün A. Çetingil ve Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı 2007", s. 1180) bu husus kabul edilmektedir.

Kanun koyucu, açıklanan düzenlemeler yanında 2918 sayılı KTK'nun 91. maddesiyle de; işletenin Aynı Kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası (Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası) yaptırma zorunluluğunu getirmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, işletenin sorumluluğu hukuki nitelikçe tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunmakla, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen zorunlu sigortacının 91.maddede düzenlenen sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Öyle ise, hem işleten hem de sigortacının sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğundan, uyuşmazlığın bu çerçevede ele alınıp, çözümlenmesi gerekmektedir.

Karayolları Trafik Kanununda zorunlu trafik sigortasına ilişkin olarak, sorumluluğun kapsamı yanında, bu kapsam dışında kalan haller de açıkça düzenlenmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Dışında Kalan Hususlar" başlıklı 92. maddesinde:

"Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

b) İşletenin; eşinin, usul ve füruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

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

d) Bu Kanunun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,

e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,

f) Manevi tazminata ilişkin talepler."hükmü ile, zorunlu trafik sigortacısının hangi zararlardan sorumlu olmadığı düzenleme altına alınmış; burada örnekseme yoluna gidilmeyip; tek tek ve tahdidi olarak sorumlu olunmayan haller sıralanmıştır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi, 2918 sayılı KTK'nun 92/b maddesinde yer alan "İşletenin; eşinin, usul ve füruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında olduğuna" ilişkin hükümdür.

Bu hükümle kanun koyucu; tehlike sorumlusu zorunlu mali sorumluluk sigortacısının sorumluluğu kapsamından sadece, tehlike sorumlusu olan işletenin eşinin, usul ve füruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararları çıkarmıştır.

Şu haliyle, anılan kişilerin mallarına gelen zararlar dışında kalan ölüm ve yaralanmaya ilişkin cismani zararlar ise sigortacının sorumluluğu kapsamında bırakılmış; böylece tehlike sorumlusunun yakınlarının dahi belirtilen anlamda sigorta kapsamında olduğu benimsenmiştir.

Durum bu olunca, işletenin; eşinin, usul ve füruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin ölüm veya yaralanmaları halinde bundan kaynaklanan zararlarının zorunlu sigorta kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Araç sürücüsünün veya yakınlarının talepleri ise 92.madde kapsamında yer almamakla sigortacının sorumluluğu kapsamında kabul edilmiştir.

Destekten yoksun kalma tazminatı, B.K'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.

Görülmektedir ki, destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. 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.

Haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nun 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Ancak, destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi için öncelikle, ölen ile destekten yoksun kalan arasında maddi yönden düzenli ve eylemli bir yardımın varlığı gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 45.maddesinde sözü geçen destek kavramı hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanır; sadece eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların olağan akışına göre eğer ölüm vuku bulmasaydı, az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılır.

O halde destek sayılabilmek için yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterli görülür.

Bununla birlikte destekten yoksun kalan kimse devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer ölenin eylemli olarak baktığı davacı, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunma koşulu gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, destekten yoksun kalan kimsenin ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.04.1982 gün, 979/4-1528 E., 1982/412 K. sayılı kararı).

Diğer taraftan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.03.1978 tarih ve 1/3 sayılı kararının gerekçesinde de: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatının eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir

tazminat olduğu" hususu vurgulanmış; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.11.2005 gün ve 2005/4-648 E.-2005/691 K. sayılı ilamında da aynı esaslar benimsenmiştir.

Önemle vurgulanmalıdır ki, Borçlar Kanunu'nun 45/III. maddesine göre destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin mirasçısı olarak geride bıraktığı kişilere değil, desteğinden yoksun kalanlarına aittir. Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişiler, mirasçılardan başka kişiler de olabileceği hususunda da herhangi bir ihtilaf yoktur. Murisin trafik

kazasından kaynaklanan bir sorumluluğu söz konusu olduğunda ve koşulları oluştuğunda mirasçıları bundan sorumlu olduğu halde, aynı olay nedeniyle destekten yoksun kalan ve fakat mirasçı olmayan kişiler bundan sorumlu değildir (HGK.nun 15.06.2011 gün ve 2011/17-142 E. -411 K. sayılı ilamı).

Davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olarak gösterdikleri zarar; işletenin ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte işleten üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılabilen bir zarardır. Böyle bir zararın işletenin kendisinin sahip olacağı hakla bir ilişkisi olmadığı gibi, doğrudan işletenin zararıyla bağlı ve onunla sınırlı bir zarar da değildir. İşletenin ölümü zararı doğuran olay olmakla birlikte, zarar doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde oluşmuştur. Buradaki zarar, mirasçıların salt bu sıfatla devraldıkları murislerinin uğradığı ve ondan intikal eden bir zarar da değildir.

Destekten yoksun kalma tazminatına dayanak teşkil eden hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olsa idi doğrudan işleten üzerinde doğup ondan mirasçılarına intikal edeceğinden, bu yöndeki savunmalar ölenin desteğinden yoksun kalanlara karşı ileri sürülebilecekti. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere, destekten yoksun kalma tazminatına konu davacıların zararı, desteklerinin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan sıfatıyla doğrudan kendileri üzerinde doğan zarardır. Bu zarardan doğan hak desteğe ait olmadığına göre, onun kusurunun bu hakka etkili olması da düşünülemez.

Şu hale göre; işleten murisin, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuru ile olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; bu zarar gerek Kanun gerek poliçe kapsamıyla teminat dışı bırakılmamış olmakla, davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın sigortacıdan talep edilmesi olanaklıdır.

Davacıların üçüncü kişi konumunda oldukları hem mahkeme, hem de özel dairenin kabulünde olduğu gibi, işletenin yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığına ilişkin Kanunda ve buna bağlı olarak poliçede açık bir düzenleme bulunmadığı da, uyuşmazlık konusu değildir.

Davacıların uğradıkları zarara bağlı olarak talep ettikleri hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olmayıp, bilimsel ve yargısal içtihatlarda kabul edildiği üzere destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır.

Davacıların ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtıklarına, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılamayacağına; dolayısıyla araç sürücüsünün veya işletenin tam kusurlu olmaları halinde, desteğinden yoksun kalan davacıları etkilemeyeceğine; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı ... şirketi, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacılar da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı ... şirketinin sorumlu olacağına karar vermek gerekir. (HGK'nun 15.6.2011 gün ve 2011/17-142 esas-411 karar, HGK'nun 22.2.2012 gün 2011/17-787 esas 2012/92 karar sayılı ilamları uyarınca)

Somut olayda, davacının desteği ...'ın sevk ve idaresindeki aracın tek taraflı kaza sonucu hayatını kaybettiğinden, davacı destekten yoksun kalma tazminatı talep etmiş, mahkemece desteğin % 40 oranında kusurlu olduğu yoldaki harici durumun ise % 60 oranında kusura sebebiyet verdiği gerekçesi ile desteğin kusuru oranında tazminata hükmedilmiştir.

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; davacı, davalı trafik sigortası karşısında, zarar gören 3.kişi konumundadır. Bu durumda mahkemece, desteğin kusuru davacıya yansıtılmaksızın ve tazminatın tamamına göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı olduğu biçimde desteğin % 40 kusuru oranında tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

2-Kabule göre ise; davalı ... şirketinin, kazaya karışan aracın trafik sigortacısı olduğu, 2918 sayılı KTK'nun 99/1. maddesi ile ZMSS Genel Şartları'nın B.2. maddesi uyarınca rizikonun sigortacıya ihbar edildiği tarihten itibaren 8 iş günü içinde sigortanın tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunduğu, bu sürenin sonunda ödememe halinde temerrüdün gerçekleştiği, davacının davalı ... şirketine davadan önce 25.07.2011 tarihinde başvuru yaptığının mahkeme gerekçesinde de belirtilmiş olmasına rağmen faiz başlangıcının, bu tarihten sonraki 8. işgününün sonunda davalının temerrüde düştüğü gözetilmeyerek, 08.12.2011 tarihinden itibaren faize hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) ve (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 30.01.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK SİGORTASI • TEDAVİ GİDERLERİ

ÖZET: Desteklerini yitiren kişiler için 10.000 TL manevi tazminat azdır. Geçici iş görmezlik ödemeleri tedavi giderlerinden sayılmaz sigorta şirketinin sorumluluğu devam eder.

Y.17 HD. E.2015/11366, K.2017/12299, T.28.12.2017

Davacılar vekili, davalıların işleteni, sürücüsü ve zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olduğu aracın kazasında müvekkillerinin desteğinin öldüğünü müvekkillerinden ...'in yaralanıp malul kaldığını açıklayıp, 1.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatı ile ölüm sebebi ile 20.000,00'er TL manevi tazminatın, ...'in yaralanması sebebi ile ... için 36.495,91 TL maddi, 10.000,00 TL manevi tazminatın, ...'in yaralanması sebebi ile eşi ve kızı için 3.000,00'er TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkemece toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre davacı ... için 25.495,91 TL iş göremezlik tazminatı ile 11.000,00 TL tedavi masrafı olmak üzere toplam 36.495,91.TL'nin tahsiline, davacıların destekten yoksun kalmak tazminat taleplerinin reddine, müteveffa ...'in ölümü sebebiyle her bir davacı için ayrı ayrı 10.000,00 TL manevi tazminat ile davacı ...'in yaralanması nedeniyle davacılar ... ve ... için ayrı ayrı 1.500,00 TL, ... için 5.000,00 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili, ile davalı .... vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine, karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi-manevi tazminat istemine ilişkindir.

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacıca göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması ve buna göre manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23/06/2004, 13/291-370)

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında,

Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de gözönünde tutularak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, M.K'nun 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.

Somut olayda; davalı tarafa ait araç sürücüsünün karşı şeride/zarar görenlerin bulunduğu şeride geçmesi ile gerçekleşen kazada davacıların desteği 24 yaşındaki ...'in öldüğü, aynı kazada davacı ...'in çenesinin ve parmağının kırılarak %14.3 malul kaldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, davacılar yararına takdir olunan manevi tazminatların az olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun manevi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

3-Davalı .... vekilinin temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede;

Yargılama sırasında yürürlüğe giren ve 2918 sayılı yasanın 98.maddesinde değişiklik yapan 6111 sayılı Yasanın 59. maddesinde, "trafik kazaları nedeniyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedellerinin kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın "... tarafından karşılanacağı",

Yasanın geçici 1.maddesi ile de "Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedellerinin ... tarafından karşılanacağı, söz konusu sağlık hizmet bedelleri için bu Kanunun 59 uncu maddesine göre belirlenen tutarın %20'sinden fazla olmamak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülüklerinin sona ereceği" öngörülmüştür.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 91. maddesi ve Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A-1.maddesinde, sigortacı poliçede belirtilen aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre işletene düşen hukuki sorumluluğu zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceği, düzenlenmiştir.

Karayolları Trafik Kanuna göre, zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorunludur.

Sigorta poliçesinde belirtilen, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan kaza nedeniyle sigorta şirketi zarar görenlerin tedavisi için ödenen giderleri zorunlu olarak teminat altına alır, Sigorta şirketinin yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır.

Yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere göre, 2918 sayılı Yasanın 98.maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluk "...'na" geçtiğinden eldeki davada yasal hasımın "..." olması gerekir.

Buna göre, geçici iş göremezlik tazminatı 6111 Sayılı Yasa uyarınca tedavi gideri kapsamında değil ise de; yasa kapsamında kalan dava ve temyiz konusu "tedavi giderine" yönelik talebe ilişkin olarak mahkemece, "..."nun davaya dahil edilmesi, tarafların bu yöndeki delillerinin toplanması, davacı tarafından talep edilen tedavi giderlerinden 2918 sayılı Yasanın 98.maddesi kapsamında kalanların ve Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğuna esas olanların belirlenmesi, 2918 Sayılı Yasanın 98 mad-

desi kapsamında kalan tedavi giderleri yönünden ...'nun, yasa kapsamı dışında kalan giderlerden ise davalı ... şirketinin sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin, 3 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı .... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar ve davalı ... AŞ'ye geri verilmesine 28/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK SİGORTASI • BAKICI GİDERİ

ÖZET: Maluliyet oranı çalışma güçü işlemler yönetmeliğine göre belirlenmelidir. Bakıcı gideri için süre belirleyen adli tıp raporu sunulmalıdır.

Y.17 HD. E.2016/20374, K.2017/1663, T.20.2.2017

Davacılar vekili, davacılardan 12 yaşındaki ...'un hayvan otlatırken yere düşen elektrik tellerini çekmesi sonucu yüksek gerilime kapıldığını, iki kolu ve iki bacağının kesildiğini, asıl işveren ve alt işveren olarak zarardan sorumlu olan davalıların bir hafta boyunca zarara yol açan telleri bulundukları yerden kaldırmadıklarını, davacı ...'un % 94 oranında malul kaldığını ve ömür boyu bakıma muhtaç hale geldiğini, kol ve bacaklarına protez takılması gerektiğini, davacı anne babanın çocuklarının desteğinden yoksun kaldığını belirterek, belirsiz alacak davası olarak açtıkları davada fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, davacı ... için 1.000,00 TL. maddi ve 400.000,00 TL. manevi tazminatın, davacı ... ve ... için 1.000,00'er TL. maddi ve 200.000,00'er TL. manevi tazminatın, diğer davacılardan her biri için 30.000,00 TL. manevi tazminatın, olay tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep etmiş; 07.09.2015 tarihli artırım dilekçesiyle, davacı ... için toplam maddi tazminat taleplerini 1.660.749,51 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı ... vekili, olay yerindeki tesislerin bakım onarım işlerinin ihale ile diğer davalıya bırakıldığını, olayda davalının kusuru bulunmadığını, sorumluluğun işi üstlenen diğer davalıya ait olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... Elekt. Ltd. Şti. vekili, davalının olayda kusuru bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre; davanın kısmen kabulü ile davacı ... için bakıcı gideri 674.756,00 TL. ve sürekli iş görmezlik tazminatı 405.993,51 TL. olmak üzere toplam 1.080.749,51 TL. tazminattan davalı .... tarafından 11.09.2014 tarihinde ödenen 200.000,00 TL'nin mahsubu ile bakiye 880.749,51 TL'nin 11.09.2014 tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline; 1.080.749,51 TL'nin olay tarihinden 11.09.2014 tarihine kadar işleyecek yasal faizinin davalılardan müteselsilen tahsiline; 580.000,00 TL. protez masrafı giderinin 03.02.2015 tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline, davacı baba/anne ... ve...'ın destekten yoksun kalma tazminatı talebinin reddine, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına; davacı ... için 380.000,00 TL, davacı ... ve ... için 160.000,00'er TL. ve diğer davacılar için 15.000,00'er TL. manevi tazminatın, kaza tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı ... vekili ve davalı ... Elekt. Ltd. Şti. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, özellikle, ceza dosyasında alınan, oluşa ve dosya kapsamına uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi heyeti raporundaki kusur tespitinin benimsenmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre; davalı ... vekili ve davalı ... Elekt. Ltd. Şti. Vekilinin, aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerekmektedir. Sözkonusu belirlemenin ise, Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesinin, çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikayetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü veya Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

Somut olayda, kaza neticesinde davacı ...'un maruz kaldığı yaralanmaya ilişkin olarak alınan ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Balcalı Hastanesi'nin 22.01.2014 tarihli raporu mahkemece benimsenmiş olup bu raporda, da-

vacının % 94 oranında kalıcı maluliyetinin bulunduğu bildirilmiştir. Ne var ki, anılan bu raporda, yukarıda ifade olunan ve kaza tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak maluliyet değerlendirmesinin yapılmadığı görülmektedir. Bu yönüyle, maluliyet oranı tespitine ilişkin bu rapor, hükme esas almaya elverişli olmadığından, maluliyetin belirlenmesi konusunda mahkemece yapılan araştırma yetersizdir.

Bu durumda mahkemece, kazayla ilgili eksik kalan tedavi evrakları celbedildikten sonra, yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında, olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği esas alınarak, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesi'nden davacı ...'un olay nedeniyle uğradığı çalışma gücü kaybı bulunup bulunmadığı ve varsa oranı konusunda ayrıntılı, gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-Davacı taraf, Yusuf'un davaya konu olaydaki yaralanması nedeniyle maluliyete uğradığını ve bakıma muhtaç hale geldiğini iddia ederek, maluliyet tazminatıyla birlikte bakıcı gideri tazminatının da tahsili isteminde bulunmuş; mahkeme ise, 11.06.2015 tarihli bilirkişi raporu doğrultusunda, davacı için hükümde yazılı bakıcı giderine hükmetmiştir.

Olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde "Bedensel zararlar özellikle şunlardır: tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar" denilmek suretiyle, cismani zarar halinde, zarar görenin talep edebileceği zarar türleri örnekseme yoluyla sayılmış olup, cismani zarar sonucu doğan bakım ihtiyacı ve bunun için yapılacak giderin de madde kapsamında olduğu açıktır. Uğranılan cismani zarar nedeniyle doğan bakım ihtiyacı ve

yapılacak bakıcı giderinin doğru tespiti açısından ise, bakım ihtiyacının boyutunun belirlenmesi büyük önem arzetmektedir.

Somut olayda, mahkeme tarafından, davacı ...'un uğradığı cismani zarar nedeniyle bakım ihtiyacı bulunup bulunmadığı, varsa bu ihtiyacın oranı konusunda herhangi bir araştırma yapılmaksızın, 11.06.2015 tarihli hesap raporundaki miktara hükmedilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporu incelendiğinde ise; davacı ... için, kaza tarihi ile muhtemel ömür sonu arasındaki süre için, brüt asgari ücret üzerinden, bakıcı gideri hesaplaması yapıldığı görülmektedir. Mahkemenin bakıcı gideri yönünden yaptığı araştırma yeterli değildir.

İfade olunan hususlar karşısında mahkemece, davacı ...'un uğradığı cismani zarar nedeniyle duyacağı bakım ihtiyacı ve yapılacak bakıcı giderinin doğru tespiti bakımından, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı ilgili ihtisas dairesinden, davacının uğradığı uzuv kayıpları nedeniyle ömür boyu ihtiyaç duyacağı protez giderlerinin de tazminine karar verildiği, bu protezler sayesinde davacının birkısım ihtiyaçlarını tek başına karşılayabileceği ve alması gereken bakım oranının azalacağı hususlarını da gözeterek, davacının bakım ihtiyacı oranının ne kadar olduğu konusunda, ayrıntılı, gerekçeli, denetime elverişli bir rapor alındıktan sonra, davacının bakıcı gideri talebi konusunda hesap raporu alınıp karar verilmesi gerekirken; eksik incelemeyle yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

4-Davacı taraf, ...'un olay nedeniyle uğradığı uzuv kayıpları için, protez bedelinin de davalılardan tahsilini talep etmiş; mahkeme tarafından, 11.06.2015 tarihli bilirkişi raporundaki hesaplamalara göre, davacı için, hükümde yazılı protez bedellerinin tahsiline karar verilmiştir. Esas alınan raporun ilgili kısmı incelendiğinde; davacının ihtiyaç duyacağı protezlerin piyasa değerleri bakımından, ... Ortopedi ve Tıbbi Malzemeler Tic. San. Ltd. Şti. tarafından bildirilen bedeller esas alınmak ve ... tarafından bildirilen protezlerin değişim aralıkları baz alınmak suretiyle hesaplama yapıldığı görülmektedir. Mahkemenin, sadece tek bir şirket tarafından bildirilen bedelleri esas alarak hesaplama yapan bilirkişi raporuna göre hüküm tesisi de yerinde olmamıştır.

Zira, davacının ihtiyaç duyacağı protezler nedeniyle yapılacak giderlerin, resmi sağlık kurumundan değil de özel hukuk tüzel kişisi durumundaki davalı şirketlerden tahsilinin talep edildiği; serbest piyasa koşullarında, gerekli tıbbi malzemenin çok sayıda sağlayıcı tarafından sunulabildiği; arzını birçok sağlayıcının yaptığı ürün için bedel yönünden farklı fiyatların ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu hususları hep birlikte gözetildiğinde; davacı ... için gerekli olan protezlerin piyasadaki rayiç bedelinin sağlıklı biçimde belirlenmesi bakımından, birden çok sağlayıcıdan araştırma yapılarak rayiç bedel tespitinin yapılmasından sonra, protez bedelleri konusunda hesap raporu alınması gerekirken; yetersiz araştırma ile hüküm tesisi doğru olmamıştır.

5-Davacılar vekili, dava konusu olay sonucu davacı ...'un ağır bedensel zarara uğramasından duyulan üzüntü nedeniyle, davacılar için toplam 1.070.000,00 TL. manevi tazminat isteminde bulunmuş; mahkemece talebin kısmen kabulüne karar verilerek hükümde belirtilen miktarda manevi tazminata karar verilmiştir.

6098 sayılı TBK'nun 56. maddesi hükmüne göre, hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Manevi tazminat, zarara uğrayanda, manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1976 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hakim bu konuda takdir hakkını kullanır iken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

O halde mahkemece, davaya konu olay sonucu davacı ...'un ağır bedensel zarara uğraması nedeniyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amacıyla; tarafların sosyal ve ekonomik durumları, olayın meydana geldiği tarih ve paranın alım gücü, zararın boyutu göz önünde bulundurularak davacılar için hak ve nesafet kuralları çerçevesinde daha düşük manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, somut olay ile bağdaşmayan, bir miktar yüksek manevi tazminata hükmedilmesi uygun görülmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı ... vekili ve davalı ... Elekt.İnş.San.Tic.Ltd. Şti. vekilinin, yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının R**EDDİNE;** (2), (3), (4) ve (5) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle, davalı ... vekili ve davalı ... Elekt.İnş. San.Tic.Ltd.Şti. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün B**OZULMASINA;** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılar ... ve Teknik Elekt.İnş. San.Tic.Ltd. Şti. geri verilmesine 20/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • ARAÇ İÇİNDEKİ YOLCU

ÖZET: Araç içinde yolcu olan kişi maddi zararını aracın trafik sigortasına :100 sorumluluk esasına göre müteselsil olarak yöneltebilir.

Y.17 HD. E.2012/1113, K.2013/1393, T.21.10.2014

KARAR

Davacı vekili, müvekkilinin, plakalı araçta yolu olarak bulunduğu sırada meydana gelen tek taraflı trafik kazasında yaralandığını 4 yılı aşkın tedavi gördüğünü, tedavi gideri olarak 117.690,00 TL'nin davalı sigorta şirketinden yasal faizi ile birlikte tahsilini istemiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, kazaya karışan aracın ZMMS sigortası ile sigortalandığını, sorumluluklarının poliçe limiti ve sigortalı araç sürücüsünün kusuru ile sınırlı olduğunu, tedavi giderinin SGK tarafından karşılandığından haksız açılan davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacının maluliyetinin %32,5 olup olayda sürücü M.'nın %50 kusurluğ olduğu, davalının sorumluluğunun bu kusur oranı ile sınırlı olduğundan davanın kısmen kabulü ile 38.452,70 TL'nin temerrüt tarihi 20.02.2010'den itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalı vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasında yaralanmadan kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillere hükmün dayandığı gerektirici sebeplere ve olayda hatır taşımasının ve davacının müterafık kusurunun bulunmamasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacının içerisinde yolcu olarak bulunduğu davalının trafik sigortacısı olduğu, plakalı araç yolda bulunan dava dışı araca ait araç lastiğine çarparak kazaya sebebiyet vermiştir. Olayda davacı yolcu olup atfı kabil bir kasuru yoktur. Davacı vekili, davayı içinde yolcu olarak bulunduğu aracın trafik sigortacısına yöneltmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1'nci maddesinde, zorunlu mali sorumluluk sigortasının motorlu araç işletenlerin aynı yasanın 85/1. maddesinde belirtilen sorumluluklarını karşılamak üzere yaptırıldığı açıklanmıştır. Buna göre, zorunlu mali sorumluluk sigortacısının sorumluluğu işletenin sorumluluğu esasına dayandığından, zorunlu trafik sigortacısı ancak işleteninin kusu-

ru oranında zarar görene karşı sorumlu olacaktır. Ancak anılan yasanın 88/1. maddesine göre, zarar görene karşı birden fazla işleten sorumlu olduğu hallerde, bunlar hakkında tesellül hükmülerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Zarar gören davacının istediği tazminatın tam kusur üzerinden hesap yapmak yerine, sigortalının kusuru gözetilerek indirim yapılması usul ve yasaya uygun değildir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** aşağıda dökümü yazılı 3.967,70 TL kalan harcın temyiz eden davalıdan alınmasına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 21.10.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK • TRAFİK SİGORTASI

ÖZET: Tek taraflı kazada desteğini kaybeden kişiler üçüncü kişi olarak tazminatı hak eder.*

Y.17 HD. E.2012/1113, K.2013/1393, T.21.10.201

Davacı vekili; davalı ... nin 06/02/2010 başlangıç tarihli ZMMS sigorta poliçesi ile sigortaladığı ... plakalı aracın 21/11/2010 tarihinde ... ...'de yapmış olduğu kaza neticesinde aracın sürücüsü ve davacının oğlu olan ...'ın vefat ettiğini, davacının murisin desteğinden yoksun kaldığını beyan ederek 10.000 TL destekten yoksun kalma tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş,06.02.2014 tarihli ıslah dilekçesi ile talebinin 23.227,49 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili; sürücünün ölümünün sigorta teminatı kapsamına girmediğini, hiç kimsenin kendi kusurundan faydalanarak tazminat talep edemeyeceğini, bu suretle davanın hukuki dayanaktan yoksun olduğunu, yine davacının kaza sebebi ile elde ettiği gelirin tazminatan mahsubunun gerekli olduğunu, davalı şirketin yasal faiz ile sorumlu olduğunu ve sorumluluğunun poliçe limiti ile sınırlı kaldığını beyan ederek davanın reddini savunmuştur.

* Not: Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, 01.06.2015 gününden sonraki poliçeler için tazminatın hak edilmeyeceğini içtihat etmektedir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kısmen kabulü ile,9.290,99-TL destekten yoksun kalma tazminatının 08/12/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tashili ile davacıya verilmesine, karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1.maddesinde, "işletenlerin, bu kanunun 85/1 maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur", aynı yasanın 85/1 maddesinde, "bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yararlanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, araç işletenin bu zarardan sorumlu olacağı", aynı yasanın 85/son maddesinde ise, " işleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur." hükümlerine yer verilmiş,

Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A-1. maddesinde de, "sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder" şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıda açıklanan madde hükümlerinden, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası; motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan 3. kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan bir zarar sigortası türü olduğu anlaşılmaktadır.

Motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı, zarar gören üçüncü şahısları, korumak amacıyla getirilmiş olan bu düzenleme ile öngörülen sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olmayıp, sebep sorumluluğu olduğu; böylece araç işletenin sorumluluğunun sebep sorumluluğunun ikinci türü olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğu, öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir (Fikret Eren, Borçlar Hukuku, 9. Bası, s. 631 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genişletilmiş 10. Baskı, s. 264 vd).

2918 sayılı Kanunu'n 86. maddesinde ise, bu Kanunun 85.maddesinde düzenlenen sorumluluktan kurtulma ve sorumluluğu azaltma koşullarına yer verilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, araç işleteni veya araç işleteninin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecek; sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi ise kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilecektir.

Burada kanun koyucu zarar görenin kusuru nispetinde indirim yapılabileceğini öngörmüş ve indirimi zorunlu tutmayarak hakimin takdirine bırakmıştır. Uygulama ve öğretide de (S. Ünan, "Ergün A. Çetingil ve Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı 2007", s. 1180) bu husus kabul edilmektedir.

Kanun koyucu, açıklanan düzenlemeler yanında 2918 sayılı KTK'nun 91. maddesiyle de; işletenin Aynı Kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası (Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası) yaptırma zorunluluğunu getirmiştir.

Hemen belirtmelidir ki, işletenin sorumluluğu hukuki nitelikçe tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunmakla, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen zorunlu sigortacının 91.maddede düzenlenen sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Öyle ise, hem işleten hem de sigortacının sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğundan, uyuşmazlığın bu çerçevede ele alınıp, çözümlenmesi gerekmektedir.

Karayolları Trafik Kanununda zorunlu trafik sigortasına ilişkin olarak, sorumluluğun kapsamı yanında, bu kapsam dışında kalan haller de açıkça düzenlenmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Dışında Kalan Hususlar" başlıklı 92. maddesinde:

"Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

b) İşletenin; eşinin, usul ve füruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

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

d) Bu Kanunun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,

e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,

f) Manevi tazminata ilişkin talepler."hükmü ile, zorunlu trafik sigortacısının hangi zararlardan sorumlu olmadığı düzenleme altına alınmış; burada örnekseme yoluna gidilmeyip; tek tek ve tahdidi olarak sorumlu olunmayan haller sıralanmıştır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi, 2918 sayılı KTK'nun 92/b maddesinde yer alan "İşletenin; eşinin, usul ve füruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında olduğuna" ilişkin hükümdür.

Bu hükümle kanun koyucu; tehlike sorumlusu zorunlu mali sorumluluk sigortacısının sorumluluğu kapsamından sadece, tehlike sorumlusu olan işletenin eşinin, usul ve füruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararları çıkarmıştır.

Şu haliyle, anılan kişilerin mallarına gelen zararlar dışında kalan ölüm ve yaralanmaya ilişkin cismani zararlar ise sigortacının sorumluluğu kapsamında bırakılmış; böylece tehlike sorumlusunun yakınlarının dahi belirtilen anlamda sigorta kapsamında olduğu benimsenmiştir.

Durum bu olunca, işletenin; eşinin, usul ve füruunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin ölüm veya yaralanmaları halinde bundan kaynaklanan zararlarının zorunlu sigorta kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Araç sürücüsünün veya yakınlarının talepleri ise 92.madde kapsamında yer almamakla sigortacının sorumluluğu kapsamında kabul edilmiştir.

Destekten yoksun kalma tazminatı, B.K'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.

Görülmektedir ki, destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. 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.

Haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nun 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Ancak, destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi için öncelikle, ölen ile destekten yoksun kalan arasında maddi yönden düzenli ve eylemli bir yardımın varlığı gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 45.maddesinde sözü geçen destek kavramı hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanır; sadece eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların olağan akışına göre eğer ölüm vuku bulmasaydı, az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılır.

O halde destek sayılabilmek için yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterli görülür.

Bununla birlikte destekten yoksun kalan kimse devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer ölenin eylemli olarak baktığı davacı, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunma koşulu gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, destekten yoksun kalan kimsenin ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.04.1982 gün, 979/4-1528 E., 1982/412 K. sayılı kararı).

Diğer taraftan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.03.1978 tarih ve 1/3 sayılı kararının gerekçesinde de: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatının eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminat olduğu" hususu vurgulanmış; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.11.2005 gün ve 2005/4-648 E.-2005/691 K. sayılı ilamında da aynı esaslar benimsenmiştir.

Önemle vurgulanmalıdır ki, Borçlar Kanunu'nun 45/III. maddesine göre destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin mirasçısı olarak geride bıraktığı kişilere değil, desteğinden yoksun kalanlarına aittir. Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişiler, mirasçılardan başka kişiler de olabileceği hususunda da herhangi bir ihtilaf yoktur. Murisin trafik kazasından kaynaklanan bir sorumluluğu söz konusu olduğunda ve koşulları oluştuğunda mirasçıları bundan sorumlu olduğu halde, aynı olay nedeniyle destekten yoksun kalan ve fakat mirasçı olmayan kişiler bundan sorumlu değildir (HGK.nun 15.06.2011 gün ve 2011/17-142 E. -411 K. sayılı ilamı).

Davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olarak gösterdikleri zarar; işletenin ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte işleten üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılabilen bir zarardır. Böyle bir zararın işletenin kendisinin sahip olacağı hakla bir ilişkisi olmadığı gibi, doğrudan işletenin zararıyla bağlı ve onunla sınırlı bir zarar da değildir. İşletenin ölümü zararı doğuran olay olmakla birlikte, zarar doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde oluşmuştur. Buradaki zarar, mirasçıların salt bu sıfatla devraldıkları murislerinin uğradığı ve ondan intikal eden bir zarar da değildir.

Destekten yoksun kalma tazminatına dayanak teşkil eden hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olsa idi doğrudan işleten üzerinde doğup ondan mirasçılarına intikal edeceğinden, bu yöndeki savunmalar ölenin desteğinden yoksun kalanlara karşı ileri sürülebilecekti. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere, destekten yoksun kalma tazminatına konu davacıların zararı, desteklerinin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan sıfatıyla doğrudan kendileri üzerinde doğan zarardır. Bu zarardan doğan hak desteğe ait olmadığına göre, onun kusurunun bu hakka etkili olması da düşünülemez.

Şu hale göre; işleten murisin, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuru ile olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; bu zarar gerek Kanun gerek poliçe kapsamıyla teminat dışı bırakılmamış olmakla, davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın sigortacıdan talep edilmesi olanaklıdır.

Davacıların üçüncü kişi konumunda oldukları hem mahkeme, hem de özel dairenin kabulünde olduğu gibi, işletenin yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığına ilişkin Kanunda ve buna bağlı olarak poliçede açık bir düzenleme bulunmadığı da, uyuşmazlık konusu değildir.

Davacıların uğradıkları zarara bağlı olarak talep ettikleri hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olmayıp, bilimsel ve yargısal içtihatlarda kabul edildiği üzere destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır.

Davacıların ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtıklarına, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılamayacağına; dolayısıyla araç sürücüsünün veya işletenin tam kusurlu olmaları halinde, desteğinden yoksun kalan davacıları etkilemeyeceğine; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı ... şirketi, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacılar da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı ... şirketinin sorumlu olacağına karar vermek gerekir. (HGK'nun 15.6.2011 gün ve 2011/17-142 esas-411 karar, HGK'nun 22.2.2012 gün 2011/17-787 esas 2012/92 karar sayılı ilamları uyarınca)

Somut olayda, davacının desteği ...'ın sevk ve idaresindeki aracın tek taraflı kaza sonucu hayatını kaybettiğinden, davacı destekten yoksun kalma tazminatı talep etmiş, mahkemece desteğin % 40 oranında kusurlu olduğu yoldaki harici durumun ise % 60 oranında kusura sebebiyet verdiği gerekçesi ile desteğin kusuru oranında tazminata hükmedilmiştir.

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında; davacı, davalı trafik sigortası karşısında, zarar gören 3.kişi konumundadır. Bu durumda mahkemece,

desteğin kusuru davacıya yansıtılmaksızın ve tazminatın tamamına göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı olduğu biçimde desteğin % 40 kusuru oranında tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

2-Kabule göre ise; davalı ... şirketinin, kazaya karışan aracın trafik sigortacısı olduğu, 2918 sayılı KTK'nun 99/1. maddesi ile ZMSS Genel Şartları'nın B.2. maddesi uyarınca rizikonun sigortacıya ihbar edildiği tarihten itibaren 8 iş günü içinde sigortanın tazminatı ödeme yükümlülüğü bulunduğu, bu sürenin sonunda ödememe halinde temerrüdün gerçekleştiği, davacının davalı ... şirketine davadan önce 25.07.2011 tarihinde başvuru yaptığının mahkeme gerekçesinde de belirtilmiş olmasına rağmen faiz başlangıcının, bu tarihten sonraki 8. işgününün sonunda davalının temerrüde düştüğü gözetilmeyerek, 08.12.2011 tarihinden itibaren faize hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) ve (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 30.01.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

MİRASIN REDDİ • HÜKMEN RED • BAŞVURU SÜRESİ

ÖZET: Mirasçılar herhangi bir sebep göstermeden mirası üç ay içinde reddebilirler. Müracaat yeri Sulh Hukuk mahkemesidir.

Hükmen ret ise süreye tabi değildir. Müracaat yeri Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Y.20 HD. E.2015/14568, K.2015/11883, T.26.11.2015

Dava, terekenin borca batık olması nedeniyle mirasın reddi istemine ilişkindir.

Sulh Hukuk Mahkemesince, davanın mal varlığı hakkına ilişkin olması nedeniyle asliye hukuk mahkemesinde görüleceği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından ise, uyuşmazlığın çekişmesiz yargı niteliğinde olduğu gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

Türk Medenî Kanununun 605/1. maddesinde "gerçek ret", 605/2. maddesinde ise, "hükmen ret" düzenlenmiştir. TMK'nın 605/1. maddesi uyarınca miras ancak üç ay içinde reddolunabilir. (TMK m. 606) Bu dava hasımsız açılabilir. Görevli mahkeme ise sulh hukuk mahkemesidir.

Hükmen ret ise, süreye tabî değildir. Hükmen ret istemli davada terekenin borcu, terekenin alacaklılarının kimliği konusunda açıklama yaptırılarak davanın alacaklılara yöneltilmesi, taraflara delil bildirme olanağı sağlanması, terekenin aktif ve pasifinin belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Somut olayda davacı, davayı hasımsız olarak ve dava değeri belirtilmeksizin, murisin borçlarından dolayı terekenin borca batık olduğunu ve mirasın kayıtsız ve şartsız reddedildiğini belirterek "hükmen ret" isteminde bulunmuştur. Ancak, gerek 743 sayılı Medenî Kanunda, gerekse 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda bu tür davaların sulh mahkemelerinde görüleceği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 23.12.1942

günlü ve 24/29 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, mirasın hükmen reddi davasında görevli mahkeme borç miktarına göre belirlenir. Davanın açıldığı tarihten önce yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 2. maddesinde ise, asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemesinin görevli olup olmadığının tayin ve tespiti konusunda, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır.

Kanunda bu konuda aksine bir düzenleme bulunmadığına göre, HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra terekenin borca batık olduğunun tespitine, "mirasın hükmen reddine" ilişkin olarak açılacak davalarda davanın değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Bu durumda, uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince Mersin 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 26/11/2015 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • ORTAK YER • DAVADA GÖREV

ÖZET: Kat mülkiyetinin kurulmuş olduğu binada ortak yerin eski haline getirilmesine ilişkin davaya Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılacaktır.

Y.20 HD. E.2017/6524, K.2017/4975, T.5.6.2017

Dava, kat mülkiyeti kurulu olup taşınmazda davalının ortak alana vaki müdahalesinin men'i istemine ilişkindir.

5. Sulh Hukuk Mahkemesince, davalının dava konusu taşınmazda kat maliki olmadığı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklandığı gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurmuştur.

3. Asliye Hukuk Mahkemesi ise bina üzerinde kat mükliyeti kurulduğu, uyuşmazlığın ortak kullanım alanına müdaheleden kaynaklandığı ge-

rekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

634 sayılı Kanunun 35/b maddesinde "Anagayrimenkulün gayesine uygun olarak kullanılması, korunması, bakımı ve onarımı için gereken tedbirlerin alınması" hükmüne, 16. maddesinde "Kat malikleri anagayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olurlar." hükmüne yer verilmiş; diğer yandan, aynı Kanunun Ek 1. maddesi ile de "Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık sulh hukuk mahkemelerinde çözümlenir." düzenlemesine yer verilmiştir.

Somut olayda; davacı vekili, müvekkili olan ... Ap. Yönetim Kurulu Başkanlığına ait ... ili, ... ilçesi, ...ı yolu, ... mahallesi, 2464 ada 23 sayılı parsele bitişik apartman yönetim planında ve projesinde apartmanın ortak mülkiyeti olarak gözüken 40 m² yüzölçümlü gayrimenkul davalılardan ... tarafından sanki kendi özel mülkü imiş gibi diğer davalı... Şti'ne ait 6-7 yıldır kiraya verilerek kira geliri alınmak suretiyle taşınmazın ortak yerlerinden sayılan gayrimenkule davalıların haksız olarak kendine ait işyeri ile birleştirerek bir bütün halinde kiraya vererek ortak mülkiyete müdahale ettiklerini, bu nedenle davaya konu olan işyeri ile ortak yerin ayrılmasına, ortak mülkiyet olan gayrimenkulün eski hale getirilmesini talep ettiği, tapu kayıtlarına göre taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulu olup, uyuşmazlığın çözümünde Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanacağı anlaşıldığından uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 5. Sulh Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 05/06/2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi

KAT MÜLKİYETİ • KAT İRTİFAKI • ORTAK GİDERLER • DAVADA GÖREV

ÖZET: Dava konusu binada kat mülkiyeti ve kat irtifakı kurulmadığı anlaşıldığından aidat ve ortak giderlere ilişkin davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir.

Y. 20 HD. E.2017/6387, K.2017/4983, T.5.6.2017

Dava, aidat alacağının tahsili istemiyle başlatılan takibe yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

17. Asliye Hukuk Mahkemesince, davanın Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan ortak gider alacağına ilişkin icra takibine itirazın iptali davası olup sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

5. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından ise taşınmazın halen arsa vasfı ile kayıtlı olduğu, kat irtifakı dahi kurulmadığı uyuşmazlığın çözümünde genel hükümlerin uygulanacağı, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulanma imkanının bulunmadığı gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 17/son maddesinde "Kat irtifakı kurulmuş gayrimenkullerde yapı fiilen tamamlanmış ve bağımsız bölümlerin üçte ikisi fiilen kullanılmaya başlanmışsa, kat mülkiyetine geçilmemiş olsa dahi ana gayrimenkulün yönetiminde kat mülkiyeti hükümleri uygulanır."

Ek-1. maddesinde ise "Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık sulh mahkemelerinde çözümlenir." hükümlerine yer verilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta dava, aidat ve ortak gider alacağına yönelik olup, dava konusu taşınmazda kat irtifakının kurulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanamayacağından davanın genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 17. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 05/06/2017 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BİRDEN FAZLA PARSEL ÜZERİNE KURULAN SİTELER

ÖZET: Dava konusu sitenin birden fazla parsel üzerine kurulu olduğu, toplu yapılara ilişkin özel hükümler uyarınca sitede henüz toplu yönetime geçilmediği anlaşıldığından, olaya Kat Mülkiyeti hükümleri değil özel hükümler uygulanmalıdır.

Y. 20 HD. E.2017/6759, K.2017/5950, T.29.6.2017

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkili şirketin yöneticisi olduğu sitede bulunan ve davalı borçlunun maliki olduğu gayrimenkule ilişkin birikmiş aidat borçlarından dolayı (2009 yılının Şubat, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz aylarına ilişkin birikmiş aidat borçları) müvekkil tarafından davalı aleyhine ... İcra Müdürlüğünün 2009/6600 Esas sayılı dosyası ile ilamsız takip yapıldığı, alınan takibe borçlu tarafından haksız ve kötü niyetli olarak itiraz edildiği, davalı borçlunun icra dairesine takip yapılan borca gecikme tazminatlarına, tahakkuk edilen faizlerine, ferilerine ve toplam borca itiraz ettiği, borçlunun icra dairesinin yetkisizliğine itiraz etmiş ise de yetkili icra dairesinin belirtilmediği, HUMK'nın 23. maddesine göre davalı borçlunun yetkili mahkemeyi açıkça beyan etmesinin gerektiği, aidat alacağının hem sözleşmeye davalı borç ilişkisi olduğundan hem de götürülecek borçlardan olduğundan her iki yönden de yetkili icra dairesinin ... İcra Dairesi olduğu bu sebeple borçlunun bu yöndeki itirazının yersiz olduğu, davalıya ait icra dosyasında da mübrez olan cari hesap ekstrelerinden ve kesinleşmiş işletme projesinden de görüleceği üzere davalının itirazının haksız ve kötü niyetli bu nedenle davalı borçlunun itirazının kaldırılarak takibe devam edilmesi gerektiği, takibe konu alacağın birikmiş aidat ve gecikme tazminatı toplamından ibaret olduğu davalının bu borcu Kat Mülkiyeti Kanununun 20. maddesinden tapuda tescilli yönetim planından kaynaklanmakta olup davalının bu borcunu ödemekten imtina edemeyeceği, ana taşınmazda herhangi bir nedenle oturan kimselerin ortak gider ve avans borçlarını ödemekle yükümlü ol-

duğu, kat malikleri kurulunca herhangi bir karar alınmamış veya işletme projesinin kat maliklerine tebliğ edilip kesinleşmemiş ya da hiç yapılmamış bulunmasının kat maliklerinin ortak gider borcunu ödeme sorumluluğundan kurtarmayacağı, davalının ayrıca ödeme emrinde yer alan aylık %5 gecikme tazminatına itiraz ettiğinin davalının bu itirazını kabul etmenin mümkün olmadığı çünkü Kat Mülkiyeti Kanununun 20. maddesinde gider ve avans payının tamamını ödemeyen kat malikinin ödemede geciktiği günler için aylık yüzde beş hesabıyla gecikme tazminatı ödemekte yükümlü olduğu gerekçeleriyle itirazın kaldırılması ile takibin devamı, %40'dan aşağı olmamak kaydıyla icra inkar tazminatına hükmedilmesi istenilmiş, mahkemece davaya konu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu ve Kat Mülkiyeti Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin 5711 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununun 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmakla uyuşmazlıkta, kat mülkiyeti hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerektiği gerekçeleri ile görevsizlik kararı verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK'nın 67. maddesine dayalı itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkeme ilk kararında davanın kabulüne hükmetmiş, davalı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 30.06.2014 tarih 2014/8986 Esas- 2014/11621 Karar sayılı ilamı ile "Dosya içindeki bilgi ve belgelerle, tapu kayıtlarının incelenmesinde; davaya konu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu ve Kat Mülkiyeti Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin 5711 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununun 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlıkta, kat mülkiyeti hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

Hukuki uyuşmazlıklarda asliye mahkemelerinin görevi asıl sulh mahkemesinin görevi ise istisnadır. Özel bir kanun hükmü ile açıkça sulh mahkemesinde bakılacağı bildirilmeyen bütün dava ve işler asliye mahkemesinde görülür. Bu durumda mahkemece; asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere dava dilekçesinin görev yönünden reddi yerine davanın esası hakkında karar verilmesi doğru görülmeyerek kararın bozulmasına karar verilmiş, mahkemece Yargıtay kararına uyulmuştur.

Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, yerinde görülmeyen temyiz

itirazlarının reddi ile usule ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine 29/06/2017 günü oy birliği ile karar verildi.

SİTE YÖNETİMİ • DAVADA GÖREV

ÖZET: Dava konusu sitenin birden fazla parsel üzerine kurulu olduğu ve sitede yasanın belirlediği toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşıldığından davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılacaktır.

Y.20 HD. E.2017/8758, K.2017/6822, T.25.9.2017

Dava, aidat alacağının tahsili istemiyle başlatılan takibe yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

Talebin kat mülkiyetli ana taşınmazdan bağımsız bölüm maliki davalının davacı site yönetimine aidat borcu olduğundan dolayı davalı malikin itirazının iptali istemine ilişkin olduğu, davaya konu taşınmazda kat mülkiyeti kurulmuş olup uyuşmazlığın Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanmak sureti ile çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

olduğu Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 10/10/2013 tarih ve 2013/13907 tarih ve 2013/13357 Karar sayılı ilamı ve 18. Hukuk Dairesinin 08/10/2013 tarih ve 2013/11218 Esas, 2013/13193 Karar sayılı ilamında ''...Dosya içindeki bilgi ve belgelerle tapu kayıtlarının incelenmesinden; davaya konu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu ve 5711 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununun 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen toplu yapılara ilişkin özel hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşıldığından uyuşmazlıkta Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri değil genel hükümler uygulanacağından görev hususunun da bu çerçevede belirlenmesi gerekir. Hukuki uyuşmazlıklarda, asliye hukuk mahkemelerinin görevi asıl, sulh hukuk mahkemelerinin görevi ise istisna olup özel bir kanun hükmü ile açıkça sulh hukuk mahkemesinde bakılacağı bildirilmeyen bütün dava ve işler asliye hukuk mahkemesinde görüleceğinden; mahkemece, davanın asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere dava dilekçesinin görev yönünden

reddi yerine işin esası hakkında karar verilmesi doğru görülmemiştir....” denildiği, görülmesi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Somut olayda talebin, davalı tarafından ödenmeyen aidat borcunun tahsili amacıyla yapılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerle, tapu kayıtlarının incelenmesinden; davaya konu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu ve 5711 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununa eklenen 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümlere göre sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlıkta Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerektiğinden görev hususu da genel hükümler çerçevesinde belirlenmelidir. Bu nedenle uyuşmazlığın, Datça Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle; 6100 sayılı HMK’nın 21 ve 22. maddeleri gereğince Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 25/09/2017 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KOOPERATİFİN TACİR SIFATI • DAVADA GÖREV

ÖZET: Kooperatifler tacir olmayan kişiler tarafından kurulan bir çeşit yardımlaşma ve dayanışma örgütleri olup, tacir sıfatları yoktur.

Davacı kooperatifin ve davalıların tacir olmadığı, uyuşmazlığın tarafların ticari faaliyetleriyle ilgili olmadığı, dikkate alınarak davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılmalıdır.

Y.20 HD. E.2017/8597, K.2017/7139, T.2.10.2017

Dava, tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir.

2. Asliye Hukuk Mahkemesince, dava taraflar arasındaki ticari alacaktan (cari hesap) kaynaklanan tapu iptali ve tescil isteminden ibarettir. Kooperatifin kendi borcundan dolayı; borçlu bulunduğu ... şirketine kooperatif aleyhine ... 19. İcra Dairesindeki 2015/12465 E. ve ... 19.İcra

Müdürlüğünün 2015/14771 sayılı dosyalarında yapılan takip nedeniyle davalı kooperatife ait dairenin kooperatif tarafından (kooperatif borcu nedeniyle) üzerine alınmayıp mal sahipleri üzerinde bırakılmasından dolayı tapu iptali ve tescil isteminden kaynaklanmakta olup, davacının diğer davalı Kooperatiften ticari alacağına dayandığı, davanın kaynağının cari hesap sözleşmesi olduğu, bu itibarla dava ticari davadır. Her ne kadar dava taşınmazın aynına ilişkin isede; talebin ticari borçtan dolayı tasarrufun iptali gibi değerlendirilmesi gerektiği, bu husus dikkate alındığında davacının davasının ticari dava olarak nitelendirilmesi gerektiği, her ne kadar davacı dava dilekçesinde ... Asliye Hukuk Mahkemesi olarak iş bu davayı açmış isede; davanın ticari dava olduğu, bu nedenle ... Ticaret Mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir..

1. Asliye Ticaret Mahkemesi ise dava mutlak ticari davalardan olmadığı gibi, tarafların sıfatı itibariyle de ticaret mahkemesinde görülmesini gerektirecek bir hal mevcut değildir. Dava esasen İ.İ.K.'nın 94/3 fıkrası gereğince açılan tapu iptali ve tescil davasıdır. Türk Ticaret Kanununda değil, İcra İflas Kanununda düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanununda sayılan mutlak ticari davalardan değildir. Yerleşik uygulama gereğince arsa sahibi ve müteahhit arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ticari dava sayılmaz. Zira sözleşmenin taraflarından biri olan arsa sahibi tacir değildir. Tacirler arasında gerçekleşmeyen ve ticari faaliyet kapsamında kalmayan eser sözleşmeleri de ticari dava sayılmaz. ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin nitelendirmesi kabul edilse dahi tasarrufun iptali davalarının ticari dava olmadığı konusunda tereddüt yoktur. Bilindiği üzere her iki tarafı tacir de olsa tasarrufun iptali davaları asliye hukuk mahkemelerinde görülür.

Bir hususa da temas etmek gerekir ki davacı şirket bu davayı, eser sözleşmesinin tarafı olan müteahhit namına hareket ederek açmaktadır. Açacağı davada en fazla alacağını tahsile yetecek miktarda hak ve alacağın borçlu adına tescilini isteyebilir. Yani mülkiyet hakkının doğrudan sahibi değildir. Davacı alacaklının bu davayı açmak için önce icra dosyalarında talep açarak yetki belgesi alması, yani hak sahibini temsil etmeye hakkı olduğunu belgelemesi gerekir. Bu durumda asıl davacı kooperatif-müteahhit olacağına göre davanın nitelendirmesi

buna göre yapılmalıdır. Yani davayı icra takibinde alacaklı taraf değil, borçlu taraf durumundaki ... Konut Yapı Kooperatifi açsaydı dava hangi mahkemede görülecek idiyse, şimdi de o mahkemede, yani asliye hukuk mahkemesinde görülmelidir. Unutmamak gerekir ki, kooperatifler tacir sıfatını taşımaz. Zira kooperatiflerin amacı ticaret yaparak kâr elde etmek

değildir. Kooperatifler daha çok tacir olmayan kişiler tarafından kurulan bir çeşit yardımlaşma ve dayanışma örgütleridir. Nitekim kooperatiflerin tacir olmadığına dair çok sayıda Yargıtay kararı mevcuttur. Yalnız, Kooperatifler Kanunundaki özel hüküm sebebiyle kooperatif ve üyesi arasındaki davalar ticaret mahkemesinde görülmektedir. Somut olayda bu türden bir dava bulunmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Somut olayda dava dilekçesinde özet olarak; davalılar arasındaki sözleşmeye istinaden ... ili, ... ilçesi, ... mah. ... mevkiinde kain tapunun 29 pafta, 281 ada, 144 parselde kayıtlı taşınmaz üzerinde inşa edilen yapının anahtar teslimi tamamlanması şartıyla yüklenici kooperatife satışı konusunda gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığını, bu sözleşmeye göre (A),(B), (C), (F), (G) ve (V) bloklarının tamamı ile (Y) blokta 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 ve 10 numaralı daireler ve (N) blokta 1 nolu daire olmak üzere toplam 70 dairenin yüklenici kooperatife bırakıldığını, kat mülkiyeti veya kat irtifakı tapularının arsa sahibi adına çıktığını, müteahhitlere kalan bağımsız bölümlerin kat irtifakı satışı da tapuda arsa sahipleri tarafından yapıldığını, davalılardan ...Konut Yapı Kooperatifi davacı şirkete olan yüklü miktardaki borcunu ödememek için bağımsız bölümleri arsa sahipleri üzerinden satarak mal kaçırdığını, davacı şirketin alacağını tahsil etmek için ... 19. İcra Müdürlüğünün 2015/12465 sayılı ve 2015/14771 sayılı dosyalarıyla takip başlattıklarını, kooperatife verilmesi gereken (B) blok 8 nolu bağımsız bölümün halen arsa sahibi ... üzerine kayıtlı olduğunu, sözleşmeye göre kooperatife bırakılması gereken 70 dairenin bır kısmı halen tapuda arsa sahipleri üzerinde olduğunu, kooperatife isabet etmesi gereken (A1), (F4), (E3), (C3) ve (C4) numaralı bağımsız bölümlerin arsa malikleri ... ... ve ... ... tarafından satıldığını, buna ilişkin tapu iptal istemleri saklı kalmak kaydı ile ... adına kayıtlı (B) blok 8 numaralı bağımsız bölüme ilişkin tapunun iptali ile davalı .... Konut Yapı Kooperatifi adına tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiş olup, davacı kooperatifin ve davalıların tacir olmadığı uyuşmazlığın tarafların ticari faaliyeti ile ilgili olmadığı ve uyuşmazlığın temelinde tapu iptal, tescil istemi olduğu anlaşılmakla, uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 02/10/2017 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KAT İRTİFAKININ KALDIRILMASI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Kat irtifakının kaldırılmasına ilişkin davaya Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılır.

Y. 20 HD. E.2017/9615, K.2017/8217, T.23.10.2017

Dava, kurulan kat irtifaklarının iptali ile kayıtlardan terkini ve ipoteğin kaldırılması istemine ilişkindir.

... 1. Sulh Hukuk Mahkemesi, HMK'nın 382. maddesinde çekişmesiz yargı işlerinin belirtildiği, ipoteğin kaldırılmasına ilişkin davaların çekişmesiz yargı olarak belirtilmediği, bu tür davalara bakmakla görevli mahkemelerin asliye hukuk mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.

... 4. Asliye Hukuk Mahkemesi ise Kat Mülkiyeti Kanununun 49. maddesinin üçüncü fıkrasına göre yapı ruhsatına göre vaziyet planına uygun olarak tamamlanamamış inşaatlarda kat irtifakının terkinine sulh hakiminin karar vereceğinin belirtildiği, HMK'nın 4. maddesinin (ç) bendeni göre kanunların sulh hakiminin görevlendirdiği davalara sulh hukuk mahkemesinin bakması gerektiğini belirttiği, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2014/13729 E. - 2015/1764 K. sayılı kararında bu yönde olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun "Kat irtifakının sona ermesi" başlıklı 49. Maddesinin üçüncü fıkrasında "Kat irtifakına konu olan arsa üzerinde, bu irtifakın kurulması sırasında verilen plana göre beş yıl içinde yapı yapılmazsa maliklerden birinin istemi üzerine, sulh hakimi, gerektiğinde ilgilileri de dinleyerek, duruma göre kat irtifakının sona ermesine veya belli bir süre için uzatılmasına karar verir.

Somut olayda, davacı vekili, ... ili, ... ilçesi, ... mahallesi, 1006 ada 2 sayılı parselde kayıtlı taşınmazın tapu müdürlüğünde kat irtifakı tesisine esas alınan 21/06/2005 tarihli yapı ruhsatına göre 30/07/2005 tarihinde onaylanmış olan vaziyet planına uygun olarak inşaatın tamamlanmamış olması nedeniyle kat mülkiyeti kanununun 49. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü gereğince kat irtifakının terkinine ve müvekkil banka lehine bağımsız bölümlerin arsa paylarına karşılık gelen arsa payları üzerine müvekkil banka ipoteklerin kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Dosya kapsamında uyuşmazlığın çözümünde 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanacağından davanın, ... 1. Sulh Hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 23/10/2017 gününde oy birliği ile karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ
•
BAĞIMSIZ BÖLÜM MALİKLERİNİN BORÇLARI

ÖZET: Kat mülkiyetine göre bağımsız bölümün mülkiyetini kazanan kişi, yönetim planında belirlenen tüm sorumlulukları üstlenmiş olur.

Bunun için; yönetim planının kendisine tebliğ edilmesi, kat malikleri kurulu toplantısına katılması, katılıp da muhalif kalması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Y.20 HD. E.2017/8980, K.2017/9136, T.9.11.2017

Davacı site yönetimi 26.01.2015 tarihli dilekçe ile; A blok 8 numaralı bağımsız bölüm maliki davalının siteye ait 2013 yılı Haziran, Temmuz ve Ağustos aylarına ait aylık 100.-TL'den toplam 300TL ortak gider alacağını ödemediğini, hakkında asıl alacak ve gecikme zammı olmak üzere toplam 345.-TL bedelli icra takibi başlatıldığını, davalının haksız itirazı üzerine takibin durduğunu belirterek itirazın iptali, takibin devamı ve %20 icra inkar tazminatı istemleriyle dava açmıştır.

Mahkemece; davalı hakkındaki icra takibinin dayanağının...Sitesi A Blok Apartmanı Kat Malikleri Olağan Genel Kurul toplantısında görevlinin önceki dönem ve bu tarihten sonraki dönem tazminatının belirlenip toplanması yönünde yönetim kuruluna yetki verilmesine ilişkin alınan kararına dayandırıldığı ancak yönetim kurulunun bu yönde alınmış bir kararı olmadığı gibi davacının bu yönde iddiasınında bulunmadığı, yönetim kuruluna verilen yetkinin keyfi uygulamalara sebebiyet veremeyeceği, verilen yetkiye dayanılarak bir karar alınması ilgili kat malikine tebliğ edilmesi ve itiraz hakkı tanınması gerektiği, usulüne uygun alınmış bir karar bulunmadığından Türk Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenen dü-

rüstlük kuralı gereğince davacının talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine miktar yönünden kesin olarak karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davalının ... ili, ... ilçesi, ... mahallesi ... ada 3 parselde bulunan kat irtifakı kurulu A blok 8 nolu mesken cinsli bağımsız bölümü 20.04.2005 tarihinde satın aldığı, anılan meskende davalının kiracısının bulunduğu, siteye ait aidat giderlerinin düzenli olarak kiracı tarafından ödendiği, 30.05.2013 tarihli...Sitesi A Blok Apartmanı Kat Malikleri Olağan Genel Kurul toplantısında sitenin bakım onarım, demirbaş alımı vb. ile görevlinin önceki dönem ve bu tarihten sonraki dönem tazminatının belirlenip toplanması yönünde yönetim kuruluna yetki verilmesine yönünde kararlar alındığı, davalının 2013 yılı Haziran, Temmuz ve Ağustos aylarına ilişkin aylık 100.-TL'den toplam 300.-TL demirbaş (görevli tazminatı) giderini ödemediği, bunun üzerine 23.10.2013 tarihinde davalı hakkında ... 8. İcra Müdürlüğünde 2013/8446 esasta 300.-TL asıl alacak %5 gecikme zammı olmak üzere toplam 345.-TL alacak üzerinden icra takibi başlatıldığı, davalının itirazı üzerine takibin durduğu, davacı siteninde eldeki davayı açtığı, siteye ait yönetim planının 12/c maddesinde "siteye ait bakım onarım , yönetici maaşı, sigorta primleri vb. ortak giderlere kat maliklerinin arsa payı oranında katılmakla yükümlü olduklarının" belirtildiği anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesi hükmü uyarınca bağımsız bölümün mülkiyetini başlangıçta veya sonradan kazanan kişi tüm kat maliklerini, onların cüzi ve külli haleflerini bağlayan ana sözleşme niteliğinde olan yönetim planında malik için öngörülen tüm sorumluluk ve yükümlülükleri üstlenmiş olur, yönetim planlarının ayrıca tebliğine gerek yoktur.

Diğer taraftan Kat Mülkiyeti Kanununun 20/1 fıkrasında "Kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça: a) Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak; b) Anagayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür" hükmüne yer verilmiştir.

Anılan yasal düzenleme ve siteye ait yönetim planının 12/c maddesi uyarınca kat malikleri anagayrimenkulün ortak giderlerine katılmakla yükümlüdürler. Yargıtayın kararlılık kazanan uygulamalarına göre, kat malikleri kurulunca herhangi bir karar alınmamış veya işletme projesi

kat maliklerine tebliğ edilmemiş, veya tebliğ edilip kesinleşmemiş olması, davalının kat malikleri kurulu toplantısına katılmaması, katılıp da muhalif kalması, kat maliklerinin ortak yaşam yeri olan apartman işlemlerinin sağlıklı yürütülebilmesi için kat malikini ve onların bağımsız bölümünde kira sözleşmesine veya başka bir nedene dayanarak oturanları ortak gider borcunu ödeme sorumluluğundan kurtarmaz. Her kat malikinin ana taşınmazın yönetimi ve bakımı için aidat ödemesi gerektiğine dair teamülün idrakinde bulunduğu gerçeği de gözetilerek haklı ve yasal bir sebep olmadığı halde bu ödemeden kaçınması , her şeyden önce her hukuki ilişkide varlığı vazgeçilmez bir unsur olan iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Hal böyle olunca Kat Mülkiyeti Kanununun 20/1 maddesi ve siteye ait yönetim planının 12/c maddesi karşısında icra takibine konu ortak gider alacaklarından olan demirbaş (görevli tazminatı) giderinden davalı malik sorumlu olduğu halde dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK'nın 427. maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına **BOZULMASINA** ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın **YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINA GÖNDERİLMESİNE** 09/11/2017 gününde oy birliği ile karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • FAYDALI İŞLER • KARAR NİSABI

ÖZET: Faydalı ve yenilik kapsamındaki işlerin yapılması için Kat Mülkiyeti Kanununun 62. maddesinde belirlenen sayı ve arsa payı çoğunluğunun karar vermesi gerekir.

Y.20 HD. E.2017/9639, K.2017/10561, T.14.12.2017

Davacılar vekili dava dilekçesinde;... Sitesinin 7 Blok 133 bağımsız bölümden oluştuğunu, yönetim planına göre 7 adet blok yöneticiliğinin ve tüm blok yönetim temsilcilerinin bulunduğu 21 kişilik toplu yapı temsilciler kurulu ve 3 kişilik toplu yapı yönetiminin bulunduğunu, toplu yapı temsilciler kurulunun 08/02/2015 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca tüm kat maliklerinin 15/03/2015 tarihli olağanüstü toplantıya çağ-

rıldığını, bu toplantıda 133 kat malikinden 67 asil, 32 vekaleten olmak üzere 99 kat malikinin katılımı sonrası 57 evet 36 hayır oyu ile siteye mantolama yapılmasına karar verildiğini, bu kararın KMK'nın 42. maddesi kapsamında faydalı işlerden kabul edilecek olursa tüm kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile alınması gerektiğini, karar nisabının gerçekleşmediği, ayrıca tüm kat maliklerinin bir bütün olarak toplanmasına ilişkin yönetim planında bir hüküm yer almadığını, diğer yandan toplantıda mantolamanın nasıl yapılacağı hususunun tartışılmamasına ve yönetim kuruluna bu hususta yetki verilmemesine rağmen komisyon kurulup teklif alınarak her bir kat malikine bir anda ödenmek üzere 5.900.-TL borç yüklenmesinin kabul edilemeyeceğini belirterek dava devam ederken kararın uygulanması halinde doğacak olan zararların giderilmesinin mümkün olmadığından tedbir kararı verilmesi ve 15/03/2015 tarihli toplantıda alınan kararların iptalini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, tüm kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğunun sağlanmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile 15.03.2015 tarihli ... Sitesi genel kurulunda alınan kararların iptaline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından reddolunan birleştirilen davaya ilişkin olarak temyiz edilmiştir.Dava, olağanüstü kat malikleri kurul kararının iptali istemine ilişkindir. İncelenen dosya kapsamına, kararın dayandığı gerekçeye ve faydalı yenilik kapsamındaki işlerin yapılması için Kat Mülkiyeti Kanununun 42. maddesindeki hükme göre sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karar verilmediğinden alınan kararların iptaline karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine14/12/2017 günü oy birliği ile karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • BAĞIMSIZ BÖLÜME ASILAN TABELA

ÖZET: Bağımsız bölüme asılmış olan tabelanın davalının bağımsız bölümünün dış cephesini taşmayacak ve işyerinin niteliğine uygun şekilde diğer malikleri rahatsız etmeyecek şekilde asılması yolunda bir çözüm bulunmalıdır.

Y. 20 HD. E.2017/8767, K.2017/10335, T.11.12.2017

Davacı vekili dava dilekçesinde; davalının 2009 yılı Temmuz ayında han yönetimince herhangi bir karar alınmadan Kat Mülkiyeti Kanununun 19. maddesine aykırılık teşkil edecek ve diğer kat maliklerinin haklarına tecavüz edecek şekilde tabela astığı, diğer kat maliklerinin de yine bina-

nın mimarisini bozacak şekilde tabela düzenlemesi yaptıkları, davalıların yapmış oldukları düzenlemeye müdahale edilerek, durumun kat maliklerinin payları oranında ve mimari estetiğe uygun olarak düzenlenmesi istenilmiş, ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2009/2164 Esas- 2014/73 Karar sayılı ve 28/01/2014 tarihli kararıyla davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi sonucu Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2014/5927 Esas- 2014/10979 Karar sayılı ilamıyla "...Yargıtay uygulamalarında yönetim planı ve kat malikleri kurulu kararıyla konulmuş bir yasaklama bulunmaması halinde işyerini tanıtma ve reklam amacıyla bina cephesine binanın dış görünümünü ve estetiğini bozacak şekilde abartılı boyutlarda olmamak ve de ait olduğu bağımsız bölümün dış cephe sınırlarını aşmamak kaydıyla tabela ve reklam panosu asılabileceği kabul edilmektedir.

Mahkemece Kat Mülkiyeti Kanununun 33. maddesinde de öngörülen hakkaniyet kurallarına, yönetim planında öngörülen koşullara ve yukarıda değinilen ilkelere göre davacı tarafa verilen rahatsızlığı gideren ve davalının işyerini tanıtıcı tabelanın asılabileceği -davalının dış cephe mülkiyet sınırlarını aşmayan - uygun yerin bilirkişi incelemesi yaptırılarak tespit ettirilip ölçekli bir krokiye de bağlanmak suretiyle alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçelerle davalıya ait tabelanın tamamen kaldırılmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir" denilerek hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmasına ve davanın kabulü ile, davalı ... Markete ait ..., Merkez mahallesinde, 1994 ada 20 parsel nolu taşınmaz üzerinde bulunan binanın ortak kısmında bulunan dava konusu tabelanın davalı tarafça; binada ön cephede 2 bağımsız bölüm kullanan davalı ... için diğer tabela grubu hizasında marketin cephesini taşmayacak ve 1,00 m x 2,00 m ölçülerinde, ek bilirkişi raporuna ekli krokide gösterildiği şekle getirilmesi suretiyle müdahalesinin önlenmesine, bunun için davalı tarafa KMK'nın 33. maddesi gereği 15 günlük süre verilmesine, karara ek raporda bulunan krokinin eklenmesine, karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, müdahalenin men'i istemine ilişkindir.

Mahkemece bozmaya uyulmuşsa da, gereği tam olarak yerine getirilmemiştir.

Yargıtayın bozma kararlarına karşı direnme hakkı yasalarımıza göre mahkemeye verilmiş olup, mahkemece bozmaya uyulduktan sonra boz-

ma gereklerinin yerine getirilmesi zorunludur. Bu bağlamda hakim, uyduğu bozma ilamının gereğinin eksiksiz yerine getirilip getirilmediğini denetlemekle görevlidir.

Şöyle ki;

Bilirkişi raporu ile tespit edildiği üzere binanın cephe uzunluğunun 30 m. olduğu, davalının bağımsız bölümünün dış cephesinin ise 14.30 m. olduğu anlaşılmakla davalının bağımsız bölümünün dış cephe sınırlarını aşmamak kaydıyla tabela ve reklam panosu asabileceği, yönetim planında da bu hususta hüküm bulunduğu Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2014/5927 Esas- 2014/10979 Karar sayılı ilamında da bu durumun belirtildiği dikkate alınarak mahkemece dava konusu tabelanın anılan ilkelere ne derecede aykırı olduğu gerekçelendirilmeden, hangi standartlarla ve ölçülerle bu hususun kabul edildiği yönünde yeterli gerekçe içermeyen bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması yanlış olup davalının bağımsız bölümünün dış cephesini taşmayacak ve dava konusu işyerinin niteliğine uygun diğer malikleri de rahatsız etmeyecek şekilde çözüm bulunması gerekirken, bozma ilamındaki hususlar tam ve eksiksiz yerine getirilmeden hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** Yargıtaydaki duruşma tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 1.480,00.-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak kendisini vekille temsil ettiren davalıya verilmesine, temyiz harcının istek halinde iadesine 11/12/2017 günü oy birliği ile karar verildi.

KAT MÜLKİYETİ • HASAR SİGORTACISI • RÜCU DAVASI • DAVADA GÖREV

ÖZET: Kat mülkiyetine tabi olan dairede meydana gelen hasar sebebiyle tazminat ödeyen sigorta şirketinin sorumlusuna açacağı rücu davasına Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılacaktır.

Y. 20 HD. E.2017/7927, K.2017/10388, T.11.12.2017

Dava, sigorta poliçesinden kaynaklanan rücuan tazminat istemine ilişkindir.

... 3. Asliye Hukuk Mahkemesince, davaya konu taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulu olduğu, uyuşmazlığın Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre çözülmesi gerektiği gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

... Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından ise uyuşmazlığın sigorta işleminden kaynaklandığı gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Somut olayda uyuşmazlık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1472/1. maddesi uyarınca, sigorta şirketi tarafından sigortalısına ödenen tazminatın, kusurlu olan davalıdan rücuen tahsiline ilişkindir. TTK'nın 1472/1. maddesinde düzenlenen halefiyet, yasal, sınırlı ve cüz'î halefiyet niteliğindedir. Bu maddeden doğan halefiyet hakkına istinaden açılan veya açılacak olan dava, esas itibariyle sigortalının, kendisine zarar verene karşı açacağı tazminat davasının, onun halefi sıfatıyla sigortacı tarafından açılmasıdır. TTK'nın 1472/1. maddesi uyarınca sigortacı, sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta ettiren yerine geçer ve dava, tazmin ettiği bedel nisbetinde sigortacıya intikal eder. Bu şekilde sigortalısının haklarına halef olan sigorta şirketinin, ödediği tazminat miktarınca hukuken sigortalı yerine geçerek açtığı rücû davası, aslında bir tazminat davası olup, bu niteliği itibariyle aynı zamanda şahsî nitelikte bir eda davasıdır. Burada sigortacı, sigorta ettiren yerine geçtiği için şahsî ve rücûu ödediği bedelle sınırlı olduğundan dolayı da cüz'î haleftir. Sigortacının, sigortalıya ödediği tazminat oranında sigortalının yerine geçeceği ve onun kanunî halefi olacağı, ilke olarak 31.03.1954 gün ve 1953/18 E. - 1954/11 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtilmiştir. 17.01.1972 tarih ve 1970/2 E. - 1972/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında

da sigortacının, zarara sebebiyet veren aleyhinde açtığı rücû davasının, kanundan doğan halefiyete dayandığı ve halef olanın, halefiyet yolu ile nasıl bir hak iktisap etmiş ise o hakka sahip olacağı vurgulanmış; velhasıl sigorta ettirenin ne hakkı varsa bunların, şartları gerçekleşince sigortacıya geçeceği; sigortacının, sigorta ettirenin bütün def'ilerini üçüncü şahsa karşı ileri sürebileceği gibi eylemin haksız fiilden kaynaklandığı açıktır.

Somut olayda, davacı vekili, sigortalısı İsmail Karaaslan yurtdışında iken, dairesinin bulunduğu ve üst kattaki iki daire ile ortak kullanımda olan müşterek mutfak giderinin tıkandığı geri tepen suların sigortalı dairenin içerisine sirayet ettiği ve daireye zarar verdiğini, söz konusu zararın müvekkil şirket tarafından karşılandığını ileri sürerek giderin tıkanmasıyla oluşan zararın rücuen diğer maliklerden tahsilini talep etmekte olup, Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanma olanağı bulunmadığı, genel hükümlere göre çözümlenmesi gerektiği anlaşılmakla uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 11/12/2017 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BİRDEN FAZLA PARSEL ÜZERİNDEKİ SİTELER
•
DAVADA GÖREV

ÖZET: Tapu müdürlüğünden gelen cevapla dava konusu taşınmazların birden çok ada ve parsel üzerine kurulduğu anlaşıldığından, olaya kat mülkiyeti hükümlerinin değil genel hükümlerin uygulanacağı dikkate alınmalıdır.

Y.20 HD. E.2017/9987, K.2017/10770, T.19.12.2017

Davacı dava dilekçesi ile, davalınında imzasının bulunduğu, onay verdiği, 27/04/2014 tarihli site genel kurulunda alınan 4. maddedeki karar ile, site içindeki davalının da bir adet bulunan evlerinin inşaatının bitirilmesi için verilen yetkiler doğrultusunda yönetim kurulunca alınan 03/07/2014 ve 08/07/2014 tarihli kararları gereğince ilgili firma ile sözleşme imzalan-

dığını, davalının payına isabet eden ortak gider alacağı ödenmediğinden hakkında ... 4. İcra Dairesinin 2014/10632 Esas sayılı dosyası ile icra takibi başlatıldığını, davalının itirazı üzerine takibin durdurulduğunu, icra takibindeki alacağın kesinleşmiş kat malikleri kurulu kararına dayandığını, bu nedenle itirazın iptaline ve takibin devamına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece kat irtifakı kurulan sitede 27.04.2014 tarihinde kat malikleri kurulu toplanmış ve genel olarak taşınmaz ve ortak alanların onarımı ile ilgili görüşme sağlandığı, görüşme neticesinde sitenin taşınmaz ve ortak alanlarda onarım işlerinin yapılması amacıyla, bu husustaki tekliflerin incelenmesi ve tekliflerin site yönetim kuruluna iletilmesi için 8 üyeli bir inşaat/tadilat komisyonu kurulduğunu, genel kurul toplantısında daire başı toplam 38.500 TL bedel konusunda ön anlaşma yapıldığını, detay ve sözleşme ekinin komisyon tarafından daha sonra görüşülerek yönetimce imzalanacağının kararlaştırıldığını, ancak 8 kişilik komisyondan sadece 4 kişi imzalayıp diğerlerinin hukuka aykırı buldukları gerekçesiyle ihtar keşide ederek imzalamadıklarını, bu haliyle komisyonun imzalamamasına rağmen site yönetiminin sözleşmeyi imzalayarak genel kurulda alınan ve kat irtifakı sahiplerinin rızası olan karara aykırı davranılıp yetki gaspı yapıldığını ve kat irtifakı üyelerinin rızasının bulunmadığı bir sözleşme uyarınca borçtan sorumlu olmaları düşünülemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dava ortak gider alacağına ilişkin icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir.Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, dava konusu taşınmazların tapu müdürlüğünden gelen yazıyla anlaşıldığı üzere birden çok ada ve parsel üzerinde (115 ada 2, 115 ada 3, 114 ada 4 parseller) kurulu olduğu anlaşılmakla, öncelikle görev hususunun değerlendirilip, uyuşmazlıkta Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekeceği düşünülerek, buna göre görev hususu da genel hükümler uyarınca belirlenmelidir.

Hukuki uyuşmazlıklarda asliye hukuk mahkemelerinin görevi asıl, sulh hukuk mahkemesinin görevi ise istisnadır. Özel bir kanun hükmü ile açıkça sulh hukuk mahkemesinde bakılacağı bildirilmeyen bütün dava ve işler asliye hukuk mahkemesinde görülür. Bu nedenle mahkemece, genel hükümlere göre asıl görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, esas hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle taraf vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, Yargıtaydaki duruşma tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 1.480,00.-TL vekalet ücretinin davalılardan alınarak kendisini vekille temsil ettiren davacıya verilmesine, temyiz harcının istek halinde iadesine 19/12/2017 günü oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

ASIL İŞVEREN • ALT İŞVEREN • İŞ KAZASI
•
MÜTESELSİL SORUMLULUK

ÖZET: İş kazasından doğan maddi ve manevi zarardan asıl işveren ve alt işveren birlikte müteselsil olarak sorumludurlar.

Bunlardan sadece birine karşı dava açılabilir.

Y. 21 HD. E.2016/20337, K.2017/6431, T.18.9.2017

1- Dava 14.11.2010 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarını giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davacı lehine 14.985,72 TL maddi ve 10.000 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Dosya kapsamındaki belgelerden, davacının 14.11.2010 tarihinde bina inşaatında balkon korkuluk demirlerinin montajı işinde çalışırken, oda içerisinden balkona doğru yaklaşık 6 metre uzunluğundaki çelik profili uzatması neticesinde, inşaatın yakınından geçmekte olan elektirik hattının çelik profil ile ark yapması neticesinde, davacının %18 oranında iş gücü kaybına uğrayacak şekilde malul kaldığı, olayın SGK tarafından iş kazası kabul edildiği, mahkemece hükme esas alınan kusur bilirkişi raporunda davalının %30 müterafik kusuru ile dava harici alt işveren ... Şirketinin %40, davacının ise %30 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiği anlaşılmıştır.

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 işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. 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

Bu açıklamalar ışında somut olayda, davaya konu iş kazasının gerçekleştiği bina inşaatının yapımının müteahhit olarak Davalı ... tarafından üstlenildiği ve Belediye tarafından 16.06.2010 tarihinde Yapının Kullanma İzin Belgesinin düzenlendiği anlaşılmaktadır. Davalı taraf, inşa edilen dairelerin kaza tarihinden önce kat maliklerine teslim edildiğini, kazanın gerçekleştiği dairenin ise dava harici ...'a ait olduğunu, bu şahsın balkon

korkuluğu işini davacının çalıştığı alt işveren ... Şirketine verdiğine yönelik iddiada bulunduğu, aynı zamanda Davacı tarafından aynı iş kazası ile ilgili ... Elektirik Dağıtım A.Ş.'ne karşı ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2015/877 Esas sayılı dosyasında dava açtığı anlaşılmaktadır.

Bu halde Davalı ...'ın asıl işveren sıfatının bulunup bulunmadığı ile kusur oranlarının aidiyeti hususunda uyuşmazlık bulunduğu açıktır.

O halde Mahkemece yapılacak iş, 16.06.2010 tarihli Yapı Kullanım İzin Belgesinden sonra Davalı ...'ın kazanın gerçekleştiği inşaatta faaliyetine devam edip etmediğine ilişkin, inşaatın ve özellikle iş kazasının gerçekleştği bağımsız bölümün kat maliklerine tapuda devredilmek suretiyle intikalinin sağlanıp sağlanmadığı, kazanın gerçekleştiği bağımsız bölümde, su, elektirik, telefon vb. abonelik kayıtları getirtilmek suretiyle ve tarafların ibraz edeceği deliller birlikte değerledirilmek suretiyle, fiilen kaza tarihinde kat maliki tarafından kullanılıp kullanılmadığı açıklığa kavuşturularak, davalı ...'ın asıl işveren olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı yönünde bir karar vermekten ibarettir.

2- İnsan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu olay tarihinde yürürlükte bulunan İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğudur. Bu kapsamda işveren özen yükümlülüğü kapsamında alması gereken önlemleri almamış ve bu nedenle de zararlandırıcı bir olay meydana gelmiş ise akti yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin bu zarardan sorumlu tutulacağı tartışmasızdır. Fakat işverinin almadığı yada eksik aldığı bu önlemler ile zararlandırıcı olay arasında nedensellik olması esastır. Diğer bir ifade ile eğer zararlı netice ile işverence hiç alınmayan yada eksik alınan önlemler arasında doğrudan bir bağ kurulamıyor ise bu zararlı neticeden işverenin sorumlu tutulması doğru olmayacaktır. Aksinin kabulü işverenin oldukça geniş sınırlar içeren akti sorumluluğunun sınırlarının dahada genişletilmesi olur ki bu kabul edilebilir bir hal değildir. Yine kaza ile işverence alınmayan önlemler arasında uygun illiyet bağının bulunması da işverinin sorumluluğu için esastır.

Bu açıklamalar ışığında kusur oranlarının doğru şekilde tespiti açısından aynı olayla ilgili ... Elektirik Dağıtım A.Ş.'ne karşı açılan dava dosyasının, iş bu dava dosyası arasına getirterek, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman 3 kişilik bilirkişi heyetine konuyu yukarıda açıklandığı biçimde incelettirmek, tarafların dosyada mevcut kusur raporlarına itirazları da gözetilerek, tarafların kusur oranlarını belirler şekilde yönte-

mince rapor almak, alınan raporu, mevcut delillerle birlikte değerlendirmek ve buna göre karar vermekten ibarettir.

3- Yukarıda da işaret olunduğu üzere, 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.

Somut olayda dava ve ıslah dilekçesinde davacının açıkça müşterek müteselsil sorumluluğa dayandığı halde, mahkemece sadece davalı ...'a isabet eden %30 oranındaki kusur üzerinden tazminata hükmedilmesi ve alt işverene isabet eden %40 oranındaki kusur yönünden talebin hüküm harici bırakılması hatalı olmuştur.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmadan, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, taraf vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve bu aşamada temyiz itirazlarının sair yönleri incelenmeksizn hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenle taraf vekillerinin sair temyiz itirazları incelenmeksizin **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 18.09.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • TEDAVİ GİDERLERİ
•
ANNE VE BABA İÇİN MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: İş kazasından doğan tedavi giderlerinden işveren değil SGK sorumludur.

İş kazasına maruz kalan işçinin anne ve babası için ağır bedensel zarar yoksa manevi tazminata hükmedilmemelidir.

Y.21 HD. E.2016/3326, K.2017/6417, T.18.9.2017

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, kanuni gerektirici nedenlerle temyiz kapsam ve nedenlerine göre; davalı ... vekilinin tüm, davalı ... miraşçıları vekilinin ise aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, zararlandırıcı olay sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının ve yakınlarının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacı sigortalı lehine 45.838,57 TL maddi tazminat, 1.368,94 TL tedavi gideri ile 15.000,00 TL manevi tazminat ile davacı anne ve babanın her biri lehine ayrı ayrı 3.000,00 TL manevi tazminatın yargılama sırasında vefat eden davalı işveren ... mirasılarından müştereken ve müteselsilen tahsiline, birleşen davada davalı ... aleyhine açılan iş kazası tespit davası hakkında ise karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden; davacı sigortalı ...'in yargılama sırasında vefat eden davalı ...'e ait torna atölyesinde çalışırken 11.09.2002 tarihinde iş kazası geçirerek sağ gözünden yaralandığı, sürekli iş göremezlik oranının %18 olarak tespit edildiği, yargılama sırasında SGK tarafından olayın iş kazası olarak kabul edildiği, olayın gerçekleşmesinde davalının %80, davalının işçisi ustabaşının %20 kusurlu olduğu davacının ise kusurunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Zararlandırıcı olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanununun 47. maddesine göre manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı eylem nedeniyle üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Hal böyle

olunca doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan yalnızca maddi sağlık bütünlüğü ihlal edilen kişi midir? Zarar kavramına (B.K. 46 ve 47) ruhsal bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhsal ve sinirsel bütünlüğün de korunduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse, bir kişinin cismani zarara uğraması sonucunda, onun (ana, baba, karı, kocave çocuklar gibi) çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır şekilde bozulmuşsa, onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Nitekim, kaza sonucu ağır yaralanan ve 2 kez ameliyata rağmen iyileşmeyen çocuklarının durumu sebebiyle ruhsal bütünlüğü bozulan anne ve babanın (H.G.K. 26.4.1995 gün ve 1995/11-122, 1995/430) ve haksız eylem sonucu ağır yaralanan ve iktidarsız kalan kocanın karısının manevi tazminat isteyebileceklerine (H.G.K. 23.9.1987 gün ve 1987/9-183 1987/655) ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları aynı esaslara dayanmaktadır.

Dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56.maddesi ile bu konu yeniden düzenlenmiş olunup özetle "ağır bedensel zarar ya da ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar para ödenmesine karar verilebileceği" hükmü getirilmiştir. Bu yeni düzenlenme ile 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlülük zamanında içtihatlarla düzenlenen husus yasa koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmuş ve yaralanan sigortalının yakınlarının manevi tazminat davası bakımından haksahipliği durumu ön şartı olarak "ağır bedensel" zarar koşulunu getirmiştir.

Somut olaya gelince; zararlandırıcı olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu ile dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, yukarıda açıklanan ilkeler ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları ışığında, iş kazası nedeniyle sağlık bütünlüğü bozulan sigortalının manevi tazminat talep etme hakkının bulunduğu açık olmakla beraber; olayın özelliğine, yaralanmanın niteliğine, meslekte kazanma gücündeki kayıp oranına ve özellikle sigortalının yaralanmasının ağır bedensel zarar oluşturmamasına göre davacı anne ve baba lehine manevi tazminat verilemeyeceğinin anlaşılması karşısında davacı anne ve babanın manevi tazminat istemlerinin reddine karar vermek gerekirken; kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

3- Aynı zamanda iş kazası nedeniyle davacı tarafça yapılan tedavi giderinden işverenin sorumluluğunun belirlenmesinde hataya düşüldüğü görülmektedir.

Gerçekten sarf tarihinde yürürlükte bulunan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası; iş kazası nedeniyle işverenin sigortalısına karşı, işe Kurumca el konuluncaya kadar sağlık yardımlarını yapma ve vizite kağıdı düzenleme dışında bir yükümlülüğünü hükme bağlamamıştır. Aksine, iş kazasının oluşumundan itibaren her türlü sağlık yardımları ile Kurumun sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Sözü edilen Yasanın iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun getiriliş amaç ve nedeni; sigortalıların belirtilen türde bir zararla karşılaşmaları halinde, onları doğrudan koruma altına alma ve kendilerine yardım yapacak Kuruluşu belirlemektir. Bu duruma göre, bir iş kazası nedeniyle, sigortalının başvuracağı mercii kendisini bu yönden güvenceye alan, Kurum ve onların sağlık kuruluşlarıdır. İşveren, bu tür zararlandırıcı olayların meydana gelmesi durumlarında; artık sigortalısına karşı muhatap olmaktan çıkar, kurum doğrudan devreye girer. Esasen işveren de belirtilen sigorta kolu nedeniyle Yasanın belirlediği orandan prim ödemek ve ayrıca koşulları varsa, Kurumun yaptığı harcamaları kuruma geri vermekle sorumlu tutulmuştur. Bu nedenle, gerek sigortalı ve gerekse işveren, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan birbirlerine karşı değil, doğrudan Kuruma karşı sorumludurlar.

Belirtilen nedenlerle, davalı işverenin tedavi giderlerinden sorumlu tutulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Bu açıklamalar doğrultusunda mahkemece yapılacak iş, davacı anne ve baba lehine manevi tazminat isteminin reddi ile davalı işverenin tedavi giderlerinden sorumlu olmadığı gözetilerek bu istemin de reddine karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalılar vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılardan ... Mirasçılarına iadesine, 18/09/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KASTI • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: İşyerinde çalışırken silahlı saldırı sonucu hayatını kaybeden işçinin maruz kaldığı iş kazasında, işverene kusur verilemez.*

Y. 21 HD. E.2017/3011, K.2018/204, T.16.01.2018

Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu vefat eden sigortalının eş ve çocuğunun maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacı eşin maddi tazminat isteminin reddine, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, davacı çocuğun maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar erilmiştir.

Dosya kapsamından 26.09.2012 tarihinde üçüncü kişinin kasıtlı eylemi nedeniyle meydana gelen iş kazası sonucu vefat ettiği anlaşılmaktadır.

Gerek mülga BK'nun 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı TBK'nun 56. maddesinde hakimin bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi zarar adı ile ödenmesine karar verebileceği öngörülmüştür. Hakimin manevi zarar adı ile zarar göre verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde edilmek istenilen tatmim Duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkca gösterilmiştir. Bunhar her olaya göre edğişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

---

* Gönderen Av. Gökhan Türkoğlu

Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararla orantılı, duulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları yaranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK. 23.6.2004, 13/291-370)

Bu ilkeler gözetildiğinde, davacılar yararına ayrı ayrı hükmedilen 60.000,00 TL manevi tazminat tutarları azdır.

3- Davalı işveren Basın İlan Kurumu vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Dosya kapsamındaki kayıt ve belgelerden; şube müdürü olarak görev yapmakta olan davacılar murisinin kontrol hizmetleri bölümünde şef yardımcısı olarak görev yapan DÖ. ve Kontrol kurulu üyesi B.A. ile davalı A.U.'ın sahibi olduğu gazeteyi denetlemek için olay yerine gittiklerinde davalı A.U.'ın davacılar murisi R.B.'ı ve D.Ö.'i silahla ateş etmek suretiyle öldürdüğü, hükme esas alınan kusura ilişkin bilirkişi raporunda olayın meydana gelişinde %80 oranında davalı A.U.'a, %20 oranında davalı işveren Bakın İlan Kurumu'na kusur izafe edildiği ve davalı işverenin hükmedilen tazminatlardan müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık, meydana gelen iş kazasında sorumluluğun tespiti noktasında toplanmaktadır.

Geniş anlanıyla sorumluluk kavramı, bir kişinin başka bir kişiye verdiği zararları giderme yükümlülüğü olarak açıklanmıştır. Hukuki anlamda sorumluluk ise, taraflar arasındaki borç ilişkisinin zedelenmesi sonucu doğan zararların giderilmesi (tazmin edilmesi) yükümlülüğünü içerir.

İşçi ve işverenin hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sıkı iş ilişkisi, işçi yönünden işverene içten bağlılık (sadakat borcu), işveren yönünden işçiyi korumak ve gözetmek borcu şeklinde ortaya çıkar. Gerçekten işçi, işverenin işi ve iş yeri ile ilgili çıkarlarını korumak, çıkarlarına zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak, buna karşı işveren de, işçinin kişiliğine

saygı göstermek, işçiyi korumak, iş yeri tehlikelerinden zarar görmemesi için iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak, işçinin özlük hakları ve diğer maddi çıkarlarının gerektirdiği uygun bildirimlerde ve davranışlarda bulunmak, işçinin çıkarına aykırı davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.

Sanayi ve teknolojideki gelişmeler, yeni işletmelerin açılması, fabrikaların kurulması iş yerlerindeki makinalaşmanın artmasına yol açmış, bu durum iş kazaları ile meslek hastalıklarında artışlara neden olmuştur. Bu gelişme, iş yerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin daha etkili şekilde alınması gereğini ortaya çıkarmıştır.

İşveren, gözetme borcu gereği, çalıştırdığı işçileri, iş yerinde meydana gelen tehlikelerden korumak, onların yaşam, bedensel ve ruhsal sağlık bütünlüklerini korumak için iş yerinde teknik ve tıbbi önlemler dahil olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı tüm önlemleri almak zorundadır.

Anayasanın 17. maddesinde "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokulanamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz." hükmü getirilerek yaşama hakkı güvence altına alınmış, bu yasal güvencenin yaşama geçirilmesinde İş ve Sosyal Güvenlik Mevzuatında da işçilerin korunması, işin düzenlenmesi, iş güvenliği, sosyal düzen ve adaletin sağlanması düşüncesi ile koruyucu bir takım hükümler getirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinde "İş sahibi, aktin özel halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaza ve münasıp ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.

İş sahibinin yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur." hükmü düzenlenmiştir.

Yasa koyucu 818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinin karşılığını 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin 2. fıkrasında düzenlemiştir.

Anılan fıkrada "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli olan her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür." hükmü yer almaktadır.

Bu fıkraya göre, işverenin, işçinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir. Burada işverenin özellikle iş kazalarına karşı gerekli önlemleri alma yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre işverinin hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve iş yerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür."

Aynı maddelere paralel olarak, 4857 sayılı İş Kanununun "İşverenlerin ve İşçilerin Yükümlülükleri" kenar başlıklı 77. maddesini 1. fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu fıkraya göre "İş verenler iş yerlerindeki 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."

Bundan başka işverne, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer.

Bu önlemler konusunda işveren iş yerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten, çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverinin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir.

Nitekim, günümüzde gelişen sanayi ve teknoloji karşısında yukarıda açıklanan hükümler yeterli görülmemiş, insan yaşamının kutsallığı çerçevesinde işverenin, iş yerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak

için gerekli olanı yapmak ve hu hususdaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu 4857 sayılı İş Kanununun 77. maddesinin açık buyruğu iken, İş Kanununun 77. ve devamı bir kısım maddeler 30/06/2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 37. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olup, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini alma yükümlülüğünü daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun "İşverenin Genel Yükümlülüğü" kenar başlıklı 4. maddesine göre;

(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup, bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İş yerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar ve yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğu göz önüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.

Aynı kanunun "Risklerden Korunma İlkeleri" kenar başlıklı 5. maddesine göre

(1) İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde aşağıdaki ilkeler göz önünde bulundurulur.

a) Risklerden kaçınmak,

b) Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek.

c) Risklerde kaynağında mücadele etmek.

ç) İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek.

d) Teknik gelişmelere uyum sağlamak.

e) Tehlikeli olanı tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek.

f) Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, ossyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek.

g) Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek.

ğ) Çalışanlara uygun talimatlar vermek.

Yine 6331 sayılı Kanun "Risk Değrlendirmesi; Kontrol, Ölçüm ve Araştırma" karar başlıklı 10. maddesinde şu hüküm düzenlenmiştir.

(1) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değrlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Rsik değerlendirmesi yapılırken aşağıdaki hususlar dikkate alınır.

a) Belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu,

b) Kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi,

c) İşyerinin tertip ve düzeni,

ç) Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu,

2) İşveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirler.

(3) İşyerinde uygulanacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, çalışma şe-

killeri ve üretim yöntemleri, çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden korunma düzeyini yükseltecek ve işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir nitelikte olmalıdır.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışma ortamına ve çalışanların bu ortamda maruz kaldığı risklerin belirlenmesine yönelik gerekli kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılmasını sağlar.

Görüldüğü üzere, işverenin çalışanlarla ilgili sağlık ve güvenliği sağlama yükümlülüğünün çerçevesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. maddesinde çizilmiştir. Bu çerçevede işverenin, "Çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu belirtildikten sonra, yapacağı ve uymakla yükümlü bulunacağı bir takım esaslara yer verilmiştir. Bunun gibi 5. maddede işverenin anılan yükümlülüklerle gerçekleştireceği korunma sırasında uyacağı ilkeler belirlenmiştir. 10. maddede ise işyerinde sağlık ve güvenlik sağlanırken, işverenin yapacağı risk değerlendirmesi çalışmasınmda dikkate almakla yükümlü bulunduğu hususlar belirlenmiştir. (HGK. 09/10/2013 tarih, 2013/21-102 Esas, 2013/1456 Karar)

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işverenlerin yükümlülüklerini belirlerken aynı zamanda çalışanların da yükümlülüklerini belirlemiştir.

Kanunun 19. Maddesine göre;

(1) Çalışanlar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda, kendilerinin ve hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşünmemekle yükümlüdür.

(2) Çalışanların, işveren tarafından verilen eğitim talimatları doğrultusunda yükümlülükleri şunlardır.

a) İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak ç ıkarmamak ve değiştirmemek.

b) Kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak.

c) İşyerindeki makine, cihaz, araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve ko-

ruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek,

ç) Teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen norsanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda, işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmak,

d) Kendi görev alanında iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmak,

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 37. Maddesiyle 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin dördüncü fıkrası, 63. maddesinin dördüncü fıkrası, 69. maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları, 77, 78, 79, 80, 81,83,84,85,86,87,88,89,95,105 ve geçici 2. maddeleri yürürlükten kaldırılmış, 4857 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan "İş Sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere" ifadesi ile 98. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "85. madde kapsamındaki işyerlerinde işe çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası" ifadesi metinden çıkartılmıştır.

Yine 6331 sayılı Kanunun "Atıflar" kenar başlığını taşıyan geçici 1. maddesinde "(1) Diğer mevzuatta iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu kanuna yapılmış sayılır" hükmü düzenlenmiştir.

Yukarıda yapılan bu açıklamalardan sonra 818 sayılı Borçlar Kanununun 332. maddesinin karşılığı olarak çağdaş şaklaşımla düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin 2. fıkrasında; "İşveren, iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçilerde iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü" olacağı belirtilerek, İş Kanununun 77/1. maddesiyle bütünlük sağlandığı gibi 3. fıkrasında; "İşverenin yukarıdaki hükümler dahil kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi" olduğu hükme bağlanmak suretiyle, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun hukuki niteliği konusunda tartışmalar sona erdirilmiş, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan ölüme ve vücut bütünlüğünün zedelenmesine veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanununun 77. ve devamı maddelerini yürürlükten kaldıran 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 4. ve 5. maddelerde işverenin yükümlülüklerini, 19. maddede de çalışanların yükümlülüklerinin çağdaş anlayışıyla daha ayrıntılı ve somut olarak ortaya koymuş ve kusur sorumluluğunun sınırlarını kusursuz sorumluluğun sınırlarına yaklaştırmıştır.

6331 sayılı Kanunun 4. ve 5. maddeleri ile buna uygun olarak çıkarılan iş sağlığı ve güvenliği yönetmelikleri hükümleri işverenin sorumluluğunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple mevzuatta yer alan teknik iş kurallarına uyulmaması işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önelmlere aykırı da davrandığında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır.

Öte yandan objektelşitirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırsa da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştüremez. Çünkü, bazı istisnalar dışında işverenin sorumluluğu için kurusun varlığı şarttır. Ancak Türk Borçlar Kanununun 417/2. maddesi, Anayasa ve 6331 sayılı Kanun hükümleri objekleştirilmiş kusur sorumluluğu ilkesi gereğince işverenin sorumluluğunu oldukça genişletmiştir.

Öte yandan işvereni, zararlandırıcı olay nedeniyle sorumluluktan kurtaracak olan durum, eylem ile meydana gelen zarar arasındaki uygun illiyet rabıtasının kesilmesidir. Kusursuz sorumlulukta olduğu gibi kusur sorumluluğunda da illiyet bağı; mücbir sebep, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusuru nedenleriyle kesilebilir. Uygun illiyet bağının kesildiğinin ispati halinde, işverinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. (HKG, 20/03/2012/21-1121 Esas, 2013/386 Karar)

Tüm yukarıda açıklananlar doğrultusunda, bir iş kazasında somut olaya 4857 sayılı Kanunun 77 ve devamı maddeleri veya 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun ilgili madde hükümlerinin hangisinin uygulanacağı bakımından 6331 sayılı Kanunun yürürlük hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu TBMM'de 20/06/2012 tarihinde kabul edilmiş ve 28339 sayılı Resmi Gazetede 30/06/2012 tarihinde yayımlanmıştır.

Yasanın "Yürürlük" kenar başlıklı 38. Maddesine göre;

(1) Bu Kanunun:

a) (Değişik: 12/07/2013-6495/56 md) 6 ve 7. maddeleri;

1) 4857 sayılı İş Kanununun mülga 81. maddesi kapsamında çalışanlar hariç kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 01/07/2016 tarihinde,

2) 50'den az çalışanı olan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 01/01/2014 tarihinde,

3) Diğer işyerleri için yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra,

b) 9,31,33,34,35,36 ve 38. maddeleri ile geçici 4. geçici 5, geçici 6, geçici 7 ve geçici 8. maddeleri yayımı tarihinde,

c) Diğer yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girer.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Tehlikeli Sınıfın Belirlenmesi" kenar başlıklı 9. maddesinde de;

"(1) İşyeri tehlike sınıfları; 31/05/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalak ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 83. maddesine göre belirlenen kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi de dikkate alınarak, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürünün Başkanlığında ilgili taraflarca oluşturulan komisyonun görüşleri doğrultusunda, Bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile tespit edilir.

(2) İşyeri tehlike sınıflarının tespitinde o işyerinde yapılan asıl iş dikkate alınır."

Ancak 5510 sayılı Kanunun 83. maddesi 10/012013 tarih ve 6385 sayılı Kanunun 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Öte yandan 6631 sayılı Kanunun 9. maddesine dayanılarak ve 26/12/2012 günlü 28509 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği yürürlüğe girmiştir.

Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliğine ilişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliğinin 1. maddesine göre, İş Sağlığı ve Güvenliğini Kanununun 9. maddesi uyarınca işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından yer aldığı tehlike sınıfları Ek 1 de yer alan İşyeri Tehlike Sınıfları Listesinde belirtilmiştir.

Tebliğin 2. maddesinde;

"(1) Tehlike sınıfının tespitinde bir işyerinde yürütülen asıl işin tehlike sınıfı dikkate alınır.

(2) İşveren asıl iş faaliyet değişikliğini en geç bir ay içerisinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bildirir.

(3) Asıl işin tayininde tereddüde düşülmesi halinde işyerinin kuruluş amacına bakılır. İş yerinde birden fazla asıl iş tanımına uygun faaliyetin yürütülmesi halinde, bu işlerden tehlike sınıfı yüksek olan iş esas alınır. 6331 sayılı Kanunun işyeri tanımına giren işyerlerinde yapılan asıl işin yanında veya devamı niteliğinde faaliyet alanının genişletilmesi halinde o işyerinde bu fıkrada esas alınan kurala göre belirlenir". hükmü düzenlenmiştir.

Somut olayda hükme esas alınan kusura ilişkin bilirkişi raporuda davalı işveren Kurum'a %20 oranında kusur verilmiş ise de; iş kazasının davalı A.U. silahla ateş etmesi şeklinde gerçekleşen ağır kusurlu ve kasıtlı eylemi neticesinde gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar 6331 sayılı kanun işverenin sözleşmeden doğan sorumluluğun sınırlarını genişletmiş ise de gerçekleşen iş kazasında işverenin özen yükümlülüğü kapsamında alabileceği bir tedbirin bulunduğundan ve giderek sorumluluğunu gerektirecek bir kusurunun olduğundan bahsetme imkanı bulunmamaktadır. Kazanın gerçekleşmesinde davalı A.A.'ın ağır kusuru nedeniyle, iş kazası ile işveren Kurum arasındaki illiyet bağının kesildiğinin kabulü ile davanın davalı Kurum yönünden reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmadan, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacılar vekili ile davalı Kurum vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacılara ve davalı Kurum'a iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının davalı A.U.'a yükletilmesine, 16.02.2018 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ • İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: Şartları önceden tespit edilmiş proje kapsamında işe alınan işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu kabul edilmelidir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde ihbar tazminatından söz edilemez.

Y.22 HD. E.2015/18299, K.2016/14171, T.10.05.2016

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığı noktasındadır.

Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve bunun için objektif sebeplerinin bulunması gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. maddesinde, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir sebep olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı sebebe dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklinde düzenleme ile bu konudaki esaslar belirlenmiştir.

İş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli olması asıl, belirli süreli olması istisnadır. Kanunda belirli süreli işlerle, belirli bir işin tamamlanması veya belli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilecektir.

Belirli süreli iş sözleşmesinin varlığının kabulü için hangi durumların objektif sebep olarak kabul edilebileceği 4857 sayılı Kanun'un 11. maddesinde işin niteliği gereği belirli bir süre devam etmesi, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması, tahdidi olarak değil; örnek kabilinden verilmiş; benzer hallerde belirli süreli iş sözleşmesi kurulması imkanı açık tutulmuştur. Zira, sözkonusu hükümde açık olarak "...gibi objektif koşullara bağlı olarak" ifadesine yer verilmiştir.

Dosya içeriğine göre, davacının ASO 2. ve 3. OSB METES PROJESİ projesi kapsamında teknik uzman olarak işe alındığı anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesi davalı işverence feshedilmiştir.

Davacının teknik uzman olarak çalıştığı ASO 2. ve 3. OSB Mesleki Test ve Sertifikalandırma Merkezi projesinin incelenmesinde, iki yıl olarak planlandığı ve bu çerçevede yürütüldüğü, projenin büyük bir kısmının Avrupa Birliği tarafından finanse edildiği anlaşılmaktadır.

Davacı ile imzalanan 25.05.2011 tarihli iş sözleşmesinde davacının proje kapsamında teknik uzman (teknik öğretmen) olarak çalışacağı belirtilmiş olup sözleşmenin diğer hükümlerinin incelenmesinde ve davalının yaptığı işin proje dâhilinde olduğu gözetildiğinde, sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerektirir belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olarak kabul edilmesi gerekir. Bu durumda, ihbar tazminatının reddi yerine, hatalı değerlendirme ile kabulüne dair yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Sonuç:

Açıklanan sebeplerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 10.05.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY KARARLARI • MADDİ HATA • USULÜ KAZANILMIŞ HAK

ÖZET: Maddi hataya dayanan bir bozma veya onama ilamına yerel mahkeme tarafından uyulsa dahi usuli kazanılmış haktan söz edilemeyeceği yerleşik yargıtay uygulamasıdır.

Y.22 HD. E.2017/43466, K.2017/24466, T.9.11.2017

Davacı vekili, müvekkilinin 30.09.2010-30.05.2011 tarihleri arasında davalı kurumun okuma yazma, İngilizce ve bilgisayar kurslarında mesai saatleri dışında çalıştığını, bu görevlendirmenin ...Menkul Kıymetler Borsası ...Eğitim Merkezi Müdürününün oluru ile okul müdürü ve diğer öğretmenlerin bilgisi dahilinde olduğunu, aylık 400,00 TL ücret ödeneceğinin söylendiğini, ücretinin ödenmediğini belirterek ücret alacağının davalıdan tahsilini talep etmiştir.Davalı Bakanlık vekili, davacının... İlköğretim Okulunda hizmetli olarak çalışmasına rağmen ... Eğitim Merkezi bünyesinde okulundan izin almaksızın çalıştığını, ücret olgusunun yazılı delille ispatlanması gerektiğini, istenen alacağa dair yapılan işin davacının işinin parçası olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararın davalı tarafça temyiz edilmesi üzerine Dairemizce 28.05.2014 tarihli ilamla kararın bozulmasına karar verilmiş, Mahkemece bozma ilamına uyulmasına karar verilerek davanın reddine karar verilmiştir.Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının talep ettiği ücret alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasındadır. Davacı davalı kurumun kurslarında mesai saatleri dışında çalıştığını, bu görevlendirmenin ... Menkul Kıymetler Borsası ... Eğitim Merkezi Müdürününün oluru ve ... İlköğretim Okulu Müdürünün ve diğer öğretmenlerin bilgisi dahilinde olduğunu, aylık 400,00 TL ücret ödeneceğinin belirtildiğini ancak ödenmediğini belirtmiştir. Dairemizce bozma ilamında Mahkemece davacının mesai saatleri dışında kurs için verdiği hizmet sebebi ile ücrete hak kazandığı kabul edilerek ücret alacağına hükmedilmiş ise de; dosyada davacının belirtilen kurslarda görevlendirildiğine dair resmi yazılı bir belge bulunmadığı gibi davacının bu kurslarla resmi bağlantısının bulunmadığına dair yazının bulunduğu, davacı tanık beyanları dışında davacıya ücret ödeneceğine ilişkin herhangi bir delilin bulunmadığı, ücret alacağı-

nın reddi gerektiği belirtilmiş ise de ... Eğitim Merkezi Temsilcisinin davacının kurs saatlerinde okulda olduğu, alacağın okul tarafından ödenmesi gerektiği yönündeki beyanı ve davacı tanık beyanları dikkate alındığında bozma ilamının maddi hataya dayalı olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.02.1988 tarih 197/2-520 esas, 1988/89 karar sayılı kararında, Yargıtayca temyiz incelemesinin yapıldığı sırada dosyada bulunan bir belgenin gözden kaçırılması, maddi hata nedeni olarak açıklanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kökleşmiş içtihatları maddi hataya dayanan bozma ya da onama ilamının usuli kazanılmış hak oluşturmayacağı yönündedir (Yargıtay HGK17.012007gün 2007/9-13 esas 2007/17 karar ve Yargıtay HGK 25.06.2008 gün 2008/11-448 esas, 2008/454 karar).Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 04.02.1959 gün ve 1957 /13 esas, 1959 karar ve 09.05.1960 gün 1960/21 esas, 1960/9 karar sayılı kararlarında açıklandığı üzere Yargıtayca maddi hata sonucunda verilen bir karara mahkemece uyulsa dahi usuli kazanılmış hak oluşmaz.Dairemiz, 28.05.2014 tarihli bozma ilamının temyiz incelemesi sırasında dosya içerisindeki bir kısım bilgi ve belgenin gözden kaçırılması sureti ile maddi hataya dayalı olarak oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda taraflarca davacının aylık 400,00 TL ücret karşılığında kurs saatlerinde çalışması hususunda anlaşıldığı değerlendirilmekle buna göre ücret alacağı hüküm altına alınmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan sebeple **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09.11.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞÇİNİN İSTİFASI • HAKLI FESİH • KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: İşçinin istifa ettiği tarihte "ücretlerinin ödenmemiş olması, SGK primlerinin gerçek ücret üzerinden ödenmemiş olması" gibi haklı fesih sebebi bulunuyor ise, işçinin hizmet akdini haklı sebeple feshettiği kabul edilerek kıdem tazminatına hükmedilmelidir.

Y.22 HD. E.2015/22898, K.2017/27635, T.27.11.2017

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı ücretlerinin geç ve eksik ödenmesi, rızası alınmaksızın başka şubelerde yoğun şekilde çalıştırılması ve SGK prim ücretinin eksik yatırılması gibi sebeplerle iş akdini haklı sebeplerle feshettiğini, iş yerinde ibraname ve istifa dilekçesinin kendisine zorla imzalatıldığını iddia ederek; kıdem, ulusal bayram genel tatil, yıllık izin, fazla çalışma ücreti ve AGİ alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ise davacının dosyada mevcut istifa ve ibranamelere göre iş yerinden herhangi bir sebep belirtmeksizin ayrıldığını, bu sebeple kıdem tazminatına hak kazanamayacağını, çalışmasının kesintili olduğunu bu sebeple zamanaşımı def'i ileri sürdüklerini ve işyerinde davacının herhangi bir alacağının olmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve yapılan bilirkişi hesabına göre davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı, dosyadaki mevcut belgelerin içeriğine vakıf olamadıkları ve ihtirazi kayıt koyamadıklarını, matbu belgeler olduklarını ve baskı altında imzalandığını, mahkeme kararının yerinde olmadığını ayrıca yerel mahkeme kararında hatalı olarak fazla mesai alacağının hüküm altına alındığını, bu yönde tavzih talebinde bulunduklarını ancak mahkemece bu hususun HMK 305/2 maddesi gereğince temyizde değerlendirmeye alınması gerekçesi ile bu taleplerinin de reddedildiği gerekçeleriyle davacı taraf temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının temyiz itirazları yerinde görülmekle;

1-Davacı her ne kadar 26/04/2010 tarihli istifa dilekçesinin baskı altında imzalatıldığına ilişkin iddiasını kanıtlamış değilse de söz konusu 26/04/2010 tarihli dilekçede iş sözleşmesini bildirimsiz olarak feshettiğini belirtmiş olup, kendisini bağlayacak herhangi bir fesih gerekçesi belirtmemiştir. Bu durumda sonradan fesih sebebini belirtmesi mümkündür. Somut olay açısından tartışılması gereken diğer husus istifa dilekçesinden beş gün sonra davacının yine aynı işverene ait başka bir işyerinde çalıştığı ve iş sözleşmesinin davacı tarafından 04/11/2010 tarihinde feshedilip feshedilmediğidir.

Davacı iş sözleşmesini; ücretlerinin eksik ve gecikmeli olarak ödendiği, daha yüksek ücret almasına rağmen primlerinin daha düşük ücret üzerinden bildirildiği gerekçesi ile feshettiğini belirtmiş olup, dosya kapsamına göre belirtilen fesih sebeplerinin sabit olduğu anlaşılmakla feshin haklı sebeple yapıldığı ve kıdem tazminatı talebinin kabul edilmesi gerekirken kıdem tazminatı talebinin reddi hatalıdır.

2-Mahkemece gerekçe kısmında asgari geçim indirimi alacağının reddedildiği belirtilmesine rağmen, hüküm kısmında bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi hatalıdır.

3-Dava dilekçesinde fazla çalışma alacağı 500,00 TL talep edilmesine ve bilirkişi tarafından 486,00 TL hesaplanmasına rağmen, 100,00 TL üzerinden kabul edilmesi de ayrı bir bozma nedenidir.

4-Hizmet süresinin kesintisiz olduğu kabul edildiğinden yıllık izninin kesintili kabul edilerek beş yıl üzerinden hesaplanması da hatalı olup, bozma nedenidir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 27/11/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİNİN İŞYERİNE ZARAR VERDİĞİ İDDİASI
•
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ

ÖZET: İşçinin işyerine zarar verdiği iddiasıyla gerçekleştirilen fesihlerde, dava konusu işyerinin şartları hakkında bilgi sahibi olan teknik bilirkişiden kusur ve zarar miktarı yönünden rapor alınacak sonuca gidilmelidir.

Y.22 HD. E.2015/24758, K.2017/30251, T.23.12.2017

Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, iş sözleşmesinin işverence haklı neden olmaksızın feshedildiğini öne sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, yazılı gerekçe ile yıllık izin alacağı talebinin kabulüne diğer taleplerin reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-İş sözleşmesinin, işçinin işverene zarar vermesi sebebiyle ve haklı olarak işverence feshedilip edilmediği ve davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanıp kazanmadığı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendinin (1) alt bendinde, işverenin malı olan veya eli altında bulunan makine, tesisat, eşya ya da maddelere otuz günlük ücreti tutarını aşacak şekilde zarar vermesi halinde, işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu belirtilmiştir.

İşçinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması durumunda, işverenin haklı fesih imkânı olmadığı gibi işçinin kusuru belli bir yüzde ya da belli bir oran olarak saptanmışsa; zararın miktarının bu kusur nispetinde azaltıldıktan sonra otuz günlük ücreti aşıp aşmadığına bakılmalıdır.

Zararın işçinin kasıtlı davranışından ya da taksirli eyleminden kaynaklanmasının hukukî sonuca etkisi bulunmamaktadır. İşçinin kusuru ve zararı, ayrı ayrı uzman kişilerce belirlenmelidir. Zarar tutarı ile karşılaştırılacak olan işçinin otuz günlük ücretinin brüt ya da net olarak dikkate alınması gerektiği noktasında kanunda herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, işçi lehine yorum ilkesi uyarınca brüt ücretin esas alınması gerekir. Otuz gün, bir aydan farklı bir kavramdır. Bu noktada işçiye aylık olarak ödenen ücret yerine, günlük yevmiyesinin otuz katı tutarı dikkate alınmalıdır.

Maddede sözü edilen ücret dar anlamda ücrettir. İkramiye, prim, fazla çalışma ücreti ve benzeri ödemeler bu maddede yer alan otuz günlük ücret içerisinde değerlendirilmemelidir. Zararın otuz günlük ücreti aşması durumunda işverenin fesih hakkı doğar. İşçinin zararı derhal ödemiş ya da ödeyecek olması, işverenin bu hakkını ortadan kaldırmaz. İşverence zarar tutarının işçiden talep edilmemiş olması fesih hakkını ortadan kaldırmaz.

Somut uyuşmazlıkta; davalı işverence 30.10.2013 tarihli ihtarname ile iş akdine 05.08.2013 ve 30.10.2013 tarihli tutanaklara istinaden 25/II-i maddesi uyarınca son verildiği belirtilmiştir.

Mahkemece davacının ilk tutanak sonrası hatanın tekrarı halinde iş akdinin feshini kabul ettiği, savunmalarında da her iki olayı da kabul etmesi nedeniyle işverence yapılan feshin haklı olduğu kabul edilmiş ise de; yapılan araştırma karar vermeye yeterli değildiri.

Öncelikle işverence yapılan feshin nedeninin işçinin 30 günlük ücretinden fazla bir miktarda işverene zarar vermesi olduğu anlaşılmakta olup ilk tutanak bakımından derhal fesih hakkı kullanılmadığından iş akdinin feshinin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı bakımından 30.10.2013 tarihli tutanağa konu olayın irdelenmesi gerekmektedir.

30.10.2013 tarihli tutanakta, davacının 8.00-16.00 vardiyasında 220 cm 3000 mt kumaşı makineden geçerken kırık geçtiği belirtilmiş olup işletme müdür yardımcısı ve mali analizci tarafından tutulan tutanakta kumaşın maliyetinin 9.600 TL olduğu belirtilmiştir. Davacı ayı tarihli savunmasında kumaşın kalender kırığını görmediğini beyan etmiştir. Davacı yargılama aşamasında, bu tutanakta belirtilen hatanın telafisinin müm-

kün olduğunu, işverenin zararının olmadığını öne sürmüş; davalı hata yapılan kumaşın geri dönüşümünün mümkün olmadığnı, hasarlı kumaşın 3000 metre olduğunu ve makineden 1.5 saatte geçtiğini, 1.5 saat hatanın fark edilmemesinin davacının kusuru olduğunu savunmuştur. Davacı tanıklarının davacının çalıştığı makinede çalışmadıkları kusur ve zarar konusunda somut bilgileri olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı tanıkları davacı ile aynı bölümde çalıştıklarını, 50-100 metrelik bir kumaş hatasının telafi edilebildiğini, ancak 3000 metre kumaş hatasının telafisinin mümkün olmadığını, 3000 metrenin makineden 1 saatte çıkacağını, makinenin başında beklemek zorunda olduklarını, davacının makinenin başında bekleyip beklemediğini bilmediklerini, hatalı ürünün başka firmaya ait olduğunu beyan etmişler; davalı tanıklarından Serkan; hatalı kumaşın atılmadığını ancak ne yapıldığını bilmediğini, davalı tanıklarından Muhammed ise; hatalı ürün yerine tekrar baskı yapıldığını duyduğunu beyan etmiştir.

Hükme esas bilirkişi raporunda işyerinde keşif yapılarak zarar ve kusur yönünden teknik inceleme yapılması gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir.

Mahkemece kusur ve zarar yönünden teknik bilirkişilerden rapor alınmadan karar verilmiştir. Yapılacak iş, konusunda uzman bilirkişiden 30.10.2013 tarihli tutanağa konu olayda işçinin kusurunun bulunup bulunmadığının var ise kusur oranının duraksamaya yer vermeyecek şekilde ve somut tespitlerle belirlenmesi, ayrıca işçinin kusuru var ise yukarıdaki açıklamalar ışığında zarar miktarının belirlenmesi ve oluşacak sonuca göre karar verilmesinden ibarettir. Kusur ve zarar oranının tespitinde özellikle tarafların iddia ve savunmaları dikkate alınmalı, kumaşta meydana gelen hatanın telafi edilip edilmediği, sözü edilen kumaşın hata giderilerek kullanılıp kullanılamadığı hususları da irdelenmelidir.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 20.12.2017 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

İCRA İNKAR TAZMİNATI • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Dava açılırken harcı yatırılmamış ve müddeabih haline dönüştürülmemiş olan icra inkar tazminatı için vekalet ücretine hükmedilemez.

Y.23 HD. E.2013/7566, K.2014/1204, T.19.2.2014

Davacı vekili, taraflar arasında sığır hastalıkları ile ilgili tarama çalışması yapılması konusunda anlaşma sağlandığını, müvekkili şirketin anlaşma gereğince davalı şirkete tarama çalışması yaptığını, davalının verilen hizmetin bedelini ödemediğini, müvekkilinin faturaya dayalı alacağının tahsili için başlattığı takibe davalının itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptali ile %40 icra inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının ifasının sözleşme şartlarına aykırı olup, müvekkili nezdinde herhangi bir alacağı doğmadığını, icra tehdidinden kurtulmak için icra dosyasına borç tutarının ödendiğini, davanın konusuz kaldığını savunarak, karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına, davacı vekilinin icra inkar tazminatı talebinin reddine dair verilen kararın davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 24.01.2013 tarih 2012/15553 Esas 2013/1371 Karar sayılı ilamıyla bozulmasına karar verilmiştir. Mahkemece bozma kararına uyularak, davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına, asıl alacağın %40'ı oranında icra inkar tazminatına ve davacı lehine 1.320,00 TL vekalet ücretine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2-Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

İcra inkar tazminatı yargılama sonunda, davalının takibe itirazının

haksızlığının ortaya çıkması durumunda, likit alacaklar bakımından ve davacının isteğinin bulunması koşulu ile davacı lehine hükmedilmesi gereken bir tazminat türü olduğundan dava açılırken, davalının itirazında haksız çıkıp çıkmayacağının önceden bilinmesi olanağı bulunmaması nedeniyle bu istemin harçlandırılması mümkün olmadığı gibi, somut olayda da davacı taraf

icra inkar tazminatı kalemini dava açarken harçlandırmamış ve müddeabih haline de dönüştürmemiş olup, fatura bedeli üzerinden harç yatırılarak işbu dava açılmıştır.

Mahkemece 17.09.2012 tarih ve 114 E., 142 K. sayılı ilk kararda konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına, icra inkar tazminatı talebinin reddine, davacı lehine 1.200,00 TL maktu vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine dair verilen kararın davacı vekili tarafından icra inkar tazminatı yönünden temyiz edilmesi üzerine; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nce davalının, dava açıldıktan sonra borcu ödemekle itirazında haksız olduğunu kabullendiği, dava konusu alacağın, hizmet ilişkisine dayalı faturaya bağlanmış bir alacak olduğundan likit nitelikte olduğu, bu durumda mahkemece İİK'nın 67/2. maddesi uyarınca davacı yararına icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerektiği belirtilerek bozulmuştur.

Bozma ilamına uyan mahkemece, icra inkar tazminatı dışında kalan hususların temyiz edilmemesi nedeniyle kesinleştiği ve icra inkar tazminatı isteminin harçlandırılıp, müddeabih haline de dönüştürülmediği gözetilerek, ilk hükümle kesinleşen anılan kısımlar yönünden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, kesinleşen hususlar arasında yer alan vekalet ücretine tekrar, üstelik miktarı davacı lehine yükseltilerek hükmedilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davalı yararına **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde iadesine karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 19.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ

YAĞMA SUÇU

ÖZET: Sanıkların öfke patlamasıyla başlayan ve yenilenen kast ile devam eden eşyaları yedlerinde tutma davranışları yağma suçudur.

Y6.C.D. E.2017/3317, K.2018/655, T.23.01.2018

Bölge Adliye Mahkemesince verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü:

01.04.2016 gün 2016/7672 sayılı iddianameyi kabulle yürütülen yargılama sonunda Antalya 5. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, sanıklar ..., ... ve ... hakkında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve şantaj suçlarından, sanıklar ... ve ... hakkında ayrıca nitelikli yağma suçundan mahkumiyetlerine dair verilen kararına karşı sanıklar ..., ... ve ... savunmanlarınca istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine; Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi'nce 06.01.2017 gün ve 2016/255–2017/12 sayılı kararı ile, tüm sanıklar hakkında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan kurulan hükümlerin düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş;

Yağma ve şantaj suçları yönünden duruşma açılmasına karar verilerek anılan suçlar yönünden dosya ayrılarak 2017/33 esas sayısına kayıt edilmiş, yapılan duruşma sonucunda 21.02.2017 gün ve 2017/33–2017/267 sayılı kararı ile sanıklar ... ve ... savunmanlarının, nitelikli yağma suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne yönelik istinaf başvurusu kabul edilip, sanıkların yararlanma kastının bulunmadığı gerekçesiyle, mahkumiyet hükümleri kaldırılarak sanıkların beraatlerine karar verilmiş, sanıklar ..., ... ve ... hakkında şantaj suçundan kurulan hükümler yönünden ise, anılan sanıklar savunmanlarının istinaf başvurusu kesin olarak esastan red edilmiştir.

Kararın, sanıklar savunmanları ile katılan vekilinin yüzüne tefhim edildikten sonra katılan ... vekili tarafından 28.02.2017 tarihinde; Cumhuriyet Savcısı tarafından 27.02.2017 tarihinde temyiz edilmiş; katılan vekili dilekçesinde özetle, "...gasp edilen eşyanın mağdur üzerindeki maddi etkisine bakılamayacağı, darp ve işkence ile sonuç alamayacaklarını anla-

yan sanıkların, içindeki şeylerle birlikte katılanın cüzdanını aldıklarını, buna rağmen yağmalanan eşyaların ciddi bir maddi değeri olmadığından bahisle gasp suçunun oluşmadığı değerlendirmesine katılmanın olanaksız olduğunu" belirtip, beraat hükmünün bozulmasını istemiş; Cumhuriyet Savcısı da " sanıkların eylemde yararlanma kastlarının bulunmadığının kabulü için bu eylemi kabul etmeleri ve neden gerçekleştirdiklerini makul ve yasaya uygun bir gerekçe ile anlatmaları ve bu anlatımlarının da mahkemece haklı görülmesi ve aldıkları eşyayı da iade etmeleri ile mümkün olacağını, oysa sanıkların tüm aşamalarında katılanın cüzdanını almadıklarını savundukları ve alındığı kabul edilen para veya diğer eşyanın da katılana teslim edilmediğini, dolayısıyla sanıklar ... ve ...'in geceleyin, silahla ve birden fazla kişi ile birlikte yağma suçunu işlediklerinin anlaşılması karşısında, ayrı ayrı cezalandırılmaları gerekirken, beraatlarına karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu" belirtilerek kararın bozulmasını talep etmiş;

Sanık ... savunmanı, temyiz istemlerine ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesine yanıt vererek, Bölge Adliye Mahkemesi kararının hukuka uygun olduğunu ve dayanaksız temyiz başvurularının reddine karar verilmesini istemiştir.

Katılan vekili ve Antalya Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı'nın usulüne uygun olarak temyiz davası açtıkları; temyiz dilekçelerinde ve sanık ... savunmanı tarafından verilen cevap dilekçeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 23.10.2017 gün ve 2017/22350 sayılı, {"... sanıkların katılanın rızası dışında darp ederek cüzdanını alma eylemlerinin yağma suçunu ihlal ettiği halde, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi yasaya aykırı bulunduğundan hükmün bozulmasına" şeklinde (Bozma)] esas hakkında görüş içeren tebliğname ekinde gönderilen istinaf başvurusunun kabulüne dair Antalya Bölge Adliye Mahkemesi kararına karşı temyiz dilekçelerinde ileri sürülen hukuka aykırılıklar CMK'nın 288.maddesi bağlamında; mutlak hukuka aykırılıklar ise CMK.nın 289.maddesi uyarınca re'sen incelendi;

Diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Ancak;

5237 sayılı TCK'nun 148. maddesinin 1. fıkrasında yağma suçunun temel şekli, 2. fıkrasında senedin yağması, 3. fıkrasında cebir karinesine yer verilmiş, 149. maddesinde nitelikli yağma, 150. maddesinde ise kişinin hukuki bir ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla yağma suçunu

işlemesi ile yağmada değer azlığı düzenlenmiştir.

Yağmanın temel şeklinin düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nun 148/1. maddesi uyarınca; kişinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı bakımından büyük bir zarara uğratılacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslime veya alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakılması yağma suçunu oluşturur. Suç anılan değerlere yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit veya cebir kullanılması suretiyle gerçekleşir.

Yağma; başkasının zilyetliğindeki taşınabilir malın, zilyedin rızası olmadan faydalanmak amacıyla cebir veya tehdit kullanmak suretiyle alınması olduğundan "zor yoluyla hırsızlık", bir kişiye karşı kullanılan icbar araçlarıyla haksız bir menfaat elde etmek şeklinde de tanımlanmıştır.

765 sayılı TCK'nda "gasp" olarak adlandırılan yağma, esasında cebir veya tehdit kullanmak suretiyle yapılan hırsızlıktan ibarettir. Hırsızlık ile yağma suçları aynı ortak unsurlara sahip olup, ayrıldıkları tek nokta ya da başka bir deyişle yağmanın, hırsızlığa oranla sahip olduğu ilave unsur, malı almak için cebir veya tehdit kullanılmasıdır.

Yağma suçu amaç ve araç hareketlerden oluşan bir suçtur. İlk önce almayı gerçekleştirmek için araç hareketler olan cebir veya tehdit kullanılır, sonrasında bu cebir ve tehdidin etkisiyle malın alınması veya tesliminin sağlanması ile suç tamamlanır.

Yağma, tehdit veya cebir kullanma ile hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşmuş bileşik bir suç olduğundan birden çok hukuki değeri korumaktadır. Kendisini oluşturan suçların korudukları hukuki değerler olan kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı, zilyetlik ve mülkiyet yağma suçunun da koruduğu hukuksal değerlerdir. Sanığın suç işlemesine sebep olan saik yerine failin dış dünyaya yansıyan eylemine göre hangi suçun oluşacağı tayin ve taktir olunur. Buda dosyaya yansıyan delillerle mümkün olacağı bir gerçektir.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelirsek;

Suç tarihinden yaklaşık bir hafta kadar önce sanık ...'ın katılan ...'a Facebook hesabı üzerinden arkadaşlık isteği göndererek tanışmak istediği, bir süre internetten bu şekilde görüştükten sonra, 26/02/2016 gününden bir gün sonrası için buluşmaya karar verdikleri, 27.02.2016 günü saat, 20:45 sularında katılanın, kullandığı amcasına ait araçla belirlenen yere

giderek burada aracına aldığı, sanığın kendisinden 60.-TL para istenince, cinsel ilişki amacıyla istediğini düşünerek bu parayı ona verdiği, sanığın ihtiyacının olduğunu söyleyerek araçtan inip, bir ara sokağa girip, 5-6 dakika kadar sonra dönüp tekrar mağdura ait otoya binip, yönlendirmede bulunarak ormanlık bir alana getirdiği kısa bir süre sonra, cinsel ilişkide bulunmak amacıyla her ikisinin arka koltuğa geçtikleri, bu arada sanık ...'in, bir şekilde cep telefonundan diğer sanık ...'e, bulundukları yeri tarif eden ve bir an önce gelmelerini belirten mesajlar attığı, ikisi de çıplak haldeyken, sanıklar ..., ... ve mağdurun tanımadığı bir şahsın arabanın yanına geldikleri, içlerinden birisinin kapıyı açıp mağdurun kafasına silah kabzasıyla vurduğu, diğer kapıyı açan başka birinin de, mağduru dışarıya çekip yere düşürdüğü, sanık ...'ın, sanık ...'e, giyinip, olay yerine geldikleri araca geçmesini istediği, yere düşmüş olan katılana, önce sanık ...'un pompalı bir tüfeğin kabzasıyla, ardından elinde küçük namlulu silah bulunan üçüncü şahıs tarafından bu silahın kabzasıyla, sanık ...'ın da eline geçirdiği bir sopa ile hep birlikte mağdura vurdukları ve elini plastik kelepçe ile bağlayıp, otonun arka koltuğuna oturtup, sağ yanına sanık ...'ın, sol yanına da sanık ...'un oturduğu, kimliği belirlenemeyen bir kişinin kullanımındaki araç ile Varsak bölgesinde yer alan başka bir ormanlık alana geldikleri, sanıklar ile kimliği belirlenemeyen kişinin burada araçtan indirdikleri mağduru sopa ve silah kabzası ile darp etmeye devam ettikleri, sanık ...'in mağdur ...'ın, kimliğinin nerede olduğunu sorduğu ve aldığı yanıt ile, araç içinde bulunan montunun "cebinden, nüfus cüzdanı, Ziraat Bankasına ait ATM kartı, passolig kartı, bir müşterilerine ait fatura ile 50,00.-TL. civarında para bulunan cüzdanını" alıp, sanık ... ile birlikte "sana iki tane isim vereceğiz,...,..... bu isimleri bize getirdiğin taktirde bir daha sana yaklaşmayacağız, ailene zarar vermeyeceğiz ve aldığımız cüzdanı sana geri getireceğiz" dedikleri, sanık ...'ın Osman'a ait araç ile olay yerine geldiği, sanık ...'ın, ayrılmadan önce diğer sanıklara "fotoğrafını çekin" şeklindeki talimatı üzerine, sanıklardan birinin, mağdur ...'ın elleri bağlı ve çıplak halde fotoğrafını çektiği, sanık ...'un, "telefonunu da alalım" demesine karşın, sanık ...'ın "telefonunu alırsak ne ile kendisine ulaşacağız" diyerek bu teklifi geri çevirdiği ve hep birlikte olay yerinden ayrıldıkları, katılan ...'ın kendi çabalarıyla plastik kelepçeden kurtulup, kıyafetlerini giyerek, tedavi olmak için Antalya Eğitim ve Araştırma Hastanesi'ne gittiği, burada düzenlenen doktor raporunda, katılanın, hayati tehlike geçirmeyecek ve basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralandığının belirtildiği;

07.03.2016 günü geceyarısında, katılanın, internette açtığı facebook adresine, 01.03.2016 tarihinde ..... isimli hesap üzerinden, "hazır mısın

..., cevap ver bekliyorum." ve "sıkıntı mı var" şeklinde mesajlar ile sanıklarca çekilen çıplak fotoğraflarının gönderildiği, sanıkların hiçbir aşamada mağdurdan aldıkları kullanım ve ekonomik değeri haiz cüzdan ve içindeki eşya ile parayı iade etmeyip yedlerinde alıkoydukları, olayda;

Sanıkların farklı bir nedenle, öfke patlaması olarak başlayan ve sonrasında değişen ve yenilen bir kast ile, mağdurdan aldıkları ekonomik değer taşıyan eşyayı yedlerinde tutmak şeklinde gerçekleştirdikleri eylemlerinin, yağma suçunu oluşturduğu düşünülmeden, kanun hükmüne yanlış anlam yüklenerek sanıkların suç teşkil eden haksız fiillerinin hukuki nitelendirmesinde yanılgıya düşerek yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Bozmayı gerektirmiş, katılan ... vekili ile o yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesinin 2017/33 Esas ve 2017/267 Karar sayılı istinaf başvurusunun kabulüne dair usul ve yasaya aykırı bulunan kararının, 5271 sayılı CMK'nın 302/2. madde ve fıkrası gereğince, tebliğnameye uygun olarak BOZULMASINA, 23/01/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SAHTE FACEBOOK HESABI • KANITLARIN ARAŞTIRILMASI

ÖZET: Sahte hesabın açıldığını iddia eden kamu davası iddianamesinde yeterince delil ortaya konmadığından ve dava sürecinde de bu durum değişmediğinden sanığın mahkumiyetine karar verilemez.

Y.12. CD E.2016/10465, K.2018/539, T.17.01.2018

Kişilerin huzur ve sükununu bozma ile verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarından sanığın mahkumiyetine ilişkin hükümler, mahalli Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Dairemizin 13.04.2016 tarihli tevdi kararı uyarınca; gerek katılan ... gerek Avukat ... tarafından dosyaya sunulan dilekçelere göre, Avukat ...'in, katılan ... adına düzenlenmiş vekaletnamesinin bulunmadığının ve adı geçen avukatın katılan mağdur ... için baro tarafından görevlendirildiğinin

tespit edildiği; ayrıca, yokluğunda verilen 26.12.2013 tarihli kararın katılan ...'a usulüne uygun olarak tebliğ edildiği ve adı geçen katılan tarafından kararın temyiz edilmediği belirlenerek yapılan incelemede:

Mahalli Cumhuriyet savcısının sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

1- Gerekçeli karar başlığında; katılan mağdur... için baro tarafından atanan zorunlu vekilin, katılan ... vekili olarak yazılması, katılan mağdurun adının ve 28.03.1999 olan doğum tarihinin yanlış yazılması, 31.10.2012 olan suç tarihinin "2012" şeklinde eksik gösterilmesi suretiyle CMK'nın 232/2-b, c maddesine aykırı hareket edilmesi,

2- Dosya kapsamına göre; katılan ...'ın Cumhuriyet Başsavcılığında alınan ifadesinde bildirdiği GSM hattının sahibi olduğu tespit edilen ve adı geçenin kızı olan katılan mağdur ... ile daha önce aynı okulda öğrenim gören kendi kızı arasında zaman zaman anlaşmazlıklar çıktığını ifade eden sanık ... tarafından, katılan mağdur ...'nin bilgileri ve resmi kullanılarak, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde, "..." isimli sahte hesap açılmasından dolayı sanığın kişilerin huzur ve sükununu bozma ile verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarını işlediğinin iddia edildiği olayda,

Sanığın, bahse konu facebook hesabının kendisi tarafından oluşturulmadığına yönelik savunması, sahte hesabın açıldığı esnada sanık adına kayıtlı GSM hattının kullanıldığına dair bir tespit bulunmaması, soruşturma aşamasında "Facebook Inc." adlı firmanın Türkiye'deki vekilinden talep edilen adli yardıma olumlu cevap verilmemesi nedeniyle şikayete konu hesabın oluşturulduğu bilgisayarın IP adres bilgilerinin tespit edilememiş olması, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünün, "İnternet Ortamında İşlenen Suçlarda Uluslararası Ceza İstinabe İşlemleri" başlıklı yazısında yer verdiği, "ABD mevzuatına göre (18 U.S.C. § 2703 - f) internet ortamında işlenen suçlara ilişkin trafik bilgileri, yer sağlayıcılar veya erişim sağlayıcılar tarafından 90 gün süreyle saklanmaktadır. Bu süre içinde resmi otoritelerce başvurulduğunda anılan saklama süresine 90 gün daha ilave edilmektedir." açıklamalarına, olayın üzerinden geçen zaman dilimine ve dosya kapsamına nazaran, gelinen aşamada, savunmanın aksine maddi bir delil elde edilmesi imkanının bulunmaması, şikayet dilekçesine ekli internet çıktılarındaki görüntülerin, mutlaka ve sadece sanıkta mevcut olabilecek özellikte resimler olmaması, gerek sanığın gerek katılanla katılan mağdurun kovuşturma evresindeki beyanlarında aralarında husumet bulunmadığını ifade etmeleri karşısında, sanığın mahkumiyetine yeter, her türlü derecede şüpheden

uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmaması nedeniyle üzerine atılı kişilerin huzur ve sükununu bozma ile verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarından dolayı CMK'nın 223/2-e maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerekirken, delillerin takdirinde hataya düşülerek yazılı gerekçelerle sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi,

3- Kabul ve uygulamaya göre de:

a) Sanığın, katılan mağdur...'nin bilgilerini ve resmini kullanarak facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde "..." isimli sahte hesap açması eyleminin verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğu kabul edildikten sonra, yasal, yeterli ve geçerli bir gerekçeye dayanılmaksızın, aynı eylemden dolayı sanık hakkında kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması,

b) Hükmedilen cezaları ertelenen sanık hakkında belirlenecek denetim sürelerinin TCK'nın 51/3. maddesi gereğince bir yıldan az olamayacağı gözetilmeden, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan dolayı hükmolunan 2 ay 15 gün hapis cezası ertelenen sanığın 3 ay süre ile ve verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan dolayı hükmolunan 10 ay hapis cezası ertelenen sanığın 10 ay süre ile denetim altında bulundurulmasına karar verilmesi,

c) Katılan ... ile katılan mağdur ...'ye baro tarafından tayin edilen vekil arasında vekaletnameye dayalı bir ilişki bulunmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde katılan lehine ve sanık aleyhine maktu vekalet ücretine hükmedilmesi,

ç) Yaşı küçük katılan mağdur ...'ye CMK'nın 239. maddesi uyarınca baro tarafından vekil atanmasından dolayı 5320 sayılı Kanun'un 5560 sayılı Kanun'la değişik 13. maddesi gereğince Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafi ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin 2013 Yılı Tarifesi'ne göre tespit edilecek zorunlu vekillik ücretinin yargılama gideri olarak sanıktan tahsil edilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı olup, mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin bu nedenlerle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak BOZULMASINA, 17.01.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İDARİ YARGI KARARLARI

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ

AVUKATIN MÜVEKKİLİ ADINA SİGORTA TAZMİNATINI TALEP ETMESİ

•

İDARENİN KURAL KOYMA YETKİSİ

ÖZET: Hazine Müsteşarlığı'nın, zorunlu taşıt sigortası tazminatının vekile ödenmesinde, hak sahibi ile vekili arasındaki vekalet ilişkisinin içeriğine, genelge ile müdahale etme yetkisi bulunmamaktadır.*

E. 2015/3759 K. 2017/4575 T. 27/12/2017

Temyiz Eden (Davalı): Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı - ANKARA

Vekilleri : I.Hukuk Müşaviri, Hukuk Müşaviri

Karşı Taraf (Davacı): İstanbul Barosu Başkanlığı

Vekili: Av. Atilla Özen

İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. Baro Han No:20 K:2 Beyoğlu/İSTANBUL

İstemin Özeti : Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09/03/2015 günlü, E:2011/5130, K:2015/870 sayılı kararının hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması, davalı idare tarafından istenilmektedir.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : Daire kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosyadaki belgeler incelendi, gereği görüşüldü:

Dava; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 05/11/2010 günlü, 2010/18

* Gönderen: Av. Atilla ÖZEN

sayılı Zorunlu Motorlu Taşıt Sigortalarında Tazminatların Vekaletle Takip ve Tahsil Edilmesine İlişkin Genelgesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09/03/2015 günlü, E:2011/5130, K:2015/870 sayılı kararıyla; zorunlu taşıt sigortalarında, sigorta tazminatını hak eden kişi ile bu kişinin sigorta tazminatını kendi adına tahsilinde yetkilendirdiği vekil arasında imzalanan vekalet sözleşmesinin, Borçlar Kanunu'nda öngörülen vekalet sözleşmesi ile Avukatlık Kanunu'nda öngörülen vekaletname kapsamında olup; uyuşmazlığın çözümü için, davalı idarenin söz konusu alana müdahale etme yetkisi olup olmadığının irdelenmesi gerektiği, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, aracılar, aktüerler ile sigorta eksperlerini kapsadığı ve söz konusu kişi ve kuruluşların faaliyet, teşkilat, yönetim, çalışma esas ve usulleri ile denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlediği, dolayısıyla Hazine Müsteşarlığı'nın anılan Yasa çerçevesindeki yetkisinin de, yalnızca bu kişi ya da kuruluşlara yönelik olduğu, nitekim, anılan Yasanın davalı idarece, dava konusu Genelgenin dayanağı olduğu belirtilen 32. maddesinde de, Hazine Müsteşarlığının; sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, aracılar ve sigorta eksperlerinin maddede sayılan kurallara uymalarını sağlamak üzere gerekli her türlü tedbiri almaya yetkili olduğunun kurala bağlandığı, bu suretle davalı idarenin yetkisinin, anılan kişi ve kuruluşlarla sınırlı tutulduğu, bu durumda, zorunlu taşıt sigortası tazminatının hak sahibi konumundaki kişi ile bu kişinin sigorta tazminatını kendi adına tahsilinde yetkilendirdiği vekil arasında imzalanan ve ilgili mevzuat çerçevesinde tarafların iradesi ile içeriği belirlenen vekaletnameler özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan; davalı idarenin bu sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak işlem tesis etme yetkisi bulunmadığı, bu itibarla dava konusu Genelgede hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, anılan kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, ülkemiz sigortacılığının geliştirilmesini sağlamak, sigorta sözleşmesinde yer alan kişilerin hak ve menfaatlerini korumak ve sigortacılık sektörünün güvenli ve istikrarlı bir ortamda etkin bir şekilde çalışmasını temin etmek üzere bu Yasaya tâbi kişi ve kuruluşların, faaliyete başlama, teşkilât, yönetim, çalışma esas ve usûlleri ile faaliyetlerinin sona ermesi ve denetlenmesine ilişkin hususlar ve sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yönelik olarak sigorta tahkim sistemi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemek amacıyla kabul edilmiş olup; Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans

şirketleri, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, aracılar, aktüerler ile sigorta eksperleri anılan Yasanın kapsamında sayılmıştır.

Aynı Yasanın 32. maddesinde ise, sigorta şirketleri ve aracıların, kişi ve kuruluşlara gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı ve haksız rekabete yol açan beyanda bulunamayacağı; sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, aracılar ve sigorta eksperlerinin sigortalıların hak ve menfaatlerini tehlikeye sokabilecek hareketlerden kaçınmak, mevzuat ve işletme planı esaslarına uygun faaliyette bulunmak, sigortacılığın icaplarına ve iyiniyet kurallarına uygun hareket etmek zorunda olduğu; sigorta şirketlerinin, iyiniyet kurallarına aykırı olarak sigorta tazminatının ödenmesini geciktiremeyeceği kurallarına yer verildikten sonra; Hazine Müsteşarlığının, sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, aracılar ve sigorta eksperlerinin yukarıda sayılan kurallara uymalarını sağlamak üzere gerekli her türlü tedbiri almaya yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

5684 sayılı Yasanın 32. maddesine dayanılarak çıkarılan dava konusu Genelgeyle; uygulamada, özellikle zorunlu motorlu taşıt sigortalarında, sigorta tazminatlarının vekil aracılığıyla tahsil edildiği, ancak kimi zaman vekilin tazminatı müvekkiline tümüyle iletmediğinin gözlemlendiği, bu durumun ise, zorunlu motorlu taşıt sigortasının ihdas amacı olan üçüncü kişilerin korunması ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek; söz konusu aksaklığın giderilmesi amacıyla zorunlu motorlu taşıt sigortalarında bedeni zararların vekil aracılığıyla tahsilinde, sigorta şirketlerinin ve güvence hesabının uyması gereken kurallar belirlenmiştir. Buna göre; vekilin temsil ettiği kişiye tahsil ettiği tazminatın ne kadarını iade edeceğine ilişkin olarak vekaletnamede asgari "Tahsil edilen tazminatın %.....'sı müvekkile iletilecektir.» veya benzeri bir ifadenin yer alması gerektiği; vekaletnamede bu şekilde bir ibare yer almaması halinde, temsil olunan kişinin imzasının noter tarafından onaylandığı aynı içerikte bir belgenin düzenlenmesi gerektiği; başvuru sırasında aktarılan şekilde düzenlenen belgenin ya da vekaletnamenin sigorta şirketi veya güvence hesabına ibraz edileceği, ibrazı üzerine belgede/vekaletnamede yazılı meblağın temsil olunan hak sahibine, kalanın vekile ödeneceği; ibraz edilememesi halinde ise başvurunun işleme alınmayacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yukarıda aktarılan mevzuat hükümlerinden görüleceği üzere; 5684 sayılı Yasa, Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, aracılar, aktüerler ile sigorta eksperlerini kapsamakta ve söz konusu kişi ve kuruluşların faaliyet, teşkilat, yönetim, çalışma esas ve usulleri ile denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemekte; dolayısıyla Hazine Müsteşarlığının anılan

Yasa çerçevesindeki yetkisi de, yalnızca bu kişi ya da kuruluşlara yönelik bulunmaktadır.

Dava konusu Genelge ise, zorunlu taşıt sigortası tazminatının hak sahibi konumundaki kişi ile bu kişinin sigorta tazminatını kendi adına tahsilinde yetkilendirdiği vekil arasında imzalanan ve ilgili mevzuat çerçevesinde tarafların iradesi ile içeriği belirlenen vekaletnamelere ilişkin kural öngördüğünden, yukarıda belirtilen Yasada sayılan kişi ya da kuruluşlar arasında olmayan bu kişilere ve sözleşmelere yönelik davalı idarenin kural koyma yetkisi bulunmamaktadır.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyadaki belgelerin incelenmesinden; Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 09/03/2015 günlü, E:2011/5130, K:2015/870 sayılı kararının belirtilen açıklama ile ONANMASINA, kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (onbeş) gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27/12/2017 gününde, oybirliği ile karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	5.33	5.22	9.59	5.50	4.96	15,66
Şubat	4.72	6.11	8.79	5.61	5.87	15,50
Mart	4.23	6.95	8.03	5.64	6.89	15,35
Nisan	3.74	7.89	7.36	5.47	8.01	15,36
Mayıs	3.27	8.66	6.98	5.19	9.02	
Haziran	3.18	9.03	6.74	4.91	9.98	
Temmuz	3.23	9.26	6.43	4.77	10.94	
Ağustos	3.39	9.55	6.14	4,51	12.05	
Eylül	3.58	9.84	5.92	4.07	13.26	
Ekim	3.93	10.11	5.58	3.83	14.47	
Kasım	4.10	10.32	5.33	3.93	15,38	
Aralık	4.48	10.25	5.28	4.30	15,82	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR										
	2014	2015	2016	2017	2018	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	3.32	0.33	0.55	3,98	0,99	1.98	1.10	1.82	2,46	1,02
Şubat	1.38	1.20	-0.20	1,26	2,68	0.43	0.71	- 0.02	0,81	0,73
Mart	0.74	1.05	0.40	1,04	1.54	1.13	1.19	- 0.04	1,02	0.99
Nisan	0.09	1.43	0.52	0,76	2.60	1.34	1.63	0.78	1,31	1.87
Mayıs	-0.52	1.11	1.48	0,52		0.40	0.56	0.58	0,45	
Haziran	0.06	0.25	0.41	0,07		0.31	-0.51	0.47	-0,27	
Temmuz	0.73	-0.32	0.21	0,72		0.45	0.09	1.16	0,15	
Ağustos	0.42	0.98	0.08	0,85		0.09	0.40	-0,29	0,52	
Eylül	0.85	1.53	0.29	0,24		0.14	0.89	0.18	0,65	
Ekim	0.92	-0.20	0.84	1,71		1.90	1.55	1.44	2,08	
Kasım	-0.97	-1.42	2.00	2,02		0.18	0.67	0.52	1,49	
Aralık	-0.76	-0.33	2.98	1,37		-0.44	0.21	1.64	0,69	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2014	2015	2016	2017	2018	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	3.32	0.33	0.55	3,98	0,99	1.98	1.10	1.82	2,46	1,02
Şubat	4.75	1.53	0.34	5,29	3,69	2.41	1.82	1.80	3,29	1,76
Mart	5.52	2.60	0.75	6,38	5,29	3.57	3.03	1.75	4,34	2.77
Nisan	5.61	4.06	1.27	7,19	8,03	4.96	4.71	2.55	5,71	4.69
Mayıs	5.06	5.22	2.77	7,74		5.38	5.30	3.15	6,18	
Haziran	5.12	5.49	3.19	7,82		5.70	4.76	3.63	5,89	
Temmuz	5.89	5.15	3.41	8,60		6.18	4.85	4.84	6,05	
Ağustos	6.33	6.19	3.49	9,52		6.28	5.27	4,53	6,60	
Eylül	7.24	7.81	3.79	9,78		6.43	6.21	4.72	7,29	
Ekim	8.22	7.59	4.66	11,66		8.45	7.86	6.23	9,52	
Kasım	7.18	6.06	6.76	13,91		8.65	8.58	6.78	11,16	
Aralık	6.36	5.71	9.94	15,47		8.17	8.81	8.53	11,92	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2014	2015	2016	2017	2018	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	10.72	3.28	5.94	13,69	12,14	17.75	7.24	9.58	9,22	10,35
Şubat	12.40	3.10	4.47	15,36	13,71	7.89	7.55	8.78	10,13	10,26
Mart	12.31	3.41	3.80	16,09	14,28	8.39	7.61	7.46	11,29	10.23
Nisan	12.98	4.80	2.87	16,37	16,37	9.38	7.91	6.57	11,87	10.85
Mayıs	11.28	6.52	3.25	15,26		9.66	8.09	6.58	11,72	
Haziran	9.75	6.73	3.41	14,87		9.16	7.20	7.64	10,90	
Temmuz	9.46	5.62	3.96	15,45		9.32	6.81	8.79	9,79	
Ağustos	9.88	6.21	3,03	16,34		9.54	7.14	8,05	10,68	
Eylül	9.84	6.92	1.78	16,28		8.86	7.95	7.28	11,20	
Ekim	10.10	5.74	2.84	17,28		8.96	7.58	7.16	11,90	
Kasım	8.36	5.25	6.41	17,30		9.15	8.10	7.00	12,98	
Aralık	6.36	5.71	9.94	15,47		8.17	8.81	8.53	11,92	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR										
	2014	2105	2016	2017	2018	2014	2015	2016	2017	2018
Ocak	5.22	9.59	5.50	4,96	15,66	7.53	8.80	7.87	7,76	11,23
Şubat	6.11	8.79	5.61	5,87	15,50	7.60	8.77	7.97	7,88	11,23
Mart	6.95	8.03	5.64	6,89	15,35	7.70	8.70	7.96	8,21	11.14
Nisan	7.89	7.36	5.47	8,01	15,36	7.97	8.57	7.84	8,66	11.06
Mayıs	8.66	6.98	5.19	9,02		8.23	8.45	7.71	9,09	
Haziran	9.03	6.74	4.91	9,98		8.31	8.28	7.74	9,36	
Tem-muz	9.26	6.43	4.77	10,94		8.35	8.07	7.91	9,44	
Ağustos	9.55	6.14	4,51	12,05		8.46	7.88	7,98	9,66	
Eylül	9.84	5.92	4.07	13,26		8.54	7.80	7.92	9,98	
Ekim	10.11	5.58	3.83	14,47		8.65	7.69	7.89	10,37	
Kasım	10.32	5.33	3.93	15,38		8.80	7.61	7.79	10,87	
Aralık	10.25	5.28	4.30	15,82		8.85	7.67	7.78	11,14	

YİTİRDİKLERİMİZ

NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 48347 sicil sayısında kayıtlı
Av. MAHMUT AKAY

05/03/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1959 yılında Kayseri'de doğmuş, 2013 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 2014 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 22519 sicil sayısında kayıtlı
Av. OĞUZHAN GÜNEY

22/08/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1973 yılında Ankara'da doğmuş, 1997 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11857 sicil sayısında kayıtlı
Av. KUDRET YILDIRIM

14/03/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1948 yılında Çanakkale'de doğmuş, 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4439 sicil sayısında kayıtlı
Av. ŞEREF SALİH YÜCEER

18/03/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1931 yılında İstanbul'da doğmuş, 1958 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 1959 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 19250 sicil sayısında kayıtlı
Av. CELAL ŞEN

28/03/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1928 yılında Trabzon'da doğmuş, 1652 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Trabzon Barosu'nda yaparak, 1956 yılında Trabzon Barosu'na kaydolmuştur. 1994 yılında Trabzon Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8369 sicil sayısında kayıtlı
Av. ÖMER ÇETİN KARAGEYİK

28/03/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1948 yılında Bolu'da doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 18722 sicil sayısında kayıtlı
Av. MAHMUT BAŞARAN

19/02/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1956 yılında Çankırı'da doğmuş, 1992 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 1993 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 20342 sicil sayısında kayıtlı
Av. BESİME ÖZDEMİR

17/03/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1930 yılında Adana'da doğmuş, 1959 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Adana Barosu'nda yaparak, 1961 yılında Adana Barosu'na kaydolmuştur. 1995 yılında Burdur Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 25257 sicil sayısında kayıtlı
Av. ALİ ERTEM

09/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1923 yılında İstanbul'da doğmuş, 1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 2001 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 28012 sicil sayısında kayıtlı
Av. SADETTİN ÖZİSKENDER

02/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1939 yılında Arhavi'de doğmuş, 1963 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 2003 yılında hakimlikten emekli olup, 2003 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 14113 sicil sayısında kayıtlı
Av. ABDULLAH TİMUR

15/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1932 yılında Midyat'da doğmuş, 1962 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Mardin Barosu'nda yaparak, 1964 yılında Mardin Barosu'na kaydolmuştur. 1986 yılında Mardin Barosu'ndan naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4786 sicil sayısında kayıtlı
Av. ALİ HİKMET ULUCA

10/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1929 yılında Yıldızeli'nde doğmuş, 1960 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını baromuzda yaparak, 1961 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4763 sicil sayısında kayıtlı
Av. METİN ÜNSAL

12/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1934 yılında İstanbul'da doğmuş, 1960 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1961 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 18489 sicil sayısında kayıtlı
Av. NURDAN DÜVENCİ TARKAN

13/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1969 yılında Eskişehir'de doğmuş, 1991 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajına Ankara Barosu'nda başlamış, İstanbul Barosu'nda bitirmiştir. 2001'den vefat ettiği tarihe kadar Avukat Hakları Merkezi'nde görevli olarak çalışmıştır.
1993 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13077 sicil sayısında kayıtlı
Av. BERAT BÜLENT KOLTUKOĞLU

17/04/2018 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1956 yılında Boyabat'da doğmuş,
1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1984 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	55844	HAZAL	ÖZKÖK	08/03/2018	TEKİRDAĞ BAROSU
2	36156	UMUT	DEMİR	08/03/2018	MUĞLA BAROSU
3	45829	GÖKHAN	DEMİR	08/03/2018	TEKİRDAĞ BAROSU
4	22714	SEYİD BATTAL	ARI	08/03/2018	ADIYAMAN BAROSU
5	49323	CANSU	KARAKAŞ	08/03/2018	ORDU BAROSU
6	57708	AYŞE MERVE	İLAÇAN	08/03/2018	SAKARYA BAROSU
7	28148	BURCU	ÖNER	08/03/2018	MUĞLA BAROSU
8	55070	HAKAN	GÖKÇE	08/03/2018	KARS BAROSU
9	50233	NURGÜL	BARAN	08/03/2018	TEKİRDAĞ BAROSU
10	39637	EMRE	DEMİR	08/03/2018	MUĞLA BAROSU
11	36972	REYHAN	ALPTEKİN	08/03/2018	MERSİN BAROSU
12	35576	PELİN	TUNÇLUDEMİR	08/03/2018	ANTALYA BAROSU
13	29812	MİKAİL	DEMİRCİ	08/03/2018	TEKİRDAĞ BAROSU
14	58163	FİRDEVS MELİS	MASARECİ	08/03/2018	EDİRNE BAROSU
15	60271	ÖMER FATİH	KAYA	15/03/2018	KOCAELİ BAROSU
16	53989	HÜSEYİN	DİŞLİ	15/03/2018	ANTALYA BAROSU
17	43592	YILMAZ	KARAY	15/03/2018	VAN BAROSU
18	41872	EDA	YAKMAZ	15/03/2018	İZMİR BAROSU
19	49033	NAZAN	BAŞBUĞ	15/03/2018	DİYARBAKIR BAROSU
20	25501	ADNAN	YAĞCI	22/03/2018	ÇANAKKALE BAROSU
21	39082	GÜLÇİN	GÜVEN	22/03/2018	MUĞLA BAROSU
22	40836	DERYA	D.ÇALIŞKAN	22/03/2018	BURSA BAROSU
23	59956	MEHMET	ÖRDEK	22/03/2018	ARTVİN BAROSU
24	59592	VEYSEL	EKŞİNAR	22/03/2018	ELAZIĞ BAROSU
25	51047	SABRİ	AKGÜL	22/03/2018	ELAZIĞ BAROSU
26	46877	SENEM	MANSUR	22/03/2018	MERSİN BAROSU
27	27945	SEZGİN	YORGUN	22/03/2018	TEKİRDAĞ BAROSU
28	51778	HATİCE	UĞUR	22/03/2018	AYDIN BAROSU
29	55567	MÜGE	AKAGÜNDÜZ	29/03/2018	İZMİR BAROSU
30	52744	SAMET	BÜYÜKOVALI	29/03/2018	KONYA BAROSU
31	37504	ÖMER	VEYSANOĞLU	29/03/2018	ŞANLIURFA BAROSU
32	32412	ZÜHAL	TEKGÜL	29/03/2018	İZMİR BAROSU
33	53441	ÖMER FARUK	YAZGELDİ	05/04/2018	DÜZCE BAROSU
34	43319	YAŞAR GÜZİN	ALTINİŞ KURT	05/04/2018	MUĞLA BAROSU
35	59094	CANAN	FINDIK	05/04/2018	İZMİR BAROSU
36	54954	SEHER	BİLGİN	05/04/2018	TEKİRDAĞ BAROSU

37	53705	MESUT GÜRAY	KÜÇÜK	05/04/2018	DÜZCE BAROSU
38	52843	ALİ ERKAM	ÖCAL	05/04/2018	ELAZIĞ BAROSU
39	57672	DİDEM	IŞIKSEL	05/04/2018	SAKARYA BAROSU
40	47380	DİCLE	YILMAZ	05/04/2018	MUĞLA BAROSU
41	37716	NİHAN	GELİŞ PABUÇCU	05/04/2018	MUĞLA BAROSU
42	27682	KUBİLAY	TEKGÜL	05/04/2018	İZMİR BAROSU
43	49210	NESLİHAN	BALTA	12/04/2018	İZMİR BAROSU
44	11085	ÖNDER	YILMAZ	12/04/2018	SAKARYA BAROSU
45	59884	MEHMET B.	ALTUNEZEN	12/04/2018	MANİSA BAROSU
46	60214	MEHMET E.	ARVAS	12/04/2018	BURSA BAROSU
47	60187	EZGİ SILA	YURTSEVER	12/04/2018	BİNGÖL BAROSU
48	58859	GÜLŞAH	BAŞ	12/04/2018	BALIKESİR BAROSU
49	55400	ESRA	ÜNAL	12/04/2018	KASTAMONU BAROSU
50	56562	NURSELİ	AYÇİÇEK	12/04/2018	MUŞ BAROSU
51	46378	EZGİ	PARILDAR	12/04/2018	BURSA BAROSU
52	57700	MERVE BETÜL	ÇİÇEK	19/04/2018	BURSA BAROSU
53	60484	ALİ CENGİZ	GÜLTEKİN	19/04/2018	BURSA BAROSU
54	58491	MUSTAFA	ASLAN	19/04/2018	ESKİŞEHİR BAROSU
55	58115	AYGÜL SEVAL	ÇÜRÜK	19/04/2018	ADANA BAROSU
56	57928	ELİF BEYZA	KARA	19/04/2018	BURSA BAROSU
57	57341	ONUR	SERTEL	19/04/2018	BURSA BAROSU
58	59244	SALİH	TURAN	19/04/2018	DİYARBAKIR BAROSU
59	53769	EYYUB ENES	PEKCAN	19/04/2018	ADANA BAROSU
60	57727	ONUR	AYBEK	19/04/2018	ANTALYA BAROSU
61	46467	ECEM	YENİGÜN	19/04/2018	ANTALYA BAROSU
62	30143	KÜBRA M.	BAYRAKTAR	19/04/2018	BURSA BAROSU

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
1	44669	KEMAL	ATASOY	08/03/2018
2	36325	GÜNEŞ	UYSAL	08/03/2018
3	44253	HASRET	AK ÇELİK	08/03/2018
4	54702	YASİN	ÇELİK	08/03/2018
5	14167	YALÇIN EROL	ARAPKİRLİ	15/03/2018
6	60043	EMRE	ŞİMŞEK	22/03/2018
7	54850	ALİ	ŞAHBAZ	22/03/2018
8	41473	FEHİM	AKKUŞ	22/03/2018
9	49688	İDİL	BİRCAN	22/03/2018
10	34832	BİLGE	KARHAN	29/03/2018
11	59909	GÜLAY	GÜNEL	05/04/2018
12	6171	SELEN	GÜLDEMET	05/04/2018
13	28854	IŞIL	DURSUN ÖZDEMİR	05/04/2018
14	43010	MEHMET RAGIP	ALTUNCU	12/04/2018
15	46253	DOĞAN	GÜLTUTAN	12/04/2018
16	6550	SALDIRAY	TOLUN	19/04/2018
17	59684	SERKAN	HARMANBAŞI	19/04/2018
18	54599	MUSTAFA	YURDAKUL	19/04/2018
19	54218	YASİR	AKSOY	19/04/2018

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAMLARA GÖRE ARAMA DİZİNİ

A

30 İŞÇİ KOŞULU 568
35'E GÖRE TEBLİGAT 617
ACENTE 608
ALT İŞVEREN 581, 680
ALT İŞVERENLER 540
ALTMIŞ GÜNLÜK EK SÜRE 630
ANNE VE BABA İÇİN MANEVİ TAZMİNAT 685
ARAÇ İÇİNDEKİ YOLCU 650
ARSA KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ 623, 625
ASIL İŞVEREN 680
AVUKATIN MÜVEKKİLİ ADINA SİGORTA TAZMİNATINI TALEP ETMESİ 719
AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ 611

B

BAĞIMSIZ BÖLÜME ASILAN TABELA 673
BAĞIMSIZ BÖLÜM MALİKLERİNİN BORÇLARI 670
BAKICI GİDERİ 645
BAKİYE SÖZLEŞME SÜRESİ ÜCRETİ 562
BAŞVURU SÜRESİ 659
BELEDİYELER 540
BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ 562, 699
BİR AYLIK SÜRE 524
BİRDEN FAZLA PARSEL ÜZERİNDEKİ SİTELER 677
BİRDEN FAZLA PARSEL ÜZERİNE KURULAN SİTELER 663
BORCUN ÖDENMESİ 534
BOŞANAN KADININ HAKKI 498
BOŞANILAN EŞLE FİİLEN YAŞAMA 602
BRÜT ALACAK 531, 534
BRÜT MİKTARLAR 532

C

CEZAİ ŞART 556, 610
ÇİFT AYLIK ALMA 604
ÇİFT AYLIK HAKKI 484
ÇİFTE EMEKLİLİK 451
ÇOCUĞUN SOYADI 498

D

DAVA AÇILDIKTAN SONRA YAPILAN ÖDEMELER 628
DAVA AÇLIDIKTAN SONRA YAPILAN ÖDEMELER 628
DAVADA GÖREV 593, 660, 662, 665, 666, 676, 677
DAVADAN FERAGAT 628
DAVALI TANIĞININ SÖZLERİ 547
DESTEKTEN YOKSUNLU 481
DESTEKTEN YOKSUNLUK 635, 651

E

EĞİTİM MASRAFLARI 556
EĞİTİM TOPLANTILARI 554
EKONOMİDE KÖTÜLEŞME 505
EVLİ BİRİSİYLE BİRLİKTELİ 463
EVLİ İNSANLA BİRLİKTELİ 472

F

FAİZ BAŞLANGICI 587
FAYDALI İŞLER 672
FAZLA ÇALIŞMA 546, 554
FESHİN GERÇEKLEŞMESİ 575
FESİH BİLDİRİMİ 524, 575

G

GEÇİMİNİ SAĞLAYACAK BAŞKA GELİR 486
GEMİ ADAMI 562
GEMİNİN YABANCI BAYRAGA GEÇMESİ 578
GÖREVLİ MAHKEME 508, 623, 630, 669
GÖREVLİ MEMURUN HATASI 593
GRUP ŞİRKETLER 568

H

HAFTALIK FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİ 546
HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE 594
HAKLI FESİH 538, 564, 703
HAKSIZ FİİL 508
HALEFİYET 625
HARÇ İADESİ 587
HASAR SİGORTACISI 676
HESAP YÖNTEMİ 536

HİZMET SÖZLEŞMESİ 608
HİZMET TESPİT DAVASI 594
HÜKMEN RED 659

I

İCRA İNKAR TAZMİNATI 529, 708
İCRA TAKİBİ 439
İDARENİN KURAL KOYMA YETKİSİ 719
İDARENİN SORUMLULUĞU 613
İDARİ YARGI GÖREVİ 513
İHBAR TAZMİNATI 564, 578, 699
İLAMLI TAKİP 535
İSPAT KÜLFETİ 575
İSTİSNAİ DURUMLAR 443
İŞÇİ ALACAĞI 531, 532
İŞÇİLİK ALACAKLARI 550, 613
İŞÇİNİN İSTİFASI 564, 703
İŞÇİNİN İŞYERİNE ZARAR VERDİĞİ İDDİASI 705
İŞÇİ TEMİNİ SÖZLEŞMESİ 540, 572
İŞE İADE 568, 581
İŞE İADE DAVASI 524
İŞ KAZASI 599, 680, 685, 688
İŞ TOPLANTILARI 554
İZİN ÜCRETİ 520

K

KANITLARIN ARAŞTIRILMASI 714
KARAR NİSABI 672
KAT İRTİFAKI 662
KAT İRTİFAKININ KALDIRILMASI 669
KAT MALİKLERİNİN BORÇLARI 439
KAT MÜLKİYETİ 660, 662, 670, 672, 673, 676
KEFALET SÖZLEŞMESİ 615
KIDEM TAZMİNATI 703
KIDEM TAZMİNATI FAİZİ 532, 536
KIDEM VE İHBAR TAZMİNATI 520
KOOPERATİF'İN TACİR SIFATI 666
KURUM ALACAĞI 509
KURUM RÜCU ALACAĞI 599
KURUM ZARARI 593

M

MADDİ HATA 701

MADDİ TAZMİNAT 514
MAHKEMECE YAPILACAK İŞ 705
MANEVİ TAZMİNAT 463, 688
MESKEN ABONELİĞİ 504
MEVSİMLİK İŞÇİ 520
MİRASIN REDDİ 510, 659
MURİS MAVAZAVI 493
MUVAZAA İDDİASI 621
MUVAZAALI ACENTELİK İLİŞKİSİ 550
MUVAZAALI İLİŞKİ 608
MUVAZZA 581
MÜSABAKA UYUŞMAZLIKLARI 619
MÜTESELSİL BORÇLAR 628
MÜTESELSİL BORÇLULUK 596
MÜTESELSİL SORUMLULUK 680

N

NAFAKA ARTTIRIMI 505
NET MİKTARIN TESPİTİ 531
NET ÜCRET 547

O

ORTAK GİDERLER 662
ORTAK YER 660
ÖLÜM AYLIĞI 486
ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİ 621

P

PAYLAR 481
PRİM MATRAHI 591

R

RESMİ ŞEKİL 443
RÜCU DAVASI 676

S

SAHTE FACEBOOK HESABI 714
SANTRALİN ZARARLARI 514
SGK DUL VE YETİM AYLIĞI 604
SİGORTALI BABA 486

SİGORTA PRİMİNE TABİ KAZANÇLAR 591
SİTE YÖNETİMİ 665
SÜRELİ VEKALET 611
SÜRESİZ ŞİKAYET 535
ŞİKAYET 534
ŞİKAYETİN AKIBETİ 534

T

TAKDİRİ İNDİRİM 610
TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ 523
TANIK İFADESİ 547
TAPU İPTALİ 493
TASARRUFUN İPTALİ 633
TAŞINMAZ SATIŞI 443
TAZMİNAT SORUMLULUĞU 472
TEBLİGAT KANUNU 617
TEBLİGAT USULÜ 615
TEDAVİ GİDERLERİ 642, 685
TEK TARAFLI CEZAİ ART 556
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA 572
TRAFİK KAZASI 650
TRAFİK SİGORTASI 642, 645, 651
TÜKETİCİNİN GÖREVİ 504
TÜRKİYE'DE YAPILAN İŞ 519

U

USULÜ KAZANILMIŞ HAK 701
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULU 619
ÜCRET FARKI ALACAĞI 587
ÜÇÜNCÜ KİŞİ 635
ÜÇÜNCÜ KİŞİ EYLEMİ 599
ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KASTI 688

V

VEKALET ÜCRETİ 581, 610, 708

Y

YAĞMA SUÇU 710
YARGILAMA KOŞULU 529
YARGITAY KARARLARI 701
YARGI YOLU 513
YAŞLILIK AYLIĞI 451

YERSİZ ÖDEME 509
YILLIK İZİN ÜCRETİ 526
YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI 538
YURT DIŞINDAKİ ŞİRKET 519

Z

ZAMANAŞIMI 630
ZAMANAŞIMI DEF'İ 596
ZAMANAŞIMI SÜRESİ 526
ZORLAYICI SEBEP 581

İŞ KAZASI VEYA MESLEK HASTALIĞINDAN DOĞAN MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVALARI UYGULAMASI

Mesut BALCI
2018/03 3. Baskı

Gelişmekte olan ülkemizde sanayileşme ile birlikte çalışan işçi sayısının artması, buna karşın işgüvenliği ile ilgili olarak alınan önlemlerin yeterli olmaması nedeniyle iş kazaları ve meslek hastalıklarının geçmiş yıllara göre arttığı bir gerçektir.

İş kazaları ve meslek hastalıkları ile ilgili tazminat davaları, uygulamada bilirkişi raporlarındaki takdire ve varsayıma dayalı hesaplamalar ile çözüme ulaştırılmaktadır.

Bu davalarda, tarafların iddia ve savunma hataları nedeniyle hak kayıplarına uğradığı da görülmektedir.

Adaletin hukuk düzeni içinde doğru veya doğruya yakın bir biçimde gerçekleşmesi için iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan davaların hukuki dayanaklarını, pratikte nasıl çözüldüğünü anlatarak katkı sağlamak için bu çalışmayı gerçekleştirdim.

Kitabın ilk baskılarını geliştirerek, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ve 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun uygulanacağı dönem ile ilgili uygulamaları yorumlayarak görüşlerimi aktardım. (SUNUŞ'tan)

İŞ MAHKEMELERİNİN GÖREVİ VE YARGILAMA USULÜ

ORHAN RÜZGAR – H. YUNUS TAŞ

İş Davalarında Yetkili Mahkeme

İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü

İş Mahkemelerinde Dava Çeşitleri

İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

İş Mahkemesinde Dava Açılması

İş Davalarında Zamanaşımı

İş Davalarında Faiz

İşçi Alacaklarında Hesaplamaya Esas Alınacak Ücret

İş Davalarında Bilirkişilik

Cezai Şart Ve İbraname

İş Davalarında İstinaf Ve Temyiz