İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

KASIM - ARALIK 2019

CİLT: 93 • SAYI: 2019/6 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

KASIM - ARALIK 2019

CİLT: 93 - SAYI: 2019/6 ISSN 1304-737X

Dergide yayımlanan yazılar yazarların, kişisel görüşünü yansıtır.
Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir.
Yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
Yayımlanmayan yazılar için, gerekçe gösterme zorunluluğu
yoktur. Gönderilen yazılarda, Yayın Kurulu'nun saptadığı
yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

Dergi'de yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)
Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 130.00 TL'dir.
Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki
TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.
Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 393 07 57
(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

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

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

•

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Mehmet DURAKOĞLU

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Cengiz YAKA

•

Yayından Sorumlu
Yönetim Kurulu Üyeleri
Av. Nazan MOROĞLU
Av. Muazzez YILMAZ

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. İsmail GÖMLEKLİ

•

Genel Yazman
Av. A. Coşkun ONĞUN

•

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

•

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

•

Yayıncı Sertifika No: 12457

•

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

•

ARALIK 2019

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULUNDAN..... 11

"ULUSLARARASI TİCARİ UZLAŞTIRMA HAKKINDA UNCITRAL MODEL KANUNU, 2002"Yİ REVİZE EDEREK ONUN YERİNE GEÇEN "ULUSLARARASI TİCARİ ARABULUCULUK VE ARABULUCULUK SONUCUNDA YAPILAN ULUSLARARASI SULH ANLAŞMALARI HAKKINDA UNCITRAL MODEL KANUNU, 2018" (TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BİR DEĞERLENDİRME)

Av. Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY..... 15

1909 DEĞİŞİKLİKLERİ İLE BİRLİKTE 1876 KANUN-İ ESASİ'Sİ DÖNEMİ SİYASAL DÜZENİ

Av. Ahmet Mücahit SELÇUK 30

EŞİT DAVRANMA İLKESİ VE FESİHTE EŞİT DAVRANMA İLKESİNE UYULMAMASININ SONUÇLARI

Stj. Av. Aylin DEMİR 40

YABANCILIK UNSURU İÇEREN İFLAS DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN YETKİSİ

Ar. Gör. Can YÖNEY 59

TÜRKİYE'DE HAYVAN HAKLARI

Av. Deniz TAVŞANCIL KALAFATOĞLU 73

FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNDE KİRALAYANIN AYIPTAN SORUMLULUĞU

Ece Ayça EKER 105

ANONİM ŞİRKETLERDE PAYIN DEVRİ VE BAĞLAM

Av. Elif Bilge İNCESU..... 124

HAKİM ve SAVCILARA YÖNELİK USÜL KANUNLARI,

Av. Hüseyin CİMŞİT 139

DOSYA (ALACAK) HACZİ MESELESİ VE BU HACİZLERDE 2004 SY. İİK M. 106-110 UYGULAMASI İLE İLGLİ Y. 12. HD.'NİN 20/10/2015 TARİHLİ KARARI

Av. Koray ÖZDOĞAN 146

3298 SAYILI UYUŞTURUCU MADDELERLE İLGİLİ KANUN 4. MADDE İNCELEMESİ

Av. Müslüm YILDIZ..... 153

TİCARİ DAVALARDA ZORUNLU ARABULUCULUK DÜZENLEMESİNİN KAPSAMI VE BAZI TARTIŞMALI HUSUSLAR

Av. H. Gültekin CAN 174

TOPLU YAPILARDA/SİTELERDE MEVCUT YÖNETİM PLANLARININ 634 SY. KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NU DEĞİŞTİREN 5711 SY. KANUNA UYARLANMAMASI NEDENİYLE YAŞANAN SORUNLAR

Av. Ömer Lütfi COŞAR 193

HALKA AÇIK OLMAYAN ANONİM ŞİRKETLERDE BİRİKİMLİ "OY"UN KURALLARIVE MATEMATİĞİ

Av. Sıla ÖZTÜRK & Av. Kemal TAĞA 212

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları 229
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 336
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 344
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 356
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 373
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 378
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 383
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 437
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 445
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 452
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 466
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 476
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 487
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 494
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 500
Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 515
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 537
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 575
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 586
Bölge İdare Mahkemesi Kararları 589

Yararlı Bilgiler

Tablo ve Çizelgeler 603

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz 615
Nakiller 622
Ayrılmalar 625

Kavram Dizini 627

YAYIN KURULU'NDAN

BU DÜNYADAN BİR MÜMTAZ SOYSAL GEÇTİ...

Anayasa Hukuku Profesörü değerli ilim adamı Mümtaz Soysal hocamızı 11 Kasım 2019 günü kaybettik.

Soysal 1929 yılında Zonguldak'ta doğdu. 1949 yılında Galatasaray Lisesi'ni, 1953 yılında da Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'ni bitirdi. Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nde asistan olarak görevliyken fark dersi sınavlarını vererek **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi**'nden de mezun oldu 1956 yılında Mülkiyede asistan olarak çalışmaya başladı; 1958'de siyasal bilimler alanında doktora çalışmasını tamamladı. Siyasal Bilgiler Fakültesinden Anayasa Hukuku profesörü olarak uzun yıllar dersler verdi.

Hukukçuluğunun yanı sıra gazete yazılarıyla da tanınan Soysal, Forum, Akis, Yön, Ortam gibi dergilerde, Yeni İstanbul, Cumhuriyet, Ulus, Barış, Milliyet ve Hürriyet gazetelerinde yazarlık yaptı. Milliyet gazetesinde 1974'te "Açı" başlığıyla yayımlamaya başladığı köşe yazılarını 1991-2001 yılları arasında Hürriyet'te, 2001'den sonra da Cumhuriyet'te devam etti.

1962 yılında arkadaşlarıyla birlikte Sosyalist Kültür Derneği'ni kurdu. 1969-71'de Akdeniz Sosyal Bilim Araştırma Konseyi Başkanlığı, 1974-78 arasında Uluslararası Af Örgütü ikinci başkanlığı görevlerini yürüttü. 1979'da BM Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) Uluslararası İnsan Hakları Öğretimi Ödülü'nü aldı. 12 Mart Muhtırasından sonra gözaltına alınıp tutuklandı. Toplam 14,5 ay Mamak Cezaevi'nde kaldı.

15 Temmuz 1983 günü Paris yakınlarındaki Orly Havaalanı'nın THY bürosu önünde patlayan bir bombanın neden olduğu sekiz kişinin ölümüne ve altmış dolayında kişinin de yaralanmasına yol açan Orly Havalimanı saldırısını gerçekleştirmekten dolayı tutuklanan ASALA mensuplarının yargılandığı davaya Türk mağdurları temsilen müdahil olarak katılmıştı.

Kariyerinde Dışişleri Bakanlığı görevi de bulunan Hocamızın Hukukçulara yön veren birçok eseri ve yazısı var kuşkusuz. Ancak **100 Soruda Anayasanın Anlamı** kitabı genç hukukçuların uzun yıllar ellerinden düşürmediği bir başucu kitabına dönüştü.

Hukukçunun asla umutsuzluğa kapılmaması gerektiğini girdiği davalarda ve yürüttüğü işlerde açık biçimde ortaya koyan Hocamız, Baromuz Seminerlerinde de konuşmacı olarak yer alarak önemli katkılarda bulundu.

Kıbrıs davasında Türk tarafının haklılığını saygın bir üslupla tüm dünyaya duyuran **Rauf Denktaş**'ın

da uzun yıllar danışmanlığını yürüttü.

Katıldığı bir Baro Lozan Panelinde hocamız şu görüşlerin altını çiziyor: "Lozan'da benim dikkatimi çeken bir nokta var; o da uluslararası hukuk bakımından ilginç bir nokta. Genellikle barış antlaşmaları ki Lozan bir barış antlaşmasıdır, bir savaş sonrasında yapılır, savaştan barışa geçiştir. Ama Lozan hangi savaşın sonrasında? Aslında Kurtuluş Savaşında Yunanistan yenilmiştir, bu savaşın defterinin dürülmesi gerekir, o savaş sonrasının düzeninin ayarlanması gerekir, ama öyle değil. Lozan aynı zamanda Sevr'in de bir sonuca bağlanması oluyor. Yani iki savaş, birinde Türklerin ya da Osmanlı'nın yenildiği, öbüründe Türklerin, Ankara'daki Hükümetin kazandığı iki savaştır. Dolayısıyla yenilenle yenenin birbirine karıştığı ve genellikle de model açısından barış antlaşmaları bakımından alışılmış olan modelin dışına çıkan bir antlaşmadır. ... Lozan en önde bir egemenlik konusu olduğuna göre Ankara'da kurulmuş olan devletin egemenliği kabul edildiğine göre ve bu devlet bir ulus-devlet olarak ortaya çıktığına göre artık onun savunulmasından vazgeçmek mi gerekir? Bana sorarsanız hayır. Pekala Lozan'ın o yününü saklı tutmak, belki de sanıldığı kadar eski bir düşünceyi savunmak değildir, tam tersine çok çağdaş bir düşüncedir savunulması gereken ulus-devlet düşüncesi. Ama öyle değil, bugün tam aksini sık sık duyuyorsunuz "onun çağı geçti, değişelim" denilmektedir. Lozan'da bazı konularda nasıl inatlaşıldıysa, bu konuda da zannediyorum inatlaşmak doğrunun inadı olarak başarı kazanabilir. Fransa bazı şeyleri savunuyor da, onun inadı kabul ediliyor, niye Türkler aynı şeyleri savunmasınlar ve onun inadı kabul edilmesin? Doğru diye bildiğiniz noktada inat etmek, dünya böyle gidiyor, tersine kürek çekmek değildir. Doğrunun üzerinde ısrar etmek pekâlâ çağdaş da olabilir, geçiçi bir çağdaşlık hevesi uğruna Lozan'ın getirdiği durumu bozmak bence yanlış olur. O bakımdan ne kadarı kazanılmışsa bütün o mücadelelerin, onların saklı tutulması ve aynı yönde daha da ileri adımların atılması gerekir."

Örnek aldığımız azmi, mücadelesi ve çağdaş bakış açısıyla Hocamızı sevgi ve rahmetle anıyoruz.

Yazı ve eserleri bize ışık tutmaya devam edecek.

***

Yeni yayınlarda görüşmek umuduyla...

Yayın Kurulu

YAZILAR

"ULUSLARARASI TİCARİ UZLAŞTIRMA HAKKINDA UNCITRAL MODEL KANUNU, 2002"Yİ REVİZE EDEREK ONUN YERİNE GEÇEN "ULUSLARARASI TİCARİ ARABULUCULUK VE ARABULUCULUK SONUCUNDA YAPILAN ULUSLARARASI SULH ANLAŞMALARI HAKKINDA UNCITRAL MODEL KANUNU, 2018"

(TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BİR DEĞERLENDİRME)

Av. Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY[1]

I. Giriş

UNCITRAL'in (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu: Komisyon) Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında Model Kanunu, 2002 tarihli (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) olup, bir süreden beri, bu alandaki yeni oluşumları yansıtmak amacıyla gözden geçirilmesi gereksinimi tartışılmaktaydı.[2]

UNCITRAL'in (Komisyon) görevlendirmesi üzerine, Uzlaştırma Hakkında Model Kanun, 2002, UNCITRAL Çalışma Grubu II tarafından revize edilmiştir. Güncelleştirilmiş metin, Komisyon'un 26 Haziran 2018 tarihli 51. Toplantısında onaylanmış; böylece, UNCITRAL'in Uluslararası Ticari Uzlaştırma Hakkında Model Kanunu, 2002'nin yerini "UNCITRAL Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Model Kanun" (Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018) almıştır.[3]

---

1 UNCITRAL WG II'de Delege, UNIDROIT Muhabir Üyesi

2 2002 tarihli Model Kanunun metni için bkz UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use, 2002. United Nations, New York, 2014.

3 Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) için bkz. UN, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, Fifty-first session (25 June-13 July 2018), Annex II.

ÇG II, özel hukuk uygulamasında çok kez "uzlaştırma" (conciliation) terimi yerine "arabuluculuk" (mediation) teriminin kullanıldığını belirterek 2002 tarihli "Uzlaştırma Hakkında Model Kanun"un başlığını, "Arabuluculuk Hakkında Model Kanunu" olarak değiştirmiş ve "uzlaştırıcı" (conciliater) terimi yerine de "arabulucu" (mediator) terimi kullanılarak 2002 tarihli Model Kanun, bu alandaki en yeni gelişmelerle uyumlu olacak şekilde modernize edilmiştir.

"Model Kanun"la birlikte hazırlanmış bulunan "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" (Singapore Convention on Mediation: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi) 7 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da imzaya açılmış ve 46 Devlet tarafından imzalanmıştır. İmzacı devletler arasında tek Avrupa ülkesi olarak Türkiye Cumhuriyeti de bulunmaktadır. "Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi"yle ilgili bir araştırmam İstanbul Barosu Dergisinde yayınlanmış ve Sözleşmenin Türk hukukuyla uyumu konusundaki değerlendirme ilgili çevrelerin dikkatine sunulmuştur (İBD, Mayıs- Haziran 2019, C.93, Sayı: 2019/3, s. 31-49).

Bu araştırma ise, UNCITRAL'in "Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Model Kanun, 2018"in incelenmesine ilişkindir. Aşağıdaki açıklamalarımızda yeni düzenleme, bazen "Arabuluculuk hakkında Model Kanun, 2018"; bazen de sadece, "Model Kanun, 2018" olarak belirtilmiştir.[4]

II. Model Kanun 2018'in Sistemi

Bölüm 1- Genel hükümler

Madde 1. Uygulamanın kapsamı ve tanımlar
Madde 2. Yorum

Bölüm 2- Uluslararası ticari arabuluculuk

Madde 3. Bu Bölümün uygulanmasının kapsamı ve tanımlar
Madde 4. Anlaşmaya dayalı değişiklik
Madde 5. Arabuluculuk sürecinin başlaması
Madde 6. Arabulucuların sayısı ve atanması
Madde 7. Arabuluculuğun yürütülmesi

4 "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin imzaya açılması ve "Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucu Olarak Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2018 tarafından "Ticari Uzlaştırma Hakkında UNCITRAL Model Kanunu, 2002"nin modernize edilmesiyle görevini tamamlayan Çalışma Grubu II'ye "hızlandırılmış tahkim" (expedited arbitration) konusu üzerinde çalışma görevi verilmiştir. 4-8 Şubat 2019 tarihlerinde New York'ta yapılan 69. Toplantısında bu sorunu incelemeye başlayan ÇG II'nin 23-27 Eylül 2019 tarihlerinde Viyana'da yapılacak olan 70. Toplantısında "hızlandırılmış tahkime ilişkin kurallar" geliştirilecektir (Draft provisions on expedited arbitration) . Bkz. A/CN.9/WG.II/WP.209 ve A/CN.9/WG.II/WP.210.

Madde 8. Arabulucu ile taraflar arasında iletişim
Madde 9. Bilginin açıklanması
Madde 10. Gizlilik
Madde 11. Delillerin, diğer yargılamalarda kabul edilip edilmeyeceği
Madde 12. Arabuluculuk sürecinin sona ermesi
Madde 13. Hakem olarak hareket eden arabulucu
Madde 14. Tahkim veya yargılama usulüne başvuru
Madde 15. Sulh anlaşmalarının bağlayıcı ve icra edilebilir niteliği
Bölüm 3- Uluslararası sulh anlaşmaları
Madde 16. Bu Bölümün uygulanmasının kapsamı ve tanımlar
Madde 17. Genel İlkeler
Madde 18. Sulh anlaşmalarına dayanmaya ilişkin koşullar
Madde 19. İcranın reddine ilişkin nedenler
Madde 20. Paralel başvurular ve talepler

III. Model Kanun 2018'in sistematik açıklanışı

Çalışma Grubu, Model Kanun'la, "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"(Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi) (United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation") arasında uyum sağlanması amacıyla, Model Kanun'da, olanaklar elverdiği ölçüde Sözleşme çözümlerine bağlı kalınmasına karar vermiş ve çalışmalarını bu yönde geliştirmiştir.

Aşağıda Model Kanun'un çözümlerine ilişkin açıklamalarımızda, araştırıcılara ve ilgili çevrelere kolaylık sağlamak düşüncesiyle Model Kanun'un sistematiği (Bölümleri ve maddeleri) izlenmiş; bu düzenlemenin Türk hukukuyla uyumu bakımından da 7 Haziran 2012 tarihli ve 6325 sayılı "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu" ile bu Kanuna ilişkin Yönetmelik hükümlerine yollamalarda bulunulmuştur.

Bölüm 1- Genel hükümler

Madde 1. Uygulamanın kapsamı ve tanımlar

Model Kanun'da Madde 1 hükümleri "genel hükümler"e özgülenmiştir.

1. Bu hükümlere göre, Model Kanun, uluslararası ticari arabuluculuğa ve uluslararası sulh anlaşmalarına uygulanır (Madde 1.1).

2. Model Kanunun amaçları bakımından "arabulucu" (mediator), olaya göre, tek veya iki ya da daha çok arabulucu anlamına gelir (Madde 1.2).[5]

3. Model Kanunun amaçları bakımından, "arabuluculuk" (mediation)

5 Türk hukukunda, ArabK m. 14'e göre, "başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir. Karş. ArabKYön, m. 16.

kavramı, arabuluculuk (mediation) veya uzlaştırıcılık (conciliation) sözcükleriyle ya da aynı anlama gelen başka bir anlatımla yollama yapılmış olsun olmasın, sözleşmesel veya başka bir hukuki ilişkiden kaynaklanan veya böyle bir ilişkiyle bağlantılı olan bir uyuşmazlığın dostane bir şekilde çözüme ulaşması için tarafların, üçüncü bir kişinin veya üçüncü kişilerin ("arabulucu") kendilerine yardım etmesini talep etmiş oldukları bir süreci ifade eder. Arabulucunun, uyuşmazlığa ilişkin bir çözüm için tarafları zorlama yetkisi yoktur (Madde 1.3).[6]

Madde 2. Yorum

Model Kanunun Genel Hükümlerde bulunan 2. Maddesinde, "yorum"-la ilgili bir ilke de yer almaktadır.

1. Benimsenen "yorum ilkesi" şudur: Model Kanunun yorumunda, onun uluslararası kökeni, uygulanmasında yeknesaklık gereksinimi ve iyi niyet göz önüne alınacaktır (madde 2.1).

2. Model Kanunun kapsamında yer alan ancak açık bir şekilde çözüme bağlanmayan konulara ilişkin sorunların ise, bu Kanunun dayandığı genel ilkelerle uyumlu olarak çözüme bağlanması öngörülmüştür (Madde 2.2).

Bölüm 2- Uluslararası ticari arabuluculuk

Madde 3. Bu Bölümün uygulanmasının kapsamı ve tanımlar

Model Kanun'da "uluslararası ticari arabuluculuk"a ilişkin Bölüm 2'de 3. Madde "Bu Bölümün uygulanmasının kapsamı ve tanımlar" a ilişkindir.

1. Madde 3.1'e göre, İkinci Bölüm, uluslararası ticari arabuluculuğa uygulanacaktır.

2. Bu Bölümde, Madde 3.2 hükmü, bir "arabuluculuk"un "uluslararası" nitelikte sayılabilmesi için öngörülen koşulları belirlemektedir. Bir arabuluculuk,

(a) Bir arabuluculuk anlaşmasına taraf olanların iş yerleri (place of business), o anlaşma yapıldığı sırada farklı Devletlerde ise; veya

(b) Tarafların iş yerlerinin bulunduğu Devlet,

6 Bkz. UNCITRAL 51. Session, A/CN.9/934, No. 30. Türk hukukunda ArabK, arabuluculuğu, "sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisini de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" olarak tanımlamıştır (m. 2.1.a; Karş. ArabKYön, m. 4.1.c).

(i) Ticari ilişkiden doğan borçların esaslı kısmının ifa edileceği Devletten; veya

(ii) Uyuşmazlığın konusuyla en yakın bağlantı durumunda bulunan Devletten farklı ise "uluslararası" nitelikte sayılacaktır (Madde 3. 2).[7]

3. Bu paragrafın amaçları bakımından,

(a) Eğer bir tarafın birden fazla iş yeri varsa, onun iş yeri, arabuluculuk anlaşmasına en yakın ilişkisi bulunan iş yeridir.

(b) Eğer bir tarafın bir iş yeri bulunmuyorsa, o tarafın olağan yerleşim yeri (habitual residence; résidence habituelle), işyeri olarak kabul edilecektir (Madde 3.3).

4. Model Kanunun 2. Bölümü, ayrıca, tarafların, arabuluculuğun uluslararası olduğunu kabul ettikleri veya bu Bölümün uygulanması hususunda mutabık kaldıkları ticari arabuluculuğa uygulanacaktır (m. 3. 4).

5. Model Kanun, taraflara, bu Bölümün uygulanmasını dışlama (bertaraf etme) konusunda anlaşabilme özgürlüğünü de tanımaktadır (Madde 3.5).

6. Model Kanun'da, 2. Bölüm hükümlerinin uygulanması bakımından ilginç bir çözüm de şudur: 3. Maddenin 6. Paragrafına göre, 7. Paragraf hükümlerine tabi olarak, söz konusu

2. Bölüm arabuluculuğun yürütüldüğü temelin ne olduğuna bakılmaksızın, uyuşmazlığın doğmasından önce veya sonra taraflar arasında varılmış olan anlaşma dahil, bir yasadan veya bir mahkemenin, hakem mahkemesinin ya da yetkili bir hükümet kuruluşunun vermiş olduğu bir emir veya tavsiyeden kaynaklanmış borçlara da (obligation) uygulanır.

7. Model Kanun tarafından öngörülen diğer bir çözüm de, devlet yargısı ya da tahkim yargısına kolaylık sağlamasıdır. Şöyle ki, yargı sürecinde ya da tahkim yargılamasında yargıç veya hakemin bir anlaşmaya varmayı kolaylaştırma girişiminde bulunduğu hallerde bu Bölümün uygulanmaması öngörülmüştür (Madde 3.7.a).

4.Tarafların anlaşmasıyla Bölüm II'deki hükümlerin dışlanabilmesi veya değiştirilebilmesi

Model Kanun'a göre, tarafların, madde 7.3 hükümleri istisna olmak üzere, bu Bölümde yer alan hükümleri dışlayabilmeleri (bertaraf etme) ya da değiştirebilmeleri mümkündür (Madde 4).

---

7 Karş. Türk hukukunda "yabancılık" unsuru bakımından bkz. 21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, m. 2.

Madde 5. Arabuluculuk sürecinin başlaması

Madde 5.1'e göre, ortaya çıkan bir uyuşmazlık bakımından arabuluculuk süreci, uyuşmazlığa taraf olanların, arabuluculuk sürecine başvurulması için anlaşmış oldukları tarihte başlayacaktır.

Arabuluculuğa başvurulması için karşı tarafı davet eden taraf, davetin gönderildiği tarihten itibaren 30 gün içinde veya davette belirtilmiş bulunan süre içinde karşı taraftan davetin kabul edildiğine ilişkin bir bildirim almaz ise, bu durumu, arabuluculuğa başvuru için yapılan davetin reddi olarak düşünebilir (Madde 5.2)

Madde 6. Arabulucuların sayısı ve atanması

1. Taraflarca iki veya daha çok arabulucu seçilmesi konusunda anlaşmaya varılmadığı takdirde, uyuşmazlık için bir arabulucunun kabul edilmiş olduğu varsayılır (Madde 6.1).[8]

2. Madde 6.2, arabulucuların seçilmesi bakımından farklı bir usul kabul edilmiş olmadıkça, tarafların bir arabulucunun veya arabulucuların seçilmesi konusunda çaba göstermeleri gerektiğini belirtmektedir.

3. Arabulucuların seçilmesi bakımından tarafların bir kuruluşun veya kişinin yardımını isteyebilmeleri mümkündür.

Özellikle,

(i) bir taraf, böyle bir kuruluş ya da kişinin, arabulucu olarak hareket etmek üzere uygun bir kimseleri tavsiye etmesini isteyebilir; ya da

(ii) taraflar, söz konusu kuruluş veya kişinin, bir ya da daha çok arabulucuyu doğrudan doğruya seçmesi konusunda anlaşmaya varabilir (Madde 6.3).

4. Taraflarca belirlenen kuruluş veya kişi, arabulucu olarak hareket edecek bireyleri tavsiye ederken veya seçerken, bağımsız ve yansız bir arabulucunun seçilmesini sağlayacak hususları göz önünde bulundurmakla yükümlüdür. Söz konusu etkinlikte, uygun düştüğü ölçüde tarafların tabiiyetlerinden farklı tabiiyette olan bir arabulucunun tavsiye edilmesi dikkate alınmalıdır (Madde 6.4).

5. Bir kimseyle, olası arabulucu olarak temasta bulunulurken, bu kimsenin yansızlığı veya bağımsızlığı bakımından haklı şüpheler doğurabilecek herhangi bir durum hakkında açıklamada bulunması öngörülmüştür. Arabulucu, seçilmesinden itibaren tüm arabuluculuk süreci içinde, daha önce taraflara kendisi tarafından bilgi verilmiş olmadığı takdirde, yansız-

8 Karş. ArabK, m. 14; ArabKYön, m. 16.

lık veya bağımsızlığına ilişkin herhangi bir durumu gecikmeksizin taraflara açıklamak zorundadır (Madde 6.5).[9]

Madde 7. Arabuluculuğun yürütülmesi

1. Model Kanunun 7. Maddesi "arabuluculuk işlevinin yürütülmesi"ne ilişkindir. Kural olarak taraflar, arabuluculuğun yürütüleceği kuralları, yollamada bulunmak suretiyle ya da başka bir şekilde belirlemek hususunda özgürdür (Madde 7.1).

2. Arabuluculuk sürecinin tarzı hakkında bir anlaşmaya varılamaması halinde, arabuluculuk sürecini, olayın hal ve şartlarını, tarafların açıklayabilecekleri arzuları ve uyuşmazlığının hızlı bir şekilde sonuca bağlanması gereksinimini göz önüne alarak bizzat arabulucu belirleyecek ve arabuluculuk sürecini bu çerçevede yürütecektir (Madde 7.2).

3. Arabulucu, arabuluculuk süreci yürütülürken her durumda taraflara adil bir şekilde davranılmasını (fair treatment; traitment équitable) gerçekleştirmek ve bu şekilde hareket ederken de, olayın hal ve şartlarını dikkate almakla yükümlüdür (Madde 7.3).[10]

4. Madde 7.4'e göre, arabulucu, arabuluculuk sürecinin herhangi bir aşamasında uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümü için taraflara önerilerde bulunabilir.[11]

Madde 8. Arabulucu ile taraflar arasında iletişim

Model Kanun, taraflar ile arabulucu arasındaki ilişkilere de açıklık getirmektedir. Madde 8'e göre, arabulucunun, taraflarla bir arada ya da tarafların her biriyle ayrı ayrı iletişimde bulunabilmesi mümkündür (Madde 8). [12]

Madde 9. Bilginin açıklanması

Model Kanuna göre, bir arabulucunun, tarafların birinden uyuşmaz-

9 Arabulucunun "yansızlığı ve bağımsızlığı", 6325 sayı ArabK m. 2.b'de "arabuluculuk" tanımında belirtilmektedir. 6325 sayılı Kanuna göre de, "arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür"(m. 9.2). ArabK'na göre, "arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında, tarafların arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla da yükümlüdür" (m.11). Arabulucunun "yansızlık ve bağımsızlığı"na ilişkin açıklamada bulunma yükümlülüğüne, "tarafların aydınlatılması" yükümlülüğünden de erişilebilir.

10 Model Kanuna göre, arabulucunun "adil şekilde davranma yükümlülüğü", 6325 sayılı ArabK'nda,"taraflar arasında eşitliği gözetme yükümlülüğü" şeklinde düzenlenmiştir (m. 9.3). Karş. ArabKYön, m. 11.4.

11 Türk hukukunda ArabK, m. 15.7 hükmüne göre, "tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu bir çözüm önerisinde bulunabilir". Bkz ArabKYön, m. 17.6.

12 Türk hukukunda benzer bir çözüm, 6325 sayılı ArabK m. 8'de de yer almaktadır. Karş ArabKYön, m. 10.1

lıkla ilgili bilgi alması halinde, bu bilginin esasını arabuluculuk sürecine taraf olan karşı tarafa açıklayabilmesi mümkündür (disclose). Bununla beraber, bilginin gizli tutulması koşuluyla arabulucuya bilgi verilmesi halinde, söz konusu bilginin arabuluculuk sürecinin diğer tarafına açıklanmaması gerekir (Madde 9).[13]

Madde 10. Gizlilik

Model Kanun'a göre, kanun uyarınca ya da sulh anlaşmasının yerine getirilmesi veya icra edilmesi amaçları için açıklamada bulunulmasının gerekli olduğu durumlar dışında, taraflarca başka bir çözüm kabul edilmiş olmadıkça, arabuluculuk sürecine ilişkin tüm bilgilerin gizli kalması gerekir (Madde 10).[14]

Madde 11. Delillerin, diğer yargılamalarda kabul edilip edilmeyeceği

1. Model Kanun'un 11. maddesine göre, arabuluculuk sürecinin yanı olan taraflardan biri, arabulucu ve arabuluculuk sürecinin yönetimiyle ilgili olanlar dahil herhangi bir üçüncü kişi, herhangi bir tahkim yargılamasında, mahkeme yargılaması veya benzeri yargılamalarda aşağıda hususlara dayanamaz, bunları delil olarak sunamaz veya tanık olarak dinlenemez:

(a) bir tarafça, bir kimseye arabuluculuk süreciyle ilgilenmesi için bir davetin yapılması veya bir tarafın bir arabuluculuk sürecine katılma isteğinde olması halinde;

(b) bir uyuşmazlığın sulh yoluyla olası bir çözüme bağlanması hususunda arabuluculuk sürecindeki taraflardan birinin görüşler açıklaması ya da tavsiyelerde bulunması halinde;

(c) arabuluculuk sürecinde bir tarafça beyanlarda ya da kabul beyanlarında bulunulması halinde;

(d) arabulucunun önerilerde bulunması halinde;

(e) bir tarafın, arabulucu tarafından uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümü için yapılmış bir öneriyi kabul konusunda istekli olduğunu belirtmiş olması halinde;

(f) sadece arabuluculuk sürecinin amaçları bakımından bir belgenin hazırlanmış olduğu durumlarda (Madde 11.1).

---

13 6325 sayılı ArabK'nda, bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

14 6325 sayılı ArabK, "gizlilik" konusunu daha ayrıntılı olarak düzenlemiş ve bu konuda şu çözümü benimsemiştir: "Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça, taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır" (m. 4). Karş. ArabKYön, m. 6.

2. Model Kanun, 11. maddenin 1. paragrafında belirtilen bilgi veya delil hangi şekilde olursa olsun, bu paragraf hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir (Madde 11.2).

3. Ayrıca, 11. Maddenin 3. paragrafına göre, bir hakem mahkemesi veya devlet mahkemesi ya da başkaca bir yetkili hükümet makamı (otoritesi) tarafından bu maddenin 1. paragrafında yollamada bulunulan bilginin açıklanması da emredilemez. Bu maddenin 1. paragrafına aykırı olarak söz konusu nitelikte bir bilgi delil olarak önerildiği takdirde, bu öneri kabul edilemez. Bununla beraber, istisna olarak, kanun tarafından öngörüldüğü ya da sulh anlaşmasının yerine getirilmesi veya icrası amaçlarıyla gerekli olduğu takdirde, söz konusu bilgiler açıklanabilir ya da delil olarak kabul edilebilir.

4. Model Kanunla öngörülen önemli çözümlerden biri de şudur: Model Kanun'a göre, tahkim yargılaması, devlet yargılaması veya benzeri yargılamalar, uyuşmazlıkla ilgiliyse veya arabuluculuk sürecinin konusu olmuş bulunuyorsa, 11. maddenin 1, 2 ve 3. paragrafları hükümleri uygulanır (Madde 11. 4).

5. Model Kanun, 11. maddenin 1. paragrafındaki sınırlamalara tabi olarak, tahkimde, mahkeme yargılamasında veya benzer yargılamalarda "kabul edilebilir" (admissible) sayılan delillerin arabuluculukta kullanılmış olmasının sonucu olarak, "kabul edilemez" (inadmissible) deliller haline gelmeyeceğini de belirtmektedir (Madde 11.5).[15]

Madde 12. Arabuluculuk sürecinin sona ermesi

Model Kanun'a göre, aşağıdaki durumlarda arabuluculuk süreci sona erer:

(a) taraflarca bir sulh anlaşmasına yapılması halinde, anlaşma tarihinde;

(b) arabulucu tarafından taraflara danışıldıktan sonra, arabuluculuk için daha fazla çaba gösterilmesinin makul olmayacağının beyan edilmesi halinde, beyanın yapıldığı tarihte;

(c) tarafların arabulucuya yönelik olarak arabuluculuk sürecinin sona erdirilmiş olduğunu bildirmeleri üzerine, bu beyanın yapıldığı tarihte;

(d) taraflardan birinin, karşı tarafa veya taraflara ve seçilmiş olduğu takdirde, arabulucuya arabuluculuk sürecinin sona erdirilmiş olduğunu bildirmesi halinde, işbu beyanın yapıldığı tarihte.[16]

Madde 13. Hakem olarak hareket eden arabulucu

15 6325 sayılı Arab 'nun, "beyan ve belgelerin kullanılamaması" başlığını taşıyan 5 maddesinde, Model Kanunun 11. maddesiyle uyumlu çözümler yer almaktadır. Bu konuda Türk hukukunun Model Kanunun çözümleriyle uyum halinde olduğu belirtilebilir.

16 6325 sayılı ArabK'nun 17. Maddesi hükümleri, Model Kanunun 12. Maddesi hükümleriyle özdeş durumdadır. Karş. ArabKYön, m. 20. Arabuluculuğun sona ermesi bakımından, Türk hukuku, Model Kanunun çözümleriyle tam olarak uyum halindedir.

Model Kanuna göre, arabulucu, arabuluculuk sürecine konu olan veya olmuş bulunan bir uyuşmazlıkta hakem olarak hareket edemez. Bundan başka, arabulucunun, aynı sözleşmeden veya hukuksal ilişkiden ya da bunlarla ilişkili herhangi bir sözleşme veya hukuksal ilişkiden kaynaklanan başka bir uyuşmazlıkta da hakem olarak hareket etmesi yasaklanmıştır (Madde 13.9).[17]

Madde 14. Tahkim veya yargılama usulüne başvuru

Model Kanuna göre, mevcut veya müstakbel bir uyuşmazlık konusunda tarafların arabuluculuğa başvurmayı kabul edip, belirli bir süre içinde ya da belirli bir olay vuku bulana kadar tahkime veya devlet yargısına başvurmamayı açıkça belirtmiş oldukları durumda, bir tarafın kendi düşüncesine göre haklarının korunması zorunluluğunda olması hali müstesna, böyle bir taahhütün, hakem mahkemesi veya devlet mahkemesi tarafından göz önüne alınması gerekir. Model Kanun, böyle bir sürece başlama girişiminin, arabuluculuğa başvurmaktan vazgeçme veya arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesi olarak anlaşılmaması gerektiğini belirtmiştir (Madde 14).

Madde 15. Sulh anlaşmalarının bağlayıcı ve icra edilebilir niteliği

Model Kanuna göre, taraflar bir sulh anlaşması yaparlarsa, bu anlaşma, bağlayıcı ve icra edilebilir bir nitelik taşır (Madde 15).[18]

Bölüm 3- Uluslararası sulh anlaşmalarının icrası[19]

Madde 16. Bu bölümün uygulanmasının kapsamı ve tanımlar

1. Model Kanun'a göre, Model Kanunun Bölüm 3 hükümleri, ticari bir uyuşmazlığın çözümü için taraflarca yazılı olarak yapılmış bulunan ve arabuluculuğun sonucu olan uluslararası anlaşmalara ("sulh anlaşmaları") uygulanır.

Bununla beraber, bir Devlet, sadece sulh anlaşmasına taraf olanların

17 6325 sayılı ArabK, "arabulucunun, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada,

daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemeyeceğini" belirtmiş; buna karşı arabuluculuk sürecini konu olan uyuşmazlıkta sonradan hakem olarak görev üstlenip üstlenemeyeceği konusunda bir çözüm getirmemiştir (m. 9.4).

18 "Tarafların anlaşması"nın arabuluculuk sürecine etkileri bakımından 6325 sayılı ArabK'nun 18. Maddesi, ayrıntılı bir düzenleme öngörmektedir. Türk hukukuna göre, "taraflar, rarabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır". Karş. ArabKYön, m. 21.2 vd.

19 Devlet, bu bölümün, bir arabuluculuk sonucu olsun olmasın bir uyuşmazlığı çözüme bağlayan sulh anlaşmalarına uygulanması şeklinde bir yasalaştırma yapabilir. Böyle bir durumda, ilgili maddelerde gereken düzeltmelerin yapılması gerekir Bölüm 3"de dip notu 5.

"uygulanmasını kabul etmeleri" halinde bu bölümün uygulanacağı şeklinde de bir yasalaştırma yapabilir. (Madde 16.1'e ilişkin dip notu 6).

2. Buna karşı bu bölüm,

a) taraflardan birinin (tüketici) kişisel, aile veya ev halkına ilişkin amaçlarla yapmış olduğu işlemlerden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü için yapılmış olan;

b) aile hukukuna, miras hukukuna ve iş hukukuna ilişkin bulunan

sulh anlaşmalarına uygulanmaz.

3. Ayrıca, bu bölüm,

(a) (i) Bir mahkeme tarafından onaylanmış olan veya bir mahkemede yargılama sırasında yapılmış bulunan ve

(ii) o mahkemenin bulunduğu Devlette bir mahkeme hükmü gibi icra edilebilen sulh anlaşmaları ile

(b) bir hakem kararı olarak kaydedilmiş olan ve icra edilebilen sulh anlaşmalarına da uygulanmaz.

4. Bir sulh anlaşması (settlement agreement; accord de règlement), bu anlaşmanın yapıldığı sırada,

(a) sulh anlaşmasının yanı olan en az iki tarafın iş yerleri, farklı Devletlerde ise; veya

(b) sulh anlaşmasına yanı olanların iş yerlerinin bulunduğu Devlet, eğer,

(i) sulh anlaşması altındaki borçların esaslı kısmının ifa edileceği Devletten; veya

(ii) sulh anlaşmasının konusuyla en yakın bağlantı durumunda bulunan Devletten farklı ise

"uluslararası" sayılır. [20]

5. 4. paragrafın amaçları bakımından,

(a) bir tarafın birden fazla iş yeri bulunmakta ise, uygun iş yeri (relevant place of business; l'établissement à prendre en consideration), bilinen koşullar göz önüne alınarak sulh anlaşmasıyla çözüme bağlanmış uyuşmazlığa en yakın ilişki içinde bulunan veya sulh anlaşmasının yapıldığı anda taraflarca düşünülmüş olan iş yeridir.

---

20 Model Kanun'a göre, bir Devlet, paragraf 4'e şu paragrafı eklemek suretiyle "uluslararası" sulh anlaşmaları tanımının genişletilmesi çözümünü benimseyebilir: "Bir sulh anlaşması madde 3, paragraf 2, 3 ve 4'de tanımlandığı şekilde uluslararası bir arabuluculuk sonucunda yapılmış ise, uluslararası sayılır". Madde 16.4'e ilişkin dip notu 7.

(b) eğer bir tarafın bir iş yeri bulunmuyorsa, o tarafın mutad yerleşim yeri (habitual residence; résidence habituelle) onun iş yeri sayılır.

6. İçeriği herhangi bir şekilde kaydedilmiş ise, sulh anlaşması, "yazılı" olarak yapılmış sayılır. Sulh anlaşmasının yazılı olması şartı, içerdiği bilgi sonraki referans için kullanılabilecek şekilde erişilebilir nitelikte ise, elektronik iletiyle de gerçekleştirilebilir. [21]

Madde 17. Genel İlkeler

1. Bir sulh anlaşması, ilgili Devletin kendi usul hukuku kuralları uyarınca ve bu bölümde öngörülen koşullar altında icra edilir.

2. Bir uyuşmazlık, bir tarafın bir sulh anlaşmasıyla çözüme bağlanmış olduğunu iddia ettiği bir konuya ilişkin bulunuyorsa, söz konusu taraf, sorunun çözüme bağlanmış olduğunu kanıtlamak için bu Devletin usul hukuku kuralları uyarınca ve bu bölümde öngörülen koşullar altında sulh anlaşmasına başvurabilir.

Madde 18. Sulh anlaşmalarına dayanmaya ilişkin koşullar

Model Kanun'un 18. Maddesine göre, bu bölüm hükümleri altında bir sulh anlaşmasına dayanan taraf, bu Devletin yetkili makamına,

(a) taraflarca imzalanmış sulh anlaşmasını;

(b) sulh anlaşmasının bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda yapılmış olduğunun kanıtı olarak;

(i) arabulucunun sulh anlaşmasındaki imzasını;

(ii) arabuluculuğun yapılmış olduğuna ilişkin olarak arabulucu tarafından imzalanmış bir belgeyi;

(iii) arabuluculuk sürecini yönetmiş bulunan kuruluşun onaylama beyanını veya

(iv) (i), (ii) ve (iii)'deki hususların yokluğu halinde, yetkili makam tarafından kabul edilebilecek diğer bir kanıtı

sağlamak zorundadır.

2. Sulh anlaşmasının, taraflarca veya uygulanabilirse, arabulucu tarafından imzalanması şartı,

21 "Elektronik ileti" (electronic communication), tarafların veri mesajları vasıtasıyla yapmış oldukları herhangi bir ileti anlamına gelir. "Veri mesajı", elektronik veri mübadelesi (EDI), elektronik posta, telgraf, teleks ve telekopya dahil, ancak bunlarla sınırlı olmayan, elektronik, manyetik, optik veya benzeri vasıtalarla oluşturulan, gönderilen, alınan veya depolanan bilgi anlamına gelir.

(a) eğer, tarafları veya arabulucunun kimliğini belirleyen ve elektronik iletinin içerdiği bilgi bakımından tarafların veya arabulucunun iradesini gösteren bir yöntem kullanılmış ise; ve

(b) bu yöntem,

(i) herhangi bir ilgili anlaşma dahil, tüm hal ve şartların ışığında, elektronik iletinin oluşturulduğu veya iletildiği amaç bakımından uygun olduğu kadar güvenilir ise; veya

(ii) bizzat ya da başka kanıtla birlikte, yukarıda alt paragraf (a)'da tanımlanan fonksiyonların fiilen ifa edilmiş olduğu kanıtlanmış bulunuyorsa,

elektronik iletiyle de yerine getirilmiş sayılır.

3. Sulh anlaşması, bu Devletin resmi bir dilinde değilse, yetkili makam, sulh anlaşmasının kendi dilindeki çevirisinin sağlanmasını da isteyebilir.

4. Yetkili makam, bu bölümde öngörülen koşullara uyulmuş olduğunun doğrulanması için gerekli olan diğer herhangi bir belgeyi de isteyebilir.

5. İcra ile ilgili istem incelendiğinde, yetkili makamın hızla hareket etmesi gerekir.[22]

Madde 19. İcranın reddine ilişkin nedenler

Model Kanun, sulh anlaşmasının icrasına ilişkin istemin bazı nedenlerle ret edilebileceğini belirtmektedir:[23]

1. Sulh anlaşmasının icrası için istemde bulunulduğunda, istemin yapıldığı Devletin yetkili makamı, kendisine karşı icrada bulunulması talep edilen tarafın istemi üzerine, o tarafça sadece aşağıdaki hususların kanıtlanması halinde icranın reddine karar verebilir:

(a) sulh anlaşmasının taraflarından biri ehliyetsiz ise;

(b) icrası için dayanılan sulh anlaşması,

(i) tarafların anlaşmayı geçerli olarak tabi kıldıkları hukuka göre veya böyle bir belirleme mevcut değilse, yetkili makam tarafından uygulanacağı varsayılan hukuka göre, hükümsüz, uygulanamaz veya ifa edilmeye elverişsiz ise; veya

22 Sulh anlaşmasının yapılması ve anlaşma belgesinin düzenlenmesi bakımından 6325 sayılı ArabK'nda ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır (m. 18). Karş. ArabKYön, m. 20-21.

23 Sulh anlaşmasının icrası istemine karşı savunular (defences) için bkz. UNCITRAL 51. Session, A/CN.9/934, No. 40 vd.

(ii) anlaşma şartlarına göre, bağlayıcı ya da nihai değil ise; veya

(iii) sonradan değiştirilmiş ise,

(c) sulh anlaşmasındaki,

(i) borçlar ifa edilmiş ise veya

(ii) bunlar açık ya da anlaşılabilir değil ise;

(d) icraya karar verilmesi sulh anlaşmasının şartlarına aykırı olacaksa;

(e) arabulucu tarafından, arabulucuya ve arabuluculuğa uygulanacak standartların, ilgili tarafı, sulh anlaşmasını imzalamaktan alıkoyacak derecede ciddi bir şekilde ihlal edilmiş olması söz konusu ise veya

(f) arabulucunun yansızlığı veya bağımsızlığı bakımından haklı şüphelerin ortaya çıktığı durumların arabulucu tarafından taraflara açıklanmamış olması ve söz konusu açıklama eksikliğinin taraflardan birini, sulh anlaşması yapmasını engelleyecek derecede esaslı bir şekilde etkilemiş olması veya onun üzerinde hukuka aykırı bir etkide bulunmuş olması söz konusu ise.

2. İcranın talep edildiği Devletin yetkili makamı, ayrıca aşağıdaki durumlarda da de icra kararı vermeyi ret edebilir:

(a) eğer verilecek icra kararı bu Devletin kamu düzenine aykırı olacak ise; veya

(b) uyuşmazlığın konusu, bu Devletin hukukuna göre, arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olmayan bir konuya ilişkin bulunuyorsa.[24]

Madde 20. Paralel başvurular ve talepler

Bir sulh anlaşmasına ilişkin başvuru veya talep Madde 18 altında istenilen icrayı etkileyebilecek bir mahkemeye, hakem mahkemesine veya başka bir yetkili makama yapılmış bulunuyorsa, icranın talep edildiği Devletin yetkili makamı, uygun görürse, kararını erteleyebilir veya bir tarafın istemi üzerine, diğer tarafın uygun bir güvence vermesini emredebilir.[25]

IV. Sonuç

Bu araştırma, "uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk vasıtasıyla bir sulh anlaşması yapılarak çözüme bağlanmasına ilişkin çözümler"in büyük ölçüde Türk hukuk sistemiyle uyum halinde

24 Türk hukuk bakımından bkz. ArabK, m. 18; ArabKYön, m. 20-21.

25 Paralel başvurular veya taleplere ilişkin görüşler ve görüşmeler için bkz. UNCITRAL 51. Session, A/CN.9/934, No. 68-70.

olduğunu ortaya koymuştur. Söz konusu uyum, hem "Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi" (Convention); hem de "Model Kanun"(Model Law) bakımından geçerlidir. Bu nedenle, Türk hukuku için de lege ferenda bir düzenleme söz konusu olduğunda, "Sözleşme" (Convention) ya da "Model Kanun" (Model Law) seçeneğinin benimsenebilmesi mümkündür. Ancak Türkiye Cumhuriyeti, "Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi"ni imza ettiğinden bu alandaki çalışmaların Model Kanun bağlamında değil, Sözleşme çözümleri çerçevesinde geliştirilmesi gerekecektir. Söz konusu çözümlerin Türk hukukuna aktarılması ve Türk hukukuyla uyumu bakımından önemli güçlüklerin ortaya çıkmayacağı kanısındayım. Bununla beraber, Türkiye'de "Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi"ne ilişkin düzenlemelerin, büyük bir hızla değil, fakat bir süre, hukukumuzun dahil olduğu "hukuk çevresi"ndeki (Kara Avrupası hukuku) gelişmelerin özenli bir şekilde izlenmesinden sonra gerçekleştirilmesinin amaca daha uygun olacağı görüşündeyim. Bu konulara ilişkin kapsamlı bir mukayeseli hukuk araştırmasının yapılmasının; Sözleşmede öngörülen çözümlerin usul ve icra hukuku, tahkim ve arabuluculuk, ticaret hukuku ve medeni hukuk uzmanlarıyla ilgili Bakanlıkların uzman bürokratları ve iş çevrelerinin örgütleri tarafından değerlendirilmesinden sonra hukukumuza aktarılmasının daha uygun olacağını düşünmekteyim.

KISALTMALAR

Bkz.: Bakınız; CRP: Conference Room Paper (Konferans Odası Tutanağı); C.: Cilt; ÇG: Çalışma Grubu (bkz. WG); Karş. : Karşılaştırınız; RG: Resmi Gazete; UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law (BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu); WG: Working Group (bkz. ÇG)

HUKUK KAYNAKLARI

ArabK.: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (7.6.2012 tarihli ve 6325 sayılı Kanun. RG 22.6.2012; Sayı: 28331); ArabKYön.: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (RG 2.6.2018; Sayı: 30439); Milletlerarası Tahkim Kanunu: 21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Kanun (RG 5.7.2001; Sayı: 24453); UNCITRAL Model Law, 2002 : UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use, 2002; UNCITRAL Model Law, 2018: UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002); UN Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention).

1909 DEĞİŞİKLİKLERİ İLE BİRLİKTE 1876 KANUN-İ ESASİ'Sİ DÖNEMİ SİYASAL DÜZENİ

Av. Ahmet Mücahit SELÇUK[1]

I. HAZIRLIK DÖNEMİ

Kanun-ı Esasi'yi anlayabilmek için ilk olarak Kanun-ı Esasi öncesi döneme kısaca bakmak gerekir. Tanzimat döneminin reform politikası Osmanlı İmparatorluğundaki entelektüel hayatı etkilemiştir. Şöyle ki; mülkiyeden ve diğer laik okullardan yetişen, yurt dışına giden ve eğitimlerine orada devam etmiş genç modern aydınlar grubu ortaya çıkmıştır. Bu aydınlar sosyal hayatta rol almaya başlamış ve bir bakıma 1876 Anayasasına ortam hazırlamışlardır. Örnek vermek gerekirse Namık Kemal ve Ali Süavi gibi aydınların başını çektiği Yeni Osmanlılar Avrupa'da egemen olan liberal anayasacılık fikirlerinden etkilenen kişilerdir. Bu aydınlar Kanun-ı Esasi'yi ve parlamentoyu hukuk önünde eşit vatandaşlık yoluyla birliği sağlayacak birer araç olarak görüyorlardı.[2]

Yeni Osmanlıların amacı siyasi iktidarın paylaşılmasını kurumsallaştırmak, bir kuvvetler ayrılığı sistemini sağlamaktı. Bu durum da yürütmeyi, kurulacak bir meclise karşı sorumlu tutmakla elde edilebilirdi. Düşünüş bu olmasına rağmen ileride görüleceği üzere yürütmenin Kanun-ı Esasi'nin ilk halinde meclise karşı bir sorumluluğu olmayacaktır. Aksine padişaha karşı sorumlulukları olduğu için süregelen sorumsuzluk durumu devam edecektir. Namık Kemal bu amacı gerçekleştirebilmek için ve Tanzimat rejiminin geleneksel denetim ve denge mekanizmalarını yok etmiş bürokratik bir istibdat gördüğü için İttifak-ı Hamiyet adlı gizli bir örgüt kurmuştur. Bu örgütün çerçevesinde hükümeti eleştiren birçok eser yayınladılar. Sonuç olarak da hükümet tarafından sürgüne gönderilmişlerdir. Daha sonra sürgünden kaçan Namık Kemal ve Ali Süavi yurt dışında basılan ve Osmanlı sınırları içerisinde de dağıtılan gazetelerle hükümet ile buna bağlı olarak sistemi eleştiren yazılar yazamaya devam etmişlerdir.

---

1 Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

2 M. Şükrü Hanioğlu, Siyasal Temsil Olayının Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Yeri, (Ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay), 4. Basım, Bursa, Dora Yayınları, 2009, s.200 vd.

Osmanlı hükümetinde etkili olan paşalardan Fuat Paşanın 1869'da Ali Paşanın ise 1871 de ölümünden sonra siyasi ve ekonomik bir bunalım dönemi yaşanmıştır. Bu ortamda reformist yöneticilerden Mithad Paşa, Serasker Avni Paşa ve Süleyman Paşanın başını çektiği bir grup 30 Mayıs 1876 da hükümet darbesi yaparak sultan Abdülaziz'i tahttan indirdi. Yerine 2. Abdülhamit tahta çıktı ve daha önceden Mithad Paşa'ya söz verdiği üzere Kanun-ı Esasi'yi ilan etti.

Kanun-ı Esasi'nin yapım sürecinde birçok tartışmalar ve toplumsal olaylar çıkmıştır. Anayasal düzeni desteklemeyen gruplar temel olarak padişahın yetkileri sınırlandığı için yeni anayasaya karşıydılar. Daha sonra da Müslüman ile gayrimüslim eşitliğine muhaliftiler. Ayrıca anayasalar, bu gruplara göre, şeriata aykırıydı. Kanun-ı Esasi'nin diğer bir istenmeme nedeni ise milletin henüz yeni bir anayasayı anlayacak yetenekte olmadığını görüşüdür. Anayasal düzeni destekleyen gruba göre ise seçimle oluşturulacak bir meclis, dönemin siyasi ve iktisadi sorunlarını çözebilirdi.

Kanun-ı Esasi'yi 28 üyeye sahip özel bir grup hazırlamıştır. Bu üyelerden 16'sı mülkiye mensubu, 10 kişi ulema ve 2 kişi de generalden oluşmaktaydı.[3] Taslak metin 2 aylık sürede hazırlanmış ve padişah onayına sunulmuştur. Padişah ise tasarıyı görüşülmesi için Meclis-i Vükela'ya sunmuştur. Bu dönemde anayasallaşmaya karşı olan grup ve yandaşları tarafından toplumsal olaylar çıkarılmaya çalışılmıştır. Bu olaylar bastırıldıktan sonra failler Mithad Paşanın isteğiyle yargısız olarak sürgün edilmişlerdir. Bu sıkıntılı dönemde anayasallaşmaya karşı bir takım önyargıları olan yöneticiler, tasarının sıkıyönetim halini düzenleyen 113. Maddesine eklettikleri bir fıkra ile yargısız sürgün gibi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir hakkı padişaha tanımış ve anayasal ilke haline getirmişlerdir.

Kanun-ı Esasi'nin ne dereceye kadar milli (yerli) bir anayasa olduğu sorunsalı araştırmaya değerdir. Bu konuda doktrinde birlik sağlanamamıştır. Berkes'e göre 1876 Anayasası hazırlanırken Rusya Fransa ve 1831 Tarihli Belçika Anayasalarından istifade edilmiştir.[4] Okandan'a göre Fransa ve Belçika Anayasalarından yararlanılmıştır. Tanör'e göre ise Belçika Polonya ve Rus Anayasalarından yararlanılmıştır.[5] Anlaşılan odur ki; Anayasa yapım sürecinde karşılaştırmalı bir çalışma yapılmış ve Kanun-ı Esasi'yi oluşturmada bazı yabancı anayasalardan yararlanılmıştır. Anaya-

3 Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasal Derinlik Türkiye'nin Anayasal Hafızası, 1.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012, s.869-870.

4 Niyazi Berkes, Türkiye'de Çağdaşlaşma, 1.Baskı, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1973,s.156.

5 Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), İstanbul, Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık, 2006, s.111.

sallaşma sürecinde etkin rol alan Namık Kemal bir yazısında: "*Dünyanın tüm saltanatçı anayasaları ve gerekçeleri gözden geçirilmiş ve günün koşullarına en uygun olanı seçilmiştir*" demiştir.[6] Yani diğer anayasa metinlerine de birçok kez bakılmış ve kıyaslama yapılarak Osmanlı ülkesi ve toplumuna hitap edecek bir metin hazırlanmaya çalışılmıştır. Örneğin Kanun-ı Esasi'nin 113. Maddesinin içerdiği sürgün fıkrası diğer medeni anayasalarda bulunmayan tamamen yerli bir maddedir.

II. ANAYASANIN İNCELENMESİ

1876 anayasasının ilk maddesine bakıldığında varılacak sonuç; Osmanlı Milleti'nin olmadığı ancak Osmanlı Devleti'nin var olduğu ve Osmanlı Devleti'nin birçok milleti kapsayan bir devlet olduğudur.[7] Kanun-ı Esasi'nin kapsayıcı olması ve batıdaki düşünce akımlarından etkilenmenin asgariye indirilmesi böylece siyasi düzenin ve coğrafi bütünlüğün sağlanabilmesi için bu şekilde bir hüküm koymak gerektiği düşünülebilir. Osmanlı devleti çok uluslu bir devlet olduğu için vatandaşlarını devlet çatısı altında toplama gayesi gütmektedir.

Anayasaya göre devletin şekli teokratik bir monarşidir. Teokratik özellik göstermesi Osmanlı Padişahının aynı zamanda tüm Müslümanların halifesi olmasındandır. Yani sultanın iki özeliği vardır. Devlet başkanı özelliği ile Osmanlı devleti sınırları içerisine bir iktidarı vardır. Halife olarak ise dünyadaki tüm Müslümanların başıdır. Böylelikle sınır tanımaz. Osmanlı Hanedanı'nda Kanun-ı Esasi zamanı ailenin en yaşlı erkek üyesinin tahta geçmesi uygulamasına geçilmiştir. Böylelikle taht kavgalarının bitirilmesi ve bu şekilde kötüye gidişin engellenmesi istenmiştir. Bu uygulama ise en yaşlı fakat en tecrübesiz ve devlet işlerinden anlamayan aile üyesinin başa geçmesi gibi olumsuz bir durum oluşturduğundan eleştirilmektedir.[8]

Kanun-ı Esasî'nin 5. maddesine göre, padişahın "nefs-i hümayûn"u kutsal ve sorumsuzdur. Egemenlik erki ve tüm yansımaları hükümdara ait olup, bunları kullanmada tebaanın katkısı söz konusu değildir. Tebaaya, belli dönemlerde seçimlere katılma hakkı verilmiş olması, bu gerçeği değiştirmemektedir. Çünkü halk sadece meclisin belli bir kısmını oluşturan Meclis-i Mebusan üyelerini seçebilmektedir. Bu meclis de ileride anlatılacağı üzere yetkisi sınırlandırılmış ve tarihte çoğu zaman tatil edilmiş bir meclistir.

---

6 Tarık Zafer Tunaya, Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938), 2.Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003, s.7.

7 **Madde 1** — Devleti Osmaniye memalik ve kıtaatı hazırayı ve eyalatı mümtazeyi muhtevi ve yek vücud olmağla iç bir zamanda hiç bir sebeble tefrik kabul etmez..

8 Bkz. 1876 Anayasası 3.4.5 ve 6. maddeleri

Kanun-ı Esasi ile otorite ikinci bir monarşi kurmuştur. Aslında iyiniyetli olarak halkında oluşumuna katılacağı bir siyasal iktidar olarak planlanmıştır. Ancak planlanan düzen tam olarak sağlanamamıştır. Çünkü metnin içeriğine bakıldığında anayasal sistemin başı ve odağı sultandır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda Kanun-ı Esasi ile getirilen sistem Fransa ve İngiltere'deki sistemden farklı özellikler arz etmektedir. Fransa ve İngiltere anayasalarında yer alan hürriyetlerden sadece anavatandaki tebaa yararlanmaktayken Osmanlıda ilk kez tek bir milletten oluşmayan bir devlet 3 kıta üzerinde bu rejimi kurmuştur. Diğer ülkeler sömürgeci bir takım saiklerle egemenlik altındaki tüm topraklarda aynı anayasal haklar ve özgürlükleri uygulamıyorlardı.

Kanun-ı Esasi güçler ayrılığı ilkesini de getirmiştir. İkil monarşik sistemlerde olduğu gibi yürütme iki başlıdır. Aslında ilk bakışta anayasa tasarısı parlamentarizmi çağrıştırıyordu ve devlet iktidarı anayasada sayılmış olan temel haklarla sınırlanmış görünüyordu. Daha yakından bakıldığında ise aslında pek bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Şöyle ki; sadrazam, padişah tarafından atandığı için sadece görsel olarak iki başlı yürütmeden bahsedebilmekteyiz. Madde 4'ün açık göndermesi ile yürütme kuvveti sadece padişahta toplanmıştır. Madde 5'te belirtildiği üzere padişahın malları, mülkleri ölünceye kadar kullanacağı tahsisatı ve özgürlüğü güvence altındadır. Ayrıca padişah birçok kurum üzerinde de hâkimiyet sahibidir. Örnek vermek gerekirse: Heyet-i Vükela'yı yani sadrazam ve nazırları seçme ve azletme yetkisi padişaha verilmiştir. Şeyhülislam tayin eder. Meclis-i Mebusan'ı feshetme ve yeniden kurma yetkisi vardır. Ayan Meclis'i üyelerini seçer. Adalet mercilerini oluşturur. Divan-ı Ali (Yüce Divan) üyelerinin seçimini onaylar. Şura-yı Devlet üyelerini tayin eder. Meclis tatilde iken padişahın kanun hükmüne kararname çıkartabilme yetkisi vardır. Verilen bütün bu yetkilerden de anlaşıldığı üzere yürütmenin hakimi padişahtır.

Heyet-i Vükela üyeleri danışma meclisi mahiyetinde çalışır. Çünkü nazır ve sadrazamın seçimleri ve görevlerinde kalmaları padişahın iradesine bağlıdır. Padişah, anayasal bir sistemde bakanlar kurulunun ve belki parlamentonun sahip olması gereken yetkileri kendisinde topladığı için, anayasada meşruti yönetim ilkesi gereği bakanların kendini koruyacak bir savunma mekanizması bulunmamaktadır. Vekillerin atanması ve azli padişahın kutsal haklarından sayılmaktadır.[9] İlk parlamentoda siyasî parti olmadığı için hükümetler de parti hükümeti değildir. Vekillerin, parlamentonun güvenini alarak bağımsız bir siyaset oluşturmaları

9 Bkz. 1876 Anayasası 7. maddesi

imkânsızdır. Çünkü hükümdar bunları, parlamentoya rağmen, azledebilmektedir. Bu sisteme doktrinde padişahçı hükümet sistemi de denilmektedir.[10] Mithat Paşa bu durumu önceden gördüğünden, bu kuralı aşmak için anayasanın tasarı metninde baş vezirliği kaldırıp yerine başbakanlığın getirilmesini ve beraberinde bakanların tek tek sultana değil, hep birlikte parlamentoya karşı sorumluluğu esasını önermiştir. Bu öneri kabul edilmemiştir.[11] Yukarıda da görüldüğü üzere 1876 Anayasası sorumsuz bir padişaha birçok yetki vererek yetki sınırını belirlemeyi amaç edinmiştir. Fakat yetkilerini azaltmamış ve hukuk devleti ilkelerine aykırı birçok yetki vermiştir. Bu bakımdan söylenebilir ki; padişahın yetkisi geniş çerçevede belirlenmiştir.

1876 Anayasasına göre padişah sadece yürütme yetkisini değil önemli birçok yasama yetkisini de elinde bulunduruyordu. Yasama yetkisi ile donatılan Meclis-i Umumi'nin bir kanadı olan Heyet-i Ayan padişah tarafından seçiliyor ve ömürleri boyunca bu görevde kalabiliyorlardı. Heyet-i Ayan anayasal statüsü olarak Heyet-i Mebusan'a kıyasla daha üstün olup Heyet-i Mebusan tarafından yapılan ve zaten konu bakımından sınırlı olan kanun önergelerini padişah adına denetleyebiliyordu. Meclis-i Ayan belli bir grubun oluşturduğu aristokratik bir meclis değildi. Örneğin bu mecliste gayrimüslimler dörtte bir oranında yer almışlardır.

Kanun-ı Esasi'nin hazırlanma sürecinde etkili olan halkı yönetime katma düşüncesi, Heyet-i Mebusan'ın yetkilerine ve etkisine bakınca tam olarak gerçekleşmediğini söyleyebiliriz. Kanun teklifi için milletvekillerini padişahtan ön izin alması gerekiyordu. Padişahın mutlak veto yetkisi de vardı. Zaten anayasada kanunun yayımlanması için bir süreden de bahsedilmediği için padişah veto hakkını kullanmadan da kanunlaşması gereken bir metni yıllarca sümen altı edebilirdi. Bütün bu bilgiler ışığında, yasama yetkisi anayasaya göre tam anlamında meclise ait bir yetki olmadığı, Meclis-i Umumi'nin yasama faaliyetlerine bir ölçüde katıldığı söylenebilir.[12]

Meclis-i Umumi her ne kadar yasa yapamasa da demokratik meclislerin özelliklerinden olan kamu meselelerini serbestçe tartışmayı bir nebze de olsa yapabilmiştir. Bunu engelleyen sebepler de meclisin uzun süreli tatil edilmesi ve yasama dokunulmazlığı kavramının gelişmemiş olmasıdır. Yasama dokunulmazlığı anayasalarda korunmuş ve monarkların meclis üyeleri üzerindeki etkilerini azaltabilmek için meclis üyelerine ta-

10 Tunaya, a.g.e. ,s 12.

11 İrem Karakoç, "1876 Tarihli Kanun-i Esasi'de Yürütme Organı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2006, s.115-149.

12 Tanör, a.g.e, s.107.

nınmış bir haktır. Meclis üyelerinin asli görevi olan meclis faaliyetlerinde görev almalarını engelleyici bir takım suiistimallerden etkilenmemeleri için bu tür bir dokunulmazlığa ihtiyaç duyulmaktadır. 1876 Anayasası'na bakıldığında bu şekilde bir koruma sadece padişaha tanınmıştır.[13] Sonuç olarak asıl egemen olan halk ya da parlamento değil padişahtır. Bundan dolayı Kanun-ı Esasi'nin kurduğu sistemin tam bir anayasal monarşi olduğu söylenemez.

Diğer yandan 1876 Anayasası tam bir parlamenter sistem de getirmemiştir. Çünkü bakanlar kurulu olan Heyet-i Vükela'nın görevde kalması meclisin güvenine değil padişahın güvenine bağlıdır. Güvenoyu mekanizması da anayasada yer almamıştır. Bakanlar bireysel olarak sadece padişaha karşı sorumludurlar.

Anayasanın 9 ile 26. maddeleri arasında temel hak ve özgürlükler düzenlenmiş ve bütün dinler kamu düzenine ve adaba aykırı olmamak üzere serbest bırakılmıştır. Anayasanın getirdiği haklar hiç de azımsanacak ölçüde değildir. Ancak bu özgürlüklerin bir teminatı yoktur ve tek taraflıdır. Bu haklar ihlal edilirse karşılığında bir yaptırımı dahi düzenlenmemiştir. Bunun sebeplerinden biri 1876 Anayasası'nın meclis ya da halk hareketi sonucu ilan edilmemiş, padişah tarafından bahşedilmiş olmasıdır. Halk hareketi veya meclis tarafından çıkarılan anayasalar, bir çaba sonucu ve zar zor elde edildiği için hakların tekrardan ihlaline karşı sert yaptırımlar da önlem olarak yer almıştır. Zaten anayasa rejimi de iktidarı sınırlama tekniğine dayanır. Tarihsel süreçte de ilk olarak negatif statü haklarının anayasalarda yer almasının nedeni bundandır.

Kanun-ı Esasi, hakim bağımsızlığı konusunda ileri birtakım düzenlemeler getirmiştir. Mehakim bölümünde yer alan maddelere göre (md.81-91) kısaca bahsetmek gerekirse;

i. Her ne isim altında olursa olsun belirli mahkemeler dışında olağanüstü mahkemeler kurulamaz.

ii. Herkes mahkemelerde hakkını savunmak için gerekli gördüğü meşru araçları kullanır.

iii. Hakimler azledilemezler.

iv. Meslekte ilerlemeleri meslek değişimleri ve bir cürüm sonucunda azlolunmaları özel yasa ile düzenlenir.

Görüldüğü gibi yargı üzerinde padişahın yetkileri bir nebze de olsa sınırlanmıştır. Sultan Divan-ı Ali ve Şuray-ı Devlet gibi yüksek yargı organ-

13 Bkz. 1876 Anayasası 5. Maddesi.

larına atama yapabilmesine rağmen hakimleri azlememektedir. Bunun yanında Osmanlı'nın önceki dönemlerinde görülen kadılık makamının bir takım idari işler üslenmesi bu anayasa döneminde kaldırılmıştır. Yine hakimlerin yargılanması bu konuda kanun yapılmasına bağlanmıştır. Bu kanuna göre ise hakimleri İstanbul'da kurulan bir temyiz mahkemesi yargılayabilecektir.

Siyasi düzeni daha iyi anlayabilmek için fiili işleyişe de göz atmak gerekmektedir. 1876 Anayasası ilan edildikten hemen sonra seçimlere gidildi. Anayasaya göre herkesin değil; sadece erkeklerin oy kullanma hakkı vardı.[14] Madde metnindeki elli bin nüfustan kasıt erkek nüfusudur. Seçimlerin nasıl olacağı konusu; yani tek dereceli mi, çift derecelimi olacağı hususu md.66 gereği özel bir kanuna bırakılmıştır. Ancak ilk seçimler yürütme organının çıkardığı bir beyannameye göre yapılmıştır. Bu da göstermektedir ki 1876 Anayasası yayımlandıktan hemen sonra anayasaya aykırılıklar ortaya çıkmıştır. Yürütme organının çıkardığı beyannameye göre çift dereceli seçim sistemi öngörülmektedir. Yani taşradaki milletvekilleri vilayet ve kaza idare meclisleri tarafından; İstanbul vekilleri ise ikinci seçmenler tarafından seçilmiştir.[15] Yapılan seçimler genel oy ilkesine uyulmadığı[16] ve çift dereceli olarak yapıldığı için demokratik değildir. Ancak demokratik olan gizli oy ilkesi uygulanmıştır.

İlk meclis anayasanın kendine sağladığı yetkileri etkin şekilde kullanmıştır. Hükümeti ve idareyi denetleme yetkisi bulunmamasına rağmen demokratik bir temsil organı gibi denetleme yapmaya çalışmış ve ayrıca bazı sorumluları md. 31'deki yetkisini kullanıp yüce divana sevk etmiştir.[17] Sonuç olarak sultan da bu durumdan rahatsız olup meclisi feshetme yetkisini kullanmıştır. Daha sonra kurulan meclis de padişaha karşı uysal davranmadığından tatil edilmiştir. Padişaha tanınmış olan mecli-

14 **Madde 65** — Heyet-i Mebusan'ın miktarı âzasa tebaai osmaniyeden her ellibin nüfus zükûrda bir nefer olmak itibariyle tertip olunur.

15 Tanör, a.g.e, s.117.

16 Ayrıca İstanbul için mülk sahibi olmak şartı bulunmaktadır. Yani genel oy ilkesinin göz ardı edilmesi daha katı uygulanmıştır.

17 **Madde 31** — Mebusan âzasından biri veyahut birkaçı Heyet-i Mebusan'ın dahil dairei vazifesi olan ahvaldan dolaya vükelâyı devletten bir zat hakkında mes›uliyeti mucip şikâyet beyan ettiği halde evvelâ Heyet-i Mebusan'ın nizamı dahilisi mucibince ve misillu mevaddın heyete havalesi lâzım gelip gelmiyeceğini müzakereye memur olan şubede tetkik olunmak üzere şikâyeti müş›ir Heyet-i Mebusan reisine verilecek takrir reis tarafından nihayet üç gün zarfında o şubeye gönderilir ve bu şube tarafından tahkikatı lâzime icra ve iştikâ olunan zat tarafından izahatı kâfiye istihsal olunduktan sonra şikâyetin şayanı müzakere olduğuna dair ekseriyetle terkip olunacak kararname Heyet-i Mebusan'da kıraat olunarak ve ledel iktiza şikâyet olunan zat davetle bizzat veya bilvasıta vereceği izahat istima kılınarak azayı mevcudenin sülüsen, ekseriyati mutlakasile kabul olunur ise muhakeme talebini müş'ir mazbatası makamı sadarete takdim ile ledelarz mütealik olacak iradei seniye üzerine keyfiyet Divanı Âliye havale olunur

si tatil etme yetkisi hem bir gerekçeye dayanması gerekmiyordu hem de süresizdi. Böylece padişaha tanınmış meclisi süresiz tatil hakkı, meclisi tatil etme hakkının suiistimali demektir. Çünkü fesih olunmuş bir meclis olması durumunda yeniden seçimlere gitme olanağı ve halkın iradesi ile yeniden meclis oluşturma imkanı varken; tatil halinde bu imkan da sağlanamıyordu. Padişah bu şekilde meclisi ilga edip aynı zamanda Anayasanın fiilen yürürlükten kalkmasını sağlamıştır. Sonuç olarak yeniden sınırsız monarşiye yani mutlakıyet rejimine dönülmüştür.

III.1909 DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI DURUM

Birinci Meşrutiyet Meclisi'nin dağıtılması görünüşte muhalefeti yok etse de, fikirleri yok edemeyeceği ve toplumsal hafızayı silemeyeceğinden ülkede bazı gizli örgütlenmeler oluşmuş, fikir akımları gelişmeye devam etmiştir. Abdülhamit uygulamalarına karsı gelişen bu muhalefet İkinci Meşrutiyetin sebebi olmuştur.[18] 1908 ihtilali sonrasında Kanun-ı Esasi tekrar yürürlüğe konuldu. Uzun yıllardır tatil edilmiş olan parlamento yeniden açıldı. Ancak hala eski hükümlerin olması meclis için bir tehditti ve eski hale geri dönüş olabilirdi. Bu durumla tekrar karşılaşmamak için 1876 Anayasası'nın değiştirilmesi gerekiyordu. Bu dönemde yeniden anayasa oluşturma düşüncesi de oluşmuştur. Sonuç olarak Kanun-ı Esasi'nin önemli temel maddeleri değiştirilerek sanki yeni bir anayasa oluşturulmuş gibi tadil edilmiştir. Osmanlı anayasal düzeninin en önemli değişiklikleri yapılmıştır. Öyle ki bu değişiklikler Osmanlı siyasal rejimini değiştirmiştir. 1876 Kanun-ı Esasi'si ile kurulan rejim mutlaklığını yitirmiş ve yerini ikici parlamenter rejime bırakmıştır.[19] Parlamentarizm hükümet sistemlerinden biridir. ABD'de en güzel uygulamasını bulan başkanlık sistemi ile kuvvetler ayrılığını reddeden Meclis Hükümeti yanında parlamenter sistemin, yürütme ile yasama arasındaki dengeye dayandığı belirtilebilir.

Kuvvetler arası ilişkiler hakkında esaslı değişikler yapılarak padişahçı rejim parlamenter rejime dönüşmüştür. Padişahın yetkileri sınırlanmıştır. Anayasanın 3. Maddesi değiştirilmiş ve padişah olan kişinin Kanun-ı esasi ahkâmına uyacağı konusunda yemin etmesi gerekmiştir. Böylelikle anayasal sürecin devamlılığı yönünde dini ya da ahlaki de olsa padişah üzerinde bir baskı sağlanmıtır. Ayrıca padişahın ömrü boyunca hazineden alacağı tahsisata da anayasada yapılan değişiklikçe "kanun-u mahsus mucibince" şartı eklenmiş ve denetimine tabi tutulmuştur. Böylelikle gereksiz harcamaların önüne geçilmek istenmiş ve bu yolla da sultanın

18 Karakoç, a.g.e, s.134.

19 Tunaya, a.g.e., s.21.

sorumsuzluğu bir nebze de olsa denetim altına alınması sağlanmıştır. Yine padişahın yetkisini kısıtlayan bir diğer değişiklikten bahsetmek gerekirse; 1876 Kanun-ı Esasi'sinin 7. maddesinde padişahın kutsal hakları sayılırken eklenen "*sadrazamın teşkil ve arz edeceği vükelanın tasdiki memuriyetleri..*" ifadesi ile Meclis-i Vükela'nın oluşturulmasında sadrazam söz sahibi olmuş ve bu değişiklik sadrazamın rolünü az da olsa arttırmış, padişahınkini kısmıştır.

Anayasanın ilk halinde yasama ve yürütme organları arasındaki yetki genişliği yürütme organındayken; 1909 değişiklikleri ile bu denge yasama organı lehine bozulmuştur. Bu durumu yasama ile yürütme arasındaki ilişkiye bakarak anlayabiliriz. Yapılan belki de en önemli değişiklik anayasanın 30. Maddesi hükmünde cereyan etmiştir. Hükmün önceki halinde Heyet-i Vükela üyelerinin sadece padişaha karşı sorumluluğu varken, değişen madde gereğince hükümetin güttüğü siyasetten vekillerin ortaklaşa; bakanlık işlerinden dolayı ise bireysel olarak meclise karşı sorumluluk getirilmiştir. Bu durum nazırların padişaha dönük olan yüzlerini meclise çevirmiş ve meclise karşı daha sorumlu davranmalarını sağlamıştır. Padişahın tek taraflı yayınladığı kararnamelerde ise çift imza uygulamasına benzer bir uygulama ile yine nazırların sorumlu tutulabilmesi sağlanmıştır. Bu durum da padişahın her kararnamesinin nazır tarafından uygulanmasının önüne set çekmiştir. Çünkü hukuksuz bir kararname uygulanırsa artık nazırların kendisi de sorumlu olacaktır. Yani Kanun-ı Esasi'de yapılan 1909 tarihli değişiklikten sonra kabinenin varlığının dayanağı padişahtan çok Mebusan Meclisi olmuştur. Artık padişah her istediğini Heyet-i Vükela üyelerine yaptıramayacaktır. Aksi halde, Heyet-i Vükela üyeleri, Meclis-i Mebusan'a hesap vermek zorunda kalabileceklerini bilmektedirler.

Meclis-i Mebusan'ın önceden hükümeti düşürmesi pek mümkün görülmüyorken değişlikle birlikte hükümeti düşürme kolaylaşmıştır. Padişahın meclisi feshetmesi ise zorlaşmıştır. Meclisi feshetme için belli birtakım olayların gerçekleşmesi gereklidir.[20] Ancak meclis diktatörlüğünün oluşmasından korkulduğu için feshetme tam olarak kaldırılmamıştır.

Meclisin asli görevlerinden biri de kanun yapmaktır. Anayasanın eski halinde kanun yapmak meclis için bir hayli zordu ve denetimlere tabiiydi. Değişikliklerle birlikte kanun oluşturma kolaylaşmış, hızlanmış ve

20 35. madde meclis ile bakanlar kurulu arasındaki uyuşmazlık halini ele almaktadır. Maddenin yeni seklinde uyuşmazlık durumunda vükelâ görüsünde ısrar ederse ve meclis kesin ve tekrarla bunu reddederse, vükelâ ya meclisin kararını kabule ya da istifaya mecburdur. Istıfa halinde oluşturulacak yeni heyet eskisi ile aynı fikri taşırsa ve meclis yine reddederse m.7 gereği padişah meclisi feshedebilir. Yeni mebusan heyeti, önceki heyetin oyunda ısrar ederse, meclisin oy ve kararının kabulü zorunludur.

denetim baskısı azalmıştır. Kanun-ı Esasi'nin 53. Maddesinde yapılan değişiklik ile kanun yapma teklifi Heyet-i Vükela, Meclis-i Mebusan ve Meclis-i Ayan kurumlarının üçüne de tanınmıştır. Kanun teklifinin kanunlaşabilmesi için padişah tarafından onaylanması gerekmektedir. Ancak anayasada yapılan değişiklikten önceki dönemde, kanun teklifinin onayı için belli bir süre sınırı koyulmamıştır. Bu durum yukarıda da anlatıldığı üzere birtakım suiistimallere uğramaktadır. Yeni değişiklik ile padişaha kanunu onaylaması için 2 aylık süre sınırı getirilmiştir. Bu süre zarfında padişah kanunu onaylamazsa meclise geri gönderebilir. Dolayısıyla 1909 değişikliğinden önce mutlak veto hakkına haiz olan padişah değişiklikten sonra zorlaştırıcı veto hakkına sahip olmuştur. Şöyle ki; Bu durumda her iki meclis tarafından 2/3 çoğunlukla yeniden kabulü halinde padişah için onay, ilân ve yayım zorunlu hale gelmektedir.

Temel hak ve özgürlükler bakımından değişiklikten önceki kanun birçok hakkı tanıyordu. Değişiklikten sonra 113. Madde kapsamındaki sürgün cezası kaldırılmıştır. Bundan başka toplanma ve dernek kurma hakkı gibi negatif statü hakları yanında pozitif statü hakları da tanınmıştır. Böylece anayasal modernleşmeye önem verilmiştir

1909 değişiklikleri genel anlamda ülkede demokrasi adına önemli sonuçlar meydana getirmiştir. Bu şekli ile Kanun-ı Esasî 1920-1924 arasında yaşanan TBMM Hükümeti döneminde de geçerliliğini korumuştur. 1921'den öncesi için bu çıkarım tamamen doğru ise de, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun kabulünden sonra ortaya, iki anayasanın da aynı anda yürürlükte olduğu bir tablo çıkmıştır. 1876 Kanun-ı Esasîsi, ancak 1924 tarihli teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 104. maddesi ile kaldırılmıştır.

KAYNAKÇA

BERKES, Niyazi: Türkiye'de Çağdaşlaşma, 1.Baskı, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1973.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Anayasal Derinlik Türkiye'nin Anayasal Hafızası, 1.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2012.

HANİOĞLU, M. Şükrü: Siyasal Temsil Olayının Osmanlı İmparatorluğu'ndaki Yeri, (Ed. Ersin Kalaycıoğlu, Ali Yaşar Sarıbay), 4. Basım, Bursa, Dora Yayınları, 2009.

KARAKOÇ, İrem: "1876 Tarihli Kanun-i Esasi'de Yürütme Organı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 8, Sayı: 2, 2006.

TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), İstanbul, Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık, 2006.

TUNAYA, Tarık Zafer: Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938), 2.Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003.

EŞİT DAVRANMA İLKESİ VE FESİHTE EŞİT DAVRANMA İLKESİNE UYULMAMASININ SONUÇLARI

Stj. Av. Aylin DEMİR

GİRİŞ

Türk Hukuku'nda temelde eşitlik ilkesinin yasal dayanağı Anayasa'da düzenlenmiştir. Eşit davranma ilkesi ise 4857 sayılı İş Kanunu 5. Maddesinde düzenlenmiş ve söz konusu bu madde ile işverene, iş yerinde çalışan işçiler arasında eşit davranma yükümlülüğü getirilmiştir. Düzenlenen maddenin içeriği ayrım yasaklarını kapsamaktadır. Söz konusu düzenleme mutlak ayrım yasaklarını içermekle birlikte somut olayın özelliklerine göre objektif ve esaslı nedenler olmadıkça aynı koşullardaki işçiler arasında ayrım yapılmamasını öngörmektedir.

Bu çalışmamızda öncelikle eşitlik kavramı, eşitlik ilkesinin yasal dayanağı ve iş hukukundaki görünümünden bahsedilecektir. Ardından işverenin, iş akdindeki borcu olan eşit davranma yükümlülüğü Yargıtay kararları ile desteklenip anlamı ve kapsamı incelenecektir. Eşit davranma yükümlülüğünün uygulanma koşulları ve uygulanma alanlarından biri olan iş sözleşmesinin feshedilmesinde eşit davranma yükümlülüğü detaylı olarak ele alınacaktır. Son olarak, İş Kanunu çerçevesinde eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmanın yaptırımları ele alınacak, ayrımcılık tazminatının bazı tazminatlar ile birlikte talep edilip edilemeyeceği konusu doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay kararları ile kısaca değerlendirilecektir.

1. GENEL OLARAK EŞİTLİK KAVRAMI

Eşitlik kavramı; TDK'ye göre, "İki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavat, muadelet" şeklinde tanımlanmıştır.[1] Bir diğer anlamıyla, iki veya daha fazla şeyin birbirine eş olmasıdır. Başka bir ifadeye göre ise, aynı haklardan yararlanmayı ve kanunlar önünde kişiler arasında fark bulunmamasını ifade bir kavramdır.[2] Genel anlamıyla eşitlik kavramına bakıldığında, en temelinde bütün insanların eşit yaratıldığı ve birbirlerine benzeyen veya birbirleri ile aynı olan özellikleri üzerine

1 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori1=veritbn&kelimesec=117401 (Erişim Tarihi: 20 Mart 2019).

2 YILDIZ, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Kitabevi, Ankara 2008, s.2.

kurulan bir kavramdır. Aynı zamanda eşitlik, insanların yasalar önünde eşit olması, eşit muamele görmesi ve eşit haklara sahip olması anlayışına dayanmakta ve "ideal bir adalet" arayışını ortaya koymaktadır. Öncelikle, karşılaştırma yapılacak iki insanın arasında eşitlik ilkesine uygun olarak davranıldığının ya da davranılmadığının tespit edilebilmesi için "aynı durumda" olup olmadıklarına bakmak gerekecektir.

İnsanlar arasında hak ve yükümlülüklerde eşitlik olması demek, aynı durumda bulunan insanların aynı hak ve yükümlülüklere sahip olması, aynı durumda aynı davranışa muhatap tutulmaları anlamına gelmektedir.[3] Eşitlik kavramı, dev düşünürlerin tartışmaları ile birlikte Antik Yunan'dan günümüze kadar farklı uygulama alanlarında tartışılmıştır ve tartışılmaya devam etmektedir. Eşitlik, hukuk düzeninin varlığında önemli bir ilkedir ve aynı zamanda devlet yönetimlerinde etkili olmaktadır. Hem Türk Hukuku'nda hem de Uluslararası Hukuk'ta ve Uluslararası Kuruluşlarda eşitlik kavramı oldukça önemli bir yer edinmektedir.

2. EŞİTLİK İLKESİNİN YASAL DAYANAĞI

Türk Hukuku'nda eşitlik ilkesinin temelindeki yasal dayanak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Kanun Önünde Eşitlik başlığı altında 10. Maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 10. Maddesine göre,

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Düzenlenen söz konusu hükümle birlikte Türk hukuk düzeninde geçerli olan ve her zaman uyulması gereken bir genel eşitlik kuralı ile genel bir eşit davranma yükümlülüğü getirilmiştir. Anayasanın bu hükmü açık-

3 ÇOLAKOĞLU, Ebru, **Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu**, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya 2011, s.18.

ça kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılmasını yasaklamıştır. Bu bakımdan Anayasada düzenlenmiş olan bu hükmün bir yandan ayrım yasağını düzenlerken, diğer yandan genel anlamda eşitlik ilkesini kapsadığı söylenebilecektir.[4] Devletin de vatandaşlarına karşı eşit ve tarafsız olması gerektiği Anayasa maddesi hükmü ile güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nce 10. Maddenin amacı şu şekilde açıklanmıştır. "Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz"[5]

3. EŞİTLİK İLKESİNİN İŞ HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ İLE GENEL İTİBARİYLE İŞVERENİN EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UYGULANMA KOŞULLARI İLE ALANLARI

3.1 EŞİT DAVRANMA İLKESİNİN YASAL DAYANAĞI

Anayasada 10. Madde ile ifade edilen ve eşitlik ilkesi olarak adlandırılan kavram iş hukukunda karşımıza eşit davranma ilkesi olarak çıkmaktadır.[6] İş hukukundaki eşitlik ilkesi esasında işveren için bir yükümlülüktür.[7] Bir diğer ifade ile işverenin, işçi ile akdedilen iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer alır. İşyerinde çalışan işçilere eşit davranma ve eşit değerdeki işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarını uygulama, çağdaş iş hukukunun tanıdığı, genellikle hakkaniyet esasına dayandırılan[8] bir borçtur.[9] Eşitlik ilkesinin dayanağının başında Anayasa'nın yer aldığına yukarı değinilmişti. Eşit davranma ilkesi, İş Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesine göre,

4 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2014, s.453.

5 AYM, 7.6.1999, E.1999/10, K.1999/22.

6 ERKANLI, Betül, **Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.107.

7 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, s.493.

8 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, s.493.

9 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 30. Bası, 2017 s.379, KANDEMİR, Murat, YARDIMCIOĞLU, Didem, DÜHFD, C.19, S. 30-31, 2014.

"İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun *bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.*

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."

Bu madde, Anayasada yer alan eşitlik ilkesine de paralellik göstermektedir. Nesnel bir ifadeyle iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, din, mezhep, felsefi inanç ve benzer sebeplere dayanarak ayrım yapılmasını ayrıca yasaklamıştır. Madde kapsamında, ayrım yasaklarının tahdidi olarak sayılmadığı 'benzer sebepler' ifadesinden anlaşılmaktadır. Sınırlı sayıda (numerus clausus) olmayıp, işverenin sayılan sebeplerle benzerlik gösterebilecek diğer sebeplerle de ayrımcılık yapmasının yasaklandığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, örneğin cinsel yönelim ya da yaş sebebiyle yapılan ayırımcılıklar da bu madde kapsamında değerlendirilecektir.[10] Somut olayın özelliklerine göre benzer sebepler çoğalabilmektedir.

Mutlak ayrım yasakları dışında diğer hallerin sınırlayıcı olmadığı kapsamında Yargıtay'ın ilgili kararında, "İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine

10 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.381.

siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları da esas alan bir ayrımcılık da korunmamalıdır.[11] Söz konusu hükmün başlığı her ne kadar "Eşit davranma ilkesi" olsa da, bu maddede ağırlıklı olarak ayrım yasakları düzenlenmiş olduğundan, bu hükümle genel anlamda bir eşit davranma yükümlülüğünün düzenlendiği söylenemez.[12] Ayrıca, maddenin 2. Fıkrasında işverenin, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında da belirli süreli çalışan işçiye farklı işlemler yapamayacağı düzenlenmiştir.

Maddenin 3. Fıkrasında yer alan gebelik nedeniyle farklı işlem yapamayacağı Yargıtay Hukuk Dairesi'nin, *"işletmelerinin genel maddi durumunun sıkıntıda olması gerekçe gösterilerek feshedilmişse de feshin geçerli nedene dayandığı ispatlanamamıştır. Davacı hamilelik sebebiyle doğumuna 3 ay kala işte çıkarıldığını işten çıkarılmadan 2 ay önce yerine başka bir çalışan alındığını, davacının yerine alınan kişiyi davacının eğittiğini iddia etmiştir. İş sözleşmesinin hamileliği sebebiyle feshedildiği anlaşıldığından..."*[13] ilgili kararıyla da işverenin farklı işlem yapamayacağı sabittir.

İş Kanunu'nun 5. Maddesinde görüldüğü üzere, madde her ne kadar "Eşit davranma ilkesi" başlığını taşısa da ayırımcılık yasağı ile sınırlı bir içeriğe sahiptir. Oysa eşitlik ilkesi, ayırımcılık yasağından ibaret değildir. Maddede sayılan sebeplere dayalı olarak farklı işlem yapma yasağının, bir diğer deyişle "ayırımcılık yasağının" dışında, işverenin haklı bir sebep yokken farklı muamele yapmama borcu yani genel anlamda eşit davranma borcu da söz konusudur. [14]

Aynı kanunun 12. Maddesinin 1. Fıkrasında ise, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçinin ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı bir işleme tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi karşısında ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye karşı farklı işleme tabi tutulamayacağı da yine aynı kanunun 13.maddesinin 1. Fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu maddelere istinaden, kıdem, vasıf, işin niteliği, özel koruma ve yardım tedbirleri gibi ayrımı haklı kılan esaslı nedenler olmadıkça,

11 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yarg. 9.HD. E.2014/25111, K. 2015/35644 Erişim Tarihi 20.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

12 SÜZEK**,** Sarper, s.45-49.

13 Yarg. 9.HD, 14.4.2016, E. 2015/29051, K.2016/9441 Erişim Tarihi 21.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

14 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.381.

belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçiyle, belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçi arasında eşitlik ilkesine aykırı olarak herhangi bir ayrım yapılamaz.[15]

Benzer bir diğer hükme İş Kanunu'nun "Feshin geçerli bir sebebe dayandırılması" başlıklı 18. Maddesinde, *sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılması, iş yeri sendika temsilciliği yapması veya ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler"* şeklinde sayılan hususların fesih için geçerli bir sebep oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yine 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25.maddesinde de sendikal nedenlerle ayrımcılığı engelleyen bir düzenleme mevcuttur. Getirilen düzenlemeye göre de, işverenin bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyeliği bulunmayan işçiler veya aynı sendikaya üye olmayan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalışmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamayacağı ifade edilmektedir. Aksi takdirde işçinin tazminat talebinde bulunabileceği ayrıyeten düzenlenmiştir. Eşit davranma ilkesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında da çeşitli şekillerde düzenlenmiştir.[16]

3.2 İŞ HUKUKUNDA EŞİT DAVRANMA İLKESİNİN ANLAMI VE KAPSAMI

Eşit davranma ilkesi veya bir diğer ifadeyle eşit davranma yükümlülüğü genellikle aynı ya da benzer durumda bulunan kişilerin keyfi olarak farklı işlemlere tabi tutulmaması, haklı ve objektif nedenler olmadıkça kişiler arasında ayrım yapılmaması ve herhangi bir ayrıcalık tanınmaması şeklinde tanımlanmaktadır.[17] Kişiler arasındaki mutlak bir eşitlikten söz edilmemektedir.

İşveren açısından, işyerinde bulunan aynı konumdaki işçilere eşit davranmak, keyfi bir uygulama içerisinde bulunmama yükümlülüğü yüklenmektedir. Farklı çalışma koşullarındaki işçilere eşit davranma borcundan söz edilemez. Bu yükümlülük tüm işçiler bakımından işverenin eşit

15 ERKOL DURSUN, Arzu, DURSUN, Nurullah, İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, Seçkin Yayınevi, 2017, s.20.

16 Yarg. 9. HD. E. 2014/29678, K. 2016/2553 T. 15.02.2016 Erişim Tarihi 20.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

17 TUNCAY, Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi (Doçentlik Tezi), İstanbul, 1982; ERKANLI, Betül, s.109-110.

davranması anlamına gelmemektedir. Aksine eşit olmayan işçilere eşit davranmak, somut olaya göre eşit davranma yükümlülüğünün ihlalini oluşturabilir.[18]

İşveren hem işçinin yaptığı işi, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere, hem de çalışkanlık, yetenek, performans, tecrübe, bilgi ve liyakat gibi sübjektif nedenlere dayanarak işçiler arasında farklı koşullar uygulayabilecektir.[19] Örneğin, bir iş yerinde vasıfsız bir işçi ile mühendis ya da alanında uzman birine işverenin eşit ücret ödememesi farklı koşullar, objektif ve sübjektif nedenler mevcut olduğundan eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. İş Hukuku öğretisinde, baskın görüş tarafından, eşit davranma borcunun sınırlı hallerde mutlak nitelik taşıdığı, bu hallerin ayırımcılık yasakları olduğu ileri sürülmektedir.[20] Bir başka ifadeyle, ayırımcılık yapmama borcunun mutlak, genel anlamda eşit davranma borcunun ise mutlak olmadığı kabul edilmektedir.[21] Yargıtay'ın ilgili kararları da bu yöndedir.[22] Eşit davranma borcu, olumlu ve olumsuz nitelikte yükümlülüklerden oluşan bir borç olarak analiz edilebilir. İşçiler arasında, eşit davranma yükümlülüğü kapsamı, haklı bir neden olmadıkça ayrım yapmama durumu, bu borcun olumsuz yanını; haklı nedenin mevcut olması durumunda ayrım yapma yükümlülüğü ise olumlu yanını oluşturur.[23]

Yargıtay'ın ilgili kararında, *"Eşit davranma ilkesi, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit*

18 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014 s.723, ERKANLI, Betül, s.110.

19 Yarg. 9. HD. E. 2012/36446, K. 2014/27623, T. 23.09.2014, "İş mevzuatında beyaz yakalı işçi mavi yakalı işçi ayrımı bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışanlar arasında fazla çalışma ve bayram genel tatil ücretleri bakımından farklı oranların uygulanması İş Kanunu'nun 5.maddesine aykırılık oluşturur." Kararı isabetsiz bulan Özdemir'in incelemesi için bkz. (ÖZDEMİR, Erdem, ***Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma İle Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?***, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.33 Y.2015 s.45).

20 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, Ulaş, s. 724,727.

21 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.383.

22 Yarg. 9.HD E.2014/2511, K.2015/35644, "İş Kanunu sistematiğinde, eşitlik ilkesini düzenleyen 5.maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir.", Erişim Tarihi 21.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

23 ÇOLAKOĞLU, Ebru, s.13.

davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin hiçbir farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir."[24]

Kararda da bahsedildiği üzere işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, disiplin hükümlerinin uygulanması, gece çalışması, fazla çalışma, sigara içme yasağı gibi bazı durumlarda işyerinde işçiler arasında makul ve objektif olmayan sebeplerden dolayı ayırım yapamaz. Fakat, bir iş yerinde yaptıkları işin niteliği gereği bir grup işçiye sigara yasağı uygulanmasında farklı bir koşul vardır ve objektif ve haklı bir nedene dayanmaktadır.[25]

Benzer bir kararda, "İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez."[26]

Çelik'e göre de işverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatların eşit işlem yapma borcunun mutlak olarak uygulanacağı alanlar arasında olduğu ve bu talimatların eşit durumda olanlara eşit işlem esasına uygun olarak yapılması gerektiğini ifade eder. Örneğin, tatil ve gece çalışmalarında, işin işçilere dağıtımda işverenin aynı niteliklere sahip işçiler arasında ayrım yapmaması ve nöbetleşme usulüne yer vermesi gerekir.[27]

Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre esaslı nedenler olmadıkça ve biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı vurgulanmıştır. Aynı şekilde, işçilere sosyal yardımların verilmesinde, işveren eşit davranmakla yükümlüdür.[28] Ancak işveren, sosyal yardımları işyerinde çalışan işçilerin tamamına verebileceği gibi, belirli bir gruba da verebilir. İşverenin grup içerisinde işçi ayrımı yapması ise mümkün değildir.[29] Yargıtay, işverenin ikramiye vermesi durumunda eşit işlem yapma borcuna uygun davranmasına karar

24 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yarg. 9.HD. E. 2014/25111 K. 2015/35644 Erişim Tarihi 21.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

25 MOLLAMAHMUTOĞLU**,** Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL**,** Ulaş, s.724.

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yarg 9. HD. E. 2009/33837 K. 2009/32939, 21.12.2009; Yarg. 9.HD. E. 2008/27310 K. 2008/22095, T. 25.07.2008 Erişim Tarihi 21.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

27 ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 10.B, 1990, s.134.

28 HGK. E. 2012/9-847, K:2013/200, T. 06.02.2013, "tam süreli iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilen davacı yönünden sosyal ve parasal haklarının diğer tam süreli çalışanlara göre, haftalık çalışma süresinin oranlanmasıyla belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olup, davacı ile diğer tam süreli iş akdi ile çalışanlar arasında oranlamayı haklı gösterecek objektif bir nedenin varlığı da ispat edilemediğinden davacı işçi tam süreli iş sözleşmesi kapsamında çalıştığına göre sosyal yardımlardan da tam süreli diğer işçiler gibi yararlanmalıdır." Erişim Tarihi 22.03.2019 (Lexpera)

29 SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 6.B, Ankara, 2016, s.95.

vermiştir.[30] İşveren yapılan işin niteliği gereği sadece bir bölümde çalışan işçilere prim verebilir ve bu uygulama işletme gerekleri ve yapılan işin niteliğinden ötürü işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmez. [31]

Örnek olarak, bir iş yerinde pazarlama bölümünde çalışan işçilerin sattıkları mal miktarına bağlı olarak işverenleri tarafından prim verilmesinin eşit işlem yapma borcuna aykırı olmayacağını söyleyebiliriz. Yine aynı şekilde, sosyal yardımlar işyerinde önemli sorumluluk taşıyanlara, niteliği gereği tehlikeli işlerde çalışanlara, belirli süre kıdemi olanlara yahut da işverence belirlenmiş özel koşulları taşıyanlara verilebilir.[32]

İşverenin yönetim hakkı ile ilgili Yargıtay'ın ilgili kararında, *"…Somut uyuşmazlıkta davalı işveren emsal gösterilen iki işçi dışında tüm işçilere %9 oranında, emsal gösterilen iki işçiye ise %25 oranında zam uygulamıştır. Davacı ile %25 zam uygulanan işçiler dosya içeriğine göre aynı konumda ve eşit değildirler. İki işçi dışında davacı dahil diğer işçilere bir hak sınırlandırılması getirilmemiştir. %25 zam uygulanan işçiler farklı konumda olup, bu uygulama işverenin yönetim hakkı kapsamında kaldığından, davalının eşit işlem borcuna aykırı davrandığından söz edilemez. Mahkemece davanın reddi yerine hangi haklı ya da yasal gerekçe ile %9 zam uygulandığı olgusunun açıklanamadığı ve objektif bir nedenin varlığı ispatlanamadığı gerekçesi ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."*[33] Denilmiştir.

Yargıtay kararında da görüleceği üzere işverenin yönetim hakkı kapsamında ücret zammı yapılıp yapılmayacağının işverenin takdirinde olduğu farklı durumda olan işçiler arasında farklı işlem uygulanabileceği ve bu

30 Yarg. 9. HD., E. 2009/1540, K. 2011/1484, 31.1.2011, "İşçinin işyerine olan katkıları sebebiyle işverenin memnuniyetini ifade etmek üzere bir defada veya dönemsel olarak belli zaman dilimlerinde ya da işçiyi ilgilendiren doğum, ölüm, evlenme gibi nedenlere bağlı olarak yapılan ücretin eki niteliğindeki ödemeler ikramiye olarak adlandırılabilir. İşçinin başarısına bağlı olarak ödenen primden farklı olarak ikramiye genel bir nitelik taşır ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanır. Başka bir anlatımla, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece ikramiye uygulaması yönünden eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır." (Kazancı İçtihat Bankası)

31 KILIÇ, Ebru, İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu, TAAD, Cilt:1, Yıl 2, Sayı 6 (20 Temmuz 2011).

32 EKİN, Ali, KAYIRGAN, Hasan, Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni, DEÜHFD, Cilt: 15, Özel S., 2013, s.1045-1066 (Basım Yılı: 2014).

33 Yarg. 9. HD. E. 2012/22794, K. 2014/22459, T. 30.06.2014 Erişim Tarihi 23.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

işlemin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceği karara bağlanmıştır. Benzer bir kararda Yargıtay, ücret zammının mutlak ayrım yasakları arasında olmadığından somut olarak ispatını aramıştır.[34]

3.3. EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UYGULANMA KOŞULLARI İLE ALANLARI

3.3.1. UYGULANMA KOŞULLARI

İş hukukunda eşit davranma yükümlülüğünün var olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir. İlk olarak, işverenin eşit işlem yapma borcu, aynı işyerinde çalışıp, aynı şartları taşıyan işçiler arasında ayrım yapmama olduğundan karşılaştırma yapılabilecek birden fazla işçiden oluşan bir grubun mevcut olması ve bu işçi grubunun aynı işyerinde veya işletmede çalışması gerekmektedir. [35] İkinci olarak, bütün işçiler ya da işçi grupları için geçerli, onların bireysel sözleşmelerinin dışında belirli bir uygulamanın olması yani kollektif nitelik taşıyan uygulamalar açısından eşit davranma yükümlülüğü vardır.[36] Bireysel uygulamalarında bu yükümlülük söz konusu değildir.

3.3.3.1. İşyerinde Birlik

Eşit davranma yükümlülüğünün uygulanacağı işçilerin aynı işyerinde çalışıyor olmaları eşit davranma yükümlülüğünün söz konusu olması için gerekmektedir. İşçiler, farklı işyerlerinde çalışıyorlar ise işverene bu yükümlülük yüklenemeyecektir.[37] Belirli süreli ve kısmi süreli çalışan işçilerin söz konusu olduğu durumlarda bu kural aranmayacaktır. Belirli süreli çalışan işçi için "belirsiz süreli çalışan emsal işçiye göre", kısmi süreli çalışan işçi bakımından da ayrımı haklı bir de sebep olmadıkça "tam süreli emsal işçiye göre" farklı işleme tabi tutulamayacağı, durumlarında aynı işyerinde çalışmak gereklilik olmayacaktır. [38]

---

34 Yarg. 9. HD. E. 2015/5712, K. 2016/20493, T. 21.11.2016, "Somut uyuşmazlıkta Mahkemece hükmedilen eşit davranmama tazminatına gerekçe olarak davacıya ücret zammı yapılmayıp başka personele yapılması gösterilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere 4857 sayılı Yasanın 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiş olup somut olayda bu ve benzeri sebeplere dayalı bir ayrım yapıldığı ileri sürülüp kanıtlanmadığından eşit davranmama tazminatı talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Erişim Tarihi 23.03.2019 (Lexpera).

35 SENYEN-KAPLAN**,** Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 7. B., Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s.178.

36 ERKANLI**,** Betül, s.120.

37 MOLLAMAHMUTOĞLU**,** Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, s. 730

38 ERKANLI**,** Betül, s.119

3.3.3.2. İşyerinde İşçi Topluluğunun Bulunması

İşçiler arasında kıyaslama yapılabilmesi ve söz konusu yükümlülükten bahsedebilmek için işyerindeki işçilerin en az iki kişi olması lazımdır. Buradaki koşul sadece yükümlülüğe aykırı olup olmadığının tespiti için gerekmekte, ayrım yasakları için en az iki kişi olması şartı bulunmamaktadır. [39]

3.3.3.3. Kollektif Bir Uygulama Olması

Söz konusu eşit davranma yükümlülüğü işyerinde tüm işçileri kapsayan bir uygulama olarak ortaya çıkacağından kollektif nitelik taşıyacaktır. İşçilerin tümüne ikramiye verilip birkaçının ayrı tutulması işverenin, yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek, bireysel olarak bir işçinin ödüllendirilmesi durumunda eşit davranmakla yükümlü olmayacaktır.[40]

3.3.3.4. Zamanda Birlik

Sayılan tüm unsurlara ek olarak da, söz konusu yükümlülükten bahsedebilmek için de kıyaslama yapılacak hadiselerin yaklaşık olarak aynı zaman içerisinde olmuş olması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile, "karşılaştırma yapılacak işçilerin işyerindeki çalışma sürelerinin aynı olarak devam ettiği süre"dir.[41]

1.1.2. UYGULANMA ALANLARI

İşverenin, eşit davranma yükümlülüğünün uygulama alanları genel olarak, bazı iş sözleşmesi türlerinde, işe almada, ücretin belirlenmesinde (işe alma aşamasında, iş ilişkisinin devamı sürecinde, kadın ve erkek arasındaki ücret eşitliğinde), yönetim hakkının kullanılmasında ve iş sözleşmesinin feshi olarak sınırlandırılabilir. Çalışmamızın konusu bakımından işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uymamasının sonuçları üzerinde durulup yaptırımları ele alınacaktır.

4. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanabileceği durumlar; sosyal yardımların verilmesinde, yönetim hakkına ilişkin konularda ve greve katılmayan işçilerin çalıştırılmasıdır.[42] İş Hukuku öğretisinde, iş sözleşmesinin feshinde işverenin, eşit davranma yükümlülüğünün bir di-

39 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, s. 732

40 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, s. 734

41 ERKANLI, Betül, s.121

42 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.384.

ğer ifadeyle eşit işlem yapma borcunun bulunup bulunmadığı konusunda tartışmalar mevcuttur. Çelik/Caniklioğlu/Canpolat ve Senyen-Kaplan'ın görüşüne göre, iş sözleşmesinin feshinde kural olarak işverenin eşit işlem yapma borcundan bahsedilemeyeceği, işverenin fesih hakkının kötüye kullanılması dışında, işçinin iş sözleşmesini bildirimli fesih ile her zaman sona erdirebileceği, iş kanunu kapsamında olan işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplerle ve işçilerin kişisel durumlarının, yeteneklerinin ve diğer niteliklerinin farklılığı karşısında eşit işlem borcunun olmadığı savunulmaktadır.[43] Aynı şekilde bu görüş tarafından, ücretlerde de eşit davranma borcunun mutlak olarak uygulanamayacağı savunulmaktadır.

İş Kanunu'nun 5. Maddesinde işverence iş sözleşmesinin sona ermesinde, mutlak ayrım yasakları, cinsiyet ve gebelik ve sendikal ayrımcılık halleriyle eşit davranma yükümlülüğü sınırlı olduğundan bir diğer ifadeyle bu sebeplere dayanarak yapılan fesih işlemleri geçersiz olduğundan, Çelik/Caniklioğlu/Canpolat ve Senyen – Kaplan'ın görüşüne göre işverence iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde, işçilerin farklı özellikleri karşısında eşit işlem yapma borcunun uygulanamayacağı savunulmaktadır. Örnek olarak, üç işçinin devamsızlıkta bulunması halinde, işverenin bu işçilerden yalnız birinin sözleşmesini feshedip, diğer işçilerle çalışmaya devam etmesi mümkün olabilecektir.[44]

Yargıtay, davacının kaşını yararak yaralama fiilini ika eden işçinin hizmet akdi bu olay nedeni ile feshedilmeyerek eşit işlem yapma borcuna aykırı davranıldığına hükmetmiştir.[45]

Aynı görüşe sahip Çelik'e göre de, hizmet akitlerinin feshini, eşit işlem yapma borcunun mutlak olarak uygulanamayacağı durumlar arasında saymıştır. İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshinde, fesih hakkının kötüye kullanılmaması şartıyla herhangi bir işçinin, hizmet akdine bildirimli fesih yolu ile son verilmesine ve aynı şekilde sözleşmenin haklı nedenlerle de feshine de eşit işlem yapma borcunun uygulanamayacağını savunmaktadır.[46]

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise, sözleşmenin feshi haklı sebeple ya da süreli olmasına göre farklılık göstermeyip işverenin eşit davranma yükümlülüğüne uyması gerektiği yönündedir. Fesih davranma

---

43 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.386; SENYEN-KAPLAN, Tuncay, s.181.

44 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.387.

45 Yarg. 9. HD. E. 2004/8413, K. 2004/24957, T. 4.11.2004 Erişim Tarihi 23.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

46 ÇELİK, s.134.

ilkesi her türlü ayrımı değil, işverenin ayrımlarından keyfiliği önleyici nitelik taşıdığından ilk olarak aynı sebebe dayandırılsa da bazı işçiler çıkarılırken diğerlerinin iş sözleşmelerinin devam etmesi çoğunlukla ayrım yapılan bir davranış sayılmaz. Çünkü, fesih yapılırken farklı işlem yapılmasını haklı kılabilecek birçok neden bulunabilir. [47]

İşveren, amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu işletmesel kararlar alabilir. Ancak, işletmesel karar sonucunda, tedbir olarak düşünülen feshin zorunlu hale gelmiş olması gerekir. İşletmesel kararla varılmak istenen sonuca fesihten başka bir yolla ulaşmak mümkün ise, fesih için geçerli nedenden söz edilemez. Fazla çalışmalar kaldırılarak, işçinin rızası ile esnek çalışma biçimleri getirilerek, işçiyi başka işte çalıştırarak veya meslek içi eğitime tabi tutarak amaca ulaşılabiliyorsa, feshin son çare olma ilkesi gözetilerek feshe başvurulmaması gerektiği yönünde Yargıtay'ın kararları mevcut olup kanaatimizce isabetlidir.[48]

Yargıtay'ın ilgili bir kararında, "İşveren açısından fesih nedeni olarak kabul edilecek davranışta bulunan ve aynı konuda olan işçilerden bir kısmının iş sözleşmesi bu sebeple feshedilmezken, bu davranışın bazı işçiler için fesih sebebi olarak kullanılması, dolaylı ayrımcılık ve dolayısı ile eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eder. Davalı işveren tarafından dolaylı ayrımcılık ve dolayısı ile eşit işlem borcuna aykırı davranılıp davranılmadığı, bu şekilde fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı tespit edilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir."[49] Mutlak ayrım yasakları içerisinde yer almayan söz konusu olayda, fesih konusu yapılan eylemlerin aynı ya da benzer nitelikte olup olmadığı nispi olarak değerlendirildikten sonra fesihte farklı bir işlem uygulanıp uygulanmadığına bakılmalıdır.

Yargıtay bir başka kararında, aynı koşulda olan iki işçi arasında farklı işlem uygulanarak yalnız birinin iş sözleşmesinin feshedilmesini işverenin, eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğine karar vermiştir.[50] İşve-

47 SENYEN-KAPLAN, Tuncay, "İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:133 - 2 - Aralık - Ocak 2017 (www.jurix.com).

48 Yarg. 9 HD. E. 2006/18576, K. 2006/21357, T. 11.9.2006, " davalının herhangi bir norm kadro çalışması yapmadığı, toplu iş sözleşmesine tabi davacıya kapsam dışı personele uygulanan yönetmelik hükümlerini uyguladığı, norm kadro uygulamasına göre, işyerinde geçici sözleşme ile sürekli işte çalışan işçilerin öncelikle işten çıkarılması gerektiği halde, sadece bayan işçileri işten çıkardığı, bu şekilde eşit davranma borcuna aykırı davrandığı, işgücü fazlalığını ispatlayamadığı gibi, işten çıkarılacakların seçiminde objektif kriterlere ve feshin son çare olması ilkesine de uymadığı anlaşıldığından, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmelidir." Erişim Tarihi 23.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

49 Yarg. 7. HD. E. 2015/35713, K. 2016/2659, 11.02.2016 Erişim Tarihi 23.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

50 Yarg. 9. HD. E. 2008/34788, K. 2010/25328, T. 23.09.2010, Davacının temin ettiği, imalatın kolay ve hızlı yapılmasını sağlayan aparatı kullandığı, bu aparatın kullanılma-

renin, sözleşmenin sona ermesi sırasında eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranması İK. 5. Maddenin 3. Fıkrasında yaptırıma bağlandığından bu sonuca ulaşmak kaçınılmaz hale gelecektir.

5. EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMANIN YAPTIRIMI

5.1. İŞ KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN YAPTIRIMLAR

Daha önce bahsedildiği üzere İş Kanunu'nun 5. Maddesinin 6. Fıkrasında ayrımcılık yasağına aykırılığın hukuki yaptırımı düzenlenmiştir. Söz konusu fıkraya göre, iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. Bu tazminat ayrımcılık tazminatı olarak adlandırılmaktadır.

1.1.1. AYRIMCILIK TAZMİNATI

İşçinin dört aya kadar ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatını isteyebilmesi için söz konusu ayrımcılığın İK m.5 kapsamında olması gerekmektedir.[51] Ayrımcılık yasağına aykırılığın yaptırımı olan bu tazminatın genel anlamda eşit davranma borcunun ihlalinde uygulanmayacağı Yargıtay'ın ilgili içtihatı ile de karara bağlanmıştır.[52] Her ne kadar tazminat ifadesi kullanılmış olsa da işçinin, dört aya kadar ücreti tutarındaki ayrımcılık tazminatını talep edebilmesi için herhangi bir zarara uğramasına gerek bulunmamaktadır. Burada işverenin salt ayrımcılık yapmama borcunun ihlal edilmesi hukuki yaptırıma bağlanmıştır.[53]

Tazminatın azami miktarı işçinin dört aylık ücreti kadardır. Bu sebeple tazminat miktarının belirlenmesinde ayrımcılığın ne derece ağır olduğu, işçinin iş yerindeki konumu ve kıdemi hakim tarafından dikkate alınarak belirlenir.

---

sının işyerinde yasaklı olmasından dolayı davacının iş sözleşmesinin gizlice ve ısrarla kullandığı için feshine karar verilirken diğer çalışanın da yasaklı olan aparatı kullanması yönünde irade gösterdiğinden her iki çalışanın da kusurlu olduğunu söylemiştir. İşçilerden yalnız birinin iş sözleşmesinin feshi, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığına karar verilmiştir. Erişim Tarihi 24.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

51 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.393.

52 Yarg. 9. HD. E. 2017/8204, K.2017/5375, 30.03.2017, "Somut uyuşmazlıkta işyeri uygulaması haline gelen "emekli olana aynı zamanda kıdem tazminatı yanında ihbar tazminatı ödenmesinin sendika üyesi olmayan işçilere ödenmemesi" ve tek taraflı kaldırmanın işçilere tebliğ edilmemesi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesine aykırı davranılması söz konusudur. Davacı ihbar tazminatına hak kazanmıştır. Eşit işlem borcuna aykırılık mutlak 5. maddedeki nedenlere dayanmadığına ve 22. maddeye aykırılık söz konusu olduğuna göre eşit işlem borcuna aykırılık tazminatının yasal koşulları oluşmamıştır." Erişim Tarihi 24.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

53 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.393.

Ayrımcılık tazminatının hesaplanmasında esas alınan ücret çıplak (temel) ücret olup ikramiye, prim, sosyal yardım (yakacak yardımı, yemek yardımı) gibi ücret ekleri bu tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır. Kanun maddesinde açıkça görüleceği üzere iş ilişkisinde ve iş ilişkisinin sona ermesinde söz konusu tazminat talep edilebilir. Bu tazminat işe almada ayrımcılık yapılmasında talep edilemez. Bu durumda genel hükümlere göre sözleşmenin yapılması sırasında kusur, "culpa in contrahendo" ilkesi gereğince maddi ve manevi tazminat talep edilebilir ve bu tazminatın ortada bir akit olmamasından dolayı baz alınabilecek ölçüt olarak emsal işçi çalıştıranların aldıkları ücret ve yoksun kalınan diğer haklar dikkate alınmalıdır.[54]

Yargıtay'ın ilgili bir kararında, *"davacının doğum izninde olduğu bir dönemde davacının yerine başka bir kişinin atandığı ve davacının doğum izni sonrasında kabulü mümkün olmayacak bir alt görevin teklif edildiği, bu görevin sık sık şehir dışı değişikliklerini gerektirdiği, işçi tarafından görevin kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği olayda davacını doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum nedeniyle ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğuna"* karar verilmiştir.[55]

Yargıtay'ın bir başka kararında, *"Somut olayda davalı işverenlik tarafından sadece işverenlik aleyhine icra takibi açmayanlara ödeme yapıldığı kabul edilerek ayrımcılık tazminatına hükmedilmişse de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. Maddesinde "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." hükmünün bulunduğu, madde içerisinde geçen "ve benzeri sebeplerle" ifadesinden eşitliğe aykırılık oluşturan ve ayrımcılık tazminatını gerektirecek hallerin tahdidi olarak sayılmadığı anlaşılmaktaysa da somut olayda işverenin ekonomik sıkıntıları nedeniyle bazı işçilerin ödemelerini geciktirmesi kanunun lafzında geçen "ve benzeri sebeplerle" ifadesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden"* diyerek eşit davranmama tazminatına hükmedilmemesi gerektiği yönünde oyçokluğu ile karar verilmiştir.[56]

---

54 SENYEN-KAPLAN, Tuncay, ***"İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı"***, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:133 - 2 - Aralık – Ocak.

55 Yarg. 9 HD., E. 2009/19835, K. 2011/46440, T. 29.11.2011 Erişim Tarihi 24.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

56 Yarg. 7.HD., E. 2015/3256, K. 2015/3201, T. 3.3.2015 Erişim Tarihi 24.03.2019 (Lexpera).

1.1.1.1. Ayrımcılık Tazminatı İle Bazı Tazminatlar Arasındaki İlişki

İşveren tarafından sözleşmenin feshinde ayrım yasakları kapsamındaki veya işverenin genel anlamdaki işçiler arasında eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edecek bir nedenle feshedilecek olursa, iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından iş güvencesi tazminatına, iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler açısından kötü niyet tazminatına ve feshin sebebinin sendikal nedene dayanması durumunda sendikal tazminata hükmedilmesi söz konusu olacaktır. [57]

Ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlar ile birlikte talep edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde ve yargı kararlarında görüş ayrılıkları mevcuttur. Öncelikle, sendikal tazminata karar verilmesi durumunda ayrımcılık tazminatına da birlikte hükmedilemez. İş Kanunu'nun 5. Maddesinin 6.fıkrasında açık hüküm mevcuttur. 6356 sayılı STİSK m.25 hükmü saklı tutularak, işçi sendikal nedenlerle fesih yapıldığında bu hükme dayanarak hakkını araması gerekecektir. Bu tür bir fesih gerçekleştiğinde işçinin bir yıllık ücretinden az olmamak üzere sendikal tazminata hükmetmesi gerekecektir.

Ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatının beraber istenip istenemeyeceği noktasında öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, hem ayrımcılık hem de kötü niyet tazminatının birlikte istenemeyeceği görüşündedir.[58] Diğer bir görüş ise ayrımcılık tazminatı ile sendikal tazminatın birlikte istenemeyeceği hükme bağlandığından, karşıt anlamından söz konusu tazminatın kötü niyet tazminatı ile beraber istenebileceği görüşündedir.[59]

Yargıtay ilgili bir kararında, *"Somut olayda, aynı fesih sebebine bağlı olarak hem kötü niyet tazminatına, hem de eşit davranma borcuna aykırılık tazminatına hükmedilmiştir. Aynı fesih sebebine bağlı olarak iki ayrı tazminata hükmedilebilmesi, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hallerde mümkündür. Oysa, yukarıda bahsedilen 4857 sayılı Kanun hükümlerinden iki tazminata da hükmedilebileceği sonucuna ulaşılamamaktadır. Bu durumda, aynı olay sebebiyle birden fazla tazminat koşullarının gerçekleşmesi halinde, işçi lehine olan tazminata hükmedilmesi gerekirken, iki tazminata birden hükmedilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."* Diyerek her iki tazminata da hükmedilebilmesi için açıkça düzenlenmesi halinde mümkün olabileceğini

57 KANDEMİR**,** Murat, YARDIMCIOĞLU**,** Didem, DÜHFD, C.19, S. 30-31, 2014, s.36.

58 SÜMER**,** Haluk Hadi, s.100.

59 KANDEMİR**,** Murat, YARDIMCIOĞLU, Didem, s.38.

belirtmiştir.[60] Kanaatimizce sendikal tazminatla birlikte ayrımcılık tazminatına hükmedilememesi kanunda düzenlenmiş bulunduğundan kötü niyet tazminatına birlikte hükmedilemeyeceği yönünde bir hüküm, bir yasaklama düzenlenmesi bulunmamaktadır. Düzenlenmediğinden dolayı iki ayrı tazminatın birlikte talep edilebileceği görüşüne katılmaktayız.[61]

Ayrımcılık tazminatı ile iş güvencesi tazminatının birlikte talep edilip edilemeyeceği konusunda da öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay ilgili bir kararında, "İşçinin hamileliği fesih için geçerli neden oluşturmaz. Hamilelik nedeniyle yapılan fesih işlemi, işe iade davasında yasa uyarınca geçersiz sayılıp, işçinin işe iadesi ile işe başlatılmaması halinde iş güvencesi tazminatına hükmedilir. İşverenin yaptığı fesih işlemi ayrıca ayrımcılık yasağını ihlal etse bile, yine de sonuç değişmez ve feshin geçersizliği ile işçinin işe iadesine karar verilir. İşe iade davasına bakan mahkeme, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iade ile işe başlatmama tazminatına hükmedip, işe başlatmama tazminatı yanında ayrıca ayrımcılık tazminatına hükmedemez."[62] Diyerek her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceği yönünde karar verilmiştir.

Kanaatimizce de Yargıtay'ın kararı isabetli olmamakla beraber her iki tazminata birlikte hükmedilebileceği yönündeki görüşe katılmaktayız.[63] Her iki tazminatın amaçları birbirinden farklılık göstermektedir. İş güvencesi tazminatı, işe iade kararı verilen işçinin işe başlatılmaması halinde işverence ödenen bir tazminattır ve işverene, işçiyi işe başlatmaması halinde bir yaptırım söz konusudur. Ayrımcılık tazminatının ise işverence, işçiye İK m.5 kapsamında bir ayrımcılık uygulanması halinde, işçinin zarara uğramasına gerek olmadan ayrımcılık tazminatını talep edebileceğine yukarıda değinmiştik. Bundan dolayı, aynı somut olayda her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceğine bir engel bulunmamaktadır.

5.1.2. YOKSUN KALINAN HAKLARIN TALEP EDİLMESİ

İş Kanunu'nun 5.maddesinin 6.fıkrasında, işçinin hem ayrımcılık hem de eşit davranma borcuna aykırılık sebebiyle yoksun kaldığı hakları da talep etme imkanı düzenlenmiştir. Yoksun kalınan haklar kapsamına işçinin ücret ve ücret eklerinin de dahil olduğu açıktır. Bu sebeple, işçinin sadece bazı özellikleri nedeniyle ayrımcılığa maruz kalması, örnek olarak

60 Yarg. 22. HD., E. 2012/29053, K. 2013/27095, T. 29.11.2013 Erişim Tarihi 24.03.2019 (Lexpera).

61 KANDEMİR, Murat, YARDIMCIOĞLU, Didem, s.38.

62 Yarg. 9. HD., E. 2010/13065, K. 2012/23353, T. 18.6.2012 Erişim Tarihi 30.03.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

63 KANDEMİR, Murat, YARDIMCIOĞLU, Didem s.39.

salt kadın olmasından dolayı terfi ettirilmemesi durumunda, terfi ettirilseydi alabileceği hakları da talep edebilir. [64]

6. İSPAT YÜKÜ

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda bunu ispatlayacak olan taraf işçidir. Zira, Kanunda ispatla yükümlü olan tarafın işçi olduğu açıkça belirtilmiştir. Bununla beraber, işçi bir ihlalin mevcut olduğu ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Keza, eşit davranma ilkesi maddesi İş K. 20.madde hükümlerini saklı tuttuğundan bu düzenlemeden ayrı tutulmuştur. Yargıtay ilgili bir kararda, "Eşit davranma borcuna aykırılığın ispat yükü işçide olmakla birlikte, işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Davalı işverenin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yaptığının" somut olayda işçi tarafından ispatlanamadığından dolayı eşitsizlik tazminatı taleplerinin reddine karar vermiştir.[65][66]

SONUÇ

Eşitlik ilkesinin İş Kanunu'ndaki görünümü olan eşit davranma ilkesinin asıl amacı iş ilişkisinde işçilere mutlak ayrım yasakları kapsamında ayrım yapılmaması ve genel anlamda objektif ve esaslı nedenler olmadıkça aynı koşullardaki işçilere farklı işlem uygulanamamasıdır. İşverene borç olarak yüklenen eşit davranma borcu, işverenin işçiler arasında keyfi ayrım yapmasını yasaklamakta ve yönetim hakkını kısıtlamaktadır. Söz konusu eşitlik kişiler arasında mutlak değildir. Aynı koşullar altında farklı işlem yapılamayacağı gibi farklı koşullar mevcutken de aynı işlem uygulanamayacaktır.

Hukukumuzda eşitlik ilkesinin yasal dayanakları genel olarak Anayasa m.10, İK m.5, STİSK m.25'te düzenlenmiştir. İşverenin ayrım yapmama borcu, iş ilişkisinin kurulmasında, devamı süresinde ve sona ermesi durumlarında mevcut iken işçiler arasında eşit davranma borcu iş ilişkisi

64 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s.394.

65 Yarg. 7. HD. E. 2016/14034, K.2016/9727, T.2.5.2016 Erişim Tarihi 02.04.2019 (Kazancı İçtihat Bankası).

66 Yarg. 9. HD. E. 2013/7613, K. 2015/741, T. 15.01.2015 "Somut olay yönünden, eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Gerek davacı tanığının beyanına göre, gerekse başka delil ile davalı işyerinde hamile kalan işçinin iş sözleşmesinin sırf bu nedenle feshedildiği ve ayrımcılık yapıldığı davacı tarafça ispatlanamadığından şartları oluşmayan talebin reddi gerekirken kabulü hatalıdır." Erişim Tarihi 02.04.2019 (Lexpera).

devam ederken ve sona ermesi hallerinde söz konusudur. İş sözleşmesinin feshinde öğretide işverenin eşit işlem yapma borcunun bulunup bulunmadığı noktasında tartışmalar olduğuna değinmiştik. İşveren, eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davrandığı durumlarda tazminat ile karşı karşıya kalacaktır.

Ayrımcılık tazminatının, hem iş güvencesi tazminatı ile birlikte hükmedilmesinde hem de kötü niyet tazminatı ile birlikte hükmedilmesinde doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur.

Katıldığım görüş doğrultusunda kanunda açıkça bu tazminatlara birlikte hükmedilebilmesi düzenlenmemekle beraber sendikal tazminat ile ayrımcılık tazminata birlikte hükmedilemeyeceği düzenlenmiş olduğundan, dar yorumlamayarak hukuki sebeplerinin ve amaçlarının da farklı olmasından dolayı birlikte hükmedilebilmesine engel bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 10.B, 1990.
ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 30. Bası, 2017.
ÇOLAKOĞLU, Ebru, **Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu**, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya 2011.
EKİN**,** Ali, KAYIRGAN, Hasan, "***Uluslararası Alanda ve Türk Hukukunda Eşit Davranma İlkesi Bağlamında Ebeveyn İzni"***, DEÜHFD, Cilt: 15, Özel S., 2013.
ERKANLI**,** Betül, **Tarafların İş Sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
ERKOL DURSUN, Arzu, DURSUN**,** Nurullah, İş Kanunu'nda ve Türk Borçlar Kanunu'nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, Seçkin Yayınevi, 2017.
KILIÇ, Ebru, "İşverenin Eşit Davranma Borcu Açısından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği İş Hukukuna Uyumu**",** TAAD, Cilt:1, Yıl 2, Sayı 6 (20 Temmuz 2011).
MOLLAMAHMUTOĞLU**,** Hamdi, ASTARLI, Muhittin, BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
ÖZDEMİR**,** Erdem, "***Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma İle Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?"***, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.33 Y.2015.
SENYEN-KAPLAN**,** Tuncay, **Bireysel İş Hukuku**, Yenilenmiş 7. B., Gazi Kitabevi, Ankara 2015.
SENYEN-KAPLAN, Tuncay, ***"İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı"***, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:133 - 2 - Aralık – Ocak.
SÜMER**,** Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 6.B, Ankara, 2016.
SÜZEK**,** Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2014.
TUNCAY**,** Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi (Doçentlik Tezi), İstanbul, 1982.
YILDIZ**,** Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Kitabevi, Ankara 2008.
İNTERNET KAYNAKLARI
www.jurix.com
www.kazanci.com
www.lexpera.com
www.tdk.gov.tr

YABANCILIK UNSURU İÇEREN İFLAS DAVALARINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN YETKİSİ

Ar. Gör. Can YÖNEY[1]

GİRİŞ

Günümüzde her geçen gün artan mal ve hizmet hareketliliğinin bir sonucu olarak dünyanın farklı noktalarında bulunan kişiler gittikçe artan bir şekilde birbirleriyle ticari ilişkilere girmektedir. İnsanın bulunduğu her yerde olduğu gibi, elbette ki artan bu ticari ilişkilerin bir sonucu olarak da uyuşmazlıklar doğmaktadır. Yabancılık unsuru içeren hukuki ilişki ve işlemlerden doğan bu uyuşmazlıklar, yetkili mahkeme ve uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Günümüzde pek çok hukuk sisteminde bu konulara ilişkin bir çözüm öngörülse de, uluslararası düzeyde daha az ele alınan konular da bulunmaktadır. Bu sorunlardan bir tanesi de yabancılık unsuru içeren iflas işlemleridir[2].

İflas kelimesi, Arapça kökenli bir kelime olup; kelime anlamı itibariyle parayı pulu bitirmek[3], bütün varlığını kaybetmek[4], mevcudu tüketmek[5]

1 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

2 Gülin Güneysu Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta İflas**, Ankara 1997, s. 1; Ali Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflas**, İstanbul 2011, s. 3-4; Cemre Tüysüz, **Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar**, İstanbul 2017, s. 1-2; Emre Çetin, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İflas İşlemlerinde Uygulanacak Hukuk ve Mahkemenin Yetkisi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2016, s. 1; Ali Önal, "Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 2881-2907, s. 2881; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 20. Bası, İstanbul 2013 ("**DHH**"), s. 567.

3 Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul 2016 ("**İcra ve İflas Hukuku**"), s. 491; Hakan Pekcanıtez / Oğuz Atalay / Meral Sungurtekin Özkan / Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2016, s. 401; Hatice Özdemir Kocasakal, "Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 2295-2318, s. 2297.

4 Özdemir Kocasakal, s. 2297.

5 Mehmet Kamil Yıldırım / Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 333.

anlamlarına gelmektedir. Ancak günümüz hukuk sistemimizdeki anlamı itibariyle borçlunun iflasına karar verilebilmesi için tüm malvarlığını tüketmesi ve hiçbir borcunu ödeyemeyecek duruma düşmesi gerekli değildir[6]. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK)[7] kurduğu yapıya göre, borçlunun vadesi gelmiş bir borcunu ödememesi, kendisinin iflasının istenebilmesi ve akabinde iflasına karar verilebilmesi için yeterlidir[8]. O halde iflas, borçlunun haczedilebilir mallarının paraya çevrilip tüm alacaklılarının tatmin edilmesini sağlayan külli bir takip ve tasfiye yolu şeklinde tanımlanabilecektir[9].

Ticari hayatın dinamikleri gereği tacirlerin ekonomik durumlarının kötüye gitmesi ve iflas tehdidiyle karşı karşıya kalmaları mümkündür. Günümüzde artan küresel hareketliliğin bir sonucu olarak da iflas riski ile karşılaşan tacirin malvarlığının farklı ülkelere yayılmış olması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda, söz konusu iflas davasını görecek milletlerarası yetkiyi haiz mahkemenin belirlenmesi önemli bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır. Biz de çalışmamızda yabancılık unsuru içeren iflas işlemlerinde hukuk sisteminin karşı karşıya kaldığı sorunlardan bir tanesi olan iflas davalarında Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisinin ne şekilde tespit edileceğini ortaya koymaya çalışacağız.

I. TÜRK HUKUKUNDA YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN İFLAS İŞLEMLERİNDE MİLLETLERARASI YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ

Yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkili mahkemenin tespiti, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)[10] kapsamına giren bir konudur. MÖHUK m. 40-47 hükümleri, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortaya koymaktadır. MÖHUK m. 41-46 hükümleri, yabancılık unsuru taşıyan bazı hukuki işlem ve ilişkiler bakımından Türk mahkemelerinin yetkisini özel olarak belirlemiştir. Bu hükümlerin kapsamına girmeyen konular bakımından ise MÖHUK m. 40'taki genel yetki kuralı uygulama alanı bulacaktır[11].

6 Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 491; Pekcanıtez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 401; Özdemir Kocasakal, s. 2297.

7 R.G. 19.06.1932, S. 2128.

8 Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 492; Pekcanıtez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 401; Özdemir Kocasakal, s. 2297.

9 Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 491; Pekcanıtez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 401; Yıldırım / Deren Yıldırım, s. 333.

10 R.G. 12.12.2007, S. 26728.

11 Aysel Çelikel / Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul 2016, s. 517; Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 371-372; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Bası,

Yabancılık unsuru taşıyan iflas davaları, MÖHUK m. 41-46'daki özel yetki kurallarından bir tanesi olmadığından, MÖHUK m. 40'taki genel yetki kuralının kapsamına girmektedir. Söz konusu hükme göre, "*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder*". Bu durumda yabancılık unsuru içeren iflas davaları bakımından yetkili mahkemenin tespiti için iç hukukta iflasa ilişkin öngörülmüş olan yetki kuralına bakılması gerekmektedir. İç hukukta bu konuya ilişkin düzenleme, İİK m. 154'te yer almaktadır. Söz konusu hüküm şu şekildedir:

"İflas *yoliyle takipte yetkili merci, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu mahaldeki icra dairesidir.*

Merkezleri yurt dışında bulunan ticari işletmeler hakkında yetkili merci, Türkiye'deki şubenin, *birden ziyade* şubenin *bulunması halinde merkez* şubenin *bulunduğu yerdeki icra dairesidir.*

Borçlu ile alacaklı yetkili icra dairesini yazılı anlaşma ile tayin etmişlerse, o yerin icra dairesi dahi iflas takibi için yetkili sayılır. Şu *kadar ki, iflas davaları için yetki sözleşmesi yapılamaz ve iflas davası mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır*."

Görülebileceği üzere, Türk hukukunda iflas davaları bakımından yetkili ve görevli mahkeme, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi olarak belirlenmiştir. İİK m. 154/3'te davanın "*mutlaka*" hükümde belirtilen asliye ticaret mahkemesinde açılacağının ifade edilmesi ve yetki sözleşmesi yapılmasının yasaklanması[12], söz konusu yetki kuralının kamu düzeninden olduğunu ve bu nedenle bir kesin yetki kuralı olduğunu göstermektedir[13]. Burada bir kesin yet-

Ankara 2019, s. 64; Sibel Özel, "Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 91-92, 2012, s. 7-37, s. 8.

12 İİK m. 154/1, iflas yoluyla takip bakımından yetkili merciin de borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesi olduğunu ifade etmektedir. Bununla beraber, İİK m. 154/3'ün ilk cümlesi, "*borçlu ile alacaklı yetkili icra dairesini yazılı anlaşma ile tayin etmişlerse, o yerin icra dairesi dahi iflas takibi için yetkili sayılır*" hükmünü içermektedir. Görülebileceği üzere, iflas davaları bakımından taraflara tanınmayan yetki sözleşmesi yapma imkânı, iflas yoluyla takip bakımından tanınmıştır.

13 Kuru, **İcra ve İflas Hukuku**, s. 506; Nomer, **DHH**, s. 569; Pekcanıtez / Atalay / Sungurtekin Özkan / Özekes, s. 408; Yıldırım / Deren Yıldırım, s. 354; Güneysu Güngör, s. 130; Yeşilırmak, s. 190-191; Önal, s. 2888; Ergin Nomer, "***İflâs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları"***, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 85, S. 6, 2011, s. 3-11 ("***İflas***"), s. 5; Deniz Ergene, "Tahkim Anlaşmasına Rağmen İflas Talebi: Tahkim İradesine Yönelen Bir Tehdit Mi?", **Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı**, Ayfer Uyanık Çavuşoğlu / Zeynep Derya Tarman (Ed.), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Derisi No. 4 Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2014, s. 3-62,

ki kuralına yer verilmesinin, alacaklılar arasında eşitlik sağlanabilmesi hedefi ile borçlu ile ticari ilişkiye giren kişilerin onun iflas edip etmediği hakkında en doğru bilgiyi onun muamele merkezinden edinebilecekleri düşüncesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir[14].

İç hukuk bakımından uygulama alanı bulan kesin yetki kavramının milletlerarası usul hukukundaki görünümü ise münhasır yetkidir. Münhasır yetki, bir davanın yalnızca Türk mahkemelerinde görülmesinin arzu edildiği konularda karşımıza çıkan bir kavramdır[15]. Türk hukukunda İİK m. 154'teki iflas davalarına ilişkin kuralın bir münhasır yetki kuralı olduğu da doktrinde yaygın şekilde kabul edilmektedir[16].

Bir yetki kuralının, milletlerarası usul hukuku bakımından münhasır yetki kuralı olarak görülmesinin temelde iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, iflas davası konusunda tarafların yabancı bir ülke mahkemesini yetkilendirmesinin mümkün olmamasıdır[17]. Dolayısıyla, iç hukuk bakımından geçerli olan yetki sözleşmesi yapma yasağı, yabancı ülke mahkemeleri bakımından da aynı şekilde geçerli olacak ve iflas davaları bakımından yabancı bir ülke mahkemesini yetkilendiren yetki anlaşmaları, MÖHUK m. 47 anlamında geçerli bir milletlerarası yetki anlaşması olarak kabul edilmeyecektir[18]. Bu yetki kuralının bir münhasır yetki ku-

s. 13. Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, E. 2012/19-643, K. 2013/256, T. 20.02.2013 (www.kazanci.com).

14 Özdemir Kocasakal, s. 2306; Ergene, s. 13. Özdemir Kocasakal, iflas davalarında borçlu hakkında en iyi bilginin borçlunun muamele merkezinde elde edilebileceği şeklindeki düşüncenin, başta Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) olmak üzere günümüz iletişim teknolojisi karşısında artık geçerliliğini yitirdiğini savunmaktadır (Özdemir Kocasakal, s. 2308-2309). Yazara göre, bu münhasır yetki kuralının gerekçesi olarak alacaklıların eşit şekilde işlem görebilmelerini teminine dayanmak daha isabetli bir yaklaşım olacaktır (Özdemir Kocasakal, s. 2310).

15 Nomer, **DHH**, s. 502; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 535; Çelikel / Erdem, s. 683; Doğan, s.129; Yeşilırmak, s. 210.

16 Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 389; Nomer, **DHH**, s. 570; Nomer, İf**las**, s. 5; Güneysu Güngör, s. 130; Özdemir Kocasakal, s. 2310; Yeşilırmak, s. 211; Tüysüz, s. 292; Önal, s. 2899; Ergene, s. 13; Çetin, s. 158. Türk mahkemelerinin iflas davalarına ilişkin yetkisinin münhasır yetki niteliği taşımadığı ve yabancı devlet mahkemelerinin de kendi kanunlarına göre milletlerarası yetkiyi haiz olabilecekleri yönündeki aksi görüş için bkz. Erdoğan Göğer, **Devletler Hususi Hukuku**, 4. Bası, Ankara 1977, s. 368.

17 Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 389; Tüysüz, s. 293; Önal, s. 2899.

18 Öte yandan, Türk mahkemelerinin iflas davaları bakımından yetkisinin münhasır yetki olarak görülmesi, uygulanacak hukukun tespiti bakımından bir önem taşımamaktadır. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeden doğan alacağın iflas yoluyla takibe konu olması halinde, ödeme emrine itiraz sonrası açılan iflas davası genel hükümlere göre görülen bir maddi hukuk davası olduğundan, sözleşmeye uygulanacak hukukun iflas davası bakımından da uygulama alanı bulması gerekecektir. Yargıtay da bu hususu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: *"Davacı şirket lisans sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili amacıyla başlattığı iflas yoluyla takibe davalı tarafından itiraz edilmiştir. Ödeme emrine itiraz üzerine açılan iflas davasında ticaret mahkemesi, tarafların iddia ve savunmalarını genel hükümlere göre inceler. Burada davalının borçlu olup olmadığı, maddi hukuk kurallarına göre esastan incelenerek saptanır.*

ralı olduğunun kabulünün doğurduğu ikinci sonuç ise yabancı ülke mahkemelerince verilen iflas kararlarının Türkiye'de tanınması veya tenfizinin mümkün olmamasıdır[19]. Öte yandan, burada bir münhasır yetki kuralı olmasaydı dahi, iflas kararlarının borçlunun malları üzerinde külli tasfiyeyi hedefleyen ve bu şekilde cebri icraya olanak tanıyan kararlar olmaları nedeniyle MÖHUK m. 54 anlamında "*yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmlar*" olmamaları nedeniyle de Türkiye'de tanınması veya tenfiz edilmesi yine mümkün olamayacaktı[20].

O halde, iflas davasında Türk mahkemelerinin yetkisinin bu şekilde düzenlenmesinin sonucu olarak borçlunun muamele merkezi (veya istisnai olarak aşağıda ele alınacağı üzere şubesi) Türkiye'de değilse, Türkiye'de iflas bakımından milletlerarası yetkiyi haiz bir mahkeme de bulunmayacaktır[21].

II. MUAMELE MERKEZİ KAVRAMI

İİK m. 154/3, iflas davalarının "*mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde*" görülmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda, iflas davasını görmeye yetkili mahkemenin belirlenmesinde dikkate alınan tek irtibat noktası, muamele merkezi olmaktadır[22].

Konu bakımından bu denli önemli bir konumda bulunan muamele merkezi kavramının tanımı ise kanunda yer almamaktadır. Doktrine göre de muamele merkezi, borçlunun dışarıya karşı işlerini yürüttüğü ve üçün-

---

Depo emrine esas alacağın hukuken mevcut olup olmadığı, borcun doğumuna sebep olan hukuki ilişkiye ya da olayın esasına, uygulanacak hukuka göre belirlenir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. maddesine göre sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir. Taraflar arasındaki lisans sözleşmesinin 22. maddesinde sözleşmenin İngiliz Kanunları dahilinde ele alınacağı ve yorumlanacağı hükme bağlandığından depo emrine esas alacak miktarlarının İngiliz Hukukuna göre saptanması gerekir". Söz konusu karar için bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2003/6027, K. 2003/13401, T. 29.12.2003 (www.kazanci.com).

19 Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 389; Nomer, **DHH**, s. 570; Önal, s. 2899.

20 Nomer, **DHH**, s. 570. Önal'a göre ise, İİK m. 154'teki yetki kuralının münhasır yetki olarak yorumlanması ve bunun sonucu olarak yabancı mahkemelerce verilen iflas kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizinin mümkün olamaması sonucu, yalnızca İİK m. 154'te belirtilen kişiler bakımından uygulanmalıdır. Bir diğer ifade ile muamele merkezi veya şubesi Türkiye'de olmayan kişiler için İİK m. 154 herhangi bir hüküm ifade etmeyecektir. Dolayısıyla bu kişilerin alacaklılarının yabancı bir mahkemeden iflas kararı almaları halinde, bu kararın Türkiye'de tenfizi mümkün olmalıdır (Önal, s. 2899-2900).

21 Yeşilırmak, s. 195; Güneysu Güngör, s. 130; Önal, s. 2890; Çetin, s. 167.

22 Çetin, s. 165.

cü kişilerle karşı hukuki işlemlere giriştiği yerdir[23]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) da bir kararında bu görüşü tekrarlamış ve muamele merkezini "*borçlunun ticarethanesinin bulunduğu yer değil, bilakis borçlunun dışarıya (yani üçüncü kişilere) karşı işlerini idare ettiği merkez*" şeklinde tanımlamıştır[24]. Bununla beraber, gerek Yargıtay kararlarında[25] gerekse de doktrinde[26], tacirin ticaret siciline kayıtlı olduğu yerin aynı zamanda karine olarak muamele merkezi olduğu, ancak bunun aksinin ispatlanabileceği ifade edilmektedir.

III. MERKEZİ YURTDIŞINDA BULUNAN TİCARİ İŞLETMELERİN İFLASINDA YETKİLİ MAHKEME

Ele almış olduğumuz İİK m. 154/3 hükmü, iflas davalarının borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde açılacağını ifade etmektedir. Peki muamele merkezi Türkiye'de bulunmayan kişiler bakımından ne şekilde bir yorum yapmak gerekecektir? Türkiye'de faaliyette bulunan ancak muamele merkezi Türkiye'de bulunmayan kişilerin iflasının istenememesi, bu borçlunun alacaklıları bakımından hak kayıplarına neden olabilecek bir durum teşkil edeceğinden; kanun koyucu, İİK m. 154'ün ikinci fıkrasında bu ihtimale ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. İİK m. 154/2, özel olarak merkezi yurtdışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'de iflaslarının istenmesi durumunda yetkili olacak mahkemeyi düzenlemekte ve şu hükmü içermektedir: "*Merkezleri yurt dışında bulunan ticari işletmeler hakkında yetkili merci, Türkiye'deki şubenin, birden ziyade şubenin bulunması halinde merkez şubenin bulunduğu yerdeki icra dairesidir*".

İİK m. 154/2, muamele merkezi Türkiye'de bulunmayan borçlular bakımından iflas yoluyla takibin Türkiye'deki şubenin veya birden fazla şube bulunması halinde merkez şubenin bulunduğu yerdeki icra dairesinde yapılması gerektiğini öngörmektedir. Öte yandan, bu hüküm yalnızca yetkili icra dairesine ilişkin bir düzenleme içermekte ve iflas davası bakımından yetkili mahkeme konusuna ise değinmemektedir. Bu boşluk, doktrin tarafından icra dairesinin yetkisine ilişkin düzenlemenin asliye ticaret mahkemesinin yetkisini kapsayacak genişlikte yorumlanması yoluyla doldurulmaktadır. Dolayısıyla, borçlunun Türkiye'deki şubesi veya

23 Güneysu Güngör, s. 127-128; Yeşilırmak, s. 195; Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku**, C.II: İflâs ve Konkordato, Ankara 1971 ("**İflas ve Konkordato")**, s. 53.

24 Yargıtay HGK, E. 2006/19-643, K. 2006/671, T. 18.10.2006 (www.kazanci.com).

25 Yargıtay HGK, E. 2012/19-643, K. 2013/256, T. 20.02.2013 (www.kazanci.com); Yargıtay 19. HD, E. 2002/2893, K. 2002/6890, T. 24.10.2002 (www.kazanci.com).

26 Güneysu Güngör, s. 127-128; Özdemir Kocasakal, s. 2306, dn. 39; Yeşilırmak, s. 196; Baki Kuru, "İflâs Takibi ve Davasında Yetki (Salâhiyet Kaideleri)", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 511-523 ("Yetki"), s. 512.

merkez şubesinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, o borçlunun iflas davası bakımından milletlerarası yetkiyi haiz mahkeme kabul edilmektedir[27]. Ayrıca, tıpkı muamele merkezi Türkiye'de olan borçlularda olduğu gibi, muamele merkezi yurtdışında bulunup Türkiye'de şubesi bulunan borçlular bakımından da yetkili asliye ticaret mahkemesinin yetkisinin, milletlerarası usul hukuku anlamında münhasır yetki olduğu belirtilmektedir[28].

İİK m. 154/2'nin merkezi yurtdışında bulunanlar bakımından kriter olarak Türkiye'de bulunan şubeyi belirlemesinin bir sonucu olarak, bu kişilere karşı Türkiye'de iflas takibinde bulunulabilmesi için ticari işletmenin Türkiye'de en az bir şubesi bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle, merkezi yurtdışında bulunan ve Türkiye'de herhangi bir şubesi bulunmayan bir ticari işletme hakkında Türkiye'de iflas takibi başlatılması ve akabinde iflas davası açılması mümkün değildir[29].

İİK m. 154/2 uyarınca başlatılan iflas takibinin kapsamına ilişkin olarak ise doktrinde ağırlıklı olarak ifade edilen görüş, bunun yerel bir nitelik taşıdığı yönündedir[30]. Buna göre, bu hüküm uyarınca başlatılacak külli takip ve akabinde açılacak iflas davasının konusunu yalnızca Türkiye'deki şube veya şubelerin işlemlerinden kaynaklanan alacaklar oluşturacak; iflas masasına da yalnızca ticari işletmenin Türkiye'de bulunan malvarlığı dahil edilebilecektir[31]. Öte yandan, *Güneysu Güngör* bu yaklaşımı birtakım eksiklikler barındırdığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Yazara göre, başlatılan iflas prosedürü şubeye karşı değil tüm ticari işletmeye karşı açılmış olduğundan, borçlu sıfatı şubeye ait değildir[32]. Ayrıca, hu-

27 Kuru, **Yetki**, s. 522; Yeşilırmak, s. 192; Çetin, s. 177. Bu hükme ilişkin TBMM Adalet Komisyonu raporu da bu görüşü desteklemektedir: "*Merkezleri yurt dışında bulunan ticarî işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin Türkiye bakımından merkezi bu şubenin bulunduğu yerden başka yer değildir. O halde, [154.] maddenin 1 inci fıkrasındaki prensibe en uygun düşen tanzim tarzı, iflâs takibi bakımından şubenin bulunduğu yer icra dairesi ve ticaret mahkemesinin yetkili sayılmasıdır. Komisyonumuzun kabul ettiği bu esas, iflâstaki yetkiyi tâyin eden âmme intizamı mülâhazalarına uygun olduğu gibi, Ecnebî Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasem Şirketler hakkındaki 30 Kasım 1330 tarihli muvakkat Kanunun 1 uncu maddesine de uygundur ve mezkûr 10 uncu madde ile İİK'nun 154. maddesinin 2. fıkrası arasındaki tenakuzu da bertaraf etmektedir. Merkezi Türkiye dışında olan bir ticarî işletmenin Türkiye'de birden fazla şubesi varsa, bu halde iflâs takibi ve dâvası bakımından sadece merkez* şubenin bulunduğu icra dairesi ve ticaret mahkemesinin yetkili olacağını, HUMK'nun 17. maddesine kıyasen tatbik etmek suretiyle tesbit etmek mümkündür". Söz konusu komisyon raporu için bkz. Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 8, 2. Bası, Ankara 2007, s. 12671-12672.

28 Göğer, s. 365; Yeşilırmak, s. 192-193; Çetin, s. 177.

29 Kuru, İflas ve Konkordato, s. 543; Yeşilırmak, s. 194; Çetin, s. 177.

30 Kuru, İflas ve Konkordato, s. 542-543; Göğer, s. 365; Yeşilırmak, s. 193-194.

31 Kuru, İflas ve Konkordato, s. 542; Yeşilırmak, s. 193.

32 Güneysu Güngör, s. 138.

kukumuzda şubelerin tüzel kişilikleri bulunmadığından, bunların tek başına iflasının istenmesi de söz konusu olamamalıdır[33]. Bununla beraber, mahkemelerce verilecek iflas kararının evrensel bir etkiye sahip olduğu ve borçlunun Türkiye dışında bulunan malvarlığını da etkilediği sonucuna varmak yine de mümkün olamayacaktır. Zira, yine *Güneysu Güngör*'ün ifade ettiği üzere, iflas talebinin borçlunun kendisine yönelik olduğu kabul edilirse ve bu doğrultuda yabancı borçlu hakkında Türkiye'de bir iflas kararı alınırsa, alınacak iflas kararının borçlunun malvarlığının veya muamele merkezinin bulunduğu devletlerde tanınması veya tenfizi istendiğinde, bu talep büyük ihtimalle Türk mahkemelerince aşırı yetki kullanıldığı gerekçesiyle reddedilecektir[34]. Bu durumda, iflas davası sonucunda alınan hukuki sonuç yalnızca Türkiye ile sınırlı bir etki doğuracak ve bu da tıpkı hâkim görüşün kabul ettiği gibi fiilen yalnızca Türkiye'deki şube veya şubelerin iflası anlamına gelecektir[35].

IV. MİLLETLERARASI YETKİ VE MİLLETLERARASI TAHKİM ANLAŞMALARININ TÜRK MAHKEMELERİNİN İFLAS DAVALARINI GÖRME YETKİSİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

İİK m. 154/3, iflas davaları bakımından yetki sözleşmesi yapılmasına izin vermemektedir. Yukarıda değinilmiş olduğu üzere, bu yasağın kapsamına Türk mahkemeleri kadar yabancı mahkemelerin de girdiği konusunda doktrinde yerleşik bir kanaat de bulunmaktadır. Ancak bu hüküm, doğrudan iflas davalarının açılacağı mahkemeye ilişkin bir hükümdür. Dolayısıyla iflası istenen borçlunun alacaklılarıyla arasındaki borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların görülmesi için yetki veya tahkim anlaşması yapması, doğrudan bu hükmün uygulama alanına girmemektedir. Peki o halde tarafların aralarındaki borç ilişkisinden doğacak uyuşmazlıkların çözümü için yapılmış bir milletlerarası yetki veya tahkim anlaşması varken, alacaklının bu yetkilendirilen mercilerde alacak davası açmak yerine borçlu aleyhine iflas yoluyla takip yapması ve akabinde iflas davası açması söz konusu olabilecek midir?

Bu konu bakımından göz önünde bulundurulması gereken bir husus, hukukumuzda milletlerarası yetki sözleşmeleri ve tahkim anlaşmalarının taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için kural olarak tek çözüm yolu olarak öngörülmesidir. Gerçekten de, MÖHUK m. 47 uyarınca ya-

33 Güneysu Güngör, s. 138-141. Aynı yönde bkz. Çetin, s. 179.

34 Güneysu Güngör, s. 139; Çetin, s. 179.

35 Güneysu Güngör, s. 139; Çetin, s. 179. *Çetin*'e göre, söz konusu görüş farklılığının etkisi, ancak şubenin alacaklıları dışında ticari işletmenin kendi alacaklılarının da alacakları için Türkiye'de iflas yoluyla takip yapmaları ve alacaklarını iflas masasına yazdırmaları ihtimalinde kendisini gösterebilecektir (Çetin, s. 191).

bancı ülke mahkemeleri lehine yapılan yetki anlaşmaları, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe münhasır yetki sözleşmeleridir[36]. "*Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması*" istisnaları dışında, yabancı ülke mahkemelerini yetkilendiren bir yetki sözleşmesi varken Türk mahkemelerince davanın görülmesi mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde, tahkim anlaşmaları da mahkemeler nezdinde tahkim itirazı ileri sürülmesi şartıyla mahkemelerin uyuşmazlığı görme yetkisini ortadan kaldırmaktadır[37].

Öte yandan, Türk icra ve iflas hukuku sisteminde taraflar arasındaki borç ilişkisi bakımından bir milletlerarası yetki anlaşması veya tahkim anlaşması bulunmasının, taraflardan birince iflas takibi yapılmasını engelleyeceği yönünde de herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesi yer almamaktadır. Bu durumda iflas davasını görecek asliye ticaret mahkemesi ile taraflarca yetkilendirilen yabancı mahkeme veya hakem heyeti arasında bir yetki ihtilafı meydana gelmektedir. Bu yetki ihtilafı, geçerli bir milletlerarası yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşması bulunmasına rağmen iflas takibi yapılması durumunda, takip sonrası açılan iflas davasında takibe konu alacağın varlığı konusunda bu iki merciin de tâbi olduğu hukuk kuralları uyarınca kendisini yetkili görmesinden kaynaklanmaktadır[38]. Peki alacağın varlığı konusunda karşımıza çıkan bu yetki ihtilafı ne şekilde giderilmeli ve hangi merci lehine çözümlenmelidir?

Yargıtay'ın bu konuya ilişkin kararları incelendiğinde ise bir yeknesaklık bulunmadığı görülmektedir. Örneğin, Yargıtay bazı kararlarında, olayda bir iflas talebi bulunması nedeniyle iflas davasının tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına etki tanımazken[39]; bazı kararlarında ise taraflar arasındaki yetki veya tahkim anlaşmasının mahkemece dikkate alınmamasını bozma sebebi olarak görmüştür[40].

36 Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 422; Çelikel / Erdem, s. 594; Doğan, s. 90; Özdemir Kocasakal, s. 2303.

37 Sıklıkla tahkim anlaşmalarının biri olumlu, diğeri olumsuz iki etkisi olduğu ifade edilmektedir. Tahkim anlaşmalarının olumlu etkisi, uyuşmazlıkların esasen yargılama faaliyeti yürütmek gibi bir yetkisi bulunmayan özel kişiler olan hakemleri uyuşmazlığı çözme bakımından yetkilendirmesidir. Olumsuz etkisi ise az önce anmış olduğumuz gibi, uyuşmazlıkları görme bakımından mutaden yetkili merci olan mahkemelerin yetkisini – Türk hukuku bakımından ilk itiraz olarak karşımıza çıkan – tahkim itirazına tabi olarak kaldırmasıdır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gary Born, **International Commercial Arbitration**, 2nd Edition, 2014, s. 1253; Mustafa Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara 2013, s. 44.

38 Ergene, s. 10-11.

39 Yargıtay 19. HD. E. 2005/5976, K. 2005/10004, T. 13.10.2005 (www.kazanci.com); Yargıtay 23. HD, E. 2012/192, K. 2012/1405, T. 27.02.2012 (Karar yayımlanmamıştır).

40 Yargıtay 23. HD, E. 2012/4732, K. 2013/255, T. 21.01.2013 (www.kazanci.com); Yargıtay 23. HD, E. 2013/4113, K. 2013/4498, T. 28.06.2013 (www.kazanci.com).

Bu konuya ilişkin olarak doktrinde de iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bir görüşe göre, iflas yoluyla takip yoluna başvurulmuş ve akabinde iflas davası açılmışsa, artık bu aşamada iflas davasını gören asliye ticaret mahkemesinin bu davayı bir bütün olarak görebileceğinin kabulü gerekir. Bu yaklaşıma göre, iflas yoluyla takip bir bütün olup, birbirini takip eden işlemlerden oluşmaktadır ve takibin sağlıklı şekilde yürütülebilmesi için bu bütünün alacağın varlığının tespiti aşaması ile iflas talebi aşaması şeklinde iki ayrı parça halinde ele alınması uygun bir yaklaşım olmayacaktır. Zira bu yönde bir ayrım gözetilmesi durumunda, hakemlerce alacağın varlığına dair karar verildikten sonra iflas talebi bakımından mahkemeye başvurulması gerekecek ve bu durum usul ekonomisine de aykırılık teşkil edecektir. Tüm bu nedenler ışığında, tahkim anlaşması veya milletlerarası yetki sözleşmesi bulunmasına rağmen iflas yoluyla takip yapılması durumunda, alacağın var olup olmadığı meselesine de iflas hakkında yetkili mahkemenin karar vermesi daha uygun olacaktır[41].

Diğer görüş ise ödeme emrine itiraz edilmesi halinde milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmalarına üstünlük tanınması gerektiğini savunmaktadır[42]. Bu görüşün hareket noktasını, taraflar arasında bir milletlerarası yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşması bulunmasına karşın, bu anlaşmaların dürüstlük kuralına aykırı şekilde iflas yoluyla takip yapmak suretiyle bertaraf edilmesini engellemek amacı oluşturmaktadır. Kanımızca da taraflar arasındaki yetki ve tahkim anlaşmasını ayakta tutma yanlısı bir çözüm izlenmesi daha isabetli bir yaklaşımdır. Zira aksi yönde bir yorum, milletlerarası nitelikli sözleşmelerde yer alan tahkim ve yetki şartlarının alacaklı tarafından dürüstlük kuralına aykırı şekilde bertaraf edilebilmesi ve dava şeklinin yalnızca alacaklının iradesiyle değiştirilebilmesi sonucunu doğuracaktır[43]. Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe'ye göre böyle bir imkânın kabulü de uluslararası sözleşmeler hukukunun düzenini tamamen bozacaktır[44].

Katıldığımız ikinci görüşün konuyu ele almasında ise bir yaklaşım farklılığı söz konusudur[45]. Bir grup yazar, ödeme emrine itiraz edilmesi

41 Nomer, İflas, s. 11; Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, İstanbul 2013, s. 130.

42 Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 390; Özdemir Kocasakal, s. 2314-2315; Tüysüz, s. 286; Ergene, s. 35-36; Çetin, s. 165.

43 Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 390.

44 Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 390.

45 Bu fark yalnızca ödeme emrine itiraz edilmemesi halinde izlenecek sürece ilişkin olup; ödeme emrine borçlu tarafından itiraz edilmemesine bağlanacak sonuç bakımından ise herhangi bir görüş farklılığı bulunmamaktadır. Buna göre, ödeme emrine borçlu tarafından itiraz edilmediği ihtimalde iflas takibine konu alacağın varlığına dair bir maddi hukuk incelemesi gerçekleşmediğinden, milletlerarası yetki veya tahkim anlaşmasının

sonrası itirazın kaldırılması ve borçlunun iflası istemleriyle başvurulacak olan asliye ticaret mahkemesinin alacağın varlığı ve iflas talebi hakkında yapacağı incelemeler bakımından ayrım yapmaktadır. Bu yazarlara göre, öncelikle ele alınacak olan ve genel hükümler çerçevesinde karara bağlanacağı kabul edilen alacağın gerçekten mevcut olup olmadığı meselesi, taraflarca yetkilendirilen yabancı mahkeme veya hakem kurulunun yetkisine dâhil bir konuyken; iflas talebi ise İİK m. 154/3 uyarınca borçlunun muamele merkezindeki asliye ticaret mahkemesinde görülmelidir[46]. Buna göre, alacağın varlığı ve iflas talepleriyle mahkemeye başvurulması durumunda mahkemece ilk inceleme bakımından bekletici mesele kurumundan yararlanılabilecek ve alacağın varlığına ilişkin uyuşmazlığın taraflarca yetkilendirilen yabancı mahkeme veya hakem kurulunca karara bağlanması sağlandıktan sonra, esas talep olan iflas talebine ilişkin olarak mahkemece karar verilebilecektir[47]. Kanımızca da bu yaklaşım, hem asliye ticaret mahkemesinin iflas davasını görme bakımından söz konusu olan münhasır yetkisine saygı duyan, hem de tarafların dürüstlük kuralına aykırı şekilde yetki ve tahkim anlaşmalarını bertaraf etme ihtimalini ortadan kaldıran bir çözüm yolu sunmaktadır. Bazı yazarlar ise iflas davasının aşamaları arasında ayrım gözetmemekte ve borçlu tarafından süresi içinde ödeme emrine itiraz edilmesi şartıyla, taraflar arasındaki milletlerarası yetki ve tahkim anlaşmalarının Türkiye'de borçlu aleyhine iflas davası görülmesine engel olduğunu savunmaktadır[48].

---

varlığı, asliye ticaret mahkemesinin iflas davasını görmesi bakımından bir engel teşkil etmeyecektir (Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 390; Özdemir Kocasakal, s. 2313; Ergene, s. 22).

46 Özdemir Kocasakal, s. 2314-2315; Ergene, s. 35; Tüysüz, s. 286.

47 Özdemir Kocasakal, s. 2314-2315; Ergene, s. 37; Tüysüz, s. 286; Çetin, s. 165. Özdemir Kocasakal'a göre, yabancı bir ülke mahkemesi (veya hakem heyetine) yetki veren klozların sözleşmede taraflar arasındaki dengeyi sağlamak gibi bir etkisi olabileceği gibi, alacak davasının açılacağı yer veya merciin yargılamanın işleyişinden uyuşmazlığın esas bakımından sonucuna kadar çok önemli farklılıklara da yol açması mümkündür. Bu nedenle, alacağın varlığı hakkında yabancı mahkemenin (veya hakem heyetinin) kararının ve ardından bu kararın Türkiye'de tanınması veya tenfizinin beklenmesi ve akabinde iflasa dair talep hakkında karar verilmesi şeklindeki yaklaşım, taraflar arasındaki sözleşme dengeleri bakımından daha isabetlidir (Özdemir Kocasakal, s. 2315-2316).

48 Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 389-390. İlk yaklaşımı izleyen yazarlar, bu çözüm yolunu neden benimsemediklerini de ortaya koymuşlardır. Özdemir Kocasakal ve *Tüysüz*, iflas talebi bakımından asliye ticaret mahkemesinin münhasır yetkili olması nedeniyle, iflas talebi bakımından da karar verme zorunluluğu bulunduğunu ifade etmektedir (Özdemir Kocasakal, s. 2315; Tüysüz, s. 286). *Ergene* ise salt alacağın varlığı konusunda yabancı bir mahkeme veya bir hakem heyetinin yetkili olması gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesinin iflas talebi bakımından da yetkisizlik kararı vermesinin hakkın yerine getirilmesinden kaçınması anlamına geleceğini ve bu durumun da hukuki dinlenilme hakkının, dolayısıyla da adil yargılanma hakkının ihlali demek olacağını vurgulamaktadır (Ergene, s. 35-36).

SONUÇ

Her geçen gün artan mal, hizmet, sermaye ve işgücü hareketliliğinin bir sonucu olarak iflas işlemlerinin de birden fazla ülkeyi ilgilendirmesi, her geçen gün daha sık karşımıza çıkan bir durum haline gelmektedir. Bu konuyu ilgilendiren milletlerarası sözleşmelerin de sayısı her geçen gün artmaktadır. Sınır aşan iflas işlemlerinde önem taşıyan konulardan bir tanesi de bu işlemler bakımından mahkemelerin yetkisinin ne şekilde tesis edileceğidir.

Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren iflas işlemlerinde mahkemenin yetkisine ilişkin olarak MÖHUK'ta özel bir yetki kuralı bulunmamaktadır. Bu nedenle, genel yetki kuralını ortaya koyan MÖHUK m. 40'ın atfıyla İİK m. 154 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu hükmün üçüncü fıkrasında, iflas davalarında yetkili mahkemenin borçlunun muamele merkezi mahkemesi olduğu öngörülmüştür. Kanun koyucu, bu hükümde taraflara icra dairesinin yetkisi hakkında yetki sözleşmesi yapma imkânı vermiş olmasına karşın, mahkemenin yetkisi bakımından buna olanak tanımamıştır. Zira, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin yabancılık unsuru içeren iflas davaları bakımından münhasır yetkiyi haiz olduğu kabul edilmektedir.

Bunun yanında, merkezi yurtdışında bulunan ticari işletmelerin de Türkiye'de işlemlere girişebilmeleri karşısında, bu işletmelerin de Türkiye'de iflaslarının istenebilmesi gerektiği kabul edilmiş ve İİK m. 154/2 hükmünde bu işletmelerin Türkiye'deki şubesinin veya merkez şubenin bulunduğu yerde söz konusu işletmeler aleyhine iflas yoluyla takip yapılabileceği öngörülmüştür. O halde, bir borçlu aleyhine iflas davasının Türk mahkemelerinde görülebilmesi için borçlunun muamele merkezi veya şubesinin Türkiye'de bulunması şarttır ve bunlardan hiçbiri Türkiye'de mevcut değilse, o kişi aleyhine Türkiye'de külli takip yapılabilmesi mümkün değildir. Bu hüküm uyarınca başlatılan külli takipler ve iflas davaları sonucu açılan iflasın niteliği konusunda kabul gören yaklaşım, bu iflasın yerel nitelik taşıdığı ve dolayısıyla borçlunun yalnızca Türkiye'deki şube veya şubeleriyle ve Türkiye'deki malvarlığıyla sınırlı bir etki doğuracağı yönündedir.

Konumuz bakımından önem taşıyan bir diğer konu da, taraflar arasındaki esas sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için akdedilmiş bir milletlerarası yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşması bulunmasının iflas davasını görecek asliye ticaret mahkemesinin yetkisi üzerindeki etkisidir. Katıldığımız görüşe göre, böyle bir ihtimalde alacaklının taraflar arasındaki yetki veya tahkim anlaşmasını dürüstlük kuralına aykırı şekil-

de bertaraf etmesine izin verilmemeli ve yetki veya tahkim anlaşmasına alacağın varlığı incelemesi bakımından üstünlük tanınmalıdır. Bu üstünlük tanımanın ne şekilde gerçekleşeceği konusunda, doktrinde doğrudan iflas davasının reddedilmesi gerektiği şeklinde bir görüş olduğu gibi; alacağın varlığı konusunda taraflarca yetkilendirilen yabancı mahkeme veya hakem heyetinin vereceği kararın asliye ticaret mahkemesince iflas davası bakımından iflasa ilişkin esas talep karara bağlanmadan önce bekletici mesele yapılması gerektiği yönünde de bir görüş bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Born, Gary, **International Commercial Arbitration**, 2nd Edition, 2014.

Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 14. Bası, İstanbul 2016.

Çetin, Emre, **Yabancılık Unsuru Taşıyan İflas İşlemlerinde Uygulanacak Hukuk ve Mahkemenin Yetkisi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2016.

Doğan, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Bası, Ankara 2019.

Ekşi, Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, İstanbul 2013.

Ergene, Deniz, "Tahkim Anlaşmasına Rağmen İflas Talebi: Tahkim İradesine Yönelen Bir Tehdit Mi?", **Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı**, Ayfer Uyanık Çavuşoğlu / Zeynep Derya Tarman (Ed.), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Derisi No. 4 Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2014, s. 3-62.

Erkan, Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara 2013.

Göğer, Erdoğan, **Devletler Hususi Hukuku**, 4. Bası, Ankara 1977.

Güneysu Güngör, Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta İflas**, Ankara 1997.

Kuru, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku**, C. II: İflâs ve Konkordato, Ankara 1971 ("**İflas ve Konkordato").**

Kuru, Baki, "İflâs Takibi ve Davasında Yetki (Salâhiyet Kaideleri)", **İmran Öktem'e Armağan**, Ankara 1970, s. 511-523 ("**Yetki**").

Kuru, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku**, İstanbul 2016 ("**İcra ve İflas Hukuku**").

Nomer, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 20. Bası, İstanbul 2013 ("**DHH**").

Nomer, Ergin, "*İfl*âs Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 6, 2011, s. 3-11 ("*İfl***as**").

Önal, Ali, "Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 2881-2907.

Özdemir Kocasakal, Hatice, "Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 2295-2318.

Özel, Sibel, "Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 91-92, 2012, s. 7-37.

Pekcanıtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2016.

Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman Figanmeşe, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul 2018.

Tüysüz, Çemre, **Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar**, İstanbul 2017.

Uyar, Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C. 8, 2. Bası, Ankara 2007.

Yeşilırmak, Ali, **Uluslararası Hukukta İflâs**, İstanbul 2011.

Yıldırım, Mehmet Kamil / Deren Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015.

TÜRKİYE'DE HAYVAN HAKLARI

Av. Deniz TAVŞANCIL KALAFATOĞLU[1]

1. GENEL OLARAK

Dünya, hepimizin ve Dünyanın dengede kalmasının sağlanması da, ancak, bütün canlıların varlıklarının ve yaşam haklarının korunması ile mümkün. Ve bizler, yaşam piramidinin tepesinde değil, içinde yer alıyoruz. O nedenle, hayvanların hakları özellikle de yaşama hakları, insan haklarımıza dahildir diyoruz.

Şimdi, bu bağlamda, bizdeki yasal düzenlemelere baktığımızda:

Türkiye'de yasal anlamda hayvan haklarından kısmen bahsedilmeye başlanması ilk olarak; Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin 20.10.2003 tarihinde, amir hüküm haline gelmesiyle başlar. Hayvan Haklarına dair YASAL İLK KORUMA da, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun, 01/07/2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ile gerçekleşmiştir.

Bu Kanunun düzenlenme amacı; hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır.

2. MEVZUATTA HAYVANLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

2.1. TEMEL SORUNLAR

5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanununda, çok temel noktalarda eksikler bulunmaktadır. Genel olarak Kanunda, çok detaylı düzenlemeler de mevcut. Ancak, bugün yaşadığımız sorunların en önemli sebeplerinden biri; kanunun olmaması değil, yetkililerin var olan kanunu, uygulamamalarıdır. Örneğin; ülkemizdeki barınakların, toplamda belki 10 tanesinin dışında, diğerleri adeta ölüm kampı gibidir. Halbuki Kanunda, bir Barınak nasıl olmalı sorusuna, gerek 5199 sayılı Kanun gerekse kanunun uygulama Yönetmeliği, çok sayıda kriter ve yasal düzenleme getirmiştir. İyi barınakların var olmasını temin için, mevzuat dışı bütün uygulamalara ve bu ihlale yol açanlara takip yapılması ve cezaların kesilmesi yeterlidir.

---

1 İstanbul Barosu

Asıl sorun ise; Hayvanları koruma yükümlülüğünün, toplum ve yetkililer tarafından içselleştirilmemiş olmasıdır.

Burada altını çizmeden geçemeyeceğim gerçek ise: Bir ülkenin hayvanlara bakış açısı ile, o ülkenin medeniyet seviyesinin paralellik arz ettiğidir. Hayvana mal gözü ile bakan, onu can olarak görmeyen, o canına da değer vermeyen, onu iteleyen bir toplumun, medeniyet seviyesi, kesinlikle, masaya yatırılması gereken ciddi bir konudur. Bu zihniyetle yaklaşılan hayvan hakları yasası da, maalesef kabahat kanunu kapsamında kalmaktadır.

Bir eylem, kabahat kanunu kapsamında kalıyor ise; o yasaya aykırı eyleme karşı yargılama süreci başlatılamaz, kişi hakim önüne gelmez, deliller araştırılamaz, tanık dinlenmez, soruşturma yapılmaz, bu nedenle cezai bir hüküm de verilmez; Yasaya aykırı eylemin gerçekleştiği resim ya da video kaydı ile net ise; o zaman İl Orman ve Su İşleri Müdürlükleri ya da Bakanlık, idari para cezası keser, bu ceza da, kişinin sabıka kaydına işlenmez.

Burada bizim ısrarla tavsiye ettiğimiz hukuki yol; Kabahat Kanunu madde 23'ün işletilmesidir. Madde 23'e göre; kabahat kanunu kapsamına giren bir eylem, eğer daha önce hiç bir idari makam önüne getirilmemişse, o eylemle ilgili olarak idari para cezasını kesme yetkisi, savcıya aittir. Vatandaş için, Savcılığa çağrılmak ve ifade vermek zorlayıcı bir unsur olup, bu maddenin işletilmesi, büyük önem arz etmektedir.

Bu anlamda yapılması gereken; Türkiye'de hayvana karşı işlenen her türlü şiddet, tecavüz ve cani duygularla girişilen her türlü eylemin, Türk Ceza Kanunu kapsamında; ertelemesiz, paraya çevrilmeksizin en az 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasıdır.

Bir başka deyişle; bu eylemlerin, Türk Ceza Kanununa eklenecek bir madde ile, ceza kanunu kapsamında değerlendirilmesi, hayvan haklarını ihlal edenlerin mahkeme önünde yargılanması, neticede paraya çevrilmeden ve ertelemeden hapis cezası ile cezalandırılmaları ve suçluların sabıka kayıtlarına işlenmesi sağlanmalıdır. Bu husus; güvenli ve huzurlu bir toplumda yaşamanın, "olmazsa olmaz" kuralıdır.

Kanundaki temel noksanları 2 başlıkta inceleyebiliriz:

1. Hayvanlar; bugünkü kanun sistemimizde; ***hak süjesi*** olarak değil, ***hak objesi*** (hak konusu) olarak görülmekte; bir nesne, bir eşya, bir mal olarak kabul edilmektedir. Yani burada savunulan hak, bir hayvanın hakkı değil, hayvan sahibinin hakkı olmaktadır.

Oysa, hayvanların canlı olduğu aşikardır. Hayvanlara gerçek kişi muamelesi yapılamayacağı gibi, eşya muamelesi yapılması da kabul edilemez. Medeni kanununu Avrupa'dan alan ülkemize örnek teşkil edecek çok iyi düzenlemeler de mevcut.

Almanya, 20 Ağustos 1990 tarihli "Federal Almanya'nın Medeni Hukukta Hayvanların Hukuksal Durumunun İyileştirilmesi Yasası" ile **hayvanları, nesne – eşya kavramı dışına çıkarmıştır.** (1)

Avusturya, ilk Hayvanları Koruma Yasasını, 1951 yılında yasalaştırmış olsa da, Avusturya Medeni Yasasına, Hayvanların Hukuksal Durumunun İyileştirilmesi için 10 Mart 1988 tarihli yasa ile eklemeler yapmış ve hayvanları, bir eşya - mal olmaktan çıkarmıştır. (2)

Ve İsviçre'de de, ilk 09.03.1978'de İsviçre Hayvanları Koruma Federal Yasası ve 27.05.1981'de tüzüğü yürürlüğe girmiş; (3) 2003 yılında, mülkiyet hakkını düzenleyen kanunun 641. Maddesine "Hayvan, eşya değildir." şeklinde bir ekleme yapılmıştır.

Avrupa Birliği Anayasasında da hayvanlar; duygulu varlıklar olarak kabul edilmektedir.

2. Bugünkü kanun sistemimizin diğer büyük ayıbı; hayvanları, özellikle cezai yaptırımların uygulanması gündeme geldiğinde; sahipli ve sahipsiz hayvan olarak ayırıyor olmasıdır. Bir hayvanın başına bir şey gelmesi halinde, sahipli hayvan ise, o sahipli hayvanı mal kavramına sokmakta TCK Madde 151/2 ile mala zarardan cezalandırmakta, sahipsiz hayvan ise; o hayvana mal muamelesi dahi yapmamakta ve kabahat kanunu kapsamında idari para cezası ile cezalandırmaktadır.

Hayvanlar eşya olmaktan çıkarıldığında, otomatik olarak; sahipli sahipsiz hayvan ayrımı da ortadan kalkacaktır. Ve sahipli sahipsiz ayrımı yapılmadan, hayvana karşı işlenilen her türlü şiddet dolu eylem, Türk Ceza Kanunu içinde düzenlenmeli ve muhakkak ertelemesiz paraya çevrilmeksizin hapis cezası ile müeyyidelendirilmelidir.

2.2. YASAL DÜZENLEMELER

5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanunu uyarınca; Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde, yaşama hakkına sahiptirler.

Kanunda hayvanlarla ilgili yasaklar sayılmıştır:

Öncelikle, bu Kanun uyarınca, ister sahipli ister sahipsiz olsun, hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek YASAKTIR.

Hayvanları, gücünü aştığı açıkça görülen fiillere zorlamak YASAKTIR.

Hayvanların kesin olarak öldüğü anlaşılmadan vücutlarına müdahalede bulunmak YASAKTIR.

Bu hayvanları 16 yaşından küçüklere satmak YASAKTIR.

Hayvan bakım eğitimi almamış kişilerce bu hayvanların satılması YASAKTIR.

Hayvanların, ödül, ikramiye ya da prim olarak dağıtılmaları YASAKTIR.

Hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak ve işkence yapmak YASAKTIR.

Ev ve süs hayvanları ile kontrollü hayvanların terk edilmeleri, bu hayvanların beslenemeyeceği ve iklimine uyum sağlayamayacağı ortama bırakılmaları YASAKTIR.

Ev ve süs hayvanının dış görünüşünü değiştirmeye yönelik veya diğer tedavi edici olmayan kuyruk ve kulak kesilmesi, ses tellerinin alınması ve tırnak ve dişlerinin sökülmesine yönelik cerrahi müdahale yapılması da YASAKTIR.

Bir hayvanın; acı, ıstırap ya da zarar görecek şekilde, film çekimi, gösteri, reklam ve benzeri işler için kullanılması YASAKTIR.

Özel üretim çiftliklerinde kesim hayvanı olarak üretimine izin verilen av hayvanları ile, ticarete konu yabani hayvanlar dışındaki hayvanların, et ihtiyacı amacıyla kesilmesi ya da öldürülüp piyasaya sürülmesi yasaktır. Kesim hayvanlarının da, en az acı ve ıstırap çekecek şekilde kesilmeleri esastır.

Pitbull terrier, Japanese Tosa gibi tehlike arz eden hayvanları üretmek, satmak, reklamını yapmak, takas etmek, sergilemek YASAKTIR. – (Bu yasağa tekrar değinilecektir.)

Ve bir hayvan neslini yok edecek her türlü müdahale, 5199 sayılı Kanun uyarınca önlenmiştir.

2.3. ÖZEL KAVRAMLAR

Burada dikkatinizi çekmek istediğim nokta; "hayvan refahı" kavramıdır. Bizim kanunumuzda "hayvan refahı kavramı" yoktur.

Kaldı ki hayvan refahı: PETA dahil, Uluslararası bütün hayvan örgütlerinin kullandığı bir kavramdır. Ve maalesef kulağa geldiği haliyle, hayvanı düşünen değil, kısaca, hayvanın insani koşullarda öldürülmesini düzen-

leyen bir kavramdır. Örnek vermek gerekirse; köpeklerin, fare zehiri ile zehirlenerek öldürülmesi değil, ilaçla acı vermeden uyutularak öldürülmeleri ön görülür. Yine barınak mevzuuna bakacak olursak; ülkemizde bulunan barınakların hiç birinde, hayvanlar, PETA'nın hayvan refahı kavramı çerçevesinde uygun bakılmamaktadırlar ve hepsinin uyutulması yani öldürülmesi daha doğrudur. Ki, bizler, için, hayvanların öldürülmeleri, hiç bir şart altında, kabul edilemez.

§ II. TÜRKİYE İHLAL EDİLEN HAYVAN HAKLARI

1. HAYVANA KÖTÜ MUAMELE

Hayvana kötü muamele ve işkence, Türkiye'de en sık rastlanan ihlal türleridir. Son günlerde, ülkemizde toplumun geldiği noktada, hayvanlara karşı işlenen şiddet eylemleri de, daha vahşice ve canice yaşanır olmuştur. Hayvanların uzuvlarının kesilmesi ve akıl almaz işkence vakaları sayısında artış yaşanmaktadır.

Hayvana şiddetin failleri tahmin edeceğiniz gibi sadece erkekler değil, kadınlar ve hatta çocuklardır. Burada ufak bir parantez açmak istiyorum: Çocuğun hayvana karşı kötü muamelesi, çocukta davranış bozukluğu tanısı açısından erken teşhis bulgusudur. Tedavi edilmeyen çocuğa, büyüdüğü zaman, anti sosyal kişilik bozukluğu (AKB) tanısı konacaktır; yani bizim bildiğimiz hali ile; psikopat ya da sosyopat olacaktır. Ve o aşamada, müdahale etmek, pek mümkün olmayacaktır. Anti sosyal kişilik bozukluğu olanlar, suç işlerken, suçluluk duymaz, pişmanlık hissetmez, utanç gibi duyguları hissetmezler. Kendi problemleri için, başkalarını suçlarlar ve toplumun ahlak normlarına uyum sağlayamazlar. (4)

O nedenle, lütfen çocuk deyip geçmeyin, yaptığını mazur görmeyin. Yapmaması için uyarın, ısrar ediyorsa, muhakkak, bir uzmandan yardım alın.

2. TECAVÜZ

Diğer bir ihlal ve sapıklık örneği; Hayvana tecavüzdür. Eminim çoğunuz duymuştur. Ancak duymadığınız ve bilmediğiniz nokta; hayvana tecavüz, sadece Anadolu'da değil, büyük şehirlerde de yaşanmakta ve eğitim – ekonomi vb. kriterlerin dışında seyretmektedir.

Beirne, hayvana karşı yapılan cinsel tacizin, cinsel saldırı olarak algılanması gerektiğini, 1997 yılında kanıtlamıştır. Çünkü: 1- İnsan- hayvan cinsel ilişkisi her zaman zorlama ihtiva eder. 2- Bu tür davranışlar, hayvanda acıya sebebiyet verir, bazen de ölüme yol açar. 3- Hayvanlar bizimle iletişime giremeyip bizim anlayabileceğimiz şekilde rızalarını bize bildiremez ve taleplerini dile getiremezler. (5)

2006'da, Hvozdik'in üzerinde çalıştığı deneklerde: cinsel tacizcilerin %50'sinin, hayvana karşı sadistik davranışlar ve şiddet içerdiğini göstermiştir. (6)

Genel anlamda, hayvana tecavüz eden bir erkek, zihinsel olarak rahatsız, sapık, tehlikeli, şiddet ve cinsel saldırıya muktedir kişi olarak addedilir. Bu bağlamda, bu hayvan tacizciliğinin, çocuk tacizciliğine vardığını da söyleyebiliriz. (7)

Oysa, "hayvana tecavüz", en yetkili kişilerin ağızlarına aldığı şekliyle de; "cinsel ihtiyaç" adı altında kanıksatılmaya çalışılmaktadır. Halbuki bu bilimsel veriler ışığında, hayvana tecavüz, sapıklıktır ve çocuklar için de büyük bir tehlike ve tehdit oluşturur. Bir mahallede köpeğe tecavüz eden bir kişi var ise, o mahallede, çocuklar da asla güvende değildir.

Hayvan tecavüzü, çocukluk ve ergenlik çağındaki davranış bozukluğunda, psikolojik olarak disfonksiyonun erken işareti olarak tanınır. Gerçekten de hayvan tecavüzü, akıl bozukluklarında tanı ve istatistiksel el kitabında, bozukluk için belirtilerden biri olarak listelenir. (8)

Mahkûmlar, daha saldırgan ve daha az saldırgan içerikli diye gruplandırıldıklarında: önemli hayvan taciz ve tecavüzlerinin, daha saldırgan grupla bağlantılı olduğu gözlemlenmiştir. (9)

Bu insanların profillerine kısaca bakacak olursak, yapılan araştırmalar, bize, bu insanların; Kontrol düşkünü olduklarını, Toplumdaki eksiklikleri için hayata karşı intikam alma duygusu taşıdıklarını, Gelişmemiş yargılarını tatmin etme arzusu ile davrandıklarını, Saldırganlık eğilimi taşıdıklarını ve Güç gösterme arzusu ve belirli olmayan sadizm gibi tehlikeli dürtülerle hareket ettiklerini saptamıştır. (10)

3. TRAFİK KAZALARI

Başka bir ihlal türü; trafik kazalarıdır.

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu gereği; Bir hayvana çarpan ve ona zarar veren sürücü, onu en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır.

Bu maddenin ihlali halinde; hayvan başına 625-TL para cezası var. (2018 yılında)

Karayolları Trafik Kanunu 85. Maddede yer alan,

"Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına YAHUT BİR ŞEYİN ZARARA UĞRAMASINA sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs

tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar." şeklindeki düzenleme ve yine 5199 Sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 21. Maddesinde;"Bir hayvana çarpan ve ona zarar veren sürücü, onu en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır." şeklindeki yer alan düzenleme uyarınca;

SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU, 07.10.2016 tarihinde; araç altında kalan (sokak hayvanı) yavru kedi için yapılan masrafların, Sigorta Şirketinden alınarak, başvuru sahibine verilmesine karar vermiştir.

Trafik kazalarında, sokak hayvanlarının masrafları, sigorta tarafından karşılanacak. Bu konuda, Sigorta Tahkim Komisyonunun emsal uyuşmazlık hakem kararı bulunmaktadır.

4. EĞLENCE DÜNYASI

Esaretin kelime anlamı; tutsaklık, boyun eğmek. Yani bir başka deyişle; canlının kendi varlığı üzerindeki tüm haklarından, özgürlüğünden vazgeçmesi. Tabii esaret, tutsaklık ve eğlence dünyası denildiğinde, akla, hayvanat bahçeleri, sirkler ve Dolphinaryumlar (yunus parkları) geliyor. Bu parklarda tutulan hayvanlar; yaban hayatın hayvanlarıdır. Ve hiç bir park, ne büyüklükte olursa olsun; bir yaban hayvanının, kendi doğal habitatında yaşadığı hektarlarca alana karşılık gelemez. Hayvanlar esaret altındadır. Mutsuzdur, hemen hemen hepsinin psikolojisi bozuktur. Esaret altında, habitatlarında var olan yaşam ömürleri önemli boyutta kısalmaktadır. O nedenle, insanlara, bu yerlere gitmemeleri, bu işletmelerin para kazanmalarının önüne geçilmesi konusunda uyarılarda bulunuyoruz. Onun yerine national geographic belgesellerini seyretmek, illa hayvanla temas arzu ediliyor ise de; barınaklara ziyaretleri tavsiye ediyoruz. (11)

Bizler ne mutlu ki, Osmanlı İmparatorluk döneminden beri kültürümüzde var olduğu hali ile, sokaklarında hayvanları olan, bina cephelerine kuş evleri/ yuvaları yapan, çeşmelerine yalaklar yerleştiren, kışın dağda kurtlar aç kalmasın diye vakıflar kuran, hayvanlarına miras bırakan, sonbaharda göç edemeyen leylekler için hastaneler kuran (Dünyadaki ilk hayvan hastanesi) bir toplumun parçasıyız. (12)

Çocuklara hayvan sevgisini öğretmek için sirke, hayvanat bahçesine götürmeye gerek yok. Sokağımızdaki köpekleri, kedileri severek onları besleyerek, camımızdaki kuşlara yem vererek, barınakları ziyarete giderek, pekala çocuklarımıza hayvan sevgisi aşılayabiliriz.

Özellikle, zihinsel engelli çocuklar için daha sonradan hayal kırıklığı ve para ziyanı olduğu anlaşılan "yunusla terapi", bir mucize olarak sunulmaktadır. Sadece hayvan korumacılar değil, biyologlar, tanınmış bilim adamları, doktorlar, fizyoterapistler, hatta eğitmenler bile, bu terapiler için endişelerini dile getirmektedir. Yunusların, bir kedinin, köpeğin ya da atın bir zihinsel engelli çocuğa kazandıracağından daha fazla terapötik bir faydası olduğu, bilimsel olarak kanıtlanamamıştır. Kaldı ki, havuzlar, çocuklar için büyük oranda enfeksiyon riski ve kaza olasılığı taşıyan yerler. Bu konuda, Sağlık Bakanlığının da bildirdiği olumsuz görüşler mevcut. (13)

5. DENEY

En zalim ihlal; Deneydir. Bir hayvana yapılabilecek en büyük zulümdür. İşkence ile başlar, işkence ile devam eder ve her zaman ölüm ile son bulur. Kimyasal ürünlerde, kozmetik ürünlerde, ilaçlarda ve akademik çevrelerde sırf tez hazırlamış olmak için yapılan deneyler olmak üzere, liste uzayıp gitmektedir.

Ancak ortadaki bilimsel gerçekler, çok çarpıcıdır: (14)

• ***Hayvan deneyleri üzerinde başarıya ulaşmış ilaçların %95'inin, insan için yararsız olduğu ya da insan için tehlikeli olduğu,*** gerekçesiyle,

• Ve yine, ***hayvan deney sonuçlarının %90'ının ise, insana uygulanabilir olmadığı,*** gerekçesiyle doğrudan atılmaktadır.

• Hayvan testleri ve insan sonuçları ancak %5- %25 oranında birbirini tutmaktadır.

• Kemirgenler, maalesef, hemen hemen her zaman, her tür kanser araştırmasında kullanılan deney hayvanlarındandır. Ancak insan sağlığına, zerre katkısı yoktur, çünkü; ***kemirgenler, hiç bir zaman insanların yakalandığı kanser türüne yakalanmazlar.***

• Hayvanlar üzerinde yapılan test sonuçlarına göre, neyin sağlıklı, neyin tehlikeli olacağı saptanmaya çalışıldığında: ***limon suyu ölümcül, arsenik, baldıran zehiri, ağır gıda zehirlenmesine yol açacak zehir, sağlık için güvenli çıkmıştır.*** Halbuki, bu verilerin, insanlar için tam ters olarak geçerli olduğu bilinen bir gerçektir.

• Almanya'da yapılan araştırmaya göre; ***insan ölü doğumlarının %88'i***, hayvanlar üzerinde denenip güvenli olduğu sonucuyla piyasaya sürülen ilaçlardan kaynaklanmaktadır.

Yine aynı çalışmaya göre ***insan doğum kusurlarının %61'i, hayvanlar üzerinde denenip güvenli olduğu sonucuyla piyasaya sürülen ilaçlardan kaynaklanmaktadır.***

Hayvan deneylerine alternatif olarak ve insan sağlığı için daha güvenli bilgilere ulaşılması mümkün olan en az 100 metot varken, hala her yıl 100 milyondan fazla hayvanı zehirleyerek, yakarak, sarsarak onların tahammül edilemeyecek acılara, korkulara ve yalnızlığa maruz kalmalarına yol açmak, onları öldürmek hiç bir koşul ve şart altında, haklı görülemez.

6. KÜRK

Hayvanların, giyim sektöründe kullanılmalarına, özellikle kürk kullanımına bakacak olursak; Her yıl maalesef milyonlarca hayvan, kürkü için öldürülmeye devam etmektedir; ***Mink yani Vizon, tavşan, samur, çinçila, kunduz, vaşak, fok, rakun, çakal yani kır kurdu, misk sıçanı, kurt, su samuru, tilki, astragan, kedi ve köpek,*** kürkü için öldürülen hayvanların başında gelmektedir. (15)

Kürk endüstrisinin %85'i, kürk çiftliklerinden karşılanmaktadır. Çiftlikten değil de, vahşi yaşamdan gelen hayvan kürkleri ise, çoğunlukla Rusya ve Kuzey Amerika'dan gelmektedir. Hayvanların kürküne zarar gelmemesi tek kriter olduğundan, av için, genelde ayak ve ağız kapanları kullanılır. Kapanlar da, yakalanacak ve yakalanmayacak hayvanlar arasında ayrım gözetilmeden gelişi güzel kurulduğu için, kürk hayvanlarının yanı sıra kürk hayvanı olmayan birçok hayvan ve yeni yavrulamış dişiler de, bu kapanlara yakalanarak ölür. (16)

Çelik çeneli ayak kapanı çok kullanılır. Kapandan kaçabilen çok az sayıda hayvan, ancak kapana kaptırdığı bacağını kemirerek kurtulabilmiştir. Kurtulamayanlar ise, kendilerine zarar verme sonucu kan kaybından ölür. (17)

Birleşmiş Milletlerin raporuna göre, bir yılda, en az 1 milyar tavşan, kürkü için kıyafetlerde, kıyafetler üzerindeki süslemelerde ve yapay sinek avcılığında yem olarak kullanılmak üzere öldürülmektedir. (18)

Hayvanların kürkleri, kürkün canlı ve parlak kalmasını sağlamak amacıyla, hayvanlar canlı iken elde edilmektedir. Küçük hayvanlar, kutulara sıkıştırılıp, sıcak filtresiz kamyon egzozu ile zehirlenmektedir. Daha büyük hayvanlar, mengeneye yerleştirilir; ağızlarına ya da anüslerine zorla çubuk sokulur ve acı içinde elektrik verilmektedir. Diğer hayvanlar, striktinin ile zehirlenmekte, bu zehir, onların, acı içinde kaslarını çalışmaz hale getirip solunumlarını durdurmakta ve dayanılmaz ağrılı kramplara

sebebiyet vermektedir. Gaz odalarında zehirleme, basınç odaları, boyun kırma ise, kürk çiftliklerinde kullanılan diğer öldürme yöntemleridir. (19)

Ve genellikle hayvanlar, kürkü yüzüldükten sonra, acıdan ölürler. Günümüzde, küresel ısınmasının yaşandığı bir dönemde, hala kürk giyme ihtiyacı, tamamen görgüsüzlüktür. Ve unutmamak gerekir ki, kürk, en çok kendi sahibine yakışır.

Son olarak, **SADECE BİR KİŞİNİN GİYMESİ İÇİN,** bir adet **KÜRK MANTO YAPIMINDA; KAÇ HAYVANIN ÖLMESİ GEREKTİĞİ** hakkında da bilgi vermek isterim:

Bir çinçila kürk manto için; **en az 100** olmak üzere, 200 çinçillaya kadar öldürülür.

Bir **vizon kürk manto** için; **en az 60** olmak üzere, 80 vizona kadar öldürülür.

Bir **tavşan kürk manto** için; **en az 40** tavşan öldürülür.

Bir **tilki kürk manto** için; **en az 20** tilki öldürülür.

Bir **fok kürk manto** için; **en az 10** fok öldürülür.

Bir **vaşak kürk manto** için **en az 20** vaşak öldürülür.

Bir **samur kürk manto** için; **en az 70** samur öldürülür.

Bir **rakun kürk manto** için; **en az 40** rakun öldürülür.

Bir **sansar kürk manto** için; **en az 60** sansar öldürülür.

Etikette asla yer almamakla birlikte, bir **köpek kürk manto** için; **en az 18** köpek öldürülür.

Ve tahminlerin aksine; kırpılmış / tıraşlanmış kürk manto modelleri için daha çok hayvan öldürülür; çünkü; artıklar kullanılmaz. (20)

7. AVCILIK

Av, avcılık, spor başlığı altında hala yerini korumaya devam etmektedir.

Bu katliama spor penceresinden bakacaksak; söylenebilecek ilk şey; bir şeyin spor addedilmesi için, içinde yer alan bütün tarafların, oyunun içinde yer aldığını bilmesi gerektiğidir. Sporda; bir tarafın kazandığı, bir tarafın kaybettiği bir durum söz konusu iken, avcılıkta her zaman bir taraf kazanmakta, diğer taraf ise her zaman ölmektedir.

Gece görüşlü silahlar ile, kapanlar kurarak, hayvanların iç güdüsel dürtülerini yanıltarak, onları yakalamak ve öldürmek, asla SPOR sayılamaz.

Kaldı ki; "sporcu ahlaklı olur" denirken, "katillerin" buna dahil edilmediği, aşikardır.

8. MEZBAHALAR

Başka bir ihlal türü; Mezbahalardır. Bu ihlali anlatmaya, Paul McCartney'nin sözü ile başlamak isterim; "Eğer mezbahaların duvarları camdan olsaydı, hiç kimse et yiyemezdi."

Ülkemizde hiç olmazsa, mezbahalardaki kaçak ve yasaya aykırı kesim ve şartlarını düzeltebilmek, kesimlerin elektroşok kullanılarak hayvanlar için acısız olmasını temin edebilmek, en büyük kazanç olacaktır.

Bu ihlallerin, işin içinde insan sağlığı boyutu da olduğundan, İl Tarım Müdürlüklerine, İl Sağlık Müdürlüklerine, Tarım ve Sağlık Bakanlıklarına şikayet edilmesi çok önemlidir, çünkü, tesislerin yüksek mali cezalarla cezalandırılmalarına neden olacaktır.

Veganlık, şu aşamada, herkes tarafından kabul görecek bir yaşam şekli olmayabilir ancak, en azından et tüketimini kontrol etmek ve tükettiğimiz et miktarını azaltabilmek, büyük önem taşır.

9. HAYVAN SAHİPLERİNİN İHLALLERİ

9.1. İHMAL

Karşımıza çok sık çıkan başka bir ihlal türünden bahsetmek istiyorum: Hayvan sahiplerinin kendi hayvanlarına yaptıkları kötü muamele, ihmal ve çektirdikleri eziyetler var. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, kişinin kendi hayvanı dahi olsa; kişinin hayvanına eziyet etmesine, kötü muamelede bulunmasına izin vermemektedir. Bu ihlallere örnek vermek gerekirse; Kötü muamele, bakımlarını ağır ihmal, aç bırakmak, susuz bırakmak, ihtiyaçları olan egzersiz yerine sürekli bağlı tutmak, tedavi amaçlı olmayan cerrahi müdahalede bulunmak ve SOKAĞA TERK sayılabilir.

9.2. HAYVAN DÖVÜŞLERİ

Hayvan dövüşleri ise, hayvan sahibinin hayvanına yaptığı bu zulmün uzantısı; köpek dövüşleri, deve dövüşleri, horoz dövüşleri, hep insan egosunu tatmine yönelik bir etkinliktir. Hastalıklı bir ruh hali olduğuna dair şüphe yoktur.

Kaldı ki; genelde hayvan dövüşlerinin, uyuşturucu kullanımı, hayvan tecavüzü, torbacılık gibi suçlarla birlikte seyrettiğine dair veriler bulunmaktadır. (21)

Burada size anlatmak istediğim asıl kavram: "tehlikeli ırk" kavramının ne olduğudur. Veteriner Hekimlerin de mutabık kaldığı bir gerçek; "tehlikeli ırk" olarak anılacak bir ırk olmadığıdır. Evet biyolojik olarak daha güçlü ırkların olduğu muhakkaktır. Ancak tehlike, tehlikeli insanların eline düşen hayvanlar için geçerli. Bir başka deyişle; tehlikeli ırk yoktur. İnsan eli ile tehlikeli hale getirilmiş münferit tehlikeli hayvan vardır. (22)

9.3. EZİYET

Hayvan sahiplerinin kendi hayvanlarına yaptıkları kötü muamele, ihmal ve çektirdikleri eziyetler anlatılırken; faytonlardan bahsetmemek olmaz.

Bu yüzyılda, atların faytona koşulması, büyük bir zulümdür. Dışarıdan bakıldığında 700 kiloluk bedenleri ile, kocaman ve çok güçlü gözüken atlar, aslında o kocaman bedenlerinin altında hem çok hassas bir beden hem de çok narin bir yürek taşırlar. Bu hassas ruhlu hayvanların, yıllardır, bozulan insan dokusu nezdinde, saygısız kaba saba arabacıların eline kalmış olmaları, gerçekten çok acıdır.

Maalesef, bu atlar, sahipleri tarafından şiddet görmekte, sağlıksız koşullarda çalıştırılmakta, sıcaklarda dahi dik yokuşlara çıkartılmakta, tıkanmasınlar diye aç ve susuz bırakılmakta, çıkamayınca koşamayınca yumruklanmakta, barınma beslenme ve bakımları ihmal edilmekte, yaz bitip de kış geldiğinde ise, terk edilerek, canları hiçe sayılmaktadır.

Adalarda, ahırda bıçaklanan ve dili kesilen at hikayelerini duymak mümkündür. Özellikle yaz döneminde, Adalarda; kazanın olmadığı, at ölümünün gerçekleşmediği bir gün geçmemektedir. Her yıl adalarda ölen yüzlerce attan bahsedilmektedir. Ölen atlar denize atılmakta ya da ormana gömülmektedir.

Oysa 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununa göre; **açıkça gücünü aştığı görülen fiillere, hayvanların zorlanması kesinlikle yasaktır.** Bu fiillere zorlanan atların sahipleri ise, **SUÇ İŞLEMEKTEDİR.** Bu konu, acil çözüm bekleyenler listesinde ön sıralarda yerini alır.

Bu konudaki en rahatsız edici bilgi ise; bu atların, bu canlı varlıkların, faytonlara koşulup ulaşım için kullanılmaları nedeniyle, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Ulaşım Koordinasyon Merkezi'ne bağlı olmalarıdır. Evet, bu atlar, Ulaşım Koordinasyon Merkezi'ne bağlı, İSPARK kapsamında yer alıyorlar.

Bu yüzyılda yapılması gereken tek şey ise, **atlı faytonun yasaklanmasıdır.**

Bir an önce; tüm fayton atlarının, devlet tarafından, belirli yerlerde koruma altına alınması gerekir ve sonuna kadar takip edilmeleri şarttır. Adalara, akülü araçlar getirilmeli, ulaşım bu şekilde sağlanmalıdır.

Fayton sahiplerine de tazminat verilip, bu iş neticelendirilmelidir.

10. BELEDİYE İHLALLERİ

10.1. GENEL SORUN

Ve nihayetinde, ihlallerin yaşandığı ancak cezalandırma konusunda etkisiz kaldığımız müessese; Belediyeler ve onların yetki ve görev alanı dahilindeki Barınaklar; Kanunda yer aldığı hali ile; BAKIM EVLERİ.

İtlaflar, barınakların içler acısı durumu, yasanın bel kemiği 6. Maddeye aykırı olarak ormana terkler ve yanlış kısırlaştırmalar, bu başlık altındaki başlıca ihlalleri oluşturur.

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 6. Maddesi uyarınca; Sahipsiz veya güçten düşmüş hayvanların toplatılması, söz konusu merkezlerde oluşturulacak müşahede yerlerinde kısırlaştırılmaları, aşılanmaları, ve rehabilite edilip kaydedildikten sonra öncelikle alındıkları ortama/mahale bırakılmaları esastır. Sadece, kendini dışarıda idame ettiremeyecek derecede yaşlı, sakat ve bebek köpekler, mahallerine bırakılamaz, bu bakım evlerinde bakılmaya devam edilir.

Oysa, ilk ihlal daha toplama aşamasında başlamaktadır. Usulsüz toplamalar; veteriner hekim olmadan, toplama kararı olmadan, ne ısırık vakası ne tedavi ihtiyacı varken yapılmaktadır. Küpeli köpekler, veteriner hekim yokluğunda, işçilerin ellerinde hayvan hasta mı yaşlı bakılmadan kullanılan uyuşturucu iğneler ile, hayvanı neredeyse araca bindirir indirirken sakatlayacak ihmalkar hareketler eşliğinde toplanmaktadır.

Peki, Belediyelerin yaptıkları ihlaller nelerdir?

1- Çok azı dışında, Belediyeler, yükümlü olduğu kısırlaştırma işini, olması gerektiği gibi yerine getirmemektedir. Ya kısırlaştırmaya hiç önem vermemekte, ya haşere firmalarına verdikleri ihaleler ile, veteriner hekim olmayan kişilerce kısırlaştırma yapılmasına göz yummakta ve hayvanların yarısı daha masada ölürken, diğer yarısının başına ne geldiği muammasını korumaktadır.

Ya da mobil kısırlaştırma yöntemi ile hem meslek etiği hiçe sayılmakta, hem de hayvan sağlığı tehlikeye atılarak kısırlaştırma yapılmaktadır. Neden etik değildir; hekimlik yemini, her canlıya eşit muameleyi gerektirir. Sahipli hayvanı başka teknikle, sokak köpeğini başka teknik ve koşul-

larda kısırlaştırmak, kabul edilemez. Mobil kısırlaştırma ise; hijyenden tamamen uzak bir ortamda arabanın önünde hayvanları kısırlaştırıp, arabanın arkasından sokağa saldıkları bir yöntemdir. Kısırlaştırılan bir dişi köpeğin, ameliyatından sonra, her ihtimale karşı antibiyotik uygulaması ve post-operatif bakımları için mutlaka ez an 5-7 gün tutulması gerekir. Sokak köpeğini, arkadan saldığınız zaman, ikinci kez kontrol imkanınız dahi olmaz. Alet sterilazasyonu, ameliyat yapılan yerin sterilize olması, her tarafın kapalı olması, giren çıkan kontrol altında olması şarttır. Mobilde, bu hijyenin sağlanması, mümkün değildir. (23)

Dünyada örnekleri olduğu söylenen mobil araçlarda; "bir araç bul, içine masa koy, haydi ameliyat yapalım" mantığından çok farklı olarak; Ameliyatın yapıldığı yerde pencere dahi yoktur; aletler, özel ışın sistemi ile sterilize edilir.

Bizler, tecrübelerimize sabit olarak; Ormanda ön bacağında hala damar yolu üzerinde duran köpeklere rastladığımız günleri ya da kulağı küpeli (yani kısırlaştırılmış) hamile dişi köpeklere tanıklık ettiğimiz günleri hala unutamadık.

2- Çoğunlukla belediyeler; kısırlaştırılan, aşıları yapılan bu hayvanları, kendi mahallerine bırakmak yerine, ormanlara terk etmektedirler. Ormanlar, köpeklerin kendi ortamları değildir. Köpek evcil bir hayvandır, ormanda yaşayamaz. Ayrıca, ormanda yaban hayatta karşılaşacakları ve kapacakları kuduz mikrobunu da, şehre geri taşıma ihtimalleri bulunmakta olup, ciddi bir tehlike yaratmaktadırlar.

Kaldı ki; köpeklerin ormanlara atılması, yaban hayatı da tehdit eder; köpeklerin bulunduğu yerlerden çakallar çekilir. Çakallar çekilince, ortalığı kemirgenler basar, etçil kuşlar, göç yollarını değiştirir. Yaban hayat da, büyük zarar görüyor.

İster kedi olsun ister köpek; bu hayvanları, bizler, binlerce yıl önce, yaban hayattan alıp, kendi menfaatlerimiz için; Kedileri haşere yakalama işi, köpekleri ise güvenlik sebepleri ile evcilleştirdik. Şimdi ise, onları, hiç bir yere sığdıramıyor, varlıklarına tahammül edemiyor oluşumuz, insanlık ayıbımızdır.

3- Üzülerek belirtmek isterim ki; Kanunda ve uygulama Yönetmeliğinde, Barınaklar, o kadar detaylı düzenlenmiş olmasına rağmen, en temel kriterler dahi yerine getirilmemektedir. Hayvanlar, sakini agresifi ayırt edilmeksizin üst üste kafeslere konuyor; aç bırakılıyor, suları verilmiyor, yazın güneşin alnında - kışın soğukta bakılıyor, kendi dışkıları içinde verdikleri yaşam mücadelelerine, hatta ölümlerine kayıtsız kalınıyor.

Hatta, mevzuattan kaynaklı; her ilçede olması gereken bakım evlerinin, olmadığı onlarca ilçe mevcut..

4- Belediyelerin yaptığı ve yaşam hakkını en yok sayan ihlal türü ise; belediyelerin kiminin açıktan kiminin gizlice yaptıkları itlaflar... Toplu öldürmeler...

10.2. ÇÖZÜM

Peki bunca ihlalinin, Belediye tarafından yapılmasının nedeni ne olabilir?

1- Barınaklar, yetkili Bakanlık tarafından takip edilmiyor.

2- Takip edildiğinde, o Belediyeye ceza kesilmiyor.

3- Olur da, STK'lar o Belediye hakkında şikayetçi olur ise; İç İşleri Bakanlığı Belediye hakkında kovuşturmaya izni vermiyor.

Bütün bunların içinde önem kazanan kavram ise, SAHİPLENME. Sokaktan, barınaktan ya da ormandan....

Bu sahiplenme, uzun vadede, sokaktaki hayvan popülasyonunun da çaresi olacaktır.

Kaldı ki, bir can kurtarmanın mutluluğu da, hiç bir şey ile mukayese edilemez bu dünyada.

§ III. İHLALLERE KARŞI YASAL YOLLAR

1. GENEL OLARAK

Ülkemizde, yaşanan hayvan hakları ve ihlallerine karşı başvurulacak yolları; 3 ana grupta toplamak mümkündür.

1- İdari yoldan başvuru (5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunundan kaynaklı ihlallerde Tarım Orman Bakanlığına şikayet)

2- Cezai yoldan başvuru (Türk Ceza Kanununa aykırılıktan başvuru)

3- Hukuki yoldan başvuru (Borçlar Kanunu ve Kat Mülkiyetinden kaynaklı ihtilaflarda başvuru)

2. BİR İHLAL KARŞISINDA YAPILACAKLAR

1. 5199 sayılı Kanunda, hayvan haklarına ilişkin ihlallerde, Orman ve Su İşleri İl Müdürlüğü'ne başvurulması gerektiği yazılıdır. Söz konusu İstanbul olursa; 1. Bölge - İl Müdürlüğü'nün yetkisi, İstanbul Silivri'den Tuzla'ya kadar 39 ilçeyi kapsamaktadır. Yine Valilik ve Kaymakamlıklara yapılacak şikayet de, etkili ve önemlidir.

2. 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun ihlal edildiği hallerde, Kabahatler Kanununun 23. Maddesi uyarınca, Savcılığa Suç duyurusunda bulunulması mümkündür.

3. CİMER başvurusu yapmak önemlidir. Şikayetler konusunda da, her zaman tavsiyemiz; muhakkak CİMER üzerinden şikayet yapılmasıdır. Şikayet web sayfası üzerinden; Olay ne zaman, nerede, nasıl oldu kısaca anlatılmalı ve gerekli takibatın yapılarak, ceza verilmesi istenmelidir.

4. İdarenin ihlallerine karşı T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)'na, başvurmak da, idarenin denetlenmesini sağlamak açısından, önem arz etmektedir.

5. Orman ve Su İşleri Bakanlığı'na ki, şimdi Tarım ve Orman Bakanlığı oldu; şikayet mümkün.

Ve hala hayvanhaklari@ormansu.gov.tr adresine yapılan ihbar ve şikayetler, kabul ediliyor.

6. Hayvan hakkı ihlali gerçekleştiğinde, sahipli hayvanın hak ihlali söz konusu ise; Türk Ceza Kanunu kapsamında suç duyurusunda bulunmak mümkündür. Hatta çoğu zaman hayvan sahibinin da hak ihlali birlikte geliştiğinden; bu durumlarda, muhakkak hem hayvan açısından hem de şahıs açısından birlikte suç duyurusunda bulunulması gerekir.

Sahipsiz hayvanın hak ihlalinde Savcılığa suç duyurusunda bulunurken, insan hakkı ihlalinin öne çıkarılmasına gerek kalmaması için, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun, bir an önce ceza kanunu kapsamına alınması ŞARTTIR.

7. Yapabileceklerimizin arasında bugünkü konjonktürde en etkili iki yol ise;

* Kamuoyunun oluşturulması (görsel ve sanal ortamda)

* Medyanın dikkatinin çekilerek, olayların medyaya taşınmasıdır.

§ IV. HAYVAN HAKLARINA İLİŞKİN DAVALAR

1. HUKUKİ NİTELİĞİ

Hayvanlara ilişkin lehe ya da aleyhe açılan davalarda kullandığımız maddeleri sınıflandıracak olursak:

1) *Kat Mülkiyet Kanununda Dayandığımız Maddeler:*

Kat Mülkiyet Kanununa Aykırılıktan açılan davalar; ağırlıklı olarak hayvan tahliyelerine ilişkin olmakta.

Bu konuya; kanuni düzenlemeler çerçevesinde baktığımızda olması gereken ve olan ayrımı yaparak size anlatmak istiyorum:

Olması gereken: Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi uyarınca ve hem de 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu uyarınca; ev hayvanının terk edilmesi yasaktır. Ve Yönetim Planı, bir sözleşme mahiyetindedir. Ve bir sözleşme, Kanuna aykırı olarak düzenlenemez. Yönetim Planında, bu şekilde kanuna aykırı bir madde düzenlenemeyeceği gibi, böyle bir maddenin varlığı halinde de iptali gerekir.

Hal böyle iken, evden tahliyesi istenen hayvanla ilgili olarak; hayvan sahibinin, Kat Mülkiyeti Kanununda yer alan komşuluk hukukuna ve bağımsız bölüm maliklerinin diğer malikleri rahatsız etmeme konusundaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği konusunda bilirkişi incelemesi yapılması, hayvanın gerçekten rahatsızlık verip vermediğinin tespiti gerekir. Tek başına, hayvanın varlığı; TAHLİYE SEBEBİ OLAMAZ.

Oysa olan: Yukarıda izah edilenlerin aksine, Kanuna aykırı olarak, Yönetim Planına eklenen "hayvan beslemek yasaktır" maddesinin, amir hüküm kabul edilerek; bu maddenin varlığı halinde, hayvanın tek başına mevcudiyetinin yeterli görülerek, derhal tahliyesine karar verilmesidir.

Bu nedenle, bu maddelerin mutlaka değiştirilmesi gerekmektedir. Apartman ya da Site Yönetim Planının, bağımsız bölüm maliklerinin 4/5'nin oyu ile değiştirilmesi mümkündür. Bu sayıyı yakalamak zor olmakla birlikte, asla imkansız değildir.

Kat Mülkiyeti Kanununun;

18. Maddesi: *"Kat malikleri, gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler."*

33. Maddesi: *"...Kat maliklerinden birinin yahut onun katından kira akdine, oturma hakkına veya başka bir sebebe dayanarak devamlı surette faydalanan kimsenin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, ana gayrimenkulün bulunduğu yerin sulh mahkemesine başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir.*

Hakim, ilgilileri dinledikten sonra, bu kanuna ve yönetim planına ve bunlarda bir hüküm yoksa, genel hükümlere ve hakkaniyet kaidelerine göre derhal kararını verir ..."

Şeklindeki yasal düzenlemeler, bu noktada önem arz etmektedir.

2) Borçlar Kanununda Dayandığımız Maddeler:

Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler ise; hayvan sahibinin sorumluluğu çerçevesinde toplanır. Borçlar Kanununun 67. Maddesinde düzenlenen sorumluluk; Özel bir sorumluluk; KUSURSUZ SORUMLULUK, SEBEP SORUMLULUĞUDUR. Hayvana dikkat, özen ve gözetim görevini üzerine alan ve ondan sürekli bir şekilde faydalanan kişi, hayvanı yöneten sıfatı ile, bu hayvanın verdiği bütün zararları ödemekle yükümlüdür.

Bir hayvanın üçüncü kişiye vermiş olduğu zararı, onu bulunduran, durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olduğunu veya böyle bir özeni göstermiş olsa bile zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını kanıtlamadıkça, ödemek zorundadır. Sorumluluğun doğması için hayvan bulunduranın kusurlu olması şart değildir. Durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olduğunu veya böyle bir özeni göstermiş olsaydı bile, zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını ispat etmedikçe, tazmin etmek zorundadır.

***3)* 6284 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Dayandığımız Maddeler:**

6284 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun 2. Maddesi; "Şiddeti" ve "Şiddet Mağdurunu";

"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 keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı ifade eder."

"Şiddet mağduru: Mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde uyruğuna bakılmaksızın, Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan veya dolaylı olarak maruz kalan ya da kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiyi ifade eder." şeklinde tanımlayarak hükme bağlamıştır.

Bu bağlamda, hayvan severlerin tehdit ve taciz ile sindirilmeye çalışılması, tehditlere ve tacizlere maruz kalması, suç teşkil etmektedir. İnsanların duygusal bağ kurduğu sahipsiz sokak hayvanlarını doyurmalarını ve barındırmalarını engellemek de, yine aynı kapsamda suç teşkil etmektedir.

Bu eylemler, 6284 sayılı Ailenin Korunması Kanunu'na göre PSİKOLOJİK ŞİDDET tanımına girmektedir ve KANUNA AYKIRIDIR. Hayvanla-

ra, yasal hak olarak bakan kişilere uygulanan her türlü baskı ve şiddet eylemlerine karşı, 05.03.2017 tarih ve 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun çerçevesinde, **koruma kararı almak** üzere, Aile Mahkemelerine başvuru yapılmaktadır.

4) Türk Ceza Kanununda Dayandığımız Maddeler:

Türk Ceza Kanununda, ister sahipli ister sahipsiz olsun, bir hayvan şiddete maruz kaldığında, doğrudan başvurabileceğimiz bir kanun maddesi bulunmamaktadır. Aşağıda yer alan maddeler, hayvan haklarını savunurken kullandığımız ya da yararlandığımız maddelerdir. Hatta bazı maddeleri, hala zorladığımız da, bir gerçektir. TCK'da düzenlenen ve bizim kullandığımız bu suçlara bakacak olursak:

* "***Mala Zarar Verme***" başlığı altında ***Madde 151/2***; "Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi dört aydan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu madde, bir hayvanın şiddete uğraması halinde; hayvan, sahipli ise, Türk hukuk sisteminde, hayvan hala mal/eşya statüsünde olduğundan, yararlandığımız maddedir.

* "***Hırsızlık***" başlığı altında Madde 141; "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir." Şeklinde düzenlenmiştir.

Bu madde, sahipli hayvanların çalınması/ kaçırılması halinde yararlandığımız maddedir. Hırsızlık suçu, takibi şikayete bağlı suçlar arasında olmadığından, suçun bir şikayet süresi de yoktur.

Hırsızlık suçu mülkiyetten daha geniş bir kapsama sahip olan zilyetlik haklarını korumaktadır. Bu nedenle, muhakkak hayvanın sahibi olmasına gerek yoktur. Fiilen bir kişinin hakimiyeti altında bulunan hayvanın çalınması da, bu suç kapsamında değerlendirilir.

Hırsızlık suçu, herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte, kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında işlenirse, fail hakkında 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Hırsızlık suçu, gece vakti işlenirse, faile yukarıda anlattığımız şekilde verilen ceza yarı oranında arttırılır. Yani fail, ister basit hırsızlık suçunu isterse nitelikli hırsızlık suçunu işlesin, suçu gece vakti işlediği takdirde belirlenen temel cezası yarı oranında arttırılır. (TCK Madde 143)

* "***Hayvanın Tehlike Yaratacak Şekilde Serbest Kalması***" başlığı altında Madde 177; "Gözetimi altında bulunan hayvanı, başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişi, altı aya kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Sahipli hayvanın, serbest bırakılarak, çevrede yaşanmış saldırı vakaları karşısında kullandığımız maddedir.

* "***Hayasızca Hareketler"*** başlığı altında Madde 225; "Alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Uygulamada bu suça, "*alenen cinsel ilişkide bulunma suçu*" veya "*teşhircilik suçu*" denilmektedir. Hayasızca hareketler suçu, "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiş olup, suç ile korunmak istenen hukuki değer toplumsal ahlak ve haya duygusudur.

Alenen cinsel ilişki; failin cinsel arzularını tatmin etmek üzere ahlak ve nezaket kurallarına aykırı, edep duygularını inciten davranışlar sergilenmesidir. Alenen cinsel ilişki suçu, kamuya açık alanda işlenebileceği gibi kamuya açık olmayan alanda da işlenebilir. Madde 225, hayvana tecavüzün, en az 2 kişinin göreceği şekilde kamu alanında işlenmesi halinde, yararlandığımız maddedir.

* ***"Müstehcenlik"*** başlığı altında Madde 226/2; "(2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. (4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır." Şeklinde düzenleme yapılmıştır. TCL madde 226, cinsel içerikli bu görüntülerin sosyal medya mecrasında kullanılması halinde, başvurduğumuz maddedir.

* ***"Güveni kötüye kullanma"*** balığı altında Madde 155/1; "Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır." Şeklinde düzenlenmiştir.

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için; malın mülkiyet hakkı sahibi ile zilyet arasında hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisi olmasıdır. Sözleşmenin yazılı ya da sözlü olması fark etmez.

Suçun meydan gelmesi için, zilyedliğin yani bir kimsenin taşınır veya taşınmaz mal üzerindeki fiili hakimiyetini, kişiye, rızai bir şekilde "bizzat" devretmesi gerekir. Kişi de, zilyetliği, devir amacı dışında kullanmış veya bu devri inkâr etmelidir.

TCK 155, bizim, hayvanların, sözleşme ile sahiplendirilmesi sonrasında, hayvana dair yaşanılan ihmal kaza ve ölümlerde başvurduğumuz bir maddedir.

* ***"Kaybolmuş Veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf"*** başlığı altında Madde 160 ile; "Kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirilen eşya üzerinde, iade etmeksizin veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeksizin, malik gibi tasarrufta bulunan kişi, şikayet üzerine, bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır." Şeklindeki düzenleme sayesinde, sahipli hayvanın kaybolması ya da çalınması halinde yeniden sahiplenildiğinde, eski sahibin, hak araması mümkün olur.

* ***"G***örevi Kötüye kullanma" başlığı altında Madde 257; "(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suç; kamu görevlisinin görevini yapmaması veya hukuka aykırı bir şekilde yapmasına ilişkindir.

Görevi kötüye kullanma suçu, ya Kamu görevlisinin yapmakla görevli olduğu görevini yapmaması halinde, ya Kamu görevlisinin görevini kanunun öngördüğü şekilde yapmaması halinde ya da Kamu görevlisinin görevini zamanında yapmayıp geciktirmesi, yani **görevi ihmal** etmesi halinde, meydana gelir.

Görevi kötüye kullanma suçu, ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilir. Genel kastla işlenebilen suçlardandır. Kamu görevlisinin görevini

ihmal ettiğini veya yerine getirmeyi geciktirdiğini bilmesi ve bu fiili isteyerek yapması yeterlidir. Kişinin ekonomik, sosyal, siyasi ve medeni olmak üzere her türlü şahsi hakkına dair bir mağduriyeti olması gerekir. Kamu zararının meydana gelmesi ve haksız menfaat, yani hukuka aykırı bir şekilde maddi veya manevi kişisel yarar temin edilmesi gerekir.

TCK 257, bizim Belediyelerin, hayvan haklarına dair ihlallerine ilişkin kullandığımız ancak suçun oluşabilmesi için "kamunun maddi zararının oluşması" gerektiğinden, zorladığımız maddelerden biridir. Örnek vermek gerekirse; Belediyenin, usulsüz toplama yaparak, uyuşturucu doz aşımı nedeniyle öldürdüğü bir hayvan için, Tarım Orman Bakanlığı 5199 sayılı Kanuna muhalefetten idari para cezası keser ve bu para Belediyeden tahsil edilirse, kamu zararının oluştuğunu kabul etmek mümkün olur.

* ***"Tehdit"*** başlığı altında Madde 106; Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

9.3.2015 tarihli emsal karar ile; sahipli hayvana karşı yapılan "bu köpekleri öldüreceğim" şeklindeki tehdidin, şahsa yapılmış tehdit olarak kabulü ile, iddianamesi düzenlenmiştir.

* "***Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye Sokulması"*** başlığı altında Madde 170/1-c; " Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda; c) Silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan, Kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Şeklindeki düzenleme ile, hayvan hak ihlalinin ateşli silahlarla gerçekleşmesi halinde kullandığımız maddedir.

* "***Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma"*** başlığı altında Madde 179/2; "Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma ve Madde 180; "Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimseye üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir." Şeklinde düzenlenmiş olup, TCK 179, hayvanların uğradığı trafik kazalarında kullandığımız maddedir.

* "Çevrenin ***Kasten Kirletilmesi" başlığı altında*** Madde 181- (1) İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır. (4) Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. (5) Bu maddenin iki, üç ve dördüncü fıkrasındaki fiillerden dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur." Şeklindeki düzenleme ile de ***sokak hayvanlarının zehirlenmeleri halinde*** başvurduğumuz madde olarak mevzuatta yerini almaktadır.

§ V. YARGIDA HAYVAN HAKLARI – EMSAL KARARLAR

1. * Hayvan sahibinin sorumluluğuna ilişkin bir Yargıtay kararı;

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.02.2005 tarih, 2004/4365Esas, 2005/1034 karar sayılı kararı;

Hayvan sahibinin kusurlu olması şart değildir. Hayvan sahibinin sorumluluğu; olağan sebep sorumluluğudur... Durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olduğunu veya böyle bir özeni göstermiş olsaydı bile zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını ispat etmedikçe, tazmin etmek zorundadır.

2. * 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33/2 maddesi uyarınca "Hakim Müdahalesi" ile yönetim planına aykırı olarak evde beslenen köpeğin uzaklaştırılmasına ilişkin açılan İstanbul A**nadolu 12. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2012/542 Esas, 2013/432 Karar sayılı kararında**; Yönetim Planının hukuksal niteliği irdelenmiş ve yönetim planının bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme olduğu ortaya konulmuş; ve Sözleşmenin Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması veya koşunun imkansız olması halinde kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Kararda; Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesinden, Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinden bahsedilmiş, ve Anayasanın 9. Maddesi uyarınca; Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. En son olarak da

5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunundan bahsedildikten sonra; Yönetim Planının, kanuna aykırı düzenlenmiş olması sebebiyle, re'sen hükümsüz Kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Hakim Müdahalesi" ile yönetim planına aykırı olarak evde beslenen köpeğin uzaklaştırılmasına ilişkin açılan davada: Hakimin asıl değerlendirmek ve araştırmakla yükümlü olduğu hususları:

1) Bakılan hayvanın çevreye rahatsızlık verip vermediği,

2) Rahatsızlık verdiği iddia olunur ise, rahatsızlığın açıklattırılması,

3) Verilen rahatsızlık gürültü ise, Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği 10/g maddesi uyarınca '' söz konusu hayvan ya da hayvanların yaşama ortamına en yakın konutta bulunan bir yatak odası için ses basıncı düzeyi ve oturma odaları için de kabul edilebilir ses basıncı düzeyleri ile ilgili olarak 1/7/2005 tarihli ve 25862 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğindeki (2002/49/EC) değerlerinin aşılıp aşılmadığının mahallinde keşif yapılarak uzman bilirkişi aracılığı ile yaratılan ses seviyesinin desibel değerinin ölçülmesi,

4) Verilen rahatsızlık güvenlik ise hayvanın saldırgan davranıp davranmadığı, hayvan sahibinin gerekli önlemleri alıp almadığı, bu konuda tanıkların dinlenmesi ve hayvanın toplumsal yaşama uyum gösterip göstermediği hakkında veteriner bilirkişi aracılığı ile keşif yapılarak hayvanın davranışlarının gözlemlenmesi,

5) Verilen rahatsızlık çevreyi kirletmek ise, buna ilişkin delillerin toplanması gerek tanıkların dinlenmesi, kirletme devam ediyor ise bunun keşif yapılarak gözlemlenmesi gerektiği belirtilerek dava RED EDİLMİŞTİR.

Karar, Yargıtay'dan aşamasından geçerek, **kesinleşmiştir.**

3. * Hayvan tahliyesine ilişkin Kat Mülkiyetinden Kaynaklanan Davalarda, yeni emsal kararımız; Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinden geldi. Bu kararın, hayatımıza, emsal olmaktan öte bir yansıması olacağına şüphe yoktur.

Dairenin 2019/142 Esas, 2019/682 Karar sayılı kararında; Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesinden, Anayasanın "... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir." maddesini içeren 90/son maddesi kapsamında Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinden ve Hayvanları Koruma Kanunundan bahsederek;

Hayvanın hak sahibi bir varlık olduğu,

Taraflarca sözleşmeler düzenlenir iken hayvanın kişilik haklarını ihlal eden düzenlemeler yapılamayacağı,

Sözleşme hükmünde sayılan Yönetim Planında benzer şekilde hayvanın kişilik haklarına ve kanuna aykırı bir düzenleme içeremeyeceği,

Bu düzenlemelerin yapılması halinde ise, Borçlar Kanununun 27. maddesinde belirtilen "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür" şeklindeki düzenleme uyarınca, Yönetim Planında yer alan bağımsız bölümlerde evcil hayvan beslenmesinin yasak olduğu şeklindeki maddenin, Borçlar Kanunu çerçevesinde Daire tarafından re'sen hükümsüz kabul edilmesi gerektiği,

Ev hayvanı bulunduran herkesin 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun18. Maddesinde düzenlenen kat maliklerinin birbirini rahatsız etmeme yükümlülüğü ve Türk Medeni Kanununun 737. Maddesinde düzenlenen taşınmaz malikinin komşusuna zarar verecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğünün olduğunu,

Ancak bu yükümlülükler ihlal edildiğinde, çevrede yaşayan insanların hakları ile hayvanın hakları çelişeceği şeklinde ifadeler yer almıştır.

Ve bu gerekçelerle, hayvanın evden uzaklaştırılmasına karar veren Yerel Mahkeme Kararının kaldırılmasına ve gerekçede belirtilen eksikliklerin giderilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

4. * İstanbul Anadolu 8. Aile Mahkemesi 2015/125 Değişik İş Dosyası üzerinden; hayvan baktığı için komşusu tarafından şiddet uygulanan ve tedbir istenen F.U. hakkında, talep edilen önleyici tedbir kararı doğrultusunda, koruma kararı verildi.

5. * 8 Ekim 2010 tarihinde İzmir Bornova'da bir büfe önündeki kutuda yatan, 'Yamuk' adlı kediyi tekmeleyerek öldürmekten Üniversite öğrencisi U.G. hakkında İzmir 9'uncu Asliye Ceza Mahkemesi'nde, 'haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldürmek, işe yarayamayacak hale getirmek veya değerinin azalmasına neden olmaktan Türk Ceza Kanunu'nun 151/2 Maddesi uyarınca, 4 aydan 3 yıla kadar hapis istemi ile dava açıldı.

Ege Üniversitesi Su Ürünleri Fakültesi birinci sınıf öğrencisi U.G.'ye Çevre ve Orman İl Müdürlüğü tarafından 687 lira cezası kesildi. Ve 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırıldı.

6. * Medyaya yansıdığı haliyle Ayşe Köpek davası:

Temmuz 2011 tarihinde, Ataşehir'de 60 yaşındaki inşaat işçisi arabaya atarak kaçırdığı Ayşe isimli sahipli köpeğe tecavüz ederken polisler tarafından suç üstü yakalandı.

Davaya İstanbul Anadolu 31. Asliye Ceza Mahkemesinde bakıldı; ŞÜPHELİLER hakkında; kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınan eşya hakkında hırsızlık suçundan yargılama yapıldı. Mahkemenin 2011/610 Esas, 2013/288 Karar sayılı kararı ile; sanık; 2 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırıldı. Hakim, bu dosyada hassas davranarak, hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar vermedi.

Bu **karar da,** Yargıtay aşamasından geçerek, **kesinleşmiştir.**

7. * 8 Ağustos ve 17 Ağustos 2014 tarihlerinde; Kağıthane'de sahipli bir hayvanın (Nilayım) 2 farklı zamanda tecavüze uğraması ve bu eylemlerin marketin kamera görüntülerine takılması ve sosyal medyaya düşmesi ile başlayan bir süreç yaşadık.

Dava, İstanbul 63. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2014/1227 Esas sayılı dosyası ile görüldü; şüpheli; TCK Madde 151/2; sahipli hayvanı işe yaramayacak hale getirmek ve TCK Madde 225/1; hayasızca hareketlere aykırılıktan yargılandı. Mahkeme, 2014/1227 Esas, 2014/980 Karar sayılı kararı ile; dosyada tecavüz eylemine ilişkin kamera görüntüsünün mevcut olmasına ve tanığın, bizzat mahkemede sanığı teşhis etmiş olmasına rağmen, Hakim, şüphelinin "Ben hayvana et veriyordum." samimi beyanını dikkate alarak, beraatine karar verdi.

Bu dosya temyiz edildi. Dosya hala Yargıtay'da.

8. * Eskişehir C. Davası:

2014 tarihinde, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Edebiyat Bölümü hazırlık sınıfı öğrencisi MCA, Eskişehir'deki Cafe ... adlı işyerinden aldığı 'İletki' adlı tekir kediyi geçici olarak sahiplendi. Ve sahiplendiği kediyi evinde bıçakladıktan sonra kafasını su damacanasıyla ezerek öldürdükten sonra, görüntüleri sosyal paylaşım sitesinde yayınlanan üniversite öğrencisi hakkında Eskişehir 4. Asliye Ceza Mahkemesinde, 4 aydan 3 yıla hapis istemi ile, kendisine ait olmayan hayvanı öldürmekten "mala zarar verme" suçundan yargılama yapıldı.

Yargılama sonunda; Eskişehir 4. Asliye Ceza Mahkemesi, 06.05.2015 tarih, 2014/356 Esas, 2015/469 Karar sayılı kararı ile; "Mala zarar vermek" suçundan yargılanan şüpheli hakkında; para cezasına çevrilmemek üzere, duruşma tutanağında da yer aldığı şekli ile **takdiren, tercihen, teşdiden en üst hadden olmak üzere 3 yıl hapis cezası** verildi. Şüphelinin pişmanlık ifadelerine itibar edilmeyerek, CMK'nun pişmanlık maddelerinin tatbikine de yer verilmedi.

Kararda; İletki kedinin mal olmadığı, can taşıdığı can taşıyan her şeyin kutsal olduğu, bunun maddi bir değer ile ölçülemeyeceği, parasal karşılıkla geri getirilemeyeceği... ifadelerine yer verildi.

Ve bu karar, **hayvan hakları açısından bir milat oldu**; yargılama sürecinde**; hayvanın bir mal olmadığı, hayvanın da canlı bir varlık olduğu ve yaşam hakkı bulunduğu bilinci ile hüküm kurulurken en üst limitten cezalandırma yapıldı.**

Yine bu davada, kedinin ölmesi, bir mal kaybı olarak ele alınmamış, bir can kaybı olarak görülmüş, yaşam hakkının zarar görmesinden dolayı cezalandırılma yoluna gidilmiştir.

Hayvanı canlı kabul eden ve yaşam hakkına duyulan saygı ile verilen bu karar ile, Hakimlerin, hüküm kurarken, "ne yapalım elimiz kolumuz bağlı" özrü de, ellerinden alınmıştır.

Dosya, halen Yargıtay'dadır.

9. * 15.08.2016 tarihinde, Çankırı Çerkeş'te, sahipli bir köpeğin zehirlenerek öldürülmesi eylemi ile ilgili olarak, Çerkeş Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/173 Esas sayılı dosyası ile yapılan yargılamada, mala zarar verme suçu (TCK 151/2 maddesi) kapsamında, sanığın 18.000,00-TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar verildi.

10. * İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı, 2015/618 Esas sayılı dosyada; hazırladığı 2015/19246 sayılı iddianamesinde;

Şüphelinin 9.3.2015 günü köpekleri taşlaması sebebiyle müştekilerle aralarında tartışma çıktığı, şüphelinin müştekiye hakaret ettiği ve "ben size yapacağımı bilirim gününüzü görürsünüz" diyerek tehdit ettiği, ayrıca diğer müştekilerin baktığı sahipli köpekleri kastederek, "bu köpekleri öldüreceğim" diyerek tehdit ettiği soruşturma evrak kapsamından anlaşılmıştır. Denilerek; sahipli hayvana karşı yapılan tehdidin, şahsa yapılmış tehdit olarak kabulü ile, iddianamesi düzenlenmiştir.

Bu iddianame ile birlikte artık, Türk Ceza Kanunu Kapsamında "mal" olarak sayılan hayvanların sahiplerine "BU HAYVANLARI ÖLDÜRECEĞİM" demek, TCK madde 106 uyarınca TEHDİT SUÇUNU oluşturmuş oldu.

11. * 05.04.2016 tarihinde Sarıyer Belediyesi Hayvan Kısırlaştırma ve Rehabilitasyon Merkezi'nde, C. adlı golden retriver cinsi sahipli köpeğin kafa tasının kırılması ve akabinde yaşanan olaylara ilişkin olarak, Sarıyer Belediyesi Veteriner İşleri Müdürü , Rehabilitasyon ve Kısırlaştırma Merkezi Sorumlusu hakkında İstanbul 34. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2017/9 E. sayılı dosyası ile dava açıldı ve Sorumlu Veteriner Hekimler *görevlerinin gereklerine aykırı hareket ederek olayı ört bas etmeye çalıştıkları için görevlerini suiistimalden* yargılandı. Sanıklardan CY yargı-

lama sırasında, kalp krizi geçirerek öldü. Hakim; dosyada mevcut tanık beyanları ve deliller ışığında Sarıyer RM'de, hayvanlara işkence edildiği yönünde edindiği kanaat sebebiyle yetkililer hakkında soruşturma açılması için suç duyurunsa bulunulması yönünde karar verdi.

12. * 7 Kasım 2017 tarihinde, ED – TS çiftinin Marmaris, Bozburun'da, yan komşuları tarafından köpekleri zehirlendi. 2 hafta sonra sanık hakkında tutuklama kararı verildi. İki köpeğin öldürülmesine ilişkin olarak Mala Zarar Verme (TCK 151/2 maddesi) suçu kapsamında, Marmaris 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2017/427 Esas sayılı dosyası ile görülen davada; Türkiye'de bir ilk olarak sanık hakkında tutuklama kararı verilmiştir. 9 Mayıs 2019 tarihinde, Mahkeme sanık hakkında, 1 yıl 7 ay 20 gün ertelemesiz, para cezasına çevrilmeksizin hapis cezası vermiştir.

13. * 3 Aralık 2017'de Erzincan'da orduevi nizamiyesinde, Er T.H. tarafından tekme atılan yumruklanan yavru kediye ilişkin işlem başlatıldı. Er hakkında, 2 bin 252 lira para cezasının verilmesinin yanı sıra, Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2017/607 Esas sayılı dosyası üzerinden adli kontrol talepli adli soruşturma başlatıldı; Günde iki kez, kolluk kuvvetlerine imza verme koşulu ile serbest bırakıldı.

Ancak, Erzincan'da kararı veren Sulh Ceza Hakimi, kanunlarda yapılan "sahipli –sahipsiz hayvan ayrımı"nın

Anayasa'ya aykırı olduğunu belirterek, maddenin düzeltilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verdi.

2017 Aralık ayında, Erzincan Sulh Ceza Mahkemesi kıymetli Hakimi Sayın Said Özdemir, kararında;

5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda sadece 'sahipli' hayvanlara karşı yapılan haksız filler 151/2 madde kapsamında cezalandırıldığı için kedi, köpek gibi 'sahipsiz' olan, ayrıca mahiyeti gereği kamu malı statüsünde kabul edilebilecek olan sokak hayvanlarına karşı yapılan haksız fiillerin bu kanun korumasından yararlanamadığını, Kanun'da geçen 'sahipli' ibaresinin Anayasamızın 2. maddesine, bu doğrultuda Hukuk Devleti ilkesine, Eşitlik İlkesine, Hayvan Hakları Evrensel beyannamesine aykırı olduğunu ve kanundaki madde metninden çıkarılması gerektiğini, 'sahipsiz kamu malı' tanımına göre Sokak hayvanlarının sahipsiz kamu malı olduğunu belirterek; Sokak hayvanlarının kamu malı statüsünde değerlendirilmesi noktasında oluşan tereddütlerin ortadan kalkması, kamu malı olan sokak hayvanlarına yönelik haksız fiillerin şikayete tabi olmaksızın soruşturup kovuşturulabilmesi için 'sahipli' kelimesinin, Türk Ceza Kanunu'nun 151/2 maddesi metninden çıkartılması için Anayasa Mahkemesi'ne başvurdu.

Böylelikle, Türkiye'de ilk defa bir yerel mahkeme, sahipsiz sokak hayvanlarının da hukuki koruma altına alınması için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş oldu. Dosya hala Anayasa Mahkemesinde, esastan incelenmektedir.

14. * 22 Ocak 2018 tarihinde, Giresun'da, baygın haldeki köpeği anayolun ortasına bırakmak suretiyle ölümüne sebebiyet veren BU hakkında, Giresun Sulh Ceza Hakimliği'nin 2018/17 Sorgu no'lu kararı ile; haksız yere sahipli hayvanı öldürme, işe yaramayacak hale getirme ve değerini düşürme suçu (TCK 151/2 maddesi) yönünden, Türkiye'de ikinci defa tutuklanma kararı verildi. Yargılaması devam ediyor.

15. * 31.01.2018 tarihinde, Gebze'de sahipsiz hayvana tecavüz ederken suç üstü görüntülenen 82 yaşındaki N.C. hakkında; hayasızca hareketler suçu kapsamında; sanık hakkında ev hapsi kararı aldırıldı ve bununla birlikte hastanede psikolojik tedavi ve muayene olma şartı getirildi.

16. * Eyüp Sultan Belediyesi'nin 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu ve Uygulama yönetmeliğini hiçe sayarak yaptığı usulsüz toplama ve neticesinde yaşanan ölümler hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmuştu.

Ancak; 31.01.2018 tarih, 351 sayılı yazı ile gönderilen inceleme evrakı ile Kaymakam tarafından "soruşturma izni verilmemesine" ilişkin 04.01.2018 tarih, 2 sayılı Karar, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 9. Maddesi hükmü uyarınca; yönünde suç duyurusu hakkında takipsizlik kararı üzere; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Birinci İdare Dava Dairesi, 2018/132 Esas, 2018/155 Karar sayılı kararı ile;

"... Olayda sokak hayvanlarının bakım, kısırlaştırma ve toplatılmalarına ilişkin faaliyetlerde ilgili yasal mevzuata uygun davranılmadığına dair ilgililer hakkında hazırlık soruşturması yapılmasına yeterli bilgi ve belgenin dosya muhteviyatı itibariyle mevcut olduğu ve maddi olayın tüm gerçekleriyle ancak hazırlık soruşturması ve ceza kovuşturması yöntem ve vasıtaları kullanılarak ortaya çıkabileceği netice ve kanaatine varıldığından" şeklindeki gerekçe ile, **itirazlar kabul edilerek soruşturma izni verilmemesine ilişkin karar yöntem ve yasaya uygun bulunmaması nedeniyle bozuldu.**

Dosyanın yargılaması devam etmektedir.

17. * 08.06.2018 tarihinde Konya Ereğli'de yavru köpeğe tecavüz ettikten sonra sosyal medya hesabından paylaşan şahıs hakkında; Hayasızca Hareketler suçu (TCK 225. Maddesi), Müstehcenlik suçu (TCK 226/4 maddesi) ve Mala zarar (TCK 151/2 maddesi)kapsamında 2018/2569 soruşturma numarası ile suç duyurusunda bulunulmuştu. Tecavüz ey-

lemini gerçekleştiren fail, Bilirkişi incelemesine rağmen bulunamadı ancak, videoyu yayınlayıp paylaşan 2 kişi hakkında, Müstehcenlik suçundan (TCK 226/4 ve 226/-5 maddelerinden) yargılanmak üzere 6 yıldan 10 yıla kadar hapis istemiyle dava açıldı.

18. * 18.06.2018 tarihinde BÇ isimli şahıs, evde sahipli yavru bir kediye tecavüz ederken suç üstü yakalandı. Hayvanın cinsel organı ve makatı parçalanmış bir halde kanlar içinde bulundu. Sanık hakkında, çıkarıldığı mahkemede tutuklama kararı verildi.

Yargılaması tutuklu devam eden sanık hakkında 3 ay sonra, İstanbul 14. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2018/513 Esas sayılı dosyasından; mala zarar verme suçundan, suçun işleniş şekli, sanığın şahsi ve sosyal durumu, sanığın kastı, kastının yoğunluğu, meydana gelen zararın vehameti göz önünde bulundurularak, takdiren, teşhiden ve tercihen 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildi. Bununla birlikte, sanığa verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın miktarı, tutuklulukta geçirilen süre ve tutuklamanın bir tedbir oluşu göz önüne alınarak, sanığın hükümle birlikte tahliyesine karar verildi.

Bu dosyanın iki özelliği bulunmakta; Biri; Mala zarar verme suçu kapsamında, soruşturma safhasında tutuklama kararı verilen, emsal teşkil edecek bir dosya olması, Diğeri; mala zarardan sanık hakkında ertelemesiz, paraya çevrilmeksizin, cezanın en üst haddinden 3 yıl hapis cezası verilerek emsal bir karar teşkil etmesi.

19. * 2018 yılında haziran ayında, Sakarya, Sapanca'da 2 patisi ve kuyruğu kesilen yavru kara köpek için mala zarar verme suçu (TCK 151/2) kapsamında suç duyurusunda bulunulmuş ve greyder sürücüsü hakkında tutuklama kararı verilmiştir. Ancak bu tutuklama kararı, medya baskısı ve kamuoyu gücü ile verildi. Dosyanın faili meçhuldür.

20. * İzmir 16. Ailesi Mahkemesi'nin 2018/592 Esas, 2018/597 karar sayılı kararı ile görülen boşanma davasında; Tarafların boşanmasına, tarafların birlikte sahiplendikleri ve halen davacı kadın bakım ve gözetiminde olan "maltese terrier" cinsi köpeğin davalı koca ile arasında Cumartesi saat 10'dan Pazar saat 18'e kadar görüş tesisine ve aylık 200,00-TL'nin davalıdan tahsil edilerek davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Bu da olağanüstü güzel bir emsal karar teşkil etmektedir. Türk hukuk sistemimizde, hayvan mal olarak kabul edilmektedir. Ancak hayvan ile bir şekilde teması olan, onunla bağ kuran bir kişi için artık onu eşya olarak görmek mümkün değildir.

Anlaşmalı boşanma ile son bulan dosya, kesinleşmiştir.

21. * 16 Aralık 2018 gecesi, gölbaşı Hacılar Mahallesinde bir Sitede, site sakinleri tarafından bakılan karneli 3 köpek 2 kedi zehirlenerek öldürüldü. Kamera görüntüleri incelendiğinde, daha önce de hayvan besleyenlere tepki gösteren site sakini Dr. Z'ın, saat 03:00-04:00 arasında hayvanların olduğu bölgeye bidonla gittiği ve 1 saat sonra hayvanların zehirlendiği görüldü.

Bu olaya ilişkin; Gölbaşı 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2019/206 Esas sayılı dosyası ile; mala zarar verme suçu (TCK 151/2) kapsamında, Sanık Doktor hakkında dava açılmış ve 09.09.2019 tarihli duruşmada, sanık hakkında ölen her bir hayvan için takdiren ve teşdiden 1'er yıl hapis cezası verilmiştir.

Hatta karar duruşmasında; Sanığın hayatında sadece balkonunda yuva yapan 2 güvercini havalı tüfekle vurduğu yönündeki itirafına ilişkin olarak da takdir ve değerlendirme yetkisi Cumhuriyet Başsavcılığına ait olmak üzere, TCK 170/1-c kapsamında suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.

§ VI. HUKUKİ SÜREÇTE HAYVAN HAKLARINA GENEL BAKIŞ

Çok net görünen bir şey var ki; o da yıllar içinde hayvan hakları mücadelesinde yol aldığımız.

2010 yılında ilk kez, "Hayvan haklarının konu olduğu bir davada müdahil olma talebimiz, reddi halinde gözlemci olarak katılacağımız" hususu tutanaklara geçirilmişti.

Yıl 2014 olduğunda; Eskişehir İletki Kedi davasının 16.07.2014 tarihli ilk duruşmasında, "müdahale talebimiz" ilk kez kabul edildi.

Şu aşamada, hayvan hak ihlali olan dosyalarda, İstanbul Barosu Hayvan Hakları Merkezi olarak müdahil sıfatıyla yer alıyoruz.

Yıl 2017 olduğunda; mala zarar dosyalarında, tutuklama kararı alabilmeye başladık.

Yıl 2018 olduğunda, tutukluluğun, yargılama boyunca devam etmesine karar verildiği dosyalarımız oldu.

Evet, hala hayvan hakları açısından arzu ettiğimiz noktada değiliz, ancak vizyon sahibi vicdanlı, adalet duygusu gelişmiş, her canlının yaşam hakkına saygı duyan değerli hakim ve savcılarımızın desteği ile, emin adımlarla yürüyoruz. Ve yine ne mutlu ki o dilsiz canlar adına konuşan ve onların haklarını savunan AVUKATLARI var.

Bizler, hem onların haklarını hem kendi haklarımızı bilmek, öğrenmek zorundayız. Asla vazgeçmeyeceğiz.

Unutmamalıyız ki; bir insan hayvandan korkuyorsa;

Ya çocukluk döneminde başına bir şey gelmiş olabilir,

Ya hayvan ile korkutulmuş olabilir,

Ya da başkalarından kötü tecrübeler duymuş ve içselleştirmiş olabilir.

Ama, özünde hepsinin tek bir ortak noktası olup, o da, bu insanların, hayvanla hiç bir temasının olmadığıdır.

Oysa onlar, sadece "karşılıksız sevgi" verirler; Sevgi ve sadakat, onlarla beden bulur. Hatta bir anne olarak söyleyebilirim ki; bir anneler bir de hayvanlar; karşılık beklemeden, çok ama çok severler.

Yeter ki, bizler de, Sevebilelim ...

Sevmeyi bilelim ...

KAYNAKÇA:

(1) Prof. Dr. İsmet Sungurbey, "Hayvan Hakları", İst. 1993, s 100

(2) Prof. Dr. İsmet Sungurbey, "Hayvan Hakları", İst. 1993, s 101

(3) Prof. Dr. İsmet Sungurbey, "Hayvan Hakları", İst. 1993, s.99

(4) APA. 1980/ 1987 /1994. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. 3rd edn. Washington

(5) (6) (7) (8) Bestiality And Zoophilia Associations With Violence And Sex Offending – Developmental Experiences Of Child Sexual Abusers And Rapists.

(9) (10) Dr. Andrea M. Beetz Bestiality and Zoophilia: Associations With Violence And Sex Offending - .Department of Veterinary Medicine, University of Cambridge, UK

(11) http://www.peta.org/blog/top-ten-reasons-go-ringling-circus/#ixzz2yUCislKJ

(12) İsmail Çolak – Târihçi-Yazar Osmanlıda Hayvan Sevgisi ve Hayvan Hakları

(13) T.C. Sağlık Bakanlığı Görüşü

(14) Vivisection Information Network – Animal Testing And Science – The Facts

(15) (16) (17) (18) (19) Last Chance For Animals –

Fur Trade Facts www.peta.org/issues/animals-used-for-clothing/fur/

(20) Fighting The International Fur Trade – How Many Animals Have To Die For A Fur Coat

(21) https://www.humanesociety.org/resources/dogfighting-fact-sheet

(22) Prof. Dr. Tamer Dodurka – İstanbul Üniversitesi İç Hastalıkları ve Psikoloji Uzmanı

(23) Veteriner Hekim İsmet Çolakel – Mobil Kısırlaştırmaya Karşı Açtıkları Dava Dilekçesinden

FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNDE KİRALAYANIN AYIPTAN SORUMLULUĞU

Ece Ayça EKER[1]

GİRİŞ

Finansal kiralama sözleşmelerinde kiralayanın ayıptan sorumluluğu, sözleşme kapsamında kiralayanın borçlarından biridir. Finansal kiralama kurumu aynı zamanda üçlü, sui generis bir yapıya sahiptir. Uygulamada genellikle kiracı malı seçme, satıcı/sağlayıcıdan temin etme gibi işlemlerin hepsini yapmaktadır. Kiralayan ise sadece kiralananın bedelini ödeyerek mülkiyetini kazanmaktadır. Ancak finansal kiralama ilişkisinde iki sözleşme vardır ve satıcı/sağlayıcı ile yapılan sözleşmede diğer taraf kiralayandır. Kiracı sözleşmeye taraf olmadığından satıcıya karşı ayıp hükümlerine başvuramayacaktır.[2]

Kiralanana ilişkin tüm işlemleri yapmış olan kiracının satıcı/sağlayıcıdan sağlanan malda ayıp söz konusu ayıptan doğan hakları kullanması önem arz etmektedir. Ayrıca kiralananın ayıplı olması hem kiracı hem de kiralayan açısından olumsuz sonuçlar doğurabilir. Kiracı açısından, finansal kiralamadan beklediği karı elde edememesi veya zarar etmesi gündeme gelebilir. Bunun doğal bir sonucu olarak kiralayanın da kira bedellerini tahsil etmesinin zorlaşması veya imkânsız hale gelmesi de söz konusu olabilir. Nitekim kiralananın mülkiyeti kiralayana ait olduğundan, maldaki değer kaybı aynı zamanda kiralayanın zarara uğramasıdır.[3]

Sui generis yapıya sahip finansal kiralama ilişkisinde kiralananın ayıplı olması ile ortaya çıkabilecek sorunları kanuni düzenlemeler ve kanunda düzenlenmeyen hallerde uygulamanın ne şekilde olduğunu irdelemek amacıyla çalışma konumuz belirlenmiştir. Çalışmamızın konusu finansal

---

1 Avukat, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

2 **ARSLAN POLAT,** Aynur, Bir Özel Hukuk Sözleşmesi Olarak Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2009, s. 49.

3 **KÖTELİ,** M. Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı Yayınları, İstanbul, 1991, s. 171; **KOCAAĞA,** Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999, s. 115; **TUNÇSİPER,** Yasemen, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 41.

kiralama sözleşmelerinde kiralayanın ayıptan sorumluluğu olup TBK[4]'de yer alan ayıp hükümleri konu ile ilgili yerlerde, konu kapsamıyla sınırlı olarak, detaya inmeden yer alacaktır.

Çalışmamızda kiraya vereni ifade etmek üzere kiralayan terimi tercih edilmiştir. Kiralayan/kiraya veren finansal kiralama şirketidir. Kiralayan kavramı kiracı ile de karıştırılabilecek, kafa karıştırıcı nitelikte bir terimdir. TBK'de kiraya veren terimi kullanılmaktadır. Ancak FFFK[5]'de kiralayan terimi kullanılmaktadır. Kiraya veren için kiralayan teriminin kullanılmasını eleştirmekle beraber, çalışma konumuz finansal kiralama sözleşmelerinde ayıba ilişkin olduğundan kanun lafzına paralel olması açısından FFFK'de kabul edilen kiralayan terimi kullanılacaktır.

Çalışmamızda finansal kiralama sözleşmelerinde kiralayanın ayıptan sorumluluğu üç ana başlık altında incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak genel olarak ayıptan sorumluluk kavramı ve finansal kiralama sözleşmelerinde ayıptan sorumluluk kavramı açıklanacaktır. Ardından finansal kiralama sözleşmelerinde kiralayanın ayıptan sorumluluğunun şartları belirlenecektir. Bu şartlar; kiralananın, kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden veya bizzat kiracıdan sağlanmamış olması, geçerli bir finansal kiralama sözleşmesi olması, sözleşmede kiralayanın sorumlu olmayacağının kararlaştırılmamış olması, kiralananın ayıplı olması ve sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli olmaması, kiracının kiralananı gözden geçirmiş ve ayıp bildirimini zamanında yapmış olması ve ayıbın kiracıdan kaynaklanan bir sebebe dayanmamasıdır.

Yapılan açıklamalar ışığında kiralayanın ayıptan sorumluluğunun sonuçları ortaya konacaktır. Bu kapsamda sırasıyla ayıbın giderilmesi, bedelin indirilmesi, malın değiştirilmesi ve sözleşmeden dönme kurumları incelenecektir. Çalışmamız kiralayanın ayıptan sorumluluğuna ilişkin olarak varılan sonuçların değerlendirildiği sonuç bölümüyle sona ermektedir.

I. FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNDE AYIPTAN SORUMLULUK KAVRAMI

A. Genel Olarak

Sözleşmeye konu malda satıcının bildirdiği özelliklerin olmaması, malın değerini azaltan veya maldan beklenen yararı azaltan veya ortadan

4 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu; R.G., 04.02.2011/27836 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 26.09.2018).

5 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu; R.G., 13.12.2012/28496 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 26.09.2018).

kaldıran eksikliklerin bulunması hali hukuki dilde ayıp olarak nitelendirilmektedir.[6]

Kira sözleşmeleri için TBK[7]'de kiraya verenin borçlarına ilişkin teslim borcu başlıklı m. 301 uyarınca; kiralayan kiralananı kullanıma elverişli teslim etmek ve sözleşme süresince kullanıma elverişli halde bulundurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırılık halinde kiralayan aleyhine ayıp hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar, kiralayanın ayıptan sorumluluğunun borcun gereği gibi ifa edilmemesinin özel bir görünümü olduğunu belirtmektedir.[8] Kanaatimizce de kira sözleşmelerinde ayıp kavramının açıkça kanunda tanımlanmaması ve ayıp hükümlerinin kanunda düzenleme yeri de gözetildiğinde, kiralayanın ayıptan sorumluluğunun özel bir çeşit kötü ifa olduğu söylenebilir.

Ayıp türleri kanun ve doktrinde maddi, manevi, hukuki, ekonomik; teslim anında var olan, sonradan ortaya çıkan; önemli, önemli olmayan; açık, gizli ayıp gibi pek çok ayrıma tabi tutulmuştur.[9] Bu ayrımlar kapsamında kiracının ayıp durumunda başvurabileceği hükümler değişmektedir.[10]

B. Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Ayıptan Sorumluluk Kavramı

Finansal kiralama sözleşmesine konu mal, kiralayanın mülkiyetinde olmasına rağmen hâkimiyet alanına girmediği gerekçesiyle doktrinde ve Yargıtay kararlarında finansal kiralama sözleşmelerinde ayıptan sorum-

6 **AKINTÜRK,** Turgut/**ATEŞ,** Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 27. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2018, s. 243.

7 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu; R.G., 04.02.2011/27836 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 26.09.2018).

8 **TOPUZ,** Murat, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yargıtay Kararları ile Birlikte Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 367; ÇABRİ, Sezer, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 46; ÇETİNER, Bilgehan, "6361 Sayılı Kanun ile Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Getirilen Yeni Düzenlemeler", TAAD, Y. 4, S. 13, s. 77.

9 ÇABRİ, s. 93; **EREN,** Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 329; **TOPUZ,** s. 377; **ZEVKLİLER,** Aydın/ **GÖKYAYLA,** Emre**,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 257; **KIRMIZITAŞ,** Türkan, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 77; **YAVUZ,** Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1989, s. 81; **YAVUZ,** Cevdet/ **ACAR,** Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013, s. 67.

10 **KIRMIZITAŞ,** s. 78; konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kiralayanın Ayıptan Sorumluluğunun Sonuçları başlığı altındaki açıklamalar.

luluk kiracıya yükletilmekteydi.[11] Fakat bu durum kiralayan ve kiracı açısından pek çok sorunu da beraberinde getirmekteydi. Zira finansal kiralama sözleşmelerinde iki taraflı bir sözleşme ilişkisinden daha karmaşık, kiralayan, kiracı ve satıcı/sağlayıcının bulunduğu üçlü sui generis bir yapı gündeme gelmektedir.[12]

Finansal kiralamaya konu mal, üçüncü bir kişiden alındığında kiracı ile satıcı/sağlayıcı arasında bir sözleşme bulunmadığından malın ayıplı olması ve ayıptan da kiracının sorumlu olması halinde kiracı sözleşmeye konu malı kullanamayacağından sözleşmeye olan menfaatini de sağlayamayacaktır.[13] Doktrinde kiracının zor durumda kalmasını ve finansal kiralama şirketinin de zarara uğramasını önlemek adına kiralayanın satıcıya karşı doğacak haklarını kiracıya devretmesi veya temsil yetkisi vermesi gerektiği kabul edilmiştir.[14]

Kanaatimizce, ihtiyaç duyduğu malı finansal kiralama yöntemiyle sağlayan kiracının sözleşmeye konu mal ayıplı olduğu takdirde maldan faydalanması imkânsız hale gelebileceğinden veya elde edebileceği kar miktarı düşeceğinden; kiracının kira bedellerini ödemede güçlüğe girmesi finansal kiralama şirketini de zarara uğratabileceğinden bir şekilde kiracının ayıp hükümlerinden faydalanma imkânı getirilmesinin kabulü yerinde olmuştur.

Kiralayanın ayıptan kaynaklanan sorumluluğu kanundan kaynaklanmakta olup kusura dayalı değildir.[15] FFFK'de kiralayanın ayıptan sorumluluğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Finansal kiralama sözleşmesinin tanımının yapıldığı FFFK m. 18 gereği, kiralayanın sözleşmeye konu malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya bırakması gerekmektedir. Kiracının kiralanandan her türlü faydayı sağlayabilmesi gereğinin bir sonucu olarak ayıp hükümleri dolaylı şekilde devreye girmektedir.[16]

---

11 **KUNTALP,** Erden, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1988; s. 80; **TOPUZ,** s. 367; **YAVUZ,** s. 22.

12 **AKINTÜRK/ATEŞ,** s. 296.

13 **KÖTELİ,** s. 171; **KOCAAĞA,** s. 115; **ARSLAN POLAT,** s. 49; **TUNÇSİPER,** s. 41.

14 **ALTOP,** Atilla, "Kiralayanın Borçları ve Özellikle Finansal Kiralama Konusu Malı Teslim Borcu", Finansal Kiralama Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2004, s. 44; ÇETİNER, s. 78; **KOCAAĞA,** s. 116.; **TOPUZ,** s. 368; **TUNÇSİPER,** s. 42; ÖZYAY, Yusuf, "Finansal Kiralama Sözleşmesi (Özellikle Hükümleri ve Sona Ermesi)", İstanbul Barosu Dergisi, 2009, C. 83, S. 1, s. 110.

15 **GÜMÜŞ,** Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 113; **TOPUZ,** s. 368; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 226.

16 **KIRMIZITAŞ,** s. 74.

Kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğundan kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi de söz konusu olabilecektir.[17] FFFK m. 24/5 uyarınca malın sözleşme süresi içinde hasar ve ziyaının sorumluluğu kiracıya aittir. Doktrinde bazı yazarlara göre, anılan hüküm sözleşme süresinde malın hasara uğraması, telef olması veya zarara uğraması durumlarını kapsamakta olup gizli ayıpları kapsamamaktadır.[18] Bu sebeple gizli ayıplardan kiralayanın sorumlu olduğu savunulmaktadır. Kanaatimizce de gizli ayıplar kullanımla ortaya çıktığından kiracının gizli ayıbı bilmesi beklenemeyecek olup, sonuçlarına katlanması da beklenmemeli ve kiralayan gizli ayıplardan sorumlu olmalıdır.

Tarafların hak ve borçlarına ilişkin FFFK m. 24/6 ile FFK[19]'de olmayan bir düzenleme ile kiralayanın hangi hallerde ayıptan sorumlu olmadığı düzenlenmiştir. FFFK'de ayıptan sorumluluğa ilişkin açık ve detaylı düzenlemeler bulunmadığından FFFK'de hüküm bulunmayan hallerde FFFK m. 2/6 gereği genel kanun niteliğindeki TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Ancak uygulanmayacak hükümler başlıklı FFFK m. 34'de; *"(1) Sözleşme hakkında 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 764, 765, 766 ncı maddeleri ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısım Birinci Bölüm Dördüncü Ayırımında yer alan "Kısmi Ödemeli Satışlar"a ilişkin hükümleri ile İkinci Kısım Dördüncü Bölüm İkinci Ayırımında yer alan "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları"na ilişkin hükümleri uygulanmaz."* şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu sebeplerle kiralayanın ayıptan sorumluluğu söz konusu olduğunda FFFK m. 24 ve TBK'deki ayıba ilişkin düzenlemeler uygulanacak, TBK'de düzenlenen konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

II. FİNANSAL KİRALAMA SÖZLEŞMELERİNDE KİRALAYANIN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Finansal kiralama sözleşmelerinde kiralayanın ayıptan sorumlu olması için altı şartın birlikte varlığı gerekmektedir. Bu şartlar; kiralananın kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden veya bizzat kiracıdan sağlanmamış olması, geçerli bir finansal kiralama sözleşmesi olması, sözleşmede kiralayanın sorumlu olmayacağının kararlaştırılmamış olması, kiralananın ayıplı olması ve sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli olmaması, kiracının kiralananı gözden geçirmiş ve ayıp bildirimini zama-

17 **AKINTÜRK/ATEŞ,** s. 267.

18 **TOPUZ,** s. 368.

19 Mülga 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu; R.G., 28.06.1985/18795 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 26.09.2018).

nında yapmış olması, ayıbın kiracıdan kaynaklanan bir sebebe dayanmamasıdır.

A. Kiralananın, Kiracının Seçimi ve Talebi Üzerine Üçüncü Kişiden veya Bizzat Kiracıdan Sağlanmamış Olması

Kiralananın, kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden veya bizzat kiracıdan sağlanmamış olması şartı, tarafların hak ve borçlarına ilişkin FFFK m. 24/6'da aynen; *"Kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm, malın bizzat kiracıdan sağlanması halinde de uygulanır."* şeklinde belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla, kanunda yer alan açık hüküm gereği malın kiracının seçimiyle satıcı/sağlayıcıdan sağlandığı ve sat ve geri kirala (malın bizzat kiracıdan sağlanması) yöntemi ile finansal kiralama yapıldığı durumlarda kiralayan sözleşmeye konu maldaki ayıplardan sorumlu değildir.

Ancak bu durumda da kiralayan, satıcı ile arasındaki sözleşmeden doğan ayıba ilişkin haklarını kiracıya devrederek ayıp halinde hem kendisinin hem de kiracının mağdur olmasını engelleyebilir.[20]

Kiralayan, sözleşme öncesinde mülkiyetinde bulunan bir malı kiraladığı durumlarda kiralananın ayıplarından sorumludur.

Doktrinde bazı yazarlara göre, kiralayan kiracının seçimi üzerine finansal kiralamaya konu malı temin ettiği veya bizzat kiracıdan sağladığı durumlarda da sorumluluğu üstlendiği takdirde, ayıp hükümleri uygun düştüğü ölçüde kiralayan için uygulama alanı bulacaktır.[21] Kanaatimizce de sözleşme serbestisi ilkesi gereği kiralayan ayıptan doğan sorumluluğu üstlenme iradesi gösterdiğinde, kiralayanın iradesine öncelik tanınmak suretiyle ayıp hükümleri kıyasen uygulanmalıdır.

B. Geçerli Bir Finansal Kiralama Sözleşmesi Olması

Kiralayanın, ayıp kaynaklı sorumluluğuna gidilebilmesi için taraflar arasında geçerli bir finansal kiralama sözleşmesi olması şarttır[22]. Herhangi bir sebeple finansal kiralama sözleşmesi hükümsüz olduğu durumlarda ise kiralayanın ayıptan kaynaklanan sorumluluğu olmayacaktır.[23]

20 TOPUZ, s. 375; KOCAAĞA, s. 115; TUNÇSİPER, s. 42.

21 TOPUZ, s. 375.

22 KIRMIZITAŞ, s. 78.

23 TOPUZ, s. 376.

C. Sözleşmede Kiralayanın Sorumlu Olmayacağının Kararlaştırılmamış Olması

Kiralayanın ayıptan sorumlu olması için diğer şart; taraflar arasında akdedilen finansal kiralama sözleşmesinde kiralayanın ayıp halinde sorumlu olmayacağının kararlaştırılmamış olmasıdır.[24] Diğer deyişle taraflar sorumsuzluk anlaşması yapmamış olmalılardır.

Sorumsuzluk anlaşmasının yapılabilmesi bakımından ilk olarak ayıp hükümlerinin emredici olup olmadığının saptanması gerekmektedir. FFFK m. 24/6 emredici olmadığı için kiralayan konumundaki finansal kiralama şirketinin kiralama öncesi mala malik olduğu durumlarda da sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir.[25]

TBK'de yer alan ayıp düzenlemelerinde kira sözleşmeleri ve konut ve çatılı işyeri kiraları arasında ikili bir ayrım yapılmıştır. Kiralayanın temel borcu niteliğindeki teslim borcuna ilişkin TBK m. 301'de *"Kiraya veren, kiralananı kararlaştırılan tarihte, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmakla yükümlüdür. Bu hüküm, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemez; diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamaz."* düzenlemesi bulunmaktadır. Buna göre, kira sözleşmelerinde kiralayanın kiralananı sözleşme amacına uygun teslim etme ve sözleşme süresince bu şekilde bulundurma borcu emredici nitelikte olmadığından taraflar hukuka uygun bir şekilde sorumsuzluk anlaşması yapabilirler.[26]

Finansal kiralama sözleşmelerinde malı seçme, özelliklerini belirleme hatta satıcıyı belirleme işlemlerini genellikle kiracı yapmaktadır. Kiralayan ise genelde sadece kiralananın bedelini ödemekte ve çoğu zaman malın zilyetliğini dahi elde etmemektedir. Bu durumlarda kiralayanın ayıptan doğan sorumluluğu olmayacağı görüşüne[27] katılıyoruz. Yargıtay'ın uygulaması da kiralayanın zilyet dahi olmadığı durumlarda ayıplardan satıcının tek başına sorumlu olduğu yönündedir.[28] Kanaatimizce kirala-

24 ÇABRİ, s. 135; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 261; **KIRMIZITAŞ,** s. 78.

25 **TOPUZ,** s. 373.

26 ÇABRİ, s. 68; **REİSOĞLU,** Seza, "Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları", Bankacılar Dergisi, 2004, S. 48, s. 59; **TOPUZ,** s. 379.

27 **REİSOĞLU,** s. 59; **ARSLAN POLAT,** s. 50; **KUNTALP,** s. 80**; BİNGÖL,** Berna, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Kiralayanın (Finansal Kiralama Şirketinin) Borçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007, s. 100; **TUNÇSİPER,** s. 41.

28 Yarg. 19. HD., 28.02.2018 T., 2017/3321 E., 2018/1037 K.: "...Mahkemece yapılan yargılama sonucunda; finansal kiralama şirketinin makinayı davacıya kiralayan konumda olup , malın imalatından kaynaklanan ayıplardan yasa ve sözleşme hükümleri gereğince

nan kiralayanın hâkimiyet sahasına girmese de satış sözleşmesinden doğan hakları kullanma yetkisi kiralayanda olduğundan kiracının mağdur olmaması için bu hakları kiracıya devretmelidir.

Kira sözleşmelerinde genel işlem koşullarıyla ayıptan sorumluluk kaldırılamaz veya sınırlandırılamaz. Sözleşme genel işlem koşulu niteliği taşıyan hükümler barındırdığı takdirde bu hükümler geçersiz olacaktır.[29] Kira sözleşmelerinin aksine konut ve çatılı işyeri kiralarında kiralayanın bu borcu emredici niteliktedir. Fakat FFFK m. 34 uyarınca TBK'de düzenlenen konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.[30]

Kanunun lafzından genel işlem koşulları olmadığı takdirde ayıptan sorumluluğun kaldırılabileceği anlaşılmaktadır. FFFK m. 24/6 ve TBK m. 301 birlikte değerlendirildiğinde; sözleşme öncesinde malik olan finansal kiralama şirketinin ayıptan sorumluluğu genel işlem koşulları ile kaldırılamayacak veya sınırlandırılamayacaktır.[31]

TBK m. 301'de bu konuda düzenleme olmasaydı da TBK m. 20 vd. da düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerle de ile aynı sonuca ulaşılabilecektir.[32] Uygulamada genellikle düzenleme şeklinde finansal kiralama sözleşmelerinde kiracıya ayıp konusunda inceleme yükümlülüğü, ayıp ile ilgili hakların kullanılma yetkisi ve kiralayanın sorumsuzluğu maddeleri ayrıntılı şekilde kaleme alındığı görülmektedir.[33] Finansal ki-

sorumlu olmadığı, satılan makinanın ayıplı olması nedeniyle davacının kar kaybı zararından, makinayı satan davalı O.M.M.P.S.A.S. (OMMP Stampi Materie Plastiche)'nın sorumlu olduğu gerekçesiyle…..usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA.."(www.corpus.com.tr/ erişim tarihi: 18.11.2018).

29 **GÜMÜŞ,** s. 320; **TOPUZ,** s. 379; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 206.

30 Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Ayıptan Sorumluluk Kavramı başlığı altındaki açıklamalar.

31 **TOPUZ,** s. 374.

32 **TOPUZ,** s. 374.

33 Düzenleme Şeklinde Finansal Kiralama Sözleşmesi Örneği: "…MADDE 11. Kiralayan, kendisinin temsilcisi sıfatıyla Kiralananın, doğrudan Kiracı tarafından Satıcıdan teslim alınmasını uygun bulduğu takdirde, bir örneği işbu Sözleşme Ek-3 (Kiralananın Kiralayan Adına Satıcıdan Teslim Alınması için Yetki Belgesi)'de yer alan belgeyi işbu Sözleşmenin yürürlüğe girmesini müteakip imzalayarak Kiracı'ya verecektir.

MADDE 12. Kiralayan'ın yukarıda Madde 11'de belirtilen belgeyi imzalayarak Kiracı'ya vermesi halinde, Kiracı, Kiralananı Kiralayan'ın temsilcisi sıfatıyla Kiralayan adına Satıcıdan teslim alacağını, derhal her yönüyle ve eksiksiz bir biçimde inceleyeceğini, uzmanlara inceleteceğini, Kiralayan gerekli gördüğü takdirde uluslararası itibara sahip bir kuruluşa veya Kiralayan'ın uygun gördüğü bir kuruluşa inceleteceğini, Kiralananda kısmen veya tamamen bir bozukluk, hata, arıza, hasar, veya benzeri haller bulunması veya Kiralanan üzerinde üçüncü kişilerin hak iddia etmeleri halinde süreleri içinde gerekli ihbar ve ihtarları yapacağını; her türlü kanuni ve hukuki önlemleri alacağını, girişimlerde bulunacağını, her hususla ilgili Kiralayan'ı derhal haberdar edeceğini, bu hususlara uymamaktan ve Kiralananı kabul, kısmen kabul, şartlı kabul, reddetmekten veya haksız

ralama sözleşmelerine bu tip maddeler konulduğu takdirde somut olayın özelliklerine göre maddelerin genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığı, bu bağlamda geçerli olup olmadıkları gündeme gelecektir.

Satış sözleşmesinde sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK m. 221; "(1) Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." **hükmü ile sorumsuzluk anlaşması yapma konusunda sınırlama getirilmiştir. Doktrinde satış sözleşmesi hükümlerinin kira** sözleşmelerine kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır.[34] Kanaatimizce de finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan kiralanan**ın ayıplı olmasında ağır kusurlu ise sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzdür.**

D. Kiralananın Ayıplı Olması ve Sözleşmede Amaçlanan Kullanıma Elverişli Olmaması

Kiralayanın ayıptan dolayı sorumluluğunun şartlarından biri de kiralananın ayıplı olması ve bu ayıp nedeniyle sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli olmamasıdır.[35] Sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişlilik sözleşmenin amacından yola çıkarak veya sözleşmedeki özel hükümler nazara alınarak belirlenebilir.[36]

E. Kiracının Kiralananı Gözden Geçirmiş ve Ayıp Bildirimini Zamanında Yapmış Olması

Kiracının ayıptan sorumluluk hükümlerinden faydalanabilmesi için kiralananı gözden geçirmiş ve ayıp bildirimini zamanında yapmış olması

---

reddetmekten doğan bütün sorumluluğun kendisine ait olduğunu, bu ve benzeri sebeplerle Kiralayan'dan hiç bir talepte bulunmayacağını ve Kiralayan'ın bu sebeple uğrayacağı zararı derhal tazmin edeceğini kabul ve taahhüt eder.

MADDE 13.İşbu Sözleşme Madde 12'de belirtilen kontrol ve incelemeleri yapılırken, Kiralananda kusur, bozukluk, eksiklik, Satıcının taahhüt ettiği şartlara aykırılık veya benzeri durumların varlığı tespit edildiği takdirde, gerekli bütün ihbarlar süresi içinde Kiralayan'ın temsilcisi sıfatıyla Kiracı tarafından yapılacaktır. Gerekli ihbarların süresi içinde yapılmamasından veya Satıcıya karşı dava açılması için süresi içinde Kiralayan'a başvurulmamasından tamamen Kiracı sorumludur…

B-SATICI'NIN KUSURU NEDENİYLE KİRALAYAN'IN SORUMLU TUTULAMAMASI

MADDE 15. İşbu Sözleşmenin konusunu oluşturan mal/mallar, Kiracı tarafından seçilip beğenildiğinden, esasen Satıcının da Kiracı tarafından bulunmuş olması, malın alımı, temini, teslimi, montajı, işletilmesi, spesifikasyonları ile ilgili tüm anlaşmaların, şartların, Satıcı ve yetkili servisi ile Kiracı arasında kararlaştırılıp gerçekleştirildiğinden, mal tesliminden önce yine kendisi tarafından incelendiği ve incelettirildiğinden, malla ilgili her türlü ayıptan Kiralayan'ın bir sorumluluğunun bulunmadığını Kiracı peşinen kabul ve ikrar etmektedir.

34 **GÜMÜŞ,** s. 93; **KIRMIZITAŞ,** s. 79; **TOPUZ,** s. 379; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 273.

35 **ALTOP,** s. 44; ÇABRİ, s. 125; **TOPUZ,** s. 376; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 259; **KIRMIZITAŞ,** s. 76.

36 **TOPUZ,** s. 376; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 219.

bir borç değil, külfettir. Zira borç, sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olunan edimdir. Külfet ise kanundan doğan bir hakkı kullanabilmek için yüklenen bir külfettir. Kiracı muayene ve ihbar külfetini yerine getirmediği takdirde seçimlik hakları kullanamayacaktır.

Kiralayanın ayıptan dolayı sorumluluğu için kiracının kiralananı gözden geçirmiş ve ayıp bildirimini zamanında yapmış olması konusunda FFFK'de açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, kiracının ayıbı bildirim yükümlülüğü olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde baskın görüş ve kiracının ayıbı öğrenmesine karşın kiralayana bildirmemesinin satış sözleşmesinde olduğu gibi ayıp haklarından feragat olduğunu savunmaktadır.[37] Yüksek Mahkeme uygulaması da bu yöndedir.[38] Ayrıca kiracı zamanında bildirim yapmadığı takdirde, satış sözleşmesinden farklı olarak, kiralananın tamir edilmemesinden doğan zararı da tazmin etmesi gerektiği belirtilmektedir.[39] Doktrinde azınlık görüş ise, kira sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğundan bahisle kiralayanın temel borcu olan sözleşme süresince kiralananı sözleşmedeki amacına uygun durumda bulundurma borcu kapsamında ayıp devam ettiği sürece bildirim yapılabileceğini savunmaktadır.[40]

TBK m. 318[41]'de düzenlenen kiracının bildirim borcu da göz önüne alındığında kiracının kiralanandaki ayıpları zamanında kiralayana bildirmemesinin ayıp haklarından feragat olarak nitelendirilebileceği görüşündeyiz.

Finansal kiralama sözleşmesine konu maldaki ayıp konusunda satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir.[42] Bu sebeple kiralayan gizli ayıplardan sorumlu olup, açık ayıplardan sorumlu değildir.[43] Ancak gizli ayıptan doğan hakların kullanılması da bildirim yükümlülüğü çerçevesinde derhal kiralayana bildirilmesi halinde mümkündür. Tarafların finansal kiralama sözleşmesinde

37 **TOPUZ,** s. 380; **KIRMIZITAŞ,** s. 80; **TUNÇSİPER,** s. 43; ÖZYAY, s. 112; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN,** s. 225.

38 Yarg. HGK, 30.03.1979 T., 1977/13962 E., 1979/349 K. (www.corpus.com.tr/ erişim tarihi: 15.11.2018).

39 **ALTOP,** Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Adalet Matbaası, Ankara, 1990(Leasing), s. 157; **KOCAAĞA,** s. 116; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 260; **KIRMIZITAŞ,** s. 80.

40 **TOPUZ,** s. 381.

41 *TBK m. 318: Ayıpları Kiraya Verene Bildirme Borcu*

"(1) Kiracı, kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bundan doğan zarardan sorumludur."

42 **TOPUZ,** s. 380.

43 **TOPUZ,** s. 380; **KIRMIZITAŞ,** s. 80.

kiracı için gözden geçirme yükümlülüğü getirmesine de engel bulunmamaktadır.

F. Ayıbın Kiracıdan Kaynaklanan Bir Sebebe Dayanmaması

Kiralayanın ayıptan sorumluluğu için son şart ayıbın kiracıdan kaynaklanan bir sebebe dayanmamasıdır. Kiracı veya yardımcılarından kaynaklanan bir sebeple ayıp meydana geldiği takdirde kiralayan sorumlu olmayacaktır.[44]

Her ne kadar TBK'de kiracının kusurlu olmaması ile ilgili açık hüküm bulunmamakta ise de doktrinde kabul edilen işin niteliği gereği, FFFK m. 24/2[45] ve TBK m. 316/1[46] gereği kiralananın ayıplı hale gelmesinde kiracının kusurunun bulunmaması gerektiği görüşüne katılıyoruz.[47]

Kiralayanın ayıptan sorumluluğu için kiracının kusurunun olmaması şartı, kiralananın teslimden sonra ayıplı hale gelmesinde gündeme gelmektedir.[48] Zira kiralananın tesliminden önce kiracı sözleşmeye konu mala zilyet olmadığından ayıplardan sorumluluğu da bulunmamaktadır.

III. KİRALAYANIN AYIPTAN SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

Kiralanan ayıplı olduğu takdirde kiralayan ve kiracı arasındaki ilişkide TBK m. 305-308 ve FFFK m. 24/6[49]; kiralayan ve finansal kiralamaya

---

44 ÇABRİ, s. 153; EREN, s. 331; KIRMIZITAŞ, s. 80.

45 *FFFK m. 24: Tarafların Hak ve Borçları*

"(1) Kiracı, sözleşme süresince finansal kiralama konusu malın zilyedi olup, sözleşmenin amacına uygun olarak her türlü faydayı elde etme hakkına sahiptir. (2) Kiracı, finansal kiralama konusu malı sözleşmede öngörülen şart ve hükümlere göre itinayla kullanmak zorundadır. (3) Sözleşmede aksine hüküm yok ise kiracı, malın her türlü bakımından ve korunmasından sorumlu olup, bakım ve onarım masrafları kiracıya aittir. (4) Kiralama konusu malın sigorta ettirilmesi zorunludur. Malın kimin tarafından sigorta ettirileceği sözleşmede gösterilir. Sigorta primleri kiracı tarafından ödenir. (5) Malın sözleşme süresi içinde hasar ve ziyaı sorumluluğu kiracıya aittir. Bu sorumluluk ödenen sigorta miktarının karşılanmayan kısmı ile sınırlıdır ve aşan kısım kiracı tarafından karşılanmak zorundadır. (6) Kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm, malın bizzat kiracıdan sağlanması halinde de uygulanır."

46 *TBK m. 316:* Özenle Kullanma *ve Komşulara Saygı Gösterme Borcu*

"(1) Kiracı, kiralananı, sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak ve kiralananın bulunduğu taşınmazda oturan kişiler ile komşulara gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür. (2)Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda kiraya veren, konut ve çatılı işyeri kirasında, en az otuz gün süre vererek, aykırılığın giderilmesi, aksi takdirde sözleşmeyi feshedeceği konusunda yazılı bir ihtarda bulunur. Diğer kira ilişkilerinde ise, kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda bulunmaksızın, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir. (3)Konut ve çatılı işyeri kirasında, kiracının kiralanana kasten ağır bir zarar vermesi, kiracıya verilecek sürenin yararsız olacağının anlaşılması veya kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranışının kiraya veren veya aynı taşınmazda oturan kişiler ile komşular bakımından çekilmez olması durumlarında kiraya veren, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir."

47 TOPUZ, s. 382; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 226.

48 **TOPUZ,** s. 382.

49 Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kiralananın, Kiracının Seçimi ve Talebi Üze-

konu malın sağlandığı satıcı arasında ise TBK m. 227 uygulama alanı bulacaktır. Kiralayanın ayıptan sorumluluğunun sonuçları konusunda satıcıya bildirilmesi gereken seçimlik haklar gündeme gelmektedir. Bu haklar; ayıbın giderilmesi, bedelin indirilmesi, malın değiştirilmesi ve sözleşmeden dönmedir.

Uygulamada malın zilyetliği kiracıda olduğundan ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması pek çok soruna sebep olabilmektedir. Kiracının, kiralayanın satış sözleşmesinden doğan hakları kendisine devretmesini isteme hakkı bulunmaktadır.[50] Bu çerçevede kiralayan kiracıya satış sözleşmesinden doğan hakları devretmeli ve kiracı da masrafları kendisine ait olmak üzere ayıp hükümlerine başvurabilmelidir.[51]

Yargıtay da üretim hatası nedeniyle ayıplı olan bir maldan kaynaklanan zararın tazmini için açılan davada, kiralayanın yetkisini devredip devretmediğinin araştırılması gerektiğini vurgulamıştır.[52] Kanaatimizce seçimlik hakları kullanılması hem kiralayan hem de kiracı menfaatine olduğundan kiracıya kiralayan adı ve hesabına vekâleten hareket etmesi için yetki verilmelidir.

A. Ayıbın Giderilmesi

Finansal kiralama sözleşmesine konu mal ayıplı olduğu takdirde kullanılabilecek haklardan biri ayıbın giderilmesi, diğer bir anlatılma düzeltme, tamir ettirmedir.[53] Bu hak bakımından önemli-önemsiz ayıp ayrımı yapılmamaktadır.[54] Kiralanan**ın satıcısına karşı yöneltilecek bu hakkı kiralayan veya** yetki verildiği takdirde kiralayan adı ve hesabına vekâleten kiracı kullanabilir.[55]

Uygulamada bazen ayıp halinde ilk olarak ayıbın giderilmesinin talep edilmesi şartı getirilmektedir. Bu durumda da öncelikle ayıbın giderilmesi için kiralanan satıcıya verilip tamir edildikten sonra geri alınacaktır. Ancak satıcıya başvurulduğu halde, satıcı kiralananı tamir etmediği takdirde ayıptan doğan diğer seçimlik haklar kullanılabilecektir.

---

rine Üçüncü Kişiden veya Bizzat Kiracıdan Sağlanmamış Olması başlığı altındaki açıklamalar.

50 **REİSOĞLU,** s. 59; **KOCAAĞA,** s. 116; **TOPUZ,** s. 368; ÖZYAY, s. 110; konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Ayıptan Sorumluluk Kavramı başlığı altındaki açıklamalar.

51 **EREN,** s. 472; **KOCAAĞA,** s. 116.

52 Yarg. 19. HD., 05.07.2017 T., 2016/19220 E., 2017/5939 K. (www.corpus.com.tr/ erişim tarihi: 17.11.2018).

53 **BİNGÖL,** s. 115; ÖZYAY, s. 111.

54 **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 257.

55 **BİNGÖL,** s. 115.

B. Bedelin İndirilmesi

Kiralananın ayıplı olması halinde kullanılabilecek seçimlik haklardan biri de bedelin indirilmesidir. Ancak bedelde indirim istemenin ön şartı kiracının talebine rağmen kiralananın tamir edilmemiş olması veya kiralanandaki ayıbın malın kullanımını neredeyse imkânsızlaştırması veya önemli ölçüde azaltmasıdır.[56]

Finansal kiralamanın özelliği gereği kiralayan veya yetki verildiği takdirde kiracı bu hakkı kullandığı takdirde indirim yapılan meblağ kiralayana ödenecektir.[57] Satış sözleşmesi kapsamında bedelin indirilmesinin finansal kiralama sözleşmesine etkisi; kiralanan için yeniden kiralama bedeli belirlenmesi şeklinde olacaktır. Bedelde indirim satış sözleşmelerinde de kullanılan nispi metot, diğer deyişle malın ayıplı ve ayıpsız değerinin oranlanması ile ortaya çıkan meblağ üzerinden yapılır.[58]

Satıcının bedelde indirim yapılan meblağı alıcı/kiralayana ödemesinin aksi kararlaştırıldığı takdirde ödeme kiracıya yapılabilir.[59] Her iki durumda da bedelin indirilmesi kiracının ödeme yükünü hafifletecektir. Kiralanandaki ayıp kiralayanın kusuru ile oluştuğu takdirde kiracı bedelin indirilmesi ile beraber varsa kar kaybı gibi müspet zararını da talep edebilir.[60]

C. Malın Değiştirilmesi

Kiralananın değiştirilmesinin talep edilmesi kural olarak cins borçlarında gündeme gelmektedir. Kiralayan veya yetki verildiği takdirde kiracı malı değiştirilmesini talep ettiği takdirde, satıcı kiralananın ayıpsız benzerini kiracıya teslim eder.[61] Finansal kiralama sözleşmesinin yapısının özelliği gereği, kiralayan ayıpsız kiralananın mülkiyetini kazanır ve finansal kiralama sözleşmesi bu mal üzerinden devam eder.[62]

D. Sözleşmeden Dönme

Kiralayanın ayıptan sorumluluğunun sonuçlarında kiracının seçimlik haklarından biri de finansal kiralama sözleşmesinden dönmedir. Kiracının sözleşmeyi feshetmesi için TBK m. 306/2 uyarınca, ayıbın kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması veya önemli ölçüde

56 ÖZYAY, s. 111; **TUNÇSİPER,** s. 45.
57 **BİNGÖL,** s. 115.
58 **TUNÇSİPER,** s. 45.
59 **BİNGÖL,** s. 115.
60 **TUNÇSİPER,** s. 46.
61 **BİNGÖL,** s. 116.
62 **ALTOP,** Leasing, s. 169.

engellemesi gerekmektedir. Kiralananda önemli ayıp olduğu takdirde, kiracı ayıpların giderilmesi için kiralayana süre verebilir ve süre sonunda ayıplar giderilmediği takdirde finansal kiralama sözleşmesini feshedebilir.[63]

Kiralayan ve satıcı arasındaki satış sözleşmesinde de s**özleşmeden dönme gündeme gelebilir**. Kiralayanın kiracıya yetki vermesi sonucu kiracının sözleşmeden dönmesi hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bazı yazarlar bozucu yenilik doğuran nitelikteki bu hakkın devredilemeyeceğini savunmakta, diğer bazı yazarlar ise hakkın devri yerine kiracıya vekâlet verilerek sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğini savunmaktadır.[64] Kanaatimizce mal ayıplı olduğunda hem kiralayan hem de kiracı zarara uğrayabileceğinden kiracıya kiralayan adı ve hesabına hareket etmesi için vekâlet verilerek sözleşmeden dönme hakkının gerektiğinde kullanılması sağlanabilir.

Satış sözleşmesinden dönmenin finansal kiralama sözleşmesine etkisi de doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, satış sözleşmesinden dönülmesi ile finansal kiralama sözleşmesi bakımından işlem temeli çöktüğünden bahisle finansal kiralama sözleşmesinin de geçmişe etkili olarak sona ereceğini savunmaktadır.[65] Doktrinde diğer görüş ise, satış sözleşmesinden dönülmesi halinde finansal kiralama sözleşmesinin ileriye etkili feshedilebileceği ve bu hakkın da sözleşme ile sınırlandırılamayacağı yönündedir.[66]

Doktrinde bu görüşlerin aksine iki sözleşme arasında hukuki değil ekonomik bağ olduğuna vurgu yapan bir başka görüş, TBK m. 136'da düzenlenen ifa imkânsızlığı **hükümlerinin** uygulanması gerektiğini; kiralayan ve kiracının kusuru olmadıkça borçlarından kurtulacaklarını savunmaktadır.[67] Kanaatimizce finansal kiralama sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğundan satış sözleşmesinden dönme olsa da finansal kiralama sözleşmesinin feshi ve ödenen bedellerin iadesi gündeme gelecektir. Uygulamada bu tip sorunlarla karşılaşılabileceği ihtimali gözetilerek kanunda düzenleme yapılmak suretiyle tartışmalara son verilmelidir.

Ayıptan dolayı sözleşmenin sona ermesi halinde talepler açısından kusur ayrımı yapılmaktadır. Kiralanan, kiralayanın kusuru ile ayıplı hale geldiği takdirde kiracı sözleşmeden dönme ile menfi zararının tazminini

63 ÇABRİ, s. 262; **EREN,** s. 332; ÖZYAY, s. 111; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 256.

64 **ALTOP,** Leasing, s. 165.

65 **ALTOP,** Leasing, s. 166; **BİNGÖL,** s. 118.

66 **ALTOP,** Leasing, s. 166.

67 **KÖTELİ,** s. 180.

talep edebilir.[68] Ancak kiralayanın yetkisi ile kiralanan ile ilgili tüm işlemleri kiracı yaptığı takdirde, kiracının ayıp ihbarını zamanında yapmaması halinde, finansal kiralama bedelini ödemesi gerektiği kabul edilmektedir.[69] Kanaatimizce tarafların kusuru gözetilerek, kiracı zarara uğramışsa kiralayan; kiralayan zarara uğramışsa kiracının zararı tazmin etmesi hakkaniyetli olacaktır.

SONUÇ

Kiraya veren için kiralayan teriminin kullanılmasını eleştirmekle beraber, çalışma konumuz finansal kiralama sözleşmelerinde ayıba ilişkin olduğundan, kanun lafzına paralel olması açısından FFFK'de kullanılan kiralayan terimi kullanılmıştır. Kanaatimizce FFFK'de kiralayan teriminin kiraya veren şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir. Bu sayede TBK ile kavramsal açıdan paralellik de sağlanmış olacaktır.

Kiralayanın ayıptan sorumluluğu, doktrinde bazı yazarlar tarafından borcun gereği gibi ifa edilmemesinin özel bir görünümü olarak açıklanmaktadır. Kanaatimizce de kira sözleşmelerinde ayıp kavramının açıkça kanunda tanımlanmaması ve ayıp hükümlerinin kanunda düzenleme yeri de gözetildiğinde, kiralayanın ayıptan sorumluluğunun özel bir çeşit kötü ifa olduğu söylenebilir.

Finansal kiralama sözleşmesine konu mal, kiralayanın mülkiyetinde olmasına rağmen hâkimiyet alanına girmediği gerekçesiyle doktrinde ve Yargıtay kararlarında finansal kiralama sözleşmelerinde ayıptan sorumluluk kiracıya yükletilmekteydi. Doktrinde kiracının zor durumda kalmasını ve finansal kiralama şirketinin de zarara uğramasını önlemek adına kiralayanın satıcıya karşı doğacak haklarını kiracıya devretmesi gerektiği kabul edilmiştir. Kanaatimizce, ihtiyaç duyduğu malı finansal kiralama yöntemiyle sağlayan kiracının sözleşmeye konu mal ayıplı olduğu takdirde maldan faydalanması imkânsız hale gelebileceğinden veya elde edebileceği kar miktarı düşeceğinden; kiracının kira bedellerini ödemede güçlüğe girmesi finansal kiralama şirketini de zarara uğratabileceğinden bir şekilde kiracının ayıp hükümlerinden faydalanma imkânı getirilmesinin kabulü yerinde olmuştur.

FFFK m. 24/5 düzenlemesi doktrinde bir görüşe göre, sözleşme süresinde malın hasara uğraması, telef olması veya zarara uğraması durumlarını kapsamakta olup gizli ayıpları kapsamamaktadır. Diğer deyişle gizli ayıplardan kiralayan sorumludur. Kanaatimizce de gizli ayıplar kullanım-

68 **EREN,** s. 334; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 261; **TUNÇSİPER,** s. 45.

69 **BİNGÖL,** s. 122.

la ortaya çıktığından kiracının gizli ayıbı bilmesi beklenemeyecek olup, sonuçlarına katlanması da beklenmemeli ve kiralayan gizli ayıplardan sorumlu olmalıdır. Kiralayanın ayıptan sorumluluğu söz konusu olduğunda FFFK m. 24 ve TBK'deki ayıba ilişkin düzenlemeler uygulanacak, FFFK m. 34 atfıyla TBK'de düzenlenen konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Kiralayan, kiracının seçimi üzerine finansal kiralamaya konu malı temin ettiği veya bizzat kiracıdan sağladığı durumlarda da sorumluluğu üstlendiği takdirde, doktrinde ayıp hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde kiralayan için uygulama alanı bulacağı savunulmaktadır. Kanaatimizce sözleşme serbestîsi ilkesi gereği kiralayan ayıptan sorumluluğu üstlenme iradesi gösterdiğinde, kiralayanın iradesine öncelik tanınmak suretiyle ayıp hükümleri kıyasen uygulanmalıdır.

Finansal kiralama sözleşmelerinde malı seçme, özelliklerini belirleme hatta satıcıyı belirleme işlemlerini genellikle kiracı yapmaktadır. Kiralayan ise genelde sadece kiralananın bedelini ödemekte ve çoğu zaman malın zilyetliğini dahi elde etmemektedir. Bu durumlarda kiralayanın ayıptan doğan sorumluluğu olmayacağı görüşüne katılıyoruz. Kanaatimizce kiralanan kiralayanın hâkimiyet sahasına girmese de satış sözleşmesinden doğan hakları kullanma yetkisi kiralayanda olduğundan kiracının mağdur olmaması için bu hakları kiracıya devretmelidir.

Uygulamada genellikle düzenleme şeklinde finansal kiralama sözleşmelerinde kiracıya ayıp konusunda inceleme yükümlülüğü, ayıp ile ilgili hakların kullanılma yetkisi ve kiralayanın sorumsuzluğu maddeleri ayrıntılı şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Finansal kiralama sözleşmelerine bu tip maddeler konulduğu takdirde somut olayın özelliklerine göre maddelerin genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığı, bu bağlamda geçerli olup olmadıkları gündeme gelecektir.

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin olarak, doktrinde satış sözleşmesi hükümlerinin kira sözleşmelerine kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır. Kanaatimizce de finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan kiralananın ayıplı olmasında ağır kusurlu ise sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzdür.

Kiracının ayıbı bildirim yükümlülüğü olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde baskın görüş, kiracının ayıbı öğrenmesine karşın kiralayana bildirmemesinin satış sözleşmesinde olduğu gibi ayıp haklarından feragat olduğunu savunmaktadır. Yüksek Mahkeme uygulaması da bu yöndedir. Doktrinde azınlık görüş ise, kira sözleşmesinin sürekli edimli

bir sözleşme olduğundan bahisle kiralayanın temel borcu olan sözleşme süresince kiralananı sözleşmedeki amacına uygun durumda bulundurma borcu kapsamında ayıp devam ettiği sürece bildirim yapılabileceğini savunmaktadır. TBK m. 318'de düzenlenen kiracının bildirim borcu da göz önüne alındığında kiracının kiralanandaki ayıpları zamanında kiralayana bildirmemesinin ayıp haklarından feragat olarak nitelendirilebileceği görüşündeyiz.

Uygulamada klasik finansal kiralamadan farklı olarak kiralayan sadece finansman sağlamakta, kiracı ise malla ilgili bütün işlemleri yapmaktadır. Çoğu zaman kiralayan finansal kiralamaya konu mal konusunda uzman veya bilgi sahibi de değildir. Kiracının malı teslim alma anından başlayarak malın zilyetliği kiracıda olduğundan ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması pek çok soruna sebep olabilmektedir. Yargıtay da üretim hatası nedeniyle ayıplı olan bir maldan kaynaklanan zararın tazmini için açılan davada, kiralayanın yetkisini devredip devretmediğinin araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Kanaatimizce seçimlik hakları kullanılması hem kiralayan hem de kiracı menfaatine olduğundan kiracıya kiralayan adı ve hesabına vekaleten hareket etmesi için yetki verilmelidir.

Kiralayanın kiracıya yetki vermesi sonucu kiracının satış sözleşmesinden dönmesi hususu da doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar bozucu yenilik doğuran nitelikteki bu hakkın devredilemeyeceğini savunmakta, diğer bazı yazarlar ise hakkın devri yerine kiracıya vekâlet verilerek sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğini savunmaktadır. Kanaatimizce ayıp halinde hem kiralayan hem de kiracı zarara uğrayabileceğinden, kiracıya kiralayan adı ve hesabına hareket etmesi için vekalet verilerek sözleşmeden dönme hakkının gerektiğinde kullanılması sağlanabilir.

Satış sözleşmesinden dönmenin finansal kiralama sözleşmesine etkisi de doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, satış sözleşmesinden dönülmesi ile finansal kiralama sözleşmesi bakımından işlem temeli çöktüğünden bahisle finansal kiralama sözleşmesinin de geçmişe etkili olarak sona ereceğini savunmaktadır. Doktrinde diğer görüş ise, satış sözleşmesinden dönülmesi halinde finansal kiralama sözleşmesinin ileriye etkili feshedilebileceği yönündedir. Bu görüşlerin aksine iki sözleşme arasında ekonomik bağ olduğuna vurgu yapan bir başka görüş, ifa imkânsızlığı **hükümleri** gereği kiralayan ve kiracının kusuru olmadıkça borçlarından kurtulacaklarını savunmaktadır. Kanaatimizce finansal kiralama sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme olduğundan satış sözleşmesinden dönme olsa da finansal kiralama sözleşmesinin feshi ve ödenen bedellerin ia-

desi gündeme gelecektir. Uygulamada bu tip sorunlarla karşılaşılabileceği ihtimali gözetilerek bu konuda kanunda düzenleme yapılmak suretiyle tartışmalara son verilmesi gerektiği kanısındayız.

Kiralanan, kiralayanın kusuru ile ayıplı hale geldiği takdirde kiracı sözleşmeden dönme ile menfi zararının tazminini talep edebilir. Fakat kiralayanın yetkisi ile kiralanan ile ilgili tüm işlemleri kiracı yaptığı takdirde ve kiracının ayıp ihbarını zamanında yapmadığında, finansal kiralama bedelini ödemesi gerektiği kabul edilmektedir. Kanaatimizce tarafların kusuru gözetilerek, kiracı zarara uğramışsa kiralayan; kiralayan zarara uğramışsa kiracının zararı tazmin etmesi hakkaniyetli olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut/**ATEŞ,** Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 27. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2018.

ALTOP, Atilla, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Adalet Matbaası, Ankara, 1990 (Leasing).

ALTOP, Atilla, "Kiralayanın Borçları ve Özellikle Finansal Kiralama Konusu Malı Teslim Borcu", Finansal Kiralama Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2004, s. 40-45.

ARSLAN POLAT, Aynur, Bir Özel Hukuk Sözleşmesi Olarak Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2009.

BİNGÖL, Berna, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Kiralayanın (Finansal Kiralama Şirketinin) Borçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.

ÇABRİ, Sezer, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÇETİNER, Bilgehan, "6361 Sayılı Kanun ile Finansal Kiralama Sözleşmelerine İlişkin Getirilen Yeni Düzenlemeler", TAAD, Y. 4, S. 13, s. 65-92.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

KIRMIZITAŞ, Türkan, 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.

KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1999.

KÖTELİ, M. Argun, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), Kazancı Yayınları, İstanbul, 1991.

KUNTALP, Erden, Finansal Kiralama Kanununa Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1988.

ÖZYAY, Yusuf, "Finansal Kiralama Sözleşmesi (Özellikle Hükümleri ve Sona Ermesi)", İstanbul Barosu Dergisi, 2009, C. 83, S. 1, s. 99-141.

REİSOĞLU, Seza, "Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları", Bankacılar Dergisi, 2004, S. 48, s. 47-65.

TOPUZ, Murat, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Yargıtay Kararları ile Birlikte

Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

TUNÇSİPER, Yasemen, Finansal Kiralama Sözleşmesinde Tarafların Borçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

YAVUZ, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1989.

YAVUZ, Cevdet/ **ACAR,** Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 12. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2013.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA,** Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

İNTERNET KAYNAKLARI :

www.corpus.com.tr

www.dergipark.gov.tr

www.fkb.org.tr

www.mevzuat.gov.tr

ANONİM ŞİRKETLERDE PAYIN DEVRİ VE BAĞLAM

Av. Elif Bilge İNCESU

1. Giriş

Anonim şirketlerin temel yapısının; belirli sermayeli olması, sermayenin paylara bölünmesi, pay sahiplerinin sayısından bağımsız sayıda payın oluşması ve pay sahibinin birden çok paya sahip olabilmesi gibi özelliklere sahip olması serbest pay devri için uygun bir zemin yaratmıştır. Pay sahiplerinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı anonim şirketlerde devir serbestisi ilkesi, ortaklık yapısına sermaye ortaklığı unsurunu kazandıran ilkedir[1].

Anonim şirketlerde pay sahibine teknik anlamda ortaklıktan ayrılma hakkı tanınmadığından, pay sahibinin şirketle bağını kesmesinin yegâne yolu pay devrinden geçer hale gelmiştir[2]. Ancak esas sermayenin bir parçasını oluşturan payların, devir serbestisi ilkesi gereğince kolayca el değiştirmesi özellikle anonim ortaklıklara önemli sermaye getirmiş yatırımcılarca çekinceyle karşılanmıştır. Bu anlayış doğrultusunda; mali gücü zayıf kişilerin pay sahibi olması, yabancılaşma veya kötü niyetli devralmalar gibi ortaklığın devamlılığını zedeleyebilecek devralmalar karşısında kanun koyucu tarafından pay devrine sınırlamalar getirilebilmesine cevaz verilmiştir.

Çalışmamızın amacı, bağlam adını verdiğimiz anonim şirketlerdeki pay devri kısıtlamalarını ele almaktır. Bu amaçla çalışmamızın ilk bölümünde payın devredilebilirliği ilkesi ve bağlam amaçları incelenecek; ardından ikinci bölümde, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ışığında bağlam türlerine; üçüncü bölümde ise bağlamın oluşturulmasına yer verilecektir. Son olarak ise bağlam hükümlerinin uygulamada yol açtığı bazı güncel sorunlara değinilecektir.

A. Pay Devrinin Serbestliği İlkesi

Payın devrinin serbestliği ilkesinden üyelik mevkii veya payın serbestçe devri, pay sahibinin bir hukuki işlem yoluyla dilediği an, payını herhan-

1 Uzel, Necdet. "*Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*", İstanbul 2013, s. 15.

2 Bozkurt, Tamer. "*Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması*", İstanbul 2016, s. 5.

gi bir kişiye devretme konusunda sahip olduğu yetki/serbesti anlaşılır[3]. Payın devredilebilirliği ilkesi anonim ortaklık sermayesinin paylara bölünmüş olmasının doğal sonucudur[4]. İlke aynı zamanda pay sahiplerine payını ekonomik olarak değerlendirme imkânı verir ve menkul kıymetler borsası ile borsa ticaretinin doğmasının başlıca nedenidir[5]. Devredilebilirlik ilkesi, devri kolaylaştırdığından payın senede bağlanması uygulamasını neredeyse zorunluluk haline getirmiştir.

Hâkim görüşe göre, pay devrinin serbestliği ilkesi nispi müktesep hak oluşturur[6]. İlke, ilk olarak hem hamiline hem de nama payların devredilebileceği, ikinci olarak sadece nama yazılı payların, kanunda öngörülen hallerde ve sebeplerle devrinin sınırlandırılabileceği anlamına gelir[7] [8]. Başka bir deyişle, anonim ortaklıklarda payın devredilebilirliği ilkesi hâkim olmakla birlikte, bütünüyle mutlak değildir; devir, iradi veya kanuni olarak sınırlandırılabilir[9]. Bağlam adını verdiğimiz kavram genel anlamda pay devrinin kısıtlanmasıdır.

1. Bağlam Kavramı ve Amaçları

Bağlam, kanuni veya esas sözleşmesel olabilir. Bağlam bir taraftan pay bedellerinin güvence altına alınmasına (kanuni bağlam) diğer taraftan da yabancılaşmayı önlemeye (esas sözleşmesel bağlam) yardımcı olur[10].

a. Bağlamın Amaçları

1-) Mali Gücü Zayıf Kişilere Karşı Şirketi ve Malvarlığını Koruma

Anonim şirketin saf bir sermaye şirketi olması ve alacaklılarının şirket borçlarından dolayı pay sahiplerine başvurma olanağının olmaması (TTK m. 329 f. 1), şirket sermayesi ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirler alınmasını zorunlu kılmıştır. Bunlardan birisi de karşılığı tamamen ödenmemiş nama yazılı pay/pay senetlerinin devrinde şirketin devre onay vermesi gereğidir. Zira bu tür bir pay devrinde, şirkete ödeme gücü olan birisinin girmesinde, şirketin ve pay sahiplerinin korunmaya değer bir menfaati vardır. Böylece bu tür paylar, kanunen bağımlı kılınmıştır.

---

3 A.g.e.

4 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.149.

5 A.g.e

6 Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin. "Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku". İstanbul 2014, 157. Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 5.

7 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.149.

8 Ancak bedeli tamamen ödenmiş hamiline pay senedinin devri sınırlandırılamaz.

9 Sevi, Ali Murat. "*Anonim Ortaklıkta Payın Devri*" Ankara 2014, s. 55.

10 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.150.

(TTK m. 491) Yasal düzenleme, iktisadi açıdan zayıf durumda olan kişinin, sermayenin korunması bakımından şirketten uzak tutulmasına hizmet eder[11]. Ayrıca bu tür pay/pay senetleri bakımından yetkili organ olan Yönetim Kurulu, bu yetkiyi doğrudan yasadan alır.

2-) Şirketin kendine Özgü Niteliklerini ve Bağımsızlığını Koruma

Pay sahipleri çevresinin kontrolünü elinde tutan şirket, bu yolla kendine özgü bir nitelik kazanır. Buna ilişkin tipik örnekler, ortak çevresi kapalı bir çevreden oluşan aile şirketleri ile ortakları belli bir meslek grubundan olması istenen şirketlerden verilmektedir[12]. Bağlam hükümleriyle şirketin homojen yapısı ilk günkü gibi korunur. Bu şekildeki ortaklık yapıları, dışarıdan sermaye şirketi gibi görünse de gerçekte şahıs şirketlerinde görünecek "ortaklıklar dayanışması" söz konusu olmakta, işletmenin başarısı ve devamlılığı pay sahiplerinin bilgi, beceri ve performansına bağlı kılınmaktadır.

Benzer bir durum, ortaklarına ikincil yükümlülük getiren şirketler bakımından da geçerlidir. Ortakların her yıl düzenli olarak belli bir tarım ürünü veya belli bir edimi şirkete vermek zorunda olduğu ikincil yükümlülüklerde (TTK m. 480 f. 4), işletmenin varlığını sürdürebilmesi, çoğu kez bu edimlerin düzgün şekilde ifa edilmesi ile mümkün olur. Bu durumlarda pay senetlerinin bağlı nama yazılı olarak çıkarılması zorunluluğu şirketin korunması ve devamlılığı için gereklidir. Benzer saiklerle, özel yasalarda pay/pay senetlerinin nama yazılı olmasını zorunlu kılan düzenlemeler öngörülmüştür. (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 7(b); 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu m.5 f. 1-b gibi)

3-) Yabancılaşmaya Karşı Koruma

İç yabancılaşmaya karşı korunmak amacıyla anonim şirketler, paylarının başta rakipleri olmak üzere, şirkete zarar verebilecek kişilerin eline geçmesi ve spekülatif pay devirlerine karşı şirketi korumak için bağlı nama yazılı pay/pay senedi çıkarır.

Bağlam dışa karşı yabancılaşmayı da önler. Dış yabancılaşma, yabancı pay sahiplerinin katılımının artması nedeniyle şirketin ulusal niteliğinin zayıflaması demektir. Dış yabancılaşmaya karşı korunma özellikle merkez bankalarında karşımıza çıkar. Örneğin, İsviçre Merkez Bankası'nın payları nama yazılıdır ve pay sahipleri de ancak İsviçre vatandaşı olabilir.

11 Pulaşlı, Hasan. "*Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri*", Ankara 1992, s.115.

12 A.g.e. s.119

II. **6102 Sayılı TTK Işığında Bağlam Türleri**

Bağlam esas sözleşmeye ve yasaya dayanan olmak üzere iki türlüdür. Bu iki tür dışında borçlar hukuku sözleşmeleri ile de devir nisbi olarak sınırlandırılabilir. Anonim ortaklıklar esas sözleşmesel bağlam aracılığıyla ortaklık pay sahipliği yapısı ya da pay sahibi sıfatıyla oy kullanarak karar alma süreçlerine etki edebilecek kişilerin denetim altına alınmasını amaçlarken, kanuni bağlama yer verilen TTK m. 491'de öngörülen amaç, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların ancak ortaklığın onayı ile devredilebileceğini düzenlemekle hükmün ortaklık yapısının denetim altına alınmasından ziyade sermayesinin korunmasıdır. Bu iki tür bağlam arasında amaç farklılığı bulunması sebebiyle, doktrinde esas sözleşmesel bağlam hükümlerinin dar yorumlanması gerekliliği savunulmaktadır[13].

A. Kanuni Bağlam

TTK m. 491'de "Kanuni Sınırlama" kenar başlığı altında kanuni bağlam düzenlenmiştir. İlgili madde hükmüne göre kanuni bağlam iki durumda söz konusu olabilir.

1- Nama Yazılı Payların Bedellerinin Tamamının Ödenmemesi Halinde Kanuni Bağlam

Kanuna göre bedeli tamamen ödenmemiş olan nama yazılı pay anonim ortaklığın onayı ile devredilir(TTK m. 491 f. 1) veya şirketin devre sonradan onay vermesi gerekir (borcun nakli)[14]. Kanun ifadesinde geçen nama yazılı pay, nama yazılı pay senetlerini de kapsar[15].Onay alınmadan yapılan devir geçersizdir. Onayın bulunmaması sadece anonim ortaklığa karşı pay sahipliği sıfatının kazanılmasına engel olmaz, onaysız devir payın mülkiyetinin geçmemesi sonucunu da doğurur[16]. TTK m. 491 emredici hüküm olduğundan, esas sözleşme ile bu kuralın aksinin düzenlenmesi veya kuralın hafifletilmesi mümkün değildir. Nama yazılı payların bedellerinin tamamının ödenmediği hallerde onay verme yetkisi yönetim kuruluna aittir. Yeni pay sahibi, payın geri kalan kısmını ödemişse veya yeterli teminat vermişse, esas sözleşmesel bağlam olmadığı sürece, Yönetim Kurulu'nun devre onay vermekten kaçınması hukuka aykırı olacaktır[17].

---

13 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 5.
Uzel, Necdet. "Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam", İstanbul 2013, s. 106.
Tekinalp, Ünal. "Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku" İstanbul 2015, s.151.

14 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 17.

15 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.150.

16 A.g.e.

17 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 18.

Kanuni bağlamı düzenleyen TTK madde 493'ün ikinci fıkrası yukarıda detayları verilen kurala bir istisna getirmiş ve bağlı nama yazılı pay senetlerinin miras yoluyla intikal etmesi, mirasın paylaşımı ile geçmesi, eşler arasındaki pay rejimi hükümleri uyarınca devredilmesi veya cebri icradan iktisap edilmesi halinde anonim ortaklığın (yönetim kurulunun) onayı olmadan da devrin gerçekleşeceğini düzenlemiştir. Ancak TTK bu istisna ile ilgili olarak borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylarda bir ayrıcalık tanımıştır. Şayet, borsaya kote edilmemiş nama yazılı pay yukarıda sayılan istisnai yollardan biriyle iktisap edilmişse, bu durumda Anonim Ortaklık payın gerçek değerini ödemeyi önererek payın devrine engel olabilir. Söz konusu nama yazılı paylarda, payın gerçek değerinde taraflar anlaşamazsa, TTK m. 493 f. 5 uyarınca değer mahkemece belirlenir. Öte yandan borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından anonim ortaklığın payın gerçek değerini ödemeyi önerme imkânı bulunmamaktadır.

2-Devralanın Ödeme Yeterliliği Şüpheli Olduğu Durumlarda Anonim Ortaklığın İstediği Teminatın Verilmemesi

Nama yazılı payların bedelinin tümü ödenmiş olsa bile senedi devralan kişinin ödeme yeterliliği şüpheli ise anonim ortaklığın talep ettiği teminat sağlanmadığı sürece ortaklık devre onay vermez. (TTK m.491) Devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olması hali payın bedelinin tamamının ödenmemiş olması halinde bağımsız olarak, gelecek sermaye artırımları göz önüne alınarak düzenlenmiştir[18]. Talep edilecek teminatın cinsi ve miktarı yönetim kurulu tarafından belirlenir. Yönetim Kurulu'nun teminat istemesi bir yükümlülük değil, yetkidir ancak ödeme gücü şüpheli olan pay sahibine yapılan devri onaylayan yönetim kurulu üyeleri için, şirket bir zarara uğramışsa, TTK m. 550 f. 2 uyarınca sorumluluk doğabilir[19]. Zira yasal bağlamın temel amacı şirketin sermayesini ve alacaklıları korumaktır. Bu bakımdan hüküm hem sermayenin korunması hem de borçlar hukukunda borçlunun değişmesinin alacaklının onayı ile gerçekleşeceği düzenlemelerine uygundur[20]. (TBK m.196 f.1)

B. Esas Sözleşmesel Bağlam

Esas sözleşmesel bağlamın yasal dayanağı, TTK m. 339'dur. Hükümde anonim şirket esas sözleşmesinin asgari içeriği düzenlenmiş ve 2. fıkranın d bendinde, pay senetlerinin ile birlikte, getirilecekse "devir sınırlamalarının" da yazılması gerektiği belirtilmiştir. 6102 sayılı TTK ile eTK'dan tamamen farklı bir esas sözleşmesel bağlam sistemi benimsen-

18 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.151.

19 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 18.

20 Eren, Fikret. "*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*", Ankara 2014, s.1243.

miş, borsaya kote olan ve olmayan nama yazılı paylar arasında ayrım yapılmış ve farklı hükümlere tabii kılınmıştır. Ancak borsaya kote olsun veya olmasın, nama yazılı payların devri dar ve kesin istisnai hallerde mümkündür[21]. Devir keyfi olarak sınırlandırılamaz.

Esas sözleşme ile nama yazılı payların devri anonim ortaklığın onayı şartına bağlanabilir.(TTK m. 492 f. 1) Bu şart ister borsaya kote olsun ister olmasın nama yazılı payların serbestçe devrini kısıtlar. Nama yazılı pay borsaya kote edilmemiş olsa ve esas sözleşme ile kanuna uygun bir bağlam öngörülmüş bulunsa bile, böyle bir sınırlama herhangi bir konuda çıkacak boşluğu sınırlama yönünde doldurur[22]. Aynı önlem NYP'nin borsaya kote olması durumunda da uygulanabilir. Ayrıca, TTK m. 492 f. 2 uyarınca payın üzerinde intifa hakkı kurulurken de yönetim kurulu onayının alınmasını zorunlu kılar. Esas sözleşmeyle sınırlama başlıklı TTK m. 492'nin son fıkrasına göre anonim ortaklık tasfiyeye girmişse payın devrine ilişkin sınırlamaların tümü düşer. TTK sisteminin nama yazılı payların esas sözleşmeyle sınırlama bakımından borsaya kote edilmiş ve edilmemiş paylar arasında yaptığı ayrıma çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylıca değinilecektir.

C. Borçlar Hukuku Sözleşmeleri ile Getirilen Sınırlamalar

Kanuni bağlam ile esas sözleşmesel sınırlamalar mutlak etkiye sahip iken, bu kurallar dışında nisbi etki doğuracak başka anlaşmalar yapılarak da pay devrine bazı sınırlamalar getirilebilir. Hatta bu tür anlaşmaların hamiline yazılı pay senetleri için de mümkün olduğu savunulmaktadır[23]. Pay devrine sınırlamalar getiren bu tür anlaşmaların yapılması için esas sözleşmede hüküm bulunmasına gerek olmamakla birlikte, ilgili sözleşmeler borçlar hukuku rejimine tabii olduğundan mutlak etkiye sahip değildir. Bir diğer deyişle, anlaşmalar yalnızca taraflarını bağlar ve üçüncü kişiler sözleşmeden haberdar olsa bile sözleşme hükümleri ileri sürülemez. Nisbi etkilerinden dolayı, bu tür anlaşmalar aslında teknik anlamda bağlam olarak nitelendirilemezler[24]. İşte bu sebeple, pay sahipleri sözleşmesiyle getirilen pay devri kısıtlamalarını güçlendirmek amacıyla, pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamalarının esas sözleşme (pay sahipleri sözleşmesine atıf yapmak suretiyle) ile beraber kullanılabileceği önerilmiştir[25]. Ayrıca pay sahipleri sözleşmesine cezai

21 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.151.

22 A.g.e.

23 Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin. "Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku". İstanbul 2014, N1113.

24 Pulaşlı, Hasan. "*Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri*", Ankara 1992, s.124.

25 Demirkol, Berk. "Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devri Kısıtlamaları" http://

şart eklenmesi ile de pay devri kısıtlamalarının güçlendirilebileceği savunulmuştur[26].

III. Bağlamın Oluşturulması, Kaldırılması ve Uygulama Alanı

A. Bağlamın Oluşturulması:

1-) İlk Esas Sözleşmedeki Bağlam

TTK m.339 (d) bendi uyarınca bağlamla ilgili düzenlemelerin esas sözleşmede açıkça yer alması gerekir. İlk esas sözleşmede yer alan bağlam hükümleri hem şirket kurucu ortakları hem de sonraki pay sahipleri bakımından bağlayıcı olacaktır. Burada yapılacak denetim, esas sözleşmedeki sınırlama nedenlerinin genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığı hal ile sınırlıdır[27].

Kanuna uygun olarak hazırlanmış esas sözleşmenin ilgili TTK hükümleri uyarınca ticaret siciline tescili gerekir. Ancak esas sözleşmenin sicilin olumlu etkisinden yararlanacak bölümlerini düzenleyen TTK m. 354'de devir sınırlamalarına yer verilmemiş, yalnızca pay senetlerinin türlerinin olumlu etkiye sahip olacağı düzenlenmiştir[28]. Bu durumda, devir sınırlamaları esas sözleşme içinde tescil ve ilan edilse bile, sicilin olumlu etkisinden yararlanamayacak mıdır? Bağlamla ilgili hükümlerin niteliği düşünüldüğünde, esas sözleşmedeki bağlam hükümlerinin etkisi mutlak olduğundan, her ne kadar TTK m. 354'de yer almasa da sözleşmesel bağlam hükümlerinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği açıktır[29]. Kanun koyucunun bu boşluğa bilinçli olarak sebebiyet vermediğini düşünmek daha makuldür[30].

2-) Sonraki Bağlam

Sonraki bağlam kapsamına giren durumlar, sonradan nama yazılı paylara ilk defa devir kısıtlaması getirilmesi, var olan sınırlamaların ağırlaştırılması veya hamiline yazılı pay senetlerinin bağlı nama yazılı hale

www.academia.edu/5235722/Paysahipleri_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_ile_Getirilen_Pay_Devir_K%C4%B1s%C4%B1tlamalar%C4%B1_Contractual_Restrictions_on_Share_Transfer_ (son ziyaret edilme tarihi 19.02.2017)

26 A.g.e

27 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 30.

28 Her ne kadar şirket esas sözleşmesinin tamamı tescil ve ilan edilse de, sözleşmenin tüm maddeleri sicilin olumlu etkisinden yararlanamaz. Bir diğer deyişle esas sözleşmesinin her hükmü üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir.

29 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 31.

30 Paslı, Ali. "Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması" Batider 2012, s.193.

getirilmesidir[31].

Hukukumuzda nama yazılı paylara sonradan devir sınırlaması getirilmesi ağır bir nisaba bağlanmıştır. TTK'nın m. 421 f. 3 b. c uyarınca, esas sözleşmeyi değiştiren nama yazılı payların devirlerinin sınırlandırılmasına ilişkin genel kurul kararlarının geçerliliği, sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla mümkündür.

Nama yazılı payların devrinde bağlam hükümleri getiren genel kurul kararları alınırken TTK'nın 445 ve 447. maddelerinin özellikle dikkate alınmaları gerekir. Zira ilgili hükümler uyarınca; esas sözleşmeye, kanuna veya dürüstlük kurallarına aykırı genel kurul kararları dava yoluyla iptal ettirilebilir. Karar; yasaya, dürüstlük kurallarına, ahlaka aykırı ise veya pay sahiplerinin hakları ölçüsüz şekilde ellerinden alınıyor veya amaca uygun olmayan bir sınırlama yapılıyorsa; şirket amacı ile mazur görülmeyecek şekilde eşit işlem ilkesi ihlal edilerek pay sahipleri dezavantajlı duruma düşürülüyorsa, bu kararlar iptale tabi olacağı için, genel kurulun bu sınırlara uyması gerekir[32].

Sonraki bağlam durumlarından bir tanesi de pay senetlerinin türünün değiştirilmesidir. Bilindiği üzere, TTK m. 485'e göre, esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça pay senetlerinin türü değiştirilebilir[33]. Nama yazılı pay senetlerinin hamiline yazılı pay senetlerine dönüştürülmesinde veya hamiline yazılı pay senetlerinin nama yazılı pay senetlerine dönüştürülmesinde, payların serbest devredilebilmesine halel getirilmediğinden bağlam bakımından herhangi bir sorun teşkil etmez[34]. Öte yandan, hamiline yazılı pay senetlerinin bağlı nama yazılı pay senetlerine dönüştürülmesinde, sınırsız devir serbestisine ağır bir müdahale yapıldığından durum farklı değerlendirilmelidir. Hamiline yazılı pay senetlerinin bağlı nama yazılı pay senetlerine dönüştürülmesi TTK m. 421 f. 3 b. c'deki ağırlaştırılmış nisaba tabiidir[35]. Öğretide, bazı yazarlara göre hamiline yazılı pay senetlerinin bağlı nama yazılı pay senetlerine dönüştürülebilmesi için önce nama yazılı pay senedine dönüştürülmesi gerekmektedir[36].

---

31 Bozkurt, Tamer. "*Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması*", İstanbul 2016, s. 33.

32 A.g.e.

33 Kendigelen, Abuzer. "*Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*" İstanbul 2012, s.393.

34 Pay senetleri arasındaki dönüşüm, esas sözleşme değişikliği gerektirdiği için TTK m. 421 f. 1'deki şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu nisabına tabiidir.

35

36 Uzel, Necdet. "Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam", İstanbul 2013, s. 118.

B. Esas Sözleşmesel Bağlam Kapsamında

1- Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Paylara İlişkin Bağlam Sistemi

TTK'daki "borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar" terimi ile kastedilen SerPK'nın 68/1 maddesi anlamında "borsa kotuna alınmamış nama yazılı paylar"dır. Bir anonim ortaklığın çıkarmış olduğu nama yazılı paylar ya anonim ortaklık halka açık nitelik taşımadığı veya halka açık olmakla birlikte SerPK m. 68 f. 1'e göre anonim ortaklık borsa ticaretine dahil edilmek için başvuru yapmadığı veya başvuru yapsa bile ilgili düzenlemelerde yer alan şartları yerine getirmediği için borsa kotuna alınmayabilir[37].

Borsaya kote edilmemiş (borsada işlem görmeyen) nama yazılı paylarla ilgili esas sözleşmesel bağlam kuralları TTK m. 493'de düzenlenmiş; 494. maddede ise hakların geçişiyle ilgili özel hükümlere yer verilmiştir.

TTK'ya göre aşağıda sayılan 4 gerekçe ile anonim ortaklık, payın devrini reddetme imkânına sahiptir:

- Esas sözleşmede öngörülen ve içeriği kanuna aykırı olmayan önemli sebebin bulunması (m. 493 f. 1 b. c, m. 493 f. 2)

- Esas sözleşmede devir sınırlaması iradesi olması ve anonim ortaklığın devredene devre konu payları gerçek değeri üzerinden alım teklifi sunarak onaydan kaçınması (kaçınma klozu-escape clause)[38]

- Yönetim Kurulu'nun, payları devralan kişiden bu payları kendi adına ve hesabına aldığını, yazılı olarak ve açıkça beyan etmesini istemesi ve devralanın da bunu reddetmesi hali (TTK m. 493 f. 3)[39]

- İktisap özel sebeplerle gerçekleşmesi ve anonim ortaklık payları gerçek değerden almayı önermesi

Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar ancak Yönetim Kurulunun onayı ile devredilebilir. Ancak bunun için de esas sözleşmede hüküm bulunmalıdır.

Yazara göre nama yazılı pay senedine dönüştürmekte aranacak nisap TTK m. 421 f. 1'e göredir. Ardından bağlı nama yazılı pay senedine dönüştürmek için 421/3-c'deki %75'lik nisap aranır.

37 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.151.

38 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 67.

39 Tekinalp, Ünal. "Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku" İstanbul 2015, s.152. Kanunda her ne kadar bu beyanın yazılı olarak alınması gerektiği düzenlenmemişse de, Tekinalp'e göre bu beyan yazılı istenebilir.

a-) YK'nın Devre Onay Vermeyi Reddedebileceği Esas Sözleşmeye Yazılabilecek Önemli Sebepler

TTK m. 493 f. 2'de YK'nın NYP'lerin devrine onay vermeyi reddederken dayanabileceği esas sözleşmede öngörülebilecek önemli sebeplere ilişkin şartlar gösterilmiştir. Buna göre:

• Önemli sebep anonim ortaklığın pay sahipleri çevresini koruyacak nitelikte olmalıdır. Çevrenin bozulmasına neden olan devirlere onay vermeyi YK reddedebilir.

• Pay sahipleri çevresinin bileşimi esas sözleşme hükümlerinden açıkça anlaşılmalıdır. (bankacı, süt üreticisi, kara yolları taşımacısı olması gibi)

• Pay sahipleri çevresinin bileşiminin korunması, anonim ortaklığın işletme konusunun elde edilmesi ve/veya ortaklığın ekonomik bağımsızlığıyla yakından ilişkili olmalıdır. Örneğin ortakların her yıl düzenli olarak belli bir tarım ürünü veya belli bir edimi şirkete vermek zorunda olduğu ikincil yükümlülüklerde (TTK m.480 f. 4), işletmenin varlığını sürdürebilmesi, çoğu kez bu edimlerin düzgün şekilde ifa edilmesi ile mümkün olur. Bu durumlarda pay senetlerinin bağlı nama yazılı olarak çıkarılması zorunluluğu şirketin korunması ve devamlılığı için gereklidir[40]. Benzer saiklerle, özel yasalarda pay/pay senetlerinin nama yazılı olmasını zorunlu kılan düzenlemeler öngörülmüştür. (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.7 b. b; 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu m.5 f. 1 b. b gibi)

TTK m. 493'de önemli sebep için olan kriterler sayılmış ancak sebeplerin ne olabileceğine yer verilmediğinden, çalışmamızın devam eden kısmında uygulamada karşılaşılan bağlam örneklerine yer verilecektir.

aa- Bazı hallerin önemli sebep olmak yönünden değerlendirilmesi:

aaa-) Rakip ve Rakiple İlişkili Kişiler: Anonim ortaklıktan rakibini veya rakibiyle ilişkili kişileri pay sahibi olarak kabul etmesi ortaklığa kabul etmesi beklenemeyeceğinden, rakip veya rakibe yakın kimselere karşı bağlam hükmü öngörülmesi TTK m. 493 anlamında önemli sebeptir. Rakibin veya rakiple ilişkili kimselerin ortaklığa kabul edilmesi ayrıca ortaklığın ekonomik bağımsızlığını zedeler.

bbb-)Yabancılar: Türk vatandaşı olmayanların pay edinmeleri hakkında hukukumuzda bazı sınırlamalar mevcuttur. Bu sınırlamalara örnek

40 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 18.

olarak TTK m. 940, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci, Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 4. Maddesi ve Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin 8 ve 11. maddeleri örnek olarak verilebilir. Bu kanunların uygulanacağı şirketlerin esas sözleşmelerinde yer alan nama yazılı payların devrinde yabancılara onay verilmeyeceğine ilişkin hükümler önemli sebep teşkil ettiğinden geçerli olur.

ccc-) Bir mesleğe, aileye veya yöreye mensubiyet: Bazı ürünlerin üretilmesi veya bazı işletmelerde devamlılığın sağlanabilmesi için özel bilgi, beceri, tecrübe ve deneyime sahip olan kişilerden oluşan ortaklık yapısını korumak amacıyla bağlam hükümleri konulabilir.

ddd-) Bir pay sahibinin belli bir yüzdeyi aşan paylara sahip olamamasının ortaklığın menfaatine görüldüğü durumlarda bir pay sahibinin hâkimiyet kurmasını engelleyen bağlam hükümleri öngörülebilir.

b-) Payların Devriyle Hakların Geçişi

Bağlı nama yazılı payların devri için Yönetim Kurulu tarafından onay verilmediği takdirde payların mülkiyeti ve paylardan kaynaklanan haklar devredende kalır. Bir diğer deyişle, mülkiyetin devri gerçekleşmeden hiçbir hak da devralana geçmez. (TTK m. 494 f. 1) Devre onay verilmediği takdirde, nama yazılı pay senedinin devri de geçersiz olacağından öğretide bu husus birlik teorisi olarak tanımlanmaktadır[41].

YK onayı olmaksızın nama yazılı payların mülkiyetinin ve hakların devalana geçemeyeceği kuralının bir istisnası nama yazılı payların, miras, mirasın paylaşımı, eşler arası mal rejimi yoluyla geçmesi veya bu payların cebri icra gereği iktsap edilmesidir. Bu halde, sözü edilen devirlerden kaynaklanan malvarlığına ilişkin haklar derhal; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer. (TTK m.494 f. 2) Burada iki aşamalı bir devir söz konusudur[42]. Genel kurula katılma ile oy haklarının askıda kalma süresi en çok üç ay sürebilir. TTK m. 493 f. 4'e göre anonim ortaklık payları gerçek değeriyle satın almayı önermek kaydıyla devre onay vermeyi reddedebilir. Ancak ortaklığın bu hakkı kullanma süresi üç ayla sınırlıdır.

Şirket onaya ilişkin istemi, aldığı tarihten itibaren üç ay içinde reddetmemişse veya ret haksızsa onay verilmiş sayılır. (TTK m.494 f. 3) Reddin haksız olması durumunda buna ilişkin kararın, devreden tarafından

41 Karahan, Sami. "Şirketler Hukuku". Konya 2012, s.17.

42 Turanlı, Hüsnü. "Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri" İzmir Barosu Dergisi 2015, s.31.

mahkemeye yapılan bir başvuru ile haksız olduğu gerekçesiyle hükümsüzlüğe karar verilmesi mümkündür[43]. Burada davanın konusu reddin iptali ve devralanın pay defterine kaydıdır. Söz konusu dava HMK m. 135 anlamında eda, HMK m.108 anlamında bir inşai davadır[44].

2-) Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Paylara İlişkin Esas Sözleşmesel Bağlam Sistemi

Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması, borsaya kote edilmemiş payların bağlanmasına göre daha dardır. TTK uyarınca borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar ister borsadan ister borsa dışı iktisap edilmiş[45] olsun, aşağıda yer verilen iki sebepten birinin varlığı halinde reddolunabilir:

a-) Esas sözleşmede anonim ortaklığın sermayesi esas olarak belirlenmiş, yüzde ile ifade edilmiş, iktisap üst sınırının aşılmış olması:

TTK m. 495 f. 1 uyarınca şirket, borsada kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimseyi, pay sahibi olarak tanımayı, ancak esas sözleşmede, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörülmüş ve bu üst sınır aşılmışsa reddedebilir[46]. Esas sözleşmelerde gerçek ve tüzel kişilerin iktisabına ilişkin farklı yüzdeler konabilir[47]. Ayrıca yabancıların bir ticaret ortaklığına iştirakinin oranını kısıtlayan kanunlara dayanılarak öngörülen nama yazılı payların iktisabını sınırlayan esas sözleşme hükümleri de kabul edilebilir.

Burada yapılan işlem, devre onay vermek değil; merkezi kayıt kuruluşunca bildirilen ve esas sözleşmede öngörülen kotayı aşan devirlerin ortaklıkça tanınmaması veya borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri payların "oy hakkından yoksun pay sahibi" olarak devralan adına pay defterine yazılması (TTK m. 497 f. 3), ancak ortaklık devri tanımazsa devralanın pay defterinden silinmesi söz konusudur[48].

b-) Devralanın, pay sahibi olarak tanınmak amacıyla anonim ortaklığa

43 Narbay, Şafak. "*6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri*", Erzincan Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2012, s.231.

44 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.159.

45 A.g.e. Borsaya kote nama yazılı payların borsa dışı iktisap edilmesi halinde, bu paylardan kaynaklanan hakların devralana geçmesi için devralanın anonim ortaklığa başvurup pay sahipliğinin tanınmasını sağlaması gerekir. (TTK m. 497)

46 Esas sözleşmede öngörülebilecek örnek bir hüküm şu şekilde olabilir: "Borsaya kote nama yazılı paylarda, kişi başına borsada işlem görmeyen paylara ilişkin olarak toplam iktisap sınırı anonim ortaklık esas sermayesinin veya (çıkarılmış sermayesinin) %1'idir. Aslen iktisaplarda sınır yoktur." Tekinalp, Ünal. "Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku" İstanbul 2015, s.157.

47 A.g.e.

48 Turanlı, Hüsnü. "Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri" İzmir Barosu Dergisi Mayıs 2015, s.33.

başvurması ancak anonim ortaklık istemiş olmasına rağmen mezkur payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmemesi durumunda anonim ortaklık gereken onayı vermez ve o kişi pay defterine kaydedilmez. (TTK m .495 f.2)

Şirketin borsaya kote edilmiş payların devrinde bu tür bir sınırlama getirmesinin amacı esas olarak büyük pay alımlarıyla şirketin dışarıdan birileri tarafından kontrolünün ele geçirilmesinin engellenmesidir.[49]

TTK m. 498 uyarınca, şirket, borsaya kote edilen payları devralanın, pay sahibi olarak tanınması istemini, istemi aldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde reddetmezse devralan, pay sahibi olarak tanınmış sayılır.

3-) Bağlamın Etkisini Kaybetmesi:

Şirketin amacının değiştirilmesi, imtiyazlı pay yaratılması ve şirketin tasfiyeye girmesi durumlarında bağlam etkisini kaybeder.

TTK m. 421 f. 3'e göre, şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi ve imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin kararlar, tıpkı sonraki bağlam durumlarında olduğu gibi, yüzde yetmiş beşlik ağırlaştırılmış nisabın kararını gerektirir. Bununla birlikte TTK m. 421 f. 6 uyarınca işletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı pay sahipleri, bu kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalara bağlı değildir demekle, bu karara katılmayan pay sahipleri için koruyucu bir hüküm getirilmiştir. İlgili kararlara olumsuz oy kullanan kişilere altı ay içinde şirketle bağını koparmaları için özel bir hak tanınmıştır. Anılan hükümle ayrılmak isteyen ortak payın bedelini şirketten değil, devrettiği üçüncü kişiden aldığından dolayı, teknik olarak burada bir ayrılmak akçesinden söz edilemez, yalnızca sınırlamalardan istisna tutulurlar[50]. Öğretide *Uzel* tarafından bu durumdaki pay sahiplerinin altı ay içinde paylarını devredememesi karşısında, Kanunda, paylarının –belli koşullarda- şirket veya diğer pay sahipleri tarafından satın alınmasına ilişkin bir zorunluluğun getirilebileceği önerilmiştir[51].

TTK m. 492'nin son fıkrasında, esas sözleşme ile getirilebilecek devir sınırlamaları düzenlenirken, şirketin tasfiyeye girmesi durumunda, devredilebilirliğe ilişkin sınırlamaların da düşeceği ifade edilmiştir. Böylece

49 TTK 493/3 madde gerekçesi.

50 Bozkurt, Tamer. "Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması", İstanbul 2016, s. 42.

51 Uzel, Necdet. "Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam", İstanbul 2013, s. 148-149.

payların serbestçe devredilebilirliğine ilişkin ana kurala geri dönülmektedir.

IV. Bağlamla İlgili Bazı Sorunlar:

Özellikle yeni kurulmakta olan, gerekse pay devri ve/veya sermaye artırımı neticesinde ortaya çıkan ortak girişim (joint venture) niteliğindeki anonim ortaklıklarda, pay sahiplerine ortaklık yapısında söz konusu olabilecek değişimlere karşı koruma yahut ortak girişimdeki pay miktarlarını belli bir zaman dilimi içerisinde ya da bazı şartların ortaya çıkması durumunda artırma veya azaltma imkânının sağlanabilmesi bakımından uygulamada sıklıkla karşılaşılan çeşitli sözleşmesel düzenlemeler mevcuttur[52]. Ortaklar sözleşmesi veya esas sözleşmede, bu düzenlemeler karşımıza anonim ortaklık hukukunda *call option, put option, tag along* ve *drag along* adını verdiğimiz optionlar şeklinde çıkar. Söz edilen optionlar lehtarlarına bazı haklar sağlarken, diğer tarafa da borç yüklediğinden tek borç ilkesinin düzenlendiği TTK m. 480 f. 1 anlamında ayrık durumlara sebebiyet verir. Tek borç ilkesinin kabulüne sebep olan düşüncenin temelinde bir taraftan sınırlı sorumluluk kuralı, diğer taraftan da sermaye ortaklığının anonim olması yatar[53]. Dolayısıyla, bir pay sahibine pay bedelini ödemek dışında herhangi bir borç yüklemek esasen tek borç ilkesine aykırıdır; zira yükümlülüğün yerine getirilmemesi yükümlü ortağın sorumluluk sınırını genişletir. *Tekinalp*'e göre, anonim ortaklık esas sözleşmesine veya ortaklar sözleşmesine konulan bu optionların doğrudan doğruya TTK m. 480 f. 1'e aykırı olduğunu iddia etmek, tek borç ilkesinin sınırlarını aşar bir katılıkta uygulamaktır[54]. Bu sebepten ötürü, hükmün öngörülme amacına aykırı düşmeyen halleri –kanunda öngörülen istisnalardan olmamaları halinde de- TTK m. 480 f. 1'e aykırı saymamak uygundur[55].

V. SONUÇ:

Anonim şirketlerde pay devrinde hâkim olan genel ilke pay devrinin serbestliğidir. Ancak ortaklık devamlılığını zedeleyebilecek devralmalara karşı ortaklık yapısını korumak amacıyla nama yazılı payların devri sınırlandırılabilir. Bağlam adını verdiğimiz bu sınırlamalar, kanundan kaynaklanabileceği gibi esas sözleşmede düzenlenmekle de yapılabilir. Kanuni bağlamın temel amacı, şirketin sermayesini ve alacaklıları korumaktır. Bu bakımdan TTK'da yer alan hükümler hem sermayenin ko-

52 Sevi, Ali Murat. "*Anonim Ortaklıkta Payın Devri*" Ankara 2014, s. 59.

53 Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015, s.162.

54 A.g.e.

55 A.g.e.

runması hem de borçlar hukukunda borçlunun değişmesinin alacaklının onayı ile gerçekleşeceği düzenlemelerine uyar niteliktedir. Kanuni bağlam ile esas sözleşmesel sınırlamalar mutlak etkiye sahip iken, bu kurallar dışında nisbi etki doğuracak başka anlaşmalar yapılarak da pay devrine bazı sınırlamalar getirilebilir. Ancak nisbi etkilerinden dolayı, bu tür anlaşmalar aslında teknik anlamda bağlam olarak kabul edilemezler. Pay devri kısıtlamalarını güçlendirmek amacıyla, (i) pay sahipleri sözleşmesi ile getirilen pay devir kısıtlamalarının esas sözleşme (pay sahipleri sözleşmesine atıf yapmak suretiyle) ile beraber kullanılması veya (ii) pay sahipleri sözleşmesine cezai şart eklenmesi ile pay devri kısıtlamalarının güçlendirilebilmesi mümkündür. Ticari taraflar işlemlerinde bu hususları dikkate almalıdır.

KAYNAKÇA

Bozkurt, Tamer. "*Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması*", İstanbul 2016.
Demirkol, Berk. "*Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devri Kısıtlamaları*" http://www.academia.edu/5235722/Paysahipleri_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_ile_Getirilen_Pay_Devir_K%C4%B1s%C4%B1tlamalar%C4%B1_Contractual_Restrictions_on_Share_Transfer_ (son ziyaret edilme tarihi 19.02.2017)
Eren, Fikret. "*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*", Ankara 2014.
Karahan, Sami. "Şirketler Hukuku". Konya 2012.
Kendigelen, Abuzer. "*Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*" İstanbul 2012.
Narbay, Şafak. "*6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri*", Erzincan Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2012.
Paslı, Ali. "*Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması*" Batider 2012.
Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin. "*Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*". İstanbul 2014.
Pulaşlı, Hasan. "*Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri*", Ankara 1992.
Sevi, Ali Murat. "*Anonim Ortaklıkta Payın Devri*" Ankara 2014.
Tekinalp, Ünal. "*Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*" İstanbul 2015.
Turanlı, Hüsnü. "*Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri*" İzmir Barosu Dergisi 2015.
Uzel, Necdet. "*Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*", İstanbul 2013.

HAKİM ve SAVCILARA YÖNELİK USÜL KANUNLARI

Av. Hüseyin CİMŞİT[1]

5271 sayılı CMK nun Cumhuriyet Savcılarınca ve de hakimlerce uyulmayan ve ihlal edilen maddeleri;

I. Madde 34 - (1) Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu Madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.

(2) Kararlarda, başvurulabilecek kanun yolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir.

Uygulama: "Usul ve yasaya uygun/aykırı bulunduğundan" diye başlayan ve asla GEREKÇE olarak nitelenemeyecek ifadeler ile ara karar ve/veya nihai kararlar verilmektedir. Yasal açıklamadan yoksun kararlar GEREKÇELİ değildir.

II. Madde 83 - (1) Keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.

(2) Keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır

Uygulama: Hakimlerin büyük çoğunluğu bu konudaki kesin hükme rağmen keyfi davranarak keşif yapmamaktadırlar.

III. Madde 100 - (1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

Uygulama: Bu emredici hükme rağmen, madde 34 'e aykırı olarak tutuklama kararları verilmektedir.

IV. Madde 101 - (1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi

1 Samsun Barosu

üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.

Uygulama: Bu emredici hükme rağmen, madde 34 'e aykırı olarak gerekçeleri de belirtilmeden tutuklama kararları verilmektedir.

V. Madde 153 - (1) Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Uygulama: Vekalet olmadan dosya inceletilmiyor ve örnek verilmiyor. Müdafinin vekalete ihtiyacı yoktur.

VI. Madde 160 - (1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

(2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.

Uygulama: Cumhuriyet Savcıları, sanığın lehine olabilecek delilleri asla toplamamakta ısrar etmektedirler. Suçtan zarar görenin ya da sanık vekilinin talebine rağmen, açıkça belirterek " şu şu şu delillerin de maddi gerçeği ortaya çıkarmak için toplanması" talebine rağmen, gerekçesiz olarak bu delilleri toplamamaktadır. Bu da yargılamanın uzamasının en başlıca sebeplerindendir. Yargıtay yerleşik kararlarına göre de;" Soruşturma uzun sürebilir. Asıl olan yargılamanın kısa sürmesidir. Bunun için de delillerin tam toplanması şarttır."

VII. Madde 161 - (1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki Maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir.

Uygulama: Savcıların önemli bir kısmı, maddi gerçeği ortaya koyacak açık delilleri ilgili bilgileri ilgili kamu kurumlarından istememektedirler. Sanık emniyet görevlisi ise onu adeta koruma ve kollama ile kendilerini görevli görmektedirler.

VIII. Madde 170 - (1) Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.

(2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame

düzenler.

(4) İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır.

(5) İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.

Uygulama: İddianamelerin tamamı kanunun bu maddesine aykırı düzenlenmektedir. Hangi fiilin hangi kanuna göre hangi açıklama ile suç olduğu belirtilmemektedir. Fiil ile suç arasında delillerle birlikte ilişki kurulmamaktadır. Normlara hiç riayet edilmemektedir. Sonuçta da oluşan kanaat şudur; "Cumhuriyet Savcıları iddianame hazırlamayı bilmemektedirler".

IX. Madde 174 - (Değişik madde: 25/05/2005-5353 S.K./27.mad)

(1) Mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtilmek suretiyle;

a) 170 inci Maddeye aykırı olarak düzenlenen,

b) Suçun sübûtuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen,

İddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir.

Uygulama: Ceza yargıçları kanunun bu açık emredici hükmüne rağmen, CMK madde 34 ve Anayasa 141 e aykırı olarak, şablon kararlar ile iddianamenin kabulü kararları vermektedirler. Henüz duruşma başlamadan ve de iddianamenin kabul kararı üzerinden 15 gün dahi geçmeden "İddianamenin iadesi talebi" yapılınca da iade etmeyip, bir üst mahkemeye göndermekteler ve o mahkeme de;" Kabul edilen iddianame iade dilmez" diyerek adli tıkanıklığa yol açmaktadır.

X. Madde 192 - (1) Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmayı yönetir ve sanığı sorguya çeker; delillerin ikame edilmesini sağlar.

Uygulama: Hakimlerin önemli bir kısmı çelişkili ara kararlar vererek, delillerin ikame edilmesini sağlamamaktadırlar.

XI. Madde 214 - (1) Bir açıklamayı ve görüşü içeren resmî belge ve diğer yazılar ve fennî muayene ve doktor raporlarının okunmasından sonra gerekli görülürse belge ve diğer yazılar veya raporda imzası bulunanlar, açıklamada bulunmak üzere duruşmaya çağrılabilirler.

(2) Açıklama ve görüş veya rapor bir kurul tarafından verilmişse mahkeme, kurulun görüşünü açıklamak üzere görevi, üyelerden birine vermeyi kurula önerebilir.

Uygulama: Bilirkişi raporunu verenleri duruşmaya (talebe rağmen) çağırmıyorlar. Bu işini bilir bilirkişiler birçok olayda olmayan suçu uyduruyorlar. Ancak hesap vermiyorlar.

XII. Madde 230 - (1) Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:

a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler.

b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.

c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanunu'nun 61 ve 62 nci Maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı Maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.

Uygulama: Hakimler, fiilleri ve onun karşılığı olan suçu nitelemeden "dosya içeriğine göre" diyerek hüküm kurmaktadırlar. Halbuki; "şu fiil şu kanunun şu maddesine göre suçtur ve cezası da şu maddeye göre budur" şeklinde hüküm kurmaları gerekmektedir. Normda yazılı olmayan fiil suç olarak nitelenemez.

XIII. Madde 232 - (1) Hükmün başına, "Türk Milleti adına" verildiği yazılır.

(3) Hükmün gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmemişse açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dava dosyasına konulur.

(6) Hüküm fıkrasında, 223 üncü Maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun Maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir.

Uygulama: Bu maddeleri yargıçların büyük çoğunluğu uygulamamaktadır. Ceza dosyalarında binlerce örneği vardır.

XIV. Madde 234 - (1) Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

a) Soruşturma evresinde;

1. Delillerin toplanmasını isteme,

Uygulama: Cumhuriyet Savcıları kendilerine yapılan yazılı başvuruya rağmen delilleri toplamamakta ısrar etmektedirler.

XV. Madde 267 - (1) Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

XVI. Madde 268 - (1) Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci Maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü Madde hükmü saklıdır.

(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

XVII. Madde 271 - (1) Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenir.

(2) İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.

(3) Karar mümkün olan en kısa sürede verilir.

Uygulama: Kanunun bu maddeleri ara kararları ve tensip kararlarını da içermektedir. Ancak, mahkemeler bu maddelere göre yapılan başvuruları ya cevapsız bırakmakta ya da gerekçesiz olarak ret etmektedirler. Özellikle iddianamenin iadesi talepleri ve de delillerin araştırılması ara kararlarında söz konusu olmaktadır. Sürelere riayet edilmemektedir. Müdafi ya da vekil dinlenilmemektedir.

6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu ile ilgili hakimlerce uyulmayan ve ihlal edilen maddeleri;

I. Madde 24- (1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.

Uygulama: Özellikle dilekçeler daha karşılıklı teati edilmeden, ön inceleme duruşması yapılmadan "Ön inceleme ve delil (emsal bedel gibi) toplanması" kararları verilmektedir.

II. Madde 25- (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki

taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.

Uygulama: Önemli sayıda yargıç bu maddelere uymamaktadır.

III. Madde 30- (1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.

IV. Madde 31- (1) Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir.

Uygulama: Önemli sayıda yargıç bu maddelere uymamaktadır.

V. Madde 137- (1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir. (2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.

VI. Madde 139- (1) Mahkeme, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve yukarıdaki maddelerde belirtilen incelemeyi tamamladıktan sonra, ön inceleme için bir duruşma günü tespit ederek taraflara bildirir. Çıkarılacak davetiyede, duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği ve diğer tarafın, onun muvafakati olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği ayrıca ihtar edilir.

Uygulama: Önemli sayıda yargıç bu maddelere uymamaktadır.

VII. Madde 266; (Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz), madde 268/1 (Listelerde bilgisine başvurulacak uzmanlık dalında bilirkişinin bulunmaması hâlinde, diğer bölge adliye mahkemelerinde oluşturulmuş listelerden, burada da

yoksa liste dışından bilirkişi görevlendirilebilir)"

Uygulama: Uzmanlığı olmadığı halde yargıçlar senet ve belgelerdeki sahtecilik suçlarında, Yargıtay kararlarına rağmen "kimyasal analiz-mürekkep yapı ve yaşı tayini" yaptırmamakta, birçok yerde direnmektedirler. Yargıtay kararlarına rağmen keyfi karar vermektedirler.

VIII. Madde 288- (1) Hâkim, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir. Hâkim gerektiğinde bilirkişi yardımına başvurur. (2) Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya resen alınır.

Uygulama: Talebe rağmen birçok kez keşif kararı gerekçesiz olarak verilmemektedir.

Yukarıda belirtilen kanun maddelerine uyulduğu taktirde hem adalete olan güven artacaktır hem de yargılama süresi kısalacaktır.

DOSYA (ALACAK) HACZİ MESELESİ VE BU HACİZLERDE 2004 SY. İİK M. 106-110 UYGULAMASI İLE İLGLİ Y. 12. HD.'NİN 20/10/2015 TARİHLİ KARARI

Av. Koray ÖZDOĞAN

Alacaklı vekili olarak takibini üstlendiğimiz dosyalarda öncelikli isteğimizin borçlu malvarlığında paraya çevrilmesi kolay ve çekişmesiz olan değerleri görmek olduğu tartışmasızdır. Ne var ki paraya çevirme serüveni her zaman istediğimiz gibi gitmemekte ve bazen borçlunun başka icra dosyalarında bulunan alacakları dahi (uygulamadaki yaygın ismiyle "dosya haczi") haczin konusu olabilmektedir. Uygulamada çeşitli sebeplerle az tercih edilmesi ve hakkında nispeten az Yargıtay kararı olması sebebiyle, 2004 sy. İİK'da bulunan bazı hükümlerin bu kuruma nasıl uygulanacağı meselesi uygulayıcıların kafalarında soru işaretlerine sebep olmaktadır.[1] Nitekim bu konuda 20/10/2015 tarihli 12. Hukuk Dairesi kararı yeni ve özgün bir görüş olarak dikkatimizi çektiği için bu yazımız kapsamında incelenecektir.

Çalışmamızda öncelikle mezkur 12. HD içtihatı paylaşılacak ve içtihatı alakadar ettiği ölçüde dosya haczi meselesini, İİK m. 120/2'de düzenlenen tahsil yetkisini ve İİK m. 106-110 hükümlerinin amacını inceleyeceğiz. En son kısımda ise konu ile alakalı şahsi görüşümüz paylaşılacaktır.

I. YARGITAY 12. HD. 20.10.2015 T. 12762 E. 25154 K. SAYILI İÇTİHATI

"Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi .... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından, genel haciz yolu ile başlatılan takibin kesinleşmesi üzerine, takip borçlusunun alacaklı olduğu 17 adet dosyadaki alacakları

1 İcra ve İflas Hukukçusu Sn. Av. Talih UYAR'a göre kurumun az tercih edilme sebebi 2004 sy. İİK m. 89 hükümlerinin aynı vazifeyi görmesi ve alacaklıyı bazı açılardan daha avantajlı hale getirmesidir, detaylı bilgi için bkz. http://app.e-uyar.com/aciklama/view/0341cce2-2c7e-4491-a800-d95a21fedbef

üzerine 17.04.2013 tarihli talep doğrultusunda haciz konulduğu, borçlunun, borçlu olduğu dosyanın işlemden kaldırılması ile süre aşımı nedeniyle alacaklı olduğu icra dosyalarındaki alacağı üzerine konulan haczin kaldırılması yönündeki 05.02.2015 tarihli talebinin icra müdürlüğünce reddedildiği, bu kararın şikayet konusu yapıldığı, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmıştır.

İİK›nun «paraya çevirme» başlığını taşıyan 106 ve devamı maddelerinde, taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. 02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun›un 21. maddesi ile 2004 sayılı İİK.nun 106. maddesinde yapılan değişikliğin, anılan Kanun›un 106. maddesi gereğince, Kanun›un yayım tarihi olan 05/07/2012 tarihinden itibaren 6 ay sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. 17.04.2013 günlü haciz tarihi itibari ile yürürlükte bulunan 6352 sayılı Yasa ile değişik İİK›nun 106. maddesine göre; «Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı taşınır hükmündedir.» Aynı Kanun›un 110. maddesinde ise; «Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar» hükmü yer almaktadır. Haczin, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun 3. kişilerdeki alacakları nedeni ile başlattığı takip dosya alacaklarına, bir diğer anlatımla 3. kişilerdeki hak ve alacakları üzerine konulduğu anlaşılmıştır. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları İİK.nun 106. maddesinin 2. fıkrası uyarınca menkul hükmündedir. Bu nedenle haciz hakkında İİK.nun 106 ve 110. maddeleri uygulanır. Fakat borçlunun hak ve alacağının taşınır satışı gibi satışı söz konusu olmaz. İcra ve İflas Kanununda satışın dışında, özel paraya çevrilme usulleri düzenlenmiştir. Bunlardan birisi de İİK.nun 120/2. maddesidir. Bu maddeye göre, borçlunun üçüncü kişideki hak ve alacaklarının haczi halinde, alacaklı, icra müdüründen takip yetkisi alarak haczedilen hak ve alacağın tahsilini sağlamalıdır. Bir diğer anlatımla haczedilen hak ve alacağı paraya çevirmelidir. İşte borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacağının haczinde, satış talebinden anlaşılması gereken, İİK.nun 120/2. maddesi uyarınca yetki talebinde bulunmaktır. Buna göre, alacaklı, hak ve alacağın haczinden itibaren İİK.nun 106. maddesinde öngörülen 6 aylık sürede icra müdürlüğüne başvurarak İİK.nun 120/2. maddesine göre kendisine yetki verilmesini talep etmelidir. Aksi halde İİK.nun 110. maddesi uyarınca haciz düşecektir.

Somut olayda, alacaklı tarafından haciz tarihinden itibaren 6 aylık süre içinde icra müdürlüğüne başvurularak İİK.nun 120/2. maddesine göre yetki talep edilmediği görülmekte olup, bu durumda İİK.nun 110.

maddesi uyarınca haciz düşmüş bulunmaktadır. O halde mahkemece, şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Borçlunun temyiz itirazlarının 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, 20/10/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi."

II. DOSYA (ALACAK) HACZİ KAVRAMI VE USULÜ

Ödeme emrindeki müddet geçtikten sonra ve borçlu itiraz etmiş ise itirazı kaldırıldıktan sonra mal beyanını beklemeksizin alacaklı haciz konmasını isteyebilir (İİK m. 78/1-ilk cümle). (Alacaklının talebi üzerine) Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısla olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur (İİK m. 85/1-ilk cümle).

Borçlunun üçüncü kişilerde bulunan hak ve kıymetli evraka bağlanmamış alacaklarının haczinde, kural olarak, İİK m. 892 hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir.[3] Bu minvalde "borçlunun taraf (alacaklı) olduğu icra dosyalarında bulunan alacağının haczi" olarak nitelendirebileceğimiz dosya (alacak) haczinin konusunun da bir nev'i "alacak hakkı" olduğu iddia edilebilecektir.[4] Uygulamada icra müdürlükleri, konusu dosya haczi olmayan alacak haczi taleplerinde 89. maddeyi uygulamakta ve İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nde bulunan örnek no:20'yi üçüncü kişilere göndermektedir. Konusu dosya haczi olan taleplerde ise (borçlunun alacaklı olduğu) icra dosyalarına örnek no:20'yi göndermemekte ancak matbu bir üst yazı hazırlayarak ilgili icra dosyasında bulunan borçlu

2 İİK m. 89/1: "Hâmiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede müstenit bulunmayan alacak veya sair bir talep hakkı veya borçlunun üçüncü şahıs elindeki menkul bir malı haczedilirse icra müdürü; borçlu olan hakiki veya hükmî şahsa bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödeyebileceğini ve takip borçlusuna yapılan ödemenin muteber olmadığını veya malı elinde bulunduran üçüncü şahsa bundan böyle menkul malı ancak icra dairesine teslim edebileceğini, malı takip borçlusuna vermemesini, aksi takdirde malın bedelini icra dairesine ödemek zorunda kalacağını bildirir. (Haciz ihbarnamesi)...".

3 Timuçin MUŞUL, İcra ve İflas Hukuku Esasları, 2017, s. 375; İİK m. 89'a göre; borçlunun üçüncü kişilerdeki "sair talep hakları"nın da haczedilebileceği yönünde bkz. Cenk AKİL, Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, 2002, s. 9.

4 İİK m. 89'a göre; borçlunun üçüncü kişilerdeki "sair talep hakları"nın da haczedilebileceği yönünde bkz. Cenk AKİL, Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, 2002, s. 9.; İcra müdürlüğünün "üçüncü kişi" sıfatını haiz olmadığı için dosya hacizlerinde İİK m. 89/1'in uygulanmayacağı yönünde bkz. 23. HD., 27.3.2012, 1181/2371); Aynı yönde bkz. Mahmut COŞKUN, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 2018, s. 97-98.

alacağının haczedildiğini muhatap icra müdürlüğüne bildirmektedirler. Çalışmamız kapsamında yaptığımız araştırmalarda, icra müdürlerince bu farklılığın bilinçli olarak tercih edilmediğini ancak dosya haczinde kullanılan matbu üst yazının UYAP sisteminde kayıtlı olarak bulunduğunu, tespit ettiğimizi de belirtmek isteriz.

III. İİK M. 120/2 HÜKMÜ VE UYGULAMASI

İİK m. 120/2: "Aynı suretle hacze iştirak edenlerin hepsi veya içlerinden birisi borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağının tahsilini veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava hakkının kullanılmasını, masraf kendilerine ait olmak ve fakat haklarına halel gelmemek şartiyle üzerlerine alabilirler." düzenlemesine haizdir. Mezkur madde kapsamında takip borçlusunun, talep halinde, üçüncü kişilerdeki alacağının tahsil yetkisinin takip alacaklısına/alacaklılarına devredilme imkanı düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen devir kavramının "dava(takip) açıp yürütme" yani dava takip yetkisinin devredilmesi olduğu kabul edilmektedir.[5] Nitekim böylece alacaklı, borçlunun üçüncü kişilerde bulunan alacağının ifasını talep ve bu alacağı takip edebilecektir.6 Maddede düzenlenen (aynı suretle hacze iştirak, bütün iştirakçilerin ya da birisinin talebi) şartları sağlayan ve tahsil yetkisini alan alacaklı ile borçlu arasında kanundan doğan bir sorumluluk ilişkisi kurulduğu kabul edilmektedir.[7]

Uygulamada da bu kurum "yetki belgesi" olarak adlandırılmaktadır. Dosya haczini gerçekleştiren alacaklı, İİK m. 120/2 uyarınca aldığı yetki belgesi vasıtası ile dosyada aynen bir alacaklı gibi kontrol yetkisi kazanmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki İstanbul Adliyeleri'nde bu kurumun uygulanması ile ilgili bir standart bulunmamaktadır. Müdürlükler arası uygulamalar farklılıklar arz etmekte ve bu durum da hukuki belirlilik ilkesini zedelemektedir.[8]

IV. İİK M. 106-110 HAKKINDA

Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir. Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı taşınır hükmündedir (İİK m. 106). Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya icra müdürü tarafından

---

5 Uğur BULUT, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri (İİK m. 120), 2002, s. 52-53; İflasta bu hükmün 245. Maddede düzenlendiği yönünde bkz. İlhan POSTACIOĞLU, İcra Hukuku Esasları, 1982, s. 450.

6 Maddenin esas amacının bu olduğu yönünde bkz. BULUT, s. 55.

7 Yazara göre bu ilişki maddi hukuk kökenli vekalet veya temsil olmamakla beraber usul ve icra hukukuna özgü bir durumdan ibarettir, BULUT, s. 203-204.

8 Esasen konunun uygulamasının az olmasının bir sonucu da budur.

verilecek karar gereği gerekli gider onbeş gün içinde depo edilmezse veya talep geri alınıp da kanuni müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar (İİK m. 110/1-ilk cümle). Kanun lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere kanun koyucu mahcuzların satış şekli ve zamanı için alacaklıya (ve borçluya) sınırsız bir takdir yetkisi vermemiştir.[9] Bu maddeler kapsamında düzenlenen sürelerin "hak düşürücü" nitelikte olduğu ve icra müdürünce re'sen dikkat edileceği kabul edilmektedir.[10] Mezkur maddeleri yorumlayan yüksek mahkeme kararlarını incelediğimizde ise bu maddelerin amacının "alacaklının takibi süründemede bırakmaması" olarak kabul edildiğini görmekteyiz.[11] Gerçekten mahcuzların paraya çevrilmesinde hem (alacağına bir an önce kavuşması gereken) alacaklının hem de (borcuna her geçen gün faiz işletilen) borçlunun menfaati bulunmaktadır.

V. İÇTİHAT VE KONU İLE ALAKALI GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıda tam metni verilen 12. HD içtihatı yeni ve özgün bir yaklaşım içerdiği için, dikkat çekicidir. Mezkur içtihat değerlendirildiğinde 12. HD'nin, bazı açılardan, "para ve alacak" hacizleri kapsamındaki içtihatlarının aksi yönünde karar vermiş olduğu görülmektedir. Gerçekten de daire, geçmiş tarihli[12] kararlarında ve hatta işbu makale kapsamında incelenen içtihattan sonra tarihli[13] kararında farklı yönde içtihatlarda bulunmuştur. Esasen –sonraki tarihli içtihat bakımından- bu farklılığın, haciz konulan dosyalarda para bulunup bulunmamasından kaynaklanabileceği düşünülebilirse de, içtihatta bu ayrım ile ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce, haciz konulan dosyada para olup olmadığı hususu satış isteme sürelerinin başlangıcı bakımından bir farklılık yaratmamalıdır.

---

9 (İcra ve İflas Hukukunda) Alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin dengelenmesi gerektiği hakkında bkz. MUŞUL, s. 6.

10 MUŞUL, s. 428.

11 Bkz. YİBK. 16.02.2018 T. E:2016/4, K:1; HGK. 16.05.2018 T. E: 2017/12-707, K: 1100; 23. HD. 27.09.2013 T. E:4460, K:5835.

12 "…Alacak ve para, menkul hükümlerine göre haczedilir ise de, bu paranın satılarak paraya çevrilmesi söz konusu olamayacağından satış isteme açısından İİK'nın 106. Ve 110. maddelerinin tatbiki düşünülemez…" 12. HD, 27.05.2014, 12539/15092.

13 "…Somut olayda; haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun alacaklı konumunda olduğu... 8. İcra Dairesi'nin 2011/11595 Esas sayılı dosyası üzerine konulmuş olup, İİK'nun 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun bu takip dosyasındaki alacağı menkul hükmünde ise de, mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebinin, satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulması gerekir.Hal böyle olunca, haciz konulan takip dosyasında, 14.4.2016 tarihinde tahsilat yapılmış olup, bu tahsilat ile para istenebilir hale geldiğinden, bu tarihten itibaren şikayet tarihi olan 27.6.2016 tarihine kadar 6 aylık paranın celbi süresinin dolmadığı görülmektedir…" 12.HD, 06.04.2017, 85/5611.

Biz makale kapsamında incelenen 20.10.2015 tarihli içtihatı ve benimsenen ilkelerin takip hukukunun amacı[14] ve hakkaniyet bakımından isabetli olduğunu düşünüyoruz. Bu konudaki dayanaklarımız ise aşağıdaki gibidir:

1. Dosya haczinde satış isteme süreleri haczin konulduğu andan (dosyaya paranın girdiğin andan itibaren değil) itibaren başlamalıdır.[15] Aksi görüşün kabulü halinde, bu durumun, farklı açılardan mağduriyete sebep olabileceğini düşünüyoruz. Bizce mahcuz dosyadaki asli alacaklı dosya alacağına konulan hacze muttali olduğu andan itibaren bu dosyada takip işlemleri yapmaya, kuvvetle muhtemel, son verecektir. Mahcuz dosya alacaklısının, özellikle de aciz halinde ise, "Dosya kapsamında yapılacak tahsilatı başka bir kişi alacaksa niye uğraşayim?" diye düşüneceği ve bu şekilde dosya takibini bırakacağı izahtan varestedir. Mahcuz dosyanın hareketsiz bırakılarak kaderine terk edilmekten kurtarılması ancak satış isteme sürelerinin haczin konulduğu andan itibaren başlatılması ile mümkündür

2. Dosya haczinde satış isteme sürelerinin bu şekilde belirlenmesinden sonra, satış isteme usulünün de İİK m. 120'de düzenlenen hükümler[16] uyarınca gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Zira aksi görüşün kabulü dosyaya haciz koyan tali alacaklının adeta "sorumsuzluk kalkanı" altına alınmasına sebep olacaktır. Henüz tahsilat yapılmamış dosyaya haciz koyan bir tali alacaklı bulunduğunu düşünelim. 20.10.2015 tarihli içtihatta belirtilen ilkeler benimsenmez ise bu tali alacaklıyı harekete geçmeye zorlayacak hiçbir enstirümanın olmadığı ortadadır. Gerçekten de tali alacaklı yönünden satış isteme süreleri (dosyada para tahsilatı olmadığından) başlamayacak ve bu tali alacaklı İİK m. 120/2'de düzenlenen yetki belgesini de almadığı için bir sorumluluğu[17] bulunmayacaktır. Ne de olsa o yalnızca haciz koyan bir tali alacaklıdır ve bu şekilde, dosyada tahsilat olana kadar, ilanihaye koyduğu haciz baki şekilde beklemek hakkına sahiptir. Her ne kadar bu durumda İİK m. 113/1[18] hükmünün uygulanabileceği savunulabilirse de bunun pratikte ne kadar yararlı olacağı ayrı bir muammadır.

---

14 Bkz. yukarıda dn. 9.

15 Her ne kadar "dosya kapsamında yapılan haczin alacaklıya tebliği ile sürenin başlatılması gerektiği" savunulabilirse de İİK m. 106 ve m. 110'un açık lafzı bu görüşe haklılık payı bırakmamaktadır.

16 20.10.2015 tarihli içtihattaki tabiri ile "özel paraya çevirme usulü".

17 Mezkur yetki belgesi ile takip yetkisini devralan alacaklı yönünden kanuni bir sorumluluk sisteminin kurulduğu yönünde bkz. BULUT, s. 203-204.

18 Alacaklı talep etmeden borçlunun talebiyle de satış yapılabilir.

3. 20.10.2015 tarihli içthatta benimsenen ilkeler İİK m. 106-110 hükümlerinin ruhu (ratio legis) ile de uyumludur. Zira yukarıda da detayını verdiğimiz üzere ilgili hükümlerin amacı "alacaklının takibi sürüncemede bırakmasını önlemek"ten ibarettir. Konusu dosya olan hacizlerde ise bu sürenin hacizden itibaren başlatılması ile kanunun ruhuna uygun davranılmış olacaktır.

3298 SAYILI UYUŞTURUCU MADDELERLE İLGİLİ KANUN 4. MADDE İNCELEMESİ

Av. Müslüm YILDIZ

I. GİRİŞ

Haşhaş bitkisinin binlerce yıllık tarihi süreç içerisinde tek tek bireylerin değil aynı zamanda ulusların kaderini değiştirdiği bir gerçek. Gerek Anadolu'da gerekse tüm dünyada yüzyıllardır üretilen ve uğruna savaşlar yapılan, iktidarları deviren, darbelere dahi neden olan bir bitkiden bahsedeceğiz. Bir bitki düşünün ki hem savaşlara neden olsun hem de savaşlar sonucunda meydana gelen acıları dindirsin. Bu yüzden haşhaşa olan talep hiç azalmadı. Özellikle haşhaş bitkisinden morfinin üretilmeye başlanmasıyla önemini daha da artırdı. Önceleri tamamen yasal olan haşhaş bitkisi ve afyonun tarihi süreç içerisinde ülkeler tarafından zamanla yasaklandığı veya üretimin devlet kontrolü altına alınmaya başlandığını görmekteyiz.

Bu çalışmamda öncelikle haşhaş bitkisi ile afyonun ne olduğundan kısaca söz edeceğim. Sonrasında öncelikle dünyadaki gelişimi ile Anadolu'daki gelişimi üzerinde duracağım. Anadolu'daki ekim alanlarını, bu ekim alanlarının cumhuriyet döneminde artışı ve azalışını, bunun nedenlerini kısaca anlatacağım.

Haşhaşın dünyada ve Anadolu'daki tarihsel gelişiminden sonra 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'un 4.maddesinde yer alan cezai hükümleri inceleyeceğim. Cezai hükümleri incelerken özellikle fıkra fıkra incelemeyi daha uygun gördüm. Zira her bir fıkra kendi içinde bağımsız ve farklı özellikler ihtiva etmekteydi. Ayrıca son olarak da her fıkra ile ilgili Yargıtay kararı eklemenin yanı sıra ayrıca Yargıtay kararları ışığında uygulamanın nasıl olduğuna ilişkin ayrı bir başlık açmanın da uygun olacağını düşündüm.

II. KAVRAM

A. Haşhaş

Haşhaş (Papaver somniferum L.), Gelincikgiller (Papaveraceae) familyasından, tek yıllık ve kazık köklü bir bitki olup 80 – 170 cm. arasında

boya ulaşan stratejik değeri haiz önemli bir tıbbi bitkidir.[1] Papaver Latince "gelincik", somniferum terimi ise "uyku getiren, uyutan, rüya görmek" anlamına gelmektedir.

1. Papaver somniferum alt tür anatolicum (Körhaşhaş): Bitki 50-120 cm boyunda, az veya orta dallı, kapsülleri büyük (5 cm çaplı), kalın kabuklu, konik, yuvarlak, olgunlaşınca delikleri açılmayan türdür. Bu alt türün de beyaz ve mor çiçekli olan varyeteleri(çeşit) vardır:

- Varyete albescens(Akhaşhaş): Çiçekler saf beyaz, tohumlar beyaz veya deve tüyü renklidir. Ekilmekte olan haşhaşların %60-70'ini bu varyete teşkil etmektedir. Bilhassa Amasya, Tokat, Çorum, Malatya'da ekilmektedir.

- Varyete violascens(Karahaşhaş, Gökhaşhaş): Çiçekler açık veya koyu mor, tohumlar gri veya kahverengidir. Yukarıdaki varyete göre daha az ve genellikle onunla birlikte ekilmektedir.

2. Papaver somniferum alt tür spontaneum (Açıkhaşhaş): Bitki 60-100 cm boyunda, kapsülleri küçük (2,5 cm çaplı), çok ve nadiren orta dallı, ince kabuklu olup olgunlaşınca kapsül meyvede delikler açılır. Bu alttürün de varyeteleri vardır. Ekimi körhaşhaş alt türünün varyetelerine göre az olmakla beraber Bilecik, Kütahya, Uşak, Afyon, Burdur, Isparta, Denizli ve haşhaş ziraati yapılan hemen her mıntıkada bulunur. Varyete violaceum'un çiçekleri açık mordan koyu mora kadar değişen renkli, dip kısımları koyu mor renklidir. Tohumlar mavimsi, gri veya kahverengidir. Anadolu'da açıkhaşhaşın en çok rastlanan varyetesidir.[2]

B. Afyon

Afyon, gelincik familyasında yer alan otsu bitkilerden haşhaşın (papaver somniferum) olgunlaşmasına yakın kozalarının özel bıçaklar yardımıyla çizilmesiyle akan özsuyunun hava ile temas etmesi sonucu oluşan bir maddedir.[3]

Haşhaştan elde edilen en önemli madde olan afyon, tarih boyunca üretiminin yapıldığı her toplumda farklı adlarla anıla gelmiştir. Eski Yunan dilinde "makon" veya "mecone", Arapçada "afium", Hintçede "aphena, aphima ve ahiphena", Çincede "o-fu-yung", Latincede ise "opium" kelimeleri

1 Santella, Thomas M. (2007). Opium, Drugs The Straight Facts, s.16

2 Erhan Günay, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, 4.Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.265.

3 Mehmet Ali Kağıtçı, Afyon, İstanbul:Vakit Matbaası, 1960, s.13

kullanılmıştır.4 Sanskritçe'de "aphin" olarak ifade edilirken,[5] Türkçede kullanılan "afyon" kelimesi ise Farsçada kullanılan "afyûn" kelimesinden türetilmiştir.[6]

Afyondan bahsetmişken morfinden bahsetmemek olmazdı. Özellikle hem tıbbi ve hem de bununla ilişkili olarak askeri anlamda afyonun önemini artıran gelişmelerden birisi de morfinin keşfedilmesidir. 1805 yılında Alman kimyager Wilhelm Adam Sertürner tarafından afyondan ilk defa morfin elde edilmiştir. Morfin, ismini Yunan mitolojisinde rüya tanrısı olan Morpheus'dan almıştır.

III. HAŞHAŞ VE AFYONUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Haşhaş ve afyonun tarihsel gelişimini anlatırken, kavram kısmında anlattıklarımızdan da anlaşılacağı üzere, haşhaş ve afyonun tarihsel gelişimini aynı başlık altında anlatmanın daha uygun olacağını düşündük.

A. Haşhaş ve Afyonun Dünyada Tarihsel Gelişimi

Haşhaş (Papaver somniferum L.), Türkiye'nin güneydoğusunun da parçası olduğu Münbit Hilal başta olmak üzere dünyanın pek çok yerinde çok eskiden beri bilinen ve yetiştirilen bir tarım ürünüdür. M.Ö. 5000'lerde Sümerler döneminde Nippur'da bulunan kil tabletlerden anlaşıldığı kadarıyla bu bitkiyi biliyor ve "gil, hul gil" yani keyif bitkisi adıyla kullanıyorlardı.[7] Yine Asurluların da kabartmalarında haşhaş sembolü kullanmalarından ötürü bu bitkiyi tanıdıkları anlaşılmaktadır. Sümerler ve Asurlular aracılığıyla haşhaşın Babillilere ve onlardan da zamanla Antik Mısır'a, Antika Yunan ve Roma'ya yayıldığı düşünülmektedir. M.Ö. 2000'lerde Antik Mısır'da haşhaşın bir gıda maddesi olması yanında cerrahide de kullanıldığına dair papirüsler bulunmuştur.[8] Haşhaş tohumlarından başka en eski afyon buluntusu ise M.Ö. 15. yy.'a ait Antik Mısır'daki bir mezarda ele geçirilmiştir. Söz konusu dönemde Teb şehri, haşhaş yetiştiriciliğinde o kadar ilerlemişti ki elde edilen afyon, pazarlarda Teb Afyonu olarak biliniyordu. Nitekim bundan ötürü afyondan elde edilen bir alkaloid olan tebain adını bu şehirden almıştır.[9]

---

4 Ali Kürçay, Haşhaşların Kültür Şekline Girmesinde Türk Çeşitlerinin Mevki ve Rolü, Ankara: Çankaya Matbaası, 1946, s.41.

5 Pierre-Arnaud Chouvy, Opium: Uncovering The Politics of The Poppy, Harvard University Press, 2010, s.4.

6 Mustafa Baktır, "Afyon", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA), I, s.442.

7 Ayhan Songar, Haşhaş Meselesi ve Türkiye, İstanbul: Hareket Yayınları, 1974, s.17.

8 James Barter, "Opium", Drug Educatiun Library, 2004, s.10.

9 Martin Booth, Haşhaştan Eroine Uyuşturucunun 6000 Yıllık Öyküsü, İstanbul: Sabah Kitapları, s.15.

Haşhaşın Ortadoğu'daki bilinirliğinden ayrı olarak M.Ö. 4000'lerde de Avrupa'da tanındığı yapılan arkeolojik çalışmalarla ortaya konmuştur.[10] Yapılan yeni araştırmalar sayesinde haşhaşın ziraat tarihinde kayda değer bulgular elde edilmektedir. Son olarak İspanya'nın Katalonya Özerk Bölgesi'ndeki Neolitik köyü olan La Draga'da Erken Neolitikte haşhaş yetiştiriciliği yapıldığına dair bulgular ele geçirilmiştir.[11] Söz konusu bu önemli buluş haşhaş yetiştiriciliği tarihini yeniden şekillendirecek mahiyettedir. Zira buna göre haşhaşın, anavatanında kültüre alınmasından sonra çok hızlı bir şekilde İber Yarımadası'na kadar ulaşmış olması gerekir ki bu o dönem için zayıf bir ihtimaldir. Eğer yavaş bir ilerlemenin sonucunda İber Yarımadası'na yayılımı söz konusuysa da Anadolu'daki haşhaş yetiştiriciliğinin çok daha gerilere uzanması gerekmektedir. Bununla birlikte La Draga'daki çalışmalar hala devam etmekte olup söz konusu haşhaş buluntularının o dönem için ne amaçla kullanıldığı (Tıbbi, gıda maddesi vs.) hala bilinmemektedir. Bundan başka zayıf bir ihtimal olmakla birlikte İber Yarımadası'nda da Anadolu'dan bağımsız olarak haşhaş yetiştiriciliğinin başlamış olabileceğidir. İsviçre'de de M.Ö. 4000'lere tarihlenen haşhaş tohumu ve kapsül kalıntılarına (Papaver somniferum ya da melez bir türe ait) ulaşılmıştır.[12] İspanya ve İsviçre'deki bu buluşlardan başka Fransa, Almanya ve Macaristan'da mağaralarda bulunan haşhaş kalıntıları üzerindeki çalışmalar bunların M.Ö. 4 – 5 binlere ait olduğunu göstermiştir.[13] Hatta Merlin, Neolitik ve Erken Bronz Çağı'na ait fosil kayıtlarından hareketle haşhaşın ilk olarak Alplerde ve Alplerin batısındaki platolarda kültüre alındığını ifade etmektedir.[14]

Haşhaşın dünya genelinde yayılmasında Arap tüccarlar önemli rol oynamıştır. Tacirler haşhaşı 8. ve 9. yy.'larda Hindistan'a götürmüş, bitki buradan da Uzak Doğu'ya yine Araplar tarafından yayılmıştır. Bu yaygın kanaatin yanı sıra Çin'de afyon kullanımıyla ilgili olarak çok daha eski yazılı belgelere ulaşılmıştır.[15] İlerleyen yıllarda Çin'de afyon kullanımı o kadar yaygın bir noktaya gelmiştir ki ülke 20. yy.'ın başında küresel afyon üretiminin % 85 ila % 95'inin alıcısı haline gelmiş, ülkede her 4 erkekten 1'i afyon tüketir olmuştu.[16]

---

10 Hülya Eken, Haşhaş, Ankara: Tarımsal Ekonomi Araştırma Enstitüsü-Bakış, Sayı 7, s.4.

11 Antolin ve ark., 2015: 95

12 Booth, age, İstanbul: Sabah Kitapları, 1996, s.14.

13 Bernáth, 1998a: 1

14 Ünsal ve Göçmez, 2004: 212

15 Booth, age, İstanbul: Sabah Kitapları, 1996, s.19.

16 UNODC, 2009: 25

Haşhaş ve afyonun tarihsel sürecinden bahsetmişken İngiltere ile Çin arasında gerçekleşen Afyon Savaşı'ndan bahsetmemek olmazdı. İngilizlerin Çin ile geniş anlamda ticarete başlaması öncelikle İngiltere'nin özellikle 17. Yüzyıldan itibaren Hindistan'da egemenliğini artırmasıyla iki tarafın birbirine yakınlaşması sayesinde olmuştur. Portekiz'in 16. yüzyılın sonlarına doğru Hindistan'da etkisini kaybetmesi ve sonrasında İngiltere'nin Portekiz'in yerini alması İngiltere ile Çin arasında ticaretin başlamasına vesile olmuştur. Burada esasen Çin ile Hindistan arasındaki fark şudur ki Çin'in ekonomisinde ticaretin yeri, Hindistan'a kıyasla pek önemli değildi. Çin, ekonomik olarak dışa kapalı bir yapıya sahipti. Özellikle 18.yüzyılın sonuna doğru İngiltere ile Çin arasındaki ticaret hacmi Çin lehine büyümeye başlamıştı. İngiltere'ye porselen, ipek ve özellikle çay ihraç eden Çin'e karşılık İngiltere tarafından daha çok pamuk ihraç ediliyordu. Ancak bu durum İngiltere ekonomisini zor duruma düşürmeye başlamıştı. İngiltere tarafından özellikle bu açığı kapatmak amacıyla Çin'e illegal bir şekilde afyon ticaretine başlandı. Özellikle 19.yüzyılın başlarında afyon ticareti, Çin açısından dayanılmaz bir seviyeye gelmişti. Çin yetkililerinin bu konudaki uyarıları ciddiye alınmadı. Bunun üzerine Çin'in Guangzhou'daki imparatorluk temsilcisi Lin Zexu afyon kaçakçılığının devam etmesi üzerine İngiliz hükümetinin mallarına el koydu ve afyon sandıklarını imha etti. Buna karşılık olarak İngiliz hükümeti tazminat isteminde bulundu. Sonrasına 1840 yılında da adına Afyon Savaşı denilen savaş patlak verdi. Bu süreç Çin'in ticari anlamda Osmanlıdaki kapitülasyonlar düzenlemesinin benzerini Batılı güçlere karşı kabul etmesiyle sonuçlandı.

B. Haşhaş ve Afyonun Anadolu'da Tarihsel Gelişimi

Anadolu'daki haşhaş ekiminin binlerce yıllık bir geçmişinin olduğunu yapılan çalışmalardan biliyoruz. Kabartmalarda, fresklerde haşhaşın kullanıldığını bilmekteyiz. Yine yapılan arkeolojik çalışmalarda kömürleşmiş haşhaş tohumları da bulunmaktadır. Özellikle Arkeolog Prof. Dr. Mehmet Özhanlı başkanlığında 2015'te Isparta'daki M.Ö. 275'te kurulmuş olan Pisidia Antiocheia antik kentindeki kazılarda kömürleşmiş haşhaş tohumlarının ele geçtiğini biliyoruz. Türkler de Anadolu'ya geldiklerinde binlerce yıllık bir haşhaş geleneğini devralmıştır. Özellikle Osmanlı İmparatorluğu döneminde haşhaşın en önemli ihraç mallarından biri olduğunu görmekteyiz.

Ünlü Fransız yazar ve gezgin Pierre Belon (1517-1564) Osmanlı İmparatorluğu'nun büyük bir bölümünü gezdikten sonra yazdığı seyahatnamesinde[17] Osmanlı döneminde deve kervanlarıyla afyon sevkiyatının yapıldığını belirtmektedir. Yine eserinde Fransızlar için buğday yetiştirmek

17 Pierre Belon, 1553, Les observations de plusieurs singularitez et choses memorables trouvées en Grèce, Asie, Judée, Egypte, Arabie et autres pays estranges.

neyse Türkler için de haşhaş yetiştirmenin bu olduğunu belirtmektedir. Yine serinde geçen "Cebindeki son kuruşla afyon satın almayacak tek bir Türk yok. Savaşta da barışta da yanlarında taşıyorlar bu maddeyi. Daha cesaretli olacakları, savaşın tehlikelerinden daha az korkacakları inancıyla afyon yiyorlar. Savaş zamanları öyle büyük miktarlarda satın alıyorlar ki kimse afyon bulamaz oluyor."[18] ifadesi bu bakımdan önemlidir.

Evliya Çelebi de Seyahatnamesinde Afyonkarahisar'daki durumu ilginç bir şekilde aktarmıştır :

"Halkının yüz renkleri sarıya meyillidir, zira bu diyar afyon yurdu olmakla halkının çoğu tiryakidir. Suyu ve havasının hoşluğundan halkı tiryakiliklerine göre nane çöpü gibi ve lades kemiği gibi arık adamlardır. Suyu balgamî olduğundan ...dirler, tiryaki olduklarından ve tiryaki olmayanlar da inatçı ve kavgacı kavimdir. Zira kahvehanelerinde Ashâb-ı Kehf'e uyarak devamlı uykuya müptela olup daima rüya gördükleri halleri çok görülmüştür."

Tüm bu ifadelerden anlıyoruz ki Anadolu'da afyon yetiştiriciliği son derece önemli olup yaygın bir şekilde yapılmaktaydı. Haşhaş yetiştiriciliğine bağlı olarak elde edilen afyon, zamanla o kadar önemli bir hale gelmiştir ki tütün, buğday, arpa, kuru üzüm ve incir ile ham ipekten sonra İmparatorluğun ihraç ürünleri içerisinde 7. sıraya yerleşmiştir.[19]

1. Haşhaşın Ekim Alanı

1923 sonrasında Cumhuriyet Türkiyesi'nde haşhaş ekimine devam edilmiştir. Ancak bu dönemde, belirli zamanlarda ekimine kısıtlamalar getirilmiştir. 23 Ocak 1912 La Haye'd ile 12 Şubat 1923'te Cenevre'de yapılan ve bizim de iştirak ettiğimiz antlaşmalara göre haşhaş, ancak sınırlarımızdan 60 km içerdeki sahalarda ekilebilmiştir.[20] Daha sonrasında afyonun 2 Ağustos 1926'da Ticaret Borsası'na dahil edildiğini bu suretle de satışının nispi olarak kontrol altına alındığını görüyoruz.

Türkiye Cumhuriyeti, 3 Nisan 1933'te 1931 Cenevre Afyon Antlaşmasını kabul etmiştir. Buna bağlı olarak da 2253 sayılı kanunla İktisat Bakanlığı'na bağlı olarak "Uyuşturucu Maddeler İnhisarı'nı kurmuştur. Bu kanun gereğince 10 Ağustos 1933 gün ve 14829 sayılı kararnameyle Türkiye'de haşhaş ekim alanları sınırlandırılarak devlet kontrolüne alınmıştır. Bu kararnameye göre haşhaş tarımı yapılacak il sayısı 17 il ile sınırlandırılmıştır. 2. Dünya Savaşı esnasında afyona olan ihtiyacın artması

18 Booth, 1996: 22

19 Çıtır, 2015: 35

20 Prof. Dr. Ayhan Songar, Haşhaş Meselesi ve Türkiye, İstanbul-1974, s.32.

sebebiyle Bakanlar Kurulu'nun 16 Haziran 1945 tarih ve 3/2674 sayılı kararı ile haşhaş tarımı yapılacak il sayısı artırılarak 35 ile çıkarılmıştır. 5621 sayılı kanunla 1950 yılında afyonun iç ticareti yasaklanmıştır.

18 Nisan 1951'de 5759 sayılı kanunla 5621 sayılı kanunun afyonun iç ticaretini yasaklayan 6. maddesi değiştirilmiştir. Böylece, dış ticaret yine devlet kontrolüne alınmış, iç ticareti de tekrar serbest bırakılmıştır. Nihai satış yeri yine T.M.O. idi. 1964'te Anadolu'da sadece 16 ilde haşhaş ekimi yapılmaktaydı. 1966'da 21'e, 1967'de 18'e, 1968'de 11'e, 1969'da 9'a, 1970'te 7'ye, 1971'de 4'e indirilmiştir.[21]

1968-1975 yılları arasında haşhaş ekimi Türkiye ile Amerika arasında çok yönlü siyasi bir krize yol açmıştır. Özellikle o dönemki ABD'de afyon tüketiminin artması ve tüketilen afyonun kaynağının Türkiye olduğu düşüncesi Türkiye'ye olan bakışı değiştirmiştir. O zamanki ABD başkanı Nixon da birçok konuşmasında afyonun kaynağı olarak Türkiye'yi göstermiştir. Amerika'nın haşhaşın ekiminin yasaklanması yönündeki baskısı o zamanki hükümetin başında bulunan Süleyman Demirel tarafından kabul görmemiştir. Sonrasında 12 Mart 1971 muhtırası ile hükümet devrildi. Darbeden sonra yeni hükümeti kuran Nihat Erim'in bir ay sonraki konuğu ABD Dışişleri Bakanı Rogers olmuştur. Bu ziyaretten kısa bir süre sonra Erim hükümeti o yılın bütün haşhaş hasadını satın aldıklarını belirterek haşhaş ekiminde kısıtlamaya gidileceğini belirtmiş ve 26.06.1971 tarih ve 7/2654 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türkiye'de haşhaş ekimini tamamen yasakladı. O zamanki ABD Başkanı Nixon tarafından da 1972'de Nihat Erim ABD'de en üst düzeyde karşılanmış ve kendisine defalarca teşekkür edilmiştir. Bu yasaktan Türkiye'de yaklaşık 1.5 milyon kişi etkilenmiş ve Türkiye çok büyük bir ekonomik kaynaktan yoksun kalmıştır. Daha sonra iktidara gelen Bülent Ecevit hükümeti 01.07.1974 tarih 7/8522 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile ilaç hammaddesi ihtiyacının karşılanması ve geçimi haşhaş üretimine bağlı çiftçilerin yaşam koşullarının düzeltilmesi amacıyla 7 ilde (Afyon, Burdur, Isparta, Denizli, Kütahya, Uşak, Konya) haşhaş yasağını kaldırmıştır. 06.12.1974 tarih ve 7/9204 sayılı kararname ile kaçağa kayma riski olması nedeniyle haşhaş kapsülünün çizilmesi ile elde edilen afyon üretimi yasaklanmış, bunun yerine daha güvenli olan çizilmemiş haşhaş kapsülü üretimine geçilmiştir.

Ülkemizde haşhaş tarımı 03/06/1986 tarihli, 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun ve 18/04/1988 tarihli, 88/12850 sayılı Yönetmelik çerçevesinde yapılmaktadır. Söz konusu kanun ve yönetmelik ile yürü-

21 Prof. Dr. Ayhan Songar, age, s.33-35.

tülmekte olan haşhaş ekiminin kontrolü, haşhaş kapsülü, ham afyon ve tıbbi afyon üretimi, satın alınması, bunlardan uyuşturucu madde imalatı, yurt içinde satışı ve ihracı konularında Bakanlar Kurulu'nun 13/04/1987 tarihli ve 87/11703 sayılı Kararı'yla TMO Genel Müdürlüğü görevlendirilmiş olup hâlen bu görev yürütülmektedir.[22]

Ülkemizde haşhaş ekimi; 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun ve Yönetmeliği çerçevesinde lisansa tabi, kontrollü ve çizilmemiş haşhaş kapsülü üretimi şeklinde yapılmaktadır. Bakanlar Kurulunca haşhaş ekimine müsaade edilen yerlerde Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğünce yapılan planlama çerçevesinde Birleşmiş Milletler Teşkilatı denetiminde ülkemizde 70.000 hektar alan limit dâhilinde haşhaş ekimi ve çizilmemiş kapsül üretimi yaptırılmaktadır.[23]

2015 yılı sonbaharından itibaren Afyonkarahisar, Amasya, Burdur, Çorum, Denizli, Isparta, Kütahya, Tokat, Uşak illerinin tamamı ile Balıkesir ilinin Balya, Bigadiç, Dursunbey, İvrindi, Kepsut, Savaştepe ve Sındırgı ilçeleri, Eskişehir ilinin Alpu, Beylikova, Çifteler, Günyüzü, Han, Mahmudiye, Mihalıççık, Seyitgazi ve Sivrihisar ilçeleri, Konya ilinin Ahırlı, Akören, Akşehir, Beyşehir, Derbent, Doğanhisar, Hüyük, Ilgın, Kadınhanı, Seydişehir, Tuzlukçu, Yalıhüyük ve Yunak ilçeleri, Manisa ilinin Şehzadeler, Yunusemre, Demirci, Gördes, Köprübaşı, Kula, Sarıgöl ve Selendi ilçelerinde izin belgesi karşılığında haşhaş ekimi ve çizilmemiş haşhaş kapsülü üretimi serbesttir. Söz konusu 70.000 hektar ekim limiti, ekiliş ve üretim potansiyelleri dikkate alınarak yerleşim birimlerine dağıtılmaktadır. Yerleşim birimi bazında verilen haşhaş ekim limitleri çiftçilere paylaştırılarak bu limit çerçevesinde bir çiftçiye en fazla 3 tarlasında haşhaş ekim izni verilmektedir.[24]

IV. 3298 SAYILI UYUŞTURUCU MADDELERLE İLGİLİ KANUN'UN 4. MADDESİ KAPSAMINDA YER ALAN SUÇLAR

Madde 4:

Ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbî afyon ve bunların müstahzarları Türk Ceza Kanununun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır.

İzinsiz olarak haşhaş ekimi yapan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır.

---

22 2017 Yılı Haşhaş Raporu, Toprak Mahsulleri Ofisi, http://www.tmo.gov.tr/Upload/Document/hashassektorraporu2017.pdf , s.2.

23 2017 Yılı Haşhaş Raporu, Toprak Mahsulleri Ofisi, s.5.

24 2017 Yılı Haşhaş Raporu, Toprak Mahsulleri Ofisi, s.6.

İzin almış olmakla birlikte, bilerek belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yerden başka yerde haşhaş ekimi yapan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır.

İzinsiz ham afyon üretenler, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır.

İzin belgesinde tespit edilen miktardan az ham afyon veya kapsül teslim eden üreticilere, fiil suç oluşturmadığı takdirde, mahallî mülkî amir tarafından eksik teslim edilen miktarların teslim anındaki baş alım fiyatının iki misli kadar idarî para cezası verilir.

Kontrol ve denetim görevini yerine getirmeyen muhtarlar ve kolluk görevlileri, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır.

Bu maddede tanımlanan suçların ekim bölgesi içinde işlenmesi halinde, 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 23 üncü maddesi hükümleri uygulanmaz.

A. İzinsiz Haşhaş Ekimi Yapma Suçu

1. İlgili Madde Fıkrası (3298 SK. m.4/2)

"İzinsiz olarak haşhaş ekimi yapan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır."

2. Korunan Hukuki Değer

İzinsiz olarak haşhaş ekimi yapılması suçunda korunmak istenen hukuki değer toplumun ve toplumu oluşturan bireylerin sağlığıdır. Burada esasen haşhaşın uyuşturucu dışında gıda ve tekstil alanında da kullanım alanı olduğu düşünülerek toplum ve birey açısından zararı olmayan yönleri de dikkate alınarak buna karşı bir antitez geliştirebilecekse de kanun koyucu burada ekim yapan kişinin niyetiyle ilgilenmemiştir. Çünkü bu durumda kötü niyetli haşhaş ekimi ile iyi niyetli haşhaş ekimi arasında bir farkın ortaya konulması kanun pratiği açısından pek mümkün görünmemektedir. Bu yüzden de ekimi kanun koyucu tarafından kanun ve yönetmelikle izin şartına bağlanmıştır.

3. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

3.1. Fiil

Kanun koyucu, bu madde fıkrasıyla "izin alınmaksızın haşhaş ekimi yapılması" fiilini cezalandırmaktadır. Burada tipikliği sağlayan fiil tek ba-

şına haşhaş ekilmesi değildir. İzinsiz olarak haşhaşın ekilmesi cezalandırılmaktadır. Üzerinde durulması gereken kavramlar ise "izin" ve "ekim" kavramlarıdır.

İzin için gerekli şartlar 3298 sayılı Kanun'un 3. Maddesine dayanılarak çıkarılan "Haşhaşın Ekimi, Kontrolü, Toplanması, Değerlendirilmesi, İmhası, Satın Alınması, Satılması, İhracı ve İthali Hakkında Yönetmelik" 4.maddesinde belirtilmiştir:

Madde 4 – Bakanlar Kurulunca tespit edilen yerlerde yapılacak toplam ekim miktarı, bir üreticinin ekeceği miktar ve tarla adedi ile bu yönetmeliğin 5 inci maddesi haricindeki diğer hususlar Ofis tarafından ayrıca tespit edilir.

Bakanlar Kurulunca tespit ve ilan edilen yerlerde haşhaş ekimi yapmak isteyenler Ofisten izin belgesi almakla yükümlüdürler. İzin belgesi alabilmek için kışlık ekilişlerde 1 Temmuz - 30 ekim, yazlık ekilişlerde 1 Şubat - 15 mart tarihleri arasında iki nüsha dilekçe ile mahalli Ofis Teşkilatına başvurulur. (Ek: 1'de tesbit edilen dilekçe örnekleri Ofis tarafından çoğaltılarak ilgili üreticilere dağıtılır.)

Her tarla için dilekçedeki ilgili kısımlar tanzim olunur. Dilekçe ile müracaatın yapılması üzerine mahalli Ofis teşkilatınca, beyanların doğruluğuna kanaat getirildiği takdirde ve ihtiyaca göre izin belgesi düzenlenir. (Ek: 1). Ofis, yaptığı inceleme sonucunda haşhaş ekimi için izin belgesi verip vermemekle yetkilidir. İzin belgeleri, ekim alanlarının bir arada bulunmasını sağlayacak şekilde verilir. İzin belgeleri bir üretim yılı için geçerli olup, hiç bir suretle başkasına devredilemez.

İzin belgeleri iki nüsha olarak tanzim edilir ve ikinci nüshaları ekiciye verilir. Birinci nüshaları ise ilgili dosyalarında muhafaza edilir.

Haşhaş ekicisinin kimliği, ekim alanının yüzölçümü ve sınırları Ofisçe, ekimin yapıldığı mahallin mülki idare amirlikleri ile ilgili köy ve mahalle muhtarlıklarına bildirilir.

İzin belgesi verilmeyecek üreticiler ise aynı yönetmeliğin 5.maddesinde belirtilmiştir:

Madde 5 – Aşağıda belirtilen durumdaki üreticilere izin belgesi verilmez.

a) Süresi içinde müracaat etmeyenlere,

b) Dilekçesi imzasız ve muhtar tasdikine havi olmayanlara,

c) Yanlış beyanda bulunanlara,

d) Kanunun 4 üncü maddesi hükümleri veya Türk Ceza Kanununun kaçakçılıkla ilgili maddelerine göre kesinleşmiş mahkumiyeti bulunanlara, bu mahkumiyetleri afla ortadan kalkmış olsa bile izin belgesi verilmez, verilmiş ise iptal edilir. İzin belgesi verilmesinden sonra yukarıdaki fıkrada yazılı suçlardan biri ile mahkum olanların bu mahkumiyetleri kesinleştiğinde izin belgeleri iptal edilir.

e) Kontrol imkanı olmayan yerlerde ekim yapmak isteyenlere,

f) 18 yaşını bitirmemiş olanlara,

g) Ekimden sebepsiz vazgeçenlere.

Ekim kavramının tanımını kanun koyucu tarafından "Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır." şeklinde 4.maddenin 2.fıkrası son cümlesinde yapılmıştır.

Fiilin niteliğine bakıldığında hukuki anlamda tek hareketli bir suçtur. Yani haşhaşın ekilmesi ile suç gerçekleşir. Haşhaşın ekimiyle suç gerçekleşse de suçun icrası hasada kadar devam eder. Yani kanuni tipte yer alan hareketin yapılmasıyla suç tamamlanmakta, ancak bitmemektedir. Bu yüzden mütemadi bir suçtur. İcrai hareketle işlenebilir.

3.2. Netice

Kanun koyucu tarafından suçun tamamlanması için herhangi bir netice öngörülmemiştir. Tohumun toprağa ekilmesiyle suç tamamlanmaktadır. Bu yüzden sırf hareket suçu da denebilir. Burada haşhaşın yeşermesine veya hasadının yapılmasının beklenmesine gerek yoktur.

3.3. Fail

Suçun faili gerçek kişilerdir. Gerçek kişiler arasında bir ayrım gözetilmemiştir. Cinsiyeti, yaşı, mesleği suçun gerçekleşmesi açısından önemli değildir. Özgü suç niteliği yoktur. Dolayısıyla suçun failinin kişisel özellikleri bu fıkrada nitelikli haller açısından önem arz etmez.

3.4. Suçun Konusu

Suçun konusu haşhaş tohumu ve haşhaş bitkisidir. Haşhaş hakkında detaylı tanımı kavramlar kısmında yaptık. Dikkat edilmesi gerek husus şudur ki ekimden hasada kadar olan haşhaşın suçun konusu olmasıdır. Sonrasında haşhaşın çizilmesiyle ortaya çıkan afyon bu suçun konusu değildir. Yine hasattan sonraki haşhaş da bu suçun konusu değildir.

3.5. Mağdur

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir. Her ne kadar kanun maddesi, TCK'da olduğu gibi "Kamu Sağlığına Karşı Suçlar" şeklinde bir

başlık altında toplanmamışsa da suçun konusunun uyuşturucu madde yapımında kullanılması ve özellikle birinci fıkrada TCK'daki uyuşturucu madde suçlarına yapılan atıftan aynı sonuca varabiliriz. Haşhaş ekiminin izne bağlanması esasen haşhaştan afyon ve diğer uyuşturucu ve uyarıcıların üretilmesi sonucu toplum sağlığının zarar görmesini engellemektir. Devlet de suçtan zarar gören konumundadır. Çünkü izin alınmaksızın böyle bir üretimin yapılması, devletin ekimini ve ihracatını yapmak suretiyle maddi kazanç sağladığı bir alanda gelirinin azalmasına neden olabilir.

3.6. Nitelikli Haller

Bu fıkrada tanımlanan suç açısından kanun koyucu tarafından nitelikli hal öngörülmemiştir. Ekim yapılan tarlanın genişliğine göre mahkeme tarafından alt sınır ile üst sınır arasında bir ceza tayin edilecektir.

4. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsurları

Failin sorumlu tutulabilmesi için, ceza normunda yasaklanan fiilin gerçekleştirilmesi yetmez, ayrıca haksızlık teşkil eden bu fiil ile kişi arasında manevi bir bağın da bulunması gerekir.[25]

4.1. Kast

TCK'nın 21.maddesinde ; "(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir."

Madde fıkrasında her ne kadar kanun koyucu tarafından 3.fıkrada olduğu gibi "bilerek" ibaresi eklenmemişse de fıkra ifadesinden suçun ancak kasten işlenebileceğini anlıyoruz. Örnek vermek gerekirse daha önce haşhaş bitkisinden habersiz olan birisine çiçek tohumu diye haşhaş tohumunun verilmesi durumunda, çiçek zannederek haşhaş tohumunu eken kişi hakkında kastı olmadığından cezai sorumluluğundan söz edilemez.

4.2. Taksir

TCK'nın 22.maddesinde ; (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. (2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

Madde fıkrasındaki suç, sadece kastla işlenebilecek bir suç olup taksirli haline yer verilmemiştir.

25 Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara:2011, s.318.

5. Örnek Yargıtay Kararı

Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2002/2410 Esas, 2002/3627 Karar, 22.03.2002 Tarihli kararı:

"Uyuşturucu maddelerle ilgili kanun m. 1 gereği afyon ve uyuşturucu maddelerinin elde edildiği bitkilerin ekimi ve araştırmasının izne tabi olduğu ve bakanlar kurulunca Afyon ili ve tüm ilçelerinde haşhaş ekiminin izne tabi olduğuna dair karar verildiği, anılan yasanın 4/2 maddesi uyarınca haşhaş ekim bölgesinde izinsiz haşhaş ekimi yapmanın yasaklandığı ancak, sanığın ekim izin belgesi almaksızın haşhaş ekimi yaptığı anlaşıldığına göre haşhaş bitkilerinin bulunduğu yer, ekim şekli ve miktarı itibariyle suçun oluştuğu gözetilerek izinsiz haşhaş bitkisini eken ve yetiştiren sanığın atılı suçtan cezalandırılması gerekir."[26]

B. İzin Belgesine Aykırı Olarak Ekim Yapma Suçu

1. İlgili Madde Fıkrası (3298 SK. m.4/3)

"İzin almış olmakla birlikte, bilerek belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yerden başka yerde haşhaş ekimi yapan kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve adlî para cezası ile cezalandırılır."

2. Korunan Hukuki Değer

İzinsiz olarak haşhaş ekimi yapılması suçunda korunmak istenen hukuki değer toplumun ve toplumu oluşturan bireylerin sağlığıdır.

3. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

3.1. Fiil

Fiil, İzinsiz haşhaş ekimi suçunda olduğu gibi bu suçta da haşhaş ekimidir. Ancak buradaki fark şudur ki haşhaş ekimi öncesinde bir izin alınmıştır. Ancak yapılan ekim, alınan izne aykırıdır. Bu aykırılık iki şekilde gerçekleşmektedir. Bunlar: İzin almış olmakla birlikte, bilerek belgesinde belirtilen alandan fazla yerde haşhaş ekimi yapmak; İzin almış olmakla birlikte, izin belgesinde kayıtlı yerden başka yerde haşhaş ekimi yapmak şeklindedir. Bu durumda ekimi yapılan haşhaş kaçak sayılır. Kaçak haşhaşa ilişkin yapılacaklar 3298 sayılı kanuna göre çıkarılan yönetmeliğin 7.maddesinde belirtilmiştir :

Madde 7 – Haşhaş ekim bölgeleri içerisinde izin belgesi almadan veya belgesinde yüzölçümü kayıtlı alandan fazla yere yahut izin belgesinde kayıtlı yerden başka yere ekilen haşhaşlar kaçak sayılır. Bu gibi hallerde Kanunun 4 üncü maddesinde yazılı hapis veya para cezaları hükmolunur.

---

26 http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212ofzhk/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm

Kaçak olarak ekilen haşhaşlardan kemale ermiş olanlarla çizilen haşhaş kapsülleri ve bunlardan elde edilen ham afyon toplatma veya imha masrafları ekiciye ait olmak üzere mülki idare amirlerince ofis teşkilatından da yararlanılmak suretiyle zapt edilerek Ofise verilir. Zapt edilen haşhaş kapsülleri ve ham afyonun yararlanılmayan kısmı Ofisce imha edilir.

Yasak olan bölgelerde veya izin verilen yerlerde kaçak olarak ekilen ve kemale ermeden kolluk kuvvetlerince veya Ofis tarafından yapılan duyurma sonucu yakalanan haşhaşlar mahalli mülki idare amirlerinin emri ile mahalli emniyet ve jandarma kuvvetleri ve Ofis teşkilatından yararlanmak ve masrafları ekici tarafından karşılanmak suretiyle sürülmek, biçilmek, ezilmek, gömülmek veya yakılmak suretiyle imha ettirilir.

(Ek : 12/5/1991 - 91/1848 K.) Ayrıca, kaçak oldukları için zor alımına karar verilen afyon ile afyondan elde edilen ve tıbbi kullanımı olan uyuşturucu maddeler de Ofise teslim edilir.

3.2. Netice

Kanun koyucu tarafından suçun tamamlanması için herhangi bir netice öngörülmemiştir. Tohumun toprağa ekilmesiyle suç tamamlanmaktadır.

3.3. Fail

Suçun faili gerçek kişiler olabilir. Gerçek kişilerden de sadece izin belgesi almış kişiler olabilir. Bu yüzden özgü suç özelliği vardır. İzin belgesinin ne şekilde alınacağı yukarda belirtildi. Ayrıca 3298 sayılı kanun yönetmeliğinde de ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir.

3.4. Suçun Konusu

Suçun konusu, haşhaş tohumu ve haşhaş bitkisidir.

3.5. Mağdur

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir.

3.6. Nitelikli Haller

Bu fıkrada tanımlanan suç açısından kanun koyucu tarafından nitelikli hal öngörülmemiştir. Ekim yapılan tarlanın genişliğine göre mahkeme tarafından alt sınır ile üst sınır arasında bir ceza tayin edilecektir.

4. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsurları

4.1. Kast

Kanun koyucu tarafından bu fıkrada tanımlanan suç açısından failin kastına yönelik özel bir vurgu yapıldığını görmekteyiz. Özellikle "bilerek" demek suretiyle failin kastına göre suçun oluşacağı vurgulanmıştır. Dola-

yısıyla failin hataya düşmesi durumunda suçun oluşmayacağını söyleyebiliriz.

4.2. Taksir

Bu fıkrada tanımlanan suç açısından suçun taksirle işlenen şekline yer verilmemiştir.

5. Örnek Yargıtay Kararı

Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2002/2542 Esas, 2002/2186 Karar, 28.02.2002 Tarihli kararı:

"Haşhaş ekim bölgelerinde izin belgesi almadan veya izin belgesi almasına rağmen belgesinde belirtilen alandan fazla yerde veya izin belgesinde kayıtlı yerden başka yerde ekim yapanlar hakkında 6 aydan 3 seneye kadar hapis cezası öngörülmekte olup , sanık hakkında cezanın alt sınırdan belirlendiğinin açıklandığı halde hürriyeti bağlayıcı cezasının 1 yıl olarak tayin edilmesi hatalıdır."[27]

C. İzinsiz Ham Afyon Üretme Suçu

1. İlgili Madde Fıkrası (3298 SK. m.4/4)

"İzinsiz ham afyon üretenler, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır. "

Bu madde fıkrası özellikle Yargıtay kararları ışığında tartışılacaktır. TCK'nın ilgili maddesi başlı başına bir inceleme konusu olacağından burada tartışılmayacaktır.

D. İzin Belgesinde Belirtilen Miktardan Az Ham Afyon veya Kapsül Teslim Etmek

1. İlgili Madde Fıkrası (3298 SK. m.4/5)

"İzin belgesinde tespit edilen miktardan az ham afyon veya kapsül teslim eden üreticilere, fiil suç oluşturmadığı takdirde, mahallî mülkî amir tarafından eksik teslim edilen miktarların teslim anındaki baş alım fiyatının iki misli kadar idarî para cezası verilir."

2. Korunan Hukuki Değer

Daha önceki madde fıkralarından farklı olarak burada korunan hukuki değer yalnızca kamunun sağlığı olmayıp bunun yanında toplumun ekonomik çıkarıdır. Zira üretilip TMO'ya teslim edilen ham afyon veya kapsülleri katma değeri yüksek sanayi bitkileridir. TMO'nun yaptığı planlamanın gerçekleşmesini engelleyecek eksiklik ekonomik kayba yol

27 http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212ofzhk/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm

açacaktır. Burada tespit edilen miktarın altında teslim yapılmasında suç tespit edildiği vakit, teslim edilmeyen kısımla ilgili kamunun sağlığının korunmasına yönelik bir hapis cezası yaptırımı ortaya çıkmaktadır. Zira burada teslim edilmeyen kısım uyuşturucu veya uyarıcı madde imalatında kullanılmış olabilir.

3. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

1.1. Fiil

Madde fıkrasında iki ayrı fiile yer verilmiştir. Bunlar; izin belgesinde tespit edilen miktardan az afyon veya kapsül teslim etmektir. Burada özellikle Kontrol Heyetinin yaptığı kontrol sonucunda eksikliğin suç oluşturduğu düşünüldüğü vakit gereğinin ifası için durum adli makamlara bildirilir.

1.2. Netice

Suçun gerçekleşmesi açısından Kontrol Heyetinin yapacağı denetim çok önemlidir. Denetim sonucunda heyet tarafından Noksanlık Tutanağı tutularak bunun sebepleri ve üreticinin beyanı alınır. Bu noksanlıklar hakkındaki üretici beyanı ile kontrol heyeti görüşü Ofis Genel Müdürlüğünce incelenir. Üreticinin mazereti kabule şayan görülmediği takdirde gerekli kanuni işleme başvurulmak üzere Genel Müdürlükçe ilgili teşkilatına talimat gönderilir. Bunun üzerine evrak kanuni kovuşturmanın ifası için Cumhuriyet Savcılığına teslim edilir.

1.3. Fail

Suçun faili gerçek kişiler olabilir. Gerçek kişilerden de sadece izin belgesi almış kişiler olabilir. Bu yüzden özgü suç özelliği vardır. İzin belgesinin ne şekilde alınacağı yukarda belirtildi. Ayrıca 3298 sayılı kanun yönetmeliğinde de ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir.

1.4. Suçun Konusu

Suçun konusu, ham afyon ve haşhaş kapsülleridir. Ham afyon, paketleme ve nakledilme için lüzumlu işlem dışında başkaca bir işlemden geçmeyen, kendiliğinden koyulaşmış afyondur.[28]

1.5. Mağdur

Suçun mağduru kamu kurumları ile toplumu oluşturan herkestir.

1.6. Nitelikli Haller

İzin belgesinde tespit edilen miktardan az ham afyon veya kapsül teslimi noktasında suç oluşması halinde suça ilişkin bir nitelikli hal öngörülmemiştir. Suç oluşmaması durumunda ise eksik teslim edilen miktara göre idari para cezası kesilecektir.

28 Erhan Günay, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara:2007, s.267.

4. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsurları

1.1. Kast

Genel kastla işlenebilir. Özel bir kast aranmamıştır.

1.2. Taksir

Bu fıkrada tanımlanan suç açısından suçun taksirle işlenen şekline yer verilmemiştir.

E. Kontrol ve Denetim Görevlerinin Yerine Getirilmemesi

1. İlgili Madde Fıkrası (3298 SK. m.4/6)

"Kontrol ve denetim görevini yerine getirmeyen muhtarlar ve kolluk görevlileri, Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır."

Bu fıkrada da 3.fıkrada olduğu gibi TCK'ya atıf söz konusudur. Kanunun önceki halinde onbin liradan ellibin liraya kadar ağır para cezası öngörülüyordu. Ancak şimdiki haline bakıldığında para cezası yerine hapis cezası getirildiğini görmekteyiz. Yine 3298 sayılı kanunun yönetmeliğinin 18.maddesinde "Bu Yönetmelikte verilen vazifeleri yerine getirmeyen ilgililer hakkında genel hükümlere göre kovuşturma yapılır." denilmek suretiyle genel hükümlere atıf yapılmıştır.

3298 sayılı kanunun yönetmeliğinde muhtarların ve kolluk görevlerinin görevleri ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

V. YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA 4.MADDE İNCELEMESİ

Yargı uygulamalarına baktığımızda en tartışmalı konulardan birisi de uyuşturucu madde olarak afyon bulunduğunda uygulanacak kanun hükmünün hangisi olması gerektiğidir. Zira 3298 sayılı Kanun'un 1.fıkrasına göre:

"Ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbî afyon ve bunların müstahzarları Türk Ceza Kanununun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır."

Görüldüğü üzere burada 5237 sayılı TCK'ya bir atıf vardır. Ancak hangi fıkranın uygulanacağına ilişkin bir ibare yoktur.

5237 sayılı TCK'nın 188/4-a:

"a) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması,

halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır."

Madde fıkrasına morfin açıkça belirtilmesine karşın morfin yapımında kullanılan afyon sayılmamıştır. Bu durumda içinde morfin de bulunan afyonun da dördüncü fıkra kapsamında kabul edilip edilmemesi noktasında tartışma yaşanmaktadır. 3298 sayılı Kanun'un 1.fıkrasında afyonu açıkça uyuşturucu madde olarak kabul eden kanun koyucunun 5237 sayılı TCK m.188/4-a'da morfin demek suretiyle zaten afyon da kast edilmiştir şeklinde bir yorumla afyonu da dahil etmek kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur. Bu hususta 13.01.1964 tarihli YİBGKK çok önemlidir:

"Şu itibarla:

6123 sayılı (kanunla değişen Türk Ceza Kanununun 403 üncü maddesinin 1 inci bendinde uyuşturucu maddelerin izinsiz imal, ithal ve ihracının ve bu fiillere teşebbüsün yasak olduğu bildirilmesine göre 403 üncü maddenin 2 nci bendindeki yazılı maddelerin imalinde (iptidai maddeler temin ve tedarik edilmiş ve elde edilen aletlerin bu imale elverişli bulunduğu anlaşılmış olduğu takdirde) imale teşebbüs hallerinde aynı cezaihükümler uygulanacağı şüphesiz olup baz morfin yapan veya buna kalkışanların araçlarının yetersizliği sebebiyle morfin yapmak imkanına sahip bulunmadıkça morfin imal edenler veya buna kalkışanlarla bir sayılmalarına, Türk Ceza Kanununun 6123 sayılı kanunla değişik 403 üncü maddesinin açık hükümleri karşısında, kanuni iskan bulunmamıştır. Bununla beraber, mahkemeler suçun ağırlığını ve suçluların kişiliğini göz önünde tutarak verecekleri cezayı arttırmak yetkisine sahip olduklarından, hem uluslar arası sosyal düzen için, hem yurdumuz için büyük tehlikeler arz eden bu gibi suçların suçlularına verecekleri cezada, yerine göre, cezanın en aşağı sınırı ile bağlı kalamayacakları (gibi en yukarı sınıra veya en yukarı sınıra yakın miktarlara kadar yükselebilirler ve böylece, baz morfinin, morfin sayılmasıyla korunmak istenen sosyal yarar (menfaat) yeteri kadar ve yasaya uygun olarak korunmuş olur.

Sonuç:

Türk Ceza Kanununun 403 üncü maddesinin 2 ve 4 üncü bentlerinde sayılan uyuşturucu maddeler arasında anılmış bulunmayan baz morfinin, (bu bentlerde yanlı) morfin sayılamayacağına 13.01.1964 gününde üçte ikiyi aşan çoğunlukla karar verildi."[29]

Tartışmaları sona erdirmek amacıyla yukarıda sonuç bölümünü verdiğimiz YİBGKK'ye rağmen bazı ilk derece mahkemelerinin afyonu 5237 sayılı TCK m.188/4-a hükmüne göre cezalandırmaya devam ettiğini görü-

29 https://0214ufzgg-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/yargitay-ictihatlari-birlestirme-ceza-genel-kurulu-e-1963-2-k-1964-2-t-13-01-1964

yoruz. Ancak Yargıtay tarafından istikrarlı bir biçimde söz konusu kararlar bozulmaktadır:

- Yargıtay 10. Ceza Dairesi 2012/3220 Esas, 2012/9767 Karar, 22.05.2012 Tarihli Kararı:

"3298 Sayılı Kanunun 4. maddesinde ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbi afyon ve müstahzarları Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır dendiği, 13.01.1964 tarih 1963/2, 1964/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı uyarınca 765 sayılı TCK'nın 403/6. maddesinde sayılmayan maddelerin bu bent kapsamında değerlendirilemeyeceği yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.03.1995 gün 1994/10-378 Esas, 1995/73 Karar sayılı kararlarında açıklandığı üzere 765 sayılı TCK'nın 403/6. maddesinde şiddet sebebi olarak sadece eroin, kokain, morfin, baz morfin sayılmış olup benzeri ibaresine yer verilmediği nazara alınarak, afyonun 765 sayılı TCK'nın 403/6. maddesinde sayılan uyuşturucu maddelerden olmadığı, bugüne kadar yapılan uygulamalar ile dairemizce de benimsenmiş bulunmasına; diğer yandan 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 188/4. maddesinde de 765 sayılı TCK'ya benzer bir şekilde düzenleme yapılıp uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya baz morfin olması halinde artırım yapılacağı belirtilmiş olmasına göre; sanık hakkında TCK'nın 188/4. maddesinin uygulanması sonucu fazla cezaya hükmedilmesi,"[30]

- Yargıtay 10. Ceza Dairesi 2002/14265 Esas, 2002/17185 Karar, 29.04.2002 Tarihli Kararı:

3298 sayılı Kanunun 4/1. maddesi gereğince; Afyonun TCK.nun 403-404. maddeleri kapsamında uyuşturucu maddelerden olduğu, ancak TCK.nun 403/6. maddesinde sayılan uyuşturuculardan olmadığı ve Afyonla ilgili olarak nisbi para cezasının hesabında Afyonun içerdiği morfin, kodein ve tebain gibi maddelerinin değil, toplam afyon miktarının esas alınması gerektiği de nazara alınarak suça konu maddenin yeniden Adli Tıp Kurumuna gönderilip, mevcut haliyle ham, hazırlanmış ya da tıbbi Afyon olup olmadığı ve net afyon miktarı konusunda rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması,[31]

VI. SONUÇ

Haşhaş bitkisi yasaklansın ya da yasaklanmasın geçmişte olduğu gibi günümüzde de yaygınlığını korumaya devam etmektedir. Haşhaş bitkisi-

30 https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=6163#

31 http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212ofzhk/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm

nin yasaklanması tek başına haşhaşın ekiminin kontrol altına alınmasını sağlayamamaktadır. Çünkü haşhaş veya haşhaştan elde edilen afyon ve morfin gibi maddeler günümüzde büyük bir gelir kapısı olmaktadır. Bu durum narkoterör örgütlerinin iştahını kabarttığı gibi medeni dünya ülkeleri tarafından da el altından örgütlenmektedir. Haşhaş sorunu tek başına bir uyuşturucu sorunu değildir. Burada çok farklı sonuçları olan bir bitkiden söz ediyoruz. İstikrarsızlaştırılmış birçok savaş bölgesine baktığımızda bunun altında yatan sebebin uyuşturucu madde imalatına elverişli bir ortam yaratma kaygısı olduğunu görüyoruz.

Anadolu'da bir zamanlar serbestçe tarımı yapılan haşhaş bitkisi artık sadece Bakanlar Kurulu'nun belirlediği şehirlerde tarımı yapılır bir noktaya gelmiştir. Haşhaşın çizilmesi de artık çiftçiler tarafından değil, TMO tarafından yapılmaktadır. Bunların temel sebebi haşhaşın farklı amaçlarla kullanılmasını engellemektir.

3298 sayılı kanun 4.maddesine baktığımızda yer aldığı kanunun tüm cezai hükümlerini içeren bir madde olduğunu görüyoruz. Bu maddede tüm cezai hükümler toplanmıştır. Kanun maddesi sadece haşhaşa ilişkin yaptırımlar içermektedir. Afyon veya morfin bu kanun kapsamında yer almamaktadır. Bu gibi durumlarda 5237 sayılı TCK ilgili maddeleri uygulanacaktır. Yine kamu görevlileri açısından da TCK'ya atıf olup madde içerisinde buna ilişkin bir yaptırım yoktur.

VII. KAYNAKÇA

Santella, Thomas M. (2007). Opium, Drugs The Straight Facts, (Ed. David J. Triggle), Chelsea House Pub., pp. 119, USA.

Erhan Günay, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, 4.Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007

Mehmet Ali Kağıtçı, Afyon, İstanbul:Vakit Matbaası, 1960

Ali Kürçay, Haşhaşların Kültür Şekline Girmesinde Türk Çeşitlerinin Mevki ve Rolü, Ankara: Çankaya Matbaası, 1946

Pierre-Arnaud Chouvy, Opium: Uncovering The Politics of The Poppy, Harvard University Press, 2010, s.4.

Mustafa Baktır, "Afyon", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA), I,

Ayhan Songar, Haşhaş Meselesi ve Türkiye, İstanbul: Hareket Yayınları, 1974

James Barter, "Opium", Drug Educatiun Library, 2004

Martin Booth, Haşhaştan Eroine Uyuşturucunun 6000 Yıllık Öyküsü, İstanbul: Sabah Kitapları

Hülya Eken, Haşhaş, Ankara: Tarımsal Ekonomi Araştırma Enstitüsü-Bakış, Sayı 7

Antolin, Ferran, Stefanie Jacomet & Ramon Buxó. (2015). "The hard knock life. Archaeobotanical data on farming practices during the Neolithic (5400-2300 cal BC) in the NE of the Iberian Peninsula", Journal of Archaeological Science, Vol. 61, pp. 90 – 104.

Bernáth, Jenö. (1998). Cultivation of Poppy Under Tropical Conditions, Poppy The Genus Papaver, Medicinal and Aromatic Plants – Industrial Profiles, (Ed. Jenõ Bernáth), Harwood Academic Publishers, s. 237 – 248, Amsterdam.

Ünsal, Süha, H. Murat Göçmez. (2004). Anadolu'nun Yerlisi: Haşhaş, Sakini: Kenevir, Kebikeç, Sayı: 18, s. 207 – 219, Ankara.

UNODC. (2009). A Century of International Drug Control 100 Years, UNODC Research, pp. 101, Vienna / Austria.

Çıtır, Burak. (2015). "Uluslararası Afyon Anlaşmalarında Osmanlı İmparatorluğu", Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 17 – 47, Sakarya.

Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara:2011, s.318.

Elektronik Ağ Adresleri

2017 Yılı Haşhaş Raporu, Toprak Mahsulleri Ofisi, http://www.tmo.gov.tr/Upload/Document/hashassektorraporu2017.pdf

http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212ofzhk/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm

http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212ofzhk/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm

https://0214ufzgg-y-https-www-lexpera-com-tr.proxy2.marmara-elibrary.com/ictihat/yargitay/yargitay-ictihatlari-birlestirme-ceza-genel-kurulu-e-1963-2-k-1964-2-t-13-01-1964

https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=6163#

http://proxy2.marmara-elibrary.com/MuseSessionID=0212ofzhk/MuseProtocol=http/MuseHost=www.kazanci.com/MusePath/kho2/ibb/giris.htm

TİCARİ DAVALARDA ZORUNLU ARABULUCULUK DÜZENLEMESİNİN KAPSAMI VE BAZI TARTIŞMALI HUSUSLAR

Av. H. Gültekin CAN[1]

ÖZ

Kanun koyucu, uyuşmazlıkların çok daha kısa sürede ve daha az masrafla çözülmesi amacıyla, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepli ticari davaların açılmasından önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirmiştir. Bu düzenleme 01.01.2019 tarihinden itibaren geçerli olup, ticari davalara ilişkin özel usul kuralı getirdiği için Türk Hukuku'nun ticari davalara bakışını değiştirmiştir. Bu çalışmada, öncelikle ticaret hukukunda yeni düzenlemenin kapsamına giren uyuşmazlıklar incelenmiş ve ardından uygulamada tartışmalara sebep verebilecek başta tüketici mahkemelerindeki ticari davalar ve zorunlu arabuluculuğa tabi olan karşı davalar olmak üzere bazı özel durumlar tartışılmıştır.

I. GİRİŞ

06.12.2018 Tarihli ve 7155 Sayılı Kanun ile getirilen en önemli yeniliklerden biri konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi içeren ticari davalardan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu hale getirilmiş olmasıdır; bu davalarda artık arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır. Bu şart ise 06.12.2018 Tarihli ve 7155 Sayılı Kanun'un gerekçesinden de anlaşıldığı üzere "uyuşmazlıkların temelinden, çok daha kısa bir süre içinde, daha az masrafla ve tarafların iradelerine uygun bir şekilde çözülmesi"[2] amacıyla getirilmiştir. Yani kanun koyucu, ticari hayatın gereklerini de göz önüne alarak, ticaretle ilgili uyuşmazlıkların daha hızlı bir şekilde çözümlenebileceği ümidiyle ve muhtemelen ticaret mahkemelerinin iş yükünü de hafifletmek amacıyla ticari davalarda zorunlu arabuluculuğu getirmiştir.

06.12.2018 Tarihli ve 7155 Sayılı Kanun'un ticari davalarda zorunlu arabuluculuk ile ilgili yaptığı iki önemli düzenleme bulunmaktadır. Bun-

1 İstanbul Barosu Avukatlarından

2 "7155 Sayılı Kanun Gerekçesi," TBMM Başkanlığı, erişim 05.09.2019, https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1286.pdf, Madde 20.

lardan ilki 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ("Ticaret Kanunu") Madde 5/A'nın eklenerek hangi davalarda zorunlu arabuluculuğa gidilmesi gerektiğinin düzenlenmesidir. Diğeri ise 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ("Arabuluculuk Kanunu") Madde 18/A'nın eklenerek arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edildiği davaların öncesinde arabuluculuk sürecinin düzenlenmesidir.

Bu çalışmada, yapılan düzenlemelerden ticaret hukukunda "ticari dava" kavramının etraflıca incelenmesini gerektiren Ticaret Kanunu'nda yapılan düzenleme; bu düzenlemenin şartları ve kapsamına ağırlık verilerek ele alınacak, ardından, ticaret mahkemesinde görülmemekle beraber ticari dava sayılan davaların yeni düzenleme karşısındaki durumu ve zorunlu arabuluculuğun usulüyle ilgili bazı tartışmaya açık konular ele alınacaktır.

II. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDAKİ ZORUNLU ARABULUCULUK DÜZENLEMESİ'NİN İNCELEMESİ

Ticaret Kanunu'nda yer alan zorunlu arabuluculuk düzenlemesi şu şekildedir:

"3. Dava şartı olarak arabuluculuk

MADDE 5/A

(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

(2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir."

Buna göre, maddenin birinci fıkrası dava şartı olan zorunlu arabuluculuğun kapsam ve şartlarını tespit etmiştir. Maddenin ikinci fıkrası ise zorunlu arabuluculuğun usulünün belirlendiği genel düzenleme olan 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Madde 18/A'da gösterilen usul kurallarına karşılık özel düzenleme niteliğinde olan ve bu sebeple öncelikle uygulanması gereken ticari davalarda zorunlu arabuluculuğa mahsus usul kurallarını belirlemektedir.

Maddenin birinci fıkrasında da görüldüğü üzere arabuluculuğun dava şartı olabilmesi için şartlar:

(i) Ticaret Kanunu Madde 4'te veya[3] diğer kanunlarda ticari bir dava olduğunun belirtilmiş olması ve

(ii) Konusunun bir miktar para ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi olmasıdır.

O halde, çalışmanın ilerleyen kısmında bu şartlar ele alınacaktır.

A. DAVANIN TİCARİ DAVA OLMASI

Yukarıda da bahsedildiği üzere arabuluculuğun dava şartı haline gelebilmesi için davanın Ticaret Kanunu Madde 4'te bahsedilen davalardan biri olması veya diğer kanunlarda ticari dava olduğunun belirtildiği davalardan birinin olması gerekmektedir. Bu durum da ticari davaların neler olduğunun tespit edilmesini gerektirmektedir.

Hakimin özel uzmanlığını gerektiren davalar kanun koyucu tarafından ticari dava olarak nitelenmek istenmiştir.[4] Doktrinde bu davalar mutlak ticari davalar ve nispi ticari davalar olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel olarak, mutlak ticari dava, ilgili davanın konusu sebebiyle başkaca bir kıstas gözetmeden ticari bir dava olduğunun kabul edildiği davalar anlamına gelmekte, nispi ticari davalar ise davanın konusunun tarafların ticari işletmeleriyle olan ilgisi sebebiyle ticari davaya sebebiyet vereceğinin kabul edildiği davalardır. Aşağıdaki kısımda mutlak ve nispi ticari davalar ayrı ayrı incelenecektir.[5]

1- Mutlak Ticari Davalar

Mutlak ticari davalar, bazı davaların konuları sebebiyle tarafların ticari işletmeleriyle ilgili olup olmadığına, tacir olup olmadıklarına veya başkaca bir kıstasa bakılmaksızın kanunda ticari dava olduklarının ifade edilmesi sebebiyle ticari dava olduklarının kabul edildiği davalardır.6 Yani dava kanunda sayılan konulardan herhangi birine müteallik olduğu sürece ticari bir davadır.

Mutlak ticari davaların bir kısmı Ticaret Kanunu'nda belirtilmiş, bir kısmı ise diğer kanunlarda belirlenmiştir.

---

3 Kanunda her ne kadar "ve" ifadesi kullanılmış olsa da, maddenin anlamından bu ifadenin "veya" şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

4 **Abuzer KENDİGELEN, Arslan KAYA**, **Füsun NOMER**, **Hüseyin ÜLGEN** ve **Mehmet HELVACI**, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), s.116.

5 Ticari davaların sınıflandırılması ile ilgili güncel bir karar: Yargıtay HGK, E. 2017/17-1097 K. 2019/458 T. 16.4.2019, erişim 02.09.2019, http://www.kazanci.com/ kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-17-1097.htm.

6 **Reha POROY** ve **Hamdi YASAMAN**, *Ticari İşletme Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), s.115; **Hakan PEKCANITEZ**, **Muhammet ÖZEKES**, **Mine AKKAN** ve **Hülya Taş KORKMAZ**, *Medenî Usûl Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), s.160.

aa. Ticaret Kanunu Uyarınca Mutlak Ticari Davalar

Ticaret Kanunu Madde 4 altında doğrudan hangi davaların ticari dava olduğu sayılmıştır. Bu davalar, ilgili oldukları işlemlerin öz ticaret hayatına mahsus olup ayrı bir ihtisas cephesi arz etmeleri sebebiyle ticari dava sayılmışlardır.[7] Burada sayılan davaların bir kısmı konusunun Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi sebebiyle ticari dava olarak kabul edilmekte, bir kısmının konusu ise diğer kanunlarda düzenlenmesine karşın Ticaret Kanunu'nun bu hususların ticari dava konusu olduğunu belirlemesi sebebiyle ticari dava olarak kabul edilmektedir.

aaa. Ticaret Kanunu'nda Öngörülen Hususlardan Doğan Davalar

Ticaret Kanunu Madde 4 uyarınca, Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş konulara ilişkin tüm hukuk davaları ticari davadır. Örnek olarak, Ticaret Kanunu Madde 670 ve devamı maddeleri altında düzenlenmiş bulunan kambiyo hukukuna ilişkin poliçe, bono ve çek sebebiyle oluşan hukuk davaları birer ticari davadır.[8] Aynı şekilde anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin dava ticari bir davadır.[9] Yine Ticaret Kanunu'nun Beşinci Kitabı altında düzenleme bulan çatmaya ilişkin davalar aynı şekilde taraflarına ve bir ticari işletme ile ilgili olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava kabul edilmektedir.[10] Bir başka örnek ise at arabasıyla dahi olsa bir esnafın bir müşterisinin ev eşyasını taşıması halinde taraflardan herhangi biri tacir olmasa bile taşımayla ilgili uyuşmazlığın mutlak ticari dava olmasıdır, zira taşıma işi Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir.[11]

bbb. Diğer Kanunlarda Düzenlendiği Halde Ticaret Kanunu'nun Belirlemesi Sebebiyle Ticari Dava Olduğu Kabul Edilen Davalar

Ticaret Kanunu Madde 4/1-b ve Madde 4/1-f arasındaki hususlar esas

7 **Sabih ARKAN**, *Ticarî İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), 2018), s.108.; **KENDİGELEN**, s.117;

8 **Baki KURU**, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), s.54.; Yargıtay'ın bir tüketici işlemine konu olan bono ile ilgili uyuşmazlıkta tüketici mahkemesini görevli bulması ve karar hakkındaki eleştiri için bakınız: **KENDİGELEN**, s.118-119.

9 **POROY**, s.116; Hisse devrine ilişkin bir davanın ticari dava olduğu hakkında: Yargıtay 11.HD., E. 2016/11298, K. 2018/4804, T. 26.6.2018, erişim 06.09.2019, http://www.kazanci.com/ kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2016-11298.htm.

10 **KENDİGELEN**, s.118.

11 **ARKAN**, s.108; Yargıtay 11.HD, E. 2016/15099, K. 2018/4987, T. 05.07.2018, erişim 07.09.2019, http://www.kazanci.com/ kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2016-15099.htm.; Yargıtay yine emtia nakliye sigorta poliçesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, konunun Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi sebebiyle uyuşmazlığın mutlak ticari dava olduğuna hükmetmiştir: Yargıtay 11.HD., E. 2016/5965, K. 2018/116, T. 9.1.2018, erişim 04.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2016-5965.htm.

itibariyle başka kanunlarda düzenlenmiş olmalarına rağmen, bu hususlara ilişkin davaların ticari dava oldukları Ticaret Kanunu'nda ifade edilmiştir. Bunlar:

(i) 6721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ("Medeni Kanun") Madde 962-969 arasında düzenlenen taşınırların rehni karşılığında ödünç para verme işiyle uğraşanlarla ilgili hususlar,

(ii) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ("Borçlar Kanunu") Madde 202 ve 203'te düzenlenen bir malvarlığı veya işletmenin devralınması ve işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi ile ilgili hususlar,

(iii) Borçlar Kanunu Madde 444-447 arasında düzenlenen rekabet yasağıyla ilgili hususlar,

(iv) Borçlar Kanunu Madde 487-501 arasında düzenlenen yayım sözleşmesi ile ilgili hususlar,

(v) Borçlar Kanunu Madde 515-519 arasında düzenlenen kredi mektubu ve kredi emri hakkındaki hususlar,

(vi) Borçlar Kanunu Madde 532-545 arasında düzenlenen alım ve satım komisyonculuğu ile ilgili hususlar ve

(vii) Borçlar Kanunu Madde 547-554 arasında düzenlenen ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılarına ilişkin hususlarla ilgili olan davalar;

(viii) Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuattan doğan davalar;

(ix) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin hükümlerden doğan davalar ve

(x) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan davalardır.[12]

bb. Diğer Kanunlarda Ticari Olduğunun Belirtilmesi Sebebiyle Mutlak Ticari Kabul Edilen Davalar

12 Bankacılık mevzuatında düzenlenen ve banka ve müşterisi arasında kurulan sözleşmeler, örnek olarak mevduat ve katılım fonu işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklar ticari dava sayılırlar: **POROY**, s.119-120; Bankaya yatırılan mevduatın çekilmesine ilişkin ortaya çıkacak ihtilaflar, mevduat sahibinin tacir vasfını taşıyıp taşımamasına bakılmaksızın mutlak ticari dava olarak asliye ticaret mahkemesinde görülür: **KENDİGELEN**, s.124. Yargıtay, bankaca kullandırılan krediyle alakalı olarak ipoteğin fekki, maddi ve manevi tazminat davasının bir ticari dava olduğundan bahisle ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir: Yargıtay 13.HD., E. 2016/2977, K. 2018/8251, T. 24.9.2018, erişim 05.09.2019, http://www.kazanci.com/ kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2016-2977.htm.

Bazı hususların ise mutlak ticari davaya konu olacağı, Ticaret Kanunu'nda değil fakat diğer kanunlarda belirtilmiştir. Örnek olarak 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu ("Kooperatifler Kanunu") Madde 99'da, Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davalarının, taraflarının tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava sayılacağı ifade edilmiştir.[13] Bu sebeple kooperatiflerin ortaklıktan çıkarma kararına karşı itiraz ve kooperatif genel kurul kararının iptali için başvurulacak mahkeme kooperatif merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesidir.[14] Bir diğer örnek ise icra ve iflas hukukuyla ilgili olan iflas davalarının, konkordatonun tasdiki ve feshi davalarının[15] ticari dava olarak kabul edilmesidir.[16]

2- Nispi Ticari Davalar

Nispi ticari davaların konuları doğrudan bu davaların mutlak ticari davalarda olduğu gibi ticari dava sayılmalarına sebep olmaz, ancak uyuşmazlık konusunun taraflardan birinin veya her ikisinin ticari işletmesine ilişkin olması sebebiyle bu davalar ticari dava olarak kabul edilirler. Bir başka deyişle, kanun koyucu, herhangi bir kanunda mutlak ticari dava olarak belirlemediği konuların, tarafların ticari işletmeleriyle ilişkili olması sebebiyle yine de ticari dava sayılmasını istemiştir.

Bu noktada, nispi ticari davaların tespit edilmesi, tarafların ticari işletmelerinin olduğunun tespit edilmesiyle alakalı olduğu için, öncelikle ticaret kanunun temel kavramı olan[17] ticari işletme kavramı üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır. Ticaret Kanunu Madde 11'e göre ticari işletme, "esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir". Doktrinde de işletme; sermaye, emek ve girişimci üçlüsünün bir araya gelip, belirli bir organizasyon içinde ve bir bütün olarak faaliyet

13 **ARKAN**, s.113; **Ramazan ARSLAN**, **Ejder YILMAZ** ve **Sema Taşpınar AYVAZ**, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2016), s.101; Ancak Yargıtay 15.Hukuk Dairesi, bir kararında kooperatiflerin tacir olmadığına hükmederek, eser sözleşmesinden kaynaklanan yüklenici ile aralarındaki uyuşmazlığın ticari dava olmayacağına hükmetmiştir: Yargıtay, 15.HD., E. 2018/989, K. 2018/1597, T. 17.4.2018, erişim 05.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2018-989.htm.; Buna karşılık Yargıtay 13.Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir olduğunu söyleyerek, ürettiği malın pazarlamasının yapılması için hizmet alımının ticari davaya konu olması gerektiğine hükmetmiştir: Yargıtay 13.HD., E. 2015/36715, K. 2018/3220, T. 19.3.2018, erişim 05.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2015-36715.htm.

14 **ARKAN**, s.113.

15 **KURU**, *Medenî Usul Hukuku*, s.55.

16 **ARSLAN**, s.101.

17 **POROY**, s.35 ve 37; Ticari dava belirlemesinde ticari işletme kavramının temel olduğu hakkında: **KENDİGELEN**, s.117.

göstermesi olarak tanımlanmaktadır.[18] Tüm bunlara göre ticari işletmenin kıstasları,[19]

(i) Esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamak,

(ii) Devamlılık ve

(iii) Bağımsızlık olarak ortaya çıkmaktadır.

Ticari işletmenin tespitini yaptıktan sonra, nispi ticari dava çeşitlerinin incelenmesine geçilecektir. Doktrinde nispi ticari davalar, davanın ticari sayılabilmesi için davanın taraflardan sadece birinin ticari işletmesiyle ilişkili olmasının yeterli olması veya her ikisinin işletmesiyle de ilişkili olmasının gerekmesine göre ikiye ayrılmaktadır.[20]

aa. Ticari Dava Sayılabilmek İçin Taraflardan Sadece Birinin Ticari İşletmesiyle İlgili Olması Yeterli Olan Davalar

Bu davaların taraflardan sadece birinin ticari işletmesiyle ilgili olması, davanın ticari dava kabul edilmesi için yeterlidir. Bu davalara konu olabilecek hususların neler olabileceği sınırlı sayıda olarak Ticaret Kanunu Madde 4'te sayılmıştır.[21] Bunlar:

(i) Borçlar Kanunu Madde 555-560 arasında düzenlenen havaleye ilişkin hususlar ve

(ii) Borçlar Kanunu Madde 561-580 arasında düzenlenen saklama sözleşmesine ilişkin hususlara ilişkin davalar ve

(iii) Fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalardır.

Havaleyle ilgili olarak, bu işlemin üç tarafı vardır. Havale eden bir miktar paranın havale alıcısına ödenmesini havale ödeyicisinden talep eder. Her ne kadar havale eden ve havale alıcısının ticari işletmesi olmasa bile, havale ödeyicisinin banka olması sebebiyle ve yapılan işlemin de bankanın ticari işletmesiyle alakalı olması sebebiyle, havalenin konu olabileceği bir dava ticari dava haline gelir.[22]

---

18 **POROY**, s.32.

19 **POROY**, s.37.

20 **ARSLAN**, s.101; **Ali Cem BUDAK** ve **Varol KARAASLAN**, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), s.39; **Baki KURU**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (Demir – Demir Yayıncılık, 2001), C.1, s.681.

21 Ancak bu tür davalarda, uyuşmazlık her iki tarafında da ticari işletmesiyle alakalı değilse, dava ticari bir dava olmayıp görevli mahkeme asliye hukuk mahkemeleridir: **KURU**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s.682.

22 **ARKAN**, s.114; **POROY**, s.120; **KENDİGELEN**, s.125; Ancak Yargıtay güncel bir kararında her ne kadar havale ödeyicisi banka olsa da, havale işlemiyle ilgili uyuşmazlıkta tüketici mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir: Yargıtay HGK., E. 2017/11-42,

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan kaynaklanan ticari davalara örnek olarak bir piyesin, yazarının izni alınmadan sergilenmesi sebebiyle tiyatro işleticisine karşı açılan davanın ticari bir dava olmasını verebiliriz. Ancak bir bilim adamının, başka bir araştırmacı tarafından hazırlanan eseri kendi adı altında yayımlaması sebebiyle açtığı tazminat davası, ticari işletme ile ilgili olmadığından bu başlıkta sayılan türden bir ticari dava değildir. [23]

bb. Ticari Dava Sayılabilmek İçin Her İki Tarafın Da Ticari İşletmesiyle Alakalı Olması Gereken Davalar

Bu grup altında sayılabilecek davalarda, şimdiye kadar sayılmış olan tüm ticari dava türlerinin aksine, konu bakımından sınırlama yoktur. Şimdiye kadar bu çalışmada sayılmış olan davalarla ilgili hususların kanunda sayılan konulardan birine ilişkin olması halinde ticari dava olması kabul edilmiştir. Ancak, kanun koyucu, kanunlarda belirlediği konulardan herhangi birine ilişkin olmasa da her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin olan davaların ticari dava olmasını kabul etmiştir. Dolayısıyla, bu türden davalarda davanın konusuna bakılmaz. Davanın konusunun her iki tarafın da ticari işletmesiyle alakalı olması, bu türden davaların ticari dava sayılması için yeterlidir.

Bu konuyla ilgili 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ("Eski Ticaret Kanunu") olan ve karışıklığa sebep olan düzenleme Ticaret Kanunu'nda farklı şekilde ele alınarak karışıklık ortadan kaldırılmıştır. Ticaret Kanunu'nun güncel uygulamasında, zaman zaman Eski Ticaret Kanunu'nda bulunan düzenlemeden yola çıkılarak değerlendirmeler yapıldığı için, çalışmanın bu kısmında Eski Ticaret Kanunu'nun düzenlemesine kısaca değinilecektir. Eski Ticaret Kanunu'nda bir davanın bu başlıkta incelenen anlamıyla nispi ticari dava olabilmesi için Eski Ticaret Kanunu Madde 4, davanın konusunun her iki taraf için de ticari sayılan hususlardan olmasını aramakta, bunun tespiti için de Eski Ticaret Kanunu Madde 21'deki ticaret karinesine atıf yapmaktaydı. Doktrinde, bu maddenin, tacir sıfatının sonuçlarını düzenlemesi ve tacirin borçlarının esas itibariyle ticari işletmesi ile ilgili ve bu bakımdan ticari iş olarak kabul edileceği hükmünü getirmesi dolayısıyla bu davaların tespiti hakkında görüş ayrılıkları ve eleştiriler mevcuttu.[24] Bu eleştirileri de dikkat alan kanun koyucu, bu davaların belirlenebilmesi için Ticaret Kanunu'nda sadece ticari işletme kriterini kullanmıştır.[25] Yeni kanunda artık Eski Ticaret Kanunu Madde

K. 2018/562, T. 28.3.2018, erişim 04.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2017-11-42.htm.

23 **ARKAN**, s.115

24 **POROY**, s.121; **KENDİGELEN**, s.125-126.

25 **POROY**, s.121.

21/2'ye yapılan gibi bir atıf bulunmamaktadır.[26] Yani artık Ticaret Kanunu'nda, Eski Ticaret Kanunu'nun aksine, davaya konu olan hususun bir ticari hususla mı ilgili olduğuna, ticari işle mi ilgili olduğuna veya taraflarının tacir olup olmadığına[27] bakılması gerekmemektedir. Yargıtay'ın da tespit ettiği üzere bir iş her ne kadar ticari iş niteliğinde olsa da, tarafların ticari işletmeleriyle ilişkili olmadığı takdirde, ticari davaya konu olmayacaktır.[28] Bu durumda da davaya konu iş her ne kadar ticari iş niteliğinde olsa da görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.[29] Diğer bir ifadeyle, Ticaret Kanunu'nda değerlendirilmesi gereken tek kıstas artık davaya konu hususun her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olup olmadığıdır.

Örnek olarak, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olan bir kira sözleşmesine ilişkin bir dava ticari davadır. Kiracının ticari işletme niteliğinde bir mağaza işlettiği ve kiraya verenin de gayrimenkul kiralama konusunda çalışan bir şirket olması halinde bu şartlar yerine gelmiş sayılacaktır. Ancak her iki tarafın da ticari işletmesiyle alakalı olmayan bir kira sözleşmesi ise ticari bir davaya sebebiyet vermeyecektir.[30] Buna örnek olarak, tüccar terzinin maliki olduğu ve ticari işletmesine dahil olmayan taşınmazı bankaya kiraya vermesi halinde kira sözleşmesinin davaya konu olması halinde dava ticari bir dava sayılmayacaktır.[31] Yani sadece bir tarafın ticari işletmesini ilgilendiren ve bu çalışmada daha önce verilen başlıklardan herhangi birine girmeyen davalar ticari dava olmazlar.[32] Bir diğer örnek ise, tüzel kişi tacirin adi sahası bulunmadığından, genel kurul toplantısını yapmak üzere bir tacirin ticari işletmesine dahil olan bir salonu kiralaması halinde bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlığın ticari dava konusu olmasıdır.[33]

---

26 **PEKCANITEZ**, *Medenî Usûl Hukuku*, s.160.

27 Ticaret Kanunu Madde 12 gereği, ticari işletmeyi kendi adına işleten kişiye tacir denildiğinden dolayı, bir kişinin ticari işletmesinin olduğu durumlarda ayrıca o kişinin tacir olması şartının ticari davalarda aranmasına gerek yoktur, çünkü ticari işletmesi olan kişi zaten tacirdir. O yüzden bu başlık anlamında bir davanın ticari dava olup olmadığını tespit etmek için davaya konu hususun her iki tarafın da ticari işletmesine ilişkin olup olmadığının incelenmesi yeterlidir.

28 Yargıtay HGK, E. 2014/13-1023, K. 2016/294, T. 9.3.2016, erişim, 07.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2014-13-1023.htm.; Yargıtay, 1.HD., E. 2018/2531, K. 2018/11280, T. 19.6.2018, erişim 06.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1hd-2018-2531.htm.; **BUDAK**, s.39.

29 **Hakan PEKCANITEZ**, **Oğuz ATALAY** ve **Muhammet ÖZEKES**, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), s.120.

30 Eski kanun dönemindeki yaklaşım için bakınız: **POROY**, s.121 ve oradaki dipnot.

31 **KENDİGELEN**, s.126; bu konuyla ilgili bir diğer örnek ve Yargıtay kararı için bakınız: **KURU**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s.683.

32 **ARKAN**, s.115-116.

33 **ARKAN**, s.116.; Her iki tarafının da ticaret şirketi olduğu eser sözleşmesiyle ilgili uyuş-

Haksız fiillerle ilgili olarak da aynı durum söz konusudur. Haksız fiil sebebiyle tazminat istenen bir davanın ticari dava olabilmesi için haksız fiilin, her iki tacirin de ticari işletmesiyle ilgili olması gerekmektedir.[34] Örnek olarak, DDY işletmesine ait trenin, tren yolu geçidinden geçen bir şahsa çarparak zarar vermesi, ticari davaya sebep vermez.[35] Ancak tüccar A'ya ait, A'nın ticari işletmesine tahsis edilen ve taşımacılıkta kullanılan aracın tacir B'ye ait züccaciye ürünleri satılan işletmeye çarpması sebebiyle açılan tazminat davası ticari bir davadır.[36] Ancak Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız fiil nitelikli hususlar, örnek olarak haksız rekabet ve çatma, doğrudan mutlak ticari davaya sebebiyet verirler, zira bu hususlar Ticaret Kanunu'nda düzenlenmişlerdir.[37]

B. DAVANIN KONUSUNUN BİR MİKTAR PARANIN ÖDENMESİ OLAN ALACAK VE TAZMİNAT TALEBİ OLMASI

Ticaret Kanunu Madde 5/A'ya göre, bir ticari davada arabuluculuğun dava şartı olabilmesi için davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat talebi olması gerekmektedir. Buna göre, davanın konusunun bir miktar para ödenmesini gerektirmeyen bir hususa ilişkin olması halinde dava zorunlu arabuluculuğa tabi olmayacaktır. Dava her ne kadar mutlak ticari dava da olsa veya taraflardan her ikisinin de ticari işletmesiyle ilgili olması sebebiyle nispi ticari dava da olsa, bu şart yerine gelmediği takdirde arabuluculuk bu türden ticari davalarda dava şartı olmayacaktır.

---

mazlıklar ve eser sözleşmesiyle ilgili bir Yargıtay kararı için bakınız: **KURU**, *Medenî Usul Hukuku*, s.56;
Yargıtay, şirkete kesilen su faturasıyla ilgili uyuşmazlığın faturayı kesen kuruluşun da tacir olması sebebiyle ticari dava olacağına hükmetmiştir: Yargıtay 3.HD., E. 2018/472, K. 2019/2801, T. 1.4.2019, erişim 08.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2018-472.htm.; Yine İSKİ ve bir ticaret şirketi arasındaki su faturasına ilişkin uyuşmazlığın ticari dava olduğu hakkında: Yargıtay 3.HD., E. 2018/5535, K. 2019/2709, T. 28.3.2019, erişim 09.09.2019, http://www.kazanci.com/ kho2/ibb/files/dsp.php?fn=3hd-2018-5535.htm.; Bir başka davada Yargıtay tacir olduğuna hükmettiği Devlet Hava Meydanları İşletmesi'nin güvenlik hizmeti aldığı şirketle arasında olan uyuşmazlığın ticari dava olduğuna hükmetmiştir: Yargıtay 23.HD., E. 2016/9368, K. 2019/419, T. 12.2.2019, erişim 07.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=23hd-2016-9368.htm.
Ticaret mahkemesinde görülmüş bir dava ile ilgili olarak vekil ve müvekkil arasında vekalet ücreti ve gider avansına ilişkin çıkan bir uyuşmazlıkta ticaret mahkemesinin görevli olmadığı hakkında bir Yargıtay kararı ve eleştirisi için bakınız: **KURU**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü,* s.681.

34 Yargıtay 17.HD., E. 2016/2339, K. 2019/3502, T. 25.3.2019, erişim 05.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=17hd-2016-2339.htm

35 **ARKAN**, s.116 ve oradaki dipnot.

36 **KENDİGELEN**, s.126.

37 **KENDİGELEN**, s.126.; **ARKAN**, s. 116.

Örnek olarak, Ticaret Kanunu Madde 54 ve devamı hükümlerinde haksız rekabet düzenlenmektedir. Ticaret Kanunu Madde 56 altında ise, haksız rekabet halinde açılacak olan davalarda yapılabilecek olan istemler sayılmaktadır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, haksız rekabetle ilgili bu madde altında sayılan istemlerden herhangi birinde bulunulması ticari davaya sebebiyet verir, zira bu hususlar Ticaret Kanunu altında düzenlendiği için, bu hususlarla ilgili uyuşmazlıkların, daha önce de açıklandığı üzere, mutlak ticari davaya konu olacağı kabul edilmektedir. Ticaret Kanunu Madde 56 uyarınca haksız rekabet halinde yapılabilecek olan istemlerden bazıları fiilin haksız olup olmadığının tespiti, haksız rekabetin men'i, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması, yanıltıcı beyanların düzeltilmesi ve haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasıdır. Bu istemlerden biri zarar ve zıyanın tazmini, manevi tazminat istemi veya başkaca bir miktar paranın ödenmesini gerektiren bir istem olmadan ileri sürüldüğü halde, açılan dava her ne kadar ticari bir dava olsa da, zorunlu arabuluculuk kapsamına girmeyecektir. Ancak bu türden davalarda zarar ve zıyanın tazmini veya manevi tazminat isteminden bulunulması halinde, davanın konusu bir miktar paranın ödenmesi haline geldiğinden, bu davaların açılmasından önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı haline gelecektir.

Bir diğer örnek ise iki tacir arasında gerçekleştirilen taşınır satışı sebebiyle alıcının Medeni Kanun Madde 227'de sayılan bazı haklarını kullanmasıdır. Madde gereği alıcının kullanabileceği haklardan bazıları satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme veya satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini istemedir. Yine alıcı bu haklarından birini bir miktar paranın kendisine ödenmesini istemeden talep ederse, uyuşmazlık zorunlu arabuluculuğa tabi olmayacaktır.

III. TİCARİ DAVALARDA ZORUNLU ARABULUCULUKLA İLGİLİ İNCELENMESİ GEREKEN BAZI ÖZEL DURUMLAR

Ticaret Kanunu Madde 5/A kapsamında arabuluculukla ilgili getirilen yeni düzenleme, özellikle halihazırda asliye ticaret mahkemelerinde görülmekte olan davalarla ilgili daha az tereddüt yaratacaktır. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bazı davalar her ne kadar asliye ticaret mahkemelerinin görevine girmese de yine de ticari davadır.

Bir davanın ticari dava sayılmasının iki sonucu olabilir, bunlardan biri ülkemizde de uygulandığı üzere davanın özel görevli olan ticaret mahkemesi gibi bir ihtisas mahkemesinin görev alanına girmesidir. Diğeri

ise ticari davanın görülmesinin özel usul hükümlerine tabi olmasıdır.[38] Ticaret Kanunu'na zorunlu arabuluculukla ilgili son ekleme yapılmadan önce, ülkemizde ticari dava olmanın sonucu olarak ticaret mahkemelerinde görülme şartı bulunmakta olup (kanunla özel görevlendirilmiş diğer ihtisas mahkemeleri hariç), Ticaret Kanunu Madde 4/2 haricinde ticari davalara uygulanacak özel usul kuralları bulunmamaktaydı.[39] Bu sebeple de hukukumuzda bir davanın ticari dava olduğunun tespitinin en önemli sonucu olarak bu davanın ticaret mahkemesinde açılması görülmekteydi. Bu sebeple de, tüketici hukuku veya fikri ve sınai haklar kapsamında özel kanunlarla ihtisas mahkemelerinin görevli sayıldığı davalar konusunda özellikle bu davaların ticari dava niteliğinde olup olmadığının tespiti birinci derecede önemli değildi, zira bu davaların hangi mahkemede görülmesi gerektiği özel kanunlarında belirlenmiş olup, bu davalar ticaret mahkemelerine gitmiyordu ve bu sebeple bu davaların ticari dava olup olmadığını tespit etmek hayati önemde bir amaca hizmet etmiyordu.

Ancak, Ticaret Kanunu Madde 5/A artık ticari davalara ilişkin olarak arabuluculuğun dava şartı olması sebebiyle hayati önemde bir usul kuralı getirmiştir. Bu sebeple de artık ihtisas mahkemelerinde görülmekte olan davaların da ticari dava niteliğinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, bu davalarda arabuluculuğun dava şartı olup olmadığını tespit etmek açısından önemli hale gelmiştir. Bu sebeple, çalışmanın ilerleyen kısmında ticaret mahkemelerinde görülmemekle birlikte ticari dava kabul edilen bazı haller ve Ticaret Kanunu Madde 5/A'nın uygulanmasında tartışmaya sebebiyet verebilecek bazı durumlar incelenecektir.

A. TÜKETİCİ HUKUKUNA İLİŞKİN TİCARİ DAVALAR

Daha önce de belirtildiği üzere, Türk Hukuku'nda bazı davalar sadece konusu itibariyle ticari dava olarak kabul edilmektedir. Taraflarına bakılmaksızın bu davaların ilişkin olduğu hususların ticari davaya konu olabileceği kanunlarda belirtilmiştir, bu türden davalara mutlak ticari dava denmektedir.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a ("Tüketici Kanunu") göre, tüketici işlemlerinden veya tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyeti veya tüketici mahkemeleri görevlidir.

O halde karşımızda genel nitelikli fakat sonraki tarihte yürürlüğe girmiş olan Ticaret Kanunu'nun ilgili maddesi ve özel nitelikli fakat önceki

38 **POROY**, s.111.

39 **POROY**, s.112.

bir tarihte yürürlüğe girmiş Tüketici Kanunu düzenlemeleri bulunmaktadır ve genel hüküm nitelikli Ticaret Kanunu'nda getirilmiş yeni usul düzenlemesinin, usulü özel kanunda belirlenmiş tüketici davalarında da uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalı durumdadır.

Bu durumda soru şudur, konusu sebebiyle kanunlarda mutlak ticari dava olduğu kabul edilen bir uyuşmazlığın aynı zamanda tüketici işlemlerinden veya tüketiciye yönelik uygulamalardan doğması halinde uyuşmazlık zorunlu arabuluculuğa tabi olacak mıdır? Öncelikle şunu belirtmek gerekir yukarıda da belirtildiği üzere bu türden uyuşmazlıkların götürülmesi gereken merci tüketici hakem heyetleri veya davanın açılması gereken yer tüketici mahkemeleridir. Bu soruya cevap vermek için çeşitli tüketici uyuşmazlıklarını ayırarak incelemekte fayda bulunmaktadır.

İlk olarak, Tüketici Kanunu Madde 66 ve 68'e göre, tüketici hakem heyetleri her sene yeniden yapılan yeniden değerlemeye göre konusu belirli bir değerin altında kalan tüketici uyuşmazlıklarına bakmaktadır. Konusu bu değerin altında kalan uyuşmazlıkların öncelikli olarak tüketici hakem heyetine getirilmesi zorunlu olup, bu değerin üstünde kalan uyuşmazlıkların ise dava şeklinde tüketici mahkemesinde açılması gerekmektedir. Öncelikli olarak tüketici hakem heyetleri önüne getirilen uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığını incelersek; bu uyuşmazlıklar dava niteliğine sahip değildir zira Yargıtay'ın da tespit ettiği üzere tüketici hakem heyetleri mahkeme niteliği taşımamaktadır.40 Ayrıca kanun koyucu, Arabuluculuk Kanunu Madde 18/A/18'da "Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz." hükmünü getirerek tüketici hakem heyetine gidilmesinin gerektiği durumlarda öncelikle arabuluculuğa gidilmesinin gerekli olup olmadığı tartışmasının önünü kapamıştır.

Tüketici hakem heyeti kararına karşı Tüketici Kanunu Madde 70 çerçevesinde itirazla tüketici mahkemesine gidildiği durumda da kanaatim arabuluculuğun dava şartı olmadığı yönündedir, zira Arabuluculuk Kanunu Madde 18/A/18 zorunlu alternatif çözüm yoluna gidilmesi gereken hallerde arabuluculuğun dava şartı olduğuna ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını ifade etmiştir. Tüketici Kanunu Madde 70 vasıtasıyla yapılan itiraz da zorunlu alternatif çözüm yolu olan tüketici hakem heyeti başvurusunun devamı niteliğinde olduğu için kanaatimce zorunlu arabuluculuğa tabi değildir.

40 Yargıtay 13.HD. E. 2015/10571, K. 2015/8738, T. 18.3.2015, erişim 07.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=13hd-2015-10571.htm.

Peki uyuşmazlığın dava olarak tüketici mahkemesine götürülmesinin gerektiği durumda ne olacaktır? Örnek olarak, yaptığı alışveriş sebebiyle bono düzenleyip satıcıya veren bir tüketiciye karşı başlatılan takipte menfi tespit davası açılması halinde ve bonoya ilişkin hususların Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi sebebiyle bu davanın mutlak ticari dava sayılması halinde, tüketici mahkemesinde açılacak olan davanın ticari dava olduğu göz önünde bulundurularak arabuluculuk dava şartı sayılacak mıdır? Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 3. Hukuk Dairesi'nin bu soruya verdiği cevap olumsuzdur. Mahkeme, Tüketici Kanunu'nun Ticaret Kanunu'na göre özel nitelikli kanun olduğundan dolayı, tüketiciyle ilgili uyuşmazlıkların arabulucuya gitmemesi gerektiğini ifade etmiştir:[41]

"… özel yasa niteliğindeki TTK'nın 5/A maddesinde düzenlenen dava şartı olarak arabuluculuğun yine bu özel yasa kapsamında ticari davalarda uygulanması gerekir. Ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuk, zorunlu bir yasal şart öngördüğünden ve bunu özgülendiği yasaya yönelik düzenlediğinden, ticari işlere bağlanan tüketici işlemleri üzerinden TKHK kapsamında kalan tüketici işlemi niteliğinde ki dava ve işlerde uygulanması düşünülemez."

Ancak bu konuda ülkemizde henüz yeknesak bir işleyiş oluşmamıştır. Tüketici kredilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar davayla ilgili başkaca bir şart aranmaksızın ticari dava olarak kabul edilmektedir, ancak önceki örnekte de olduğu gibi bu bir tüketici işlemidir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi ise, yukarıda verilen Antalya Bölge Adliye Mahkemesi'nin tutumunun tersi bir yaklaşım benimseyerek, karşısına gelen böyle bir olayda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmaması sebebiyle davanın dava şartı eksikliği sebebiyle usulden reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir:[42]

"Ayrıca işlemin tüketici işlemi niteliğinde olması, uyuşmazlığın mutlak ticari dava olarak kabulüne de engel değildir. Tüketici işlemi kavaramı ile ticari dava kavramı farklı iki kavram olup her iki kavrama da farklı sonuçlar bağlanmıştır. Tüketici işlemi niteliğindeki özel hukuk uyuşmazlıklarının aynı zamanda ticari dava niteliğinde olması, işlemin tüketici işlemi niteliğini ve bunu bağlanan soruçları ortadan kaldırmaz.TKHK'nın 83/2. maddesine göretaraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler

41 Antalya Bölge Adliyesi Mahkemesi, 3. HD., E. 2019/1038 K. 2019/1088 T. 5.7.2019, erişim 11.09.2019, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/antalya-bam3-hd-e-2019-1038-k-2019-1088-t-5-7-2019.

42 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi, 3.HD., E. 2019/856, K. 2019/834, T. 3.5.2019, erişim 11.09.2019, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=is-ankara-bam-3hd-2019-856.htm.

ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve 6502 Sayılı Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez. Bu düzenlemeye göre bir işlemin tüketici işlemi olması halinde başka kanunlarda aynı tüketici işlemine ilişkin düzenleme bulunsa bileişlem tüketici işlemi olarak kalmaya devam edecek, dava açılması halinde ise görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Örneğin tüketici işlemi niteliğindeki bankacılık işlemlerine ilişkin uygulanacak faizle ilgili TTK düzenlemeleri işlemin tüketici işlemi niteliğini ortadan kaldırarak işlemi ticari iş niteliğine dönüştüremeyecektir.

Ticari dava ve tüketici işlemi niteliğine ilişkin bu şekildeki belirlemelerden sonra somut olayda uyuşmazlık konusunun bir miktar para alacağına ilişkin olduğu, davanın da 19/02/2019 tarihinde açıldığı anlaşılmakla, 6325 Sayılı HUAK'nın 18/A, 2 fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurup anlaşamama tutanağının (son tutanağın) aslının veya onaylı örneğinin dava dilekçesine eklenmesi zorunludur. Davanın arabulucuya başvuru yapılmadan doğrudan açıldığı tüm dosya kapsamıyla sabittir. Bu durum davacı tarafın da kabulündedir.

Bu durumda, yukarıda yer verilen yasal mevzuat ve açıklamalara göre davacı tarafından, 6325 Sayılı HUAK'nın 18/A, 2 fıkrasına göre dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmadığı anlaşılan ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığa ilişkin olarak itirazın iptali talebi ile açılan davanın usulden reddi gerekmektedir."

Çalışmanın bu kısmında sorulan soruya bölge adalet mahkemeleri tarafından verilmiş her iki farklı cevabı da gördükten sonra, kanaatim, yürürlükteki pozitif hukuk kuralları çerçevesinde Ankara Bölge Adalet Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, ticari dava ve tüketici işlemi kavramlarının birbirinden bağımsız iki kavram olduğu; Antalya Bölge Adalet Mahkemesi'nin düşündüğünün aksine birinin bulunduğu yerde diğerinin de bulunmasının mümkün olduğudur. Yani bir davanın tüketici işlemine ilişkin olması, bu çalışmada ele alınan, ticari dava uygulamasının kapsamını düzenleyen pozitif hukuk çerçevesinden bakıldığında, o uyuşmazlığın bir ticari davaya konu olmasını engellememektedir; o yüzdendir ki tüketici işlemi bir ticari davaya konu olabilir. Bu nedenle mutlak ticari davaya konu olabilecek tüketici işlemlerinin de, her ne kadar tüketici mahkemesinde görülse de, ticari dava kapsamına gireceği ve bu sebeple zorunlu arabuluculuğa tabi olacağı kanaatindeyim.

Ayrıca belirtmek isterim ki, ticari davalarda zorunlu arabuluculuğun uygulanmasına başlanan bu erken dönemde, mahkemeler arasındaki görüş belirsizliğine karşın tedbir olarak uygulamada çalışanların davayı

açmadan önce arabuluculuk talep etmesi tedbirli bir hareket olacaktır. Zira üst mahkeme uygulamalarının ilerleyen dönemde tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğu dava şartı olarak görmesi halinde, arabuluculuk süreci geçirmeden üst mahkemelere ulaşmış dosyalar dava şartı eksikliği sebebiyle, davanın açılmasının üstünden yıllar geçtikten sonra tekrar sil baştan birinci derece mahkemelerine arabuluculuğa gidilmesi için geri gönderilme riski ile karşı karşıya kalacaktır. Bu riski ortadan kaldırmak için, en baştan arabuluculuk talebinde bulunmak tedbirli bir hareket olacaktır.

B. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNA İLİŞKİN MEVZUATTA DÜZENLENEN HUSUSLARDAN DOĞAN DAVALAR

Bu konu da bir üst başlıkta incelenen tüketici hukukuna ilişkin konuya benzerdir. Ticaret Kanunu gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları mutlak ticari dava olup, bu davaların fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevine girmesi, bu davaların ticari dava olmasını engellememektedir. [43] Dolayısıyla artık fikri ve sınai haklara ilişkin açılan davalarda arabuluculuk, Ticaret Kanunu Madde 5/A'da aranan diğer şartlar da karşılanıyorsa, dava şartı haline gelecektir.

C. KARŞI DAVA AÇILMASI HALİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK

Arabuluculuğun dava şartı olduğu karşı davalarda ise karşı davanın açılma süresinin sınırı sebebiyle ayrıca bir inceleme yapılması gereği bulunmaktadır.

Karşı dava kurumu 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") Madde 133 uyarınca cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle açılır. Açılacak olan karşı dava zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu takdirde, dava dilekçesi alındıktan sonra esasa cevap süresi içerisinde arabuluculuğu başlatmak ve bu süre bitmeden arabuluculuğu tamamlayıp karşı davayı açmak gerekli olarak gözükmektedir. Ancak Ticaret Kanunu Madde 5/A'daki ifadeden ticari davalarda arabuluculuk aşamasının yaklaşık sekiz haftada tamamlanacağı anlaşılmaktadır. Sekiz haftalık bir sürede de açılmış bir davada cevap dilekçesi verme veya esasa cevap süresi dolacaktır. Bu sebeple halihazırda açılmış olan bir davada karşı dava açılması halinde arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra, arabuluculuk işlemleri bitene kadar HMK Madde 133'te belirtilen karşı dava açma süresi dolacaktır.

---

43 "6102 Sayılı Ticaret Kanunu Gerekçesi," TBMM Başkanlığı, erişim 12.09.2019, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf, Madde 4; ayrıca bakınız: **POROY**, s.118; **ARKAN**, s.112; **KENDİGELEN**, s.122.

Ancak Arabuluculuk Kanunu Madde 18/A/15'te kanun koyucunun yaptığı düzenleme bu durum için bir çözüm olarak ele alınabilecektir. Gerçekten de kanunda "Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez." denilmektedir. Dolayısıyla HMK Madde 133'te ifade edilen karşı dava açma süresinin, bu süre içinde arabuluculuk bürosuna başvuru yapılması halinde arabuluculuk faaliyeti sonlanana kadar duracağı ve arabuluculuk faaliyeti sonlanınca karşı davanın açılabileceği kanaatindeyim. Bahsedilen fıkranın sadece uyuşmazlığın ilgili olduğu esasa ilişkin haklarla ilgili zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin durumunu düzenlediği ve usulle ilgili süreleri düzenlemediği şeklinde dar bir yorum yapılması halinde, zorunlu arabuluculuğa tabi karşı davaların açılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda da, karşı davaya konu olması gereken istem ayrı bir davaya konu edilecek ve bu takdirde muhakeme süresi uzamış olacak ve usul ekonomisi prensibi zarar görecektir. Esasında bu durum kanun koyucunun 06.12.2018 Tarihli ve 7155 Sayılı Kanun'u çıkarmaktaki amacına tam ters bir durum oluşturacaktır. Zira kanun koyucunun amacı ticari işlerin mahkemeye yansımadan ve daha hızlı bir şekilde halledilmesiyken, ilgili maddenin dar yorumlanması halinde, uygulamacının elinden 06.12.2018 Tarihli ve 7155 Sayılı Kanun öncesi var olan karşı dava imkânı alınınca, yapılması gereken usul işlemleri ve dava süresi tam tersine artacak ve kanun koyucunun amaçladığının tam tersi bir durum oluşacaktır. Yani bahsedildiği şekilde dar bir yorum yapılması halinde, 06.12.2018 Tarihli ve 7155 Sayılı Kanun öncesi uygulamacının elinde olan karşı dava imkânı alınmış olacak ve kanun koyucu muhakemeyi kolaylaştırmak isterken tam aksine zorlaştırmış olacaktır. Kanun koyucunun kendi belirttiği amacının tam tersi niteliğinde sonuçlara yol açan bir düzenleme yapması ve bu sebeple abesle iştigal etmesi düşünülemeyeceğinden, Arabuluculuk Kanunu Madde 18/A/15 kanun koyucunun o maddeyi getirmekteki amacına uygun yorumlanarak, Arabuluculuk Kanunu Madde 18/A/15'teki düzenlemenin usule ilişkin süreleri de kapsadığı kabul edilmelidir.

Ancak yine de üst derece mahkemelerinin karşı davada zorunlu arabuluculuk konusundaki tutumu netleşene kadar zorunlu arabuluculuğa tabi ve karşı davaya konu olabilecek istemlerin mümkünse ayrı bir davada ileri sürülmesi tedbirli bir hareket olacaktır.

IV. SONUÇ

Kanun koyucu, 06.12.2018 Tarihli ve 7155 Sayılı Kanun ile davanın konusunun bir miktar paranın ödenmesi olan alacak veya tazminat talepli

ticari davalarda, davaların açılmasından önce arabuluculuğa başvurulmasını dava şartı olarak kabul etmiştir. Kanun koyucu bu şekilde davaların daha hızlı şekilde sonuçlanmasını ümit etmekte ve ticaret mahkemelerinin üzerindeki iş yükünü hafifletmeyi düşünmektedir.

Yapılan düzenleme ise ayrıntılı bir şekilde incelendiğinde, ticari dava olmanın yeni bir sonucu olarak özel usul hükmü getirdiği için, Türk Hukuku'nun ticari davaya bakışında önemli bir değişiklik oluşması sonucuna sebep olmuştur. Bu yüzden artık bir davanın ticari dava olup olmadığının incelenmesi, sadece o davanın ticaret mahkemesinde mi açılacağı ile ilgili değil, aynı zamanda zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmayacağını tespit etmek açısından da önem taşımaktadır. Bu durum da, özellikle ticaret mahkemelerinde görülmediği halde ticari dava sayılan davalar konusunda yeni bir dikkati gerektirmektedir.

Bu noktada, 06.12.2018 Tarihli ve 7155 Sayılı Kanun ile yapılan düzenlemenin kapsamı, bu çalışmada da incelendiği üzere, uygulamanın erken döneminde tartışmalara sebep olacaktır, zira üst mahkemelerin bu çalışmada incelenen bazı konulara bakışı henüz netlik kazanmamıştır. Bu sebeple de uygulamacının, davanın zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığından emin olamadığı durumlarda arabuluculuğa gidilmesini talep etmesinin tedbirli bir hareket olacağı düşünülmektedir. Aksi takdirde her ne kadar ilk derece mahkemesi uyuşmazlıkta arabuluculuğun dava şartı olduğunu düşünmese de, üst derece mahkemelerinin davanın başlamasından yıllar sonra arabuluculuğun dava şartı olduğuna kanaat getirmesi halinde, dava usulden reddedilecek ve adeta dava açılmamış gibi tekrardan arabuluculuğa gitme zorunluluğu ile karşılaşılacaktır. Bu da takdir edileceği üzere çok büyük bir zaman kaybı olacaktır. Bu nedenle tereddütte kalındığında arabuluculuğa başvurulması önerilmektedir.

***

KAYNAKÇA

ARKAN, Sabih. Ticarî İşletme Hukuku. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı), 2018.

ARSLAN, Ramazan, Ejder YILMAZ ve Sema Taşpınar AYVAZ. Medenî Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2016.

BUDAK, Ali Cem ve Varol KARAASLAN. Medenî Usul Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm.

KENDİGELEN, Abuzer, Arslan KAYA, Füsun NOMER, Hüseyin ÜLGEN ve Mehmet HELVACI. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

KURU, Baki. Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

KURU, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü. Demir – Demir Yayıncılık, 2001.

Lexpera İçtihat Arama Motoru. https://www.lexpera.com.tr/ictihat.
PEKCANITEZ, Hakan, Muhammet ÖZEKES, Mine AKKAN ve Hülya Taş KORKMAZ. Medenî Usûl Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz ATALAY ve Muhammet ÖZEKES. Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
POROY, Reha ve Hamdi YASAMAN. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tbmm_internet.anasayfa.

TOPLU YAPILARDA/SİTELERDE MEVCUT YÖNETİM PLANLARININ 634 SY. KAT MÜLKİYETİ KANUNU'NU DEĞİŞTİREN 5711 SY. KANUNA UYARLANMAMASI NEDENİYLE YAŞANAN SORUNLAR

Av. Ömer Lütfi COŞAR[1]

I - GİRİŞ

Sorunla ilgili olarak İstanbul Barosu Dergisi[2]'nde yedi yıl kadar önce kaleme aldığımız yazıda Yargıtay'ın geliştirdiği içtihada göre, mevcut yönetim planlarının 5711 sayılı yasaya uyarlanmaması halinde toplu yapılarda karşılaşılabilecek sorunları dile getirip bunun önüne geçmek için planların bir an önce kanuna uyarlanması gerektiğini açıklamaya çalışmıştık.

Aradan geçen zaman içinde ileriki sayfalarda yer alan yüksek mahkeme kararlarından görüleceği üzere, yönetim planlarının uyarlanamamasından dolayı içtihat nedeniyle Kat Mülkiyet Kanunu kapsamından çıkarılan toplu yapılarda çözülemeyen sorunlar birikip giderek ağırlaşmış ve ortak yaşam çekilmez hale gelmek üzeredir.

Bu durumun sürdürülebilir olmadığından ve bir şeyler yapılması gerektiği düşüncesinden yola çıkarak bu çalışmamızda soruna tamamen farklı bir açıdan yaklaşarak Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihadını tartışacağız.Yani peşinen belirtelim ki bu kez iğneyi yüksek mahkememize batıracağız!

II - YASAMA SÜRECİ[3]

1- 5711 SAYILI KANUN UMUT IŞIĞIYDI

Hatırlayacak olursak, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda değişiklik yapan 5711 sayılı kanunun gerekçesinde: "Toplu Yapı uygulamasının yaygınlaşmasıyla birlikte bir arsa üzerindeki birden çok yapıya ilişkin getirilen hükümler yetersiz kaldığından,ortak yer ve tesisleriyle birlikte bağlantılı birden çok yapının yüzlerle hatta binlerle ölçülen bağımsız bö-

1 İstanbul Barosu avukatlarından

2 İstanbul Barosu Dergisi Cilt:86 Sayı:2012/2 (Sf:241-247)

3 www.tbmm.gov.tr

lümlerinin uygulamada mülkiyet,yönetim,ortak gider gibi konularda ortaya çıkardığı sorunlara cevap verecek çözümleri kapsamadığından,Kat Mülkiyeti

Kanununda değişiklik öngören tasarıda, toplu yapıya ilişkin özel hükümlerin bir arada bulunmasının uygulamada sağlayacağı kolaylık dikkate alınarak toplu yapıya ilişkin özel hükümler ayrı bölüm halinde düzenlenmiştir." denildikten sonra, kanunun toplu yapıyla ilgili 66 ila 69. Maddelerin gerekçesinde, "toplu yapı,blok yapı, ortak yer,ortak tesislerin kullanılmalarına ve yönetilmelerine ilişkin kavramlara açıklık getirilmesinin amaçlandığı,blok yapılardan her birinin kendi sorunlarını o bloktaki maliklerce yönetip çözümleyebilme olanağını getirmeyi amaçladığı,bu amaçlarla blok kat malikleri kurulu ve toplu yapı temsilciler kurulu gibi oluşumları öngördüğü " belirtilmişti.

2- PLANLARIN YASAYA UYARLANMASI MESELESİ

1-Yasal Düzenlemeler

5711 sy kanun Geçici Madde 3'te, "Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim plânları, yürürlük tarihinden itibaren en geç altı ay içinde bu Kanun hükümlerine uyarlanır. Yönetim plânında bu yönde değişiklik yapılması için mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu yeterlidir." denmektedir.

Kanun koyucu aynı zamanda 634 sayılı kanunun 28. Maddesindeki yönetim planının değiştirilmesi için maliklerin 4/5 çoğunluğunun gerekliliği kuralına bir defalık istisna getirerek salt çoğunluğu yeterli görmüş ancak bunun için toplantının yürürlük tarihinden itibaren altı aylık süre içinde (en geç 27.05.2007 Tarihine kadar) yapılmasını hükme bağlamıştı.

Kanunun tanıdığı altı aylık süre, yüzlerce hatta bazılarında bağımsız bölümün / malikin bulunduğu toplu yapılarda, aşağıda açıklanacağı üzere birtakım nedenlerden dolayı yönetim planlarının 5711 sayılı kanuna uyarlanması için yeterli olmadı.

Bunun üzerine kanun koyucu, 634 sy KMK.'nun bazı hükümlerini değiştiren 5912 sayılı kanun 5 md. ile getirilen Geçici Madde 2'de, "Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim planlarının, bu Kanun hükümlerine uyarlanması amacıyla yapılacak ilk değişiklik için mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu yeterlidir. Mevcut toplu yapı yönetimleri, değiştirilen yönetim planına göre yeni yöneticiler seçilinceye kadar geçici yönetim olarak görevini sürdürür. Toplu yapı yöneticisinin seçimi en geç, yönetim planın değiştirilmesini takip

eden üç ay içinde yapılır." altı aylık süre sınırlamasını kaldırıp "salt çoğunluk" istisnasını/kolaylığını zaman sınırlaması olmaksızın uyarlamanın yapıldığı ilk toplantıya kadar tanımış oldu.

2-Uyarlamayı Kavramı ve Gerçekleştirilmesi

Kanuni bir kavram olarak "uyarlama", birbirine herhangi bir bakımdan uyar duruma getirme, (eski deyimle) intibak ettirme[4] işlemidir. Bir nevi, usulü ve içeriği belirli ve sınırlı değişiklik diyebiliriz.Buna göre herhangi bir toplu yapıdaki yönetim planının 5711 sayılı kanuna uygun hale getirilmesinden hangi hükümler etkilenecektir? Getirilmesi gereken yeni hükümler nelerdir? Bu metinlerin içeriği nasıl olacaktır? Birbiriyle çelişmeden kanunun belirlediği sınırların dışına taşmadan nasıl düzenlenecektir?.... Anlaşılacağı üzere kanuni kapsamın aşılmaması,toplu yapıda çıkabilecek uyuşmazlıklara çözüm getirebilecek nitelikte düzenlemeleri içermesi ve usulüne uygun, eski deyimle "efradını cami ağyarını mani" bir uyarlama yapılabilmesi için kat mülkiyeti hukukuyla ilgili yeterli bilgi ve deneyime sahip bir hukukçu çalışması gerekmektedir.

Eğer uyarlamanın yasal sınırı aşılırsa alelade yönetim planı değişikliğine gidilmiş olmasından dolayı Kat Mülkiyeti Kanunu md. 28'deki 4/5 kuralı ihlal edilmiş olur.Bu durumda ileriye dönük tüm karar ve işlemlerin hukuken geçerliği tartışmalı hale düşebilir.İlerde örneği verileceği üzere Yargıtay'ın, bazı plan uyarlamalarına karşı açılan davalarda, " yasal nisaba uyulmadığından kat malikleri kararı yoklukla malul olup bunlara karşı dava açılmasında süre sınırı yoktur" demesi bu endişeyi haklı kılmaktadır.

Yukarıda açıklanan teknik nedenlerden başka, bir de taslak hazırlanıp sayıları yüzleri hatta binleri bulan malikin birkaç kez toplanıp tartışmasını gerektirmesi nedeniyle, kanunun ihdası üzerinden on iki yıl gibi uzun bir süre geçmesine rağmen toplu yapıların büyük bir kısmı halen bu uyarlamayı gerçekleştirememiştir.

Çevredeki gözlemlerimiz ve yargıya intikal eden davalardan anladığımız kadarıyla yapılan uyarlamaların çoğu içerik bakımdan uyarlama sınırlarını aştığı gibi salt çoğunluk istisnasına / kolaylığına rağmen yine toplantı ve karar alma usulüne aykırı biçimde oluşturulmuştur. Hele bazı uyarlamalar adeta malikleri birbirine düşürmek için hazırlanmışçasına karmaşık ve kötü !

Bu "usulsüz" plan uyarlamaların yapıldığı toplu yapılardaki malikler, ya bilgisizliklerinden ya bireysel olarak uğraşmak istemediklerinden ya

4 Türk Dil Kurumu,Türkçe Sözlük,Ankara 1988,Sf:1521

da (özellikle blok bazında) maliklere tanıdığı bir takım pratik yararlar nedeniyle uyarlamanın iptalini dava etmemektedirler.

Plan uyarlamalarına karşı açılan iptal davalarında Yargıtay'ın, ".....Somut olayda, davacı, yönetim planının iptalini istediğinden yönetim planının üçüncü maddesi ve 634 sayılı Kanunun 33. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, yönetim planının Kanunun emredici hükümlerine aykırı olması halinde kat malikleri tarafından bu maddelerin iptali için her zaman mahkemeye başvurulabileceği ve yönetim planının iptali kat maliklerinin hukukunu yakından ilgilendirdiğinden bütün kat maliklerinin de açılacak davaya dahil edilmesi gerektiği dikkate alındığında; öncelikle kat maliklerinin tamamının davaya dahil edilip taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına girilip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir.(20. HD. 2017/3370 E, 2018/4005 K) şeklinde verdiği kararla yüzlerce hatta binlerce kat maliki bulunan toplu yapılarda "taraf teşkili" dahi sağlanamamakta insanlar dava açtıklarına pişman edilmektedir.

3-Uyarlama Kanunun Uygulanması Koşulu mu?

Yargıtay'a göre, 634 sy Kat Mülkiyeti Kanunu'na 5711 sy kanunla "Dokuzuncu Bölüm" olarak md. 66 vd. olarak eklenen "Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler" kendiliğinden değil mevcut yönetim planlarının kanuna uyarlanması koşuluna bağlamıştır.

Kanun tasarısındaki, "toplu yapıya ilişkin özel hükümlerin bir arada bulunmasının uygulamada sağlayacağı kolaylık dikkate alınarak toplu yapıya ilişkin özel hükümler ayrı bölüm halinde düzenlenmiştir." İfadesi karşısında, "Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler" in uygulanmasının yönetim planlarının uyarlanması koşuluna bağlandığını kabul etmek mümkün değildir.

634 sy Kat Mülkiyeti Kanunu'nun kabul edildiği 1965 yılından beri yürürlükte olan 25,58,59,63 maddelerinde "maliklerce aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesi içeren hükümler ve özellikle 5711 sy kanunla getirilen 69/2 ve 71. Maddelerindeki, "Yönetim planında başka şekilde düzenlenmemişse" şeklide alternatif hükümlerin varlığı da "uyarlamanın bir koşul olmadığı" görüşünü desteklemektedir.

Ancak yönetim planı, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun başını çektiği normlar hiyerarşisi içinde oluşturulması gereken ve ona aykırı hükümler içeremeyecek "yedek" hukuk kuralları manzumesi olduğuna göre değişikliğin buna sirayet etmesi elbette ki işin doğası gereği ve kat maliklerinin yararınadır.

Şu da var ki, kanun koyucu 5711 sayılı kanun 66 vd. maddelerinde biraz daha ayrıntıya girerek tıpkı 71. Maddedeki gibi, "Yönetim Planında aksi kararlaştırılmamış olmak kaydıyla, (dedikten sonra) toplu yapı kapsamındaki her bloğun ya da müstakil yapının salt kendi ana taşınmazlarıyla ilgili sorunları kendi maliklerinin vereceği kararlarla çözüme bağlayacağı, toplu yapıdaki her blokta blok maliklerince bir denetçi ve bir temsilci seçileceği, temsilciler kurlunun bloklardan seçilecek temsilcilerden oluşacağı, her bloktan seçilen denetçilerin aynı zamanda site yönetimini ve ortak hesaplarını denetleyen denetim kurulunu oluşturacağı,toplu yapı yöneticisinin temsilciler kurulunca bir yıllığına dışarıdan veya kat malikleri arasından seçileceği, site yöneticisinin hem blok kat maliklerince hem de site temsilciler kurulunca alınan kararları uygulama yetkisine sahip tek organ olacağı,..... vb." şeklinde alternatif hükümler koysaydı düzenleme ihtiyaca daha iyi cevap verirdi diye düşünüyoruz.

Bununla birlikte kanun koyucu, farklı tercihleri olan toplu yapı maliklerine "5711 sy yasanın getirdiği özel hükümler çerçevesinde" daha sonra yine bir defaya mahsus olmak üzere salt çoğunluk kararıyla yönetim planlarında değişiklik yapma hakkı da tanıyabilirdi.

III - YARGITAY'IN TUTUMU

Önceki (İstanbul Barosu Dergisi Sayı:2012/2) makalemizde belirttiğimiz gibi Yargıtay'ın, 5711 sayılı yasanın çıkarılışından itibaren, uyarlamayan sitelerdeki / toplu yapılardaki Kat Mülkiyeti Hukukuna ilişkin tüm uyuşmazlıklarda, (1) Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanamayacağı, (2) Uyuşmazlığın Genel hükümlere göre ve genel yetkili mahkemelerde görüleceği, şeklindeki içtihadı ısrarla ve hiçbir sapma olmaksızın uygulana gelmiştir.

Toplu yapılarla ilgili çeşitli konulardaki uyuşmazlıklara ilişkin bazı Yargıtay içtihatlarına göz atacak olursak[5]:

Mevcut yönetim planına göre seçilen yöneticilerin meşruiyetiyle ilgili olarak:

"Davada; birden fazla parsel üzerinde kurulu bulunan sitenin yönetim kurulu üyesi olan davalıların bu sıfatlarının kalmadığının tespiti istenilmiştir. Dosyada mevcut tapu kaydı uyarınca davaya konu sitenin dava tarihinde 5711 sayılı Yasa'ya uygun biçimde toplu yapı sistemine geçmediği anlaşılmaktadır. 5711 sayılı Yasa ile birden çok parsel üzerinde kurulu bulunan toplu yapılar Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamına dahil

5 İçtihatlar aşağıdaki linklerden alınmıştır
www.yargitay.gov.tr
www.karartek.com.tr

edilmiş ise de; yönetim planında gerekli değişiklikleri yaparak toplu yapı yönetimine geçmemiş olan yapılarda Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulama olanağı yoktur. Böyle olunca görev hususunun da Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre değil, genel hükümlere göre belirlenmesi gerekmektedir. (3.HD. 2010/12003 E. 17360 K.)" şeklinde içtihatta bulunmuştur.

"En çok rastlanan ve toplu yapıları krize sokan aidat tahsilatıyla ilgili olarak:

"Davacı vekili dava dilekçesinde davalının 2008, 2009, 2009, 2010, 2010, 2011, 2011, 2012, 2012 ve 2013 dönemlerine ait aidat borçlarını ödememiş olması nedeniyle davalı aleyhine başlatılan...1. İcra Müdürlüğünün 2013/1062 Esas sayılı takip dosyasına haksız olarak itiraz ettiğini beyan ederek davalının söz konusu icra dosyasına yapmış olduğu itirazın iptali ile takibin devamına, davalının takip konusu alacağının %20›sinden aşağıya olmamak kaydı ile icra inkar tazminatına hükmedilmesine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalı tarafa yüklenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece davalının yasa hükümleri uyarınca malikler kurulu kararlarına uymakla yükümlü olduğu, iptal edilmemiş ve kesinleşmiş kurul kararları gereği maliklerin genel gider, avans, aidat bedelini ödemekle yükümlü olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile...1.

İcra Müdürlüğünün 2013/1062 Esas sayılı takip dosyasına yapılan itirazın kısmen iptali ile takibin 2.079,95.-TL asıl alacak ve 2.565,67.-TL gecikme faizi olmak üzere toplamda 4.645,62.-TL üzerinden devamına, 2.079,95.-TL asıl alacağın % 20›si oranında icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir. Dosya içindeki bilgi ve belgelerle, tapu kaydı ve yönetim planının incelenmesinden; 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 Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. 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.(20. HD. 2017/3354 E. , 2017/9766 K)"

Dava ortak gider alacağına ilişkin icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerle, tapu kaydı ve yönetim planının incelenmesinden; 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 ilişkin özel hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlıkta Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre görev hususu da genel hükümler uyarınca belirlenmelidir. (20. Hukuk Dairesi 2017/1132 E. , 2017/10429 K)

"Davacı dilekçesinde özetle, ... İcra Müdürlüğünün 2014/846 Esas sayılı dosyasıyla, davalı aleyhine birikmiş 1230 TL asıl alacak, 910 TL işlemiş faiz alacağı olmak üzere toplam 2140,00 TL'nin tahsili amacıyla icra takibi başlatıldığını, davalının dosyaya itiraz ederek takibi durdurduğunu, borçlunun haksız itirazının iptali ile takibin devamını, %20 den az olmamak kaydı ile icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davaya konu sitedeki taşınmazların, birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu, toplu yapı yönetimine geçilmesi gerekirken, 5711 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununun 66 ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz usulüne uygun toplu yapı yönetimine geçilmediği, bu nedenle uyuşmazlığın Kat Mülkiyeti Kanununun uygulama alanına girmediği ve dava konusu uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde genel yetkili olan asliye hukuk mahkemelerinde çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle, davanın görev yönünden reddine asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiş, hüküm davacı site yönetimi tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, site aidat borcu ödenmemesi nedeniyle, yapılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir.İncelenen dosya kapsamına toplanan delillere göre sitede henüz usulüne uygun toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmakla yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun hükmün ONANMASINA aşağıda yazılı onama harcının temyiz

edene yükletilmesine 13/12/2017 günü oy birliği ile karar verildi.(20.Hukuk Dairesi 2017/1176 E.,2017/10554 K.)"

İşletme Projesi / Yöneticinin Davacılık Sıfatıyla İlgili olarak:

"….. Asliye Hukuk Mahkemesi

Dava dilekçesinde, işletme projesinin ve 10.12.2011 tarihli toplantının iptali istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davaya konu işletme projesinin davacıya tebliğ edilip edilmediği, edilmiş ise buna ilişkin belgeler ile davacının davaya konu işletme projesine itiraz etmiş ise itiraz tarihi ve ilgili evrakın davalı yönetimden,

2-Tarafların beyanlarına başvurulmak suretiyle dava konusu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olup olmadığı, kurulu ise diğer parsellerin ada ve parsel numarası tarafların açıklamalarına başvurulmak suretiyle düzenlenecek tutanakla tespit edilip sözü edilen sitenin üzerinde kurulduğu parsel ya da parsellerde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulup kurulmadığı, birden fazla parselde kurulu ise 5711 sayılı Yasa ile değişik 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerine göre toplu yapı yönetimine geçilip geçilmediği, geçilmiş ise tarihi, 5711 sayılı Yasa ile değişik Kat Mülkiyeti Yasasının 66 ve 67. maddeleri gereğince toplu yapıyı oluşturan imar parselleri ve ortak yerlerin tapuda birbirleriyle bağlantıları sağlanmak suretiyle irtibatlandırılıp irtibatlandırılmadığı sorularak tapu kayıtlarının ve toplu yapı yönetim planı örneğinin, toplu yapı kurulmamış ise ilgili ada ve parsellere ait yönetim planı örneklerinin ilgili tapu müdürlüğünden,

3- İptali istenen 10.12.2011 tarihli kararın içinde bulunduğu karar defteri ile bu kararın alındığı tarihteki bu toplantıya çağrı için kat malikleri adına çıkarılan çağrı belgelerinin, hazırın listelerinin ve gündemin, kat malikleri kurulu toplantısında vekil ile temsil edilen kat maliklerinin varsa vekaletnameleri ile ilgili kararların, çağrı davetiyelerinin davacıya tebliğine ilişkin tüm bilgi ve belgelerin ilgili yönetimden temin edilerek dosya içerisine konulmasından,

4- Davaya konu sitede bulunan bloklar içi yönetici ve denetçi seçimine dair karar defterinin yönetimden,

5- Davacının davaya konu taşınmazda bağımsız bölüm maliki olup olmadığının tespiti ile tapu kaydının tapu müdürlüğünden,

Getirtilip dosyaya konulmasından sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere iadesi için dosyanın mahkemesine GERİ ÇEVRİLMESİNE, (18. HD. 2014/18103 E. , 2015/6331 K.) karar verilmiştir.

Toplu yapının profesyonel (!) şirketlerce yönetilmesiyle ilgili olarak:

"Mahkemece; 01.02.2012 tarihinde profosyonel servis (yönetim) şirketi olan ...Yapı ve İşletme Sanayi Ticaret A.Ş ile, 2012 de seçilen yönetim kurulu üyeleri arasında profosyonel servis (yönetim) sözleşmesi imzalandığı, 01.02.2012 başlangıç tarihli bu sözleşme ile seçilmiş yönetim kurulunun tüm görev ve yetkilerinin beş yıl süreyle servis yönetici şirkete devredildiği, yönetim planının 20. maddesinde sitenin yönetim planı ve hizmet işlerini yürütmek üzere bir "profesyonel servis şirketi ile sözleşme yapılacağı hususunun, 21. maddesinde ise servis şirketinde aranacak özelliklerin düzenlendiği, iptali talep edilen 26.10.2013, 03.11.2013, 23.11.2013 tarihli toplantıların KMK'nın 71/2 madde hükümlerine uygun olduğunun tespit edildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava; davalı yönetim tarafından yapılan 26.10.2013, 03.11.2013, 23.11.2013 tarihli kat malikleri genel kurulu toplantılarının ve bu toplantılarda alınan kararların iptali istemine ilişkindir.Dosya kapsamından, dava konusu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olup, Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5711 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununa eklenen 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre görev hususu da genel hükümler uyarınca belirlenmelidir. Hukukî 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; asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

(20. HD. 2017/1320 E. , 2017/10819 K.)"

Eser sözleşmelerinde yükleniciler ve maliklerin durumuyla ilgili olarak:

" Davacı yüklenici ile davalı iş sahibi arasındaki uyuşmazlık iş bedelinin ödenmemesinden kaynaklanmakta olup, mahkemece uyuşmazlığın Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 19/I. fıkrasından doğduğu ek 1. maddeye göre bu kanundan kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların sulh hukuk mahkemesinde görüleceği gerekçesiyle, davalı borçluların görev itirazları reddedilmiş, işin esasına girilerek karar verilmiştir.

Somut olayda; kat maliki olmayan davacı yüklenici şirket eser sözleşmesinden kaynaklanan alacağını talep etmektedir. Davada hukuksal niteliğinde eser sözleşmesine dayanıldığına göre, uyuşmazlığın dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 2. maddesinde, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir, düzenlemesi uygulanmalıdır. Bu durum karşısında, mahkemece davaya bakma görevi asliye hukuk mahkemesine ait olduğundan, davalıların husumet itirazları görevli mahkemesince değerlendirilmek üzere, davanın görevli mahkemede açılmaması sebebiyle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi yerine, mahkemece işin esasına girilerek karar verilmesi yerinde olmadığından, kararın BOZULMASINA,(15. Hukuk Dairesi 2017/167 E. , 2018/124 K.)" şeklinde karar verilmiştir.

Üçüncü Kişilerle Yapılan Hizmet Sözleşmeleriyle ilgili olarak

Mahkemece; 01.02.2012 tarihinde profosyonel servis (yönetim) şirketi olan ...Yapı ve İşletme Sanayi Ticaret A.Ş ile, 2012 de seçilen yönetim kurulu üyeleri arasında profosyonel servis (yönetim) sözleşmesi imzalandığı, 01.02.2012 başlangıç tarihli bu sözleşme ile seçilmiş yönetim kurulunun tüm görev ve yetkilerinin beş yıl süreyle servis yönetici şirkete devredildiği, yönetim planının 20. maddesinde sitenin yönetim planı ve hizmet işlerini yürütmek üzere bir "profesyonel servis şirketi ile sözleşme yapılacağı hususunun, 21. maddesinde ise servis şirketinde aranacak özelliklerin düzenlendiği, iptali talep edilen 26.10.2013, 03.11.2013, 23.11.2013 tarihli toplantıların KMK'nın 71/2 madde hükümlerine uygun olduğunun tespit edildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.Dava; davalı yönetim tarafından yapılan 26.10.2013, 03.11.2013, 23.11.2013 tarihli kat malikleri genel kurulu toplantılarının ve bu toplantılarda alınan kararların iptali istemine ilişkindir.Dosya kapsamından, dava konusu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olup, Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5711 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununa eklenen 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre görev hususu da genel hükümler uyarınca belirlenmelidir. Hukukî 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 asli-

ye hukuk mahkemesinde görülür. Bu nedenle mahkemece; asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir.(20.HD. 2017/1320 E., 10819 K.)

Verdiğimiz örneklerden başka yüksek mahkemenin toplu yapılardaki değişik sorunlar hakkında aynı kapıya çıkan sayısız kararları mevcuttur.

IV – "GENEL HÜKÜMLER VE GENEL MAHKEMELER"

MESELESİ

Kanun koyucunun uyarlama yapılması için önce altı aylık süre tanıdığı daha sonra 5912 sayılı yasayla süre sınırını da kaldırdığı,bu uyarlamanın yapılmaması halindeyse o toplu yapının tümden 634 sayılı yasa kapsamından çıkarılacağına ve bundan böyle o toplu yapıda çıkacak sorunların genel mahkemelerde genel hükümler dairesinde görüleceğine ilişkin bir hüküm koymadığına göre Yargıtay'ı böyle bir içtihada götüren nedenin, 5711 sy yasanın ihdasından önce kurulmuş toplu yapılardaki kat maliklerini mevcut yönetim planlarını kanuna uyarlamaya "zorlamak" olduğu açıktır.Ancak bunun gerek mantıksal gerek normatif açıdan karşılığı yoktur.

Kararlarda da belirtildiği üzere genel hükümlerden kasıt 4721 sy. Türk Medeni Kanunu md. 683'ten md. 1027'ye kadar olan Eşya Hukuku kitabı, en olmadı md. 683 ila md. 849 hükümleri ve davaların görüleceği yer genel görevli olarak Asliye Hukuk Mahkemeleridir.

Komşuluk ve mülkiyet hukukunun deneyimlerden elde edilen kazanımlarla ihtisaslaşmış kendine özgü bir statüsü bulunan, getirdiği kurum ve kurallarla, 1965 yılından beri ortak yaşamı kolaylaştırıp barış ve huzuru sağlayan 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan ve onun etrafında şekillenen "Kat Mülkiyeti Hukuku"ndan yurttaşlarımız neden mahrum edilip ihtiyacı karşılamaktan oldukça uzak TMK genel hükümlerine mahkum edilsin ki?

Yargıtay'ın bu içtihadından dolayı, toplu yapılarda her yıl düzenli olarak yapılan kat malikleri toplantıları artık yapılamaz yönetici ve denetçi seçilemez olmuştur. Bundan dolayı yüzlerce hatta binlerce maliki olan toplu yapılarda düzenli olarak aidat avans toplayıp giderleri karşılama, kapıcı çalıştırma, denetleme, kapıcının primlerini yatırma,ayrılmaları halinde kıdem tazminatını ödeme,ortak yer bahçe ve tesislerle ilgili bakım onarım yapma, yüklenicilerle eser ve hizmet sözleşmeleri akdetme gibi işler aksamakta sayamayacağımız kadar türlü sorunlar yaşanmaktadır.

Elektrik,su,doğalgaz ve hayat pahalılığı karşısında ortak elektrik,su,-gaz gibi zorunlu giderler için toplanan aidatların yetmemesi nedeniyle aidatların artırılması kat maliklerinin kararı yerine, inisiyatifi elinde bulunduran kişi veya kişilerin yazdığı alelade bir yazının elden teslimi veya apartman kapılarına asılan ilanla gelişigüzel biçimde köy salması gibi yapılmaktadır. Bu yasadışı malikler uysa bir türlü uymasa bir türlü! Diğer taraftan acilen yapılması gereken onarım ve işler de kurulların toplanamaması nedeniyle yapılamamaktadır.

Toplu yapıda önceden her nasılsa veya bir şekilde yönetici/inisiyatif sahibi gurup ve kişiler yüksek mahkemenin,

"... 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu 29/2. maddesine hükmüne göre, kat maliklerine yapılan toplantı çağrısının, toplantı tarihinden en az 15 gün önce tebliğ edilmesi gerekir iken 4 Şubat 2015'te yapılması planlanan ve 12/02/2015 tarihine ertelenen toplantıya ilişkin çağrının 24.01.2015 tarihinde davacıya tebliğ edildiği, kanundaki ''en az 15 gün önce tebliğ edilme şartının oluşmadığı gerekçesi ile 12/02/2015 tarihli genel kurul toplantısında alınan kararların tamamının iptaline karar verilmiş hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamından, dava konusu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olup, Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5711 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununa eklenen 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre görev hususu da genel hükümler uyarınca belirlenmelidir.

Hukukî 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; asliye hukuk mahkemesinde bakılmak üzere dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir... (20. Hukuk Dairesi 2017/3690 E., 2017/9936 K.) şeklindeki yukarıda bazı örnekleri verilen içtihatları ileri sürerek, "Yargıtay kararına göre yönetim planımız geçersiz olmuş kat mülkiyeti uygulanmayacak.Belli zamanlarda toplantı mecburiyetimiz yok. İhtiyaca göre bakılır.", şeklinde cevaplar vermektedirler.Bu cevaplardan biri bizzat huzurumuzda yapılmıştır.

V - YARGITAY İÇTİHADININ ANALİZİ

Konuya ilişkin Yargıtay içtihadını kanunilik, yargı yetkisinin kapsamı ve işlevi, yargının kamu düzeni ve barışına (pozitif) katkıda bulunma işlevi açısından ele alacağız:

1- Kanun metninde bu yönde bir hüküm var mıdır?

634 sy Kat Mülkiyeti Kanunu'nda değişiklik yapan gerek 5711 sayılı gerekse 5912 sayılı yasada, toplu yapılardaki mevcut yönetim planlarının kanun hükümlerine uyarlanmaması halinde içtihattaki gibi, " (1) Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanamayacağı, (2) Uyuşmazlığın Genel hükümlere göre ve genel (Asliye) mahkemelerde görüleceği" şeklinde bir hüküm var mı?

Yalnızca, 5711 sayılı yasa tasarısının TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında, gerekli uyarlamanın süresi içinde yapılması konusunda sorun çıkabileceğini öngören iki milletvekili tarafından,

"….Toplu Yapı Yönetim planının maliklerce 6 ay içinde düzenlenememesi durumunda, kat maliklerinden birinin talebi ile Toplu Yapı Yönetim Planı mahkeme tarafından yaptırılır." şeklinde ek madde teklif edilmiş fakat genel kurulda kabul görmemiştir.

Yönetim planlarının malikler arasında bir sözleşme niteliği taşıdığı gözetildiğinde sözleşme özgürlüğü nedeniyle bu işlemin mahkemece yaptırılmasının kabul görmemesi isabetli olmuştur. Ancak Bu teklifin metne eklenmiş olması, uyarlama yapılmamasının ne gibi hukuksal sonuçlara yol açacağının gözden kaçırılmadığını unutkanlığa gelmediğini, bilakis yasama organının bunu tartıştığını ve bir yaptırıma bağlamayı düşünmediğini göstermesi bakımından çok önemlidir. Bundan başka da sürecin hiçbir yerinde, hiçbir taslak ve teklifte, "mevcut planların uyarlanmaması halinde toplu yapıların 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanun kapsamından çıkarılacağına" veya başka bir yasal yaptırım uygulanması gerektiğine ilişkin bir ibare yoktur.

Şu halde, mevcut yönetim planlarını 5711 sayılı kanuna uyarlamayan toplu yapılarda " (1) Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanamayacağı, (2) Uyuşmazlığın Genel hükümlere göre ve genel (Asliye) mahkemelerde görüleceği" şeklindeki

YARGITAY İÇTİHADI HİÇ BİR KANUN HÜKMÜNE DAYANMAMAKTADIR!

2- Bir Yüksek Mahkeme Olarak Yargıtay'ın "KANUN KOYMA YETKİSİ" var mıdır?

Sokaktaki vatandaş dahi bu soruya hiç duraksamaksızın "hayır" yanıtını verir.Fakat ne yazık ki yorum ve değerlendirme yaparken bu konuda

mahkemelerin ayağının kaydığı bir vakıadır.Genellikle belli bir hususa veya çok özel durumlara ilişkin olarak kanunlarda açık hüküm bulunmadığında karşımıza çıkan bir durumdur.

Yıllardan beri mahkemeleri yargı yetkisinin kullanılması konusunda ağır şekilde eleştiren Yargıtay Onursal Başkanı Dr. Sami SELÇUK'un aşağıdaki değerlendirmesi, makalemize ışık tutmakta ve yüksek mahkememizin "konuya ilişkin kararlarında" kantarın topuzunu ne denli kaydırdığını bilimsel olarak ortaya koymaktadır[6]:

"Yorumun ontolojik temeli yasal metindir; yasalar sözcüklere kazınmıştır.(E. Pound). Ozanların bile bildikleri bu ilke yazılı hükümlerin yorumu ile ilgili "1978 Louisiana Günleri"nin "Bireşim Raporu"nda yaklaşık bin katılımcı tarafından altın kural olarak desteklenmiş; genetik, sistematik,amaçsal bütün yorum yöntemlerinin yazılı metinden yola çıkması,-metnin içinde kalınması gereği vurgulanmıştır.Frankfurter'in üç öğüdünü unutmayın :

Yasal hükmü "okuyun,okuyun,okuyun."Yasal metnin koordinatlarını aşmaya ve dolanmaya kalkışmayın.Bu,yasal haddi aşmak,yazılı hükmün normokratik, telokratik ve etokratik işlevlerini yok etmek demektir. Yorum kurallara bağlı bir yetkidir (arbitrium regulatum) keyfi yetki (plenum arbitrium) değildir.Yasa koyucunun gönlünden geçtiğini saptasanız bile metinde olmayan bir sözü metne eklemeyin.Bu erkler ayrılığı ilkesini çiğnemektir,yetki aşımıdır(exces de pouvoir, eccesso di potere)..."

Böylelikle Yargıtay, erkler ayrılığı kuralını açık ve net biçimde çiğneyip yetkisini aşmak suretiyle kendini yasama organı yerine koyarak yasada olmayan, " Mevcut yönetim planlarını 5711 sy kanuna uyarlamayan toplu yapılarda (1) 634 sayılı kanun hükmü uygulanamaz. (2) Burada çıkacak uyuşmazlıklara genel hükümler uygulanır" (3) Buradaki davalara genel görevli Asliye Hukuk mahkemelerinde bakılır" şeklinde yasa metninin dışında başlı başına, genel ve soyut bir hüküm vaz etmiştir.Ve bu hükmü önüne gelen uyuşmazlıklarda uygulamaktadır.

Yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi dahi aykırı gördüğü bir düzenlemeyi iptal edebilir fakat kanun metinlerine tek bir harf dahi ekleme yapma yetkisine sahip değildir.

Bu halde, "Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almadığı bir devlet yetkisi kullanamayacağına (AY md. 6)", "Kanun Koyma Yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğuna (AY md. 7)", "Hakimler hüküm verirken, Anayasaya,kanuna hukuka uygun davranmakla yükümlü olduk-

6 Sami Selçuk, Kısıtlı Demokrasi Sancılı Hukuk, İst. 2009, sf:95

larına (AY. Md. 138)" göre, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na "YASAMA ORGANIYMIŞ GİBİ" "yeni hükümler ekleyip bunlar üzerinden içtihat oluşturan YARGITAY TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI'NI AÇIKÇA İHLAL ETMİŞTİR.

3-Yargıtay'ın bu tutumu / içtihadı Kamu düzenine ve Kamu Barışına Katkı Sağlıyor mu?

Hukuk,toplumsal gerçekliğe bağlıdır ve toplum içersinde işlevini görebilmek için onun ihtiyaçlarını karşılamak, onun kurallarına uymak zorundadır.Hukukun toplumsal işlevi sosyal ihtiyaçları ve çıkarları dikkate alıp kurallara bağlamasında, bu gibi pratik amaçları gerçekleştirmesinde görülebilir;hukuk,pratik amaç ilkesi ile belirlenmiştir,teleolojiktir,amaca bağlıdır.[7]

Mahkemelerin nihai amacı, yasa koyucunun kendilerine sağladığı enstrümanları adil yargılama fonksiyonunu yerine getirmek suretiyle vereceği hükümlerle toplumda huzuru barışı ve güvenliği tesis etmektir.

Yasa koyucunun henüz özel düzenleme yapmadığı veya yaptığı düzenlemede gözünden kaçan bir husus ortaya çıktığında elindeki enstrümanı yetersiz kalan yargıç, çeşitli hukuksal araç ve yöntemleri kullanarak inisiyatif alıp kamu düzenini ve barışını sağlamak için gerekli pozitif katkıyı sunar.

Örneğin paydaşlardan birince paylı taşınmaz üzerine ruhsatsız olarak inşa edilen yapılarla ilgili olarak açılan el atmanın önlenmesi ve yıkım davalarında yüksek mahkememiz, kamu düzenine ve barışına katkı sunmak amacıyla ruhsatsız yapının yıkılması yerine,

"Öte yandan yurdumuzda sosyal ekonomik nedenlerle kırsal kesimlerden kentlere aşırı akım, nüfus çoğalması, büyük mesken ve işyeri ihtiyacı nedeniyle hızlı yapılaşma karşısında görevli mercilerin aciz kalmaları veya çesitli nedenlerle göz yummaları sonucu, izinsiz, ruhsatsız,resmi kayıtlara bağlanmayan büyük yerleşim alanları oluştuğu, bu arada paylı taşınmazların tapuda resmi ifrazları yapılmadan paydaşlar arasında haricen veya fiilen taksim edilip, üzerlerine büyük mahalleler hatta beldeler yapıldığı bir gerçektir. Bilindiği üzere Medeni Kanununun 706, Borçlar Kanununun 213, Ticaret Kanununun 26. maddeleri hilafına tapulu taşınmazlarda harici veya fiili taksim ile payların mülkiyeti ana taşınmazdan ayrılamaz. Ne var ki, taşınmazın kullanma biçimi tüm paydaşlar arasında varılan bir anlaşma ile belirlenmiş ya da fiili bir kullanma biçimi oluşmuş, uzun süre paydaşlar bu durumu benimsemişlerse kayıtta paylı,

7 Vecdi ARAL,Toplum ve Adaletli Yaşam, İst. 1988, Sf: 24

eylemsel olarak (fiilen) bağımsız bu oluşumun tapuda yapılacak resmi taksime veya şüyuun satış suretiyle giderilmesine yahut o yerde bir imar uygulaması yapılmasına kadar korunması, "ahde vefa" kuralının yanında Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kuralının da bir gereğidir. Aksi halde, pek çok kimse zarar görecek toplum düzeni ve barışı bozulacaktır…(1. HD. 2005/7294 E, 8709 K.) şeklinde yapıcı bir içtihat geliştirmiştir.

Murisin tapudan yaptığı bedelsiz taşınmaz satışını, paylaştırma kastı varsa muvazaa nedeniyle iptal edilmeyeceği yönündeki içtihat da yüksek mahkemenin hep aynı amaçla yaptığı pozitif katkıdır.

Bu yaklaşıma göre Yargıtay'ın, yedek düzenleme niteliğindeki mevcut yönetim planlarını uyarlamamış olsalar dahi toplu yapılara 5711 sayılı kanunla getirilen asli ve özel hükümlerin elverdiğince uygulanması yönünde içtihat geliştirmesi beklenirdi.

VI - "BİR VEYA BİRDEN FAZLA PARSEL" MESELESİ

Yargıtay'ın klişeleşmiş kararlarında, " Dava konusu toplu yapının birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu anlaşıldığından mevcut yönetim planlarının 5711 sy yasaya uyarlanması gerekirken …" şeklinde bir şablon kullanmaktadır. Oysa Kanunun 66. Maddesinde toplu yapı tanımlanırken açıkça, "Bir veya birden fazla parsel üzerinde …" denmiştir. Buradan hareketle mahkemeler "mefhum-u muhalifinden" hareketle toplu yapı hükümlerinin uygulanabilmesi için "bir" değil "birden fazla parsel " üzerinde kurulu olması gerektiğini düşünüp bu doğrultuda hüküm vermektedirler.

Örnek:"Dosya kapsamından, dava konusu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olup, Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5711 sayılı Kanunun 22. maddesi ile Kat Mülkiyeti Kanununa eklenen 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümünde Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre görev hususu da genel hükümler uyarınca belirlenmelidir.(20. HD. 2017/3171 E., 2017/9489 K.)"

"…Dava konusu taşınmazın, … birden fazla parsel üzerinde bulunuyor ise 5711 sayılı Kanun ile değişik Kat Mülkiyeti Kanununun 66 ve 67. maddeleri gereğince toplu yapıyı oluşturan imar parselleri ve ortak yerlerin tapuda birbirleriyle bağlantılarını sağlamak suretiyle irtibatlandırılıp irtibatlandırılmadığı sorularak, buna ilişkin tapu kayıtlarının ve toplu yapı

yönetim planı örneğinin, toplu yapı kurulmamış ise 1429 ada 1 parsel ve 1416 ada 1 parsele ait tapu kaydı ve tapuya kayıtlı bütün yönetim planı örneklerinin tapu müdürlüğünden sorulması ... (20. HD. 2018/1975 E. , 2018/5769 K)"

Aşağıdaki, 5711 sayılı kanunun getiriliş amacı ve hükümleriyle ilgisi bulunmayan Geçici Madde 2 – (Ek: 23/6/2009-5912/5 md.) hükmüne yüz seksen derece zıt olan bu kararların hepsi tek parsel üzerinde toplu yapı olamayacağına(!) ilişkindir.

"...Tek parsel üzerinde kurulmuş bir sitenin altyapı tesislerinin, ortak kullanım yerlerinin, sosyal tesis ve hizmet binalarının bulunması ve bunların yönetimi ile ilgili olarak birbiriyle bağlantılı birden çok yapının mevcut olması koşullarının hep birlikte ve bir arada bulunması gerekir. Tüm bunlardan başka bu parselde daha önce kat irtifakı veya kat mülkiyeti tesis edilmemiş olmalıdır. Birden çok imar parseli üzerinde kurulan bu tür toplu yapılarda, her bir parsel için bu Yasa yürürlüğe girmeden önce ayrı ayrı yönetim planları yapılmış ise, bu takdirde Yasa'nın 70. maddesindeki bir tek yönetim planının düzenlenebilmesini sağlamak için, siteye dahil parsellerin yönetim planlarında gerekli uyarlama ve değişikliğin Yasa'nın geçici 2. maddesindeki koşullara uygun şekilde mevcut kat maliklerinin salt çoğunluğu ile karar almaları gerekir. Geçici 2. maddenin getiriliş amacı bu konuya yöneliktir. Yukarıda açıklanan nedenlere göre tek parsel üzerinde kurulu bulunan dava konusu B... Sitesi'nde 2003 yılında kat irtifakı kurulup yönetim planı tanzim edilmiş olduğundan, bu yönetim planının değiştirilmesi, Kat Mülkiyeti Yasası'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bütün kat maliklerinin beşte dördünün oyu ile mümkün bulunmaktadır... (18. HD. 11.11.2010, 8986/15084)."

Yaklaşık 10.000 m2 yüzölçümlü tek parsel üzerindeki yüzlerce bağımsız bölüme sahip altı bloklu ortak yer ve tesislere sahip bir toplu yapıda, usulüne göre uyarlanan yönetim planına karşı açılan iptal davasında Yargıtay'ın yukarıdaki içtihadından dolayı mahkemece, "sitenin tek parsel üzerinde kurulu olması nedeniyle toplu yapı olamayacağından yönetim planını 4/5 çoğunlukla değiştirilmesi gerektiğinden İPTALİNE" karar verilmişti.

Yeleğin ilk düğmesini yanlış ilikleyen Yargıtay kanunun diğer hükümlerini de eksik çarpık uygulamaya devam etmektedir.

VII – SONUÇ

Açıklanan hususlardan dolayı yaşanan kaos ve hukuksal krizin çözümü yüksek mahkememizin ve yasama organımızın gerekli adımları atmasına bağlıdır.

1- Yüksek mahkememiz

Bahse konu içtihadını gözden geçirerek:

- Anayasa'nın temel hükümlerine, hukukun mantığına ve pratik amacına aykırı bu içtihadından bir an önce dönmeli, mevcut yönetim planları uyarlansın ya da uyarlanmasın toplu yapılarda, asli hukuk kurallarını ihtiva eden Kat Mülkiyeti Kanunu uygulanmalı ve çıkacak uyuşmazlıklarda yine Sulh Hukuk Mahkemeleri yetkili olmaya devam etmelidir.

- Toplu yapı kavramıyla ilgili kriterleri içeren son derece açık kanun metnine rağmen kendince, "bir parsel" "birden fazla parsel" şeklindeki kanuna aykırı yapay ayrıma son vermeli, kanun metnine sadık kalmalı, metne haricen birtakım kavramlar eklenmemeli, bir kısmı görmezden gelinmemelidir.

2-Yasama organımız

İlgili mevzuatı gözden geçirerek:

i) - 5711 sy yasayla 634 sy Kat Mülkiyeti Kanunu'na 66 vd maddelerle getirilen "Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler"in uygulanmasını toplu yapılardaki mevcut yönetim planlarının uyarlanması koşuluna bağlanmasıyla ilgili hükümleri kaldırıp kanuna, yukarıda verdiğimiz örneklerdeki gibi genel ihtiyaçlara cevap verecek tarzda, "Yönetim planında aksi kararlaştırılmamışsa" şeklindeki özel hukuk anahtarıyla birlikte şablon hükümler ekleyip derhal yürürlüğe koyarak sorunu kökünden çözmelidir.

ii) -Yasama organımız ayrıca,

Kat Mülkiyet Kanunu'nun 38. Maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak, yetkili kurulların kararlarına dayandığı halde yönetici tarafından özellikle ayıplı hizmet ve eserden dolayı yüklenici veya hizmet sunuculara karşı tüketici mahkemelerinde açılan tüm davalarda yöneticinin husumet yetkisi olmadığından reddine karar verilmektedir. Kararlara şerh koyan yüksek yargıçların son derece haklı olarak belirttiği gibi maliklerin tek tek bu davaları açıp yürütmesi hayatın olağan akışına ve usul ekonomisine uygun değildir.Yüzlerce, binlerce malikten hiçbirinin kendi payına düşecek 50-100 TL için yasal yola başvurması beklenemez.Fakat bu rakamların yüzle, binle çarpılmasıyla ulaştığı ciddi meblağlar sırf yasal yola başvurulamadığından dolayı kişilerde haksız veya sebepsiz kazanç olarak kalmasına da çözüm getirilmek zorunluluğu vardır.

-Bu nedenlerle de, 634 sy Kat Mülkiyet Kanunu 38. Maddesine, "Sözleşmeye aykırılık, haksız fiil veya başka nedenle maliklerin ortak hak ve çıkarlarına zarar veren kişilere karşı, ilgili blok Kat maliklerince, toplu

yapının tümünü ilgilendiriyorsa temsilciler kurulunca karar ve yetki verildiği taktirde, yönetici dava açıp icra takibi yapabilir." şeklinde bir ibare eklenmelidir.

iii) - Kat mülkiyeti hukukunun diğer bir kanayan yarası da 634 sy KMK md. 34/4'teki "Yönetici, kat maliklerinin, hem sayı hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanır." hükmüdür.

Gerçeklikle bağdaşmayan bu hüküm, sekiz - on malikli apartmanlar dışında, yüzlerce hatta binlerce malikten oluşan toplu yapılarda hiçbir zaman uygulanamamakta, ilk toplantıda yeterli çoğunluk sağlanamaması nedeniyle yapılan ikinci kat malikleri toplantılarında arsa payı çoğunluğuna bakılmaksızın hazırının salt çoğunluğuyla yönetici seçilmektedir. Yirmi beş yıldır uygulamanın içindeki bir hukukçu olarak kalabalık toplu yapılarda "arsa payı çoğunluğunu sağlayarak yönetici seçmek için başka (üçüncü olmadı dördüncü olmadı ...) toplantı yapıldığına" tanık olmuş değiliz.Bu yönde bir talep ve şikayet de vaki değildir.Seçilen yöneticiler belirlenen dönemin sonuna kadar görev yapmaktadır. Ancak mevcut kanunun açık bir hükmünün tüm uygulamada "de facto" yok hükmünde sayılması rahatsız edicidir. Kat malikleri kararlarının uygulanmasında seçilmiş yönetimleri etkisiz hale getirmek amacıyla kötü niyetle kullanılabilecek bir argümandır.Açıklanan nedenlerle 634 sy KMK md. 34/4 hükmü de bir an önce kaldırılmalıdır.

HALKA AÇIK OLMAYAN ANONİM ŞİRKETLERDE BİRİKİMLİ "OY"UN KURALLARI VE MATEMATİĞİ

Av. Sıla ÖZTÜRK* & Av. Kemal TAĞA*

GİRİŞ

Ticaret Siciline tescil ile "hak ehliyeti" ve kurul-organlarının kurulması ile "fiil ehliyeti" kazanarak hak ve borçları edinme kabiliyeti elde eden anonim şirket, bir tüzel kişi hukuk süjesi olarak gerçek kişilere özgü hususlar dışında her türlü hakkın ve borcun sahibi veya yükümlüsü olabilmektedir.[1] Anonim şirketin, bir hukuk süjesi olarak, hak ve borçları edinme kabiliyetine ehil olmasının neticesini oluşturan iradesinin tecellisi, kurul-organ[2] olarak ifade edilen genel kurul ve yönetim kurulunun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ("TTK") kural olarak kabul edilen çoğunluk prensibine uygun olarak aldığı organ kararları ile oluşmaktadır. Bu yönü ile anonim şirketin iradesi, pay sahiplerinin veya yönetim kurulu üyelerinin şahsi iradelerinden bağımsız ancak bu kişilerin ortak yönelimlerine bağlı olarak meydana gelmekte ve hukuk dünyasında anonim şirketin iradesini oluşturmaktadır.

Pay sahiplerinin şahsi iradeleri doğrultusunda anonim şirketin iradesine etki edebilme kapasitesi olarak ifade edilebilecek anonim şirket üzerinde "kontrol" gücü, ilgili pay sahibinin sermaye çoğunluğuna bağlı olarak genel kurulda doğrudan "oy" kullanma gücü ve bunun yansıması olarak da yönetim kurulu kararlarına etki edebilecek sayıda yönetim kurulu üyesini seçebilme gücü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anonim şirketler hukukunda, şirket yönetimi ve işleri üzerinde doğrudan yönetim hakları bulunmayan pay sahipleri, yönetim konusundaki haklarını dolaylı olarak genel kurulda oy kullanarak ve özellikle yönetim kurulu üyelerini seçerek şirket yönetim ve politikalarında etkili olabilme imkanı elde etmektedirler. Oy hakkı, pay sahiplerine pay sahipliği sıfatı dolayısıyla tanınan paya bağlı bir haktır. Her bir pay, pay sahibine en az

---

1 Hak ehliyeti ve fiil ehliyeti için bkz. Gizem Alper, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 68-71.

2 Reha Poroy; Ünal Tekinalp; Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 329.

bir oy hakkı verir ve pay sahipleri genel kurulda oy haklarını paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanırlar. Pay sahiplerinin paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak genel kurulda oy kullanmaları, tüm genel kurul kararları bakımından kabul edilen "düz oy sistemi"[3] olarak ifade edilebilir.

Düz oy sistemine alternatif bir yöntem olarak, anonim şirketler hukukunda kabul edilen "birikimli oy sistemi" kanuni dayanağını TTK madde 434/4'te bulmakta ve pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinin seçimine etki edebilme gücünü artıran bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Birikimli oy sistemi, özellikle tek bir pay sahibinin kontrol gücünü haiz olmadığı ve kontrol gücünün diğer pay sahipleri ile yapılacak ittifakları zorunlu kıldığı çok ortaklı anonim şirketlerde, her bir pay sahibinin yönetime katılma hakkının güçlendirilmesi ve gerektiğinde azınlık pay sahiplerinin çoğunluk ittifaklarına karşı koyarak kendilerinin yönetim kurulunda temsilini sağlayan bir imkan olarak ön plana çıkmaktadır.

1. BİRİKİMLİ "OY"UN YAPISI VE BİR OYUN ALANI OLARAK ANONİM ŞİRKET GENEL KURULU

Anonim şirketlerdeki temel ilkelerden biri de çoğunluk ilkesidir. Bu ilke uyarınca, genel kurul toplantılarında çoğunluk esasına göre karar verilir. Genel kurul toplantılarında çoğunluğun belirlenmesinde ise pay sahibi sayısından ziyade, pay sahiplerinin sermaye payları dikkate alınır ve oy hakları sermaye payları ile orantılı şekilde hesaplanır.

Çoğunluk ilkesinin mutlak şekilde uygulanması azınlık durumda bulunan pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi ya da çok ortaklı ve her bir pay sahibinin teknik olarak azınlık/küçük pay sahibi konumunda olduğu anonim şirket pay sahipliği yapılarında şirket organlarının karar alamaması (kitlenme) tehlikesini de beraberinde getirecektir. Kanun koyucu söz konusu tehlikeyi bertaraf etmek ve azınlığın şirket yönetiminde temsil edilmesine olanak sağlamak adına birtakım mekanizmalar öngörmüştür. Bu mekanizmalardan biri de, yönetim kurulunun seçimine ilişkin genel kurul toplantılarında "birikimli oy" sisteminin benimsenmesidir.

---

3 Abuzer Kendigelen, "Birikimli Oy Tebliğinde Yapılan Değişiklik Üzerine Düşünceler", *Makalelerim*, Cilt II: 2001-2017, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul 2018, s. 241; Arman Özdemir, *Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Birikimli 'Oy'un Teorisi*, Birinci Baskı, Ankara 2018, s. 20; N. Kağan Kocaoğlu, "Anonim Şirketlerde Birikimli Oy Kullanımı", Ankara Barosu Dergisi, 2010, S. 4, s. 105-106. "yaygın oy sistemi" olarak kullanımı bkz. Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi**, Cilt II, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 1706; "yaygın etkili oy sistemi" olarak kullanımı bkz. Reha Poroy; Ünal Tekinalp; Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul 2017, s. 16.

Genel olarak anonim şirketlerde genel kurul toplantılarında iki farklı sisteme göre oy kullanılabilmektedir. Bu oy sistemlerinden ilki "düz oy sistemi" olarak adlandırılan, her payın her bir yönetim kurulu üyesi için bir oy hakkı içerdiği sistemdir.[4] Bu sistemde, anonim şirketteki çoğunluk payı elinde bulunduran pay sahiplerinin çoğunluk ilkesinin bir sonucu olarak yönetim kurulu üyelerinin tamamını seçme imkanı bulunmaktadır. Diğer sistem ise, oyların toplu şekilde adeta biriktirilerek kullanılması yoluyla, azınlık oylarının gücünü artırmaya ve azınlığın yönetimde temsil edilmesini sağlamaya çalışan "birikimli oy sistemi"dir. Birikimli oy sisteminde, pay sahibi yönetim kuruluna seçilecek üye sayısı ile sahip olduğu pay adedinin çarpımı kadar oy hakkına sahip olur. Düz oy sistemindeki yönetim kurulu üyelerinin teker teker seçilmesi usulünün aksine, birikimli oy sisteminde yönetim kurulu üyeleri toplu olarak tek seferde seçilir. Azınlık pay sahiplerinin bir araya gelerek oylarını bir veya birkaç aday için kullanabilmelerine imkan tanıyan ve bu sayede azınlık pay sahiplerinin şirket yönetiminde temsil edilebilmesini sağlayan birikimli oy sistemi anonim şirketlerde çoğunluk ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır.[5]

Birikimli oy sistemi ile azınlık pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsili her ihtimalde garanti edilmemekte, olasılıklar dahiline sokulmaktadır. Nitekim, bu sistemde pay sahipleri bütün oylarını tek bir yönetim kurulu üyesi adayına tahsis edebileceği gibi oylarını adaylar arasında dağıtma imkanına da sahiptir. Bu yönüyle de, yönetim kurulunda temsilin sağlanabilmesi için pay sahiplerinin stratejik oy dağılımını ve fayda maksimizasyonunu sağlamaları gerekmektedir. Söz konusu amaca ulaşılabilmesi için kullanılacak stratejik vasıtaların, 1950'li yıllarda John Forbes Nash'in çeşitli modellemelerle önemli katkılar sunduğu oyun teorisi (Game Theory) çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Oyun teorisi, karar verme gücüne sahip olan birimlerin (oyuncuların) maksimum fayda elde etme çabası içerisinde olduğu varsayımına dayanmakta ve etkileşim halinde olan karar vericilerin kişisel çıkarlarını nasıl rasyonel biçimde maksimize edeceklerini çözümlemektedir.[6]

Söz konusu oyun teorisi, anonim şirkette birikimli oy sisteminin uygulanacağı genel kurul toplantıları bakımından değerlendirildiğinde, genel kurulun bir oyun alanı, pay sahiplerinin ise oyun içerisindeki karar verici

4 Şaban Kayıhan, "Türk Hukukunda Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Yönetime Girmesi İmkanı: Birikimli Oy Sistemi", Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. XXV, 2005, s. 90.

5 Kendigelen, s. 218.

6 Özdemir, s. 59.

birimler olan oyuncular olarak nitelendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla birikimli oy sisteminin uygulaması kapsamında, pay sahiplerinin yapacakları matematiksel hesaplama neticesinde sahip oldukları oy hakkını kullanma yöntemi ve yönetim kurulu üye adayları arasındaki dağıtım stratejileri, birikimli oy sistemini, pay sahipleri arasında oynanan matematiksel bir strateji oyun ve genel kurulu da bu oyunun oynandığı bir oyun alanı haline getirmektedir.

2. BİRİKİMLİ OY SİSTEMİNİN DAYANAĞI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

2.1. Birikimli Oy Sistemi, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketler Bakımından TTK ile Kabul Edilmiş Bir Yöntemdir: Birikimli oy sistemi, sermaye piyasası mevzuatına tabi halka açık anonim şirketler bakımından 2003 yılından beri uygulanmakta olmasına rağmen,[7] halka kapalı anonim şirketler bakımından TTK madde 434/4'ün açık düzenlemesi ile kabul edilmiştir. TTK madde 434/4 ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na halka açık olmayan anonim şirketlerde birikimli oy sistemini bir tebliğ ile düzenleme yetkisi verilmiş ve söz konusu hükme istinaden, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından birikimli oy kullanımına ilişkin usul ve esaslarının düzenlenmesi amacıyla 29.08.2012 tarihli ve 28396 sayılı Resmi Gazete'de "Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ" ("Birikimli Oy Sistemi Tebliği") yayımlanmıştır. Bu kapsamda, halka açık olmayan anonim şirketlerin genel kurullarında birikimli oy sisteminin uygulanması ve koşulları ile oy hesaplaması öncelikle söz konusu Birikimli Oy Sistemi Tebliği hükümlerine tabidir.

2.2. Birikimli Oy Sisteminin Amacı Azınlık/Küçük Pay Sahiplerinin Yönetim Kurulunda Temsilini Kolaylaştırmaktır: Kural olarak, anonim şirketlerde genel kurul kararları toplantıda temsil edilen oyların çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahiplerinin istediği yönde alınmaktadır. Çoğunluk ilkesinin neticesi olarak, yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin genel kurul toplantılarında çoğunluğun iradesi doğrultusunda yönetim kurulu üyeleri belirlenmekte ve azınlık/küçük pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinin seçimine etkileri olamamaktadır. Birikimli oy sistemi, azınlık/küçük pay sahiplerinin genel kurulda oy haklarını kümülatif olarak etkin kullanmalarına imkan vermesi dolayısıyla yönetim ku-

7 Gül Okutan Nilsson, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Kullanımı", *Bilgi Toplumunda Hukuk*, *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 563, Rıza Ayhan, Birikimli Oy Hakkında, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara, 2006, s. 242.

rulu üyelerinin seçimine etki etmelerine fırsat vermektedir.[8] Bu durum beraberinde, azınlık/küçük pay sahiplerinin pay oranlarına bağlı olarak belirli sayıda yönetim kurulu üyesi ile yönetim kurulunda temsil edilmelerine olanak sağlayan bir hukuki mekanizmayı karşımıza çıkarmaktadır.

2.3. Birikimli Oy Sistemi Sadece Yönetim Kurulu Seçiminde Uygulanabilen Bir Yöntemdir: Birikimli oy sisteminin amacından da hareketle, uygulama alanı genel kurul toplantılarının yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin gündem maddesi ile sınırlıdır. Diğer bir deyişle, birikimli oy sisteminin yönetim kurulu üyelerinin seçimini ihtiva etmeyen bir genel kurul toplantısında uygulanması mümkün olmamakla birlikte, yönetim kurulu üye seçimine ilişkin bir gündem maddesi olsa bile bunun dışındaki diğer gündem maddelerinin oylanmasında uygulanması mümkün değildir.[9]

2.4. Birikimli Oy Sistemi, Her Bir Genel Kurul Öncesinde Talep Edilmesi Koşuluyla (Düz Oy Sistemine Alternatif Olarak) Uygulanabilen İhtiyari Bir Sistemdir: Birikimli oy sisteminin uygulanabilmesi için şirket esas sözleşmesinde açık hüküm bulunması zorunlu olmakla birlikte, bu durum tüm yönetim kurulu seçimlerinde bu sistemin uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Zira esas sözleşmede belirtilmiş birikimli oy sistemi, düz oy sistemini tamamen ortadan kaldırmamakta, sadece özellikle pay sahipleri tarafından talep edilmesi durumunda düz oy sisteminin yerine kullanılmaktadır.[10] Nitekim birikimli oy kullanacak bir pay sahibinin, yönetim kurulu seçimi yapılacak genel kurulun tarihinden en az bir gün önce, birikimli oy kullanma isteğini şirkete yazılı olarak bildirmesi zorunludur. Bu şekilde bir bildirim yapılmadığı sürece ilgili genel kurulda düz oy sistemine uygun olarak yönetim kurulu seçimi yapılacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin seçiminde birikimli oy yönteminin uygulanması için sadece bir pay sahibinin genel kurul öncesinde bildirimde bulunması yeterlidir. Bu durumda, tüm pay sahiplerinin (bildirimde bulunmamış olanlar da dahil) yönetim kurulu üyelerinin seçiminde birikimli oy kullanması zorunludur. Diğer bir deyişle en az bir pay sahibinin talepte bulunmuş olması, tüm pay sahipleri bakımından birikimli oy sisteminin kullanılmasını zorunlu hale getirmektedir.

2.5. Birikimli Oy Sisteminde Tüm Yönetim Kurulu Üyelerinin Aynı Genel Kurulda Seçilmesi Esas Olup, Herhangi Bir Üyeliğin Boşalması Halinde, Kural Olarak Tüm Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevi Sona Erer:

8 Nilsson, s. 564.

9 Ayhan, s. 240; Nilsson, s. 572.

10 Ayhan, s. 241.

Aynı genel kurulda seçilme zorunluluğuna, tüm üyelerin görevinin sona ermesine ve bu durumun istisnalarına ilişkin detaylı açıklamalarımız aşağıda (6) numaralı "Yönetim Kurulu Üyeliklerindeki Boşalmanın Birikimli Oy Sistemindeki Etkisi" başlığı altında yer almakla birlikte, genel kural olarak birikimli oy sisteminde, yönetim kurulu üyelerinin kademeli olarak seçilmesi yasaklanmakta ve tüm üyelerin aynı genel kurulda seçilerek aynı süreler boyunca görev almaları kabul edilmektedir. Bunun neticesi olarak da, görev süresi içerisinde herhangi bir yönetim kurulu üyeliğinin boşalması durumunda tüm yönetim kurulu üyelerinin görevinin sona ermesi,yeni bir genel kurul yapılarak tüm üyeler için tekrardan seçim yapılması ve yönetim kurulunun yeniden oluşturulması gerekmektedir.

3. BİRİKİMLİ OY SİSTEMİ VE DÜZ OY SİSTEMİ KARŞILAŞTIRMASI

3.1. "Birikimli Oy Sistemi", Yönetim Kurulu Üye Seçimi Bakımından Azınlık/Küçük Pay Sahibinin "Düz Oy Sistemi"ndeki Oy Gücünün Artırılmış Alternatifi Niteliğindedir: Düz oy sistemi, tüm genel kurul kararları bakımından TTK'da kabul edilmektedir ve her bir pay sahibi bakımından oy haklarını şirkette sahip olduğu sermaye ile orantılı olarak kullanması esasına dayanmaktadır. Yani, kural olarak düz oy sisteminde her bir pay sahibinin her bir gündem maddesi bakımından sahip olduğu oy gücü, şirket sermayesindeki pay sahipliği oranı ile belirlenmekte ve bununla sınırlı kalmaktadır. Aynı şekilde düz oy sisteminin uygulandığı yönetim kurulu seçiminde, pay sahipleri oy haklarını her bir yönetim kurulu üye adayı için ayrı ayrı olmak üzere paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanabilmektedirler. Velhasıl, her bir yönetim kurulu üye adayı ayrı ayrı oylanmakta ve çoğunluk ilkesi gereğince sermayenin çoğunluğuna sahip pay sahiplerinin oylarını alan kişi yönetim kurulu üyesi olarak belirlenmektedir.[11] Birikimli oy sisteminde ise her pay sahibinin sahip olduğu pay sayısının seçilecek üye sayısı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda oy hakkı bulunmakta olup, pay sahibi oylarının tamamını bir veya birkaç yönetim kurulu adayında birleştirerek kullanma imkanına sahiptir. Yani, pay sahibinin oy hakkı kümülatif olarak hesaplanmakta ve ilgili pay sahibi tarafından yönetim kurulu üye adayları bazında istenildiği gibi bölüştürülebilmektedir. Bu suretle, birikimli oy sisteminde, tüm yönetim kurulu üyelikleri için (düz oy sisteminden farklı olarak her bir yönetim kurulu üyesi için ayrı ayrı değil) tek bir oylama yapılmaktadır.[12] Neticesinde, yönetim kurulu adayları en çok oy alan adaydan başlamak üzere, en az oy alan adaya doğru sıralanmakta ve sıralamada belirlenen aday-

11 Nilsson, s. 569-570, Ayhan, s. 237, Kocaoğlu, s. 105-106.

12 Kocaoğlu, s. 107.

lardan, yönetim kurulu üye sayısı kadar kişi yönetim kurulu üyesi olarak seçilmiş olmaktadır.[13]

3.2. Yönetim kurulu üyelerinin seçiminde, (i) düz oy sisteminde ve (ii) birikimli oy sisteminde oyların hesaplanması bakımından, her biri 1 TL'den 100 (yüz) adet paya tekabül eden 100 TL sermayeli bir şirkette %70 A'nın ve %30 B'nin pay sahibi olduğu bir varsayımda, A'nın X, Y, Z isimli ve B'nin Q, P, R isimli adaylarının olduğu 3 (üç) kişilik yönetim kurulunun üyelerinin seçiminde oy hesaplamaları aşağıdaki şekilde olacaktır.

Düz Oy Sistemi	Birikimli Oy Sistemi
3 (üç) kişilik yönetim kurulunun üyelerinin seçiminde A'nın 70 oy hakkı ve B'nin ise 30 oy hakkı vardır.	3 (üç) kişilik yönetim kurulunun üyelerinin seçiminde A'nın (70x3=210 oy hakkı) ve B'nin ise (30x3=90 oy hakkı) vardır.
Her halükarda çoğunluk A'da olduğu için %70 oy oranı ile X, Y, Z yönetim kurulu üyesi olarak seçilecektir.	A'nın oy dağılımı bakımından; X=90 oy Y=90 oy Z=30 oy B'nin oy dağılımı bakımından; Q=90 oy P=0 oy R=0 oy şeklinde bir sonuç çıkacaktır.
B tek bir üye dahi belirleyemeyecektir.	Oylama neticesinde, X, Y, Z, Q, P, R bakımından yapılacak sıralamada en yüksek oy alan ilk 3 (üç) aday; X, Y, Q olduğu için yönetim kurulu bu üyelerden oluşacaktır. Yani B, 1 (bir) üye ile yönetim kurulunda temsil imkanı elde etmektedir.

4. BİRİKİMLİ OY SİSTEMİNİN UYGULANABİLME KOŞULLARI

4.1. Şirket Esas Sözleşmesinde Birikimli Oy Sisteminin Açıkça Belirtilmesi Zorunludur: Yönetim kurulu üyelerinin seçimi bakımından birikimli oy sistemini uygulamak isteyen bir anonim şirketin esas sözleşmesinde yer alması gereken 2 (iki) temel düzenleme bulunmaktadır.[14]

4.1.1. Birikimli Oya İlişkin Açık Hüküm. Oy hakkı veren tüm payların sahiplerinin, yönetim kurulu üye seçiminde oylarını bir veya daha fazla aday için birikimli olarak kullanabileceklerine ve pay sahiplerinin talep etmeleri durumunda birikimli oy alternatifinin kullanılabileceğine dair açık ve net bir düzenlemeye esas sözleşmede yer verilmelidir.[15]

13 Nilsson, s. 570, Kendigelen, s. 218.

14 Pulaşlı, s. 1709.

15 Pulaşlı, s. 1709.

4.1.2. Yönetim Kurulu Üye Sayısının Üçten Az Olmayan Sabit Bir Rakam Olması. Birikimli oy sisteminin çalışabilmesi için yönetim kurulunun en az 3 (üç) kişiden oluşması gerekmekte olup, bu suretle şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üye sayısının 3 (üç)'ten az olmayacak şekilde ve ayrıca herhangi bir değişkenliğe mahal vermeyecek şekilde sabit bir rakam olarak belirlenmiş olması gerekmektedir.[16]

4.2. Şirket Esas Sözleşmesinde Birikimli Oy Sistemini İşlevsiz Kılacak Hükümler Yer Almamalıdır: Birikimli Oy Sistemi Tebliği uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin seçimi bakımından birikimli oy sistemini uygulamak isteyen bir anonim şirketin esas sözleşmesinde birikimli oy sistemini işlevsiz kılacak aşağıdaki düzenlemelerin yer alması yasaklanmaktadır.

4.2.1. Aday Gösterme İmtiyazı. TTK madde 360 uyarınca yönetim kurulunda belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme ve/veya yönetim kurulu üyeliğine aday gösterme imtiyazı tanınabilmektedir. Eğer birikimli oy sistemi uygulanmak isteniyor ise, şirket esas sözleşmesinde TTK madde 360 kapsamında aday gösterme imtiyazına dair bir hükme yer verilmemesi gerekmektedir.[17]

4.2.2. Oyda İmtiyaz. TTK madde 479 uyarınca eşit itibarî değerdeki paylara en fazla 15 (on beş) oya kadar farklı sayıda oy hakkı verilerek oyda imtiyaz tanınabilmektedir. Eğer birikimli oy sistemi uygulanmak isteniyor ise, şirket esas sözleşmesinde TTK madde 479 kapsamında oyda imtiyaza dair bir hükme yer verilmemesi gerekmektedir.[18]

4.3. Genel Kurul Toplantısından Önce Birikimli Oy Kullanılacağına İlişkin Şirkete Bildirimde Bulunulması Zorunludur: Birikimli oy kullanılabilmesi için sadece esas sözleşmede açık hüküm bulunması yeterli değildir. Nitekim birikimli oy kullanacak bir pay sahibinin veya temsilcisinin, genel kurul tarihinden en az 1 (bir) gün önce, birikimli oy kullanma isteğini şirkete yazılı olarak bildirmesi zorunludur.[19] Yani, herhangi bir pay sahibi tarafından yazılı olarak talep edilmediği sürece, genel kurulda birikimli oy kullanılması söz konusu olmayacak ve diğer gündem maddelerinde olduğu gibi düz oy sistemine göre yönetim kurulu üye seçimi yapılabilecektir.

4.4. Yönetim Kurulu Seçimi Dışındaki Diğer Tüm Genel Kurul Kararları Bakımından Düz Oy Sistemi Geçerlidir: Herhangi bir pay sahibi genel kurul öncesinde bildirimde bulunmuş ve ilgili genel kurulda yönetim

16 Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 17; Pulaşlı, s. 1709.

17 Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 17; Pulaşlı, s. 1709.

18 Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 17; Pulaşlı, s. 1709.

19 Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 17; Pulaşlı, s. 1709.

kurulu seçimi bakımından birikimli oy sistemi uygulanacak olsa bile, her halükarda genel kurulun diğer gündem maddeleri bakımından düz oy sistemi uygulanacaktır.[20] Bu yönüyle, ilgili genel kurulda düz oy sistemi ile birikimli oy sistemi birlikte uygulanacak olup, birikimli oy sisteminin uygulanması sadece yönetim kurulu seçimi ile sınırlı kalacaktır.

4.5. Genel Kurul İlanlarında Birikimli Oy Sistemine İlişkin Açıklamalara Yer Verilmelidir: Birikimli oy sistemini kabul eden anonim şirketler, çağrılı/ilanlı genel kurul toplantısı yapmaları durumunda genel kurul çağrısına ilişkin ilanlarda ve internet sitesinde bu sisteme ilişkin açıklamalara yer vermek zorundadır.[21]

4.6. Genel Kurulda, Birikimli Oylar Yazılı Oy Pusulaları Vasıtasıyla Kullanılır: Birikimli oy, birikimli oyun dağılımını gösteren, oy kullanan kişinin sahip olduğu oy sayısı, adı ve soyadı ile imzasının yer aldığı yazılı oy pusulaları ile kullanılır.[22] Yazılı oy pusulaları genel kurul toplantı başkanına sunulur. Temsil belgesinde birikimli oy kullanımı yönünde bir talimat olmasa dahi, diğer pay sahiplerinin veya temsilcilerinin talebi üzerine genel kurulda birikimli oy kullanılmasının zorunlu olduğu durumlarda temsilci birikimli oy kullanır. Temsil belgesinde temsilciye toplam birikimli oy sayısının dağılımı konusunda özel bir talimat verilmediyse dağılım miktarını temsilci belirler.[23]

5. BİRİKİMLİ OY HESAPLAMA YÖNTEMİ VE FORMÜLLER

5.1. Birikimli Oyun Bölüştürülmesi ve Fayda Maksimizasyonu: Birikimli oy sisteminin uygulanması yönünde genel kurul öncesinde bildirimde bulunup bulunmamak pay sahiplerinin ihtiyarında olduğu gibi, birikimli oy sisteminin uygulandığı genel kurul toplantısında oy verip vermemek veya oylarını dilediği şekilde bölüştürmek de tamamen pay sahiplerinin ihtiyarındadır. Velhasıl, oy haklarının kümülatif kullanılabilmesi azınlık/küçük pay sahipleri bakımından yönetim kurulunda temsil zorunluluğunu beraberinde getirmemekte olup, pay sahibi birikimli oyunu dilediği şekilde bölüştürebilmekte ve kullanabilmektedir.

Ancak pay sahiplerinin yönetim kurulu nezdinde temsil edilmek ve optimum seviyede yönetim kurulu üyesi belirlemek istemeleri durumunda; sahip oldukları oy hakkı ile kaç üye seçebileceklerini belirlemeleri, oylarının seçilebilecek yönetim kurulu üyeleri arasında nasıl bölüştürüleceğini hesaplamaları ve yönetim kurulu adayları arasında optimal seviyede bir dağıtım yapmaları gerekir. Zira birikimli oy sistemi azınlığın/küçük pay sahibinin yönetim kurulunda temsilini garanti etmemekte, matema-

20 Pulaşlı, s. 1709.

21 Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 17; Pulaşlı, s. 1709.

22 Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 17; Özdemir, s. 56.

23 Pulaşlı, s. 1710; Özdemir, s. 56.

tiksel olasılık hesabına göre ortaya çıkacak kompozisyona bağlı olarak azınlığın/küçük pay sahibinin yönetim kurulunda temsiline imkan vermektedir. Bu suretle, her bir pay sahibinin şirketteki sermaye payına/oy hakkına ve seçilecek yönetim kurulu üye sayısına bağlı olarak hesaplama yapması ve bu doğrultuda sahip olunan oylar ile seçilebilecek yönetim kurulu üye sayısı hesabını yaparak, oyların üyeler arasında optimum seviyede dağılımını yapması gerekmektedir. Diğer taraftan, oyunu birikimli olarak kullanan pay sahibi oylarını genel kurulda oy dağılımı belirtmeksizin birden fazla aday için kullanmış ise oyların bu adaylara eşit olarak dağıtıldığı kabul edilir.[24]

5.2. Birikimli Oyun Hesaplanmasına İlişkin Formüller: Birikimli oy sisteminde değişkenlere bağlı olarak kullanılabilecek iki formül şu şekildedir:

5.2.1. Seçilmesi İstenen Üye Sayısına Bağlı Olarak Gerekli Olan Asgari Pay/Oy Sayısının Hesaplanması. Pay sahiplerinin yönetim kuruluna üye seçebilmeleri için seçilmesi istenen üye sayısına bağlı olarak gerekli olan pay/oy sayısı aşağıdaki formüle göre hesaplanır:[25]

$$P2 = \frac{P1 \times Y2}{Y1 + 1} + 1$$

P2 = Seçilmesi İstenen Üye Sayısı İçin Gerekli Olan Pay/Oy Sayısı

P1 = Toplam Pay/Oy Sayısı

Y2 = Seçilmesi İstenen Üye Sayısı

Y1 = Seçilecek Toplam Üye Sayısı

5.2.2. Sahip Olunan Pay/Oy Adedinden Hareketle Yönetim Kuruluna Seçilebilecek Üye Sayısının Hesaplanması. Yukarıda yer alan (5.2.1) maddesindeki formülden hareketle sahip olunan pay/oy adedi referans alınarak seçilebilecek üye hesabı aşağıdaki formüle göre yapılabilir:[26]

$$A = \frac{(S-1) \times (K+1)}{C}$$

A = Sahip Olunan Pay/Oy ile Seçilebilecek Üye Sayısı

S = Sahip Olunan Pay/Oy Sayısı

C = Toplam Pay/Oy Sayısı

K = Seçilecek Toplam Üye Sayısı

24 Pulaşlı, s. 1709-1710; Özdemir, s. 57.

25 Pulaşlı, s. 1708; Kayıhan, s. 99; Çömez, Pınar, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Yöntemi*, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 34.

26 Nilsson, s. 575.

5.2.3. Formül Uygulama İlkeleri ve Örnekler. Yukarıda madde (5.2.1) ve (5.2.2)'de belirtilen formüllerden hareketle yapılan hesaplamanın neticesinde çıkan; (i) ilk formüldeki P2 değeri pay/oy adedi olup, payın şirkete karşı bölünemeyeceği kuralından hareketle küsuratlı kısımların dikkate alınmaması ve (ii) ikinci hesaplamanın neticesinde çıkan A değeri yönetim kurulu üye sayısı olup, küsuratlı kısımların dikkate alınmaması gerekir. İlaveten, söz konusu formüllerde belirtilen pay/oy sayısı, pay adetleri üzerinden belirlenen net rakamlar olup sermaye payının yüzdesel karşılığını ifade etmemektedir. Bu kapsamda, yukarıdaki formüller uygulanırken her bir hesaplama bakımından pay sahibinin şirket sermayesindeki yüzdesel pay oranı değil, net pay/oy adedi dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır.

Yukarıdaki formüllerin uygulanması suretiyle, aşağıda sermayesi 10.000 TL olup, toplamda 10.000 adet oy hakkı veren ve her biri 1 TL itibari değerde 10.000 adet paya bölünmüş bir anonim şirketin yönetim kurulunun; 7 (yedi) üyeden (Tablo-1) ve 11 (onbir) üyeden (Tablo-2) oluşmasına bağlı olarak istenilen sayıda yönetim kurulu üyesi seçebilmek için paysahibi/paysahiplerinin sahip olması gereken asgari pay/oy adetleri hesaplanmış ve örnek olarak yer verilmiştir.

Tablo - 1

7 KİŞİLİK YÖNETİM KURULU	
Seçilmesi İstenen Üye Sayısı	**Sahip Olunması Gereken Asgari Pay/Oy Adedi**
1	1251
2	2501
3	3751
4	5001
5	6251
6	7501
7	8751

Tablo - 2

11 KİŞİLİK YÖNETİM KURULU	
Seçilmesi İstenen Üye Sayısı	**Sahip Olunması Gereken Asgari Pay/Oy Adedi**
1	834
2	1667
3	2501
4	3334
5	4167
6	5001
7	5834
8	6667
9	7501
10	8334
11	9167

6. YÖNETİM KURULU ÜYELİKLERİNDEKİ BOŞALMANIN BİRİKİMLİ OY SİSTEMİNDEKİ ETKİSİ

6.1. Boşluk Doldurma Yasağına İlişkin Genel Kural: Birikimli Oy Sistemi Tebliği'nin 5. maddesinin 8. fıkrası "6102 sayılı Kanunun 363 üncü maddesi anlamında boşalmanın veya 364 üncü maddesine göre görevden almanın meydana gelmesi durumunda; görev süresini tamamlayamayan üye, çoğunluk pay sahibinin olumlu oyu ile seçilmemiş ise, diğer üyeler de görevden alınmış sayılır ve tüm üyeliklere yönelik yeni seçim yapılır. 6102 sayılı Kanunun 363 üncü maddesinin ikinci fıkrası anlamında yönetim kurulu üyeliğinin kendiliğinden sona ermesi suretiyle meydana gelecek boşalma durumunda ve 364 üncü madde anlamındaki görevden almanın, mahkemece kabul edilen haklı bir sebebe dayalı olması durumunda, bu kural uygulanmaz." hükmünü haizdir. Söz konusu düzenlemeye göre, prensip olarak, TTK madde 363 uyarınca üyeliğin herhangi bir sebeple boşalması veya TTK madde 364 uyarınca yönetim kurulu üyesinin görevden alınması (genel kurul tarafından azli) halinde, boşalan üyeliğin yönetim kurulu tarafından doldurulmasına birikimli oy sisteminde izin verilmemektedir.[27] Diğer bir ifade ile ilk genel kurul onayına sunulmak üzere yönetim kurulu tarafından geçici üye ataması imkanı kullanılamamaktadır.

6.2. Genel Kuralın İstisnaları: Kural olarak, birikimli oy sisteminin uygulanması suretiyle seçilmiş ve bu suretle oluşturulmuş yönetim kurulu üyelerinden herhangi birinin görev süresi dolmadan bir şekilde üyeliğinin sona ermesi durumunda diğer yönetim kurulu üyelerinin de görevleri sona ermektedir. Bu durumda, yeni bir genel kurul toplantısı yapılarak tüm üyelerin tekrardan seçilmesi ve yönetim kurulunun oluşturulması gerekmektedir.[28] Temel kural bu şekilde olmakla beraber istisnaları da mevcuttur. Şöyle ki; yukarıda açıkça yer verilen Birikimli Oy Sistemi Tebliği'nin 5. maddesinin 8. fıkrasından da anlaşılacağı üzere, aşağıdaki şart ve durumların varlığına göre, TTK madde 363 uyarınca üyeliğin boşalmasına bağlı olarak yönetim kurulu ilk genel kurulun onayına sunulmak üzere geçici yönetim kurulu üyesi ataması yapabilmektedir:

6.2.1. Çoğunluk Pay Sahipleri Tarafından Seçilmiş Üyenin Görev Süresini Tamamlayamaması. Görev süresini tamamlayamayan üye, çoğunluk pay sahibinin olumlu oyu ile seçilmiş ise diğer mevcut yönetim kurulu üyeleri görevlerine devam ederler ve bu durumda boşalan üyelik için yönetim kuruluna yeni üye ataması, yönetim kurulu kararı alınarak boşluk doldurma yoluyla yapılabilir.

---

27 Pulaşlı, s. 1710.

28 Pulaşlı, s. 1710; Özdemir, s. 46-47.

6.2.2. Yönetim Kurulu Üyeliği Görevinin TTK Madde 363/2 Uyarınca Kendiliğinden Sona Ermesi. TTK madde 363/2 "yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilir veya ehliyeti kısıtlanır ya da bir üye üyelik için gerekli kanuni şartları yahut esas sözleşmede öngörülen nitelikleri kaybederse, bu kişinin üyeliği, herhangi bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer." hükmünü haizdir. Bu suretle, yönetim kurulu üyelerinden birinin iflasına karar verilmesi, ehliyetinin kısıtlanması ya da esas sözleşmede öngörülmüş niteliklerin (örneğin belirli bir süre mesleki deneyim, bir meslek grubu mensubu olmak, belirli suçlardan hüküm giymemek vs.) kaybedilmesi halinde, yönetim kurulu üyeliği kanunen kendiliğinden sona ermektedir. Bu tür kanunen kendiliğinden sona erme hallerinde, boşalan üyelik için yönetim kuruluna yeni üye ataması yönetim kurulu kararı alınarak boşluk doldurma yoluyla yapılabilir.

6.2.3. Mahkeme Tarafından Kabul Edilen Haklı Bir Sebebe İstinaden Yönetim Kurulu Üyesinin Genel Kurul Tarafından Görevden Alınması (Azli). TTK madde 364'ün 1. fıkrası "Yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanmış olsalar dahi, gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı hâlinde, genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler." hükmünü haizdir. Bu suretle, kural olarak genel kurul düz oy sistemine göre her zaman haklı bir sebebe dayanarak herhangi bir yönetim kurulu üyesini görevden alma hak ve yetkisine sahiptir. Genel kurulun görevden alma sebebinin bir mahkeme kararına dayanması durumunda, diğer mevcut yönetim kurulu üyeleri görevlerine devam ederler ve bu durumda boşalan üyelik için yönetim kuruluna yeni üye ataması yönetim kurulu kararı alınarak boşluk doldurma yoluyla yapılabilir.

SONUÇ

1. Çok ortaklı ve her bir pay sahibinin teknik olarak azınlık/küçük pay sahibi konumunda olduğu anonim şirket pay sahipliği yapısında her bir pay sahibinin istenilen seviyede yönetim kurulunda temsilinin sağlanması bakımından birikimli oy sisteminin etkin ve işlevsel bir hukuki yöntem olarak kullanılabileceğini değerlendirmekteyiz.

2. TTK madde 360 uyarınca yönetim kurulu üyeliğine aday gösterme imtiyazı tanınması mekanizmasıyla kıyaslandığında birikimli oy sisteminin azınlık/küçük pay sahibi konumundaki pay sahiplerinin gerek tek başlarına gerekse de oy/sermaye güçlerinin birleştirilmesi suretiyle yönetim kurulunda temsil kabiliyetinin artırılabileceğini değerlendirmekteyiz. Zira TTK madde 360 uyarınca aday gösterme imtiyazı, pay sahibine sadece genel kurula yöneltmek üzere aday önerme hakkı vermektedir, bu du-

rum önerilen adayın genel kurul tarafından kesinlikle seçileceği anlamına gelmemektedir. Çünkü nihayetinde yönetim kurulu üyesini seçme hakkı genel kuruldadır ve genel kurul önerilen adayı seçmeme imkanına sahiptir. Ancak birikimli oy sisteminde, matematiksel olarak istenilen sayıda üyeyi seçebilmek için gerekli sermaye payı/oy hakkına sahip olunması durumunda, ilgili pay sahibinin belirlediği adayın dışında birinin seçilmesine imkan bulunmamaktadır.

3. Birikimli oy sistemi, şirket esas sözleşmesinde ihtiyari olarak düzenlenebilmekte olup ortaklar arasında ihtilaf yaşanması ihtimali halinde devreye sokulabilecek bir yedek sistem mahiyetindedir. Bu yönüyle, pay sahipleri arasında ihtilaf çıkmadığı sürece, birikimli oy sisteminin kullanılmasına ihtiyaç olmayacak ancak yönetim kurulunda temsil konusunda bir ihtilaf yaşanması ihtimali durumunda, herhangi bir pay sahibi talepte bulunarak birikimli oy sisteminin uygulanmasını ve bu suretle de yönetim kurulunda temsilini sağlayabilecektir. Bu durumda, birikimli oy sisteminin, ortaklar arasında ihtilaf yaşanmadığı sürece kullanılmasına ihtiyaç olmadığı ancak ihtilaf çıkması halinde de çoğunluğa tabi olmaksızın pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsilini sağladığı değerlendirilebilir.

4. Birikimli oy sistemi ile seçilen yönetim kurulu üyeliklerinin boşalması durumunda, diğer yönetim kurulu üyelerinin de görevinin sona ermesi ve yeni bir genel kurul yapılarak tüm üyelerin tekrardan seçilmesi gerekliliğinden dolayı birikimli oy sistemine mesafeli yaklaşılabilir. Ancak TTK madde 359 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin doğrudan gerçek kişi yerine tüzel kişilerden oluşması sağlanabilir. Tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri bir gerçek kişi temsilci belirlemek suretiyle yönetim kurulu üyeliği görevlerini ifa etmektedirler. Söz konusu gerçek kişi doğrudan yönetim kurulu üyesi sıfatına sahip olmadığı için kendisini temsilci olarak belirleyen tüzel kişi yönetim kurulu üyesi tarafından her zaman değiştirilebilir ve yerine yeni temsilci tayin edilebilir. Bu yönüyle, söz konusu gerçek kişinin istifası, ölümü veya ilgili pay sahibi ile hizmet/iş akdi ilişkisinin sona ermesi durumunda (ki temsilci nezdinde gerçekleşen bu tür hallerde TTK uyarınca yönetim kurulu üyeliğinde boşalma söz konusu olmamaktadır) temsilcinin değiştirilmesi kolayca sağlanabilecektir. Dolayısıyla, birikimli oy sisteminin, yönetim kurulu üyeliklerinin boşalması durumunda, tüm yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından tekrardan seçilmesi gerekliliğine ilişkin sonucunun, yönetim kurulu üyelerinin tüzel kişi olarak belirlenmesi suretiyle bertaraf edilebileceği değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

Alper, Gizem, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Ayhan, Rıza, "Birikimli Oy Hakkında", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 237-260.

Çömez, Pınar, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Yöntemi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

Kayıhan, Şaban, "Türk Hukukunda Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Yönetime Girmesi İmkanı: Birikimli Oy Sistemi", Manas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. XXV, 2005, s. 89-105.

Kendigelen, Abuzer, "Birikimli Oy Tebliğinde Yapılan Değişiklik Üzerine Düşünceler", Makalelerim, Cilt II: 2001-2017, On İki Levha, 2. Bası, İstanbul 2018, s. 215-242.

Kocaoğlu, N. Kağan, "Anonim Şirketlerde Birikimli Oy Kullanımı", Ankara Barosu Dergisi, 2010, S. 4, s. 103-158.

Okutan Nilsson, Gül, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Birikimli Oy Kullanımı", Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. I, Beta, İstanbul 2003, s. 563-595.

Özdemir, Arman, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerde Birikimli 'Oy'un Teorisi, Seçkin, Birinci Baskı, Ankara 2018.

Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul 2014.

Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul 2017. (Anılış: Poroy, Tekinalp, Çamoğlu)

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2018.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

AVUKATIN SORUMLULUĞU
•
NEDENSELLİK BAĞI

ÖZET: Tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir. Eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zararla eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir.*

Y. HGK E: 2013/1471 K:2015/888 T. T: 04.03.2015

(...Davacılar, davalıyı İnegöl ilçesinde bulunan bir kısım taşınmazların kazanımı için açılacak davalarda vekil tayin ettiğini, ancak davalının bir kısım için hiç dava açmamakla birlikte bir kısım taşınmazlar içinde davayı takipsiz bırakarak açılmamış sayılmasına neden olduğunu, davalar açılsa idi eline geçecek taşınmazların değeri kadar zararı olduğunu beyanla fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak kaydıyla 20.000,00 TL tazminatın davalıdan tahsili istemiştir.

Davalılar, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, verilen karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1.Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delilerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, vekilin görevini yerine getirmemesi neticesinde doğan zararın tazmini talebine ilişkindir. Davacı, davalının bir kısım taşınmazlar için yetkilendirildiği halde hiç dava açmadığını, bir kısmı için ise açtığı davaları takipsiz bıraktığını beyanla bu nedenle doğan zararının

* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.11.1977 T. 4-88-835 K. sayılı kararı da aynı doğrultudadır. (Temel Kavramlar Turgut Uyar1980, Ankara)

tazminini istemiş, davalı ise bu davaları açmamaktaki amacının müvekkilini korumak olduğunu zira davacıların sözkonusu taşınmazlarda mülkiyet hakkına sahip olmadığını, davanın reddini dilemiştir. Dosya içinde toplanan delillerden davalının üstlendiği görevi iddia olunan ihmali sonucu davacıların zarara uğrayıp uğramadıkları, davalar açılsaydı ve görev ihmal edilmeseydi davacıların elde edecekleri menfaatin tespit edilmeden diğer bir deyişle davacıların bu davaları kazanma şansı bulunup bulunmadığı, davalının ihmali nedeniyle uğranılan zararın tamamı tespit edilmeden sadece davaya konu taşınmazların değerinden hareketle ve bu hususlar gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, vekalet görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir.

Davacı, avukat olan davalıya İnegöl ilçesinde bulunan taşınmazlar ile ilgili davaların açılması için vekaletname verdiğini, davalının söz konusu davaları açtığı yolunda kendisini ikna ederek, defalarca para almasına rağmen davaların bir kısmını açmadığı gibi, açtığı davaları takipsiz bırakarak düşmesine ve zamanaşımı işlemesine neden olduğunu belirterek uğradığı zararlar nedeniyle fazlaya ilişkin talep haklarını saklı tutarak 20.000.00 TL tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, dava dilekçesinde ileri sürülen iddiaların gerçek dışı olduğunu, davacının iddia ettiği birkısım yerlerle ilgili bilgi, belge ve senet ibraz etmediği için mücerret iddialarla dava açılamayacağını, davacının iddia ettiği birkısım yerle ilgili ise dava açıldığını ve yerin davacının murisine ait olmadığının anlaşılması nedeniyle ret edildiğini ileri sürerek, davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkeme, davalının aldığı vekaletname gereği bir kısım taşınmazlar hakkında açması gereken davaları hiç açmadığı gibi 1118 ve 1119 parsellere ilişkin olarak açtığı davayı ise takip etmeyerek davanın açılma-

mış sayılmasına sebebiyet verip davacıları hak kaybına uğrattığı, bu nedenle aleyhine açılan Bursa 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 2006/90 E. sayılı dosyasında da "avukatlık görevini kötüye kullanmak suçundan" mahkum olduğu, davalının avukatlık mesleğinin gerektirdiği biçimde davaları açmaması ve açılan davayı takip etmemesi nedeniyle davacıların uğradıkları hak kaybından sorumlu olacağı gerekçesiyle bilirkişi raporlarında belirtilen taşınmazların değerlerine göre ve taleple bağlı kalınarak 20.000,00 TL tazminatın davalıdan tahsiline, davacıların fazlaya ilişkin talep haklarının saklı tutulmasına karar vermiş; karar davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece, yukarıdaki gerekçelerle bozulmuş, mahkemece önceki gerekçe genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta davacı ile davalı arasında yazılı avukatlık sözleşmesi bulunmamaktadır. Ne var ki; davacı tarafından davalıya 29.05.1996 günlü vekaletnamenin verilmesiyle birlikte, taraflar arasında hukuken geçerli bir vekalet ilişkisinin kurulmuş olduğu da açık ve çekişmesizdir. Davalının bir kısım taşınmazlar hakkında açması gereken davaları hiç açmadığı gibi, 1118 ve 1119 parsellere ilişkin olarak açtığı davayı ise takip etmeyerek davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet vermek suretiyle, özen ve sadakat borcuna aykırı davrandığı hususu hem yerel mahkemenin hem de Özel Dairenin kabulündedir.

Açıklanan duruma göre Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı avukatın ihmali ile müvekkili davacının uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunup bulunmadığının saptanması açısından, dava açılmadığı ileri sürülen taşınmazlar ile ilgili davalar açılmış olsaydı elde edilecek menfaatin tespit edilmesinin gerekip gerekmediği, buna göre yerel mahkemece yapılan inceleme ve araştırmanın yeterli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık vekâlet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Vekalet sözleşmesi, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 386 ve devam maddelerinde (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.502 vd.) düzenlenmiştir.

Vekâletin şümulü başlıklı Borçlar Kanunu'nun 388. maddesi

"…Vekalet akdinin şümulü mukavele ile sarahaten tespit edilmemiş ise taalluk eylediği işin mahiyetine göre tayin edilir. Vekâlet, vekilin takabbül eylediği işin yapılması için icap eden hukuki tasarrufları ifa salahiyetini şamildir.

Hususi bir salahiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlayamaz, bir gayrimenkulü temlik veya bir hak ile takyit edemez."

Borçlar Kanunu 390. maddesi "vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir.

Vekil, müvekkile karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükelleftir.

Vekil, başkasını tevkile mesul veya hal icabını kendi yerine ikameye müsait bulunmadıkça müvekkilünbihi kendisi yapmaya mecburdur"

düzenlemesini içermektedir.

Borçlar Kanunu'nun 388. maddesi ile vekilin üzerine aldığı işin kapsamı ve şümulünün ne olacağı belirtilmiş, Kanun'un 390. maddesi "vekâleti dürüstlükle yerine getirme" başlığı altında vekilin, vekaleti icrada özen ve sadakat göstermesi borcunu düzenlemiş bulunmaktadır. Görüldüğü gibi vekilin akdi sorumluluğu olan tazminat mükellefiyeti daha çok onun temel borcu olan dürüstlükle ifa borcundan doğmaktadır. Vekâlet sözleşmesi sonucu itibariyle bir itimat ilişkisi olduğundan vekâlet konusunun yerine getirilmesinde vekile düşen başlıca yüküm, onu özen ve sadakatle ifa etmesidir.

Kural olarak meslek sahibi olan kimseler ve bu arada avukatlar, genellikle bilinen ve kabul edilen kural ve usulleri bilmedikleri takdirde sorumlu olurlar. Avukatın görevi olayları mantıki şekilde değerlendirerek bütün öngörülmesi gerekli şeyleri dikkate almaktır (Süheyl Donay; Hareket Etme Borcu-Batıder-Cilt 5, 1970, sayfa 728 vd.); (Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2007 tarih 2007/13-198 E., 2007/199 K. sayılı kararı)

Vekil üzerine aldığı işi doğruluk kurallarına uygun biçimde özenle yapmalıdır. Mesleğinin gerektirdiği uzmanlığın bütün gereklerini kullanmalıdır. Buna rağmen sonucu elde edemezse ancak o takdirde sorumluluktan kurtulmuş olur. Örneğin idarenin vekili sıfatıyla (herhangi bir kamu tüzel kişisinin) süresinde açılan bir davayı müracaata bırakarak zamanaşımına uğratması, gerekli başvurmaları savsayarak veya hak düşürücü süreye tabi işlemleri yapmayarak ve nedenleri bildirilmeyen dilekçelerin vergi itiraz komisyonunca esas incelenmeden red olunacağını düşünmeden redde mahkûm, gerekçesiz itiraz dilekçesi yazması ve böylece müvekkilinin fazla veya cezalı vergi ödemesine yol açması; iş kazası sonunda meydana gelen maddi zararın sosyal sigortalardan ödenen veya ödenecek tazminatla karşılanıp karşılanmayacağını araştırmadan ve ters biçimde maddi ve manevi zarar isteğini taşıyan dava açması, temyiz süresini geçirdikten sonra temyiz yoluna başvurması veya hiç başvurmaması, olayların akışı-

na ve gerçekleşme biçimine göre kusurlu davranıştır (Feridun Müderrisoğlu; Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, 1974 baskı, sayfa 54).

İsviçre Mahkeme içtihatlarına göre, bir avukat mesleki içtihat dergilerinde çıkan yeni kararları izlememesinden, başka yerde olması (örneğin hastanede bulunması), bürosunun iyi örgütlenmemiş olması, yardımcılarının ihmali veya dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olmadığını kestiremeyip ihtiyatsızca vakit geçirmesi nedeniyle kanuni mehilleri kaçırması yüzünden sorumludur. Buna karşılık, avukat takdir ve yoruma bağlı sorunlardaki savunulabilir hukuki görüş tarzından, davanın yürütülmesindeki taktik ve psikolojik yanılgılarından, ayrıca dosyayı iyi bilmemek ve dosyadaki hususları göz önüne almamak gibi bir kusuru olmadıkça sorumlu tutulmamalıdır (Haluk Tandoğan; Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, 1987 baskı, Cilt 2, sayfa 412-413).

Vekalet sözleşmesinin hizmetle ilgili diğer sözleşmelere oranla, çok daha sıkı bir şekilde karşılıklı güvene dayalı olduğu öğreti ve uygulamada ittifakla benimsenmektedir.

Somut olayda, davalının, 1118 ve 1119 parsellere ilişkin olarak açtığı davayı takip etmemesi nedeniyle HUMK' nun 409. maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği, bu nedenle aleyhine "avukatlık görevini kötüye kullandığı" ve açılmayan davalar nedeniyle aynı eylemi birden fazla işlediği gerekçesiyle hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 231 ve 80 maddesinin uygulanması iddiasıyla açılan ceza davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verildiği, ayrıca davalı tarafından 251 parsele ilişkin açılan tapu iptal ve tescil davasında İnegöl Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1997/45 E., 1999/536 K sayılı kararı ile davanın reddine karar verildiği dosya içerisinde bulunan karar örneğinden anlaşılmaktadır.

Öte yandan davalı taraf cevap dilekçesinde, davacının iddia ettiği yerlerle ilgili bilgi, belge ve senet ibraz etmediğini, mücerret iddialarla dava açılamayacağını zira davacının iddia ettiği yerle ilgili dava açıldığını ve yerin davacının murisine ait olmadığının ortaya çıktığını savunmuştur. Buna karşılık, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda 251 nolu parsel içinde hesaplama yapıldığı görülmektedir.

Tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir; eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zararla eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması da gerekir. Zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı hususu, her somut olayın ken-

dine özgü yapısı içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır (Hukuk Genel Kurulu'nun 03.10.2007 tarih ve 2007/13-642 E., 2007/704 K. sayılı kararı).

Bu durumda yerel mahkemece yapılması gereken iş; İnegöl Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1997/45 E., 1999/536 K. sayılı dosyası, Bursa Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/390 E., 2008/409 K. sayılı dosyası ve tüm dosya kapsamında yer alan delillerden davalının üstlendiği görevi iddia olunan ihmali sonucu davacıların zarara uğrayıp uğramadıkları, davalar açılsaydı ve görev ihmal edilmeseydi davacıların elde edecekleri menfaatin tespit edilip, davacıların bu davaları kazanma şansı bulunup bulunmadığı ve davalının ihmali nedeniyle uğranılan zararın tamamı tespit edilerek, davacının eylemi ile zarar arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı saptanıp ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermektir.

Yerel mahkemenin açıklanan şekilde bir araştırma ve değerlendirme yapmaksızın, davalının ihmali davranışı ile davacının zararı arasında nedensellik bağı bulunduğunu peşinen kabul etmek suretiyle hüküm kurması ve eksik incelemeye dayalı olarak direnme kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, vekilin vekalet görevini yerine getirmekle yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğü yerine getirmemenin tek başına sorumluluk için yeterli olacağı belirtilerek kararın onanması yönünde görüş bildirilmiş ise de, bu görüş çoğunluk tarafından benimsenmemiştir.

O halde Özel Daire bozma ilamında ve yukarıdaki belirtilen ilave gerekçelerle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararın bozulması gerekir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda belirtilen ilave gerekçe ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 04.03.2015 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

DAVALI DELİLLERİ • YEMİN DELİLİ

ÖZET: Cevap dilekçesinde ibraname ve bir kısım belgeler yanında tanık beyanı dışında başka delil bildirmeyen, sonradan delil gösterilmesi bakımından HMK 145. maddesindeki istisnaların da mevcudiyetini ileri sürmeyen davalının ön inceleme safhasından sonra üçüncü duruşmada yemin deliline dayanması mümkün değildir.

Y. HGK E: 2014/1662 K: 2017/34 T.18.01.2017

"...1-Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı, 01.12.1995-01.03.2012 tarihleri arasında davalıya ait iş yerinde kaporta teknisyeni olarak çalıştığını, iş akdinin emeklilik sebebiyle sona erdirildiğini, yıllık ücretli izinlerinin kullandırılmadığını, tüm resmi tatillerde çalışan davacıya genel tatil ve fazla mesai ücretlerinin de ödenmediğini iddia ederek kıdem tazminatı ile fazla çalışma, yıllık izin, ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı, davacının haftalık çalışmasının 45 saati aşmadığını, genel tatil günlerinde çalışmadığını ve yıllık ücretli izinlerinin tamamını kullandığını, işten kendi isteğiyle ayrıldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacının yıllık izin ücretine hak kazanıp kazanmadığı hususu uyuşmazlık konusudur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.03.2007 tarih ve 2007/8-161 E., 2007/155 K. sayılı kararı ile de belirtildiği üzere adil yargılanma ve dinlenilme hakkının bir gereği olarak hakim, taraflara duruşmalarda hazır bulunmak, iddia ve savunmalarını bildirmek için imkan vermeli, tarafları usulüne uygun bir biçimde duruşmaya davet etmelidir. Fakat tarafların kendilerine tanınan bu imkana rağmen, duruşmaya gelmek zorunluluğu yoktur. Hukuk davalarında duruşmaya gelmemenin mü-

eyyidesi, dava dosyasının işlemden kaldırılması veya yargılamanın gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilmesidir.

Dava ile ilgili olan kişilerin davaya ilişkin bir işlemi öğrenebilmesi için, tebligatın usulüne uygun olarak yapılması, duruşma gün ve saatinin muhataba bildirilmesi gerekmektedir. Duruşma günü ile tebligatın çıkarıldığı tarih arasında makul bir süre olmalıdır. Aksi takdirde tarafların hukuksal dinlenme ve savunma hakkı kısıtlanmış olur.

Uyuşmazlık konusu vakıanın ispatı için yeminden başka delili olduğunu beyan etmiş olan taraf da yemin teklif edebilir. Yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil de gösteremez. Yemin teklif edilen kimse, duruşmada bizzat hazır bulunmadığı takdirde, kendisine yemin için bir davetiye çıkarılır. Yemin davetiyesine, yemine konu hususlar hakkında sorulacak sorular ile geçerli bir özrü olmaksızın yemin için tayin olunan gün ve saatte mahkemeye bizzat gelmediği veya gelip de yemini iade etmediği yahut yemini eda etmekten kaçındığı takdirde, yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yazılır (6100 sayılı Yasa Md. 227-228).

Somut olayda mahkemece, davalı adına dava dilekçesi ekli duruşma gün ve saatini bildirir davetiye çıkarıldığı, davetiyenin davalıya 25.04.2012 tarihinde tebliğ edildiği, tensip zaptında "Davalı tarafa dava dilekçesi ve ekleri ile ön inceleme ve tahkikat gününün, dava ile ilgili tanıkları dahil tüm delillerini, delillerin ispat edileceği hususları ve tanıkların dinleneceği konuları 2 hafta içinde sunmaları, tanıkları için 30,00 TL ücret, 7,00 TL tebligat gideri, cevap dilekçesinin tebliği için 7,00 TL olmak üzere avansı mahkeme veznesine depo etmeleri için kesin süre verilerek meşruhatlı davetiye ile tebliğine" karar verildiği, ancak kesin süre ile ilgili ara kararı içeren tensip zaptının davalıya tebliğ edilmediği görülmüştür. Davalı vekilince yıllık izin ücreti talebi ile ilgili olarak 06.02.2013 tarihli duruşmada davacının yıllık izin kullanıp kullanmadığına dair yemin teklifinde bulunulmuş olmasına ve davalıya tüm delillerini bildirmesi için usulüne uygun olarak verilmiş kesin süre bulunmamasına karşın Mahkemece yemin teklifinin gereği yerine getirilmeksizin yıllık izin ücreti alacağının hüküm altına alınması hatalıdır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması ve usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili davacı işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini sonlandırdığını, kıdem tazminatının eksik ödendiğini, yıllık izin ücretinin ise ödenmediğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla fark kıdem tazminatı, yıllık izin, fazla çalışma ve genel tatil alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili davacının işten kendi isteği ile ayrıldığını ve tüm işçilik alacakları yönünden işvereni ibra ettiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen hüküm, davalı vekilinin temyizi üzerine yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmesine karar verilmiştir.

Direnme kararını, davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; somut olay bakımından cevap dilekçesinde yemin deliline dayanmayan davalıya, tanıkları dahil tüm delillerini sunması için kesin süre ihtaratı içeren tensip zaptının tebliğ edilmemesi nedeniyle delillerini sunması için uygun süre verilip verilmediği, burada varılacak sonuca göre davalının yemin teklif etme hakkının bulunup bulunmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Öncelikle konu ile ilgili yasal düzenlenmelerin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir. Bu kapsamda ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı üzerinde durulması gerekmektedir.

Adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisi yargılamanın "makul bir süre içinde" bitirilmesi ilkesidir.

Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), devletlerin yasal sistemlerini mahkemelerin 6. maddede yer alan şartlara, makul bir sürede yargılama dahil olmak üzere uyacak şekilde düzenlemek ile görevli olduğunu belirtmiştir. (AİHM, Zimmerman ve Steiner –İsviçre, 13 Temmuz 1983, 29. paragraf).

Bir davaya taraf olan herkesin diğer taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmelidir (AİHM, De Haes ve Gijsels-Belçika, 24 Şubat 1997).

Tarafların gösterilen tüm delillerden haberdar olması ve görüş bildirebilmesi de adil yargılanma hakkı kapsamında gözetilmesi gereken ilke olarak belirtilmiştir (AİHM, Borgers-Belçika, 30 Ekim 1991).

Anayasanın 141. maddesinde de "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği açıkça düzenlenmiştir.

Açıklanan bu ilkelere paralel olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) yargılamanın makul sürede bitirilmesini sağlamak amacıyla düzenlemeler yapılmış ve bu amaca ulaşılabilmesi için önemli bir katkı sağlayan delillerin bildirilme zamanı özel olarak düzenlenmiştir.

Delillerin belirli bir zaman dilimi içinde gösterilip sunulması yargılamayı çabuklaştıracak olmasının yanı sıra, taraflara da gösterilen delillerden haberdar olma ve zamanında gösterilen delillere karşı delil veya görüş bildirebilme imkanı tanıyacak, böylece uyuşmazlıklar en kısa sürede adilane çözüme kavuşacaktır.

Bu aşamada HMK'nın delillerin ibrazıyla ilgili hükümlerini değerlendirmek gereklidir.

Öncelikle iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Bu kapsamda basit yargılama usulüne ilişkin olup yazılı yargılama usulünden farklılık arzeden hususlar 6100 sayılı HMK'nın 316 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunun dışında basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde ise yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanacaktır.

6100 sayılı HMK'nın basit yargılama usulü uygulanan davalarda "Delillerin ikamesi" başlıklı 318. maddesinde, tarafların dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yer-

lerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorunda oldukları belirtilmiştir.

Basit yargılama usulünde iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ise cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlayacaktır.

Yine basit yargılama usulünde tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri vermeleri söz konusu değildir.

Basit yargılama usulünde ön inceleme ve tahkikat aşaması 6100 sayılı HMK'nın 320. maddesinde düzenlenmiş olup mahkemenin ilk duruşmada dava şartları ve ilk itirazlarla hak düşürücü süre ve zamanaşımı hakkında tarafları dinleyeceği, daha sonra tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit edeceği, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hakimin, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edeceği, tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları taktirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanağa yazılarak bu tutanağın hazır bulunanlarca imzalanarak tahkikat aşamasına geçileceği belirtilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 322. maddesi uyarınca yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin basit yargılama usulünde de uygulanacağı belirtildiğinden yazılı yargılama usulünde delillerin gösterilmesi ve mahkemeye sunulmasına ilişkin hükümlerin de irdelenmesi gerekmektedir.

6100 sayılı HMK'nın "Dava Dilekçesinin İçeriği" başlıklı 119/1-e-f maddesine göre; davacı, dava dilekçesinde, iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini ve iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğini açıkça göstermek zorundadır."

Maddenin gerekçesinde bu gerekliliğin, 6100 sayılı HMK'da bir yenilik olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Davacının genel ifadelerle delillerini belirtmesi yeterli sayılmayıp hangi delillere dayandığı dilekçeden anlaşılmalıdır. Delillerin bildirilmesine ilişkin bu düzenleme somutlaştırma yükünün de bir gereğidir. (Pekcanıtez, H.\ Atalay O.\ Özekes M.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2015, s. 277).

6100 sayılı HMK'nın "Belgelerin Birlikte Verilmesi" başlıklı 121/1. maddesine göre; dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur. Ayrıca, aynı Kanunun "Cevap Dilekçesi-

nin İçeriği" başlıklı 129/1-d-e maddelerine göre, cevap dilekçesinde; davalının savunmasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri ile savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin bildirilmesi gerekir. Bu husus davalının savunmasını somutlaştırma yükünün de bir gereğidir. Davalı da davacı gibi yazılı delillerini cevap dilekçesine ekleyerek mahkemeye vermeli ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamalarda bulunmalıdır. (Pekcanıtez, H.\ Atalay O.\ Özekes M., s. 306).

Dava dilekçesinin davalıya tebliğinde, davalının iki hafta içinde davaya cevap verebileceğinin ihtarının gerektiği HMK'nın 122. maddesinde düzenlendikten sonra aynı süreye "cevap dilekçesini verme süresi" başlıklı 127. maddesinde tekrar yer verilmiş ve "Cevap dilekçesini verme süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır…" şeklinde düzenleme yapılmıştır.

6100 sayılı HMK'nın "Süresinde Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonucu" başlıklı 128/1. maddesine göre; "süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır." Davayı inkar etmiş sayılan davalı, daha sonra ikici cevap dilekçesi veremez. Zira ikinci cevap dilekçesi cevaba cevap dilekçesine karşı verilir. Cevap dilekçesi vermemiş olan davalının sadece inkar ile yetinmiş olduğu varsayılır ve ön inceleme ile tahkikat aşamasında sadece inkar çerçevesinde savunma yapabilir ve bu yönde ispat faaliyetinde bulunarak delil gösterebilir (Pekcanıtez, H.\ Atalay O.\ Özekes M.s. 294-295). Süresinde cevap vermediği için davayı inkar etmiş sayılan davalı, davacının dava dilekçesinde bildirdiği vakıaların doğru olmadığını (inkarı) ispat için karşı delil gösterebilir. Davalı, davayı inkarının karşı delilini göstermek bahanesi ile yeni vakıalar (mesela zamanaşımı veya borcu ödediğini) ileri sürerse, bununla savunmasını genişletmiş olur; bu ise kural olarak yasaktır. Bu halde mahkeme, davacının iddiasının doğru olmadığını ispat için davalının göstereceği delilleri inceleyip, davacının delilleri ile birlikte değerlendirerek varacağı sonuca göre hüküm vermelidir. (Kuru B.\ Arslan R.\Yılmaz E.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, 25. Bası, s.317).

Yine 6100 sayılı HMK'nın "Ön İncelemenin Kapsamı" başlıklı 137/1. maddesine göre; dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar,

tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

6100 sayılı HMK'nın "Ön İnceleme Duruşması" başlıklı 140/5. maddesine göre; ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir. Aynı Kanunun 119 ve 121. maddelerinde delillerin gösterilmesinden bahsedilmesine rağmen, 137 ve 140. maddelerinde delillerin sunulmasından ve toplanmasından bahsedilmektedir. Burada vurgulanması gereken husus özellikle 140. maddede "dilekçelerinde gösterdikleri" ibaresinin kullanılmış olmasıdır.

6100 sayılı HMK'nın 140. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere taraflar, delil olarak dayandıkları belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermek ya da başka yerden getirilecekse bunu belirtmek zorundadırlar. Şayet taraflar, bu konuda yapmaları gereken işlemleri eksik bırakmışlarsa, tahkikata başlamadan önce, taraflara son kez kısa bir süre verilerek bu eksiklikleri tamamlamaları yönünde olanak sağlanmıştır. Taraflar bu imkanı da doğru kullanamazlarsa, artık tahkikat mevcut delillerle yürütülecek ve tarafların o delile dayanmaktan vazgeçtikleri kabul edilecektir.

Özetle; 6100 sayılı HMK'nın 119/1-f maddesine göre dava dilekçesinde iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği, 129/1-e maddesine göre de cevap dilekçesinde savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin ayrı ayrı belirtilmesi gerekir. 6100 sayılı HMK'nın 137. ve 140. maddelerinde ise; 119 ve 129. maddelerdeki düzenlemenin aksine, delillerin belirtilmesinden değil, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapmasından bahsedilmiştir. Buna göre; delillerin dava ve cevap dilekçelerinde belirtilmesi, dilekçelerde belirtilen delillerin en geç ön inceleme duruşmasında mahkemeye sunulması, başka bir yerden getirtilecek olması halinde delillerin toplanması için gerekli işlemlerin yapılması gerekir. Yani dava ve cevap dilekçelerinin verilmesinden sonra tarafların iddia ve savunmalarını kanıtlayıcı delil bildirmeleri mümkün değildir.

Dilekçelerin teatisi aşamaları bu şekilde net sürelere bağlı olarak düzenlendikten sonra yasa koyucu, delil bildirmenin "süreye" bağlı olduğunu tekrar vurgulayan 145. maddeye yer vermiştir. 6100 sayılı HMK'nın "Sonradan Delil Gösterilmesi" başlıklı 145/1. maddesine göre; taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin

sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir.

6100 sayılı HMK'nın 145. maddesinin birinci cümlesinde de tarafların, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremeyecekleri açıkça belirtilmiştir. 145. maddenin ikinci cümlesinde; birinci cümledeki tarafların Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremeyeceklerine ilişkin olarak getirilen istisnanın dava ve cevap dilekçelerinde hiç delil belirtmeyen, ön inceleme aşamasında da delillerini sunmayan veya toplanması için gerekli işlemleri yapmayan tarafların tahkikat aşamasında delil bildirme haklarının olduğu şeklinde anlaşılması mümkün değildir. 145. maddenin gerekçesinde, "uygulamada, davaların uzamasının temel sebeplerinden birinin de gereksiz yere yeni delil sunulması ve bu konuda taraflara verilen sürelere uyulmaması olduğunun bilindiği, maddenin ilk fıkrasıyla, Kanunda belirtilen sürelerden sonra, davada yeni delil sunulmasının yasak olduğunun kural olarak benimsendiği, fakat iki istisnanın kabul edildiği, bunun için; yeni delil sunulması talebinin yargılamayı geciktirme amacı taşımaması veya delilin süresinde sunulmamasının ilgili tarafın kusuru dışında bir sebebe dayanması halinde, hâkimin gerekçesini de belirtmek şartıyla, yeni delil sunulmasına izin verebileceği, bu şekilde delil sunma kuralına istisna getirilmesinin hukuki dinlenme hakkının tabii bir sonucu olduğu" belirtilmiştir.

Tahkikatın amacı, kural olarak delil toplamak değil, delilleri incelemek ve değerlendirmektir; aksi halde tahkikat tamamlanamaz ve yargılama uzar. Bu sebeple 145 inci maddede belirtilen ve tarafın etki alanı dışında kalan çok özel durumlar dışında, sonradan delil sunulması halinde bu deliller dikkate alınmamalıdır. Keza, tarafların 145 inci madde şartları oluşmadan sonradan delil sunması ya da kanun yoluna başvururken bu şekilde delilleri dilekçesine ekleyip vermeleri kabul edilmemelidir (Pekcanıtez, H.\ Atalay O.\ Özekes M., s. 332-333).

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; 6100 sayılı HMK'nın sistematiği içinde; tahkikat aşamasına geçilmezden evvel tarafların uyuşmazlıkların çözümü için ileri sürdükleri delillerin daha işin başında belirlenerek tahkikatın etkin bir şekilde yapılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Yargılamanın etkin ve makul bir süre içinde bitirilmesi için delil gösterilmesi dilekçelerin teatisi (dava, cevap, cevaba cevap ve ikinci cevap) aşamasına hasredilmiştir. Buna göre, dilekçelerin teatisi aşamasında herhangi bir delil bildirmeyen davacı veya davalıya ön inceleme

duruşmasında delillerini bildirmesi için yeni bir süre verilmesine imkân bulunmamaktadır.

Somut olayda; davalı asil 03.05.2012 tarihli cevap dilekçesi sunmuş, dilekçe içeriğinde ek olduğunu belirttiği belgeler yanında sadece tanık deliline dayanmış yemin dahil olmak üzere başkaca delil bildirmemiştir. Mahkemece 03.04.2012 tarihli tensip zaptının "b" bendinde davalı tarafa dava dilekçesi ve ekleri ile ön inceleme ve tahkikat gününün, dava ile ilgili tanıkları dahil tüm delillerini, delillerin ispat edileceği hususları ve tanıkların dinleneceği konuları 2 hafta içinde sunmaları, tanıkları için 30,00-TL ücret, 7,00-TL tebligat gideri, cevap dilekçesinin tebliği için 7,00-TL olmak üzere avansı mahkeme veznesine depo etmeleri için kesin süre verilerek meşruhatlı davetiye ile tebliğine" karar verilmiş, tensip zaptı davacı vekiline tebliğ edilmiş iken davalı asile çıkarılan tebligatta tensip zaptının bulunduğu belirtilmeksizin "dava dilekçesi 03.04.2012" şeklinde açıklama yer aldığı görülmüştür. Tebligatta belirtilen ön inceleme duruşma günü olan 21.05.2012 tarihli duruşmaya ve takip eden tüm duruşmalara davalı şirket vekili katılmıştır. Davalı şirket vekili ön inceleme duruşmasında cevap dilekçesi içeriği ile ilgili beyanda bulunduktan sonra mahkemece tarafların uzlaşamadıkları hususlar tespit edilmiş ve neticede tarafların tanıkların dinlenmesini talep ettikleri görülmüştür.

Mahkemece takip eden duruşmalarda taraf tanıkları dinlenmiş, gösterilen diğer deliller toplanmış ve bilirkişi raporu alınmıştır.

Davacı tarafından bilirkişi raporundan sonra talep konusu alacak tutarları ıslah edilmek suretiyle artırılmıştır.

Davalı şirket vekili 06.02.2013 tarihli duruşmada, yıllık ücretli izinlerinin kullandırıldığı noktasında davacıya yemin teklif ettiklerini bildirmiş olup, davacı vekili ise davalının yemin deliline dayanmadığını, bu sebeple bu aşamadan sonra yemin deliline dayanmasını kabul etmediklerini beyan etmiştir. Mahkemece yemin hususunda herhangi bir işlem yapılmaksızın aynı celsede karar verilmiştir.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler dikkate alındığında, cevap dilekçesinde ibraname ve bir kısım belgeler yanında tanık beyanı dışında başkaca herhangi bir delil bildirmeyen, sonradan delil gösterilebilmesi için HMK'nın 145.maddesinde belirtilen istisnai hallerin mevcudiyetini de ileri sürmeyen davalının ön inceleme aşamasından sonra yapılan üçüncü duruşmada yemin deliline dayanması mümkün değildir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce 6100 sayılı HMK'nın 145/1-2. cümlesi uyarınca süresinde gösterilmeyen delilin ileri sürülmesinin yargılamayı geciktirme amacı taşımaması

halinde yeni delil gösterilebileceği, somut olayda davalının yargılamayı geciktirmek amacıyla hareket ettiği ileri sürülmediği gibi savunmasını diğer delillerle kanıtlayamayan davalının kesin delil olan yemin delilini göstermesinin yargılamayı geciktirme amacı taşımadığı belirtilmişse de bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemenin cevap dilekçesinde delil bildirmeyen ve delilden bahsetmeyen, cevap dilekçesinde sadece tanık ismi ve adresi vermekle yetinen ve bu şekilde delil olarak yalnızca tanık beyanlarına dayanan davalının, yargılamanın son aşamasında yeni bir delile dayanamayacağı gibi daha önce dayanmadığı yemin delilini gündeme getiremeyeceği gerekçesiyle verdiği davanın kısmen kabulüne dair direnme kararı yerindedir.

Açıklanan nedenlerle direnme kararı yerinde olup onanmalıdır.

SONUÇ

Davalı şirket vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, yukarıda açıklanan nedenlerle direnme kararının **ONANMASINA,** aşağıda dökümü yazılı (1319,29-TL) harcın temyiz edenden alınmasına, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 18.01.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ • İŞ KAZASI • İŞVERENLERİN SORUMLULUĞU

ÖZET: Geçici iş ilişkisi sırasında meydana gelen iş kazasında işçiyi geçici olarak çalıştıran işveren ile o işe gönderen işveren birlikte sorumlu olurlar.

Y. HGK E: 2017/2359 K:2019/749 T: 20.06.2019

"...Dava, iş kazasında sürekli işgöremez hale gelen sigortalıya bağlanan sürekli iş göremezlik geliri ve yapılan diğer sosyal sigorta yardımları nedeniyle uğranılan Kurum zararının davalılardan rücuan tahsili istemine ilişkindir.

Mahkeme, ilamında belirtilen gerekçe ile davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

5510 sayılı Yasanın 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 21. maddesindeki; "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigorta-

lıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır...."; düzenlemesi getirilmiş ise de, söz konusu düzenlemenin, anılan Yasada, yürürlüğü öncesinde gerçekleşen olaylardan kaynaklanan rücuan tazminat davalarında uygulanmasına olanak veren bir hüküm bulunmadığı ve genel olarak Yasaların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralının sonucu olarak davanın yasal dayanağının 506 sayılı Yasanın 26. maddesi olduğu belirgindir.

506 sayılı Yasanın 26. maddesindeki, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı (Anayasa Mahkemesinin 23.11.2006 tarihli ve E:2003/10 K:2006/106 sayılı Kararı ile bu fıkrada geçen "sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere" bölümü iptal edilmiştir.) Kurumca işverene ödettirilir....İş kazası veya meslek hastalığı, 3. birkişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3. kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir." düzenlemesine göre; davaya konu iş kazasında kusurlu olanlar davacı Kurumun rücu alacağından kusurları karşılığı sorumludur.

Kusur raporlarının 506 sayılı Yasanın 26., 4857 sayılı Yasanın 77. ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğünün 2 vd maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir.4857 sayılı Yasanın 77. maddesi; "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar..." düzenlemesini içermektedir. Anılan

düzenleme, işçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değer olarak korunması gereğinden hareketle; salt mevzuatta öngörülen önlemlerle yetinilmeyip, bilimsel ve teknolojik gelişimin ulaştığı aşama uyarınca alınması gereken önlemlerin de işveren tarafından alınmasını zorunlu kılmaktadır. İş kazasının oluşumuna etken kusur oranlarının saptanmasına yönelik incelemede; ihlal edilen mevzuat hükümleri, zararlı sonuçların önlenmesi için koşulların taraflara yüklediği özen ve dikkat yükümüne aykırı davranışın doğurduğu sonuçlar, ayrıntılı olarak irdelenip, kusur aidiyet ve oranları gerekçeleriyle ortaya konulmalıdır.

Eldeki davaya konu iş kazasının, sigortalının davalılardan ... adına tescil edilmiş olan 1087595 sicil numaralı özel bina inşaatı işyerinden sigortalılık bildirimleri yapılırken dosya arasında mevcut 01.08.2004 tarihli sözleşme içeriğinden geçici iş ilişkisi ile geçici olarak davalı şirket atelyesinde çalıştığı esnada meydana geldiği belirtilmiş ise de, olaydan sonra davacı kurum tarafından yapılan teftiş ile işverenin davalı şirket olarak kabul edildiğinin belirtildiği, buna göre davalılar arasındaki ilişkinin ve ayrıca davalı ... ile sigortalı arasındaki ilişkinin niteliği net olarak belirlendikten sonra tarafların konumu belirlenmek suretiyle bir karar verilmesi, geçici iş ilişkisinin varlığı halinde geçici iş ilişkisine muhatap olan tüm tarafların kusurunun değerlendirilmesi gerekeceği hususunun dikkate alınması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Diğer taraftan, mahkemece bir yandan aldırılan kusur raporlarında tüm davalıların kusurlu olduğunun kabul edildiği, diğer taraftan ise hesap raporunda ise %75 oranındaki tüm kusurun davalı şirkete ait olduğunun kabul edildiği belirtilmekle meydana gelen bu çelişki giderilmeksizin, güçlü delil olarak kabul edilen ve kesinleşen tazminat davasında alınan kusur raporu ile de çelişki oluşturacak şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Mahkemece tazminat dosyası getirtilerek ve bu dosyada alınan kusur raporu da gözetilerek davalılar ile sigortalı arasındaki hukuki ilişkinin net olarak belirlenmek suretiyle, iş güvenliği konusunda uzman bilirkişi kurulundan yeni bir kusur raporu alındıktan sonra karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme neticesi yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı ve davalılardan ... Ltd. Şti. avukatları ile ...'in 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, rücuen tazminat istemine ilişkindir.

Davacı ... vekili, davalı şirkete ait işyerinde çalışan dava dışı sigortalı A.A.'ün geçirdiği iş kazası sonucunda malul kaldığını, Kurum tarafından sigortalıya 73.809,60TL ilk peşin sermaye değerli gelir bağlandığını, 351,69TL sosyal yardım ödemesi yapıldığını, 4.418,25TL hastane ve tedavi masrafı yapıldığını ve 2.925,56TL geçici iş göremezlik ödeneği ödendiğini, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Sigorta Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından düzenlenen 28.11.2005 tarihli ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Ankara Bölge Müdürlüğü tarafından hazırlanan 30.11.2004 tarihli raporlarda işverenin kazanın meydana gelmesinde kusurlu olduğunun tespit edildiğini, yaşanan kaza nedeniyle yapılan ceza soruşturması sonucunda takipsizlik kararı verildiğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 65.204,08TL'nin gelirler bakımından onay tarihinden ve masraflar bakımından sarf ve ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ..... Limited Şirketi vekili, dava konusu iş kazasının 12.10.2004 tarihinde meydana geldiğini ve davanın zamanaşımına uğradığını, müfettişlerinin yapılan iş ve işin yapıldığı planya makinesi konusunda yeterli ve doğru bilgiye sahip olmamaları nedeniyle düzenlenen raporun gerçekleri yansıtmadığını, müvekkili firmanın gerekli iş güvenliği tedbirlerini aldığını, kazaya uğrayan dava dışı sigortalının da usta ve deneyimli olmasına rağmen kazanın kaçınılmaz olarak meydana geldiğini, şirketin kazanın oluşumunda kusurunun bulunmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ..., davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, dava dışı Kurum sigortalısı A.A.'ün 12.10.2004 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucunda %37,2 oranında malul kaldığı, 28.12.2011 ve 21.01.2013 tarihli bilirkişi kurulu raporlarında iş kazasının meydana gelmesinde davalı .... Limited Şirketinin %50, davalı işveren ...'in %25 ve kazalı sigortalı A.A.'ün ise %25 oranında kusurlu oldukları-nın tespit edildiği, iş kazasından doğan rücu istemine ilişkin olan eldeki

davada davacı Kurumun rücu hakkının hukuksal temelinin halefiyete değil kanundan doğan rücu hakkına dayandığı, ilk peşin sermaye değerli gelirlerin tazmini bakımından sorumluların kusuruna isabet eden miktarla sınırlı şekilde hüküm kurulması gerektiği, bu nedenle ilk peşin sermaye değerli gelirlerdeki artışların istenemeyeceği, davacı Kurumun ilk gelir peşin sermaye değerini, geçici iş göremezlik ödeneği ile tedavi giderini davalıların kusuru oranında rücu hakkına sahip olduğu gerekçesiyle davacı Kurumun 61.128,83TL zararının gelirlerin onay tarihinden, masraflar için ise sarf ve ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Davacı ... vekili ile davalı .... Limited Şirketi vekili ve davalı ... Demirin temyizi üzerine karar Özel Dairece yukarıda karar başlığında açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece, işçi ile işveren arasında görülen tazminat davasında alınan kusura ilişkin bilirkişi raporunun davacı Kurumun taraf olmadığı bir yargılamada alınan bir rapor olduğu ve davacı Kurum yönünden mutlak bir bağlayıcılığının olmadığı, eldeki davada alınan 28.12.2011 tarihli bilirkişi raporu ile davacı Kurumun uğradığı zarar ve bu zarara neden olan olayda tarafların sorumlu oldukları kusur oranlarının gerekçe ve dayanaklarıyla belirtildiği, mahkemece bu rapora itibar olunarak hüküm kurulduğu, söz konusu raporda Kurumun uğradığı zararı etkileyebilecek somut ve hatalı bir değerlendirme tespit edilemediği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; rücuen tazminat istemine ilişkin eldeki davada dava dışı sigortalı Ahmet Açıkgöz ile davalılar arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesinin ve yaşanan iş kazasında sigortalı ile davalıların kusur oranlarının belirlenmesi bakımından yeni bir bilirkişi raporu alınmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesi olup söz konusu madde, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22. maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı (Anayasa Mahkemesinin 23.11.2006 tarihli ve 2003/10 E., 2006/106 K. sayılı Kararı ile bu fıkrada geçen "sigortalı

veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere" bölümü iptal edilmiştir.) Kurumca işverene ödettirilir...İş kazası veya meslek hastalığı, 3. bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3. kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, davaya konu iş kazasının meydana gelmesinde kusurlu olanlar davacı Kurumun rücu alacağından kusurları karşılığında sorumludurlar.

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 dâhil 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 dokunulamaz; 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 Kanunu'nun 332. maddesi "İş sahibi, aktin özel halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaza ve münasip 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." şeklinde düzenlenmiştir.

Kanun koyucu 818 sayılı Kanun'un 332. maddesinin karşılığını 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 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 düzenlemede, 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 işveren, 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 Kanunu'nun 'İşverenlerin ve İşçilerin Yükümlülükleri' kenar başlıklı 77. maddesinin 1. fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu fıkraya göre, "İşverenler iş yerlerinde 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 işveren, 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 durumunun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten, çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin 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. Bu açıklamalara göre, iş kazasının oluşumuna etki eden kusur oranlarının saptanmasına yönelik olarak yapılan incelemede, ihlal edilen mevzuat hükümleri, zararlı sonuçların önlenmesi için koşulların taraflara yüklediği özen ve dikkat yükümüne aykırı davranışın doğurduğu sonuçlar, ayrıntılı olarak irdelenip kusur aidiyet ve oranları gerekçeleriyle ortaya konulmalıdır.

Ayrıca, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesinde, "İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş

görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür..."şeklinde düzenlenen geçici iş ilişkisi kapsamında, aynı düzenlemenin devamında, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumlu olduğu da belirtilmiştir. Anılan düzenleme, geçici iş ilişkilerinde, her iki işverenin iş sağlığı ve güvenliği koşullarının sağlanmasından beraberce sorumlu olması gerektiğini kabul etmiştir. Böylelikle işçiyi geçici olarak çalıştıran işveren kadar, onu geçici gönderen işveren de sorumluluğa ortak edilmiştir. Yasa koyucu bu şekilde, işçisini geçici olarak başka bir işverene gönderen işverene, işçisini gönderdiği işyerindeki iş sağlığı ve iş güvenliği koşullarını kontrol etme yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla geçici işverenin yanında iş gören işçinin uğradığı iş kazasından, aksi ispatlanmadığı, uygun nedensellik bağının kurulamadığı ya da kesildiği ispatlamadıkça, işçisini gönderen işverenin de sorumlu olacağı kabul edilmelidir.

Somut olayda, 12.10.2004 tarihli iş kazasının, dava dışı sigortalı Ahmet Açıkgöz'ün, davalı ... adına tescil edilmiş olan 1087595 sicil numaralı özel bina inşaatı işyerinden bildirimlerinin yapıldığı sırada 01.08.2004 tarihli sözleşme gereğince geçici iş ilişkisi ile geçici olarak davalı şirkete ait atölyede çalışırken meydana geldiği, Kurum tarafından yapılan denetim neticesinde sigortalının işvereninin davalı şirket olarak kabul edildiği anlaşıldığından sigortalı ile davalılar arasındaki ilişkinin niteliğinin net olarak belirlenmesi ve tarafların kusur durumlarının bu ilişkinin niteliğine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle, dosya kapsamında yer alan raporlar arasında davalıların kusur oranlarının tespiti bakımından çelişkiler bulunduğu da dikkate alınarak ve sigortalı tarafından açılan iş kazası tazminat davasında bulunan bilgi ve belge ile bilirkişi raporları da dosya arasına alınıp gözetilerek sigortalı ile davalılar arasındaki hukuki ilişki net olarak belirlenmeli ve iş güvenliği konusunda uzman bilirkişi kurulundan yeni bir kusur raporu alınmalıdır.

O hâlde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 20.06.2019 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

ARAÇ SATIMI • GİZLİ AYIP

ÖZET: Yapılan incelemeler sonucunda satım konusu aracın boyasının çeşitli bölgelerinde farklılıklar olduğu boyanın orijinal de olsa titizlikle üretilmediği anlaşıldığına göre bu durumda "gizli ayıbın" mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Bu durumda satış bedelindan inidirim yapılması yönünde hüküm kurulmalıdır..

Y. HGK E: 2017/618 K:2019/792 T: 27.06.2019

"...Davacı, dava konusu... plaka sayılı Mini Cooper marka 2011 model aracın 27.07.2010 tarihinde 49.045, 40 Euro bedel ile davalıdan satın aldığını, satın aldığı aracın Limited ... yani dünyada sınırlı sayıda ve 500 adet üretilmiş 397 numaralı araç olduğunu, ihtiyacı nedeniyle aracını satmak istediğinde aracın sol ön kapısının boyalı olduğunun ve navigasyon donanımının olmadığının anlaşıldığını, dünyada 500 adet üretilen özel imalat araçların bütün donanımlarının standart olması gerektiğini ayrıca boya kalınlığının aynı olması gerektiğini bu nedenle aracın gizli ayıplı olduğunu ileri sürerek aracın iadesi ile ödediği bedelin tahsilini istemiştir.

Davalı, dava konusu aracın sonradan boyanarak imalat hatalı bir şekilde davacıya satılmadığını, araçta iddia edildiği gibi üretimden kaynaklanan herhangi bir gizli ayıp bulunmadığını, boya kalınlığı konusunda bir standart olmadığını, dolayısıyla boya kalınlığından hareketle gizli ayıp nitelemesi yapılamayacağını, aracın 1.5 yıldır davacı tarafından kullanıldığını, aracın davacıya sonradan boyanmış olarak satıldığına dair hiçbir delil bulunmadığını, ne zaman ve hangi olaydan

dolayı kaynaklandığı belli olmayan boyadan sorumlu tutulamayacağını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, aracın sol ön kapısının boyalı olduğunun anlaşılması üzerine aracın bedelinin iadesi istemiyle bu davanın açıldığı, yapılan bilirkişi incelemesi ile, boya orjinal de olsa, ülkemiz ikinci el piyasa şartlarında bu tür kalınlık farklarının değer kaybına neden olacağı tespit edildiğini belirterek davanın kabulü ile dava konusu edilen aracın davalıya iade edilerek 49.045, 40.-EURO'nun iade tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, karar verilmiş;davalı tarafından temyiz edilen hüküm dairemizce onanmış olup, davalı bu kez karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

1-Davacı, davalıdan satın aldığı özel imalat aracının boya kalınlıklarının aynı olmadığı ve navigasyon cihazının bulunmadığını ileri sürerek ayıplı aracın davalıya iadesi ile ödediği bedelin tahsili tahsili istemi ile eldeki davayı açmıştır. Davalı, davanın reddini dilemiş, mahkemece, her nekadar boyanın orjinal olduğu tespit edilmiş isede boya kalınlıklarının farklı olmasının ikinci el satışlarda değer kaybına sebep olacağından bahis ile davanın kabulüne karar verilmiştir

Mahkemece, araç üzerinde yapılan keşif sonrası aldırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, bilirkişiler İTÜ Makine Fakültesi Öğretim Üyelerinin hazıladıkları 27/02/2012 raporlarında".. aracın boya kalınlığı ile ilgili olarak yapılan ölçümlerde, boya kalınlıklarının söz konusu sol ön kapı sacında 140 mikron olduğunu, tavandaki beyaz boya nedeniyle 200 mikron olduğunu, kaput, çamurluk ve diğer kapı saclarında ise 100 mikron mertebelerinde olduğunu, boyanın orijinal fabrikasyon olduğunu, ancak kaportanın aynı renkli kısımlarına nazaran 40 mikron daha kalın olduğunu, bütün farkın bundan ibaret olduğunu, genel olarak otomotiv sektöründe tüm dünyada, firmadan firmaya değişmekle birlikte, seri imalat sırasında kaportanın yatay düzlemleri için 400-450 mikron, düşey düzlemleri için 300-350 mikron boya kalınlıkları orjinal fabrikasyon boya kalınlığında üst sınır olarak kabul edildiğini, aracın kaportasında fabrikasyon olmayan sonradan boyalı bölge olmadığını, .. "belirtmişlerdir

4822 Sayılı Yasa ile değişik 4077 Sayılı Yasanın 4.md.sinde "ayıplı mal ambalajında, etiketinde tanıtma ve kullanma kılavuzunda yada reklam ve ilanlarında yer alan satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliğini etkileyen niceliğine aykırı olan yada tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya

ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikleri içeren mallar ayıplı mal" olarak tarif edilmiştir. Aynı maddenin 2 fıkrasında ise ayıplı mal tüketicinin bedel iadesini içeren sözleşmeden dönme malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi yada ücretsiz onarım isteme hakkına sahip olduğu açıklanmaktadır. Satıcı tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür" hükmü mevcuttur.

Alınan bilirkişi kurulu raporunda dava konusu araçtaki tüm boyanın orjinal olduğu açıklamış, ayrıca otomotiv sektöründe tüm dünyada, firmadan firmaya değişmekle birlikte, seri imalat sırasında kaportanın yatay düzlemleri için 400-450 mikron, düşey düzlemleri için 300-350 mikron boya kalınlıkları orijinal fabrikasyon boya kalınlığında üst sınır olarak kabul edildiğini de belirtmişlerdir.Dolayısı ile fabrika orjinal boyası dışında aracın farklı bir boyaya maruz kaldığı yada ikinci bir boyamanın yapıldığı ispat edilemediği gibi araçtaki boya kalınlıklarınında standart sınırlar içinde kaldığı anlaşılmaktadır. Öyle olunca standart sınırlarda kalan ve orjinal olan boyadan dolayı aracın ayıplı olduğunun söylenemeyeceği açık olup mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup kararında bu nedenle bozulması gerekirken, Dairemizce zuhulen onandığı bu kez yapılan inceleme ile anlaşılmış olduğundan, davalının karar düzeltme talebinin kabulüne, Dairemizin onama ilamının kaldırılmasına, hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

2-Bozma nedenine göre davalının sair karar düzeltme taleplerinini incelenmesine gerek görülmemiştir...."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve kararın verildiği tarih itibariyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438/II. fıkrası hükmü gereğince direnme kararlarının temyiz incelemesinde duruşma yapılamayacağından davalı vekilinin duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, alacak istemine ilişkindir.

Mahkemece, bilirkişi heyeti tarafından yapılan inceleme sonucu düzenlenen raporda, aracın boyası orijinal de olsa, ikinci el piyasa şartlarında araçtaki boya kalınlık farklarının değer kaybına neden olacağının tespit edildiği, bu nedenle davacının mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 4. maddesi uyarınca seçimlik haklarından bedel iadesini talep ettiği dikkate alınarak davanın kabulüne, aracın davalıya iadesi ile 49.045,40 Euronun iade tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece ilk olarak onama kararı verilmiş, davalı vekilinin karar düzeltme isteminden sonra ise karar, yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece, otomotiv sektöründe seri imalat sırasında araçların kaportasının yatay düzlemleri için 400-450 mikron, düşey düzlemleri için 300-350 mikron boya kalınlıklarının orijinal fabrikasyon boya kalınlığında üst sınır olarak kabul edildiği ancak somut olayda dava konusu aracın sınırlı sayıda 500 adet üretildiği ve seri üretim araç olmadığı, bu tür özel araçların üretimi sırasında daha fazla özen ve dikkatin gösterilmesi gerektiği, araç üzerinde yapılan inceleme sonucunda boya kalınlığının sol ön kapı sacında 140 mikron, tavandaki beyaz boya nedeniyle 200 mikron, kaput, çamurluk ve diğer kapı saclarında ise 100 mikron civarında olduğu, boya kalınlıklarının bazı yerlerde neredeyse iki kat fazla olduğu, her ne kadar aracın boyası orijinal olsa da bu durumun aracın satışı sırasında değer kaybına neden olacağı, bu nedenle araçta gizli ayıbın varlığının kabulü ile ödenen bedelin iadesine karar verilmesi gerektiği belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda dava konusu aracın boya kalınlığının orijinal ve seri üretim araçlar dikkate alındığında normal ölçülerde olmasına rağmen aracın özel üretim araç olması göz önünde bulundurulduğunda araçtaki boya kalınlığının gizli ayıp olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Davanın tüketici mahkemesinde açılmış olması, davacının tüketici olması ve 4077 sayılı TKHK'ya dayanarak talepte bulunmuş olması ve yine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un geçici birinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tüketici işleminin 4077 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" zamanında yapılmış olması nedeniyle uyuşmazlığın çözümünde 4077 sayılı TKHK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Bu saptamada bulunduktan sonra, öncelikle, uyuşmazlığın temelinde yatan "ayıp" kavramı üzerinde durmakta yarar vardır.

Ayıba ilişkin düzenleme, 4077 sayılı TKHK'nın 4. maddesinde yer almaktadır.

Anılan maddenin birinci fıkrasında; "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaat edilen veya standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mal veya hizmetler, ayıplı mal veya ayıplı hizmet olarak kabul edilir." denilmekte, devam eden fıkralarda ise buna ilişkin biçimsel koşullar sayılmaktadır.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 194. maddesi ise:

"Bayi müşteriye karşı mebiin zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir.

Bayi, bu ayıpların mevcudiyetini bilmese bile onlardan mesuldür" şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere; 818 sayılı BK'daki ayıp kavramı ile yukarıda açıklanan 4077 sayılı TKHK'nın 4. maddesinde yer alan ayıp kavramları birbiri ile örtüşmektedir.

Ayıp; bir malda sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların yer almasıdır.

Bu çerçevede ayıp kavramının içeriği belirlenirken öncelikle; sözleşme hükümlerine bakılmalıdır. Sözleşme ele alınırken bakılacak ilk husus, taraflar arasında satılan malın hangi özellikleri içermesi konusunda açık bir anlaşmanın olup olmadığıdır. Üzerinde anlaşma olmayan durumda ise, sözleşmenin yorumundan hareketle tarafların zımnen bu konuda bir anlaşma yapıp yapmadıklarına bakılacaktır. Zımni anlaşmanın dahi olmadığı durumlarda, sözleşmenin tümü dikkate alınacak ve dürüstlük kuralına göre malın taşıması gereken vasıflar belirlenecektir. Bu anlamda ayıp, malın sözleşmeye göre taşıması gereken nitelikleri taşımaması hâli veya bu hususta özel bir hüküm olmasa da, sözleşmenin niteliği ve içeriği dikkate alındığında, malda mevcut olması gereken vasıfların eksikliği şeklinde ortaya çıkacaktır.

Satılan maldaki ayıp açık veya gizli ayıp şeklinde olabilir. Açık ayıplar, ilk bakışta görülebilen veya basit bir muayene ile anlaşılabilen ayıplardır. Buna karşılık gizli ayıplar, ilk bakışta fark edilemeyen, sonradan yapılacak detaylı bir muayene ile anlaşılan ayıplardır. Bu tür ayıplar genelde malın yapısıyla ilgili olan ve kullanılmasıyla anlaşılan ayıplardır.

4077 sayılı TKHK'nın 4/2. maddesinde malın ayıplı olması hâlinde alıcının seçimlik haklarının nelerden ibaret olduğu belirtilmiş olup, tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm veya yaralanmaya yol açan ve kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.

Alıcının seçimlik haklarına ilişkin olarak 818 sayılı BK'nın 202/1. maddesinde, malın ayıplı olması hâlinde alıcının satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmenin feshini ya da satılanı alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzilini isteyebileceği düzenlenmiştir.

818 sayılı BK'nın 202/2. maddesinde ise, ayıp halinde alıcının sözleşmenin feshi talebi üzerine hâkimin, hâl icabı sözleşmenin feshini haklı göstermemesi üzerine semenin tenziline karar verebileceği belirtilmiştir.

818 sayılı BK'nın 203. maddesinde, satılanın muayyen misli şeylerden olması hâlinde alıcı, dilerse sözleşmenin feshi veya semenin tenzilinden hiç birini talep etmeyip malın ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep edebileceği belirtilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı, davalıdan 27.07.2010 tarihinde 49.045,40 Euro bedelle 2011 model Mini Cooper marka aracı satın almıştır. Aracın, üretici ve satıcı firmaların kabulünde olduğu üzere 500 adetle sınırlı olarak üretildiği ve özel üretim olduğuna yönelik 397 numaralı sertifika düzenlendiği anlaşılmaktadır. Alıcının bu şekilde üretilen ve ileride koleksiyon değeri olacak bir aracı tam eksiksiz olarak alma hakkı mevcuttur. Cihaz ile yapılan ölçümler neticesinde bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere satım konusu aracın boyasının çeşitli bölgelerde farklılıklar göstermesi, boyanın orijinal de olsa titizlikte üretilmediğini göstermektedir. Bu nedenle aracın gizli ayıplı olduğunun kabulü gerekir. Ne var ki bu durumun satım konusu araçta 4077 sayılı TKHK'nın 4. maddesinde belirtilen ayıp nedeniyle kullanımında bir eksiklik göstermeyeceği de kuşkusuzdur.

Böyle olunca, özel üretim olan aracın daha sonra satışı hâlinde değer kaybına uğrayacağının kabulü ile aracın bedelinin iadesi yerine 4077 sayılı TKHK'nın 4. ve 818 sayılı BK'nın 202/2. maddesi gereğince semenden tenzil yönünde inceleme yapılarak karar verilmesi gerekmektedir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, alınan bilirkişi raporuna göre araçtaki boyanın orijinal olduğunun belirlendiği, boya kalınlığının belirlenen standart sınırlar içinde kaldığı, davalının aracın boya kalınlığına ilişkin ayrıca bir taahhüdünün bulunmadığı, bu nedenle araçta gizli ayıp olduğundan söz edilemeyeceği, direnme kararının bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Açıklanan bu değişik gerekçe ile direnme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının değişik gerekçe ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi uyarınca uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma neden ve kapsamına göre davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek hâlinde peşin temyiz harcın yatırana iadesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 27.06.2019 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

YARGITAY BOZMA KARARI
•
TARAF TEŞKİLİ

ÖZET: Yargıtay bozmasından sonra davalı tarafa tebligat yapılmadan ve taraf teşkili sağlanmadan verilen direnme kararı usul ve yasaya aykırıdır.

Y. HGK. E.2017/988 K. 2019/857 T. 04.07.2017

Yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde somut olay değerlendirildiğinde; yerel mahkemece bozma kararı sonrasında yapılan yargılamada, yeni duruşma gününe ilişkin tebligatın davalı ... vekiline çıkarılması gerekir-

ken kendisini vekille temsil ettirdiği dosya kapsamından anlaşılan davalı asil ...'ın kendisine tebliğ edilmesi ve direnme kararının verildiği duruşmaya davalı ... veya vekilinin katılmadığının anlaşılması karşısında mahkemece verilen direnme kararının AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına dolayısıyla HMK'nın 27'nci 2/b maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkının unsuru olan silahların eşitliği ilkesi ile usul kurallarının ruhuna ve özüne uygun düşmediği açıktır.

Şu durumda mahkemece, bozma sonrası yapılan yargılamada, duruşma günü davalı ... vekiline yöntemine uygun biçimde tebliğ edilmeden ve dolayısıyla taraf teşkili sağlanmadan yargılamaya devam edilerek savunma hakkını kısıtlar biçimde direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Mahkemece yapılacak iş; bozma sonrası duruşma gününün davalı ... vekiline tebliğ edilerek ve bozma kararına diyecekleri sorulup ancak bu usulü eksiklik tamamlandıktan sonra bir karar vermekten ibarettir.

O hâlde, ön sorunun açıklanan nedenlerle kabulü ile, direnme kararının uyuşmazlık noktasına ilişkin diğer temyiz itirazları incelenmeksizin usule ilişkin nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Direnme kararının yukarıda gösterilen usulî nedenlerden dolayı 6100 sayılı HMK'nın geçici 3'üncü maddesine göre uygulanmakta olan Mülga 1086 sayılı HUMK'nın 429'uncu maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek halinde temyiz peşin harcının yatıran geri verillmesine davalı vekilinin bu bozma nedeni dışında kalan temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına HUMK'nın 440'uncu maddesi uyarınca kararın tebliği tarihinden itibaren on beş gün süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 04.07.2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

BOŞANMADA KUSUR • TAZMİNAT TALEBİ

ÖZET: Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacı ve karşı davalı kocanın davalı ve karşı davacı kadına nazaran daha kusurlu olduğu anlaşıldığından kadının maddi ve manevi tazmimat taleplerinin reddedilmesi doğru olmamıştır.

Y. HGK E: 2017/2423 K:2019/872 T: 04.07.2019

Taraflar arasında görülen "karşılıklı boşanma ve bağımsız tedbir nafakası " davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Kayseri 4.Aile Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 12.11.2013 tarih ve 2013/231 E., 2013/1029 K. sayılı karar taraf vekillerinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 28.05.2014 tarih ve 2014/1443E., 2014/11754K. sayılı kararı ile;

"...1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davacı-karşı davalı kocanın tüm, davalı-karşı davacı kadının ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece; "evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında taraflar eşit kusurlu" kabul edilmiş ve buna bağlı olarak davalı-karşı davacı (kadın)'ın tazminat talepleri reddedilmiştir. Kadının kusuru olarak; "iş arkadaşlarını uygunsuz saatlerde eve kabul etmiş olması, iş hayatının tarafların evliliğini olumsuz yönde etkilemesine rağmen, davalı-karşı davacı kadının bu olumsuzlukları bertaraf edecek şekilde tedbirleri almamış olması ve kocasına hakaret etmiş bulunması" gösterilmiştir. Davalı-karşı davacı (kadın)ın "facebook" isimli sosyal paylaşım sitesinde iş ilişkisi dışında başkaları ile iletişim kurduğuna ve bu suretle kocasının güvenini sarstığına ilişkin beyanlar, davacı-karşı davalı (koca)'dan aktarılan olaylar olup, sabit görülemez. İş arkadaşlarını uygunsuz saatlerde eve kabul ettiğine ilişkin dosyada ciddi bir delil de mevcut değildir. Davalının gerçekleşen kusuru ev işlerine karşı sorumsuz ve kayıtsız olması ve tartışmaları sırasında bir kısım eşyaları kırmış bulunmasıdır. Buna karşılık davacı-karşı davalı (koca)nın eşine fiziki şiddet uyguladığı ve yakınlarını arayarak "orospu bacınızı alın götürün" dediği, toplanan delillerle gerçekleşmiştir. Gerçekleşen bu duruma göre evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacı-karşı davalı (koca) nın, davalı-karşı davacı (kadın)na göre daha ağır kusurlu olduğunun

kabulü gerekir. Hal böyleyken tarafların eşit kusurlu sayılması ve buna bağlı olarak kadının tazminat taleplerinin reddedilmesi doğru bulunmamıştır..."

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:

Asıl ve karşı dava, evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı (TMK m. 166/1) boşanma istemine, birleşen dava ise bağımsız tedbir nafakası (TMK m. 197) istemine ilişkindir.

Davacı-karşı davalı erkek, davalının pazarlama işiyle uğraşmaya başlamasından sonra tavır ve davranışlarının değiştiğini, eşini ve eşinin işini küçümsediğini, uğraştığı iş nedeniyle tanıdığı arkadaşlarının sürekli müşterek eve girip çıktığını, aile düzenlerinin bozulduğunu, aile içinde olan herşeyi arkadaşlarına anlattığını ve onların sözlerine göre hareket ettiğini, 2011 yılı Nisan ayında çıkan bir tartışmada davalının eline geçen bardakları yere fırlatması üzerine kendisinin de bardağı yere fırlattığını, facebookta çok fazla zaman geçirmeye başladığını ve başka erkeklerle mesajlaşmalarını, dekolte giyinmiş hâlde fotoğraflarını internete yüklediğini gördüğünü, sonrasında kardeşlerinin yanında facebooka girmeyeceği ve pazarlama işini yapmayacağı yönünde söz verdiğini ama durumun değişmediğini, iki gün sonrasında bu yüzden çıkan tartışmada davalının yüzüne tükürmesi sonucu kendisinin de çok kötü şeyler söylediğini, evliliğin bu şekilde bir küs bir barışık devam ettiğini, 2012 yılı Temmuz ayında davalının izin vermemesine rağmen bir arkadaşının düğününe gittiğini, bu sebeple evden ayrıldığını ileri sürerek tarafların boşanmalarına karar verilerek velayetin tarafına tevdiini talep ve dava etmiştir.

Davalı-karşı davacı kadın vekili, dava dilekçesinde geçen iddiaların hiçbirinin doğru olmadığını, uzun yıllar davacının annesinin taraflarla yaşadığını ve son üç yıl yatalak olan ve bakıma ihtiyaç duyan kayınvalidesine müvekkilinin özveriyle baktığını, annesinin ölümü ile davacının değiştiğini ve sürekli huzursuzluk çıkararak müvekkiline psikolojik ve fiziksel şiddet uyguladığını, başka erkeklerle ilişkisi olduğunun iddia edilmesine rağmen evliliğin devam etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu, son olarak 2012 yılı Ramazan ayında tarafların küs olduğu dönemde davacının kendisini birlikte olmaya zorladığını, direnince diz kapağını çıkartacak şekilde fiziksel şiddet uyguladığını, bu olay sonrası tarafların

ayrı yaşadığını ileri sürerek asıl davanın reddi ile karşı davanın kabulüne, tarafların boşanmalarına, velayetin müvekkiline tevdiine, ortak çocuklar için 1.000,00 er TL tedbir, iştirak, müvekkili için 2.000,00TL tedbir, yoksulluk nafakası, 150.000,00TL maddi tazminat ile 100.000,00TL manevi tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı-karşı davacı kadın vekili birleşen davada ise; erkek eşin müvekkiline gerek psikolojik gerekse de fiziksel şiddet uyguladığını, herşeyi sorun hâline getirdiğini, son olarak 2012 yılı sonlarında müvekkiline ağır hakaretler ve küfürler edip, şiddet uyguladığını, bu olay sonrası evi terk ettiğini, müvekkilinin ve çocuklarının gelirini karşılamaktan uzak olduğunu ileri sürerek müvekkili için 2.000,00TL tedbir, müşterek çocuklar için 1.250.00TL tedbir nafakasına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Yerel mahkemece ; davalı karşı davacının pazarlama işi ile uğraşmaya başladığı, bu işten zarar ettiği, iş arkadaşlarının evlerine uygunsuz saatlerde gelip gittiği, iş hayatının tarafların evlilik hayatını olumsuz yönde etkilemesine rağmen kadının bu olumsuzlukları bertaraf edecek tedbirleri almadığı, tanık F.A.'in huzurunda kadın eşin camları silmemesi nedeniyle çıkan tartışmada ...'ın, eşine fiziksel şiddet uyguladığı, Z.B.'ın da bir bardağı yere fırlattığı, tanık T.'nın anlatımına göre de, teyzesi olan kadının eşine doğru bir bez fırlattığı, bu beyanlar doğrultusunda kadının eşine "al bu bezi de boynuzlarını parlat" dediği yönündeki erkek eşin iddiasının doğru olduğunun anlaşıldığı, bu olay sonrası erkeğin sandalye alıp eşinin üzerine yürüdüğü, bu suretle tarafların eşit kusurlu olduğu gerekçesiyle her iki boşanma davasının kabulü ile tarafların boşanmalarına, kadın tarafından açılan birleşen tedbir nafakasının da kabulüne, velayet hakkının anneye tevdiine, ortak çocuklar için 500,00TL tedbir ve iştirak nafakasına, kadın yararına 750,00TL tedbir ve yoksulluk nafakasına karar verilmiş, davalı -karşı davacı kadının tazminat taleplerinin ise reddine karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı -karşı davacı kadın vekili tarafından temyiz edilmektedir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davalı-karşı davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından ilgili kanun maddelerinin incelenmesinde yarar görülmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) "Evlilik birliğinin sarsılması" başlıklı 166/I-II. maddesi;

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir" hükmünü içermektedir.

Anılan maddenin birinci fıkrası gereğince evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanmaya karar verilebilmesi için başlıca iki şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. İlki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, diğeri ise ortak hayatın çekilmez hâle gelmiş bulunmasıdır. Genel boşanma sebeplerini düzenleyen ve yukarıya alınan madde hükmü somutlaştırılmamış veya ayrıntıları ile belirtilmemiş birçok konuda evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı noktasında hâkime takdir hakkı tanımıştır. Dolayısıyla olayın özellikleri, oluş biçimi, eşlerin kültürel sosyal durumları, eğitim durumları, mali durumları, eşlerin birbirleri ve çocukları ile olan ilişkileri, yaşadıkları çevrenin özellikleri, toplumun değer yargıları gibi hususlar dikkate alınarak evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığı tespit edilecektir.

Öte yandan, söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Çünkü tam kusurlu eşin boşanma davası açması tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da madem ki birlik artık sarsılmış diyerek boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer (TMK m.2).

Bu durumda anılan madde hükmüne göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olunması gerekmeyip daha fazla

kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu hâlin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır (TMK m. 166/2).

Yine aynı yasanın "Maddi ve manevi tazminat " başlıklı 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.

Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; tarafların 23.07.1991 tarihinde evlendikleri, asıl davanın 19.03.2013, karşı davanın 16.04.2013 tarihinde açıldığı, tanık beyanlarına göre davalı-karşı davacı kadının ev işlerine karşı sorumsuz ve kayıtsız olduğu, tartışmalar sırasında bir kısım eşyaları kırdığı, davacı-karşı davalı kocanın da eşine fiziksel şiddet uyguladığı ve yakınlarını arayarak "orospu bacınızı alın götürün" dediği toplanan delillerle gerçekleşmiştir. Açıklanan sebeplerle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacı-karşı davalı koca, davalı-karşı davacı kadına nazaran daha fazla kusurludur. Bu sonuca bağlı olarak kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddedilmesi doğru görülmemiştir.

Bu nedenle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı-karşı davacı kadın vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcın yatırana iadesine, aynı Kanunun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 04.07.2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

MARKADA KULLANILAN GENEL TANITIM KELİMELERİ

ÖZET: Her iki tarafın markasındaki ortak unsurun "hamur" kelimesi olduğu, "hamur" kelimesinin börek, pide işlerinin genel ve yaygın tanıtıcı adı olduğu, bu nedenle davacının davalının tamamlayıcı unsur olarak kullandığı "öz hamur" ibaresinin kullanılmasını yasaklayamayacağı sonucuna varılmalıdır.

Y. HGK. E: 2019/282 K:2019/852 T. 04.07.2019

Hukuk Genel Kurulunca dilekçe, düzeltilmesi istenen karar ve dosyadaki ilgili bütün belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Asıl dava, marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat, birleşen dava ise davalının markaya tecavüz ve haksız rekabet eylemlerinin tespiti, durdurulması ve davalının ticaret unvanındaki "Öz Hamur" ibaresinin ticaret sicilinden terkini istemlerine ilişkindir.

Davacı vekili, "Hamur Cafe" ve "Hamurabi" markalarının müvekkili adına tescilli olduğunu, müvekkilinin uzun yıllardan beri börek salonları, kafe, pastane işletmeciliği ile uğraştığını, ürettiği ürünler için kullandığı "Hamur Cafe" ve "Hamurabi" markalarını sektörde en üst düzeylere taşımayı başardığını, anılan ibareleri aynı zamanda işletme adı olarak da kullandığını, davalının aynı alanda faaliyette bulunduğunu, davalının "Öz Hamur" ibaresini marka olarak hizmetlerinde ve ürünlerinde kullanıldığını, ayrıca ticari unvanında da bu ibarenin yer aldığını ileri sürerek; asıl davada, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin tespiti ve durdurulmasına, tecavüzün giderilmesine, toplam 30.000TL maddi, 20.000TL manevi tazminatın temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, birleşen davada ise davalının markaya tecavüz ve haksız rekabet eylemlerinin tespitine, durdurulmasına ve davalının ticaret unvanındaki "Öz Hamur" ibaresinin ticaret sicilinden terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının markaları ile müvekkilinin kullandığı ibarenin birbirinden farklı olduğunu, davalının işyerinde börek, poğaça dışında imalatın bulunmadığını, "Hamur" sözcüğünün davacının tekelinde olamayacağını, davanın kötü niyetle açıldığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, markalar arasında karıştırma ihtimali değerlendirmesinin markaların ayırt edici unsuru dikkate alınarak markanın bıraktığı bütünsel izlenime göre yapılacağı, taraf markalarındaki yegane ortak unsur olan "Hamur" kelimesinin pide, börek işlerinin genel yaygın tasviri adı olduğu, davacının "Hamur Cafe" ve "Hamurabi" markalarının başka firmaların tanımlayıcı unsur olarak "Hamur" ibaresini kullanmasını yasaklayamayacağı, 556 sayılı KHK'nın 7/1-c, d fıkraları gereğince ticaret alanında herkes tarafından kullanılan adların münhasıran veya esas unsur olarak marka olarak tescil edilemeyeceği, davalının ticaret unvanında yer alan "Hamur" ibaresinin davacı markaları ile iltibas tehlikesinin de bulunmadığı gerekçesiyle, asıl ve birleşen davaların reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece "...Taraflar arasında daha önce görülen ve Dairemizin bozma ilamı sonrasında 2009/82 Esas numarasını alan Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 12/11/2009 tarihli ve 2009/281 sayılı TPE YİDK kararının iptali talepli kararda; "ÖZHAMUR+ŞEKİL" ibareli işaret ile redde mesnet alınan 2001/3946 sayılı "HAMUR CAFE" ibareli marka arasında esas unsur, fonetik ve anlamsal manada benzerlik bulunduğu, dava konusu işaretlerin kullanıldığı hizmetin ortalama alıcısının bu hizmetleri sunan işletmeler arasında idarî-ekonomik anlamda bir bağlılığın bulunduğu düşüncesine kapılmaları ihtimali bulunduğu, başvuru kapsamında bulunan yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri bakımından 556 sayılı KHK' nin 8/b maddesindeki koşulların redde mesnet markanın sahibi yararına gerçekleştiğinden bahisle Özhamur Gıda Maddeleri San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından ... ve TPE aleyhine "ÖZHAMUR+ŞEKİL" ibareli başvurunun kısmen reddine ilişkin TPE YİDK kararının iptali talebiyle açılan davanın reddine karar verilmiştir. Bahsi geçen karar Dairemizin 03/10/2011 tarihli 2010/2031 Esas 2011/11703 Karar sayılı ilamıyla onanmıştır. Böylece; taraflar arasında daha önce görülen söz konusu dava nazara alınarak; eldeki dosya davacısı adına tescili "HAMUR CAFE" ile davalı tarafından kullanılan "ÖZ HAMUR" işaretleri arasında benzerlik ve iltibas bakımından güçlü bir delil oluşturacağının kabulüyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru olmamış..." gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece önceki kararda direnilmiş, direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme kararının davacı vekili tarafından temyizi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.07.2018 tarihli kararı ile direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bozma kararına karşı davalı vekilince karar düzeltme yoluna başvurulmuştur.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, taraflar arasında daha önce görülen ve Özel Daire bozma ilamı sonrasında 2009/82 E. numarasını alan Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 12.11.2009 tarihli ve 2009/281 K. sayılı kararının mevcut dosya davacısı adına tescilli "Hamur Cafe" ile davalı tarafından kullanılan "Öz Hamur" işaretleri arasında benzerlik ve iltibas bakımından güçlü bir delil oluşturup oluşturmadığı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 04.07.2012 tarihli ve 2011/4105 E., 2012/11931 K. sayılı kararı ile onanan İstanbul 1.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 01.04.2010 tarihli ve 2010/14 E. ve 2010/56 K. sayılı kararının güçlü delil teşkil edip etmediği " noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü bakımından "delil", "kesin hüküm" ve "güçlü delil" kavramlarını kısaca açıklamakta yarar vardır.

Medeni usul hukukunda deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E., Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004, s. 433 vd.; Pekcanıtez, H./Atalay, O./Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004, s. 335 vd.). Hukukumuzda kesin deliller, ikrar, senet, yemin ve kesin hüküm olarak; takdiri deliller ise tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebepleri olarak sayılmaktadır. Takdiri deliller yönünden ise delil türlerinin sınırlı olarak sayılmadığı kabul edilmektedir (Alangoya, Y./Yıldırım, K./DerenYıldırım, N.:Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2004, s. 341). Bu açıdan güçlü delil takdiri bir delil türü olarak nitelendirilebilir.

Kesin hükme gelince, kesin hüküm şekli ve maddi olarak ikiye ayrılır. Verilen bir hükme karşı kanun yolları kapalı ise veya kanun yolları açık olsa bile süresinde gidilmemişse veya tüm kanun yolları tükenmişse hüküm şeklen kesinlik kazanmıştır.

Maddi anlamda kesin hükümde ise; dava sebebinin (maddi vakıaların), taraflarının ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

Önemle vurgulanmadır ki; maddi anlamda kesinlik, yalnız hüküm fıkrası için söz konusudur. Hüküm fıkrası, davada (veya karşı davada) is-

tenen hususlar (talep sonucu) hakkında mahkemece verilen kararı (hükmü) gösterir. Hükmün gerekçesinin kesin hüküm gücü yoktur. Bununla beraber, gerekçe maddi anlamda kesinlikten tamamen soyutlanmış da değildir.

Maddi anlamda kesinlik, yalnız hüküm fıkrasına ilişkin olduğundan hükümde tarafların talep sonuçları (veya talep sonuçlarının bazı kalemleri) hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemişse, hakkında karar verilmemiş olan hususlar bakımından maddi anlamda kesin hüküm söz konusu olmaz.

İspat bakımından değerlendirmek gerekir ise; kesin hüküm (mahkeme ilamları) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 204/1. maddesine göre kesin delil teşkil eder.

Birinci davada verilmiş olan hüküm, aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak, aynı konuya ilişkin olarak açılan ikinci bir davada, birinci davada kesin hükme bağlanmış olan husus (HMK, m.303/1,2) hakkında kesin delil teşkil eder.

Aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak ve aynı hukukî ilişki hakkında açılan ikinci davanın konusu, birinci davadakinden farklı olsa bile, iki davanın da temelini oluşturan aynı hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı hakkında (birinci davada) verilmiş olan (kesin) hüküm, ikinci davada kesin delil teşkil eder.

Bir davada verilen kesin hüküm, bu davanın taraflarından biri tarafından başka birine (üçüncü kişiye) karşı açılan (veya üçüncü kişi tarafından birinci davanın taraflarından birine karşı açılan) ve konusu ile dava sebebi (vakıalar) aynı olan ikinci bir davada kesin delil teşkil etmez; çünkü iki davanın tarafları farklıdır. Fakat, birinci davada verilen kesin hüküm, ikinci davada güçlü bir takdiri delil teşkil eder (Kılıç, H.: Açıklamalı İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Cilt II, Ankara, 2011, s.2341 vd., Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.1984 tarihli ve 1984/8-690 E., 1984/4 K.; 05.12.1990 tarihli ve 1990/8-384 E., 1990/617 K.; 12.12.1990 tarihli ve 1990/4-429 E., 1990/634 K.; 15.12.2004 tarihli ve 2004/9-727 E., 2004/716 K. sayılı kararları).

Nitekim aynı hususlara Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.03.2019 tarihli ve 2017/(18)8-2950 E., 2019/320 K. sayılı kararında da yer verilmiştir.

Bu açıklamalardan sonra davanın konusunu teşkil eden marka ve marka hakkına tecavüz ile ticaret unvanı kavramlarına kısaca değinilmesinde yarar vardır. Bilindiği üzere markaların korunmasına ilişkin usul ve esaslar, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenmiş olsa da

olay tarihinde yürürlükte olan Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (556 sayılı KHK) hükümlerinin bu davaya uygulanması gerekmektedir.

556 sayılı KHK.'nın 1.maddesi hükmü;

"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır.

Kanun Hükmünde Kararname, markaların korunmasına ilişkin esasları, kuralları ve şartları kapsar." düzenlemesini içermektedir.

Bu düzenleme uyarınca, Türk Patent Enstitüsü (TPE) nezdinde tescilli bir marka sahibi ya da daha önce tescil başvurusunda bulunarak tescil talebi bakımından öncelik hakkı elde eden kişi, kural olarak markasının aynı veya benzer markalar ve/veya hizmetler için başkası tarafından marka olarak tescil ettirilmesine veya kullanılmasına engel olabilir (556 sayılı KHK, m. 7/1-b ve 8/1-b).

556 sayılı KHK'nın 5. maddesine göre marka;

Bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.

Hemen belirtilmelidir ki tecavüz bir haksız fiildir. Tecavüzün varlığı için 556 sayılı KHK'da belirtilen eylemin gerçekleşmiş olması ve somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut bulunmaması gereklidir.

Tescilli bir markanın, sahibinin izni olmaksızın kullanılması veya o markayı taşıyan mal ve hizmetlerin, tecavüzün bilinmesine rağmen pazarlanması, stoklanması, satış için teklif edilmesi, ihracı, ithali ya da tecavüzün bilinmesine rağmen o malların nereden sağlandığının bildirilmesinden kaçınılması, tecavüz olarak tanımlanmıştır (Tekinalp, Ü.: Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 491).

556 sayılı KHK'nın 61. maddesi ise, hangi fiillerin marka hakkına tecavüz sayılacağını açıklamıştır.

Ticaret unvanı ise tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili işlemleri yaparken kullandıkları isimdir. Bu yönüyle ticaret unvanı bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan tanıtma vasıtasıdır. Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilir; tacir olmayan kişi (esnaf) ticaret unvanı kullanamaz.

Dava tarihi itibariyle somut olaya uygulanması gereken 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 42. maddesine göre; tacir, işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içerisinde ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmek mecburiyetindedir. Ayrıca tacir, seçtiği ve usulüne uygun olarak tescil ettirdiği ticaret unvanını ticari işletmesiyle ilgili işlemleri yaparken kullanmak zorundadır.

Ticaret unvanı "çekirdek" ve "ek" olmak üzere iki kısımdan oluşur. Ticaret unvanında "çekirdek" kısmı zorunlu olmasına rağmen, "ek" kullanılması kural olarak zorunlu değildir. Bununla birlikte, ticaret unvanı, "çekirdek" yanında "ek" de ihtiva ediyorsa bir bütün hâlinde korunur (Arkan, S.:Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2018, s. 278).

Ticaret unvanı sahibinin sonradan tescilli bir markanın hükümsüzlüğü talebinin dayanağı 556 sayılı KHK'de açık bir şekilde düzenlenmiştir (m. 52, m. 8/III, m. 8/V). Marka sahibinin sonradan tescil edilmiş bir unvanın terkini talebinin ise açık bir dayanağı bulunmamaktadır.

Eskiden beri tescilli bir markanın sahibi olan işletme ile, markayı oluşturan çekirdek unsuru içeren ticaret unvanı nedeniyle işletmeler arasında karışıklık ihtimali nedeniyle potansiyel alıcıların bildikleri markayı üreten işletmenin malı zannederek, sonradan tescil ettirilen ticaret unvanını taşıyan işletmenin malını talep etmeleri nedeniyle TTK m. 57 anlamında bir iltibas tehlikesi doğduğu için, markadan dolayı ticaret unvanının terkini söz konusu olabilecektir (Çolak, U.:Türk Marka Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.443).

Diğer yandan marka tescilinde red için mutlak nedenler 556 sayılı KHK'nın 7. maddesinde düzenlenmiş olup, 7/1-c maddesinde "Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar" ile 7/1-d maddesinde "Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar"ın marka olarak tescil edilemeyeceği, aynı KHK'nın 12. maddesinde ise üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmalarının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği düzenlenmiş olup, bunun tek koşulunun ise bu tür bir kullanmanın ticarî ve sınaî alanda geçerli olan dürüstlük kurallarına aykırı düşmemesidir.

556 sayılı KHK'nın 7/1-c maddesinde düzenlenen mutlak red nedeninin kabulünün birinci sebebi, marka olarak tescili istenen işaretin, ilgili mal veya hizmetin kendisini veya onun bazı karakteristik özelliklerini belirten ad veya işaretlerden oluşması hâlinde, söz konusu işaretin o mal ve hizmetin karşılığı olan kavram ile özdeşleşecek olması, bu sebeple mezkûr işaretin ayırt edici nitelik unsurundan yoksun bulunmasıdır. Çünkü, böyle bir varsayımda kavram ile müstakbel marka aynı olacaktır, ikinci sebep ise, malın ve hizmetin kendisini veya onun bazı karakteristiklerini ifade eden bir ad veya bir işaretin marka olarak tescili suretiyle, herkesin kullandığı bir işareti bir şahsın inhisarına vermemek düşüncesidir. Onun için, söz konusu ad ve işaretler "serbest işaretler" diye adlandırılır. Gerçekten, "elma" veya "gürgen doğrama" ya da "kilit" için, herhangi bir kişiye "elma" "gürgen" ya da "kilit" kelimesi veya bunların resmî veya şekli marka olarak tescil edilirse, böyle bir markanın ayırt edici niteliği bulunmaması bir yana, herkes tarafından serbestçe kullanılması gereken bir işaret bir kişinin inhisarına verilmiş olur

(Tekinalp, s.405).

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olaya gelindiğinde, taraflar arasında daha önce görülen ve Özel Dairenin bozma kararı sonrasında 2009/82 E. numarasını alan Ankara 2. Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 12.11.2009 tarihli ve 2009/281 K. sayılı Türk Patent Enstitüsü (TPE) Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) kararının iptali talepli kararda; "Öz Hamur+Şekil" ibareli işaret ile redde mesnet alınan 2001/03946 sayılı "Hamur Cafe" ibareli marka arasında esas unsur, fonetik ve anlamsal manada benzerlik bulunduğu, dava konusu işaretlerin kullanıldığı hizmetin ortalama alıcısının bu hizmetleri sunan işletmeler arasında idarî-ekonomik anlamda bir bağlılığın bulunduğu düşüncesine kapılmaları ihtimali bulunduğu, başvuru kapsamında bulunan yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri bakımından 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesindeki koşulların redde mesnet markanın sahibi yararına gerçekleştiğinden bahisle "Özhamur+Şekil" ibareli başvurunun kısmen reddine ilişkin TPE-YİDK kararının iptali talebiyle açılan davanın reddine karar verilmiştir. Bahsi geçen bu karar Özel Dairenin 03.10.2011 tarihli 2010/2031 E., 2011/11703 K. sayılı kararıyla onanmış olup, onanan bu karar marka haklarına tecavüz davası olmayıp marka tescil başvurusuna ilişkindir. "Öz Hamur" ibaresinin marka olarak tescili davacının "Hamur Cafe" markası nedeniyle reddedilmiş, red gerekçesinde "tescil için başvurusu yapılan işaretin 556 sayılı KHK'nın 7/1-b maddesinde yazılı mutlak red nedeninden etkilenmeksizin tesciline olanak sağlamaya yeter derecede kullanımla ayırt ediciliğinin sağlanamadığı" ndan bahisle tesci-

lin mümkün olmadığı, bu durumun iki marka arasında karıştırmayı da beraberinde getireceği belirtilmiştir.

Öte yandan, asıl davada davacısı ... ve davalısı Halil Dağlayan; birleşen davada davalısı Hamur İş Gıda Tic. Ltd. olan ve asıl davada, davalı tarafça kullanılan "Hamur İş" ibaresinin davalının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin tespitine ve durdurulmasına, tecavüzün giderilmesine, toplam 60.000TL manevi, 90.000TL maddi tazminatın faizi ile birlikte tahsiline; birleşen davada ise haksız rekabet hükümleri çerçevesinde davalının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerinin tespiti ve durdurulmasına, davalının iltibasa yol açan "Hamur İş" ibaresini ticaret unvanında kullanmasının önlenmesine, durdurulmasına ve anılan ibarenin ticaret sicilinden terkinine karar verilmesini talep ve dava edildiği, bu davanın eldeki davayla birlikte açılıp, sonrasında eldeki davanın 2006/69 E. sayılı davadan ayrıldığı ve 2006/253 E. numarasını aldığı, 2006/69 E. ve 2007/117 K. sayılı karar ile, asıl dava yönünden davalı Halil Dağlayan bakımından davanın husumetten reddine ve birleşen dava bakımından ise davalı konumundaki şirketin kullandığı "Hamur iş" ibaresindeki "hamur" kelimesinin hamurdan yapılmış ürünlerin satıldığı işletmelerde kullanılmış olduğu, 556 sayılı KHK'nın 7/1-c maddesinde "Ticari alanda cins, çeşit, vasıf gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları" münhasıran veya esas olarak tescil edilemeyeceği, "Hamur İş" ibaresinin ürünün niteliğine vurgu yapan, ayırt ediciliği bulunmayan bir niteleme olması itibariyle davacının "Hamur Cafe ve Hamurabi" markalarıyla iltibas oluşturmayacağı, zira davacının "Hamur Cafe" ibareli markasında Hamur tek başına ayırt edici olmadığından markanın bütün olarak ayırt ediciliğe sahip olduğu, davacının markasından ayırt edici unsurlarını oluşturan "Hamur Cafe " ve "Hamur Abi" unsurları bütün olarak alınmadığından ve taraf markalarında ortak unsur olan "hamur" kelimesi de ayırt edici olmadığından iltibas oluşmamakla markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşmadığı gerekçesiyle birleşen davanın reddine karar verilmiştir. Söz konusu kararın Özel Dairece asıl davanın husumetten reddinin doğru olmadığı, bu davanın da davalı ... İş Ltd. Şti.ye açıldığının kabulü gerektiği gerekçesiyle kısmen bozulması üzerine mahkemece verilen 01.04.2010 tarihli ve 2010/14 E., 2010/56 K. sayılı Özel Dairenin 04.07.2012 tarihli ve 2011/4105 E., 2012/11931 K. sayılı kararıyla da onanarak kesinleşmiş kararda "Hamur İş" ibaresindeki hamur kelimesinin hamurdan yapılmış ürünlerin satıldığı işletmelerde tasviri olarak kullanıldığı, 556 sayılı KHK'nın 7/1-c maddesinde ticari alandan cins, çeşit, vasıf gösteren veya malların hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret veya adlandırılmalarını veya münhasıran esas unsur olarak tescil edilmeyeceği, "Hamur İş" ibaresinin ürünün niteliğine vurgu yapan ayırt ediciliği bulunmayan bir

nitelikte olması itibarıyla "Hamur Cafe ve Hamurabi" markalarıyla iltibas oluşturmayacağı, zira davacının "Hamur Cafe" ibareli markasında hamur tek başına ayıt edici olmadığından markanın bütün olarak ayırt edicilik oluşturduğu, davacının markasının ayırt edici unsuru olan "Hamur Cafe ve Hamur Abi" unsurları davalı tarafından bütün olarak alınmadığından ve taraf markalarında ortak unsur olan "hamur" kelimesi de ayırt edici olmadığından iltibas oluşmadığından markaya tecavüz ve haksız rekabet taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Ankara 2. Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 12.11.2009 tarihli ve 2009/82 E., 2009/281 K. marka haklarına tecavüz davası olmayıp, marka tescil başvurusuna ilişkin bulunduğundan ve davacının "Hamur Cafe" markası ile davalının "hamur" marka ibareli başvurusunun 556 sayılı KHK'nın 7/1-b anlamında aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu kabul edilerek marka başvurusu reddedildiğinden eldeki dava bakımından güçlü delil kabul edilemeyeceğinden, markalar arasında karıştırma ihtimali değerlendirmesi markaların ayırt edici unsuru dikkate alınarak markanın bıraktığı bütünsel izlenime göre yapıldığı gibi, her iki taraf markasındaki yegane ortak unsurun "hamur" kelimesi olduğu, "hamur" kelimesinin pide, börek işlerinin genel yaygın tasviri adı olduğu uyuşmazlık dışı olan eldeki davada, davacının markalarının ise "Hamur Cafe" ve "Hamurabi" olduğu, davacının bu ibareler nedeniyle davalının tanımlayıcı unsur olarak "Öz Hamur" ibaresini kullanmasının yasaklanamayacağı, zira 556 sayılı KHK'nın 7/1-c,d maddesi gereğince ticaret alanında herkes tarafından kullanılan adlar münhasıran veya esas unsur olarak marka olarak tescil edilemeyeceğinden ve "hamur" ibaresinin kullanımı kimsenin tekeline verilemeyeceğinden İstanbul 1. Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 01.04.2010 tarihli ve 2010/14 E. ve 2010/56 K. sayılı kararın eldeki dava bakımdan güçlü delil kabul edildiği gibi bu kararda ayrıca gerekçesi tartışılan "Hamur İş" ibaresinin davalı yanca kullanımının önlenemeyeceği sonucuna varılmış olduğundan ve bu kararın Özel Dairenin 04.07.2012 tarihli ve 2011/4105 E., 2012/11931 sayılı kararı ile onandığı dikkate alınarak asıl davanın reddinde hukuka aykırılık bulunmadığı gibi, birleşen davada aynı markalarla iltibas oluşturduğu iddia edilen davalının ticari unvanında yer alan "hamur" ibaresinin terkini de istenmiş ise de iltibas tehlikesi bulunmadığından aynı gerekçeyle davanın reddi de yerindedir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında Ankara 2. Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesinin kesinleşmiş kararının eldeki dosya davacısı adına tescili "HAMUR CAFE" ile davalı tarafından kullanılan "ÖZ HAMUR" işaretleri arasında benzerlik ve iltibas bakımından güçlü bir delil oluşturacağının kabulüyle direnme kararının bozulması gerektiği

görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Sonuç itibariyle yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi gereğince yapılan karar düzeltme incelemesi sonunda davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Hukuk Genel Kurulunun 04.07.2018 tarihli ve 2017/2498 E., 2018/1316 K. sayılı bozma kararının oy çokluğuyla KALDIRILMASINA, direnme kararının **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilâm harcı peşin alındığından başka harç alınmasına yer olmadığına, 04.07.2019 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

TİCARİ ÜNVANLAR
•
BENZERLİK İDDİASI

ÖZET: Uyuşmazlık konusu unsurlardan anlaşıldığı gibi tarafların ticari işletmelerinin faaliyet alanları farklı olup davacı ev tekstil sektöründe davalı ise kuruyemiş sektöründe faaliyet göstermektedir.

Dava tarihi itibariyle davacının ticaret ünvanının tanınmış olduğu da ispat edilemediğinden ve tarafların ticari işletmelerinin konuları farklı olduğundan söz konusu iki ticari ünvanın karıştırılma ihtimali olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Y. HGK. E:2017/1298 K:2019/335 T: 21.03.2019

"*...Davacı vekili, müvekkil şirketin 1980'li yıllardan beri "Kervan" unvan ve markası altında ev tekstil, mobilya, çeyiz eşyaları ve aksesuar alanında faaliyette bulunan tanınmış bir firma olduğunu, ...isim ve işaretini kamuoyunda maruf hâle getirdiğini, müvekkilinin 1997 yılın-*

dan beri 35. sınıfta tescilli "kervan" esas unsurlu markaları bulunduğunu, bu nedenle ....ve ....türevli mağazalar açma hakkının münhasıran müvekkiline ait olduğunu, davalının ise 556 sayılı KHK'nın 7. ve 8. maddelerine aykırılık oluşturacak şekilde 35. sınıfta "kervan" ibaresi ve müvekkili markasındaki "deve" şeklini ön plana çıkaracak şekilde markatescilinde bulunduğunu, davalının 2004/44762 sayılı "kervancı+şekil" ibareli markasının müvekkilimarkalarıyla tüketiciler nezdinde iltibas oluşturduğunu, davalının müvekkilinin tescil önceliğine sahip olduğu "kervan" ibaresini ayırt edicilik sağlamadan ticaret unvanında kullanmasının da TTK'nın 43,47,54 ve 57/5. maddeleri uyarınca haksız rekabet yaratacağını ileri sürerek, davalının Kervancı+şekil ibareli markasınınhükümsüzlüğünü ve sicilden terkinini, "kervan" ibaresinin TTK'nın 57/5. maddesi uyarınca davalının unvanından terkinini ve hükmün ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirketin kuruyemiş ve türevi gıda maddeleri sektöründe faaliyet gösterdiğini, 1964 yılında "....Kuruyemiş ve Dahili Ticaret İ.H." adıyla ticari faaliyetine Eminönü'ndeki Tarihi Kuruyemiş Çarşısında başladığını, 2004 yılında şahıs şirketini aynı unvan adı altında sermeye şirketine dönüştürdüklerini, davacı ve müvekkilinin farklı ticari alanlarda faaliyet gösterdiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, taraf markaları görsel olarak karşılaştırıldığında birbirinden farklı olup sadece benzerliğin davacı markasının esaslı unsuru niteliğindeki "kervan" ve davalı markasındaki "kervancı" kelimelerinde olduğu, taraf markaları 35. sınıfta tescilli olup emtia listesi incelendiğinde davacı markalarındaki "mağaza ve mağazalar zincirlerinin kurulması, yönetilmesi ve organizasyonuyla ilgili danışmanlık hizmetleri", davalı markasındaki "müşterilerin malları elverişli bir şekilde görmesi ve satın alması için çeşitli malların bir araya getirilmesi hizmetleri" ile yakınlık gösterse de davacının markasının "çeyiz ve ev tekstili" yönünden Türkiye'de ve özellikle İstanbul'da sektörel tanınmışmarka olduğu, davalı markasındaki emtiaların tamamının gıda maddeleri niteliğinde olduğu, bu tür maddelerin bir araya getirildiği mağazaların davacı markasını taşıyan ürünlerin bir araya getirildiği mağazalar ile karıştırılması ve özellikle tüketici kitlesinin bu farklı ürünleri bir diğerinin yerine alması mümkün olmadığından KHK'nın 8/4 maddesi gereğince hükümsüzlük koşullarının oluşmadığı, ayrıca tarafların ticaret unvanlarının ilk kelimesi "Kervan" ise de davacının unvanı "....Tekstil", davalının unvanı ise "....Kuruyemiş" olarak isimlendirileceğinden yar-

dımcı unsur niteliğindeki "kervan" ibaresinin TTK'nın 52. ve 54. maddesi anlamında unvan tecavüzünü ayrıca TTK'nın 57/5. anlamında unvanların karıştırılması ve dolayısıyla haksız rekabet oluşturmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davacı tarafın unvan terkinine yönelik talebi konusunda mahkemece, "tarafların ticaret unvanlarının ilk kelimesi "Kervan" ise de davacının unvanı "....Tekstil", davalının unvanı ise "....Kuruyemiş" olarak isimlendirileceğinden yardımcı unsur niteliğindeki "kervan" ibaresinin TTK'nın 52. ve 54. maddesi anlamında unvan tecavüzünü gerektirmediği, TTK'nın 57/5. anlamında unvanların karıştırılması ve dolayısıyla haksız rekabet oluşturmayacağı" gerekçesiyle red kararı verilmiştir. Ancak, karar gerekçesinde belirtildiği gibi tarafların ticaret unvanlarındaki "Kervan" ibaresi yardımcı unsur olmayıp esas unsurdur. Bu itibarla davacının unvan terkini talebi değerlendirilirken taraf şirketlerin faaliyet konuları da dikkate alınarak iltibas tehlikesi bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile unvan terkini talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir..."

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 belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, marka hükümsüzlüğü ve ticaret unvanının terkini istemlerine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkili şirketin 1980'li yıllardan beri "Kervan" asıl unsurlu ticaret unvanı ile ev tekstil, mobilya, çeyiz eşyaları ve aksesuar alanında faaliyette bulunan tanınmış bir şirket olduğunu, ayrıca müvekkili adına tescilli "Kervan+Şekil" ibareli tanınmış markalarının bulunduğunu, müvekkili tarafından "Kervan+Şekil" ibaresinin kamuoyunda maruf hâle getirildiğini, davalının ise 556 sayılı KHK'nın 7. ve 8. maddelerine

aykırılık oluşturacak şekilde "kervan" ibaresi ve müvekkili markasındaki "deve" şeklini ön plana çıkaracak şekilde 2004/44762 sayılı "kervancı+şekil" ibaresini marka olarak tescil ettirdiğini, davalınınmarkasının müvekkili markalarıyla tüketiciler nezdinde iltibas oluşturduğunu, ayrıca davalının müvekkilinin tescil önceliğine sahip olduğu "kervan" ibaresini ayırt edicilik sağlamadan ticaret unvanında asıl unsur olarak kullanmasının da hukuka aykırı olduğunu ve haksız rekabet yaratacağını ileri sürerek, davalının "Kervancı+şekil" ibareli markasının hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine, "kervan" ibaresinin TTK'nın 57/5. maddesi uyarınca davalının ticaret unvanından terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; müvekkili şirketin kuruyemiş ve türevi gıda maddeleri sektöründe faaliyet gösterdiğini, 1964 yılında "....Kuruyemiş ve Dahili Ticaret İhsan Taşkur" adıyla ticari faaliyetine Eminönü'ndeki Tarihi Kuruyemiş Çarşısında başladığını, 2004 yılında aynı unvan adı altında sermaye şirketine dönüştürüldüğünü, davacı ve müvekkilinin farklı ticari alanlarda faaliyet gösterdiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece; taraf markaları görsel olarak karşılaştırıldığında birbirinden farklı olup sadece benzerliğin davacı markasının esaslı unsuru niteliğindeki "kervan" ve davalı markasındaki "kervancı" kelimelerinde olduğu, davacının markasının "çeyiz ve ev tekstili" yönünden Türkiye'de ve özellikle İstanbul'da sektörel tanınmış marka olduğu, davalının markasının tescilli olduğu emtiaların tamamının gıda maddeleri niteliğinde olduğu, bu tür maddelerin bir araya getirildiği mağazaların davacı markasını taşıyan ürünlerin bir araya getirildiği mağazalar ile karıştırılması ve özellikle tüketici kitlesinin bu farklı ürünleri bir diğerinin yerini almasının mümkün olmadığı, bu nedenle KHK'nın 8/4 maddesi gereğince hükümsüzlük koşullarının oluşmadığı, ayrıca tarafların ticaret unvanlarının ilk kelimesi "Kervan" ise de davacının unvanı "....Tekstil", davalının unvanı ise "....Kuruyemiş" olarak isimlendirileceğinden yardımcı unsur niteliğindeki "kervan" ibaresinin TTK'nın 52. ve 54. maddesi anlamında unvan tecavüzü ayrıca TTK'nın 57/5. anlamında unvanların karıştırılması ve dolayısıyla haksız rekabet oluşturmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; sadece ticaret unvanına ilişkin olup, tarafların ticaret unvanlarında yer alan "kervan" ibaresinin ticaret unvanlarının asıl unsuru olup olmadığı, buradan varılacak sonuca göre tarafların faaliyet konuları da dikkate alındığında davalının ticaret unvanının terkini şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

I- Davacı vekilinin davalıya ait markanın hükümsüzlüğüne ve haksız rekabete ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Bilindiği üzere, hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır.

Davacının davalıya ait markanın hükümsüzlüğüne ve haksız rekabete ilişkin temyiz itirazları Özel Dairece incelenip, reddedildiğinden karar bu yönden kesinleşmiş ve uyuşmazlık konusu olmaktan çıkmıştır.

O hâlde, davacı vekilinin davalıya ait markanın hükümsüzlüğüne ve haksız rekabete ilişkin direnme hükmüne yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmelidir.

II- Davacı vekilinin ticaret unvanının terkinine ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Uyuşmazlığın çözümü için ticaret unvanının korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerin ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

Ticaret unvanı tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili işlemleri yaparken kullandıkları isimdir. Bu yönüyle ticaret unvanı bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan tanıtma vasıtasıdır. Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilir; tacir olmayan kişi (esnaf) ticaret unvanı kullanamaz.

Dava tarihi itibariyle somut olaya uygulanması gereken 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 42. maddesine göre; tacir, işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içerisinde ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmek mecburiyetindedir. Ayrıca tacir, seçtiği ve usulüne uygun olarak tescil ettirdiği ticaret unvanını ticari işletmesiyle ilgili işlemleri yaparken kullanmak zorundadır.

Ticaret unvanı "çekirdek" ve "ek" olmak üzere iki kısımdan oluşur. Ticaret unvanında "çekirdek" kısmı zorunlu olmasına rağmen, "ek" kullanılması kural olarak zorunlu değildir. Bununla birlikte, ticaret unvanı, "çekirdek" yanında "ek" de ihtiva ediyorsa bir bütün hâlinde korunur (Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2018, s. 278).

Ticaret unvanının çekirdek kısmı; tacirin gerçek veya tüzel kişi olmasına ve tüzel kişilerde hukuki tipe göre değişiklik gösterir. Ticaret unvanı, çekirdek kısmı; bir kişinin adı ve soyadını gösteriyorsa kişi unvanı, bir şirketin konusunu gösteriyorsa konu unvanı adını alır.

Sermaye şirketi olarak kabul edilen anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin ticaret unvanları, konu ticaret unvanı olarak adlandırılırlar. Zira 6762 sayılı TTK'nın 45. maddesi gereğince bunların ticaret unvanlarının çekirdek kısmında işletme konusu ve şirketin türünü gösteren ibarelerin bulunması zorunludur. Ancak ek olarak şahıs ad ve/veya soyadlarının veya hayal ürünü bazı ibarelerin alınmasına da bir engel yoktur. Kaldı ki aynı alanda iştigal eden birden çok şirketin bulunması kaçınılmaz olduğundan, bunların unvanlarında zorunlu olarak ek bulunması da gerekecektir. Ayrıca, gerçek kişi ad veya soyadlarının unvanda yer alması hâlinde şirketi ve türünü gösteren ibarelerin kısaltılmadan yazılması gerekir.

Ticaret unvanında ek kullanılması kural olarak zorunlu değildir. Ancak bazı hâllerde ek kullanılması zorunluluk arz eder. Bu hâllerden biri 6762 sayılı TTK'nın 47/2 (6102 sayılı TTK'nın 45.) maddesinde belirtilmiştir. Bu madde gereğince tacirler, ticaret unvanına, Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu taktirde ek kullanmaya mecburdurlar. 6102 sayılı TTK'nın 45. maddesi 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak tescilli ticaret unvanlarının koruma çevresini, tacirin gerçek veya tüzel kişi olduğuna bakmaksızın tüm Türkiye olarak belirlemiştir.

Görüldüğü üzere ticaret unvanına ayırt edicilik kazandıran unsur, kural olarak unvanın "çekirdek" kısmına eklenen "ek" unsurudur. Bu "ek" sayesinde ticaret unvanlarının birbirine karıştırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Gerçekten unvanın çekirdek kısmında görsel işitsel ve anlamsal açılardan benzerlik olduğu durumlarda, ticaret unvanının çekirdek unsuruna yapılacak ek, karıştırılma ihtimalinin önüne geçebilecektir (Bilge, Mehmet Emin; Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, 2014, s. 82).

Usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir. O hâlde ticaret unvanının tescil edilmesiyle birlikte tacir, herkese karşı ileri sürebileceği bir mutlak hakka sahip olur ve 6762 sayılı TTK'nın 54. maddesinde düzenlenen özel korumadan yararlanabilir. Buna karşılık tescil edilmemiş olan unvanlar ise, sadece haksız rekabet hükümleri dairesinde korunabilir. Bu nedenle uzun süreden beri kullanılmasına rağmen tescil edilmemiş olan ticaret unvanına tecavüz hâ-

linde, bundan zarar gören kişi ancak haksız rekabet hükümleri sayesinde himaye edilir (Arkan, s. 288).

Tescilli ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin hakları 6762 sayılı TTK'nın 54. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu madde; "Ticaret unvanı kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılan kimse, bunun men'ini ve haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini ve zarar görmüş ise, kusur hâlinde bunun da tazminini isteyebilir. Mahkeme, davayı kazanan tarafın talebi üzerine, masrafları aleyhine hüküm verilen kimseye ait olmak üzere hükmün gazete ile de yayınlanmasına karar verebilir" şeklinde düzenleme içermektedir.

Buna göre, ticaret unvanının sahibinden izin almadan, ticaret unvanının aynısının veya benzerinin kullanılması yahut işletme adı, marka, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser veya internet alan adı olarak kullanılması hâlinde de tecavüz gerçekleşecektir.

6762 sayılı TTK'nın 54. maddesinde belirtilen "ticaret unvanı kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılan" ibaresinden ticaret unvanının aynısının veya karıştırılma (iltibas) ihtimali oluşturacak derecede benzerinin bir başkası tarafından kullanılmasının anlaşılması gerekir. Ticaret unvanını önceden tescil ettiren tacir, 6762 sayılı TTK'nın 54. maddesi gereğince daha sonra tescil ettirilen ve haksız olarak kullanılan ticaret unvanının sicildeki kaydının değiştirilmesini veya silinmesini dava edebilir.

Ticaret unvanlarının karıştırılma (iltibas) ihtimali bakımından yapılan değerlendirmede öncelikle ticaret unvanlarının çekirdek ve ek kısımlarının bir bütün hâlinde gözetilmesi gereklidir. Ayrıca buna ilave olarak unvanlar arasında karıştırılma (iltibas) ihtimalinden bahsedebilmek için, esas itibariyle ticari işletmelerin faaliyet konularının aynı veya benzer olması gerekmektedir. Zira ticaret unvanlarının bağlı olduğu işletmelerin faaliyet konularının birbirinden farklılaştığı oranda, aynı ya da benzer unvanlar arasındaki karıştırılma (iltibas) ihtimali de azalmaktadır. Dolayısıyla faaliyet konuları değişik olduğu için farklı müşteri çevresine hitap eden işletmelerin aynı ya da benzer unvanlarının karıştırılma ihtimali az olmakla birlikte tamamen ortadan kalkmamaktadır. Başka bir deyişle ticaret unvanlarının ayırt edici "ek" unsurları aynı olmakla birlikte faaliyet konuları farklı ise unvanlar arasında kural olarak iltibas oluşmasa da tanınmış bir ticaret unvanının "ek" kısmının aynısının ve benzerinin farklı bir faaliyet konusu ile birlikte ticaret unvanı olarak tescili hâlinde karıştırılma ihtimalinin varlığının kabul edilmesi gerekir (Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/ Nal Temel; Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018, s. 383)

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacının "kervan" ibareli ticaret unvanının 19.11.1986 tarihinde tescil edildiği ve unvanın çekirdek kısmının "Tekstil Sanayi ve Dış Ticaret Anonim Şirketi" olduğu, davalının ise "kervan" ibareli ticaret unvanının 14.12.2004 tarihinde tescil edildiği ve unvanın çekirdek kısmının "Kuruyemiş Gıda Sanayi Ticaret Limited Şirketi" olduğu anlaşılmaktadır.

Tarafların ticaret unvanlarına ayırt edicilik sağlaması gereken ticaret unvanının "ek" kısmı "kervan" ibaresinden oluşmaktadır. Bu durumda tarafların ticaret unvanlarına bir bütün hâlinde bakıldığında "kervan" ibaresi ticaret unvanının "ek" kısmı olmasına rağmen ticaret unvanlarının asli unsuru hâline geldiği anlaşılmaktadır. Ancak unvanların çekirdek kısmından da anlaşılacağı üzere tarafların ticari işletmelerinin faaliyet alanları farklı olup, davacı ev tekstili sektöründe davalı ise kuruyemiş sektöründe faaliyet göstermektedir.

Davacının ticaret unvanının dava tarihi itibariyle tanınmış olduğu da ispat edilemediğinden ve tarafların ticari işletmelerinin faaliyet konuları tamamen birbirinden farklı olduğundan her iki sektörün tüketicileri nezdinde bu iki ticaret unvanının karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı ve dolayısıyla ticaret unvanının terkini şartlarının oluşmadığının kabulü gerekmektedir.

O hâlde, yukarda açıklanan gerekçe ile ticaret unvanının terkini talebinin reddine ilişkin direnme kararı sonucu itibari ile yerinde olup, direnme kararı bu değişik gerekçe ile onanmalıdır.

SONUÇ

1-Yukarıda (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyizde hukuki yararı bulunmadığından davacı vekilinin markanın hükümsüzlüğüne ve haksız rekabete ilişkin temyiz isteminin **REDDİNE,**

2-Yukarıda (II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda gösterilen değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı **ONANMASINA,** gerekli temyiz ilâm harcı peşin alındığından başka harç alınmasına yer olmadığına, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu açık olmak üzere 21.03.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

BENZER MARKALAR

ÖZET: Davacı şirketin markalarının asli unsurunu teşkil eden ibare ile davalı şirketin başvurmasında yer alan ve yardımcı unsur oldukları kabul edilemeyen ibare arasında iltibas tehlikesine neden olabilecek şekilde bir benzerliğin mevcudiyeti halinde davanın kabulüne karar verilmelidir.

Y. HGK. E:2017/67 T:019/444 T.11.04.2019

"...Davacı vekili, davalı tarafın 2008/19707 başvuru numarası ile davalılardan TPE nezdinde "FEAST CHEESE STİCKS ŞEKİL" ibareli marka başvurusuna müvekkili şirkete ait "STİCK" ve "STİX" ibareli markalar ile iltibaslı olması nedeniyle yapılan itirazın YİDK tarafından reddedildiğini, müvekkilinin PANDA ibarelimarkasının TPE nezdinde tanınmış olduğunu, "Stick" ve "Stix" ibarelerinin müvekkilinin tanınmış markalarıile bir arada kullanıldığını, bu ibareleri içeren markalı ürünlerinin 1993 yılından itibaren dondurma ve buzlu ürünler v.b ürünlerde kullanıldığını, davaya konu markanın, müvekkili şirkete ait markalarının bir ürün serisi şeklinde algılanabileceğini ileri sürerek 16.03.2009 tarih ve 2010-M-1045 sayılı TPE YİDK kararının iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı TPE vekili, kurum kararlarının usulüne uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı şirket vekili, müvekkili şirketin uzun yıllardan beri "FEAST" markasıyla gıda sektöründe faaliyet gösterdiğini, markasının tanınmış hale geldiğini, markada yer alan "CHEESE STİCK" ibaresinin yardımcı unsur konumunda olduğunu ve ürünü nitelediğini, karıştırılma ihtimali bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davaya konu marka başvurusu ile davacı şirkete ait ve itirazına gerekçe olarak gösterilenmarkaların aynı tür emtiaları kapsamakla birlikte marka işaretleri arasında 556 sayılı KHK 8/1-b maddesi anlamında benzerlik bulunmadığı, taraf markaları farklı mal ve hizmetleri kapsamadığından 556 sayılı KHK 8/4. maddesi anlamında ayrıca inceleme yapmaya gerek olmadığı, TPE YİDK kararının iptali koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen kararın davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine karar Dairemizin 03.06.2013 günlü ilamıyla onanmıştır.

Davacı vekili bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Dava, TPE YİDK kararının iptali ile başvuru konusu markanın tescili halinde hükümsüzlüğü istemine ilişkindir. Mahkemece benimsenen bilirkişi raporuna dayalı olarak, davalı başvurusunda yer alan "cheese sticks" ibaresinin yazılış biçimi itibariyle markanın asli unsuru niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Başvuruda geçen "sticks" ibaresi davacının itirazına mesnet teşkil eden bir kısımmarkasının asli unsuru olup, dava konusu başvurunun kapsadığı 29 ve 30. sınıflardaki gıda ürünlerinin içerisinde "cheese sticks" ibaresinin Türkçe karşılığı olan "peynir çubukları" niteliğindeki bir emtia da bulunmadığından dava konusu başvuruda yer alan "sticks" ibaresinin başvurunun kapsadığı emtia bakımından yapılan değerlendirmeye göre yardımcı unsur olarak kabulü mümkün değildir. Buna göre, davacımarkalarının esaslı unsurunu oluşturan "stick" ibaresi ile davalı başvurusunda yer alan ve yardımcı unsur olarak da kabulü mümkün olmayan "sticks" ibaresinin benzer olduğu, bu durumun aynı veya benzer emtialar üzerinde, aynı yerlerde ve aynı satış noktalarında satışa sunulacak bu markaları bir arada gören ortalama tüketiciler yönünden işletmeler arasında bağlantı bulunduğu ihtimalini de kapsayacak şekilde iltibas tehlikesi oluşturacağının kabulü gerekirken, davaya konu marka başvurusunda tüketicinin markada "feast" ibaresi üzerine odaklanıp, malın cinsini bildirdiğini düşündüğü "cheese sticks" ibaresine odaklanmayacağı, "feast" ibaresinin daha büyük ve dikkat çekici yazıldığı, "cheese sticks" ibaresinin ise daha küçük şekilde yazıldığı ve malın cinsini bildirdiğinden bahisle tüketiciler nezdinde 556 sayılı KHK'nin 8/1-b anlamında iltibas tehlikesine yol açmayacağı şeklindeki bilirkişi görüşünün benimsenerek yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığından davacı vekilinin Dairemizin 03.06.2013 günlü ilamına yönelik karar düzeltme istemi yerinde görülmekle Dairemizce verilen onama kararının kaldırılarak mahkeme kararının açıklanan nedenlerle davacı yararına bozulması gerekmiştir…"

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 direnme kararının verildiği tarih itibariyle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun

26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla değişikliği öncesi hâliyle 438. maddesinin ikinci fıkrası gereğince direnme kararlarının temyiz incelemesinde duruşma yapılamayacağından davacı vekilinin duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü;

Dava, Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (TPE YİDK) kararının iptali vemarka hükümsüzlüğü istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkili şirketin TPE nezdinde tescilli "STİCK" ve "STİX" ibareli çok sayıda markasıbulunduğunu, ayrıca müvekkilinin "PANDA" ibareli tanınmış markasının olduğunu ve "STİCK" ve "STİX" ibarelerinin bazı markalarda tanınmış marka ile birlikte kullanıldığını, davalı şirketin müvekkilinin markalarıile iltibas oluşturacak şekilde 2008/19707 sayılı ve "Feast Cheese Sticks+Şekil" ibareli markabaşvurusunda bulunduğunu, başvurunun yayını üzerine müvekkili tarafından iltibas ve tanınmışlığa dayalı olarak yapılan itirazın önce Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından daha sonra ise TPE YİDK tarafından reddedildiğini, oysa davalı şirketin marka başvurusunun müvekkili şirkete ait markaların ürün serisi şeklinde algılanabileceğini ve iltibasa yol açabileceğini ileri sürerek TPE YİDK kararının iptaline ve tescil edilmiş olması hâlinde markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı TPE vekili; TPE YİDK kararının hukuka uygun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı şirket vekili; müvekkili şirketin uzun yıllardan beri "Feast" ibareli tanınmış markasıyla gıda sektöründe faaliyet gösterdiğini ve "Feast" ibareli seri markaların sahibi olduğunu, dava konusu markadayer alan "Cheese Stick" ibaresinin yardımcı unsur konumunda olduğunu ve karıştırılma ihtimali bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece; davaya konu marka başvurusu ile davacı şirkete ait ve itirazına gerekçe olarak gösterilen markaların aynı tür emtiaları kapsamakla birlikte marka işaretleri arasında 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi anlamında benzerlik bulunmadığı, taraf markaları farklı mal ve hizmetleri kapsamadığından 556 sayılı KHK'nın 8/4. maddesi anlamında ayrıca inceleme yapmaya gerek kalmadığı, TPE YİDK kararının iptali koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece ilk önce onanmış ise de davacı vekilinin karar düzeltme isteminde bulunması üzerine yukarıda başlık kısmında yer alan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava konusu "Feast Cheese Sticks+Şekil" ibareli marka başvurusunda yer alan "sticks" ibaresinin tescili talep edilen sınıflar gözetildiğinde yardımcı unsur niteliğinde olup olmadığı ve buradan varılacak sonuca göre davacının itiraza mesnet olarak gösterdiğimarkalar ile 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi kapsamında iltibas tehlikesinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile hukuki kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar vardır.

Hemen belirtmek gerekir ki, tescilli bir markanın, ait olduğu mal ve hizmetler bakımından sağladığı korumanın kapsamı ve sınırları 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) ile düzenlenmiştir. Ancak somut olayda uyuşmazlığın çözümü için başvuru ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (556 sayılı KHK) uygulanması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, 556 sayılı KHK ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir. 556 sayılı KHK'nın 7. maddesinde bir marka tescil başvurusunun TPE tarafından "mutlak ret nedenleri" kapsamında yapılacak inceleme sonucunda reddedilmesinin koşulları belirlenmiştir.

556 sayılı KHK'nın 7. maddesinde düzenlenen mutlak ret nedenlerinin ortak özelliği, marka olarak tescili talep olunan işaretin kamuyu ilgilendirmesi veya kamuya mal olmasıdır. Ret nedenlerinin mutlak karakteri icabı, herhangi bir kişinin ileri sürmesine gerek kalmaksızın TPE ve mahkeme tarafından "resen" dikkate alınırlar. Zira mutlak ret nedenleri birer defi değil, itiraz sebebidirler. Mutlak ret nedenlerini, mükellefiyetleri olmamasına rağmen, 556 sayılı KHK'nın 34. maddesi gereği herkes TPE'nin bilgisine arz edebilir ve ilgililer (tescil neticesinde menfaat kaybına uğrayabilecek kişiler) de 556 sayılı KHK'nın 35. maddesi çerçevesinde "itiraz" konusu yapabilirler. İlgililer bu itirazlarından feragat edemezler. İtiraza rağmen Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından verilen kesinleşmiş tescil kararına karşı, 556 sayılı KHK'nın 53. maddesi gereğince iptal davası ikame edilebilir. Bu davalarda, mutlak ret nedenleri mahkemece resen dikkate alınır. YİDK kararlarının iptali için açılan davalarda mutlak ret nedenleri hakkındaki inceleme ve değerlendirme başvuru tarihindeki koşullara göre yapılır.

556 sayılı KHK'nın 42/1-a maddesi gereğince, mutlak ret nedenlerinden birinin varlığı dolayısıyla tescil olunmaması gerekirken her nasılsa tescil olunan bir markaya karşı hükümsüzlük davası açılabilir. Böyle bir dava sonuçlanmadan tescili yolsuz da olsa bir markanın kullanımı engellenemez (Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet; Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s.79-80).

556 sayılı KHK'nın 8. maddesinde ise markanın tescili ile ilgili "nispi ret nedenleri" düzenlenmiştir. Bu nedenlerin ortak özelliği, tescili talep olunan marka üzerinde üçüncü bir kişinin üstün hak iddiasına dayanmalarıdır. Mutlak ret nedenlerinden farklı olarak nispi ret nedenlerinin kamu menfaati ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.

Nispi ret nedenleri, mahkeme veya TPE tarafından resen dikkate alınmazlar. Bunların mutlaka 556 sayılı KHK'nın 35. maddesi gereğince ilgili kişiler (yani daha önceki bir tarihte tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulmuş bir markanın sahibi ile tescilsiz markayı kullanarak bu işaret üzerinde daha eski bir tarihte hak kazanmış olan kişiler) tarafından "itiraz" olarak ileri sürülmesi gerekir. İlgili kişiler, itiraz hakkını kullanmaktan feragat edebilirler. 556 sayılı KHK'nın 8. maddesinin uygulanması açısından markalar, yerine göre sicile tescil edilmiş veya sadece tescili talep olunmuş ya da tescil edilmemiş olabilirler.

Nispi ret nedenlerinden birinin varlığı dolayısıyla tescil olunmaması gerekirken her nasılsa tescil olunan birmarkaya karşı 556 sayılı KHK'nın 47 ilâ 53. maddeleri arasındaki prosedür takip edilerek kesinleşmiş YİDK kararı aleyhine iptal davası açılabileceği gibi, 556 sayılı KHK'nın 42/1-b maddesindeki şartlar dairesinde hükümsüzlük davası da ikame edilebilir.

Somut dava ile ilgisi bulunması bakımından nispi ret nedenlerinden 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi üzerinde durulmasında yarar vardır.

556 sayılı KHK'nın 8/1-a ve b maddesindeki düzenleme; "Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış birmarkanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda aşağıdaki hallerde marka tescil edilemez:

a) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış birmarka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa,

b) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış birmarka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve

bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa…" hükmüne haizdir.

556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesinde bir markanın, bir mal veya hizmeti, tescili esnasında tescil edilmiş veya tescil başvuru yapılmış bir markanın kapsadığı diğer mal veya hizmetlerden ayırt etmesi şart koşulmak suretiyle, önceki marka diğerine tercih olunmaktadır (korumada öncelik ilkesi). Markalar arasında bir benzerlik olup olmadığı araştırılırken tescili talep olunan markanın, daha önceden tescil edilmiş veya tescili talep olunmuş tüm diğer markalar ile kıyaslanması gerekmez. Bir marka, kapsadığı mal veya hizmetlerle "aynı veya benzeri mal veya hizmetler" için kullanılan diğer markalarla benzer ise, tescili itiraz konusu yapılabilir. Mal veya hizmetler arasında hiçbir ayniyet veya benzerlik yoksa bir mal veya hizmet diğeri ile karıştırılmış da olmayacaktır. Ancak burada 556 sayılı KHK'nın 8/4. maddesinin hatırlatılması da gereklidir. Zira tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu ret edilebilecektir.

Farklı unsurları bünyesinde bulunduran bir marka, bir başka markayı çağrıştırıyorsa ve bilhassa halk nezdinde bu başka marka ile bir irtibatının mevcut olduğu intibaı yaratıyorsa, "benzer" veya diğer bir ifade ile "karıştırılma ihtimali olan" markadır (Karan/Kılıç, s. 198).

Bir markanın, "ayırt ediciliği" ile "bir başka marka ile karıştırılma ihtimali" birbirleriyle yakından ilgili hususlardır. Bununla birlikte, 556 sayılı KHK'nın 5. maddesi gereğince ayırt ediciliğin tespitinde markanınıçerdiği işaretlerin kendisi dikkate alınmakta ve genel olarak o işaretin ayırt edici olup olmadığı sorgulanmakta iken, karıştırılma ihtimalinde bir marka, başka bir marka ile karşılaştırılmaktadır. Bu itibarla, ilk başta genel olarak ayırt edici karaktere sahip olan bir markanın tescili, 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi gereğince tescilli bir başka markaya benzediğinden bahisle engellenebilir.

Piyasada daha önceden aynı veya benzeri mal veya hizmetler için korunan ne kadar çok markabulunuyorsa, yeni bir işaretin marka olarak tescili de o kadar zorlaşır. Marka olarak bir işaretin tescili için, o işaretin başka bir mal veya hizmeti ifade eden marka ile bir bağlantının mevcut olduğunu halkın zihninde uyandıracak derecede çağrıştırmaması gerekir. Aslında karıştırma ihtimalinin uç noktası, çağrıştırma ihtimalidir. Bir

işaret, görsel, fonetik veya diğer bir açıdan farklı olsa bile, "bütünsel" bir açıdan kendisine yaklaşıldığında herhangi bir sebeple müşteri gözünde başka bir marka ile bağlantısı varmış intibaı yaratarak onu çağrıştırıyorsa ve bu yüzden müşterinin mal veya hizmet tercihinde etkili oluyorsa, marka olarak tescili engellenebilir. Başka bir deyişle müşterilerin ihtiyaçları olan mal veya hizmetleri bunları ayırt etmek maksadıyla kullanılan işaretlerin birbirine yakınlığı dolayısıyla karıştırmaları ihtimal dâhilindeyse bir marka ile diğer bir işaret arasında "benzerlik" vardır (Karan/Kılıç, s. 199).

Markaların esas itibariyle bir mal veya hizmeti diğer bir mal veya hizmetten ayırt etmek maksadıyla kullanılmaları esas ise de, bazen müşteriler, bir markayı sadece mal veya hizmet ile değil, o mal veya hizmeti sağlayan işletme ile de irtibatlandırabilirler. Müşteriler, markalı mal veya hizmeti, sırf onu arz eden işletmeye duydukları güven ve beğeni sebebiyle tercih etmiş olabilirler. İşletmelerin birbirinden farklı olduğu bilinse dahi, kullanılan işaretlerin benzerliği müşterinin bu işletmeler arasında ekonomik veya organik bir bağ olduğunu düşünmesine yol açıyorsa sonuç yine değişmeyecek ve markalar arasında benzerlik olduğu kabul olunacaktır.

556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesinde de belirtildiği üzere bir markanın bir başka marka ile benzer olup olmadığının tespitinde "halk" tarafından karıştırılma ihtimali dikkate alınır. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise; bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halk olduğunun göz önünde tutulmasıdır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde ve herhangi bir sebeple bağlantı kurma ihtimalidir. Buradaki "ihtimal" kelimesi özenle ve özellikle kullanılmış bir kelime olup, şekil, ses, anlam, genel görünüm, çağrışım ve bir seri içinde bulunma izlenimi bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Hatta markalar arasında birçok noktada fark bulunduğu tespit edilse bile "umumi intiba" ikisinin karıştırılabileceği yönünde ise iki işaret arasında karıştırma ihtimalinin bulunduğu kabul edilmelidir (Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 443).

Başka bir deyişle karıştırma ihtimali; görsel, biçimsel, anlamsal, işitsel benzerlikler, çağrıştırma, bir bütün olarak uyandırdığı toplu kanaat, malın veya hizmetin hitap ettiği alıcı grubunun toplumsal düzeyi ve durumu, markayı taşıyan malın değeri ve alıcının bu malı almaya ayırdığı zaman, markanın asıl unsurları ve tamamlayıcı unsurları, karşılaştırılan işaretler arasındaki benzerlik, telaffuz, anlam veya biçimden, işaretlerin toplu olarak bıraktığı izlenimden, seri içine girmekten veya başka bir çağrışımdan kaynaklanabilir. Yine halkın, karşılaştırılan işaretler arasında herhangi bir şekilde "bağlantı" kurabilmesi de benzerlik bulunduğunu kabul etmek için yeterli olmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; davalı şirket tarafından "Feast Cheese Sticks+Şekil" ibaresinin 5, 29, 30. sınıflarda yer alan mal ve hizmetlerde kullanılmak üzere marka olarak tescili istemiyle diğer davalı TPE Başkanlığına başvuruda bulunulmuş, TPE Markalar Dairesi Başkanlığınca resen yapılan inceleme ile 556 sayılı KHK'nın 7/1-b hükmü uyarınca dava dışı üçüncü bir kişiye ait 115940 sayılı "FEAST" ibareli marka dayanak alınarak başvurudan bazı mallar çıkartılmış, kalanlar ise Resmi Marka Bülteninde ilan edilmiş ancak ilana davacı şirket tarafından "stick" ve "stix" ibareli markaları mesnet gösterilerek 556 sayılı KHK'nın 8/1-b ve 8/4 maddeleri gereğince itirazda bulunulmuştur. İtirazın reddi üzerine yine davacı şirket tarafından yapılan başvuru üzerine TPE YİDK tarafından davalı şirket başvurusu ile itiraza mesnet olarak gösterilen davacı şirkete ait markaların iltibasa yol açabilecek derecede benzer olmadığı kanaati ile nihai olarak davacı şirketin yeniden inceleme talepleri ve itirazı reddedilmiştir.

Davacı şirkete ait "stick" ve "stix" ibareli markaların tescilli olduğu mal/hizmetler ile davalı şirketin başvurusunun kapsamındaki malların örtüştüğü ve davacı şirkete ait "stick" ve "stix" ibareli markalarınbaşvuru ve dava tarihi itibariyle 556 sayılı KHK'nın 8/4 maddesi anlamında tanınmış olduğunun da ispat edilemediği anlaşılmaktadır.

Taraf markalarının ilişkili olduğu mallar aynı olduğundan bu aşamada, 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesi anlamında benzerlik ve karıştırma ihtimalinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. İşaretlerin benzerliği incelenirken de özellikle redde mesnet markanın bir bütün olarak bıraktığı genel izlenim ve ayırt edici unsurların dikkate alınması ve bu baskın unsurların ayırt edicilik seviyesi göz önünde bulundurulmalıdır. Tescil kapsamında mal ve hizmetleri tür, çeşit, nitelik, karakteristik özellik gibi tanımlayıcı sözcükler asıl unsur olarak dikkate alınamayacağı gibi ima yoluyla bu özellikleri belirten unsurların da ayırt ediciliğinin zayıf olacağı unutulmamalıdır.

Ayrıca bir markayı oluşturan unsur, o markanın başka markalardan ayırt edilebilmesini sağlayan kelime, harf, sayı, şekil vb. işaretlerden oluşup, marka birden ziyade unsuru ihtiva ediyorsa, asıl unsuru markanınbütünü itibariyle bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayırıcılığını vurgulayan imajda aramak lazımdır.

Davalı şirketin başvurusuna konu olan marka "Feast Cheese Sticks+-Şekil" ibaresinden oluşmaktadır. Bundan ayrı olarak davalı şirket adına tescilli olan ve içerisinde "sticks" ibaresi bulunan başka marka da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, davalı şirketin başvurusunda yer alan "sticks" sözcüğünün İngilizcede "çubuklar" anlamına geldiği, "cheese sticks"

sözcüğünün ise "peynir çubukları" anlamına geldiği, ayrıca davalı başvurusunda bu sözcüklerin tescil kapsamındaki mallar yönünden doğrudan tanımlayıcı olmadığı ve ayırt edici niteliğinin bulunduğu, başvuruda "sticks" ibaresinin ön planda olmadığı ancak başvurunun bütünü itibariyle bıraktığı izlenim gözetildiğinde "sticks" ibaresinin yardımcı unsur niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı şirkete ait "stick" ve "stix" ibareli markalar incelendiğinde ise, "stick" ve "stix" ibarelerinin davacı şirketin itirazına mesnet olarak gösterilen bazı markalarda asıl unsur olarak kullanıldığı görülmektedir.

Bu nedenledir ki, davalı şirketin başvurusu ile davacı şirketin markalarını aynı veya benzer mallar üzerinde, aynı yerlerde ve aynı satış noktalarında bir arada gören ortalama tüketiciler yönünden işletmeler arasında ekonomik veya organik bir bağlantı bulunduğu ihtimalini de kapsayacak şekilde karıştırılma ihtimali bulunmaktadır.

Bu itibarla davacı şirketin itiraza mesnet bazı markalarının asıl unsurunu oluşturan "stick" ve "stix" ibareleri ile davalı başvurusunda yer alan ve yardımcı unsur olarak da kabulü mümkün olmayan "sticks" ibaresi nedeniyle davalı şirketin başvurusu ile davacı şirketin markaları arasında 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi anlamında iltibas veya iltibas tehlikesine neden olabilecek şekilde bir benzerliğin kabulü gerekir.

Hâl böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 11.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

MARKA TAKLİDİ
•
ZARARIN HESABI

ÖZET: Marka hakkına tecavüz sebebiyle marka sahibinin malvarlığında meydana gelen azalma ya da malvarlığı pasifinin artması "fiili kayıp" anlamındadır.

Y. HGK. E: 2017/66 K:2019/480 T: 18.04.2019

"…Davacı vekili, müvekkilinin uzun yıllardan bu yana makarnacılık faaliyeti ile meşgul, İtalya'da kurulu bir şirket olduğunu, müvekkili adına TPE nezdinde ve yurtdışında tescilli markaların bulunduğunu, davalının ise müvekkilinin markasını taklit ederek üretim yaptığını, ürettiği makarnaları Afrika ülkelerine sattığını, davalının eylemi nedeniyle müvekkilinin Afrika ülkelerine gerçekleştirdiği satışın düştüğünü ileri sürerek, davalının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil eden eylemlerinin önlenmesine, maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, 25.000 TL maddi ve 25.000 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline ve hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiş, yargılama sırasında verdiği ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini 69.836,31 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin mal tedarik sözleşmesi yaptığı Tanzanya firmasına fason üretim yaptığını, üretimin ilgili firmanın tescilli markasına dayalı olarak gerçekleştirildiğini bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davalı tarafça, mal tedarik sözleşmesi yaptığı şirkete ait marka kaydı örnekleri sunulmuşsa da buna ilişkin geçerli bir belgenin ibraz edilmediği, davalı tarafça yapılan üretime ilişkin olarak ele geçirilen ambalajlar üzerinde davacıya ait markanın çok benzerinin kullanıldığı ve bu hali ile davalının eyleminin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet mahiyetinde olduğu, her ne kadar bilirkişiler tarafından davacı tarafça talep edilen tazminata yönelik hesaplamalar yapılmışsa da maddi tazminata ilişkin olarak net bir tespitin yapılamadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davalınınmarka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturan eylemlerinin önlenmesine, maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, 15.000 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminatın dava

tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline ve hükmün ilanına karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; dava, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin önlenmesi, maddi sonuçlarının ortadan kaldırılması ve maddi manevi tazminat istemlerine ilişkin olup, mahkemece davacının zararının net şekilde ortaya konulamadığı ve bu kapsamda hesaplamanın BK'nun 42. maddesi kapsamında yapılmasının gerektiği belirtilerek bu yönde hüküm kurulmuşsa da, dosya içeriği itibari ile davacının zararının ve talep edebileceği maddi tazminatın saptanmasına esas olabilecek pek çok verinin bulunduğu, davalı işyerinde çok sayıda ürün ambalajının ele geçirildiği, bu yönde davalı tarafça sunulan ambalaj faturalarının bulunduğu ve ambalajların arka yüzünde satış yapılan şirketin isminin yer aldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar gümrük kayıtlarında davalı tarafından satışı gerçekleştirilen ürünlere yönelik detaylı ve ayırt edici bilgi tespit edilememişse de, dosya içindeki mevcut diğer bilgi ve belgeler kapsamında, bilirkişiler tarafından davalı tarafça yapılan satışlara ilişkin olarak somut verilere dayalı şekilde tazminat hesabının yapılmış olması nedeniyle, mahkemece dosya içinde yer alan bu bilgiler kapsamında davacının talep edebileceği tazminat miktarının belirlenmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile BK'nun 42. maddesi kapsamında hesaplama yapılması doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.

3- Bozma neden ve şekline göre davacı vekilinin diğer itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir...."

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 belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, markaya tecavüzün ve haksız rekabetin önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin İtalya'da mukim makarna üreticiliği geçmişi bulunan, köklü ve güçlü bir şirket olduğunu ve ihracat faaliyetlerini ağırlıklı olarak Afrika kıtası ülkelerinde yoğunlaştırdığını, müvekkilinin dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi TPE nezdinde de tescilli "SANTA LUCİA+Şekil" ibareli markasınınbulunduğunu, üretimlerinde özellikle uluslararası makarna piyasasında çok tanınan "SANTA LUCİA+Şekil"-markasıyla faaliyet gösterdiğini, müvekkilinin ayrıca Türkiye'de de bazı şirketlere fason makarna üretim yaptırarak Tanzanya'ya "SANTA LUCİA+Şekil" ibareli marka ile ihracat yaptığını, müvekkilinin Ocak 2007 itibariyle Tanzanya'ya yapılan satışlarının bir anda kesildiğini ve davalının müvekkili markasını kullanarak bu ülkeye ihracat yaptığının ortaya çıktığını, bu hususun Gaziantep 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/93 D.İş. sayılı dosyası ile tespit edildiğini, davalının müvekkili adına tescilli "SANTA LUCİA+şekil" markasınıhiçbir hakka dayanmaksızın taklit ederek makarna ürünleri üzerinde kullanmasının müvekkilinin haklarına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek markaya tecavüzün ve haksız rekabetin önlenmesini, sonuçlarının ortadan kaldırılmasını ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 25.000,00TL maddi ve 25.000,00TL manevi olmak üzere toplam 50.000,00TL tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsilini, tazminatın hesaplanmasında davalının eylemi sonucunda müvekkilinin uğradığı zarar, kar kaybı, ileriye dönük elde edilecek faydalardaki azalmalar ve itibar kaybının göz önünde bulundurulmasını talep ve dava etmiş, 13.07.2010 tarihli dilekçesi ile maddi tazminat talebini 64.256,40 USD olarak ıslah etmiştir.

Davalı vekili; müvekkilinin "OBA" ibareli tanınmış markalar ile makarna sektöründe faaliyet gösterdiğini, "NEW SANTA LUCİA+Şekil" ibareli markanın Tanzanya'da mukim First Choıce Industries Limited şirketine ait olduğunu, müvekkilinin adı geçen şirket ile "NEW SANTA LUCİA+-Şekil" markası adı altında fason makarna üretimi yapılması hususunda sözleşme imzalandığını, kullanılan ambalaj tasarımının da Tanzanya'daki First Choıce Industries Limited Şirketi tarafından tasarlandığını, davacı taleplerinin yersiz ve istenilen tazminatın fahiş olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece; davalı tarafça yapılan üretime ilişkin olarak ele geçirilen ambalajlar üzerinde davacıya aitmarkanın çok benzerinin kullanıldığı ve bu hali ile davalının eyleminin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet mahiyetinde olduğu, her ne kadar bilirkişiler tarafından davacı tarafça talep edilen maddi tazminata ilişkin olarak net bir tespitin yapılamadığı, bu nedenle 818 sayılı BK'nın 42. maddesi gereğince takdiren maddi ve manevi tazminata karar verildiği gerekçesiyle davanın kısmen

kabulü ile davalının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturan eylemlerinin önlenmesine, maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, 15.000,00TL maddi ve 5.000,00TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dosya kapsamında bulunan bilgi ve belgelerden davacının marka hakkına tecavüz edilmesi nedeniyle yoksun kaldığı kazancın 556 sayılı KHK'nın 66/2. maddesi gereğince hesaplanmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

I) Davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Bilindiği üzere, hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır.

Davalı vekilinin temyiz istemi Özel Dairece incelenip reddedildikten sonra karar düzeltme isteminin de reddine karar verildiği anlaşılmakla; davalı yönünden hüküm kesinleşmiş ve uyuşmazlık konusu olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle davalı vekilinin direnme kararını temyizde hukuki yararı bulunmamaktadır.

O hâlde davalı vekilinin direnme hükmüne yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmelidir.

II) Davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Dava tarihinde yürürlükte bulunan ve somut olaya uygulanması gereken 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (556 sayılı KHK) ile markaya tecavüz halinde oluşan zararın tazminine yönelik üç çeşit tazminat davası öngörülmüştür. Bunlar maddi ve manevi tazminat ile itibar tazminatıdır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle markaya tecavüz hâlinde maddi tazminat talebi hakkında detaylı bilgi verilmesinde yarar vardır.

556 sayılı KHK'nın 62/1-b maddesi gereğince, marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, şartları varsa maddi zararının tazminini talep edebilir. 556 sayılı KHK'nın 64. maddesinde ise "tazminat" kenar başlığı altında haksız fiile özgü terimlere yer verilerek maddi tazminat ayrıca düzenlenmiştir. Esasında her iki maddede düzenlenen maddi

tazminat davası aynı olup, 556 sayılı KHK'nın 62/1-b maddesi genel nitelikte düzenleme içerirken aynı KHK'nın 64. maddesinde yaygın bir ihlal hâli olan "taklit" olgusu ayrıca düzenlenmiştir.

556 sayılı KHK'nın 66/1. maddesi gereğince, marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar. Buna göre "maddi zarar" iki kalemden oluşmakta olup, hem meydana gelen "fiili kaybı" hem de marka hakkı sahibinin tecavüz dolayısıyla "yoksun kaldığı kazancı" içermektedir. Kural olarak miktarı zarar gören tarafından ispatlanmak şartıyla her iki maddi zarar kaleminin de tazmini talep olunabilir (Karan, Hakan/ Kılıç Mehmet; MarkalarınKorunması 556 Sayılı KHK Şerhi, Ankara, 2004, s. 520).

Fiili kayıp, marka hakkına tecavüz nedeniyle marka sahibinin malvarlığında meydana gelen net azalmayı ifade eder. Malvarlığındaki azalma aktifin azalması şeklinde olabileceği gibi pasifin artması suretiyle de gerçekleşebilir.

Fiili kaybın ne şekilde hesaplanacağı madde metninde açıkça yer almamaktadır. Ancak "fiili kaybın" değerinin belirlenmesinde genel hüküm olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 42-44. maddeleri kıyas yoluyla uygulanır. Mahkeme bu hükümler gereğince tazminatı 818 sayılı BK'nın 43/1. maddesine göre tayin eder (Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 501).

Fiili kayıp kalemlerine örnek olarak; marka hakkına tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar, dava masrafları, mal veya hizmet pazarında pazar kaybı, yatırımların bu süreçte boşa gitmesi, istihdam edilenlere bu süreçte ödenen fazla paralar ile bunun telafi edilmesi için yapılan masraflar (promosyon, kalıp ve ambalaj değiştirme, imaj yenileme, imajı hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları vs.) gösterilebilir.

Marka hakkına tecavüz edilen hak sahibinin zararı, yalnızca fiili kaybın değeri ile sınırlı olmayıp tecavüz nedeniyle yoksun kalınan kazancı da kapsamaktadır. Yoksun kalınan kazanç, marka hakkına tecavüz edilmesi dolayısıyla malvarlığında kesin olarak ya da büyük ihtimalle gerçekleşecek artışın kısmen veya tamamen önlenmesi, yitirilmesi olarak tanımlanabilir. Yoksun kalınan kazançta, fiili zarardan farklı olarak malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artış değil; marka hakkına tecavüz edilmeseydi, ileridemarkanın kullanılmasıyla elde edilecek kazancın belirlenmesi ile somutlaşacak bir miktar bulunmaktadır (Çolak, Uğur; Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2018, s. 775)

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında somut ve net olarak ispat edilebilecek bir zarar bulunmamakta,markaya tecavüz fiilinin geleceğe dönük muhtemel etkisi saptanmaktadır. Nitekim tecavüzün etkisiylemarka değerinde azalma oluştuğunda, bu durum kendi içerisinde ileriye dönük sonuçları da barındırmaktadır. Hâli hazır sonuçlar zaten fiili zarar kapsamında istenebilirken ileriye dönük muhtemel etkiler ise yoksun kalınan kazanç olarak talep edilecektir.

Yoksun kalınan kazancın nasıl hesaplanacağı 556 sayılı KHK'nın 66/2 maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde; "Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir:

a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre,

b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre,

c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre" hükmünü haizdir.

Buna göre marka hakkı sahibinin uğradığı maddi zararın ikinci kalemi olan "yoksun kalınan kazanç"ın hesaplanabilmesi için üç usul öngörülmüştür. Marka hakkı sahibi yoksun kalınan kazanç istemi yanında ayrıca hesaplama usulü olarak bunlardan birini seçmek zorundadır. Başka bir deyişle maddede yer alan hesaplama usulleri dışında hesaplama yapılamayacaktır (Tekinalp, s. 501).

Yoksun kalınan kazanca ilişkin belirtilen üç yöntemden ilk hesaplama yöntemi 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesinde belirtilen "marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin markasınıkullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre" tespitidir. Bu yöntem dahilinde bir hesaplama yapabilmek için marka hakkına tecavüzün olmadığı farazi bir ortam yaratılır ve bu ortamda marka sahibininmarkasını kullanmak ile elde edeceği muhtemel gelir hesap edilir (Karan/Kılıç, s. 521).

556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesine göre yapılacak hesaplama esas itibariyle marka hakkı sahibinin ticari kayıt ve defterleri, ticari faaliyetinin hacmi ve markasının değeri gibi unsurlara dayanacaktır. Öte yandanmarka sahibi, markayı kullanarak gelir elde ederken, pazarlama becerisini, işletme verimliliğini, satış sonrası servis hizmetlerini ve benzeri unsurları da kullanmaktadır (Tekinalp, s. 502).

Bununla birlikte marka sahibinin elde edeceği muhtemel gelir hesaplanırken mütecavizin ticari faaliyetinin boyutunun da incelenmesi gerekebilecektir. Zira marka hakkı sahibinin muhtemel geliri, mütecavizin eyleminin boyutu ile de ilgilidir. Sözgelimi taklit ürünlerin mütecavizin işyerinde ele geçirilmesi durumundamarka sahibinin muhtemel geliri, bu ürünlerin niteliğinin ve miktarının belirlenmesinin yanında mütecavizin ticari kayıtlarına veya sipariş fişlerine göre ne miktarda üretim yaptığının, ele geçirilenler dışında önceden satış yapıp yapmadığının, başka yerde stoklarının bulunup bulunmadığının, bu ürünleri hangi fiyattan sattığının da tespitinde fayda vardır (Çolak, s. 786).

Dolayısıyla 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesine göre hesaplama yapılırken gerekirse her iki tarafın ticari kayıtları uzman hesap bilirkişilerince incelenerek öncelikle tecavüzün boyutu belirlenmeli, bu belirlemeden sonra marka sahibinin geçmiş yıllardaki ticari faaliyeti ürün fiyatları, satış performansı, kâr marjı gibi unsurlara göre marka sahibinin muhtemel gelirinin hesaplanmasına çalışılmalıdır.

Yoksun kalınan kazancın hesaplama yöntemlerinden ikincisi 556 sayılı KHK'nın 66/2-b maddesinde belirtilen, "marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre" tespit edilmesidir. Burada amaç somut olarak ortaya çıkan zararın tazmini değil, marka hakkı sahibinin maruz kaldığı zararın adil bir biçimde denkleştirilmesi olduğundan zarar miktarı dolaylı bir yoldan belirlenmektedir. Bu yöntemdemarka sahibinin değil, mütecavizin malvarlığında markanın haksız kullanımı sonucunda artış hesaba katılmaktadır. Başka bir deyişle mütecavizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca ulaşabilmek için kazancın oluşumunda rol oynayan tecavüz konusu marka dışındaki bütün faktörlerin ayıklanması gerekmektedir.

Dikkat edilecek olursa 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesinde marka sahibinin elde edebileceği muhtemel gelirden bahsedilirken, 66/2-b maddesinde mütecavizin elde ettiği kazanç söz konusudur. Başka bir deyişle 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesine göre yapılan hesaplamada ihtimale dayalı varsayımsal bir gelir hesaplanırken, 66/2-b maddesine göre yapılan hesaplamada doğmuş olan veya elde edilmiş bulunan bir kazancın hesabı yapılmaktadır.

Bu hesaplama yönteminde de öncelikle mütecavizin ticari faaliyetinin boyutu belirlenmeli, markayı taşıyan ürünlerden ne kadar sipariş alındığı, ne kadar üretim yapıldığı, ne kadar stok bulunduğu, ne kadar satış yapıldığı, satış fiyatının ve kâr marjının ne olduğu gibi hususlar dikkate alınarak mütecavizin markayıkullanmak yoluyla elde ettiği kazanç belirlenmelidir.

556 sayılı KHK'nın 66/2-b maddesinde belirtilen, markayı kullanmak yoluyla elde edilen kazanç, mütecavizin tecavüz fiiliyle ortaya çıkan brüt kazancını değil, maliyetlerin elde edilen gelirden düşürülmesiyle kalan net kazancını ifade etmektedir. Ancak mütecavizin tecavüz fiilinin dışında başka hiçbir ürünü satmamış olması halinde dahi genel masraflar bir bütün olarak elde edilen gelirden mahsup edilmeyecek, sadece hammadde ve satış maliyetleri gibi işin doğası gereği oluşan giderler tecavüz yoluyla elde edilen gelirden mahsup edilecektir.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında yararlanılabilecek üçüncü yöntem 556 sayılı KHK'nın 66/2-c maddesinde belirtilen "lisans örneksemesi" yöntemidir. Bu yönteme göre, marka sahibi yoksun kalınan kazancın; "marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeline göre" hesaplanmasını isteyebilir. Marka lisanslarının bir piyasası olmadığından lisans bedeli, objektif olarak her bir somut durum ve şart dikkate alınarak ve emsal lisans bedelleri araştırılıp kıyaslanarak belirlenmelidir. Ayrıca markanın tanınmışlığı, lisansın münhasır olup olmaması gibi etkenler de lisans bedelinin belirlenmesinde hesaba katılır.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında hangi hesaplama yöntemi seçilirse seçilsin 556 sayılı KHK'nın 66/3. maddesinde yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında etki edecek diğer unsurlar düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, markahakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur. Böylece markanın tanınmışlık derecesi, markayı taşıyan malların ve/veya hizmetlerin piyasadaki pazar payı gibi hususlarda dikkate alınmalıdır.

556 sayılı KHK'nın 67. maddesinde ise 66/2 maddesindeki yöntemlerden birisi kullanılarak belirlenmiş yoksun kalınan kazancın artırılması düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir. Markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılmış olması gerekir (556 sayılı KHK, m. 67).

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacıya ait TPE nezdinde tescilli "SANTA LUCİA+Şekil" ibareli markanın bulunduğu, davacının bu marka ile Türkiye'de makarna üretimi yaptırdığı ve Tanzanya'ya ihraç ettiği, davalı tarafından kullanılan

ibarenin davacı markası ile ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğu ve davalının eylemi nedeniyle 2007 yılından itibaren davacının ihracatında azalma olduğu anlaşılmaktadır. Davalı şirketin ticari işletmesinde yapılan tespitlerde "NEW SANTA LUCİA+Şekil" ibaresini taşıyan 547 adet rulo halinde plastik ambalaj ile 800 adet karton kutu tespit edilmiş, ayrıca 76 adet kutu içerisinde 1520 paket makarnanın satışa hazır hâlde bulunduğu belirtilmiştir.

Davalı şirketin ticari defterleri üzerinde yapılan incelemeler sonucunda, davalı şirketin 2006 ve 2007 yılında Tanzanya'ya makarna ihraç ettiği, 2007 yılındaki ihracatında önceki yıla göre iki kattan fazla artış olduğu, dava tarihine kadar 2007 yılındaki tüm ihracatının Tawakal Wholesellers Co. Ltd. isimli şirkete yapıldığı anlaşılmaktadır. Davalı şirketin ticari işletmesinde bulunan "NEW SANTA LUCİA+Şekil" ibareli makarna ambalajlarının arka tarafında Tawakal Wholesellers Co. Ltd. için üretildiğinin yazılı olduğu görülmektedir.

Davacı vekili, maddi tazminatın hesaplanmasında davalının eylemi sonucunda müvekkilinin uğradığı zarar, kâr kaybı, ileriye dönük elde edilecek faydalardaki azalmalar ve itibar kaybının göz önünde bulundurulmasını talep etmiş, yargılama sırasında alınan ikinci bilirkişi raporu doğrultusunda 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince hesaplanan yoksun kalınan kazanç üzerinden maddi tazminat talebini ıslah etmiştir. Bu itibarla davacı vekilinin maddi tazminat talebinin sadece yoksun kalınan kazanç için olduğu, her ne kadar yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında 556 sayılı KHK'nın 66/2. maddesindeki usullerden hangisini seçtiğini açıkça belirtmemiş ise de dava dilekçesinin ve bilirkişi raporuna göre talebini artırdığı ıslah dilekçesinin içeriğinden tercihinin 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince "marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre" hesaplanacak yoksun kalınan kazanç seçeneği olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan yargılama sırasında alınan birinci ve ikinci bilirkişi raporlarında yoksun kalınan kazancın 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince hesaplandığı ve yine mahkemenin ara kararı doğrultusunda ikinci bilirkişi heyetinden 556 sayılı KHK'nın 66/2-b maddesi gereğince hesaplama yaptırılarak ek rapor alındığı görülmektedir.

O hâlde taraf vekillerince dosyaya sunulan bilgi ve belgeler ile mahkemece getirtilen bilgi ve belgelerden davacının yoksun kaldığı kazancının 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince hesaplanmasına esas olabilecek pek çok verinin bulunduğu, bu nedenle sadece zararın gerçek miktarını ispat etmenin mümkün olmadığı hâllerde başvurulabilecek olan

818 sayılı BK'nın 42. maddesinde belirtilen şartların oluşmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan hususlar gözetildiğinde somut uyuşmazlığın sadece hâkimin hukuki bilgisi ile çözümlenemeyeceği dikkate alınarak 24.11.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3/3. maddesinde belirtilen "Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz" ilkesi de göz önüne alınmak suretiyle davacının yoksun kalınan kazancının uzman hesap bilirkişileri vasıtasıyla 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince hesaplatılıp sonucuna göre karar verilmelidir.

Hâl böyle olunca; yerel mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına, bozma kararında gösterilen ve yukarıda açıklanan genişletilmiş nedenlerle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

1- Yukarıda (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan REDDİNE,

2- Yukarıda (II) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında açıklanan nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatıranlara geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

VEKİLİN ÖZEN BARCU • OLUŞAN ZARAR • TAZMİNAT • İLLİYET BAĞI

ÖZET: Vekilin özen borcuna aykırı eylemleri ve ihmali sebebiyle vekilden tazminat istenebilmesi için vekilin ihmali, davranışıyla oluşan zarar arasında illiyet bağı olması gerekir.

Y. HGK E: 2017/561 K:2019/655 T. 13.06.2019

"... Davacı, davalının avukat olarak ceza davasında kendisini temsil ettiğini ceza kararını temyiz etmediğini, görevi ihmalden ceza alan davalının ihmali nedeniyle hapis yattığını maddi ve manevi zararı oluştuğunu ileri sürerek 10.000 TL maddi 10.000 TL manevvi tazminatın tahsilini istemiştir.

Davalı davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı davalı avukatın kendisine verilen mahkumiyet kararını temyiz etmeyerek vekalet görevini ihmal nedeniyle tazminat istemiştir. Davalı vekil tarafından temyiz edilmeyen Konya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2004/128 esas sayılı dava dosyasında karar temyiz edilmiş olsaydı sonucun değişip değişmeyeceği üzerinde durulmamıştır. Mahkemece, konusunda uzman bilirkişiden rapor alınarak ceza dosyasındaki kararın temyizi halinde ne olacağı belirlenerek sonuca uygun karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.."

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 direnme kararının verildiği tarih itibariyle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanu-

nu'nun (HUMK) 438. maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereğince direnme kararlarının temyiz incelemesinde duruşma yapılamayacağından davalı vekilinin duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davacı vekili, davalının Konya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2004/128 esas sayılı dosyasında yargılanan müvekkilinin avukatı olarak görev yaptığını, müvekkili mahkûmiyet cezası almasına rağmen kanun yoluna başvurmayarak görevini ihmal ettiğini, sanık ...'ın ceza almasına neden olduğunu, kendisine dosya akıbeti sorulduğunda "temyiz ettik, dosya Ankara'da" gibi sözlerle oyalanan müvekkilinin hiç işlemediği bir suçtan dolayı mahkûm olup hapis yattığını, bu nedenle şikâyetçi olunması üzerine Konya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/466 E. sayılı dosyasında davalının görevi ihmal suçunun sabit görüldüğünü ve ceza verildiğini ileri sürerek 10.000TL manevi ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000TL maddi tazminatın davalıdan faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın zamanaşımına uğramasının yanı sıra eldeki davada davacı vekili olarak yer alan Av. M.A.'nın davacının yargılandığı ağır ceza dosyasında da sanık vekili olduğunu, davalı avukatın bozma sonrası usulen bir defa son celseye girdiğini, müvekkilinin herhangi bir kusurunun olmadığını, görevi ihmal suçundan müvekkili hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuk hâkimini bağlayan kesin bir delil olarak kabul edilemeyeceğini, karar temyiz edilmiş olsa dahi sanığın daha lehine olacak bir sonuç alınamayacağını, bu nedenle davacının sanık sıfatıyla yargılandığı ağır ceza dosyası incelenmeden, davacının sosyo-ekonomik durumu araştırılmadan ve bilirkişiden rapor alınmadan hüküm kurulamayacağını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davalı avukatın müvekkilinin yargılandığı ceza davasında hükmolunan mahkûmiyet kararını temyiz etmeyerek görevini ihmal ettiği, adil yargılanma hakkını kısıtladığı ve cezanın infazına neden olduğu, bu sebeple hakkında görevi ihmal suçundan açılan davada da mahkûmiyet cezası aldığı gerekçesi ile dava kısmen kabul edilerek 7.000TL maddi, 7.000TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyiz itirazları üzerine hüküm Özel Dairece yukarıda karar başlığında yazılı gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkeme bozma kararında bir faraziye üzerine durulduğu, vekilin özen borcu gereği en hafif kusurundan bile sorumlu olduğu, mahkû-

miyet kararını temyiz etmemesinin başlı başına vekil olarak yapması gereken yükümlülüğü ihmal mahiyeti taşıdığı ve bundan doğan zararı tazmini gerektirdiği gerekçesiyle direnme kararı vermiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; müvekkilinin mahkûmiyet cezası aldığı mahkeme kararını temyiz etmeyen avukata karşı açılan maddi ve manevi tazminat davasında, mahkûmiyet kararının temyiz edilmesi hâlinde sonucun değişip değişmeyeceği hususunda bilirkişi incelemesi yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığa konu tazminat isteminin dayanağı vekâlet sözleşmesine aykırılık iddiası olduğundan öncelikle bu sözleşme türü ile ilgili kısaca açıklamada bulunulması faydalı olacaktır.

Vekâlet sözleşmesi, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 386 ve devamı maddelerinde [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), m.502 vd.] düzenlenmiştir.

BK'nın 386. maddesinin birinci fıkrasına göre "vekâlet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler".

Bu düzenlemeden hareketle ve en basit hâliyle vekâlet, vekile başkasının menfaatine ve iradesine uygun şekilde bir iş görme borcu yükleyen sözleşme olarak tanımlanabilir (Tandoğan, H.: Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, C.2., s. 355).

Vekâlet sözleşmesi, diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi ve hatta onlardan daha da geniş ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan ve müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun davranma yükümlülüğünden doğar.

Kanun'un 390. maddesinin ikinci fıkrasında vekilin müvekkile karşı vekâleti "hüsnü suretle" ifa ile yükümlü olduğu belirtilmiş olup buradaki "hüsnü suretle ifa" deyimini, söz konusu hükmün aslı olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 398. maddesi düzenlemesinde olduğu gibi "sadakat ve özen ile ifa" olarak anlamak gerekir.

Sadakat borcu kavramı vekilin gerek vekâletin ifası sırasında gerekse sonrasında kendisine duyulan güvene uygun olarak müvekkilinin menfaatlerini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesinde koruma ve kendi menfaatini müvekkilinkine tabi kılma yükümlülüğünü ifade eder. Vekilin iş görme ile hedeflenen sonucun başarılı olması için hayat deneylerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve

başarılı sonucu engelleyebilecek davranışlardan kaçınması ise özen borcunun konusunu oluşturur (Tandoğan; s. 407 vd).

Vekil bu yükümlülüklerini gereği gibi, başka bir anlatımla müvekkilin menfaatine en uygun sonuca erişmek için özenle faaliyette bulunarak ifa ettiği takdirde, eser sözleşmelerinden farklı olarak, sonucun buna rağmen elde edilememesinden sorumlu olmayacaktır.

Borçlar Kanunu vekilin bu yöndeki sorumluluğunu genel olarak hizmet sözleşmelerinde işçininsorumluluğuna ait hükümlere (m.321/I-II) tabi tutmuştur. Bu nedenledir ki vekâlet sözleşmelerinde vekil en hafif kusurundan dahi sorumludur.

Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında yalnızca borçlar hukuku hükümlerine tabi bir vekâlet ilişkisi değil, daha özel düzenleme içeren 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nu da ilgilendiren bir "avukatlık sözleşmesi"nden doğan vekâlet ilişkisi mevcuttur.

Avukatlık sözleşmeleri de vekâlet sözleşmelerinin bir görünümü olup tarafları baroya kayıtlı avukat (vekil) ve iş sahibi (müvekkil) olan, avukatın bir hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ettiği, iş sahibinin de bunun karşılığında bir ücret ödemeyi üstlendiği, iş görme borcu doğuran, tam iki taraflı bir sözleşme olarak tanımlanabilir (Kurtoğlu, T.:Akdi Vekâlet Ücreti ve Avukatın Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2016, s.24).

Avukatların bu sözleşme ile yükümlendiği özen borcu genel bir vekâlet sözleşmesi için Borçlar Kanunu'nun öngördüğü vekilin özen borcuna göre daha ağır ve kapsamlıdır.

Nitekim bu doğrultuda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesindeki "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." şeklindeki düzenleme de avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olması nedeniyle öngörülmüştür.

İfa edilebilmesi diploma ve ruhsatın varlığı şartına bağlı olan doktorluk, avukatlık gibi mesleklerde Devletin aradığı bu şartlar, özel hukuka yansıyan bir garanti niteliği taşıdığından, vekilin sorumluluğuna ilişkin olarak atıf yapılan işçilerin hizmet sözleşmesindeki sorumluluklarından farklı olarak, bu meslek erbabının bilgi ve yeteneklerindeki müvekkilce farkına varılması gerekli eksiklikleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Avukatın, açıklanan mevzuat hükümleri ve taraf olduğu vekâlet sözleşmesi dairesinde üzerine düşen yükümlülükleri ifa etmemesinin sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği tartışmasızdır.

BK'nın genel borç ilişkilerinde borcun ifa edilmemesi hâlinde borçlunun sorumluluğunu düzenleyen 98. maddesi (TBK, m.114) hükmüne göre "Borçlu, umumiyet itibariyle her kusurdan mesuldur" ve anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca "Haksız fiilerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur."

Bu cümleden hareketle, sözleşmeye aykırılık iddiasına dayalı olarak sorumluluk koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilebilmesi, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin irdelenmesini gerektirir.

Bilindiği üzere kusur sorumluluğu bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışla sözleşme dışında diğer bir kimseye vermiş olduğu zararın giderilmesini düzenleyen sorumluluk türüdür. Doktrin ve uygulamada eş anlamda olmak üzere "haksız fiil sorumluluğu" veya "sübjektif sorumluluk" da denilen bu sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlenmiştir (Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 594). Kusur sorumluluğunda bir zararı başkasına tazmin ettirmek, ancak zarar onun kusurlu bir fiilinden doğmuş ise mümkündür (Tandoğan, H.: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1967, s. 89).

Dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 41/1 maddesi; "Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur" hükmünü haizdir.

Özel bir sorumluluk hükmüyle düzenlenmemiş bütün hâllerde bir kimse için haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması anılan madde metninden anlaşılan fiil, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurların gerçekleşmesine bağlıdır.

Buna göre haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurları; fiil, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır.

Haksız fiil sorumluluğunun varlığından bahsedilebilmesi için mutlaka hukuka aykırı ve kusurlu davranışla uygun illiyet bağı içinde olan bir zararın doğması gerekir. Fiilin hukuka aykırı olmasına, hatta davranışın kusurlu bulunmasına rağmen bir zarar meydana gelmemişse failin ceza sorumluluğu olsa bile haksız fiilsorumluluğundan bahsedilemeyecektir (Hukuk Genel Kurulunun 21.02.2019 tarihli, 2017/11-41 E., 2019/186 K. sayılı kararı).

Başka bir anlatımla, kişinin (failin) gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylem (aktif veya pasif davranış, fiil) ile bu eylemden doğduğu ileri sürülen vakıa arasında illiyet bağı (sebep-sonuç ilişkisi) bulunmadığı takdirde, eylem sahibinin giderme yükümlülüğünü doğuran bir zararın varlığı söz konusu olmaz.

İnsan düşüncesinin bir kanunu olan illiyet kavramı, zararla söz konusu davranış veya olay arasında bir sebep-sonuç bağının bulunmasını gerektirir ve bu bağ dayanak ve niteliği ne olursa olsun her türlü hukukisorumluluğun aslî şartı, tazminat hukukunun temel ilkesidir (Eren; s. 561).

Bu nedenledir ki sözleşmeden doğan sorumlulukta da borçlunun borca aykırı davranması yani sözleşmenin ihlâli ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve kusurun varlığı şarttır.

Bu açıklamalardan sonra somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde;

Davacının kasten adam öldürmeye teşebbüs suçundan yargılandığı Konya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2004/128 esas sayılı dosyasında sanık müdafii olarak yer alan bir başka vekil, (davacı) sanık aleyhine kurulan ilk mahkûmiyet hükmünü temyiz etmiş ise de dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yeni kanun değerlendirmesi için mahkemeye işlemsiz geri gönderilmiş, mahkemece yeniden yargılamaya başlandığında 04.10.2005 tarihli duruşmaya (davacı) sanık bizzat katılıp avukat tutmak üzere süre verilmesini talep etmiş, sonrasında usulüne uygun vekâletnamesine istinaden 15.12.2005 tarihli son celseye sanık müdafii olarak (davalı) Av. ... girmiş ve ilk karar ile aynı mahiyetteki mahkûmiyet hükmü sanık müdafi bu kişinin huzurunda tefhim edilmiştir.

1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 310/1. maddesi gereği temyiz süresi tefhim ile başlamasına rağmen sanık müdafii davalı tarafından temyiz yoluna başvurulmamış, ilk temyiz dilekçesine binaen dosya mahkemece kendiliğinden Yargıtaya gönderilmiş ise de usulüne uygun bir temyiz ve resen incelebilecek mahiyette bir karar da söz konusu olmadığından dosya Yargıtay ilgili dairesince mahalline iade edilmiş, bu suretle sanık davacı hakkında silahla yaralamaya iştirak suçundan verilen hüküm kesinleşerek ceza infaz edilmiştir.

Yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere avukat, özen borcunun gereği olarak iş sahibi aleyhine verilen bir hükümle ilgili olarak aksine bir talimat olmadığı sürece kanun yollarına başvurmakla yükümlüdür. Nitekim 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 171. maddesi de avukatın üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip etmek zorunda olduğunu açıkça düzenlemiştir.

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin davalı avukatın kusurlu ve vekâlet sözleşmesine aykırı davranışını oluşturduğu konusunda gerçekte Yerel Mahkeme ve Özel Daire arasında bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır.

Ne var ki yukarıda da bahsedildiği üzere, sözleşmeye aykırı ya da daha genel çerçeveyle kusurlu bir eylemin sorumluluk doğurabilmesi için bu eylemle illiyet bağı olan bir sonuçtan zarar doğması gerektiğinden, mahkemece bilhassa maddi tazminat istemi yönünden salt sözleşmeye aykırılığın peşinen sorumluluk doğurduğu yönündeki kabul isabetli değildir. Zira vekilin bu kusurlu eylemi olmasaydı dahi aynı netice doğacak idiyse, müvekkilin, aleyhine hükmün infaz edilmesi nedeniyle cezaevinde kaldığı günlere ilişkin olarak talep ettiği maddi kayıpları (gelir elde edememe, vb..) yönünden illiyet bağının varlığından söz edilemeyecektir. Aksi yönde bir kabul, vekil edenin kendi hukuka aykırı veya kusurlu eylemi nedeniyle doğan zararı bir başkasına yükleme yahut hukuken sahip olamayacağı bir sonucu vekil üzerinden sağlama neticesini doğuracaktır ki bu durumun hukuken korunması düşünülemez.

Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 04.03.2015 tarihli, 2013/13-1471 E., 2015/888 K. sayılı kararında da benzer şekilde, müvekkilleri adına hukuk mahkemesi önünde açılması istenen davaların bir kısmını açmadığı, bir kısmını ise takipsiz bırakarak davaların düşmesine sebep olduğu iddiasıyla zarara uğradıklarını ileri süren davacıların tazminat istemleri yönünden vekilin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için öncelikle bu davaların kazanılma ihtimallerinin bulunup bulunmadığının, kazanılması hâlinde elde edilebilecek menfaatin ne olduğunun tespit edilmesinin gerektiği, vekilin ihmali davranışı ile davacının ileri sürdüğü zarar arasında illiyet bağının bulunduğunun peşinen kabul edilmesinin hatalı olduğu kabul edilmiş, maddi tazminatsorumluluğu için sadece kusurlu eylemin varlığı yeterli görülmemiştir.

Yeri gelmişken eldeki uyuşmazlıkta manevi tazminat istemi yönünden belirtmek gerekir ki, bir kişinin yargılandığı ceza davasında hakkında hükmolunan hapis cezasının aralarında güven ilişkisi bulunan, onun adına yapılması gereken her türlü hukuki işlemi yapacağına inanılan ve bu yönde yasal ve sözleşmesel yükümlülükleri bulunan vekilinin ihmalî davranışı ile temyiz edilmeyerek kesinleşmesi ve mahkûmiyet hükmünün üst yargı merciince gözden geçirilmesi imkânından mahrum kalınması başlı başına kişilik haklarını zedeleyen, kişinin aleyhine olan hükmün temyiz incelemesinden geçerek onanıp kesinleşmesi hâlinden daha fazla kaygı, üzüntü ve stres yaratan bir durumdur. Bu nedenle manevi zararın

salt bu eylemle doğduğunun kabul edilmesi gerekir. Ancak manevi zarara ilişkin olarak mahkemece hükmolunan tazminat miktarı, Yerel Mahkeme ve Özel Daire arasındaki uyuşmazlığın mahiyetine göre Hukuk Genel Kurulunun incelemesinin kapsamı dışındadır.

Maddi tazminata ilişkin izah edilen şekilde değerlendirme yapılırken elbette ki avukatın kusurlu davranışının gerçekleştiği yargılamada varılacak sonucun kesin bir şekilde tespiti imkân dâhilinde değil ise de; illiyetin varlığının ve kusurun ağırlığının denetime açık şekilde irdelenebilmesi için, söz konusu yargılamada ileri sürülen vakıalar, toplanan deliller, konu ile ilgili mevzuat hükümleri ve emsal içtihat gibi kaynaklar göz önünde bulundurulmalı ve fiili durumdan daha lehe bir sonucun temin edilmesinin ihtimal dâhilinde olup olmadığı tartışılmalıdır.

Özel Daire bozma kararında da bu hususa işaret edilmiş olmakla birlikte, söz konusu inceleme ve değerlendirmenin gerek 6100 sayılı HMK'nın 266/1. maddesinin "Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz." şeklindeki düzenlemesi gerekse 24.11.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin iki ve üçüncü fıkralarındaki "(2) Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz. (3) Genel bilgi ve tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz" hükümleri gereğince bu değerlendirmenin bozma kararında gösterildiği şekilde bilirkişi eliyle yapılması mümkün değildir. Hâkim bu incelemeyi bizzat kendisi yapmak zorunda ve bunu yapabilecek yegâne kişi konumundadır.

Hâl böyle olunca yerel mahkemece davacının sanık sıfatıyla yer aldığı ve davalı vekilin kusurlu eyleminin vuku bulduğu ağır ceza mahkemesi yargılaması yukarıda ayrıntıları ile izah edilen şekilde değerlendirilmeksizin yazılı gerekçe ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

Sonuç itibariyle direnme hükmünün bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının açıklanan değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhake-

meleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana iadesine, aynı Kanun'un 440/III-1. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 13.06.2019 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

DAVA ŞARTLARI
•
BELİRSİZ ALACAK DAVASI
•
KISMİ DAVAYA DÖNÜŞEN DAVA

ÖZET: Dava şartları davanın esası hakkında yargılama yapılabilmesi için gerekli olan unsurlardır. Bu unsurlar mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

Mahkeme hem davanın açıldığı tarihe hem de yargılama safhasında bu şartların mevcut olup olmadığını, kendiliğinden inceler.

Davanın açıldığı tarih itibariyle ya da yargılama aşamasında dava şartının ortadan kalktığının anlaşılması halinde davanın reddine karar verilmelidir.

Belirli alacaklar için de kısmi dava açılması mümkündür.

Belirsiz alacak davası nitelendirilmesiyle açılan davaya kısmi dava olarak devam edilebilmesi mümkündür.*

Y. HGK. E:2016/22-1166 K:2019/576 T:16.05.2019

Taraflar arasındaki "işçilik alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Kayseri 2. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 22.04.2014 tarihli ve 2013/519 E.- 2014/178 K. sayılı kararın temyizen incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi üzerine Yargıtay 22.

* Gönderen; Av. Nalan KAHRAMAN

Hukuk Dairesinin 19.10.2015 tarihli ve 2014/16510 E.- 2015/28942 K. sayılı kararı ile;

"...Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin davalı işverence haklı sebep olmaksızın feshedildiğini beyanla kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, dava konusu alacaklar yönünden müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini, davacı işçinin iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğini beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar süresi içinde taraflar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasında öncelikle çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşımadığı noktasında toplanmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesiyle, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107. maddesine göre,

"(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir."

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından, esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi üzerinde durularak ihdas edilmiş ve nihayetinde kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde "Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkanlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir.

Alacağın hangi hallerde belirsiz, hangi hallerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu alacak bakımından somut olayın özelliklerinin nazara alınarak sonuca gidilmesi gereklidir.

6100 sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde, sorunun çözümünde yol gösterici mahiyette kriterlere yer verilmiştir. Anılan madde fıkrasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği hüküm altına alınmış, madde gerekçesinde de "karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneği bilirkişi ya da keşif incelemesi sonucu)" belirlenebilme hali açıklanmıştır.

Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Sırf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması anlamına gelmez. Önemli olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır (H. Pekcanıtez, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 45; H. Pekcanıtez/O. Atalay/M. Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 448). Sadece alacak miktarının taraflar arasında uyuşmazlık bulunması ya da tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması halinde, neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki, bu da kanunun amacına aykırıdır. Çünkü, zaten uyuşmazlık bulunduğu için dava açılmakta ve uyuşmazlık mahkeme önüne gelmektedir. Önemli olan davacının talebini belirli kılacak imkâna sahip olup olmadığıdır. Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Davacının talep ettiği alacağı belirlenmesi objektif olarak mümkün, ancak belirleyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde ispatı (elindeki delillerle) mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü, bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir; ancak her zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güçlüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir.

Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılamaz (C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bası, İstanbul 2013, s. 225).

Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Belirsiz alacak davası, bu davaya ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gerekir.

Hakime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde (Örn: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 50, 51,56), hakimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibariyle alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkansız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında, Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda takdiri indirim yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, tanık anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hakimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.

6100 sayılı Kanun ile birlikte, yukarıda belirtilen çerçevede belirsiz alacak davası açma imkanı tanınarak belirsiz alacaklar bakımından hak arama özgürlüğü genişletilmiş; bununla bağlantılı olarak da hukuki yarar bulunmadan kısmi dava açma imkanı sınırlandırılmakla birlikte, tamamen kaldırılmamıştır.

Zaman zaman, 6100 sayılı Kanun ile birlikte kabul edilen belirsiz alacak davası ile kısmi davaya ilişkin yeni düzenlemedeki sınırın tam olarak tespit edilemediği, birinin diğeri yerine kullanıldığı görülmektedir. Oysa bu iki davanın amacı ve niteliği ayrıdır. Alacak, belirli veya belirlenebilir ise, belirsiz alacak davası açılamaz; ancak şartları varsa kısmi dava açılması mümkündür.

Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre

verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkan sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkan yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır (H. Pekcanıtez/O. Atalay/M. Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 454). Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılmakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılamıyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılamıyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanun'un 119/2 maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşımıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir (Dairemizin 31.12.2012 tarih 2012/30463 esas 2012/30091 karar sayılı kararı).

6100 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanun'un 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu belirtmek gerekir ki, iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılamaz.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında eldeki davaya konu somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirsiz alacak davası yönünden yapılan değerlendirmede;

Davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı şüphesizdir. Uyuşmazlık konusu kıdem ve ihbar tazminatı alacakları bakımından, talep içeriğinden açıkça anlaşıldığı üzere, davacı çalışma süresini ve en son ödenen ücreti belirleyebilmektedir. Bu halde dava konusu talepler belirsiz alacak davasına konu edilemez. Dava konusu edilen alacakların gerçekte belirlenebilir alacak olmaları ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılmakla, hukuki yarar yokluğundan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı işveren vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait iş yerinde 26.07.2006-15.03.2013 tarihleri arasında tanzim ve tanıtım görevlisi olarak çalıştığını, 15.03.2013 tarihinde tanıtım işlerinin dava dışı Ekom Araştırma ve Tanıtım Hizmetleri Dış Ticaret A.Ş.'ye devredildiği, artık bu şirkette çalışacağı, hak ettiği kıdem ve ihbar tazminatlarının ödeneceği belirtilmek sureti ile iş sözleşmesinin feshedildiğini, bir süre işe devam eden müvekkiline bir takım belgeler imzalatılmak istendiğini, tazminatlarını almadan bu belgeleri imzalamayacağını belirtmesi üzerine uygulanan baskı nedeni ile işi bırakmak zorunda kaldığını, işe asgari ücretle başladığını, işten ayrıldığında da asgari ücret almakta olduğunu ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatlarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket vekili, davacının müvekkili şirkette 26.07.2006-15.03.2013 tarihleri arasında çalıştığını, davacının yaptığı işi de kapsar şekilde tanıtım işinin dava dışı Ekom...A.Ş.'ye devredildiğini, 15.03.2013 tarihinde davacının da imzaladığı işçi devir sözleşmesi ile dava dışı bu şirkete devredildiğini, 12.04.2013 tarihine kadar Ekom ...A.Ş.'de çalıştığını, bu şirketçe iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile feshedildiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacının 26.07.2006 tarihinde davalı iş yerinde çalışmaya başladığı, 15.03.2013 tarihinde iş yeri ve işçinin alt işverene devredildiği, davacının 12.04.2013 tarihinde çalışmasının sona erdiği, iş sözleş-

mesinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirir şekilde son bulduğu gerekçesi ile kıdem tazminatı isteminin kabulüne, ihbar tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir.

Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkemece, fabrika, atölye gibi kayıt tutulmayan ya da az tutulan yerlerde elden, bankadan, eksik veya fazla ödemeler, sigorta bildirimleri, sosyal hakların verilip verilmemesi gibi durumlar karşısında ücretin ne olduğunun bile anlaşılamadığı, resmi ve fiili rakamların %99 oranında farklılık arzettiği, işçinin net-brüt ücreti, giydirilmiş ücreti, vergileri bilmesinin mümkün olmadığı, bu hesabı işverenin uzman görevlileri dışında sadece bilirkişilerin yapabildiği, öte yandan girdi-çıktılar, eksik veya geç bildirimler, devamsızlık ve sair nedenlerle işe giriş-çıkış tarihlerinin de belirsiz hâle geldiği, bu nedenlerle alacağın miktarını belirlemesinin işçiden beklenemeyeceği, elinde bilgi ve belge bulunmayan işçi açısından ispat edilebilirlik ile belirlenebilirlik arasındaki farkın pratikte bir önemi bulunmadığı, ayrıca davaların yığılması kapsamında bazı alacakların belirsiz alacak davasına konu edilebilecekleri, bazılarının belirsiz alacak olmadığına ilişkin Özel Daire kabulünün kendi içinde çelişki oluşturduğu, yine alacağın belirlenebilir olmasının hakkın özü, haklılık, hak sahibi olma gibi davacının üstün yararını ortadan kaldırmayacağı, hakkı ve alacağı olduğunu düşünen davacının hukuki yararının mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği, usule yönelik kabullerin hukuki yararı ortadan kaldırmayacağı gerekçesi ile önceki hükümde direnilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu (HGK) önüne gelen uyuşmazlık, somut olay bakımından dava konusu edilen kıdem ve ihbar tazminatlarının belirsiz alacak olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre dava konusu alacakların belirli olduğunun kabulü hâlinde davacının bu şekilde dava açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı ve davanın kısmi dava olarak görülüp sonuçlandırılmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında öncelikle dava konusu edilen alacakların belirsiz alacak olup olmadığı hususu tartışılıp değerlendirilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümü için belirsiz alacak davası üzerinde durmak gerekir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı HMK/6100 sayılı Kanun) 107'nci maddesiyle

mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (1086 sayılı Kanun/HUMK) yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinde yer alan;

"1-Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

2-Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

3-Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir." şeklindeki hüküm ile belirsiz alacak davası düzenlenmiştir.

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi ile ihdas edilmiş ve kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hâli, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır.

Bu kriterler, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin;

1-Davacının kendisinden beklenememesi,

-Bunun olanaksız olması,

3-Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir.

İşçilik alacakları bakımından, dava konusu edilen alacağın belirli olup olmadığı ile ilgili olarak davanın açıldığı tarihte alacağın miktarının yahut değerinin tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin davacıdan bekleneme-

mesi kriteri ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kriterini birlikte değerlendirip sonuca gidilmesi gerekir.

Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması veya bu konuda belge düzenlenip kendisine verilmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile işverene yazılı sözleşme yapılmayan hâllerde en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih hâlinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belgeyi işçiye verme yükümlülüğü getirilmiştir.

Kanunun 32/2'nci maddesi ile ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın kural olarak Türk parası ile iş yerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği, çalıştırdığı işçilerin söz konusu alacaklarını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişilerin özel olarak açılan banka hesapları dışında bu alacakları ödeyemeyeceği belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 37'nci maddesi ile işverene iş yerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya iş yerinin özel işaretini taşıyan bir pusula verme yükümlülüğü hükme bağlanmıştır. Söz konusu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 67'nci maddesinde, günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin iş yerlerinde işçilere duyurulacağı; 75'inci maddesinde ise işverene çalıştırdığı her işçi için işçinin kimlik bilgilerinin yanında, İş Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorunda olduğu bir özlük dosyası düzenlemesi gerektiği yükümlülükleri getirilmiştir.

Söz konusu düzenlemelere bakıldığında işçi işveren arasındaki iş ilişkisinde belgeye bağlama görev ve yetkisinin işçide değil, işverende olduğu görülmektedir.

İş sözleşmesinde iş görme edimini yerine getiren ve belge düzenleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunmayan işçinin, alacaklarını belirleyebilmesi için işveren tarafından düzenlenen kanuna uygun belgelere ihtiyacı vardır.

Diğer yandan iş ilişkisindeki alacak kalemlerinin hesaplanmasında çıplak ücret ya da giydirilmiş ücrete göre hesaplanan farklı alacak türleri bulunmaktadır. Örneğin kıdem tazminatı, giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer işçilik alacakları (fazla çalışma, hafta tatili, yıllık ücretli izin alacakları gibi) çıplak ücretten hesaplanmaktadır.

Giydirilmiş ücrete, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dâhil edilmektedir. Özellikle ücrete dâhil edilecek menfaatlerin iş yerinde süreklilik arz edip arz etmediği de çoğunlukla taraflar arasında tartışma konusu edilmektedir. Bu nedenle eğitim düzeyi ve sosyal durumları birbirinden farklı olan işçilerin alacağını tam ve kesin olarak belirleyebilmelerini beklemek mümkün değildir. Bunun için yukarda bahsedilen iki kriter birlikte değerlendirilerek, dava konusu edilen işçilik alacağının belirli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2012 tarihli ve 2012/9-838 E.- 2012/715 K. sayılı kararında belirtildiği üzere, işçilik alacaklarının özelliği dikkate alınarak alacakların belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi aksinin kabulü de doğru değildir. Aynı şekilde bu nedenle talep konusu işçilik alacaklarının belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.06.2015 tarihli ve 2015/22-1156 E.-2015/1598 K., 22.06.2016 tarihli ve 2016/22-874 E.-2016/824 K., 17.01.2018 tarihli ve 2016/22-2177 E.-2018/29 K., 17.01.2018 tarihli ve 2016/22-2181 E.-2018/24 K, 07.03.2018 tarihli ve 2014/22-2350 E.-2018/439 K., 14.03.2018 tarihli ve 2015/22-186 E.-2018/479 K. ile 28.03.2018 tarihli ve 2015/22-127 E.-2018/559 K. sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Öte yandan işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda Yargıtay'ın iş davalarına bakan 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu içtihatları arasında ortaya çıkan farklılığın giderilmesi için Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca yapılan değerlendirme sonucunda 15.12.2017 tarihli ve 2016/6 E.-2017/5 K. sayılı kararı ile "İşçilik alacaklarının çok çeşitli tür, nitelik ve kapsamda olması, somut olayın özelliklerine göre oldukça değişkenlik göstermesi, hatta aynı tür işçilik alacaklarında dahi somut olayın özellikleri itibariyle işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda soyut ve genel nitelikte, her bir olayda geçerli olacak ölçüde bir karar alınamayacağından, içtihadı birleştirmeye gerek

olup olmadığı" ön sorun olarak tartışılmış ve sonuç olarak içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı yönünde karar verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatlarının davalıdan tahsilini talep eden davacı vekilinin dava dilekçesinde hizmet süresini kesin ve net bir biçimde belirttiği ayrıca müvekkilinin asgari ücret aldığını beyan ettiği, işçiye ayni ya da nakdi olarak sağlanan herhangi bir sosyal yardımdan söz etmediği görülmektedir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda da Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kayıtlarındaki hizmet süresi esas alınarak asgari ücret üzerinden alacakların hesaplandığı, çıplak ücrete ayni ya da nakdi herhangi bir sosyal yardım eklenmediği anlaşılmaktadır.

Şu hâlde davacının dava açarken dava konusu alacakların miktarını belirleyebilmesi için uhdesinde gerekli veri ve bilgilerin bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Hâl böyle olunca dava konusu edilen alacakların belirsiz alacak olmadığı açıktır.

Hukuk Genel Kurulunca davacının belirsiz alacak davası ile talep ettiği kıdem ve ihbar tazminatlarının miktarını belirleyebilmesi için dava açarken elinde gerekli bilgi ve verilerin bulunduğu, bu nedenle bu alacakların belirsiz alacak olmadığı oy birliği ile kabul edildikten sonra, uyuşmazlık konusu alacakların belirli olduğu hâlde belirsiz alacak davasına konu edilmesi karşısında, davacının bu şekilde dava açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı ve davanın kısmi dava olarak görülüp sonuçlandırılmasının mümkün olup olmadığı hususu tartışılmıştır.

Bu hususların değerlendirilmesi için kısmi dava, dava şartları, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar, hukuki yarar, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimin Türk hukukunu resen uygulama ödevi, usul ekonomisi ve mahkemeye erişim hakkı kavramları üzerinde kısaca durmak gerekir.

I-Kısmi dava:

Alacağın yalnızca bir bölümü için açılan davaya kısmi dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya, kısmi dava denir. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan dava-

nın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez. Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağının daha fazla olduğu anlaşılıyor ve istem bölümünde "fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması" ya da "alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum" şeklinde bir ifadeye yer verilmiş ise, bu husus, davanın kısmi dava olarak kabulü için yeterli sayılmaktadır (Pekcanıtez, H.: Medeni Usul Hukuku, C.II, 15. baskı, İstanbul 2017, s.1000).

1086 sayılı HMUK'da açıkça kısmi dava düzenlenmediği hâlde, söz konusu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de kısmi dava açılması mümkün bulunmaktaydı. Çünkü, alacak hakkının bir bölümünün dava edilip geriye kalan kısmının ikinci bir dava ile istenmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktaydı.

Kısmi dava, 6100 sayılı HMK'nın 109'uncu maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında; talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmının da dava yoluyla ileri sürülebileceği hükme bağlanmıştır. İkinci fıkrasında ise, talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılamayacağı belirtilmişti. Ancak 109'uncu maddenin ikinci fıkrası 01.04.2015 tarihli ve 6444 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından artık talep konusunun taraflar arasında tartışmasız veya belirli olması hâlinde de kısmi dava açılması mümkün hâle gelmiştir.

II-Dava şartları:

Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi için gerekli olan unsurlardır. Diğer bir anlatımla, dava şartları dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

Mahkeme, hem davanın açıldığı tarihte hem de yargılamanın her aşamasında dava şartlarının bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırıp inceler ve bu konuda tarafların istem ve beyanları ile bağlı değildir. Dava şartlarının davanın açıldığı tarih itibariyle bulunmaması ya da bu şartlardan birinin yargılama aşamasında ortadan kalktığının öğrenilmesi durumunda mahkemece mesmu (dinlenebilir) olmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerekir.

6100 sayılı HMK'nın 114'üncü maddesinde;

"Dava şartları şunlardır:

a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması.

b) Yargı yolunun caiz olması.

c) Mahkemenin görevli olması.

ç) Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması.

d) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması.

e) Dava takip yetkisine sahip olunması.

f) Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması.

g) Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması.

ğ) Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi.

h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması.

ı) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması.

i) Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması.

(2) Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır." düzenlemesi yer almaktadır. Bu hükme göre, dava şartlarından bazıları olumlu (davanın açılması sırasında var olması gerekli), bazıları ise olumsuz (davanın açılması sırasında bulunmaması gereken) şartlardır.

HMK'nın 115'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre ise "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder". Bu düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hâkim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir.

115'inci maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, "Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez".

Dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar HMK'nın 119'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda maddenin (1) fıkrasının birinci bendi uyarınca dava dilekçesinde;

a) Mahkemenin adı.

b) Davacı ile davalının adı, soyadı ve adresleri.

c) Davacının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası.

ç) Varsa tarafların kanuni temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı, soyadı ve adresleri.

d) Davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, dava konusunun değeri.

e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.

f) İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.

g) Dayanılan hukuki sebepler.

ğ) Açık bir şekilde talep sonucu.

h) Davacının, varsa kanuni temsilcisinin veya vekilinin imzası bulunması gerekir.

Bu unsurların bir kısmı dava dilekçesinde mutlaka bulunması gereken zorunlu unsurlardır. Bazıları ise dava dilekçesinde bulunması zorunlu olmayan, ihtiyari niteliktedir. Zorunlu unsurlar davanın temelini oluşturur; bunlar hukuki güvenlik ve açıklığı sağladığından kamu yararı amacı taşır. Hâkimin tarafların talebine ve uyuşmazlığın esasına uygun inceleme yaparak karar vermesini temin etmesi yanında davalının da etkili savunma yapmasına hizmet etmek sureti ile onun menfaatini korur.

Öte yandan 119'uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca " Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır".

Şu hâlde mahkemenin adı, dava konusu ve değeri, vakıalar, deliller ve hukuki sebepler dışında kalan unsurlardan herhangi birinin eksik bırakılmış, yazılmamış olması durumunda, hâkim tarafından verilen bir haftalık kesin süre içerisinde eksikliğin tamamlanmadığı takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir.

III-Hukuki yarar (menfaat):

Medeni usul hukukunda hukuki yarar, mahkemede bir davanın açılabilmesi için, davacının bu davayı açmakta ve mahkemeden hukuksal korunma istemekte bir çıkarının bulunması gerektiğine ilişkin ilke anlamına gelir. Davacının davayı açtığı tarih itibariyle dava açmakta hukuk

kuralları tarafından haklı bulunan (korunan) bir yararı olmalı, hakkını elde edebilmesi için mahkeme kararına ihtiyacı bulunmalıdır.

6100 sayılı Kanun'un sözü edilen maddesinin gerekçesinde de "...Maddenin birinci fıkrasının (h) bendinde ise davacının dava açmakta hukukî yararının bulunmasının bir dava şartı olduğu hususu açıkça vurgulanmıştır. Burada sözü edilen hukukî yarardan maksat, davacının sübjektif hakkına hukukî korunma sağlanması hususunda mahkemeye başvurmasında hâli hazırda hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle, davacı hakkına kavuşmak için, hâli hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukukî yararının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir..." yönünde açıklamalar yer verilmiştir.

Öte yandan bu yararın "hukuki ve meşru", "doğrudan ve kişisel", "doğmuş ve güncel" olması da gerekir (Hanağası, E.: Davada Menfaat, Ankara 2009, s.135).

Hukuki yarar dava şartlarından olup 6100 sayılı HMK'nın 114'üncü maddesine göre, davacının dava açmakta hukuken korunmaya değer bir yararının bulunması gerekir. Bu şart, dava konusuna ilişkin genel dava şartlarından biri olup, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi ve esas hakkında hüküm verilebilmesi için varlığı gerekli olduğundan, olumlu dava şartları arasında sayılmaktadır. Bu nedenle menfaate, davanın dinlenebilmesi (mesmu olması, kabule şayan olması) şartı da denilmektedir (Hanağası, s.19-21).

Bir davada, menfaat (hukuki yarar) ilkesinin dava şartı olarak gözetilmesinin, yargılamanın amacına ve usul ekonomisi ilkesine uygun olacağı her türlü duraksamadan uzaktır.

Bu ilkeden hareketle bir davada hukuki menfaatin bulunup bulunmadığı mahkemece, tarafların dava dosyasına sunduğu deliller, olay veya olgular çerçevesinde yargılamanın her aşamasında ve kendiliğinden gözetilmelidir. Böylelikle kişilerin haksız davalar açmak suretiyle dava hakkını kötüye kullanmasına karşı bir güvence de sağlanmış olmaktadır (Pekcanıtez, s.946-949).

Nitekim aynı görüş Hukuk Genel Kurulunun 24.11.1982 tarihli ve 1982/7-1874 E.-1982/914 K.; 05.06.1996 tarihli ve 1996/18-337 E.-1996/542 K.; 10.11.1999 tarihli ve 1999/1-937 E.-1999/946 K.; 25.05.2011 tarihli ve 2011/11-186 E. 2011/352 K. ve 01.02.2012 tarihli 2011/10-642 E.-38 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Koşulları oluşmadığı hâlde belirli alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda, davacının belirsiz alacak davası açmakta hu-

kuki yararının bulunup bulunmadığı konusunda doktrinde de farklı görüşler olduğu görülmektedir.

Hanağası'na göre, "...Menfaatin de dahil olduğu dava şartları davanın açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esası hakkında incelemede bulunabilmesi için gerekli olan şartlardır. Buna bağlı olarak, bir görüşün ifade ettiği gibi, dava şartlarının (ve dolayısıyla menfaatin) davanın geçerliliğinin bağlı olduğu şartlar olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle, dava açmaktaki menfaatin yokluğu, usuli işlemin doğumuna engel olmaz, başka bir anlatımla, dava açmakta menfaatin varlığı yargılama hukuki ilişkisinin varlık şartı değil, "mevcut bir usulî ilişkinin geçerlilik şartı, yani esas hakkında hüküm verilebilme şartı"dır. Gerçekten menfaat olmadan açılan dava da açılmış (var) sayılır, yani derdesttir. Ancak mahkeme bu davanın açılmasında menfaatin bulunmadığını tespit edince, davanın esası hakkında inceleme yapamaz; davayı dava şartı yokluğundan usulden reddetmekle yükümlüdür.....Davacının davada menfaati olup olmadığı da kural olarak davanın açıldığı tarihe göre belirlenecektir. Bu nedenle davacının menfaati kural olarak davanın açıldığı tarihte var olmalıdır. Aksi hâlde davacının açtığı bu dava, kabule şayan değildir ve davanın menfaat yokluğu nedeniyle esası incelenmeksizin usulden reddi gerekir. Hemen belirtelim ki, hâkimin eksik olan menfaatin tamamlanması için bir süre vermesi söz konusu olamaz. Çünkü menfaat eksikliği, belli bir süre verilerek giderilebilecek türde bir dava şartı değildir (Hanağası, s. 21 ve 322,323).

Pekcanıtez'e göre, "....hukukî yararın bulunmadığı tespit edilirse, hâkim bu hukukî yarar eksikliğinin tamamlanması için davacıya süre veremez. Bazı dava şartları eksikliği sonradan tamamlanabilirse de, hukukî yarar şartı eksikliği tamamlanamaz. Çünkü dava şartları dava açıldığı tarih esas alınarak belirlenir. Hukukî yararı bulunmayan davacıya "Belirsiz alacak davası açmakta hukukî yararın yok, hukukî yararın olan başka bir dava türüne göre talep sonucu belirle" denemez. Davacı belirsiz alacak davasının koşulları bulunmadığı hâlde belirsiz alacak davası açtıktan sonra bu durumun tespiti üzerine talep sonucu tam bir eda davasına dönüştürmek isterse, bu apaçık talep sonucunun arttırılmasıdır. Davacının talep sonucunun arttırılması ise davalının açık izni olmadığı takdirde yasaktır. Ancak karşı tarafın izni veya ıslah yolu ile talep sonucu arttırabilir. Bu durumda talep sonucunun arttırılması iddianın genişletilmesi yasağına girmez denilerek kanuna aykırı biçimde bir yorum yapılamaz." (Pekcanıtez, H.: Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, s. Özel S., 2013, s. 954-955).

Aslan/Akyol Aslan/Kiraz'a göre, "Belirsiz alacak davasının koşulları HMK m. 107 hükmünde belirlenmiştir. Bu dava hukuki nitelik olarak bir eda davası ise de, genel eda davasına oranla istisnaî nitelikte bir dava olduğunun unutulmaması gerekir. Mahkeme belirsiz alacak davasının istisnaîlik niteliğini daima göz önünde bulundurmalıdır. Dolayısıyla mahkemeye yöneltilen her eda talebinin, belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkün değildir.

Kanunda öngörülen koşullar mevcut olmadığı halde belirsiz alacak davası açılması halinde, yukarıda açıklanan gerekçelerle, mahkemenin davacıya HMK m. 119/2 hükmüne göre süre vermesi mümkün değildir. Zira HMK m. 119/2 hükmünün uygulanabilmesi için dava dilekçesinin zorunlu unsurlarında bir eksikliğin bulunması gerekir. Oysa belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılan hallerde, davacı dava dilekçesinde talep sonucunu belirttiğine göre, m. 119/2 hükmünün uygulanmasını gerektiren bir eksiklikten söz edilemez.

Koşulları oluşmadığı halde belirsiz alacak davası açılan hallerde, mahkemenin m. 115/2 hükmüne göre de davacıya süre vermesi mümkün değildir. Zira m. 115/2 hükmü, tamamlanması mümkün olan dava şartı noksanlıklarında uygulanabilecek bir hükümdür. Belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Hukuki yarar davanın açıldığı ana göre tespit edilir. Dolayısıyla davanın açıldığı anda noksan olan hukuki yararın sonradan tamamlanması mümkün olmamak gerekir. Mahkemenin koşullarını taşımayan bir belirsiz alacak davasındaki hukuki yarar noksanlığını gidermesi ve davayı başka bir davaya dönüştürmesi için davacıya süre vermesi söz konusu olamaz. Mahkemenin böyle bir yola başvurması tarafa yol göstermek (m. 36/1-a) anlamına geleceği gibi hâkimin ihsası reyde bulunması (m. 36/1-b) anlamına da gelebilir ve bu durumlar hâkimin reddi sebebi teşkil eder. Koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının, yukarıda açıklanan gerekçelerle hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tam eda davasına dönüştürülmesi de mümkün değildir. Mahkemenin davayı aydınlatma ödevini gerekçe göstererek, talebini tam eda davasına dönüştürmesi için davacıya süre vermesi söz konusu olamaz. Davacının talebi, çelişkili ya da belirsiz olmadığına göre, burada hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin hükmün (m. 31) uygulanmasını gerektiren bir durum olmayacaktır.

Koşulları oluşmadan açılmış olan bir belirsiz alacak davasının yukarıda belirtilen gerekçelerle mahkemece kendiliğinden tam eda davası olarak kabul edilmesi de mümkün olmamak gerekir. Ayrıca belirli bir alacak için açılmış olan böyle bir davaya kısmi davanın koşullarını taşımayacağı için, kısmi dava olarak da devam edilemez. Sonuç olarak, HMK m. 107 hükmünde belirtilen koşulları taşımadığı hâlde belirsiz alacak davası şek-

linde dava açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Hukuki yarar m.114 hükmüne göre dava şartı teşkil etmektedir. Dava şartı olan hukuki yararın m. 115/2 hükmüne göre mahkemece süre verilerek tamamlanması da mümkün değildir. Bu nedenle, koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası şeklinde açılan bir davanın, dava şartı noksanlığı nedeniyle mahkemece usulden reddedilmesi gerekir" (Aslan, K./ Akyol Aslan, L./Kiraz, T. Ö: Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Kararlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, s.Özel Sayı, 2014, s. 1017-1019).

Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası'na göre, "Davanın açıldığı sırada var olmayan "hukukî yararın" dava sırasında tamamlanması, mahkemenin "hukukî yarar" eksikliğinin tamamlanmasını beklemesi söz konusu olamaz. Çünkü hukukî yarar dava şartı eksikliği ilgili tarafa belli bir süre verilerek tamamlanabilecek bir dava şartı değildir. Hukukî yararın bulunması dava şartı, sadece dava açılırken değil, nihai karar verilinceye kadar var olmalıdır. Bu dava şartı eksikliğinin mahkemece tespiti üzerine davanın usulden reddine karar verilmesi gerekir.....Hâkim açılan belirsiz alacak ve tespit davalarının, kanunun aradığı şartlara uygun olarak açıldığını tespit etmesi halinde, hukukî yararın varlığını kabul ederek davayı görür; aksi hâlde dava şartı eksikliğinden davayı usulden reddeder (Arslan, R./ Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./ Hanağası, E.: Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 286-288).

Tanrıver'e göre, "Koşullarının oluşmamasına, yani talep edilecek alacak tutarının, davanın açıldığı anda, tam ve kesin bir biçimde belirlenmesinin mümkün olmasına rağmen, bir dava, belirsiz alacak davası şeklinde açılmışsa, hukuki yarar, yani dava şartı yokluğundan, usulden hemen reddedilmemeli; hakim, taleple bağlı olup (HMK m.26) hukuki tavsifle bağlı bulunmadığı için (HMK m.33), ortada örtülü bir kısmi dava da mevcut değilse (HMK m. 109), bir ara kararıyla, açılan davayı, tam bir eda davası (HMK m. 105) olarak nitelendirip görmeye devam etmelidir. Çünkü, belirsiz alacak davası bağlamında, dava dilekçesinde gösterilmesi gereken asgari tutar, zaten somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, tespiti mümkün olan alacak tutarı konumundadır. Dolayısıyla, anılan durumda, örtülü kısmi davanın koşulları da mevcut değilse, davacının, tam bir eda davası açtığı kabul edilmelidir. Bu(na) karşılık, dava dilekçesinde, asgari bir tutar gösterilmiş olup; bunun, alacağın belirli bir kesimi olduğu anlaşılmakla birlikte, açılan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa kısmi dava mı olduğu hususunda, talep sonucu bağlamında herhangi bir açıklık yok ise (HMK m.119/I/ğ), hakim, taleple de bağlı olduğu için (HMK m. 26, I), öncelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, davacı tarafa, bir haftalık kesin bir süre verip; onun be-

yanı doğrultusunda, açılmış olan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa, kısmi dava mı olduğunu saptamak zorundadır. Davacı, açmış olduğu davanın, belirsiz alacak davası olduğunu beyan etmiş ve somut olayda da belirsiz alacak davası açılabilmesi için varlığı gereken koşullar mevcutsa, bu dava, belirsiz alacak davası olarak görülmeli ve karara bağlanmalıdır. Somut olayda, belirsiz alacak davası açılabilmesi için varlığı gereken koşulların mevcut olmasına rağmen, davacı taraf, kendisine verilen bir haftalık kesin süre içerisinde, açmış olduğu davanın, kısmi dava olduğu yönünde bir beyanda bulunmuşsa, mahkeme, davayı, kısmi dava olarak kabul edip görmeli ve sonuçlandırmalıdır. Öte yandan, alacağın, belli bir kesiminin dava edildiği açık olmakla beraber, somut olayda, belirsiz alacak davasının işlerlik kazanabilmesi için varlığı gereken koşullar mevcut değil ve fakat kısmi dava açılabilmesi mümkün ise, bu durumda, mahkemece, açılmış olan dava, doğrudan bir ara kararıyla bir kısmi dava olarak nitelendirilmek suretiyle görülmeli ve karara bağlanmalıdır. Çünkü hukukumuzda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin son fıkrasının metninin son derece açıklığı karşısında, örtülü kısmi dava dahi caizdir. Koşulları mevcut ise, kısmi dava açılabilmesi için, açılan davanın, kısmi dava olduğuna ilişkin iradenin, dava dilekçesinde, açık ve kesin bir dille ortaya konulması şart değildir...." (Tanrıver, S.: Belirsiz Alacak Davası Ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 2, s. 9-10).

Karaaslan'a göre, "Belirtmek gerekir ki. İsviçre hukukunda şartları oluşmadığı halde belirsiz alacak davası açılması halinde hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmemekte, hakimin davacıya talebini belirlemesi için süre vermesi gerektiği kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, bu durum hukuki yararla irtibatli olarak değerlendirilmemektedir. Kanaatimce her ne kadar HMK m. 107'nin Adalet Komisyonu Gerekçesinde durum hukuki yararla irtibatli gosterilmiş olsa da Türk hukuku bakımından da İsviçre hukukundaki görüş geçerlidir. Şöyle ki, dava, davacının gerçekten ihtiyacı olan ve dava sonunda verilecek hükümle karşılanacak bir hukuki himayenin gerçekleşmesi için açılmış olmalıdır. Yani davacı hakkına kavuşmak için mahkemenin kararına ihtiyaç duymalıdır. Dava ile elde edilebilecek sonuca başka bir yolla ulaşmak mümkün ise kişinin o davayı açmakta hukuki yararı yoktur. Eda davası bakımından kural olarak hukuki menfaatin varolduğu kabul edilmektedir. Belirsiz alacak davası kural olarak bir eda davasıdır ve bu davayı açan kişinin talebi karşı tarafin şu an için belirlenmesi imkân dahilinde olmayan bir meblağı kendisine ödemeye mahkum edilmesidir. Her ne kadar doktrinde ileri sürülen bir görüş belirsiz alacak davalarında özel bir hukuki yararın varlığını aramaktaysa, kanımca bu dava bakımından bulunması gereken hukuki yarar herhangi bir eda davasından farklı değildir. Burada davacının

dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşması mümkün değilse hukuki yararının var olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu davanın belirsiz alacak davası olarak açılması kişinin hukuki yararının yokluğu sonucuna götürmez. Burada "alacağın miktar yahut değerinin tam ve kesin olarak belirlenmesinin davacıdan beklenememesi veya bunun imkansız olmasi hali" belirsiz alacak davasının görülebilmesi için özel bir dava şartı olarak kabul edilebilir. Bu hâlde açılan davada hukuki yarar mevcuttur ancak dava belirsiz alacak davası olarak değil, kısmi veya tam eda davası olarak görülmelidir. Bu durumda mahkemenin alacak miktarının netleştirilmesi için davacıya süre verip harcı ikmal ettirerek yargılamaya devam etmesi gerekecektir. Esasen böyle bir durumda dava değişikligi de söz konusu degildir. Çünkü davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmiş olması durumunda da davacının talebi tüm zararının tazmin edilmesidir. Nitekim belirsiz alacak davası koşullarını taşıyan bir davada derdestlik olgusu, dava dilekçesinde belirtilen asgari değerle sınırlı olarak değil, alacağın davanın başında belirlenmesi mümkün olmayan kısmı bakımından da, bir diğer ifadeyle alacağın tamamı bakımından geçerli olacaktır. Bu da böyle bir davada talep edilenin tüm alacak olduğunu göstermektedir. O halde hakimin burada yapması gereken, belirsiz alacak davası koşullarını taşımayan bir davada davacının talep sonucunu netleştirerek tam olarak neyi talep ettiğini açıklığa kavuşturmak olmalıdır ki, bu da esasen aydınlatma ödevinin bir gereğidir. Belirsiz alacak davasına özgü bir hukuki yarar koşulu ihdas ederek bu koşulları taşımayan bir davanın usulden reddi gerektiğini savunmak kanaatimce zorlama bir yorumdur (Karaaslan, V.: Belirsiz Alacak Davası/Kısmi Dava-Bir Madalyonun İki Yüzü mü?, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIII, sayı 1, s. 230, 231).

Budak/Karademir'e göre, "Kanunda belirsiz alacak davasının şartlarının gösterilmiş olmasına rağmen, şartları olmadan belirsiz alacak davası şeklinde açılmış olan bir davanın akıbetinin ne olacağı düzenlenmemiştir. Bu konuda uygulanması söz konusu olabilecek kanun hükümlerinin kanımızca dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesiyle ilgili HMK m. 119 (1) (ğ), 2 hükümleri ile dava şartı eksiklerinin giderilmesine ilişkin HMK m.115 (2) hükmü olabilir. Her hâlde, şartları olmadan açılan belirsiz alacak davasının hemen reddedilmemesi; davacıya talebini belirli hale getirmesi için süre verilmesi gerektiği yönündeki görüşler bize göre de daha doğru görünmektedir" (Budak, A.C./ Karademir, D.: Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, Sayı 1, s. 140-141).

Akil'e göre, "Şartları oluşmadan belirsiz alacak davasının açılması durumunda hukuki nitelendirme ile bağlı olmayan hâkim (HMK m.33) davayı reddetmemeli, davayı aydınlatma görevi (HMK m. 31) gereği davacıya süre vererek dava konusu meblağı rakamla belirlemesini sağlamalı ve davaya buna göre devam etmelidir. Davacının verilen süreye rağmen dava konusu meblağı rakamla belirlememesi durumunda ise HMK m. 119/2 uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar vermelidir (Akil, C.: Belirli Alacağı Belirsiz Alacak Davasına Konu Edilmesi Durumunda Mahkeme Ne Tür Bir Karar Vermelidir?, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIV, Sayı 2, s. 207).

IV-Usul ekonomisi:

Usul hukuku biçimsellik (şekilcilik, formalizim) üzerine kurulmuştur ve bu nedenle "şeklî (biçimsel) hukuk" olarak adlandırılır. Davalarda biçimsellik tarafların yargılamanın sonucunu hesaplayabilmesi, yasa yolları ile bunu denetleyebilmesi, keyfilikten korunma, eşit davranılma gibi güvenceler sağlamakla birlikte; sıkı sıkıya şekle bağlılık olarak görülmemeli, maddi gerçeği bulmak ve adaletli karar vermek adına hakkaniyete uygun olarak değerlendirilmelidir.

Biçimselliğin bu doğrultuda yorumlanmasında usul ekonomisi ilkesi devreye girmektedir.

6100 sayılı HMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesi, Anayasal dayanağı olan bir ilke olup 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141'inci maddesinin dördüncü bendinde davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğuna açıkça işaret edilmiştir.

Türk hukuk öğretisinde dava ekonomisi olarak da anılan usul ekonomisi ilkesi, genel olarak boş yere dava açılmasını, yargılama sırasında gereksiz işlemlerin yapılmasını ve zor yöntemlerin seçilmesini önlemeye hizmet eder. Bunun yanı sıra, anılan ilke, yargılamada emekten, zamandan ve masraftan mümkün olduğu ölçüde tasarruf edilmesine yönelik bir işlevi de yerine getirir. Başka bir anlatımla, usul ekonomisi, ihlal edilen hukuk düzeninin en az giderle, en kısa sürede ve en az zorlukla gerçekleştirilmesini ve boş yere davalar açılmasının önüne geçilmesini sağlamaya yönelik bir yargılama hukuku ilkesidir (Hanağası, s. 32).

Başka bir anlatımla, usul ekonomisi, yasalarda öngörülen düzenleme çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılamada öngörülen olağan zaman süresinin aşılmamasını ve gereksiz gider yapılmamasını amaçlar ve bunu hâkime bir görev olarak yükler (Yılmaz, E., Usul Ekonomisi, AÜHFD, 2008, s.243). Yargıtay'a göre de usul ekonomisi adale-

tin ucuz, çabuk ve isabetli olarak sağlanmasının temel kurallarındandır (HGK'nın 10.4.1991 tarihli ve 1991/15 E.-1991/202 K. sayılı kararı).

V-Hâkimin davayı aydınlatma ödevi:

6100 sayılı HMK'nın "Hâkimin davayı aydınlatma görevi" başlıklı 31'inci maddesine göre, "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu olduğu durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir."

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenleme ile doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar "açıklama yaptırabilir" denilmişse de, bunun, hâkimin davayı aydınlatması için bir "ödev" olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia ve savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir (Pekcanıtez, H./ Atalay, O. / Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, 2011, 11. Bası, s. 248 vd).

Görüldüğü üzere, hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin 31'inci maddede, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz ya da çelişkili gördüğü konular hakkında taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği, kanıt gösterilmesini isteyebileceği belirtilmiştir.

Öte yandan HMK'nın 33'üncü maddesi uyarınca hâkim Türk hukukunu resen uygular. Bu nedenledir ki, dava dilekçesinde davacının talebini dayandırdığı vakıalara uygun hukuki sebepleri dava dilekçesinin zorunlu unsurları arasında sayılmamıştır. Zira davacının dayandığı vakıalara uygun hukuki sebepleri hâkim kendiliğinden bulup uygulamakla yükümlüdür.

VI. Mahkemeye erişim hakkı:

Anayasa'nın 36'ncı maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur.

Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bakımdan davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren gü-

vencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Diğer bir ifadeyle dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmaz (Anayasa Mahkemesinin B. No: 2013/8896, 23/2/2016 tarihli Mohammed Aynosah,kararından, § 33).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6'ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasınında da; "Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ...konusunda karar verecek olan,...bir mahkeme tarafından davasının ...görülmesini istemek hakkına sahiptir..." yönünde düzenleme bulunduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında da "...Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlâl edebilir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52)" şeklinde tespitlere yer verilmiştir.

Dava çeşitleri HMK 105 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Bir davanın hangi dava çeşidini oluşturduğu davacının talep sonucunun hangi dava türü tanımına uyduğuna göre belirlenebilir. Davacı dava dilekçesinde dava türünü inşai dava olarak yazsa bile bir miktar alacağın tahsili talebinde bulunmuş ise bu eda davası olup hâkim bu kapsamda karar vermek zorundadır. Bu nedenle eda davası açılması gerekirken inşai dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilemez. Hukuki yararı belirleyen davacının gösterdiği dava türü değil, karar verilmesi istenen talep sonucudur.

Nasıl ki dava dilekçesinde hiç gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olsa bile HMK 33. madde kapsamında doğru hukuki sebebi bulmak ve uygulamak hâkimin görevi ise HMK 32. madde çerçevesinde yargılamayı sevk ve idare ile dava türü tanımlarına ve talep sonucuna göre dava türünü doğru belirleyip buna göre yargılamayı sürdürüp davayı sonuçlandırmak da hâkimin görevidir. Bu konuda hâkim, davacının dilekçesinde yaptığı isimlendirmeyle bağlı olmaksızın açılan davanın, eda davası, tespit davası, belirsiz alacak ve tespit davası, inşai dava, kısmi dava, terditli dava, seçimlik dava ve topluluk davası çeşitlerinden hangisi olduğunu belirleyerek yargılamayı sürdürüp davayı sonuçlandıracaktır.

Bir davadaki talep sonucu bazı kısımları itibarıyla birden fazla dava türü tanımıyla ilgili, çakışan yani benzer unsurlar içeriyor olabilir. Bu gibi durumlarda hâkim davayı aydınlatma ödevi kapsamında davacıdan açıklama isteyerek doğru dava türünü belirleyebilecektir. Tüm bu nedenlerle

davacı dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olduğundan söz etmiş olsa bile belirsiz alacak davası unsurları bulunmuyorsa bu davanın açılmasında hukuki yarar olmadığından söz edilemeyecek alacağın istenmesinde hukuki yarar olduğundan mevcut unsurları itibarıyla kısmi dava açılmış olduğu kabul edilerek davacının talep sonucu hakkında karar verilebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında alacak belirli olmasına rağmen belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda ne yapılması gerektiği konusuna dönecek olursak; şartları bulunmamasına başka bir anlatımla talep edilecek alacak miktarının davanın açıldığı anda tam ve kesin bir biçimde belirlenmesinin mümkün olmasına rağmen belirsiz alacak davası şeklinde açılan dava, hukuki yarar, yani dava şartı yokluğu nedeni ile usulden hemen reddedilmemelidir. Zira bir miktar belirtilmek sureti ile açılan belirsiz alacak davası da alacak ister belirli ister belirsiz olsun bir eda davasıdır ve eda davalarında hukuki yarar var kabul edilir. Öte yandan davacının dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşması mümkün olmayıp bir mahkeme kararına muhtaç ise dava açmakta hukuki yararının bulunduğu tartışmasızdır.

Başka bir anlatımla alacağın belirli veya belirsiz olması başlangıçta var olan hukuki yararı ortadan kaldırmaz.

Bu durumda dava dilekçesinde talep edilen asgari tutar somut olayın özelliklerine göre talep edilebilecek alacak tutarı konumunda olup kısmi davanın koşulları yoksa davacının tam eda davası açtığı kabul edilmelidir.

Ancak dava dilekçesinde talep edilen asgari tutar somut olayın özelliklerine göre talep edilebilecek toplam alacak miktarı kadar değilse ve kısmî davanın koşulları da bulunmuyorsa, bu durumda mahkemece alacak miktarını netleştirmesi ve bildireceği dava değerine göre eksik harcı tamamlaması için davacıya HMK'nın 119'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bir haftalık kesin süre verilmeli ve verilen kesin süre içinde belirtilen eksikliğin tamamlanması hâlinde davaya tam eda davası olarak devam edilmeli, aksi durumda ise davanın usulden reddine karar verilmelidir.

Buna karşılık, dava dilekçesinde asgari bir tutar gösterilmiş olup bunun, alacağın belirli bir kesimi olduğu anlaşılmakla birlikte, açılan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa kısmi dava mı olduğu hususunda açıklık bulunmuyorsa hâkim, taleple bağlı olduğu için (6100 sayılı HMK m. 26) öncelikle, HMK'nın 119'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, davacı tarafa bir haftalık kesin bir süre vermeli ve onun beyanı doğrultusunda açılmış olan davanın belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunu belirlemelidir. Bu da esasen hâkimin davayı aydınlatma

ödevi kapsamındadır. Davacı verilen bir haftalık kesin süre içinde davanın belirsiz alacak davası olduğunu beyan etmiş ve belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli koşullar mevcut ise, dava belirsiz alacak davası olarak görülüp sonuçlandırılmalıdır. Belirsiz alacak davası açılabilmesi için gerekli şartlar bulunmakla birlikte davacı açmış olduğu davanın kısmi dava olduğunu belirtmiş ise, bu hâlde mahkeme davayı, kısmi dava olarak kabul edip yargılamayı sürdürmelidir. Üçüncü bir ihtimal olarak davacı davasının belirsiz alacak davası olduğunu mahkemeye bildirmiş olmakla birlikte belirsiz alacak davasının koşulları bulunmuyor ve fakat kısmi dava açılabilmesi mümkün ise, bu durumda, mahkemece, açılmış olan dava, doğrudan bir ara kararıyla bir kısmi dava olarak nitelendirilmek suretiyle görülüp karara bağlanmalıdır.

Bu açıklamalar kapsamında somut olaya bakıldığında; davacı vekili müvekkilinin iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ancak alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmak sureti ile 1.000,00TL kıdem tazminatı, 500,00TL ihbar tazminatı talep etmiş olup davasını açıkça belirsiz alacak davası olarak nitelendirmiştir. Davanın belirsiz alacak davası olarak açılmasına rağmen alacakların belirli olduğu sonucuna ulaşıldığından somut olayda belirsiz alacak davasının koşulları bulunmamakta ise de, alacaklarının ödenmediğini iddia eden davacının, mevcut yasal düzenlemeler karşısında dava açmaktan başka bir yolla alacağına kavuşma imkânı olmayıp, bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunması karşısında eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Başka bir anlatımla alacağı olduğunu iddia eden davacının alacağının tahsili amacı ile ister kısmi, ister tam eda veya belirsiz alacak davası açmasında her zaman hukuki yararı vardır. Zira davacı davalıdan olan alacağını istemektedir.

Öyle ise, alacağın tartışmasız veya belirli olması hâlinde kısmi dava açılamayacağına ilişkin 6100 sayılı HMK'nın 109'uncu maddesinin ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılmış olmasından dolayı belirli alacaklar için de artık kısmi dava açılması mümkün hâle geldiğine ve davacının alacaklarının bir kısmını dava ettiğinin dava dilekçesi içeriğinden anlaşılmasına başka bir anlatımla davanın kısmi dava olarak görülmesi için gerekli koşulların somut olayda bulunmasına göre, mahkemece dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmeyerek bir ara kararı ile kısmi dava olarak görülüp sonuçlandırılmalıdır.

Bu yöndeki kabulün Anayasa'nın 141'inci ve 6100 sayılı HMK'nın 30'uncu maddelerinde düzenlenen davaların en az giderle ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasını öngören "usul ekonomisi" ilkesi-

ne de uygun olacağı, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne ve mahkemeye erişim hakkına da hizmet edeceği açıktır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında belirsiz alacak davası açılması için gereken hukuki yarar dava şartının dava açıldığı sırada mevcut olması gerektiği, bu dava şartının sonradan tamamlanmasının mümkün olmadığı, yerleşik içtihatlarda eda davası açılması gerekirken, tespit davası açılması durumunda davanın hukuki yarar yokluğundan reddi gerektiğinin kabul edildiği, aynı hâlin burada da geçerli olduğu, dava açılırken mevcut olmayan hukuki yararın hâkim tarafından süre verilerek davanın türü değiştirilmek sureti ile giderilemeyeceği, bu nedenle belirli alacakların belirsiz alacak davasına konu edildiği eldeki davanın hukuki yarar yokluğundan usulden reddi gerektiği, Özel Daire bozma kararının yerinde olduğu, direnme kararının doğru olmadığı görüşü ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğu tarafından bu görüş benimsenmiştir.

Hâl böyle olunca mahkemenin direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, Özel Dairece bozma nedenine göre davanın esasına yönelik diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan davalı vekilinin işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,** karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 16.05.2019 tarihinde oy çokluğuyla kesin olarak karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

VEKALET YETKİSİ
•
VEKİLİN SORUMLULUĞU • YETKİYİ KÖTÜYE KULLANMA

ÖZET: Vekalet yetkisinin verilmesi vekilin makul ölçüler dışına çıkarak vekil edenin yararına uymayan işlemler yapması anlamına gelmez.

Vekil edenin yararıyla bağdaşmayan işlemler yapan vekil sorumlu olur.

Vekil ile sözleşme yapan kişi iyiniyetli ise vekilin yaptığı sözleşme vekil edeni bağlar.

Üçüncü kişi vekil ile menfaat işbirliği içinde ise veya vekilin görevinin kötüye kullandığını biliyor ya da bilebilecek durumda ise vekilin işlemleri vekil edeni bağlamaz.

Y. 1. HD. E: 2016/9603 K: 2019/2980 T:15.05.2019

Dava, vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, olmazsa bedel isteğine ilişkindir.

Davacı, emekli maaşının çekilmesi ve taşınmaz intikal işlemlerinin yapılması gibi resmi işlemlerde yardımcı olması için davalı oğlu ...'ü vekil tayin ettiğini, vekilin ... (yenileme sonucu ... ada ...) parsel sayılı taşınmazdaki payının tamamını diğer davalı ...'a düşük bedelle satış suretiyle temlik ettiğini, yaşlı olduğu için vekil tarafından kandırıldığını, vekalet görevinin kötüye kullanıldığını, davalıların el ve iş birliği içinde olduklarını ileri sürerek tapu kaydının iptaliyle adına tescilini, mümkün olmazsa satışa konu pay bedelinin faiziyle tahsilini istemiştir.

Davalı ..., taşınmazın davacının isteği ve bilgisi doğrultusunda hukuken geçerli vekaletname ile diğer davalı ...'a satıldığını, satış bedelinin de davacıya ödendiğini belirtip davanın reddini savunmuş, diğer davalı ..., savunma getirmemiştir.

Mahkemece, vekalet görevinin kötüye kullanıldığı, davalı ...'ın iyi niyetli olduğu, satış bedelinin vekil tarafından davacıya ödenmediği gerekçe-

siyle tapu iptali ve tescil isteği reddedilmiş, 38.470,00 TL alacağın davalı vekil ...'den tahsiline karar verilmiştir.

1930 doğumlu davacının 29.07.2013 tarihinde satış yetkisini de içerir biçimde davalı oğlu ...'ü vekil tayin ettiği, vekilin 21.08.2013 tarihli talebi üzerine, davacının mirasbırakan babası ...'ya ait çekişme konusu 800 parsel sayılı taşınmazdaki 1/3 payının davalı ...'ın da içinde bulunduğu mirasçılar adına intikal işlemlerinin yapıldığı, 09.04.2014 tarihinde vekilin davacının taşınmazdaki toplam 1/15 payını kuzeni diğer davalı ...'a 2.000,00 TL bedelle satış suretiyle temlik ettiği, vekilin 15.05.2014 tarihinde azledildiği kayden sabittir.

Bilindiği üzere; Türk Borçlar Kanununun temsil ve vekalet aktini düzenleyen hükümlerine göre, vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar.

6098 s. Türk Borçlar Kanununda (TBK) sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş ve 506. maddesinde (818 s. Borçlar Kanununun 390.) maddesinde aynen; "Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.

Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır." hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. (TBK'nın 504/1) Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu göz ardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen maddenin son fıkrası uyarınca sorumlu

olur. Bu sorumluluk BK'de daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK'de benzer alanda iş ve hizmetleri üslenen basiretli bir vekilin sorumluluğu esas alınarak daha da ağırlaştırılmıştır.

Öte yandan, vekil ile sözleşme yapan kişi 4721 s. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olamaz.

Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevinikötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, TMK'nın 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır.

Dava, vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkin olup, bu tür davalarda en önemli unsur, vekil ile alıcının el ve işbirliği içinde maliki zararlandırmalarıdır.

Somut olayda, davalı ... davacının yeğeni olup aynı zamanda çekişme konusu taşınmazın paydaşlarındandır. Temlike konu davacı payının değeri keşfen 38.470,00 TL olarak saptanmasına karşın akitteki bedel 2.000,00 TL'dir. Kaldı ki, bedelin ödendiği dahi kanıtlanmış değildir. Bu haliyle davacı zararlandırılmış ve vekalet görevi kötüye kullanılmıştır. Esasen, bu husus mahkemenin de kabulündedir.

Hâl böyle olunca; iptal tescil isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir.

Tarafların yerinde bulunan temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 15.05.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

VEKALET GÖREVİNİ KÖTÜYE KULLANMA
•
ZAMANAŞIMI

ÖZET: Vekalet görevinin kötüye kullanılmasından doğan davalarda zamanaşımı uygulanmaz.

Y. 1 HD. E: 2016/3719 K: 2019/4356 T. 04.07.2019

Taraflar arasında görülen davada;

Davacı, sahip olduğu taşınmazla ilgili elektrik, su, vergi gibi işlemlerin takibi için davalıyı 18.06.2003 tarihli vekaletname ile vekil tayin ettiğini, davalının ise vekalet görevini kötüye kullanarak maliki olduğu dava konusu 162 ada 15 sayılı parseldeki 15 no'lu bağımsız bölümü dava dışı kişiye sattığını, vekaletnamede satışyetkisinin de olduğunu sonradan öğrendiğini, satış nedeniyle kendisine herhangi bir bedel ödenmediğini, haberi ve izni olmadan satışın yapıldığını, Alman vatandaşı olması ve yurt dışında da ikamet etmesi nedeniyle davalının kendisini oyaladığını ileri sürerek, çekişmeli bağımsız bölümün tapu kaydının iptali ile adına tescilini, mümkün olmazsa şimdilik 60.000,00 TL'nin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, iddiaların haksız ve yersiz olduğunu, dava konusu taşınmazın satışı konusunda davacı ve yeni...'nın anlaştığını, 45.000,00 TL satış bedelini davacının elden aldığını, davacının yurt dışına çıkması gerektiğinden dolayı devri yapabilmesi için kendisini vekil tayin ettiğini, anlaşmaya uygun taşınmazı ...'ya devrettiğini bildirip, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, tapu kayıt maliki aleyhine açılan bir dava bulunmadığından tapu iptal ve tescil isteğinin reddine, dava konusu bağımsız bölümün satış bedelinin ödendiğinin davalı tarafından ispat edilemediği, vekalet görevinin kötüye kullanıldığı gerekçesiyle tazminat isteğinin kabulü ile 45.000,00 TL'nin satış tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Karar, davalı vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 18.06.2019 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı vekili Avukat gelmedi, diğer temyiz eden vekili Avukat ...geldi, duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekilin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi ... tarafından

düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

-KARAR-

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle, tapu iptal ve tescil istekli davaların tapu kayıt malikine karşı açılması gerektiği, eldeki davada kayıt maliki ...'ya husumet yöneltilmediği gözetilerek iptal ve tescil isteğinin reddedilmesi doğru olduğu gibi, davacı taraf davalının vekalet görevini kötüye kullanarak çekişmeli bağımsız bölümü dava dışı kişiye temlik ettiğini, zararlandırıldığını, taşınmazın kötüniyetle üçüncü kişiye geçtiğini ileri sürerek iptal ve tescil, olmazsa bedele hükmedilmesini istediği, vekalet görevininkötüye kullanılması nedenine dayalı davalarda zamanaşımı süresinin bulunmadığı, iptal ve tescil isteğinin kayıt malikinin davalı olarak gösterilmemesi nedeniyle dinlenemediği, eldeki davada vekil eden ile vekil arasındaki vekalet sözleşmesinden kaynaklanan bir talebin mevcut olmadığı, bir başka söylemle iç temsilden kaynaklanan istekte bulunulmadığı, aksine vekalet sözleşmesi ile vekil kıldığı davalının vekalet görevinikötüye kullandığı iddiasının ileri sürüldüğü, somut olayda zamanaşımının uygulama yeri olmadığı gözetilerek bedele hükmedilmesi de yerindedir. Taraf vekillerinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün **ONANMASINA,** 02.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince gelen temyiz eden taraflardan davacı vekili için 2.037 TL. duruşma vekâlet ücretinin duruşmaya gelmeyen karşı temyiz eden davalıdan alınmasına, aşağıda yazılı 16.70 TL. bakiye onama harcının temyiz eden davacıdan, 2.304.95 TL. bakiye onama harcının da davalıdan alınmasına, 04/07/2019 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

VEKALET GÖREVİNİ KÖTÜYE KULLANMA SONUÇLARI

ÖZET: Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil sorumlu olur.

Vekil ile sözleşme yapan kişi iyiniyetli ise vekilin yaptığı sözleşme vekil edeni bağlar.

Üçüncü kişi vekil ile menfaat işbirliği içinde ise veya vekilin yetkisini kötüye kullandığını biliyor ya da bilebilecek durumda ise vekilin yaptığı sözleşme vekil edeni bağlamaz.

Y. 1. HD. E: 2016/3362 K: 2019/3883 T. 06.18.16.2019

Taraflar arasında görülen tapu iptali ve tescil davası sonunda, yerel mahkemece 144 ada 3 sayılı parsele yönelik davanın reddine, 144 ada 9 sayılı parsele yönelik davanın ise kabulüne ilişkin olarak verilen karar davalı vekili tarafından yasal süre içerisinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 18.06.2019 Salı günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden davalı vekili Avukat ... ile temyiz edilen davacılar vekili Avukat ... geldiler duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü.

KARAR-

Dava, tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.Davacılar, maliki oldukları 144 ada 3 sayılı parseldeki paylarının satışı konusunda dava dışı ... isimli kişiyi vekil tayin ettiklerini, ancak maliki oldukları 144 ada 9 sayılı parseldeki paylarının da satış yetkisi verildiğini ve bu paylarının da davalıya devredildiğini dava tarihinden 15 gün önce öğrendiklerini, asıl amaçlarının 144 ada 3 sayılı parseldeki paylarının satışı olduğunu, ne var ki ...'nın davalı ile anlaşarak iradelerine aykırı işlem yaptığını ileri sürerek, dava konusu 144 ada 3 ve 9 sayılı parsellerdeki devre konu payların tapu kaydının iptali ile adlarına tescil istemişlerdir.Davalı, iddianın haksız ve yersiz olduğunu, devre konu payları toplamda 55.000,00 TL bedelle satın aldığını, satış bedelini banka kanalıyla davacıların hesaplarına gönderdiğini, davacıların vekaletnamenin içeriğinden haberdar olduklarını bildi-

rip, davanın reddini savunmuştur.Mahkemece, 144 ada 3 sayılı parsele yönelik davanın reddine; 144 ada 9 sayılı parsele yönelik davanın ise kabulü ile, davalı adına olan tapu kaydının iptaline ve 16/116 payının davacı ..., 17/116 payının da davacı ... adına tesciline karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; davacılar ... ve ...'in ... 1. Noterliği'nin 24.07.2013 tarih ve 2076 yevmiye no'lu vekaletnamesi ile, 144 ada 3 ve 9 sayılı parsellerdeki paylarını dilediğine dilediği bedel ve şartlarda satması, gerekli işlemleri yapması konusunda dava dışı ...'yı vekil tayin ettikleri, 144 ada 3 sayılı parselin 16/116 payı ... ve 17/116 payı ...; 144 ada 9 sayılı parselin 16/116 payı ... ve 17/116 payı ... adına kayıtlı iken, anılan kişiler adına vekaleten ...'nın 3 sayılı parseldeki ... ve ... paylarını 6.100,00'er TL'ye, 9 sayılı parseldeki ... ve ... paylarını ise 25.100,00'er TL'ye davalı ...'e satış suretiyle temlik ettiği anlaşılmıştır.Hemen belirtilmelidir ki, 6100 sayılı HMK'nın 33. (1086 sayılı HUMK 76.) maddesi hükmü uyarınca olayları bildirmek taraflara hukuki nitelendirmeyi yapmak ve ona uygun yasal düzenlemeyi tayin ve tespit ederek uygulamak mahkemeye aittir.Eldeki davada, iddianın ileri sürülüş biçimi, dava dilekçesi içeriği ve yapılan temlikin şekli birlikte değerlendirildiğinde, davacıların; vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğinde bulundukları anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, Borçlar Kanununun temsil ve vekalet aktini düzenleyen hükümlerine göre, vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar.

6098 s. Türk Borçlar Kanununda (TBK) sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş ve 506. maddesinde (818 s. Borçlar Kanununun 390.) maddesinde aynen; "Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.

Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır." hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. (TBK'nin 504/1) Söz-

leşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu göz ardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen maddenin son fıkrası uyarınca sorumlu olur. Bu sorumluluk BK'de daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken, TBK'de benzer alanda iş ve hizmetleri üslenen basiretli bir vekilin sorumluluğu esas alınarak daha da ağırlaştırılmıştır.Öte yandan, vekil ile sözleşme yapan kişi 4721 s. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kullansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olamaz. Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü niyetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, TMK'nin 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmelidir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur. Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır.

Somut olayda, vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedeni bakımından bir inceleme yapılmamıştır.Hal böyle olunca, vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedeni üzerinde durulması ve toplanan delillerin bu yön ile değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, hukuksal neden yönünden hataya düşülerek yanılma (hata) nedeni üzerinden sonuca gidilmesi doğru değildir. Davalının yerinde bulunan temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 02.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 2.037.00.-TL. duruşma vekâlet ücretinin temyiz edilenden alınmasına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 18.06.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

BOŞANMA DAVASI
•
EŞLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ
•
MİRASÇILARIN HAKLARI

ÖZET: Boşanma davası devam ederken taraflardan birinin ölmesi halinde mirasçıları, sağ kalan eşin boşanmada kusurunun tespitini isteyebilirler.

Y. 2. HD. E: 2017/6784 K: 2018/6721 T. 24.05.2018

Yukarıda tarihi, konusu ve tarafları gösterilen hükmün; onanmasına dair Dairemizin 12/09/2017 gün ve 2016/10537-2017/9285 sayılı ilamıyla ilgili davacı erkek mirasçısı tarafından karar düzeltme isteminde bulunulmakla, evrak okundu, gereği düşünüldü;

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, bu Kanuna 6217 sayılı Kanunla ilave edilen geçici 3. maddenin (1.) bendinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26.09.2014 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ila 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı hükme bağlandığından, karar düzeltme talebinin incelenmesi gerekmiştir.

Boşanma davasının 13.10.2014 tarihinde açıldığı; davacı erkeğin dava devam ederken 01.10.2015 tarihinde öldüğü ve davacı erkek mirasçısı tarafından Türk Medeni Kanununun 181/2. maddesi gereğince davaya devam olunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece evliliğin ölümle sona erdiği nazara alınarak boşanma davası konusuz kaldığından esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davalı kadının kusurlu olmadığının tespitine karar verildiği, hükmün davacı mirasçısı tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairemizce onandığı ve davacı mirasçısı tarafından karar düzeltme talebinde bulunulduğu görülmüştür. Dosyanın yeniden yapılan incelemesinde, toplanan delillerden ve özellikle birbiri ile örtüşen tanık

beyanlarına göre davalı kadının eşini aşağıladığı, hakaret ettiği, birlik görevlerini ihmal ettiği, hastalığı nedeniyle babasına bakmak isteyen kızını evde istemediği, komşu tanık ...'a eşi ölünce eve dönüp mirasa konacağını söylediği anlaşılmıştır. Buna göre davalı kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir. Ne varki bu husus ilk inceleme esnasında gözden kaçtığından davacı mirasçısının karar düzeltme isteğinin kabulü Dairemizin 12.09.2017 tarih ve 2016/10537 esas ve 2017/9285 karar sayılı onama kararının kaldırılmasına, hükmün yukarıda açıklanan sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 440-442. maddeleri gereğince davacı mirasçısı karar düzeltme isteminin **KABULÜNE,** Dairemizin 12.09.2017 tarih ve 2016/10537 esas ve 2017/9285 karar sayılı onama ilamının kaldırılmasına, hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** karar düzeltme harcının istek halinde yatırana geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi. 24.05.2018

EVLİLİKTE ÖLÜM
•
EVLİLİĞİN BUTLANI İSTEMİ

ÖZET: Murisin ölümünden sonra mirasçılar evliliğin butlanını talep edebilirler. Bu dava bütün mirasçıların katılımıyla yürütülmelidir.

Y. 2. HD. E: 2017/36 K: 2018/12898 T. 12.11.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı erkek tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı, murisi olan ...'un 10.07.2012 tarihinde davalı ... ile evlendiğini, murisinin 16.08.2014 tarihinde vefat ettiğini, evlenme akdi sırasında ...'in fiil ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle evlenmenin mutlak butlan ile iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Dava, sadece davacı mirasçısı ... tarafından davalı ...'ye karşı açılmıştır. Yargılama sonucunda verilecek karar davacının babası olan ve 2014 yılında ölen ...'in diğer mirasçılarının da haklarını etkileyecek niteliktedir. Taraf teşkili kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir. Mahkemece yapılacak işlem; davacının miras bırakanı ... in davacı dışındaki diğermirasçılarının davaya dahil edilmesinin sağlanması, davaya dahil edildikleri takdirde dava dilekçesi ve duruşma gününün tebliğ edilerek, gösterdikleri takdirde delillerinin toplanarak ve hasıl olacak sonuca göre karar vermekten ibarettir.

Yukarıda yapılan tüm açıklamalar karşısında; eksik hasım ve eksik araştırma ile yargılama yapılıp yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 12.11.2018(Pzt.)

EŞLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ • AİLE KONUTU

ÖZET: Eşlerin birlikte yaşadıkları konutun aile konutu niteliği, sağ kalan eş bakımından eşinin ölümünden sonra da devam etmektedir. Bu nedenle aile konutuna tanınan yasal koruma sona ermemiştir.

Y. 2. HD. E: 2018/4848 K: 2018/14147 T: 10.12.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı kadın, dava dilekçesinde özetle dava konusu taşınmazın 15 yıldır aile konutu olduğunu, eşinin 23.11.2011 tarihinde vefat ettiğini, geride mirasçı olarak önceki evliliğinden olan çocuklarını bıraktığını, eşinin ölümünden sonra da halen bu taşınmazda oturduğunu, eşinin önceki evliliğinden olan çocuklarının bu taşınmazla ilgili olarak ortaklığın giderilmesi davası

açtıklarını belirterek dava konusu taşınmaza aile konutu şerhi konulması istemiyle eldeki bu davayı açmıştır. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda davaya konu taşınmazın her ne kadar aile konutu olsa da davacının eşinin vefatı ile taşınmazın aile konutu olma özelliğini yitirdiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, karar davacı tarafça temyiz edilmiştir.

"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz" (TMK m. 194/1).

"Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklemek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır" (TMK m. 240/1). "Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir" (TMK m. 240/3).

"Eşlerden birinin ölümü hâlinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir (TMK m. 652/1). "Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasalmirasçılarından birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir" (TMK m. 652/2).

Evliliğin, boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi ile eşlerin birinin ölümü sebebiyle sona ermesinin, hukuki sonuçları farklıdır. Zira, evliliğin ölümle sona ermesi durumunda sağ kalan eş mirasçı konumundadır. Diğer durumlarda ise eşler birbirine mirasçı olamazlar.

Bu sebeple, evliliğin ölümle sona ermesi durumunda sağ kalan eşin miras hakları devam etmekte, ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 240 ve 652. maddesinde aile konutuyla ilgili kendisine tanınan yasal hakları bulunmaktadır.

Sağ kalan eşin, bu düzenlemelerde yer alan haklarını diğer mirasçılara karşı kullanabilmesi için ayrıca bir dava açması zorunlu olmayabilir. Çünkü, sağ kalan eş ve diğer mirasçılar, dava açılmadan, yasal düzenlemeye uygun şekilde mirası taksim edebilirler.... dayalı miras taksimi olmaz ise sağ kalan eş, haklarını kullanmak için her zaman diğer mirasçılara karşı ayrı bir dava da açabilir. Bu yüzden, dava konusu taşınmazın aile konutu niteliği, sağ kalan eş açısından, eşinin ölümünden sonra da devam etmektedir. Yasanın amacı sağ kalan eşin eski yaşantısını devam ettirmesini

sağlamaktır. Dolayısıyla Türk Medeni Kanunu'nun 194, 240 ve 652. maddelerindeki açık düzenlemelere göre, aile konutuna sağlanan koruma da sona ermemiştir.

Eldeki davada, dava konusu taşınmazın aile konutu olduğu yapılan yargılama ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mirasçı konumundaki sağ kalan davacı eş, yargılama sırasında elbirliği (TMK m. 640/2, 701) halinde paydaş (malik) konumunda olduğundan ve elbirliği hali devam ettiği sürece kendisinin rızası olmadan tapuda devir işlemi yapılamayacağından (TMK m.702/2), artık TMK'nun 194/3 maddesi gereğince tapu kaydına aile konutu şerhi verilmesine de gerek kalmamıştır. Bu durumda davanın reddi sonucu itibariyle doğru olmakla birlikte, dava konusu taşınmazın her ne kadar aile konutu olsa da eşinin vefatı ile aile konutu olma özelliğini yitirdiği gerekçesiyle davanın reddi doğru olmamıştır. Ancak bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, hükmün gerekçesinin açıklanan şekilde düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir (HUMK m. 438/son).

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple gerekçesinin düzeltilerek **ONANMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 10.12.2018

BOŞANMA DAVASI • EŞLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ • MİRASÇILARIN HAKLARI

ÖZET: Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde ölen eşin mirasçıları açılmış olan boşanma davasında taraf olan sağ eşin kusurlu olduğunun tespitini isteyebilirler.

Y. 2. HD. E: 2018/5666 K: 2018/14590 T: 17.12.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı kadın tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dava, erkek tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesi uyarınca açılan evlilik birliğinin sarsılması hukuki sebebine dayalı boşanma davası olup, mahkemece yapılan yargılama sonucunda davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına dair verilen hüküm davalı kadın tarafından tümüne yönelik olarak temyiz edilmiş, Dairemizin 26/10/2015 tarih ve 2015/13224 esas, 2015/19272 karar sayılı ilamı ile hükmün, "Davacı erkeğin 11/09/2015 tarihinde öldüğü, evlilik birliğinin ölümle sona erdiği ve davanın konusuz kaldığı anlaşıldığından mahkemece bu konuda bir karar verilmek üzere" bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece bozmaya uyularak erkeğin mirasçıları TMK m. 181/2 uyarınca davaya devam ederek sağ kalan davalı kadın eşin kusurlu olduğunun tespitini talep etmişlerdir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda evlilik ölümle sona erdiğinden ve boşanma davası konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına ve kadının ağır kusurlu olduğunun tespiti ile kadının erkeğin mirastan alacak hakkının bulunmadığının tespitine karar verilmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden, davacı tanığı ...'ın ifadesinde yer alan olaylar tarafların evlenmeden önceki dönemi ilişkin olup, evlilik öncesi olaylar kusur belirlemesinde dikkate alınamaz. O halde kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu bir davranışının varlığı ispatlanamamıştır. Bu durumda kadının kusurlu olmadığının tespitine karar verilecek yerde yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

2-Kabule göre de;

Mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesi gereğince davaya mirasçılar tarafından devam edildiğinden bahisle davalının, davacının mirasında alacak hakkının olmadığının tespitine karar verilmiştir. Evlilik birliği ölümle sona erdiğine ve davacı mirasçısı tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesi uyarınca kusur belirlemesine yönelik olarak davaya devam edildiğine göre mahkemece davalının kusurlu olup olmadığı yönünden bir tespit yapılmakla yetinilmesi gerekirken, yazılı şekilde davalının ölen eşinden kalanmirastan alacak hakkının olmadığının tespiten karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 17.12.2018

ASGARİ ÜCRET DÜZEYİNDE GELİR
•
NAFAKA TAKDİRİ

ÖZET: Asgari ücret düzeyindeki gelir kişiyi yoksulluktan kurtaramaz.

Somut olayda yoksulluğa düşeceği açık şekilde belli olan kadın yararına uygun miktarda tedbir ve yoksulluk nafakasına hükmedilmelidir.

Y. 2. HD. E: 2018/6758 K: 2018/15342 T. 25.12.2018

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı kadın tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Davacı erkek, Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesine dayalı boşanma davası açmış, mahkemece, davacı erkeğin davasının kabulüne, bu davada davacı erkeğe yüklenebilecek bir kusur ispatlanamadığından davalı kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesine dayanak teşkil eden ve erkek tarafından açılıp erkeğin feragati sebebiyle reddedilen ilk davanın açılmasından önceki olaylara dayalı olarak, davalı kadına bir kusur yüklenemez. Toplanan delillerden, fiili ayrılık döneminde davalı kadına kusur olarak yüklenebilecek bir olayın varlığı da ispatlanamadığına göre, Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesine dayanak teşkil eden ve retle sonuçlanan ilk davayı açan, böylelikle fiili ayrılığa sebep olan ve bu dava sonrasında da birlikte yaşamaktan kaçınarak boşanma sebebi yaratan davacı erkeğin, boşanmaya neden olan olaylarda tamamen kusurlu olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu husus gözetilmeden yanılgılı değerlendirme sonucu erkeğin kusursuz olarak kabulü doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

2-Mahkemece, davalı kadının "boşanma nedeniyle yoksulluğa düşmeyeceği, düzenli gelirinin bulunduğu, halen kayın pederine ait evde oturduğu, kira geliri aldığı dikkate alındığında TMK m. 175'deki şartlar oluşmadığı" gerekçesiyle tedbir ve yoksulluk nafakası talebinin reddine karar verilmiştir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden; davalı kadının sürekli işi olmadığı, her yıl okul döneminde sözleşmeli olarak asgari ücretle okulda çalıştığı, kira geliri aldığı evin erkeğe ait olduğu, kayın pe-

derine ait olan oturduğu evin mirasmalı olduğu ve kayın pederi öldüğü için mirasçıların evi tahliye etmesi konusunda davalı kadına ihtarname gönderdikleri, bu nedenle bu evde oturmasının sürekliliğinin olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca asgari ücret seviyesindeki gelir kişiyi yoksulluktan kurtarmaz (YHGK 2009/3-165-186). Tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre, davalı kadının boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği açıktır. O halde, davalı kadın yararına geçimi için uygun miktarda tedbir ve yoksulluk nafakası takdiri gerekirken, yazılı gerekçe ile tedbir ve yoksulluk nafakasının reddi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

3-Boşanmaya sebep olan olaylarda, davacı erkek yukarıda 1. bentte açıklanan sebeple tamamen kusurlu olduğuna göre, boşanma yüzünden mevcut ve beklenen menfaatleri zedelenen davalı kadın yararına Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesi gereğince uygun miktarda maddi tazminat takdir edilmesi gerekirken, bu isteğin reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. ve 3. bentlerde gösterilen sebeplerle **BOZULMASINA,** bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda l. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 25.12.2018

MİRASIN HÜKMEN REDDİ • MAHKEME GİDERLERİ

ÖZET: Mirasın hükmen reddi isteminin kabulü halinde murisin alacakları olan davalılar terekenin borca batık olduğunu bilemeyeceklerinden davalılar aleyhine yargılama giderine ve vekalet ücretine hükmedilmemelidir.

Mirasın reddinde özel yetkili vekaletname gerekir.

Y. 2. HD. E: 2018/2623 K: 2019/361 T. 17.01.2019

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı ...Ş.'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 605/2. maddesi gereğince açılan mirasın hükmen reddi istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulü ile Türk Medeni Kanunu'nun 605/2. maddesi uyarınca mirasın hükmen reddine karar verilmiştir. Ölüm tarihinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise,miras reddedilmiş sayılır (TMK m.605/2). Mirasçılar Türk Medeni Kanunu'nun 610. maddesinde yazılı aykırılık da bulunmadıkça yani zımnen mirası kabul etmiş duruma düşmüş olmadıkça her zaman murisin ödemeden aczinin tespitini isteyebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 606. maddesinde belirtilen süre bu davada uygulanmaz. Dava alacaklılara husumet yöneltilerek görülür. Bu davada yetkili mahkeme ise alacaklıların davanın açıldığı zamandaki ikametgahı mahkemesidir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet veMiras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün 39/2. fıkrası gereğince mirasın reddi yetkisini içeren özel vekaletname sunulması da zorunludur.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Ancak; davanın niteliği gereği davalı alacaklıların, murisin terekesinin barca batık olduğunu bilmediği, bilmesinin mümkün olmadığı, yapılan yargılama sonrasında terekenin borca batık olup olmadığına karar verildiği göz önünde bulundurularak yargılama gideri ve harçtan davalıların değil davacıların sorumlu tutulması, davacılar lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ise de bu husus yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 438/7. maddesi gereğince hüküm sonucunun aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple hüküm sonucunun yargılama giderleri, harç ve vekalet ücretine ilişkin kısımları olan 3., 4., 5., 6. paragraflarının çıkartılarak yerine "davanın niteliği gereği yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına ve davacı lehine vekalet ücreti hükmedilmesine yer olmadığına, alınması gerekli harçtan başka alınan harcın mahsubu ile eksik kalan 10.25 TL harcın davacılardan alınarak hazineye irat kaydına" yazılmak suretiyle düzeltilmesine, hükmün bu bölümlerinin **DÜZELTİLMİŞ** ve değiştirilmiş bu şekliyle temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 17.01.2019

ANA ve BABANIN SORUMLULUĞU • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Anne ve babanın sorumluluğuna ilişkin davalarda zamanaşımı söz konusu değildir.

Y. 2. HD. E: 2017/4451 K: 2019/2815 T. 14.03.2019

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacılar tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacılar, miras bırakanları olan babaları M.A.'ın 24.07.1995 tarihinde vefat ettiğini, babalarından kendilerine miras olarak kalan dava konusu taşınmazlardaki miras hisselerini o tarihte sağ olan ve velayet hakkına sahip annelerinin devir ettiğini, bu satışın muvazaalı olduğunu, gerçek bir satış olmadığını, ayrıca murislerinin mal varlığının oldukça iyi olduğunu ve taşınmazların satılmasını gerektirir bir ihtiyaçlarının olmadığını, temlikin velayet hakkının kötüye kullanılması suretiyle yapıldığını iddia ederek satış bedellerine yönelik alacak talebinde bulunmuş olup, mahkemece alacak davasının BK 126 maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğu gerekçesiyle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; dava konusu taşınmazlarda davacılar adına kayıtlı payların, o tarihte velayet hakkına sahip bulunan davalı anne tarafından, ergin olmayan davacılara velayeten satıldığı anlaşılmaktadır. Davacılar, satım işlemlerinin velayet görevinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirildiğini ileri sürmüşlerdir. Davacılar, temlikin velayet görevinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirildiğini ileri sürdüklerine göre dava, Türk Medeni Kanunun 363.ncü maddesine dayanmaktadır.

Ana ve baba velayetleri veya yönetim hakları sona erince, çocuğun mallarını, hesabıyla birlikle ergin çocuğa, vasi sine veya kayyıma devrederler (TMK m.362). Anne ve baba çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar. Dürüstlük kuralına uygun olarak başkalarına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler (TMK m.363).

Çocuğun mallarının yönetimi çocuğun menfaatine uygun olmalı, çocuğun menfaati ile bağdaşabildiği ölçüde ana ve babanın ortak menfaatlerine hizmet etmelidir. Ana baba yönetim görevini sadakat ve özenle

yerine getirmelidir. Ana ve babanın, çocuğun mallarında meydana gelen zarardan sorumlu olmadıklarını, zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurlarının bulunmadığını, yani çocuğun mallarını sadakat ve özenle yönettiklerini ispat etmeleri gerekir.

Ana ve babanın sorumluluğuna dayalı davalar herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir. Hal böyle iken mahkemece tüm deliler toplanıp, işin esasının incelenerek gerçekleşen sonucu uyarınca esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanılgılı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren

EVLİLİKTE ÖLÜM • AİLE KONUTU

ÖZET: Evliliğin ölümle sonra ermesi halinde sağ eşin taşınmazın aile konutu olduğunun tespitini istemekte hukuki yararının olduğu kabul edilmelidir.

Y. 2. HD. E: 2019/970 K: 2019/3510 T: 27.03.2019

Davacı, dava konusu konutun miras hakkına mahsuben özgünlenmesi için aile konutu olduğunun belirlenmesini talep etmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 652. maddesinde; eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa sağ kalan eşin bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben, mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Evlilik ölüm ile sona erdiğinden dava tarihi itibariyle aile konutu vasfı kalmadığından taşınmaza aile konutu şerhi konulamaz ise de davacının aile konutunun kendisine özgülenmesine dair yasal hakkını kullanabilmesi için taşınmazın aile konutu olduğunun tespitini istemekte hukuki yararının olduğu açıktır. O halde, mahkemece dava konusu taşınmazın miras bırakanın ölüm tarihinde aile konutu olup olmadığının tespiti amacıyla tüm mirasçıların davaya dahil edilmesi ve tüm delillerin toplanılarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken ölü mirasçı Gülsüm'ün mirasçıları davaya da-

hil edilmeden, taraf teşkili sağlanmaksızın eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre sair hususların incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 27.03.2019

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

TAŞINMAZ SATIŞI • MUHDESAT
•
SEBEBSİZ ZENGİNLEŞME

ÖZET: Satılan taşınmaz üzerinde bulunan taşınmazın sahibi taşınmazı satın alan kişiye karşı sebebsiz zenginleşmeden doğan alacak davası açabilecektir.

Y. 3. HD. E: 2018/3639 K: 2019/3243 T. 10.04.2019

Davacı vekili dilekçesinde; mülkiyeti dava dışı Maliye Hazinesine ait olan arsayı 23/06/2010 tarihinde yapılan ihale ile davalının satın aldığını, bu taşınmaz üzerinde yer alan "....Yıkama Yağlama" unvanlı iş yerinin ihale tarihinden önce 24.12.2008 tarihinde 80.000,00 TL karşılığında davacı tarafından satın alındığını, ancak milli emlak kayıtlarında maliklerin .... olarak kalmaya devam ettiğini, muhdesatlarıntaşınmazdan sökülemeyeceğini ve muhdesatların durumunu bilerek satın alan davalının bedellerini ödemek zorunda olduğunu belirterek fazlaya ilişkin talep ve dava hakları saklı kalarak şimdilik 30.000,00 TL'nin 15/02/2011 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davacının oto yıkama ve depo tesisi maliki olduğuna dair hiçbir kayıtta adının yer almadığını, yapılanların yapı ve sanat kurallarına aykırı olduğunu, hiçbir değer ifade etmediğini, işgal amaçlı yapılan baraka tarzı olduğunu, tapu kayıtlarında davacı lehine her hangi bir kayıt yer almadığını, tapu kayıtlarına göre hakkının hiçbir şekilde sınırlandırılmadığını, teslim tutanağında muhdesatların 3.kişilere ait olduğuna dair tespitin durum tespitinden ibaret olduğunu, davacıya hak bahşetmeyeceğini ileri sürerek davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, dava konusu taşınmazın tapu kaydının şerhler veya beyanlar hanesine bakıldığında davacı taraf lehine herhangi bir şerhin veya beyanın olmadığı, davalının herhangi bir kısıtlama ile bağlı olmaksızın taşınmazı yapılan ihale ile satın aldığı, ihale şartnamesindeki muhdesatla ilgili beyanların sadece durum tespitinden ibaret olduğu, davacının taşına-

bilir muhdesatlarını buradan alabileceğinin tabi olduğu, taşınamayacak nitelikteki yapı ve kantar gibi şeylerin de hazineye ait dolayısıyla başkasının taşınmazına yapılmış olmasında davalının bir kusurunun olmadığı, bunlarla davalının zenginleştiği de kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Uyuşmazlık, dava konusu taşınmazdaki muhdesat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre davalıdan tahsiline ilişkindir.

Somut olayda davacı, davalının satın aldığı taşınmaz üzerindeki muhdesatta şahsi hak sahibi olduğunu, bu nedenle davalının sebepsiz olarak zenginleştiğini öne sürerek, bu zenginleşmenin iadesini istemiştir. Dava konusu muhdesat, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre satışı yapılan taşınmaz üzerinde bulunmakta olup, Taşınmaz Satış Şartnamesinde taşınmaz malın üzerindeki muhdesatların Tahsin Güner ve Deren Yazıcıoğlu'na ait olduğu belirtilmiş, satış bedeli olarak yalnızca arsa değeri esas alınmak suretiyle dava dışı hazine tarafından davalıya satılmıştır. Davacı, 24.12.2008 tarihli adi yazılı sözleşme ile, taşınmaz üzerindekimuhdesatlardan "Mopet Yıkama ve Yağlama" adlı iş yerini Tahsin Güner ve Deren Yazıcıoğlu'ndan 80.000,00 TL'si nakit ve 10.000,00 TL'si senet olmak üzere 90.000,00 TL'ye satın almıştır.

Buna göre, davalı muhdesat nedeniyle zenginleşmiş bulunmaktadır. Davalının davacı aleyhine zenginleşmesi TBK'nın 77 ve devamı maddelerinde yer alan sebepsiz zenginleşmeye dair hükümler uyarınca çözümlenmesi gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 77.ve devamı maddelerinde yer alan sebepsiz zenginleşme, haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının mal varlığından ya da emeğinden yararlanma olarak tanımlanır. Sebepsiz zenginleşme için, bir taraf zenginleşirken diğer tarafın fakirleşmesi, zenginleşme ile fakirleşme arasında nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir.

O halde mahkemece yapılacak iş, taşınmazın davalıya satışı tarihi itibariyle, taşınmazın mevkii, konumu, imar durumu, satın alınmasındaki objektif amaç, taşınmaz üzerindeki muhdesatın alıcıya sağlayacağı muhtemel yarar ile varlığının getireceği muhtemel zarar gibi faktörler tek tek irdelenerek, taşınmazınmuhdesatlı gerçek sürüm değeri ile muhdesatlar yok farz edilerek gerçek sürüm değerleri ayrı ayrı saptanmalı, sonrasında ise bu iki bedel arasında davacı lehine bir fark oluştuğunda ise, davalının muhdesatnedeniyle fark bedel kadar zenginleştiği kabul edilerek karar verilmesi iken mahkemece yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün HUMK' un 428.maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nın geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK' un 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİ
•
MUHDESAT VE TESİSLER • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Muhdesat sebebiyle sebepsiz zenginleşmeye dayanan alacak davasında muhdesat bedelini talep eden davacı söz konusu muhdesatı kullanıyor ise sebebsiz zenginleşmenin gerçekleşmediği kabul edilmelidir.

Y. 3. HD. E: 2017/8325 K: 2019/4506 T: 15.05.2019

Davacı, davaya konu taşınmazın davalı il özel idaresinden kiralandığını, sözleşme hükmü gereğince taşınmaza faydalı ve zorunlu giderler yapıldığını, ek tesis olarak büfe, ağaçlandırma, havuz göleti, petrol istasyonu, wc yapıldığı, ayrıca demirbaş olarak çatal bıçak, tabak, makineler, koltuk, masa gibi eşyaların da iş yerinde bulunduğunu, taşınmazdan tahliyesine karar verildiğini, tahliyenin hukuka aykırı olduğunu, faaliyetini sürdürürken muhdesat ve müştemilatların taşınmazdan sökülerek iş yerinden alınıp götürüldüğünü belirterek demirbaşların götürülmesi ile 250.000,00 TL'nin iş yeri üzerinde inşa edilen ek tesisler, muhdesatlar nedeniyle de 250.000,00 TL'nin davalıdan alınarak tarafına verilmesini talep etmiştir.

Davalı Hazine, husumetin yanlış yönlendirildiğini, davacının kira bedellerini ödememesi nedeni ile tahliyesine karar verildiğini, talep edilen işletmeye dair harcamaların talep edilemeyeceğini belirterek reddini dilemiştir.

Davalı ... Belediyesi, taşınmazın maliki olmadığını, davada taraf olamayacağını, davanın husumetten reddinin gerektiğini, davacının kira sözleşmesinin gereklerini yerine getirmediğinden taşınmazdan tahliye edildiğini, talep edilen miktarın fahiş olduğunu ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile davacı tarafça cebri icra ile haksız tahliyeden dolayı yapılan ek tesis, muhtesat müştemilatların sökülmesi, tahrip edilmesi, yok edilmesi sebebiyle davalılardan 250.000,00 TL alacak talebiyle açmış olduğu davanın reddine, davacılar tarafından kapı kilitlerinin kırılarak, iş yerindeki demirbaşların götürülmesi suretiyle Büyükşehir Belediye Başkanlığı aleyhine tazminat talebiyle açmış olduğu davanın kısmen kabulü ile 15.612,85 TL zararın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı ... Başkanlığından alınarak davacılara verilmesine karar verilmiş, hüküm süresi içinde davacı ve davalı ... Belediyesi tarafından temyiz edilmiştir.

1-Temyize konu öncelikli uyuşmazlık; davaya bakmaya görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğu hususunda toplanmaktadır. Mahkemenin görevi belirlenirken, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hangi hukuki sebebe dayandığının tespiti gerekmektedir.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Taraflar da yargılama bitinceye kadar görev itirazında bulunabilirler. Görev itirazı yapılmamış olsa bile re'sen mahkeme, ilk önce görevli olup olmadığını inceleyip karara bağlamalıdır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nun 4/1-a maddesinde, Sulh Hukuk Mahkemeleri, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın; kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanun'una göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları görürler, hükmüne yer verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerin tetkikinden, davacı ile Malatya İl Özel İdaresi (davalı ... Belediyesi'ne devrolunmuştur) arasında 10.08.2004 tarihli kira sözleşmesinin imzalandığı, davacının taşınmazı iş bu kira sözleşmesi uyarınca kullandığı, davadaki taleplerin kira konusu taşınmaza yapılan faydalı ve zorunlu tadilat masrafları ile tahliye sırasında götürülen demirbaşlara ilişkin olduğu, mahkemece de taraflar arasındaki kira sözleşme hükümlerini değerlendirmek suretiyle karar verildiği anlaşılmıştır. Somut olayımızda uyuşmazlık kira sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, dava 01.04.2014 tarihinde açılmıştır. Dava tarihinde yürürlükte olan HMK. 4/1-a maddesi gereğince dava değerine bakılmaksızın davaya bakma görevi Sulh Hukuk Mahkemesi'ne aittir.

Hal böyle olunca, mahkemece; uyuşmazlığın çözümünde Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğu gözetilerek, görevsizlik nedeniyle HMK'nın 114/1-c ve 115/2. maddeleri uyarınca davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, bu yön gözardı edilerek davanın esası hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

2-) Bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün HUMK' un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** ikinci bentte açıklanan nedenle tarafların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nın geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK' un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu davacı için açık, davalı ... Belediyesi için kapalı olmak üzere 15.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

MUHDESAT BEDELİ
•
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME • DAVA ŞARTI

ÖZET: Muhdesat sebebiyle sebepsiz zenginleşmeye dayanan alacak davasında muhdesat bedelini talep eden davacı söz konusu muhdesatı kullanıyor ise sebebsiz zenginleşmenin gerçekleşmediği kabul edilmelidir.

Y. 3. HD. E: 2019/3154 K: 2019/5243 T: 10.06.2019

Davacı, davaya konu taşınmazın paydaşı olduğunu, davalıların kardeşleri olduğunu, taşınmazda onların da payları olduğunu ,babaları vefat edince davalıların rızası ile dairede oturduğunu, 1. ve 2. katı kaloriferli daireye çevirdiğini, sıva, boya, elektrik tesisatı, su tesisatı, yer döşemesi, tavan,cam kapı, pimapen, iç kapı, banyo mutfak, tuvalet, fayans, dolap, kalorifer tesisatı yaptırdığını, depoda tadilat yaptırdığını, yaptığı masraflar için tespit yaptırdığını ileri sürerek şimdilik 69.993.00.- TL dava tarihinden yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar, 1. katın tamamını ortak murisin yaptırdığını, baba vefat edince 1. kattaki eve anneleri, teyzeleri ve davacının taşındığını, davacının evlendikten sonra da davalıların rızasını almadan 2. kattaki dairede yaşadığını, yaşadığı bu yerde boya badana onarım yaptırdığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, 69.520,00-TL'nin dava açılma tarihi olan 16/02/2015 tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya dair talebin reddine karar verilmiş, hüküm davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir .

Türk Borçlar Kanunu'nun 77. ve devamı maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisinden söz edilebilmesi için, bir tarafın mal varlığının diğer tarafın malvarlığı aleyhine çoğalması gerekir. İade borcunun kapsamını belirlemede öncelikle fakirleşme ve zenginleşme zamanının tespit edilmesi gerekir. Sebepsiz zenginleşme borçlusunun bu muhdesatın yapıldığı anda ekonomik açıdan zenginleştiği, yapanın ise o anda fakirleştiği ileri sürülemez. Zira, vücuda getiren tarafından kullanılan muhdesatın, diğer kişilere herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Daha açık bir ifadeyle azalma ve çoğalmanın, dava konusu taşınmazın davacı tarafından davalıya teslim edildiği tarihte gerçekleştiğinin kabulü zorunludur.

Mahkeme tarafından da yargılama sırasında, davaya konu yapının (dava tarihi itibari ile) davacının kullanımında olup olmadığına ilişkin araştırma ve tespitin yapılmadığı anlaşılmıştır. Şu durumda mahkemece, tanık beyanları da dikkate alınarak davacının muhdesat bedelini talep ettiği taşınmazda oturup oturmadığının araştırılıp taşınmaz davacının kullanımında ise sebepsiz zenginleşme olgusunun henüz gerçekleşmediği gözetilerek hukuki yarar yokluğu nedeni ile davanın reddinin gerekeceğinin gözetilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

Mahkemece muhdesat bedelinin talep edildiği taşınmazın davacının kullanımında olmadığının tespiti halinde ise; dinlenen tanık beyanlarının ayrıntılı olarak incelenerek, davacının davaya konu yere yaptığı katkılar kesin olarak tespit edilerek , bu konuda gerekirse bilirkişi ek raporu alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir .

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'un 428. maddesi gereğince davalılar yararına **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının

istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK.nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10/06/2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME
•
KİRALANAN TAŞINMAZA YAPILAN TESİSLER

ÖZET: Sebebsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için bir tarafın mal varlığının diğer tarafın mal varlığı aleyhine çoğalması gerekir.

Kiralanan yere atölye, depo gibi tesisler yaptığını iddia eden davacının taşınmazı tahliye edip etmediği araştırılarak sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir.

Y. 3. HD. E: 2017/10457 K: 2019/5984 T. 01.07.2019

Davacı, taşınmazın davalı tarafından 01/01/2005 ile 01/01/2014 arası dava dışı ...'a kiraya verildiğini, bu kişinin de 19/05/2013 tarihinde kira sözleşmesini kendisine devrettiğini, kira bedelini tahsil eden davalının kiracının değişmesine itiraz etmediğini, kiralananın daha sonra dava dışı bir kişiye satıldığını , kendisinin kiralanana atölye,depo,tuvaletler yaptırdığını,faydalı imalatların tespitinin ve tahsilinin gerektiğini ileri sürerek şimdilik 1.000.00.- TL yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davacı, 29/06/2016 tarihli ıslah dilekçesi ile talep sonucunu 58.950.00.- TL ye yükseltmiştir .

Davalı ,davacı şirketin kiracı ...'ın olduğunu sandığını, davacının kiracı olmadığını, olur ve rıza olmadan yapılan imalatlardan sorumlu olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir .

Mahkemece, davanın kabulüne, 58.950.00.- TL dava tarihinden yasal faizi ile tahsiline karar verilmiş , davalı vekili istinaf başvurusu yapmıştır .

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından , yapıların ruhsatsız olması nedeni ile bedel talep edilemeyeceği gerekçesi ile mahkeme kararının kaldırılmasına , davanın reddine karar verilmiş , hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir .

1- 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 ve Geçici 2. maddeleri uyarınca kurulan

Bölge Adliye Mahkemeleri, 07.11.2015 tarih ve 29525 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan karar ile 20.07.2016 tarihinden itibaren tüm yurtta göreve başlamıştır.

6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden sonra verilen kararlar hakkında, istinaf yoluna başvurulabilir.

Dairemize gönderilen dava dosyasında yerel mahkeme tarafından 14/07/2016 tarihinde karar verilmiş , diğer anlatım ile dava Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce karara bağlanmış olduğundan, başvurulabilecek yasa yolu istinaf değil temyizdir. Bölge Adliye Mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar verilerek yerel mahkeme kararının temyiz incelemesinin yapılmasına geçildi .

2 - Sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için, bir tarafın mal varlığının diğer tarafın malvarlığı aleyhine çoğalması gerekir. İade borcunun kapsamını belirlemede öncelikle fakirleşme ve zenginleşme zamanının tespit edilmesi gerekir. Sebepsiz zenginleşme borçlusunun bu muhdesatın yapıldığı anda ekonomik açıdan zenginleştiği, yapanın ise o anda fakirleştiği ileri sürülemez.

O halde mahkemece; davacının taşınmazı dava tarihi itibari ile tahliye edip etmediğinin belirlenmesi, davaya konu taşınmazı kullanmaya devam ettiği takdirde sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşmeyeceği nazara alınarak, davacının bu davayı açmakta hukuki yararının bulunmadığından bahisle hukuki yarar yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile hukuki yararın bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

3- Diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir .

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılmasına, 2. bentte açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince davalı yararına **BOZULMASINA,** 3. bentte yazılı nedenlerle diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve peşin alınan

temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, dosyanın İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE,** 01.07.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME
•
GERÇEKLEŞME TARİHİ

ÖZET: Sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için bir tarafın mal varlığının diğer tarafın mal varlığı aleyhine çoğalması gerekir.

Sebepsiz zenginleşme borçlusunun muhdesatın yapıldığı tarihte zenginleştiği yapanın da o tarihte fakirleştiği düşünülemez.

Taşınmazın satışı anında sebesiz zenginleşme gerçekleşecektir.

Y. 3 HD. E: 2018/4222 K:2019/5525 T:18.06.2019

3Davacı, tapuda davalılar adına kayıtlı taşınmaz üzerindeki binaların ölü ...'e ait olduğunu, üzerinde bulunan 4 adet binadan 1 ve 2 kapı numaralı binaların ...'e, 1/2 ve 1/3 kapı nolu binaların ise muris ...'e ait olduğunu, ... ve ...'in ölü ...'in mirasçıları olduğunu, ... mirasçılarının muristen kendilerine intikal eden hisselerini davalı ...'na sattıklarını, adıgeçen tarafından açılan ortaklığın giderilmesi davasında ortaklığın giderilmesine karar verildiği ve taşınmaz üzerindeki davacıların murisi ...'e ait 1/2 ve 1/3 numaralı muhtesatların da satış dosyasında kıymet takdiri yapılarak satışının yapıldığını, bu sebeple her iki davalının da tapudaki hisseleri oranında zenginleştiklerini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 100.000,00 TL'nin, dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıların tapudaki hisseleri oranında müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalı ...; davacıların malik olmayıp zilyet olduğunu, zilyetlikten dolayı husumetin davalı Belediyeye yöneltilmesi gerektiğini, hukuki yararlarının olmadığını, icra satış memurluğunca yapılan izale-i şuyu satışı sonrası diğer davalının hissesinin ihale ile ve bina değeri ödenmek suretiyle satın alındığını, taşınmazın 649/969 kısmına tekabül eden kısmının ... mirasçılarından arsa bedeli ve üzerindeki yapıların bedeli ödenmek suretiyle

satın alındığını, davacı talebinin Belediye ile arasındaki hukuki ilişki olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı ...; davaya konu taşınmazın tamamının Belediye Başkanlığı mülkiyetinde olduğu sırada, ... adına 08/06/1987 tarihinde tapu tahsis kararı alındığını, ...'in vefatından sonra 05/12/2012 tarih ve 3017-1277 sayılı encümen kararı ile taşınmazdaki hissenin, ...'in mirasçıları ..., ... (...) ... ve ... uhdesinde tapuya dönüştürülmesine karar verildiğini, hisse bedelinin de belediye adına bankaya yatırıldığını, davaya konu taşınmazın tapu kaydında davacıların murisi lehine bir muhtesat beyanı bulunmadığını, murisinin taşınmazdaki hissesini kayıt ve şarta bağlamadan bütün halinde ...'na sattığından davacıların aktif husumet ehliyetinin bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesince; dava konusu İstanbul İli, Kartal İlçesi, ..., 901 ada,1 parselde kayıtlı taşınmazın tamamının İstanbul Belediyesine ait iken dava dışı kişilerin murisleri olan ...'in tapu tahsis belgesi ile bu parselin 324,50m2'lik kısmının adlarına tescil edildiğini, bilahare bu hissenin ... mirasçıları tarafından davalılardan ...'na satıldığını, davalı ...'nun da diğer davalı ve paydaş olan İstanbul Büyükşehir Belediyesine karşı ortaklığın giderilmesi davası açtığını, İstanbul Anadolu 5. Sulh Hukuk Mahkemesi 2013/438 E, 2014/441 K. sayılı ilamla ortaklığın satış yoluyla giderilmesine karar verildiğini, karar veren mahkemenin gerekçesinde ve dayanak bilirkişi raporunda parsel üzerindeki muhdesatların dava dışı mirasçılar murisi ... dolayısıyla da ondan satın alan davalı ...'na ait olduğunun belirtildiği, tüm işlemlerin ve satışın mahkemenin bu kararına göre yapıldığı, yapılan satışta parselin tamamını ihaleden davalı ...'nun aldığı, dava konusu edilen 1/2 ve 1/3 kapı no'lu yapıların davacılara veya murisleri ...'e ait olduğuna ilişkin tapunun beyanlar hanesi veya mahkeme kararlarında yer almadığı, tüm bu davaların görüm aşamasında dahi davacıların hiçbir itirazda bulunma mış olmalarının hayatın olağan akışına aykırı olmasına karşın muhdesatların kendilerine ait olduğuna ilişkin dava veya itirazlarının dahi bulunmadığı gerekçesiyle, davalı ...'na karşı açılan davanın husumet yönünden reddine, davalı ... Belediyesine karşı açılan davanın reddine karar verilmiş; davacılar vekili tarafından istinaf kanun yoluna müraacat edilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesince; dava konusu taşınmaz davalı İBB adına kayıtlı iken, ölü ... mirasçılarından sadece ... tarafından tapu tahsis talebinde bulunulduğu ve onun ölümü ile bu kez dava dışı ... mirasçıları adına tapu tahsis belgesine dayanılarak, dava dışı ... mirasçıları ..., ... ve ... ...'in adına tapuda tescil edildiği görülmekle, davacıların murisi ...

adına tapu tahsis belgesi olmadığı gibi, buna dayanak tapu talep işlemlerinin tamamlanmadığı da anlaşıldığından, davacıların mülkiyet hakkının ispatlanamadığı, tapu maliki olan dava dışı ...'in tapudaki hissesini diğer davalı ...'na sattığı, bu nedenle davacılar yönünden binalardaki hak iddiasının ispatlanamadığı gibi taşınmazın tapu tahsis belgesinden tapuya dönüşen kısmının ilk maliki ... olduğu açık bulunduğundan, ayrıca davalı belediyeye ödenen bina bedeli de bulunmadığından, davanın reddine dair mahkeme kararının usul ve yasaya uygun bulunduğundan davacıların istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacıların sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Davacılar taşınmazın, murisleri tarafından yapılan ve bilahare kendilerinin zilyetliğine geçen muhdesatlarla birlikte satıldığını, bu muhdesat bedeli kadar davalıların zenginleştiğini öne sürerek, bunun tahsilini istemiştir. Ilk derece ve bölge adliye mahkemesince muhdesatların davacılara ait olduğuna ilişkin dava veya itirazların olmadığını, bu nedenle davacılar yönünden binalardaki hak iddiasının ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddi yönünde hüküm tesis edilmiştir.

Somut olaya geçmeden önce muhdesat kavramına kısaca değinecek olursak, muhdesat 22.12.1995 tarih ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında ve eşya hukukunda vurgulandığı üzere, bir arazi üzerinde arz malikinden başkasına veya bir paydaşa ait yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe şeklinde dikilen ağaçları anlamak gerekir. Muhdesat, sahibine arazi mülkiyetinden ayrı, bağımsız bir mülkiyet veya sınırlı bir ayni hak sağlamayıp, muhdesat sahibinin hakkı, sadece şahsi bir haktır.

Dava konusu olayda, dosya kapsamından; taşınmazın Maliye Hazinesine ait olup toplam 484,50 m2 olduğu, muhdesat bilgileri kısmında üzerinde "kök muris ...'e ait ev" olduğunun belirtildiği, veraset ilamına göre kök murisin mirasçısı olarak ... ile ...'in kaldığı, davacıların, muris ...'in mirasçıları, dava dışı ... mirasçılarının ise dava dışı ..., ... ve ... ... olduğu,

Yine davaya konu taşınmazın, 324,50 m2'sinin 11.06.1987 tarihli tapu tahsis belgesi ile ...'e tahsis edildiği, bilahare 05.12.2012 tarihli Belediye Encümen Kararı ile ... mirasçılarına bedeli ödenmek suretiyle satışının yapıldığı ve tapu tahsis belgesinin tapuya dönüştürüldüğü, kalan 160,00 m2'lik kısmın ise İstanbul Belediyesi adına tapuya tescil edildiği, dava dışı mirasçılar tarafından bu hissenin tamamının 08.05.2013 tarihinde davalı

...'na satıldığı; adıgeçen tarafından İstanbul Belediyesi aleyhine açılan ortaklığın giderilmesi davası sonrasında da taşınmazın tamamının ihale ile satışı neticesinde davalı ... uhdesinde kaldığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, dosyada mevcut İBB Başkanlığı'nın 28.11.2016 tarihli yazısında "...taşınmazın yerinde yapılan tespitinde ... mirasçılarına ait 1. ve 2. katlı konut niteliğinde işgal bulunduğu; ...'e ait ise 3. katlı konut niteliğinde işgal bulunduğu; adıgeçenin imar affı müracaat formunun mevcut olduğu, ancak tapu tahsis belgesi almadığından herhangibir ödeme yapmadığı" belirtilmekte yine 10.05.1983 tarihli gecekondulara ait başvuru dilekçe formunda ise yapının davacılar murisine ait olduğu, yapının 3 katlı olduğu, işgal edilen alanın m2'nin 160 olduğu belirtilmekte; 11.09.2012 tarihli İBB Belediye Bşk'nın tespit yazısında ise"...krokide B ile tanımlı ... ait 3 katlı konut olduğu anlaşılmış, yapıların 1982 yılı hava fotoğrafında mevcut olduğu" belirtilmekte; davacılar tarafından, dava konusu edilen gecekondulara ilişkin abonelik kayıtları (su ve elektrik faturları), emlak beyannemesi, vergi kaydına ilişkin belgeler dosyaya ibraz edilmiştir.

Bununla birlikte, satış dosyasında mevcut bilirkişi raporunda taşınmaz ve muhdesat bedelleri 2014 yılı yaklaşık birim fiyatları esas alınarak ayrı ayrı hesaplanmış ve taşınmaza muhdesat bedelleri ile birlikte 880.262,50 TL bedel taktir edilmiş, ihaleye çıkılmış ihale 446.500 TL üzerinden davalı ... üzerinde kalmıştır. Son olarak İcra Müdürlüğü Satış Memurluğu'nun Tapu Sicil Müdürlüğü'ne hitaben yazılan 11.12.2015 tarihli yazısı ile "...alan hissedarın hissesine düşen 299.049,02 TL ise de üzerinde binanın olduğu ve muhdesat değerinin mahkemece tespit edilen bilirkişi oranına göre hisse belirlendiğinden muhdesat değeri gözönünde bulundurularak 354.163,80 TL'nin mahsup edilerek satılan diğer hissedarın hissesine düşen 92.336,20 TL üzerinden harcın alınması" gerektiği belirtilmiştir.

Bu açıklamalar neticesinde, davacılar murisi tarafından davaya konu taşınmaz üzerine binanın yapıldığı, ortaklığın giderilmesi davası ve taşınmazın ihale ile satışı safhasına kadar binaların davacılar zilyetliğinde olduğu ve fiilen de konut olarak kullanıldığı, satış safhasında bu yapıların, taşınmaz değerinin tespitinde de dikkate alındığı hususu sabittir.

Diğer taraftan, bir uyuşmazlıkta sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için bir tarafın mal varlığının diğer tarafın malvarlığı aleyhine çoğalması gerekir. İade borcunun kapsamını belirlemede öncelikle fakirleşme ve zenginleşme zamanının tesbit edilmesi gerekir. Sebepsiz zenginleşme borçlusunun, muhdesatın yapıldığı anda ekonomik açıdan zenginleştiği, yapanın ise o anda fakirleştiği ileri sürülmez. Zira, vücuda getiren tara-

fından kullanılan muhdesatın, taşınmaz malikine herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ekonomik yönden zenginleşme ve fakirleşmenin, satış suretiyle taşınmazdaki ortaklığın giderildiği anda gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Daha açık deyişle, sebepsiz zenginleşme, satışın yapılıp bedelinin ödendiği tarihte gerçekleşir.

Bu durumda, sebepsiz zenginleşme sebebiyle hükmedilecek miktar, muhdesatların satış tarihinde taşınmazın değerinde meydana getirdiği artış oranında olmalıdır. Diğer bir anlatımla, taşınmazın davacılara ait muhdesatlar yapılmamış olsa idi kaç liraya satılabileceği, muhdesatlar ile birlikte kaç liraya satılabileceği bilirkişiye tesbit ettirilmeli, taşınmazın muhdesatlar hariç belirlenen satış değeriyle muhdesatlar dahil belirlenen satış değeri birbirine oranlanmalı, bu oranın taşınmazın üçüncü kişiye satış bedeline uygulanması suretiyle elde edilecek fark bedel kadar davalıların muhdesatlar nedeniyle zenginleştiği kabul edilmelidir.

Başka bir deyişle, davacıya ait muhdesatların satış bedelinden davalılara ödenmiş olan paradan yukarıda açıklanan orantı ile bulunacak kısım kadar davalılar sebepsiz zenginleşmiş sayılır. Aynı şekilde, satış sonucu davacılar murisinin yaptırdığı muhdesatların davacıların elinden çıkması ile mamelekinde bir azalma olacağı da kesindir.

O halde, mahkemece; taraflar arasındaki uyuşmazlığın sağlıklı olarak çözümü için dava konusu taşınmazın ihale yolu ile satışına ilişkin satış dosyasının ayrıntılı incelenmesi ile, uzman bilirkişiden yukarıda açıklanan orantı kurulmak suretiyle rapor aldırılması (davacılara ait muhdesat bedellerinin hangi davalının uhdesinde kaldığı hususu tespit edilmek suretiyle) ve her bir davalının zenginleştiği tutar tespit edilerek tahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesis edilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bendde açıklanan nedenlerle davacıların sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bendde açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nun 373/1 maddesi uyarınca temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının **KALDIRILMASINA,** aynı Kanunun 371. maddesi uyarınca İlk Derece Mahkemesi kararının davacı yararına **BOZULMASINA,** 2.037 TL Yargıtay duruşması vekalet ücretinin davalılardan alınıp davacı tarafa verilmesine, dosyanın İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE,** 18/06/2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

YARGILAMA GİDERLERİ
•
KARŞI TARAF VEKÂLET ÜCRETİ

Özet: Bir tarafın, dava açıldığı andaki mevzuata veya içtihat durumuna göre davasında veya savunmasında haklı olup da, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren yeni bir kanun hükmü veya yeni bir içtihadı birleştirme kararı gereğince davada haksız çıkmış olması halinde, taraf yargılama giderlerine mahkûm edilemez.

Y. 3. HD E: 2017/16702 K: 2019/4885 T: 23.05.2019

Taraflar arasında ilk derece mahkemesinde görülen alacak davasında yapılan yargılaması sonucunda, karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiş olup, taraf vekillerinin istinaf kanun yoluna müracaat etmesi üzerine, bölge adliye mahkemesi tarafından yapılan inceleme neticesinde davacının istinaf başvurusunun reddine, davalıların istinaf başvurusunun kabulüne yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

Davacı; davalı tarafın haksız olarak elektrik faturalarında tahsil ettiği dağıtım, iletim, PSH, okuma ve kayıp kaçak bedelinden fazlaya ilişkin haklı saklı kalmak kaydıyla şimdilik 4.000,00 TL'nin faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar; dava konusu bedellerin tahsilinin mevzuata uygun olduğunu belirterek davanın reddini dilemişlerdir.

İlk derece mahkemesince; 6719 sayılı yasayla 6446 sayılı yasada yapılan değişiklik uyarınca davanın konusuz kaldığına, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve davasını avukat ile takip eden davacı lehine vekalet ücreti takdiri ile yargılama giderlerinin davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Mahkemece verilen karara karşı taraf vekilleri istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesince; dava açılırken Yargıtay İçtihatları dikkate alınarak dava açıldığı, bu yönü ile dava açılırken davacının haklı olduğu değerlendirilebilir ise de, dava tarihinden sonra yapılan yasal değişiklik

nedeniyle davanın reddi gerekmekle, davacının haklılık durumunun da değiştiği, davanın reddi ile birlikte hakkaniyet gereğince taraflar yararına vekalet ücretine de hükmedilmemesi geretiği, davacının yaptığı yargılama giderinin de, davacı üzerinde bırakılmasının davanın reddi kararının tabi bir sonucu olduğu gerekçesiyle, davacının istinaf başvurusunun reddine, davalıların istinaf başvurusunun kabulüne, ancak hataların düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden

HMK nun 353/1.b.2 maddesi gereğince yeniden hüküm kurularak mahkemece verilen kararın kaldırılması ile, davanın reddi ile birlikte, tarafların leh veya aleyhlerine vekalet ücreti hükmedilmemesi ve davacının yaptığı yargılama giderinin davacı üzerine bırakılmasına karar verilmiş, hüküm süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

1-)Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davacının sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-) Dava, elektrik abonelerinden tahsil edilen; kayıp-kaçak vs. bedellerinin iadesi istemine ilişkindir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.05.2014 tarih ve 2013/7-2454 Esas 2014/679 K. Sayılı kararı ve Dairemiz kararları ile Anayasanın Vergi ödevi Başlıklı 73. maddesindeki "... Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır..." şeklindeki düzenlemeye göre; kayıp-kaçak, sayaç okuma, dağıtım, perakende hizmet ve iletim bedeli uygulamasının EPDK Kararları ve tebliğleri çerçevesinde uygulama arz eden kanunlar ve ikincil mevzuat hükümleri çerçevesinde EPDK tarafından belirlenerek uygulandığı, bu tarihteki mevcut hukuki düzenlemenin EPDK'na sınırsız bir fiyatlandırma ve tarife unsuru belirleme hak ve yetkisi vermediği, özellikle kaçak (elektrik enerjisinin hırsızlanması) bedellerinin kurallara uyan abonelerden tahsili yoluna gitmenin hukuk devleti ve adalet düşünceleri ile bağdaşmadığı, bu faturalara yansıtılan diğer kalemlere ilişkin bedel miktarlarının şeffaflık ilkesi ile denetlenebilmesi ve hangi hizmetin karşılığında ne bedel ödendiğinin bilinmesininde şeffaf hukuk devletinin vazgeçilmez unsuru olduğu, EPDK kararları ile bu bedellerin mevcut mevzuat kapsamında tüketicilerden alınmasının hukuka uygun olmadığı kabul edilmiştir.

Ne var ki, 17.06.2016 Tarih 29745 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren geçmişe de etkili 6719 sayılı kanunun 21. maddesi ile 6446 Sayılı kanunun 17. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasının (a), (ç), (d) ve (f) bentleri değiştirilmiş olup, elde-

ki davada dava konusu bedellerin alınmasında esas olan ilgili tarifelerin düzenlenmesinde EPDK.nun Kanundaki yetkileri genişletilerek yukarıda sözü edilen bedeller maliyet unsuru kapsamına dahil edilmiştir.

Yine, 6719 sayılı kanunun 26. maddesi ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'na eklenen; Geçici madde 19; "Bu maddeyi ihdas eden Kanunla öngörülen düzenlemeler yürürlüğe konuluncaya kadar, Kurul tarafından yürürlüğe konulan mevcut yönetmelik, tebliğ ve Kurul kararlarının bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur." hükmünü,

Geçici madde 20; "Kurul kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 17 nci madde hükümleri uygulanır." hükmünü içermektedir.

Her dava, açıldığı tarihteki fiili ve hukuki sebeplere ilişkin koşullara göre hükme bağlanır. Ne var ki, dava açıldıktan sonra meydana gelen bir olay nedeniyle dava konusunun ortadan kalkması ve tarafların, davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmaması gibi hallerde işin esası hakkında infaz kabiliyeti olan bir hüküm kurulmamaktadır.

Yukarıda açıklanan bu yasa değişiklikleri birlikte değerlendirildiğinde; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu kararlarına dayanılarak alınmış olan ve dava konusu yapılan bedeller ile ilgili olarak açılan (ve halen derdest olan) davalar, (açıklanan yasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte) konusuz kalmıştır.

3-) Bu noktada bir diğer uyuşmazlık konusu ise, davalının, davanın açılmasına sebebiyet verip vermediği, bu bağlamda davacı yararına vekalet ücreti hükmedilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Esastan Sonuçlanmayan Davada Yargılama Gideri" başlıklı 331.maddesinin 1.fıkrasında; davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâllerde, hâkimin, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmedeceği düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemenin yargılamaya devam ederek dava açıldığı zaman hangi tarafın haksız olduğunu tespit etmesi ve tutumuyla dava açılmasına sebep olan tarafı yargılama gideri ile mahkum etmesi gerekmektedir.

Bir tarafın, dava açıldığı andaki mevzuata veya içtihat durumuna göre davasında veya savunmasında haklı olup da, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren yeni bir kanun hükmü veya yeni bir içtihadı birleştirme kararı gereğince davada haksız çıkmış olması halinde, yargılama giderlerine mahkum edilemeyeceği kuşkusuzdur.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki, bir kimseye diğer tarafın dava giderlerinin yükletilmesinin nedeni, o kimsenin diğer tarafın gider yapmasına haksız olarak sebebiyet vermiş olmasıdır. İşte bu nedenledir ki, dava açıldığı anda haklı durumda bulunan tarafın, yargılama sırasında meydana gelen mevzuat değişikliği sonucu haksız duruma düşmesi halinde yargılama giderlerinden sorumlu tutulması olanaklı değildir(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.11.2009 günlü ve 2009/18-421 E.-2009/526 K. sayılı ilamında da aynı ilkeye yer verilmiştir.).

Somut olayda, davacı tarafın dava açıldığı tarihteki mevzuat, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.05.2014 tarih ve 2013/7-2454 Esas 2014/679 K. Sayılı kararı ve Dairemiz kararları gereği içtihat durumuna göre dava açmakta haklı olduğu, bu kapsamda kayıp kaçak ve diğer bedellerin tahsilini talep edebileceği dikkate alındığında, dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren geçmişe etkili yasa değişikliği ya da içtihadı birleştirme kararı gereği davanın kabul edilmemesi nedeniyle haksız çıkmasına rağmen yargılama giderlerinden sorumlu tutulamayacağı kuşkusuzdur.

Bu durumda; Bölge Adliye Mahkemesince, usul ve yasaya uygun bulunan ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile davalıların istinaf başvurusunun kabulü ile yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı tarafın sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci ve üçüncü bentte açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nun 371. maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesi kararının davacı taraf yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE, 23/05/2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

FERAGAT • TEMYİZ AŞAMASINDA KARAR MERCİİ

ÖZET: Feragat, niteliği gereği karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan tek taraflı irade beyanı ile davayı sonuçlandıran bir usul işlemidir. Temyiz aşamasında hüküm henüz kesinleşmemiş olduğundan, davadan feragat edilmesi de mümkündür. Bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait olduğuna göre, davacının davadan feragat beyanı hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

Y. 4. HD E: 2017/1243 K: 2019/3994 T: 18/09/2019

Davacılar...İşletmeleri AŞ ve ... vekilleri Avukat ... tarafından, davalılar ... Gazete Dergi Basım AŞ ve ... aleyhine 23/10/2015 gününde verilen dilekçe ile basın yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 21/06/2016 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı ... AŞ vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, basın yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılardan... İşletmeleri AŞ vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğinden; vekaletnamesinde davadan feragat yetkisi bulunan davacı ... AŞ vekili Avukat ...'un 06/04/2017 tarihli dilekçe ile davadan feragat ettiği anlaşılmıştır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 307. ve devamı maddeleri uyarınca davadan feragat, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilecek olup; kesin hükmün sonuçlarını doğurmaktadır.

Feragat, niteliği gereği karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan tek taraflı irade beyanı ile davayı sonuçlandıran bir usul işlemidir. Temyiz aşamasında hüküm henüz kesinleşmemiş olduğundan, davadan feragat edilmesi de mümkündür. Bu aşamada feragat hakkında karar verme yetkisi yerel mahkemeye ait olduğuna göre, davacının davadan feragat beyanı hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davacı ....'nin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 18/09/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KAMU GÖREVLİSİ • KUSUR VE TAZMİNAT

ÖZET: Davacının istemini dayandırdığı iddiaların davalı kamu görevlisinin göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayalı haksız eylem niteliğinde olduğu, bu nedenle davalıya husumet düştüğü anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan salt kişisel kusuruna dayanıldığına, eylemin görevle ilgili olmamasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmamasına göre, eldeki uyuşmazlığın adli yargı yerinde görülüp, çözülmesi gerekir.

Y. 4. HD E: 2019/2070 K: 2019/3990 T:18/09/2019

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 16/04/2008 gününde verilen dilekçe ile haksız eylem nedeniyle maddi ve manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın maddi tazminat yönünden reddine, manevi tazminat yönünden kısmen kabulüne dair verilen 22/11/2016 günlü karara karşı davacı ve davalı tarafların istinaf başvuruları üzerine yapılan incelemede; davacının istinaf başvurusunun usulen reddine, davalının istinaf başvurusunun kabulüne, ... 14. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2008/656 esas 2016/1067 sayılı kararının HMK'nın 353/1-b.2 maddesi uyarınca kaldırılarak; davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine dair verilen 20/03/2019 günlü kararın Yargıtayca 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 fiil nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince, davanın maddi tazminat yönünden reddine, manevi tazminat yönünden kısmen kabulüne dair verilen kararın taraflarca istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine yapılan inceleme sonucunda verilen karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; davalının, dava konusu olayın olduğu dönemde müvekkilinin sicil amiri olduğunu, davalının, kişiye özel bir uyarı yazısı hazırladığını ve davacı tarafından tebellüğ edilmiş gibi işleme koyarak davacının düşük sicil notu almasına sebep olduğunu, böylece müvekkilinin meslekte terfi etmesine engel olduğunu, davalının ceza yargılamasında mahkum olduğunu, ayrıca davalının Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu tarafından da işlediği suçtan dolayı idari ceza aldığını, idare mahkemesi ilamı ile olumsuz sicil notlarının iptaline karar verildiğini, davalının sicil notlarını gareze binaen, hissi ve özel amaçlarla gerçeğe aykırı olarak doldurduğunu, adil, tarafsız ve objektif ölçülere dayanmadığını belirterek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Davalı vekili; davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İlk derece mahkemesince; davacının manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne, maddi tazminat talebinin ise reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesince; Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 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 yöneltilmesi doğru olmadığı, bu durumda davalı hakkında açılmış olan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, davanın esastan karara bağlanmasını doğu görülmediği gerekçesiyle davacının istinaf başvurusunun usulen reddine, davalının istinaf başvurusunun kabulüne, ... 14. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2008/656 esas 2016/1067 sayılı kararının HMK'nın 353/1-b.2 maddesi uyarınca kaldırılarak; davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmiş; kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyanın incelenmesinde; davacının dava konusu olayın olduğu tarihte ... Emniyet Müdürlüğünde emniyet amiri, davalının da aynı yerde emniyet müdürü olarak görev yaptığı, 28/01/2003 günü davalının, kişiye

özel bir uyarı yazısı hazırladığı ve davacı tarafından tebellüğ edilmiş gibi işleme koyduğu, akabinde davalı hakkında orta sicil notu verdiği, davacının 2003 yılına ait sicilinin orta olarak düzenlenmesine ilişkin işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle idare mahkemesinde iptal davası açtığı, ... 5. İdare Mahkemesinin 22/10/2007 tarihli 2006/1918 esas 2007/2248 karar sayılı ilamında sicillerin objektifliği ilkesi çerçevesinde değerlendirmenin, keyfi bir biçimde olmadığını ortaya koymak bakımından, yetkili sicil amirlerinin kanaatinin oluşmasına etki eden hususların somut bilgi ve belgeye dayandırılmasının zorunluluk arz edeceği, dosya içeriğinden davacı sicilinin önceki sicillerinden daha düşük düzenlenmesini gerektirecek herhangi bir disiplin cezasının bulunmadığı, sicil notunun (orta) düzeyine düşürülmesinin hukuken geçerli somut bilgi ve belgelerle kanıtlanamaması karşısında anılan yıl sicilinin geçmiş yıl sicillerinden düşük düzenlenmesine ilişkin işlemde objektif ölçütlere uygun bir biçimde hareket edilmediği sonucuna varıldığı, bu durumda davacının 2003 yılı sicilinin 71 (orta) olarak düzenlenmesi işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı, açıklanan nedenle dava konusu işlemin iptaline karar verildiği, ayrıca davaya konu uyarı yazısı nedeniyle Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulunun 22/01/2007 tarihli kararında Emniyet Amiri rütbesindeki bir personele "resen' ceza verebilme yetkisinin Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 84. maddesi 1. fıkrası kapsamında İçişleri Bakanına ait olduğu, bu durumda davalının kendisine ait olmayan yetkiyi kullandığı gerekçesiyle işlediği isnat olunan "Görevin takdir ve yerine getirilmesinde hoşgörü ve savsaklama" fiilinin işleniş tarihi itibariyle 04/07/2006 tarih ve 26218 sayıl Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5525 sayılı "Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Cezalarının Affı Hakkında Kanun" kapsamında bulunduğundan dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Kanunu'nun 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. (Hukuk Genel Kurulunun 15/11/2000 gün ve E:2001/4-1650; 2000/1690, 26/09/2001 gün ve E.2001/4-595 K:2001/643, 29/03/2006 gün ve E.2006/4-86 K:2006/111; 17/10/2007 gün ve E:2007/4-640 K.2007/725; 31/10/2007 gün ve E:2007/4-800

K:2007/797; 20/02/2008 gün ve 2008/4-156 K:2008/140 sayılı ilamlarında da aynı ilkeler benimsenmiştir.)

Somut olay değerlendirildiğinde; davacının istemini dayandırdığı iddiaların davalı kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayalı haksız eylem niteliğinde olduğu, bu nedenle davalıya husumet düştüğü anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan salt kişisel kusuruna dayanıldığına, eylemin görevle ilgili olmamasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmamasına göre, eldeki uyuşmazlığın adli yargı yerinde görülüp, çözülmesi gerektiğinden husumetin davalıya yöneltilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır. Bölge Adliye Mahkemesince davalının salt kişisel kusuru iddiası ile ilgili olarak açılan davanın istinaf başvurusunun esastan inceleme yapılarak sonuçlandırılması gerektiğinden Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi kararının yukarıda belirtilen nedenlerle **BOZULMASINA,** dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 18/09/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

ECRİMİSİL • ZAMANAŞIMI
•
TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: Süresinde yapılmayan zamanaşımı def'inin dikkate alınmaması gerekir.

Ecrimisil davalarında zamanaşımı süresi beş yıldır. Bu süre davanın açıldığı tarihten geriye doğru işlemeye başlar.

Ecrimisili zilyet olmayan malikin zilyet olan kötüniyetli malikten isteyebileceği tazminat olup, en az kira geliri kadar olan zarardır.

Davadaki talep aşılarak karar verilemez.

Y. 8. HD. E: 2018/3523 K: 2019/4629 T: 06.05.2019

Davacı vekili, vekil edeninin 10/02/1995 tarihinden itibaren 123 ada 4 parsel sayılı taşınmazın maliki olduğunu, davalı şirketin bu taşınmazı 1995 yılından beri geçerli bir hukuki sebebe dayanmaksızın işgal ederek kullandığını, bunun karşılığında herhangi bir bedel ödemediğini bu nedenle fazlaya ilişkin hakları saklı kalacak şekilde 20.000,00 TL ecrimisile hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili yasal süre içinde sunulmamış olan cevap dilekçesinde, ecrimisil alacaklarının 5 yıllık zaman aşımına tabi olduğunu, davacının 2006 yılından önceki alacaklarının zaman aşımına uğradığını, taşınmazın tarafların ortak miras bırakanı 'a ait olması nedeni ile Uşak 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/205 Esas sayısı ile muris muvazasına dayalı "tapu iptali ve tescil" davası açıldığını ayrıca taşınmaz üzerinde bulunan fabrika binasının da müvekkili şirket tarafından yapıldığını, bu konuda açılan davanın da halen derdest olduğunu, bu davaların sonuçlarının beklenmesi gerektiğini, aksi kanaatte olunacaksa, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olup; hüküm, davacı ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, ecrimisil istemine ilişkindir.

Somut olayda; davalı şirketin ortakları ve davacı kardeştirler ve dava konusu taşınmaza ilişkin davalılar tarafından, davacıya karşı açılmış olan muris muvazaasına dayalı tapu iptal tescil davası bulunmaktadır.

Murisin, mirasçılardan mal kaçırmak maksadıyla yaptığı muvazaaya dayalı devir ve temlikler geçersiz olduğundan, davaya konu taşınmazları o şekilde iktisap eden davalının bu taşınmazları işgali iyiniyetli sayılamaz ve dolayısıyla kendisinden mal kaçırılan mirasçı davacı, murisin (ölüm) tarihinden (zamanaşımıdef'i durumunda sürenin 5 yıl olduğu dikkate alınarak) başlayarak dava tarihine kadar geçen süre için ecrimisil isteyebilir. Açıklanan bu sebep ile; açılmış olan tapu iptal tescil davası, eldeki davanın sonucunu etkileyeceğinden, o davanın kesinleşmesi beklenerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

Kabule göre de;

1.Dava 02.02.2011 tarihinde açılmış, dava dilekçesi davalıya 09.02.2011 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı taraf cevap dilekçesini 01.04.2011 tarihinde sunmuş, süresinde olmayan bu cevap dilekçesinde zamanaşımı def'inde bulunmuş, davacı taraf ise süresinde verdiği cevaba cevap dilekçesinde zamanaşımıdef'inin süresinde ileri sürülmediğini bu sebeple dikkate alınmaması gerektiğini belirtmiştir. Ancak, mahkemece zamanaşımı def'i süresinde yapılmadığı ve bu hususun derhal davacı tarafından ileri sürüldüğü gözetilmeden, süresinde yapılmayan zamanaşımı define değer verilmemesi gerekirken zamanaşımı definin süresinde kabul edilerek hüküm kurulması hatalıdır.

2.Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere; ecrimisil, diğer bir deyişle haksız işgal tazminatı, zilyet olmayan malikin, malik olmayan kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarihli ve 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; fuzuli işgalin tarafların karşılıklı birbirine uygun iradeleri ile kurduğu kira sözleşmesine benzetilemeyeceği, niteliği itibarı ile haksız bir eylem sayılması gerektiği, haksız işgal nedeniyle oluşan zararın tazmin edilmesi gerekeceği vurgulanmıştır.

Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri karşılığı zarardır. Bu nedenle, haksız işgalden doğan normal kullanma sonucu eskime

şeklinde oluşan ve kullanmadan kaynaklanan olumlu zarar ile malik ya da zilyedin yoksun kaldığı fayda (olumsuz zarar) ecrimisilin kapsamını belirler. Haksız işgal, haksız eylem niteliğindedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2004 tarihli ve 2004/1-120-96 sayılı kararı).

25.05.1938 tarihli ve 29/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtay'ın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatları uyarınca ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup bu beş yıllık süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Hemen belirtelim ki, ecrimisil hesabı uzmanlık gerektiren bir husus olup, taşınmazın niteliğine uygun bilirkişi marifetiyle keşif ve inceleme yapılarak ve taleple bağlı kalınarak haksız işgal tazminatı miktarı belirlenmelidir. Alınan bilirkişi raporu, somut bilgi ve belgeye dayanmalı, tarafların ve hakimin denetimine açık değerlendirmenin gerekçelerinin bilimsel verilere ve 6100 sayılı HMK'nin 266. vd. maddelerine uygun olmalıdır.

İlke olarak, kira geliri üzerinden ecrimisil belirlenmesinde, taşınmazın dava konusu ilk dönemde mevcut haliyle serbest şartlarda getirebileceği kira parası, emsal kira sözleşmeleri ile karşılaştırılarak, taşınmazın büyüklüğü, niteliği ve çevre özellikleri de nazara alınarak yöredeki rayiçe göre belirlenir. Sonraki dönemler için ecrimisil değeri ise ilk dönem için belirlenen miktara ÜFE artış oranının tamamının yansıtılması suretiyle bulunacak miktardan az olmamak üzere takdir edilir.

Somut olayda; iki kez bilirkişi raporu alınmış, birinci raporda emsal taşınmaz olmadan hesaplama yapılmak sureti ile 5 yıl için toplam ecrimisil değeri 35.813 TL, ikinci raporda emsal taşınmaz dikkate alınarak hesaplama yapılması ancak; Tüfe oranlarının ecrimisil istenen ilk dönem değeri belirlenip, ileriye doğru uygulanması yerine, dava tarihinden geriye doğru uygulanması ve sonuç olarak da 5 yıl için 126.935 toplam ecrimisil hesaplanması ve Mahkemece raporlar arasındaki çelişki giderilmeden hüküm kurulması, yukarıda açıklanan ilke ışığında doğru görülmemiştir.

3.Bilindiği üzere; taleple bağlılık ilkesini düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesi; "Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır." şeklindedir.

Oysa somut olayda; davacı tarafından, dava dilekçesinde 2006 yılı için 19.500 TL, 2007-2008-2009 ve 2010 yılları için 100'er TL talep edilmiş daha sonra ise bu talep sadece 2007 ve 2008 yıllarına ilişkin istemini

ıslah ederek toplamda 52.700 TL'ye yükseltilmiştir. Ancak mahkemece 2009 ve 2010 yılları için talebi aşarak bu yıllara ilişkin bilirkişi raporunda belirlenen miktarlara hükmedilmiştir ki; bu da, az yukarıda açıklanan ilke ışığında doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Hükmün 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edenlere ayrı ayrı iadesine, 06/05/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ECRİMİSİL DAVALARI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup, bu süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Y. 8. HD. E: 2018/3795 K:2019/6845 T: 03.07.2019

Davacı S.S. Tasfiye Halindeki ....Kooperatifi vekili, dava konusu 2064 ada 1 parselde 2 nolu bağımsız bölümün vekil edenine ait olduğunu, davalının söz konusu taşınmaza müdahalesinin bulunduğunu açıklayarak, ecrimisil isteğinde bulunmuştur.

Davalı ... A. Ş. vekili, talebin zamanaşımına uğradığını, davalının haksız şagil olmadığını açıklayarak, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüyle 18.324,00 TL alacağın davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, ecrimisil isteğine ilişkindir.

1. Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından; dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına ve uyulan bozma ilâmında açıklandığı üzere işlem yapılıp sonucu dairesinde hüküm tesis edildiğine göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2. Davalı vekilinin zamanaşımı define yönelik temyiz itirazlarının incelemesine gelince;

Bilindiği üzere ecrimisil; malikin, kötüniyetli zilyetten isteyebileceği bir nevi haksız işgal tazminatıdır.

25.05.1938 tarihli ve 29/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtayın aynı yoldaki yerleşmiş içtihatları uyarınca ecrimisil davaları beş yıllık zamanaşımına tabi olup bu beş yıllık süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 154. maddesinde zamanaşımını kesen nedenler sınırlı olarak sayılmış olup, maddede açıkça düzenlenmediğinden davacını (alacaklının) ihtarı zamanaşımını kesen neden olarak sayılamaz.

O halde, Mahkemece, zamanaşımı dikkate alınarak dava tarihinden geriye doğru beş yıllık zamanaşımıntahsiline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeplerle 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3.maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının yukarıda 1. bentte gösterilen sebeplerle reddine, taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 03.07.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

GENEL MÜDÜR • İŞÇİLİK SIFATI

ÖZET: Genel Müdür veya üst düzey yönetici pozisyonundaki şirket çalışanının kişisel olarak işverene bağımlı çalışması halinde taraflar arasında İş Kanunu kapsamında iş sözleşmesi bulunduğu kabul edilecektir.

Bu kişinin çalışmasında bağımsızlık unsurunun baskın olması halinde taraflar arasında vekalet ilişkisi bulunduğu kabul olması halinde taraflar arasında vekalet ilişkisi bulunduğu kabul edilecektir.

Kişinin yönetim kurulu murahhas üyesi veya ortak olması halinde organ sıfatıyla ortaklık ilişkisi bulunduğu kabul edilecektir.

Y. 9. HD. E: 2015/603 K: 2015/7529 T. 19.02.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının Genel Müdür sıfatı ile hakkedişlerden kar payından % usulü prim karşılığı iş sözleşmesi davalı şirketin yurt dışı işyerinde çalıştığını, ancak hakkedişlerden kar payından prim alacaklarının eksik ödendiğini, belirterek ödenmeyen prim alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davanın bir iş davası olmayıp, ticari mahiyette bulunduğundan İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesinin bu davayı görmeye yetkili olduğunu. Davacı, şirketlerinde bağımlı olarak çalışmadığı, taraflar arasında yazılı bir sözleşme yapılması zorunlu olduğu halde kendisi işçi olmadığından böyle bir sözleşme yapılmadığı, asaya göre işçi olsa kendisine bir ücret ödenmesi, Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi ve düzenli olarak ücret ve sigorta primi yatırılması gerektiği, halbuki davacının şirketlerinin aldığı Müteahhitlik işlerinde zaman zaman Danışman olarak görev yaptığı ve kendisine bu çalışmaları karşılığı, aldıkları işin

sonlanması, kesin kabulün yapılması ve işi veren firma tarafından Hak edişimizin ödenmesi sonucu, tüm giderler düşüldükten sonra belirlenen net katın %25'i Kar Payı olarak ödendiği, kendisinin belirttiği bu işlerin sonuçlanmasının şirketlerince de kabul görmekte olup esasen o işlere ait paraların kendisine yüzde yirmi beş kar payı olarak ödendiği, O halde kendisi şirketlerinde bir Hizmet Akdi ile çalışmadığı, davacının İş Sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi, yani işçi olmadığı, davalı şirketin aldığı inşaatlar ve ihalelerin ticari iş niteliğinde olup, davalının dahi bu işlerde Danışman olarak zaman zaman çalışması ve karşılığında Kesin Mahiyette işin bitiminin onaylanması ve şirketimize paranın Ödenmesi halinde % 25 nispetinde kar payı alması nedeni ile ortada davacı yönünden de ticari bir iş söz konusu bulunmadığı, davacı yanın şirketlerinde iddiasının aksine hiçbir zaman Genel Müdür sıfatı ile çalışmadığı, şirketlerinin böyle bir kararının da olmadığını, Şirketi temsil ve ilzama yetkili Genel Müdürün ... olduğu, arz edilen olay tamamen ticari mahiyette bulunduğu, muaccel olmayan bir alacak talep edildiğinden, talebin her yönü ile haksız ve sebepsiz olduğu bu nedenle davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir., davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacının davalı işyerinde Genel Müdür sıfatıyla görev yaptığı, Anonim Şirket genel müdürünün yönetim kurulu üyesi sayılması gerektiği şirketle arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olması sebebiyle davacının açmış olduğu dava yönünden Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesine göre; İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur. 5521 sayılı kanunun 1. Maddesinin 1. Fıkrasında belirtilen İş Kanunu, şu an yürürlükte olan 4857 sayılı İş Kanunu'dur. Keza 4857 sayılı İş Kanununun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 4 üncü maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, işverenler ile işveren vekillerine ve işçilerine, çalışma konularına bakılmaksızın bu Kanunun uygulanacağı

belirtilmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları, iş mahkemelerinde çözülecektir. İş mahkemesinin diğer kanunlardaki ayrık düzenlemeler hariç görevli olması için taraflar arasında iş ilişkisi bulunması gerekir. Taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi dışında diğer iş görme edimi içeren özel sözleşmeler (vekalet, eser, ortaklık gibi) olması halinde genel hukuk mahkemelerinin(görev uyuşmazlığı), statü hukuku kapsamında olması halinde ise idari yargının görevli olması (yargı yolu uyuşmazlığı) sözkonusu olacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 19 ve 6100 sayılı HMK.'un 33. maddeleri uyarınca yargıç tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Yargıç aradaki sözleşmesel ilişkiyi yorumlar, sözleşme türünü ve içeriğini kendisi belirler. Tarafların gerçek ve ortak iradelerini esas alır. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin iş, vekalet, eser veya ortaklık sözleşmesi olduğunu nitelendirilmesi yargıca aittir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 135. Maddesi uyarınca "yönetim organı", anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdür veya müdürler, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticidir. Aynı kanunun 368. Maddesi uyarınca "Yönetim kurulu, ticari mümessil ve ticari vekiller atayabilir. Devamı 370/2 maddesine göre ise "Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır".

Limited şirketlerle ilgili düzenlemelerde de şirket ortağı yanında, şirket ortağı olmayan kişinin müdür olarak atanacağı açıklanırken(Mad. 623), ortak olmayan şirket müdürünün iş sözleşmesi kapsamında da çalıştırılabileceği belirtilmiştir(Mad.629).

Diğer taraftan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 4. Maddesine göre "Sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin yönetim kurulları genel müdür dâhil beş kişiden, denetçiler ise iki kişiden az olamaz. Genel müdür, yönetim kurulunun doğal üyesidir". Sigorta şirketinde yasa gereği genel müdürün yönetim kurulu üyesi olması, yasadan kaynaklanan bir durum olup, iş sözleşmesi ile işe alınmasına engel değildir. Kısaca genel müdür olarak iş sözleşmesi ile işe alınan kişi yasa gereği yönetim kuruluna seçilmekle organ sıfatını almaz.

Bankacılık Kanunu'nun 23. Maddesi uyarınca banka yönetim kurulunun doğal üyesi olan genel müdürler de murahhas üye veya kişi/organ sıfatını kazanmamış ise iş ilişkisi kapsamında çalıştığının kabulü gerekir.

Kişi organ statüsündeki murahhas azalar dışında anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki kural olarak vekalet akdine dayansa da bu ilişkinin iş ilişkisi olarak kurulmasına da bir engel bulunmamaktadır. O halde hukuki nitelendirme her somut olaydaki çalışma ilişkisi özelinde yapılmalıdır (Prf. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası. İstanbul s. 133-134;

Türk Borçlar Kanunu ticari temsilciyi "işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi" olarak tanımlamıştır(Mad.547/1). Aynı kanunun 554. Maddesinde ticari temsilci ile temsil ettiği kişi arasında hizmet, ortaklık veya vekâlet sözleşmelerinin olabileceği, ancak bunun sınırlı olmadığı, taraflar arasında başkaca hukuki ilişkilerin de bulunabileceği belirtilmiştir. Kısacası ticari temsilci ile işletme sahibi arasında iş ilişkisi kurulabilir.

Şirketlerde tüzel kişiliği temsil eden genel müdür veya müdürlerin ticari temsilci oldukları açıktır. Ticari temsilcinin yukardaki düzenlemelere göre gerçek anlamda ortak olmadıkça, bağımsız hareket etmedikçe ve murahhas üye olmadığı sürece, iş ilişkisi kapsamında çalıştığının kabulü gerekir.

Ayrıca ticari temsilci olan, genel müdür veya müdür ile tacir olan kişi arasında çıkan uyuşmazlıkların iş ilişkisi olması halinde uyuşmazlığın 6102 sayılı TTK.'nun 5/1 maddesi yollaması nedeni ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. Maddesi uyarınca iş mahkemesinde görülmesi gerekir. Zira anılan 5. Maddede açıkça ayrı düzenleme yoksa ticari davanın ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir. 5521 sayılı kanun ayrı düzenleme öngörmüştür.

Somut uyuşmazlıkta davacı genel müdür sıfatı ile çalıştığını, davalı şirket ise davacının danışman, ancak iş ilişkisi kapsamında çalışmadığını savunmuştur. Davacı her ne kadar kar payında yüzde usulü ile ücret almakta ise hukuki ve kişisel olarak işveren bağımlı çalışıyor ise arada iş ilişkisinin, bağımsız çalışıyor ise vekalet ilişkisinin olduğu, yönetim kurulu murahhas üyesi veya ortak ise kişi organ sıfatı ile ortaklık ilişkisi kapsamında çalıştığının kabulü gerekir. Mahkemece bu hususlar araştırılmadan, eksik inceleme ile salt genel müdür olduğu belirtilerek görevsizlik kararı verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DAVADA REDDEDİLEN MİKTAR
•
VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: Davada reddedilen miktar 100.00 TL.'dir. Bu nedenle davalı taraf lehine 100.00 TL vekalet ücreti takdir edilmelidir.

Y. 9. HD. E: 2015/1293 K: 2015/11732 T. 24.03.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesinin işverence haksız feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma ve ulusal bayram ve genel tatil ücret alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazları ile davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- İlk Derece Mahkemesince fazla çalışma ücretinde takdiri indirim dışında reddedilen ulusal bayram ve genel tatil ücret alacağı toplamı 100,00 TL'dir. Karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi 12/2 maddesi uyarınca, davalı lehine 100,00 TL vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, maktu vekalet ücretine hükmedilmesi hatalı olup bozma nedeni ise de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün H.M.K.'nun geçici 3. maddesi yollaması ile HUMK'nun 438/7 maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

F) Sonuç:

Hüküm fıkrasının on ikinci paragrafındaki "1.500 " rakamının silinerek yerine "100" rakamının yazılmasına, hükmün bu şekilde **DÜZELTEREK ONANMASINA,** aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenlere yükletilmesine, 24.03.2015 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

24 SAAT ÇALIŞMA • PRİMLE ÇALIŞMA • İŞÇİLİK ALACAKLARI • YASAL KESİNTLER

ÖZET: İş yerinde 24 saat çalışıp 24 saat dinlenen işçinin ne kadar dinlendiği anlaşılamıyor ise iş yerinde keşif yapılarak davacının uyuma imkanı olup olmadığı tespit edilmeli, eğer uyuma imkanı varsa günde 14 saat çalıştığı aksi halde 20 saat çalıştığı kabul edilmelidir.

Sefer başına prim alan işçinin fazla çalışma ücreti hesaplanırken sadece %50 zamlı kısım hesaplanmalıdır.

Kural olarak işçilik alacakları brüt tutara göre hüküm altına alınmalıdır. Ancak davacının talebi net tutar ise talep aşılamayacağından net tutara göre hüküm kurulmalıdır.

Bütün işçilik alacakları Damga Vergisine tabidir.

Tazminat niteliğindeki alacaklardan SGK primi kesilmez. Sadece vergi kesintisi yapılır. Kıdem tazminatından Gelir Vergisi kesilmez. Ücret alacaklarından SGK primi de kesilmelidir.

Y. 9. HD E: 2014/29014 K:2016/1275 T: 19.01.2016

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücretitahakkuklarını 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.

Hasılata bağlı günlük yevmiyeli olarak çalışan işçilerin yevmiyelerinin miktarı günlük çalışma süresine bağlı olup, ne kadar çok çalışırsa yevmiye artacağından çalışılan tüm saatlerin normal ücreti yevmiye içerisinde alındığından fazla çalışma ücretinin zamsız tutarının yevmiyenin içinde ödendiği kabul edilerek fazla çalışmaücretinin sadece %50 zamlı kısmı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.

Somut olayda, davacının davalı işyerinde mikser şoförü olarak çalıştığı, aylık ücretinin 890,00 TL ücreteilaveten sefer primi toplamından oluştuğu, 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme şeklindeki çalışma sistemine tabi olduğu anlaşılmıştır.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının bu çalışma sistemine göre 8 saat ara dinlenme ile günlük 16 saat mesai yaptığı kabul edilmiştir.

Ancak, dosya içeriğinden ve tanık beyanlarından davacının bu çalışma sisteminde ne kadar ara dinlenmesi yaptığının tespiti mümkün olmadığından, mahkemece, davalı işyerinde keşif yapılarak işyerinde davacının uyuma ve dinlenme imkanı olup olmadığı tespit edilmeli, eğer uyuma imkanı varsa günde 14 saat çalıştığı, aksi halde 20 saat çalıştığı kabul edilerek fazla mesai süresi hesaplanmalıdır.

Ayrıca, davacının sefer başına prim aldığı sabit olup, fazla mesainin sadece %50 zamlı kısmının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken fazla mesainin %150 zamlı olarak hüküm altına alınması hatalıdır.

3-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, mahkemece net tutarlar üzerinden kabul edilen alacaklardan, netmiktarın bulunması için 5510 sayılı yasanın 80. maddesi uyarınca kesinti yapılıp yapılamayacağı noktasındadır.

Somut uyuşmazlıkta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, kıdem ve ihbar tazminatı dışındaki alacaklar hesaplanırken gelir vergisi ve damga vergisi kesilmiş, ancak SGK kesintisi yapılmadan bulunan tutara nettutar denilerek sonuca ulaşılmış, davacı vekili bu tutar üzerinden davasını ıslah etmiş ve mahkemece kararda miktarların net mi brüt mü olduğu belirtilmemiş ise de hükmün, bilirkişi raporundan net tutarlar üzerinden kurulduğu anlaşılmıştır.

5510 sayılı yasanın 80/1-a,b hükümlerine göre, "Hak edilen ücretler ile prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay için yapılan ödemelerin brüt toplamı esas alınır. Ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşifücreti, ihbar ve kasa tazminatları, emekli ikramiyesi ile Bakanlıkça tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgarî ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, görevin yerine getirilmesi için zorunlu olarak yapılan aynî yardımlar ile Bakanlıkça belirlenecek diğer aynî yardımların asgarî ücretin % 30'unu geçmeyen kısmı, prime esas kazanca tâbi tutulmaz."

Dairemizin yerleşik kararlarına göre, kural olarak işçilik alacakları hesaplanan brüt tutar üzerinden hüküm altına alınmalıdır. Ancak davacının isteği net tutar üzerinden ise talep aşılamayacağından, net tutara göre hüküm kurulmalıdır.

Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatı, iş güvencesi tazminatı gibi ücret niteliğinde olmayan tazminat alacaklarında net tutar bulunurken, 5510 sayılı yasanın

80. maddesi uyarınca % 14 oranında sosyal güvenlik primi ve % 1 oranında işsizlik sigortası kesintisi yapılmaz, sadece vergi kesintisi yapılır. Ayrıca kıdem tazminatından gelir vergisi de kesilmez. Ancak gazetecilerin 24 aylık kıdem süresini aşan kısım için hesaplanan kıdem tazminatı tutarı üzerinden gelir vergisi kesilmelidir. Gemiadamlarının hem tazminat niteliğindeki hem de ücret niteliğindeki alacaklarından ise gelir vergisi kesilmez. Bütün işçilik alacakları damga vergisine tabidir. Prim, ikramiye, ücret, boşta geçen süre ücreti gibi ücret niteliğindeki alacaklarda ise net tutar bulunurken, hem vergi kesintilerinin hem de 5510 sayılı yasada düzenlenen prim ve işsizlik sigortası kesintisinin yapılması gerekir.

Bu nedenle hükme esas alınan bilirkişi raporunda, kıdem ve ihbar tazminatı dışındaki alacaklarda nettutarlar bulunurken sadece vergi kesintisi yapılıp, 5510 sayılı yasanın 80. maddesindeki SGK kesintileri yapılmadığından belirlenen rakamlar doğru değildir.

Mahkemece kıdem ve ihbar tazminatı dışındaki alacaklardan 5510 Sayılı Yasanın 80. maddesinde belirtilen kesintiler yapılmadan hüküm kurulması hatalıdır.

4-Dosyaya ibraz edilen imzasız bordrolarda ödeme tahakkukları görülmektedir. Banka kayıtları dikkate alınarak bu tahakkuklarının ödendiğinin saptanması halinde ödeme tespit edilen ayların fazla çalışma alacağının hesabında dışlanması gerekir.

5-Hükmedilen miktarın net mi yoksa brüt mü olduğunun kararda belirtilmemesinin infazda tereddüde yol açacağının düşünülmemesi de isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine 19.01.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BİRDEN FAZLA ÇALIŞMA DÖNEMLERİ • TASFİYE • YENİ SÖZLEŞME

ÖZET: İşçiye kıdem tazminatı ile birlikte ihbar tazminatı ödenmiş ise, iş akdi ertesi gün devam etmiş olsa bile bu yeni bir iş akdi olup önceki dönem tazminatlar açısından tasfiye edilmiş sayılır.

Emekli olan işçiye kıdem tazminatı ödenmiş ise de iş akdi tasfiye edilmiş sayılır.

İş sözleşmesi devam ederken işçiye ödenen kıdem tazminatı avans olarak kabul edilmeli ve hizmet akdinin sonunda hesaplanacak olan kıdem tazminatından faiziyle mahsup edilmelidir.

Y. 9. HD. E: 2015/8516 K: 2018/1428 T: 05.02.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin 06/05/2004-04/06/2013 tarihleri arasında davalı işyerinde uluslararası tır şoförü olarak en son ücret+sefer primi alarak ve ayda ortalama 2 sefer yaparak ve sefer başına 5000,00-Euro alarak çalıştığını ancak 2009 yılı öncesinde 600-Euro olan sefer priminin 500,00 Euro'ya düşürüldüğünü, davalı işveren tarafından aradaki farkın ödeneceğinin belirtilmesine rağmen ödenmediğini, müvekkilinin 30.09.2010 tarihinde emekli olduğunu ancak herhangi bir tazminat almadan ve ara vermeden davalı işyerinde çalışmaya devam ettiğini, genel tatillerde çalıştığını ancak ücretlerinin ödenmediğini, müvekkiline yıllık izin kullandırılmadığını ve iş akdinin müvekkili tarafından davalı işveren tarafından ödenmeyen işçilik alacakları nedeniyle haklı nedenle feshedildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ile sefer primi, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının müvekkili işyerinde 3 dönem halinde kesintili olarak ve asgari ücretle çalıştığını, yola çıkmadan önce yolculuk masrafları için iş avansı aldığını, bu miktarın ücrete dahil olmadığını ve sefer başına da prim almadığını ve ayda iki kez sefer yapmadığını, davacının ilk dönem çalışmasında tazminat ve işçilik alacaklarını alarak müvekkilini ibra ettiğini, ikinci dönem çalışmasının emeklilik nedeniyle sona erdiği-

ni ve bu dönemdeki çalışması için de kıdem tazminatı aldığını, üçünü dönem çalışmasının ise davacı tarafından haksız şekilde feshedildiğini, tatillerde çalışmasına ilişkin müvekkili tarafından verilmiş bir talimatın bulunmadığını ve tatillerde çalışmadığını ve yıllık izinlerini kullandığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, sefer primi talebinin reddine, diğer taleplerin ise kabulüne karar verilmek suretiyle dava kısmen kabul edilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin ise, aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Kıdem tazminatı ile yıllık izin hesabına esas alınması gereken süre konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

1475 sayılı Yasanın 14/2 maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında, işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi, hizmet birleştirmesi için şarttır. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden, tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanmayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır. Zamanaşımı definin ileri sürülmesi halinde, önceki çalışma sonrasında ara verilen dönem on yılı aşmışsa önceki hizmet bakımından kıdem tazminatı hesaplanması mümkün olmaz.

İşçinin iş sözleşmesi feshedilmediği halde çeşitli nedenlerle kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemeler avans niteliğinde sayılmalıdır. İşçinin

iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatına hak kazanılması durumunda, işyeri ya da işyerlerinde geçen tüm hizmet sürelerine göre kıdem tazminatı hesaplanmalı, daha önce avans olarak ödenen miktar yasal faiziyle birlikte mahsup edilmelidir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulaması bu doğrultudadır (Yargıtay 9.HD. 2008/18826 E, 2008/14859 K).

İş akdinin devamı sırasında kıdem tazminatı ödenmiş ise, bu ödeme ile ödeme tarihinden fesih tarihine kadar hesaplanacak olan yasal faiz miktarı iş akdinin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden hesaplanan kıdem tazminatından mahsup edilir. Ancak kıdem tazminatı ile beraber ihbar tazminatı da ödenmiş ise, iş akdi ertesi gün devam etmiş olsa bile bu yeni bir iş akdi niteliğinde olup önceki dönemin tazminatlar açısındantasfiye olduğu kabul edilir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili müvekkilinin 06/05/2004-04/06/2013 tarihleri arasında davalı işyerinde kesintisiz olarak çalıştığını ileri sürmüş, davalı vekili ise, davacının 06/05/2004-08/05/2010; 150/50/2007-30/09/2007 ve 11/10/2010-04/06/2013 tarihleri arasında 3 dönem şeklinde çalıştığını savunmuştur.

Dosya arasında bulunan davacıya ait Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre, davacının davalı işyerinde birinci dönemde 06/05/2004 ila 08/05/2007 tarihleri arasında, ikinci dönemde 15/05/2007 ila 30/09/2010 tarihleri arasında ve son olarak üçüncü dönemde 11/10/2010 ila 04/06/2013 tarihleri arasında çalıştığı ancak tanık beyanlarına göre çalışmasının aralıksız olduğu anlaşılmaktadır. Keza yine davalı tarafın sunduğu davacı tarafından imzası inkar edilmeyen belgelere göre, ilk dönem için davacıya kıdem tazminatı ödemesi yapıldığı, ikinci dönemde ise davacının emeklilik dilekçesi üzerine kıdem tazminatı ödemesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Üçüncü dönemde ise işçilik alacaklarının ödenmemesi nedeniyle iş akdi davacı tarafından feshedilmiştir.

Hizmet akdi devam ederken kıdem tazminatı ödenmesi halinde, iş sözleşmesi sona erdiğinde tüm çalışma süresine göre hesaplanan kıdem tazminatının mahsup edilebilmesi için önceki kıdemin alacak yönündentasfiye edilmemesi gerekir. Eldeki davada ilk dönem için işçinin feshi kanıtlanamadığından ve ihbar tazminatı ödemesi de yapılmadığından davacının ilk dönem çalışması için tasfiyeden söz edilemez. Ancak ikinci dönem davacının emekliliği nedeniyle sona erdirildiğinden ve davacıya bu dönem için kıdem tazminatı ödendiğinden tasfiye bulunmaktadır. Bu nedenle, davacının emekli olduğu tarihteki süre ve ücret üzerinden, davacının çalıştığı ilk iki dönem birleştirilerek kıdem tazminatı hesaplanmalı, ödemeler mahsup edilmeli ve sonucuna göre fark kıdem tazminatı var ise

bu miktar hüküm altına alınmalıdır. Davacının üçüncü dönem çalışması ise ayrı bir iş sözleşmesi kabul edilerek, bu çalışma döneminin kıdem tazminatı, fesih tarihindeki süre ve ücret üzerinden hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır.

Mahkemece açıklanan hususları gözetmeksizin hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibarla yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 05/02/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ARALIKLI ÇALIŞMALAR • TASFİYE EDİLEN DÖNEMLER • İZİN ÜCRETİ

ÖZET: İşçinin işyerinde aralıklı olarak çalışması ve önceki çalışma dönemlerinin ihbar ve kıdem tazminatı ödenerek ya da emeklilik sebebiyle kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilmiş olması halinde tasfiye edilen dönemler kıdem tazminatı hesabı bakımından dikkate alınmaz.

Ancak bu durumda izin ücreti alacağı bakımından tasfiye edilmiş dönemler de dahil tüm hizmet süresi kapsamında hizmet süreleri birleştirilerek hesap yapılmalıdır.

Y. 9. HD. E: 2015/19413 K:2018/5800 T: 20.03.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı yanında 01/101991 tarihinden itibaren muhasebeci olarak çalıştığını, yaşlılık aylığına hak kazandığı için iş akdini 30/05/2006'da sona erdirildiğini, ücretin ... 'ya asgari ücret olarak gösterildiğini, beyannamelerin de bu şekilde düzenlediğini, 30/05/2006' da iki son gerçek net ücretin 1.220,00 TL olduğunu, brüt aylık gelirin 1.703,00 TL. olduğunu, yemek ve servis ile birlikte giydirilmiş brüt ücretin 1.770,62 TL yi aştığını, bu tutar üzerinden 14 yıl 8 aylık hizmetine

mukabil 25.750,00 TL kıdem tazminatı ödenmesi gerekirken 9.000,00 TL civarında kıdem tazminatı ödendiğini, ... kayıtlarında 05/09/2006 da tekrar işe başladığı görülmekte ise de yaşlılık aylığıyla ilgili işlemleri yaptıktan sonra çalışmasını sonlandırmadan ara vermeksizin 27/01/2012 tarihine kadar çalıştığını, ödenen 9.000,00 TL.'nin hizmet akdi devam ettiği için makbuz niteliğinden sayılıp Ocak 2012'deki kıdem tazminatı tavanının dikkate alınması gerektiğini, 27/01/2012'de ödenen 15.000,00 TL düşüldükten sonra bakiye tazminatının ödenmesini, haftada 5 gün 08,30-18,30, Cumartesi günleri de 09,00-13,00 saatleri arasında çalıştığını, ayda 3-4 gün hafta içi çalışmasının 21,00-22,00'ye kadar uzadığını, ara dinlenmelerin 10-15 dakika ile geçiştirdiğini, haftada 51 saat çalıştığını, ancak ücretin ödenmediğini, bu nedenle 03/07/2007 tarihinden itibaren zamanaşımına uğramamış olan kısım için fazla mesai talep ettiğini, ayrıca hizmet süresi boyunca 30/05/2006'ya kadar yıllık ücretli izinlerini yasaya uygun olarak kullandığını, fakat bu tarihten sonraki 5 yıl için yeni işçi gibi 14 gün aylığın 2.991,00 TL olduğunu, yıllık iznin buna göre hesaplanması gerektiğini iddia ederek fark kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin ve fazla çalışma ücreti alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, zaman aşımı itirazında bulunduklarını, davacının 01/10/1991'de işe başladığını, kendi isteği ile 30/05/2006 ' da emekliye ayrıldığını, 05/09/2006 ' da imzalı iş başvurusunda bulunduğunu ve 05/09/2006- 27/01/2012 tarihine kadar yeniden şirket bünyesinde çalıştığını, tüm çalışma dönemini kapsar şekilde yasal haklarının ödendiğini, Şirkette 01/10/1991- 30/05/2006 ve 05/09/2006-27/01/2012 tarihleri arasında 2 dönem olarak çalıştığını, ilk dönemde aldığı son brüt ücretin 685,00 TL olduğunu , buna göre hesaplanan tazminatın ödendiğini, ibraname ve feragatnamenin mevcut olduğunu, karşılıklı mutabakat imzalandığını, bu şekilde müvekkil Şirketteki çalışmasının tasfiye edildiğini, 2. dönem açısından iş akdinin ihbar öneli tanınarak feshedildiğini, son brüt ücretin 2.991,10 TL olduğunu, maaş bordroları ve ibraname ile sabit olduğunu 2. dönem de bu ücret göre hesaplanan tazminatın davacıya ödendiğini, her iki hizmet döneminin birleştirilmesi suretiyle kıdem tazminatının hüküm altına alınmasının hatalı olacağını, bu şekilde yargıtay kararları bulunduğunu, izinlerin 2. dönemde yeni bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışıldığı için 14 gün olarak kullandırıldığını, davacının da bunu ikrar ettiğini, ilk dönem çalışması tasfiye edildiğinden bu şekilde kullandırılan iznin yasaya uygun olduğunu, şirkette fazla mesai yapılmadığının, yapıldığında ise ücret ödendiğinin, şirkette fazla mesaiyi gerektirir pozisyonda olmadığını, ... Asliye Ticaret Mahkemesi'ne müracaatla

zayi belgesi alındığını, zira Şirket çalışanlarına ait sicil dosyalarının da bulunduğu bir kısım belgelerin sel felaketinde zayi olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davacının imzası olan belgede 5 gün izni kaldığının anlaşıldığı, Garanti Bankası'na ait dekontta davacıya 15.031,76 TL. ödeme yapıldığının anlaşılmakla, bu miktarın alacaklardan düşüldüğü, davacının 2 dönem çalıştığı, fakat ilk dönemin tasfiyeedildiği, bu vesileyle bu dönemden alacağı kalmadığı, 05/09/20006 - 27/01/2012 tarihleri arasındaki 2. dönemden bir miktar kıdem tazminatı ücretli izin alacağı ve fazla mesai alacağı olduğunun kabul edildiği, gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasındaki iş ilişkisinin kıdem tazminatı ödemesini gerektirir şekilde sona erdiği hususu ihtilafsızdır. Asıl uyuşmazlık davacının davalı işyerinde geçen iki ayrı döneme ilişkin hizmetinin birleştirilmesinin gerekip gerekmediği, başka bir değişle birinci dönem hizmetinin tasfiye edilip edilmediği ve karşılıklarının tam olarak ödenip ödenmediği noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece ilk dönem çalışmasının tasfiye edildiği kabul edilip, ikinci dönem çalışmasına göre alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Dosya içeriğine göre ilk dönem çalışmasının tasfiye edildiğinin kabulü yerinde ise de; davacıya ilk dönem çalışması için aylık 685,00 TL. ücret üzerinden 9.984,50 TL. kıdem tazminatı ödemesi yapılmıştır. Davacı hesaplamaya esas alınan ücret miktarına itiraz etmiş, gerçek ücretinin 1.220,00 TL. net olduğunu iddia etmiştir. Yargılama safhasında alınan ek hesap raporunda iddia edilen ücrete göre ilk dönem çalışması için bakiye 717,59 TL. net kıdem tazminatı alacağı belirlenmiştir.

Bu durumda, davacının ilk dönem çalışmasına ilişkin son aylık ücret miktarı taraflar arasında ihtilaflıdır.

Davalı işyerinde 01.10.1991-30.05.2006 tarihleri arasında 14 yıl 8 ay muhasebeci olarak çalışan davacının iddia ettiği aylık ücretin miktarının doğru olabileceği izlenimi edinilmekle birlikte Mahkemenin bu konuda bir değerlendirme yapmaksızın, sadece ilk dönem alacağının bulunmadığından bahsedip gerekçesiz olarak bu döneme hasren fark tazminat alacağının reddedilmesi isabetsizdir.

3-Taraflar arasında yıllık ücretli izin alacağı ihtilaflıdır.

4857 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında, işçinin aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştığı sürelerin birleştirilerek göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda, işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi zorunludur. Bununla birlikte, işçiye önceki feshe bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönemin sonraki çalışma sürelerine eklenerek izin hesabı mümkün değildir. Önceki çalışma döneminde izin kullandırılmak veya fesihte karşılığı ödenmek suretiyle tasfiye edilmeyen çalışma süreleri, aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir. İşçinin aralıklı olarak aynı işverene ait işyerinde çalışması halinde, önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması, izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel oluşturmaz. Yine, önceki çalışılan sürede bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan süreler de, işçinin aynı işverene ait işyeri ya da işyerlerindeki sonraki çalışmalarına eklenerek yıllık izin hakkı belirlenmelidir. Yıllık izin, özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz.

Somut uyuşmazlıkta, davacı 01.01.1991 tarihinden itibaren davalı işyerinde çalışmıştır. Mahkemece 05.09.2006-27.01.2012 tarihleri arasını kapsayan ikinci döneme ilişkin yıllık ücretli izin hesabına itibarla hüküm kurulmuştur. Yukarıdaki açıklamalara göre davacının davalı işverenlikte çalıştığı süreler birleştirilerek hak kazandığı yıllık ücretli izin süresinin tespiti gerekir. Dava dilekçesinde izinlerini 30.05.2006 tarihine kadar Kanuna uygun olarak kullandırıldığı, bu tarihten itibaren 60 günlük izninin kullandırılmadığını iddia etmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda hak edilen izin süresinin, ilk dönem çalışma süresi dikkate alınmaksızın tespit edilmiştir. Bu durumda Mahkemece yapılacak iş, davacının dava dilekçesindeki kabulü ve talebi de dikkate alınarak davalı işverenlikte çalıştığı süreler birleştirilerek hak kazandığı yıllık ücretli izin alacağının

belirlenmesidir. Bu belirlemede ödenen yıllık izin tutarının mahsup edilmesi gözden kaçırılmamalı, talep aşılmamalıdır.

3-Mahkemece kararda hükmedilen alacakların brüt mü yoksa net mi olduğunun kararda gösterilmemesinin infazda tereddüde mahal verebileceğinin düşünülmemesi isabetsiz olup bu yönüyle de 6100 sayılı HMK.'nun 297/2.maddesine aykırı olan kararın bozulması gerekmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** davacı yararına takdir edilen 1.630.00 TL.duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.03.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EMEKLİ OLAN İŞÇİ • İLK DÖNEMİN TASFİYE EDİLMESİ

ÖZET: İşçinin ilk dönem çalışması emeklilik sebebiyle sona ermiş ve kendisine kıdem tazminatı ödenmiştir. Bu durumda ilk dönemden sonra işçinin yeni bir hizmet akdiyle aynı yerde çalıştığı sonucuna varılmalıdır.

Y. 9. HD. E: 2015/10486 K: 2018/6079 T. 22.03.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının 15/05/1990 tarihinden itibaren davalı işyerinde çalışmaya başladığını ve bu çalışmasının 12/11/2013 tarihine kadar kesintisiz olarak sürdüğünü, davacının 30/06/2007 tarihindeemekliliği hak etmesi nedeniyle işyerinden kayden giriş-çıkış yaptığını, bu tarihte kendisine kıdem tazminatı da ödendiğini, ancak fiili çalışmasında hiçbir kesinti olmadığını, davacının işyerindeki görevinin pres ustabaşçılığı olup, en son aldığı brüt saat ücretinin 10,14 TL olduğunu, 12/11/2013 tarihinde iş akdinin haksız nedenle feshedildiğini iddia ederek; kıdem ve ihbar tazminatlarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının 15/15/1990 tarihinde davalı işveren bünyesinde çalışmaya başladığını ve 30/06/2007 tarihinde emeklilik nedeniyle kıdem tazminatı ödenerek iş akdinin sona erdirildiğini, davacının 2007 tarihinden itibaren yeni bir iş sözleşmesi ile çalışmasına devam ettiğini,

davacının iş akdinin İş Kanunu'nun 25/II-g maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı işçi, işverence iş sözleşmesinin haksız nedenle feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı talebinde bulunmuş, mahkemece talebin kabulüne karar verilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre davacı işçi işyerinde 1990 yılında çalışmaya başlamış, talebi üzerine 30.06.2007 tarihinde emekli olmuştur. Davacıya kıdem tazminatı ödenmiş, ancak çalışmasına devam etmiştir. Davalı işveren davacının iş akdini 12/11/2013 tarihinde feshetmiştir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının işyerine 1990 yılında girdiği tartışmasızdır. İş sözleşmesi işçinin emekliliktalebi ile 30.06.2007 tarihinde sona ermiş ve kıdem tazminatı ödenmiş önceki dönem tasfiye edilmiştir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre davacının sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir.

Mahkemece yapılacak iş, 15/05/1990-30/06/2007 tarihleri arasındaki hizmet süresinin tasfiye ile sona erdiğini kabul edip emeklilikten sonraki dönemi nazara alarak kıdem ve ihbar tazminatları taleplerini hüküm altına almaktır.

İlk dönem çalışmasının daha sonraki çalışma süresiyle birleştirilerek son ücret üzerinden kıdem ve ihbar tazminatları taleplerinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 22.03.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BASIN İŞ KANUNU • AYLIK ÜCRET • %5 FAZLALIK ALACAĞI

ÖZET: Basın iş Kanunu uyarınca gününde ödenmeyen aylık ücretler için geciken süreler kapsamında %5 fazlalık olacağına hükmedilmelidir.*

Y.9 HD. E:2016/9298 K: 2018/17802 T: 09.10.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin, davalılara ait işyerinde 1995/Ekim ile 01.06.2012 tarihleri arasında Basın İş Kanunu'na tabi olarak çalıştığını, son aylık ücretinin net 4.125,00 TL olduğunu, hizmet sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ve bir miktar ödeme yapıldığını, ücret alacaklarının geç ödendiğini, bu durumun banka kayıtları ile sabit olduğunu, 2007 yılı öncesi izinlerini kullanmadığını, 2007 yılı sonrası izinlerini de eksik kullandığını ileri sürerek; bakiye kıdem ve ihbar tazminatları ile eşit davranma borcuna aykırılık, yıllık izin ücreti, ücret alacaklarının geç ödenmesinden dolayı %5 fazlalıklarının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalılar Vekili Cevabında Özetle:

Davalılar vekili; davacının ilk olarak 01.07.1998- 06.06.2007 tarihleri arasında ...Gazetecilik A.Ş.'nde gazeteci olarak çalıştığını ve haklı ya da geçerli bir neden olmadan iş sözleşmesini sona erdirdiğini ve bu nedenle taraflar arasında 06.06.2007 tarihinde sulh ve ibra sözleşmesi imzalandığını, bu sözleşmeye göre davacının 01.01.1998- 06.06.2007 tarihleri arasında işyerinde çalıştığını, istifa ederek işyerinden ayrıldığını, kendisine vefa tazminatı olarak kıdem tazminatı ödendiğini, bu konuda tarafların dava açmamayı kabul ettiğini, sulh ve ibra anlaşması gereğince davacının kıdem tazminatı talep edemeyeceğini, iş ilişkisi sona erdikten sonra davacının 20.02.2009 tarihinde tekrar müvekkil şirkette çalışmaya başladığını, bu çalışmasını da 01.06.2012 tarihinde imzalanan ikale anlaşmasıyla sona erdirildiğini, bu sözleşmeye göre ve banka kanalı ile davacıya kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ücreti ödemesi yapıldığını, Basın İş Kanunu'na göre bir defa kıdem tazminatı alan gazetecinin kıdeminin yeni işe girişinden itibaren hesaplanacağı aralıklı çalışmada ödenen kıdem

* Yargıtay 9. hukuk Dairesi'nin 17.04.2019 T. 2019/3452-9014 Sayılı Kararı da aynı doğultudadır.

tazminatı varsa ilk dönemin tasfiye edilmiş sayılacağı, davacıya ödenen kıdem tazminatının yasaya uygun olduğu ve talebinin reddinin gerektiği, taraflar arasında ikale sözleşmesi yapıldığını, bu nedenle ihbar tazminatı talebinin de reddinin gerektiğini, davacının sadece ... Gazetecilik A.Ş'de çalıştığını, en son brüt 3.991,49 TL ücret aldığını, aylık ücretlerinin davacıya düzenli olarak ödendiğini, talep edilen izin ücreti alacağının fahiş olduğunu ve davacı ile ... Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş. arasında iş ilişkisi bulunmadığını ve bu şirkete karşı açılmış olan davanın da husumet yönünden reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece; asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın ise kabulüne hükmedilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde taraflarca temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Anayasa'nın 138 ve 141. maddeleri uyarınca Hakimler, Anayasaya, Kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler ve bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır. Bu gerekçede hukuki esaslara ve kurallara dayanmalı, nedenleri açıklanmalıdır.

Diğer taraftan 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'un 27. maddesinde hukuki dinlenilme hakkı kurala bağlanmıştır. Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde ve ... İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Hukuki Dinlenilme Hakkı" gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Mahkemeler, kararlarını somut ve açık bir şekilde gerekçelendirmek zorundadırlar. Eksik, şeklî ve görünüşte gerekçe yazılması adil yargılanma hakkının (hukukî dinlenilme hakkının), ihlâlidir.

HMK'nın 297. maddesinde de, verilecek hükümde tarafların iddia ve savunmalarının özetinin, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delillerin, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesinin, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve

hukuki sebeplerin yer alması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Kararın gerekçesinde maddi olay saptanmalı, hukuki niteliği ve uygulanacak hukuki kurallar belirlenmeli, bu konuda gerekli inceleme ve delillerden sözedilmeli, hukuk kuralları somut olaya uygulanmalı ve sonunda hüküm kurulmalıdır. Maddi olgularla hüküm fıkrası arasındaki hukuki bağlantı da ancak bu şekilde kurulabilecek, ayrıca yasal unsurları taşıyan bu gerekçe sayesinde, kararların doğruluğunun denetlenebilmesi mümkün olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta; dosya içerisinde farklı bilirkişilere ait birden fazla rapor bulunmasına karşın hangi rapora neden itibar edildiği hangi rapora ise neden değer verilmediği belirtilmeksizin ve özellikle davacının ücret miktarı taraflar arasında ihtilaflı olduğundan mahkemenin kabul ettiği ücret miktarının ne olduğunu kararın gerekçesinde açıklayıp tartışmadığı, bu yönden kararın gerekçesiz olduğu anlaşılmaktadır. Gerekçesiz karar oluşturulması adil yargılanma hakkının ihlalidir.

2- 6100 sayılı HMK'nın 31. maddesi uyarınca hakimin davayı aydınlatmakla yükümlülüğü bulunmaktadır.

Dava dilekçesinde, ücretlerin geç ödenmesi nedeni ile Basın İş Kanunu uyarınca %5 fazlalıklarının tahsili talebinde bulunulmuştur.

Mahkemece, ücretin her ay gecikmeli olarak ödenmesi halinde %5 fazlalık talep hakkının doğmayacağı gerekçesi ile alacağın reddine karar verilmiştir.

Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinde; işverenin, gazeteciye gününde ödemediği ücretleri için geçen her gün % 5 fazlası ile ödeme yapacağı hüküm altına alınmış olup, işçinin ücretinin her ay gecikmeli ödenmesinin talep hakkını ortadan kaldırmayacağı açıktır.

Mahkemenin gerekçesi bu yönden yerinde değildir.

Ne var ki; dava dilekçesinde %5 fazlalıkların hangi aylara ait ücretlerin geç ödenmesinden kaynaklandığı açıklanmamıştır. Davacı vekili 18.10.2012 tarihli noter ihtarnamesinde, müvekkilinin 2012 yılı Nisan ve Mayıs aylarına ait ücretlerinin geç ödenmesinden dolaysı %5 fazla alacağının ödenmesini davalılardan talep etmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere, 6100 sayılı HMK'nın 31. maddesi uyarınca hakim davayı aydınlatmakla görevli olup, davacı asil isticvap edilerek gerek bu hususstaki talebi açıklığa kavuşturulmalı, gerekse dosya içerisinde yer alan yıllık izin formları ile yıllık izin istek formları gösterilerek bu belgelere karşı diyecekleri sorulmalı ve yıllık izin ücreti alacağı da buna göre yeniden bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

F)SONUÇ:

Temyiz olunan kararın açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA,** bozma nedenlerine göre, tarafların sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, davalılar yararına takdir edilen 1.630.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09/10/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ • İŞÇİLİK ALACAKLARI HESABI

ÖZET: Toplu iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirlenmiş ayrıca haftada 40 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu da belirlenmiştir.

O halde haftada 40 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak hesaplanmalıdır.

Kıdem ve ihbar tazminatlarının giydirilmiş ücretten diğer işçilik alacaklarının ise çıplak ücretten hesaplanması gerekir.

Y. 9. HD. E: 2017/8957 K: 2019/379 T: 09.01.2019

2-Kıdem ve ihbar tazminatlarının giydirilmiş ücretten, diğer işçilik alacaklarının ise çıplak ücretten hesaplanması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla mesai ücretinin, ikramiye dahil edilerek bulunan giydirilmiş ücret üzerinden hesaplandığı anlaşılmıştır.

Fazla mesai ücreti hesaplanırken çıplak ücret üzerinden hesaplama yapılması ve çıplak ücret hesabında ikramiyenin dahil edilmemesi gerekirken, Mahkemece, fazla mesai hesabında giydirilmiş ücretin esas alındığı hesap raporuna itibarla hüküm kurulması hatalıdır.

3-Fazla çalışma ücretinin hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, dava dilekçesinde 2007/Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz, Ağustos ve Eylül ayları fazla mesai ücretlerinin ödenmediği iddia edilerek alacak talebinde bulunulduğu ve ispat noktasında imzalı günlük devam cetvellerine dayanıldığı anlaşılmıştır.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, dosyada mevcut devam cetvellerine itibar edildiği açıklanarak fazla mesai hesabı yapılmış ise de yazılı kayıtlardaki çalışma saatlerinin dökümü yapılmamış, esas alınan günlük çalışma saatleri ile ara dinlenmeler gösterilmemiş, haftalık fazla mesai sürelerinin nasıl belirlendiği açıklanmamıştır. Mahkemece denetime elverişsiz bilirkişi raporuna dayanılarak fazla mesai ücretinin hüküm altına alınması isabetsizdir.

4-Davacı sendika üyesi olup, işyerinde 01.04.2007-31.03.2009 tarihleri arasında yürürlükte olan Toplu İş Sözleşmesinin 17. maddesinde haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirlenmiş, 25. maddede haftalık 40 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu düzenlenmiştir. Davacı işçi lehine olan Toplu İş Sözleşmesinin 25. maddesi dikkate alınarak, 2007/Nisan ve sonrasındaki aylar yönünden haftalık 40 saati aşan çalışmalar doğrudan fazla çalışma kabul edilerek 4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca fazla çalışma saat ücretinin normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlası olarak hesaplatılması gerekirken, 40 ile 45 saat arasındaki çalışmaların fazla sürelerle çalışma olarak kabulü ile yapılan hesaplamaya itibarla karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 09.01.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞYERİ DEVRİ • İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, feshe bağlı işçilik hakları olan; "ihbar ve kıdem tazminatı ve izin ücreti" istenemez.

Y. 9. HD. E: 2015/28049 K: 2019/415 T: 09.01.2019

Davacı vekili; müvekkilinin 02.01.2005-06.2013 tarihleri arasında davalı işyerinde makinacı çalıştığını, çalıştığı işyerinin davalıdan önce ...adına kayıtlı olduğunu, son aylık net ücretinin 1.200,00 TL olduğunu, çalışma saatlerinin sabah 08:00 akşam 18:30 olduğunu, öğleden önce ve sonra 15 dakika çay molası ve 1 saat yemek molasının olduğunu, cumartesi saat 13:00 kadar çalışıldığını, iş yoğunluğu nedeni ile pazar günleri çalıştığını, mesai saatleri dışında Salı-Çarşamba-Cuma günleri akşam saat 21:00 kadar mesaiye kaldığını, dini bayramlarda çalışmadığını, milli bayramlarda çalıştığını, son bir yıl hariç çocuk yardımı almadığını iddia ederek; bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının davalı işyerinde 26.12.2012-12.06.2013 tarihleri arasında çalıştığını, davacının iş akdinin işin bitimi ve faaliyete devamın imkansızlığı nedeni ile davacının rızası ile sonlandırıldığını, davacının kıdeminin 1 yıl olmaması nedeni ile tazminata hak kazanamayacağını, davacının ücretinin asgari ücret olduğu ve aldığını iddia ettiği ücretin gerçekleri yansıtmadığını, davacının fazla mesai, hafta tatili, dini ve milli bayram tatili ve yıllık ücret talebinin haksız olduğunu, davacının fazla mesai iddiasını yazılı delille ispat etmesi gerektiğini, savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir

2-İşyeri devrinin iş ilişkisine etkileri ile işçilik alacaklarından sorumluluk bakımından taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

İşyeri devrinin esasları ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Sözü edilen hükümde, işyerinin veya bir bölümünün devrinde devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği öngörülmüştür. Devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar açısından, devreden işverenle devralan işverenin birlikte sorumlu oldukları aynı yasanın üçüncü fıkrasında belirtilmiş, devreden işverenin sorumluluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğinin korunmasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre, maddî ve maddî olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi, işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir.

Devirden sonra işyerindeki ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığının saptanabilmesi için, yürütülen faaliyetin devirden sonra yeni işveren tarafından aynı veya özdeş biçimde sürdürülmesi ölçütü yanında, işyerinin taşınmaz ve taşınır malları ile maddî olmayan varlıkların, işyerinde çalışan işçilerin sayı ve uzmanlık bakımından çoğunluğunun, bunun yanı sıra müşteri çevresinin devredilip devredilmediği, devir öncesi ve sonrasındaki faaliyetler arasında benzerlik olup olmadığı, devir sebebiyle işyerinde faaliyet askıya alınmışsa askı süresi gibi koşullar da göz önünde tutulmalıdır.

İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkânı vermez.

Somut uyuşmazlıkta, davacının 13/06/2013 tarihinde başka yerde işe girişinin yapıldığı anlaşılmakla davalı şirket ile sigorta girişi yapılan şirket arasında işyeri devri olup olmadığı hususu araştırılarak feshe bağlı alacaklar olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti taleplerinin tespit edilecek sonuca göre değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 09/01/2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MİRASÇILARIN KIDEM TAZMİNATI HAKLARI

ÖZET: Kıdem tazminatının tahsili konusunda tüm mirasçıların birlikte dava açması veya miras ortaklığına temsilci atanması ya da iştirak halinde mülkiyetin müşterek mülkiyete dönüştürülmesi gerekmektedir.

Y. 9. HD. E: 2015/28307 K: 2019/808 T: 14.01.2019.

Davacı vekili; müvekkillerinin murisi ...'ın davalı işveren nezdinde 2004 yılından kaza geçirdiği 09/07/2012 tarihine kadar çalıştığını, işyerinde üretimde sorumlu müdür iken .... plaka sayılı kamyonetin müteveffanın kullandığı .... plakalı minibüse çarpması sonucu vefat ettiğini, en son net maaşının 1.500,00 TL olduğunu ancak zam dönemindeki maaşındaki artışın ne kadar olduğunun bilinmediğini ve maaşlarının bankaya yattığını belirterek, 100,00 TL kıdem tazminatı, 100,00 TL fazla çalışma ücreti, 100,00 TL yıllık ücretli izin alacağı, 100,00 TL hafta sonu çalışma, 100,00 TL dini-resmi bayram tatil çalışma alacağı olmak üzere toplam 500,00 TL'nin faizi ile birlikte davalıdan tahsilinine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı; müteveffa ...'ın müvekkili firmada işletme şefi olarak çalıştığını kaza tarihi olan 09/07/2012 tarihine kadar işyerinde çalıştığını, kaza yaptığı yerin servis güzergahlarının dışında olduğunu, müvekkil şirketin ...'a ait Türkiye İş Bankası Emlakkent Çorlu Şubesi hesabına 8.691,15 TL kıdem tazminatı ödemesi yaptığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Gerekçe - hüküm çelişkisi 10.04.1992 gün ve 1991/7 esas, 1992/4 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı olup, salt bu aykırılık bozma sebebidir.

Bu husus 6100 sayılı HMK. nun 298/2. maddesinde de "Gerekçeli karar, tefhim edilen hüküm sonucuna aykırı olamaz." şeklinde özellikle düzenlenmiştir.

Somut uyuşmazlıkta, Mahkemenin karar gerekçesinde davacıların murisinin davalı iş yerindeki çalışması 01.08.2008 - 09.07.2012 tarihleri arasında 3 yıl 11 ay 8 gün olarak kabul edildiği halde hüküm altına alınan alacakların bilirkişi raporunda çalışma süresinin 7 yıl 4 ay 14 gün olarak kabul edilerek yapılan hesaplamaya itibar edilerek hüküm altına alınması gerekçe ile hüküm arasında davacılar murisi işçinin davalı iş yerindeki çalışma süresi bakımından çelişkiye yol açmıştır.

Mahkeme kararının salt bu nedenle bozulması gerekmiştir.

2-Dava, muris ...'ın ölümü üzerine mirasçılarından olan davacılar tarafından veraset ilamı ibraz edilerek, miras bırakanın hak kazandığı kıdem tazminatının kendi payına ilişkin kısmının ödenmesi istemine ilişkindir.

Taraflar arasında murisin hak kazandığı kıdem tazminatı açısından mirasçının kendi payına yönelik dava açma hakkının bulunup bulunmadığı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Miras bırakanın davacılar dışında başka mirasçılarının da bulunduğu dosyaya sunulan veraset ilamından anlaşılmaktadır.

TMK 640/II maddesinde; "miras bırakanın ölümü ile birlikte paylaşmaya kadar mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklığın meydana geleceği, mirasçıların terekeye el birliği ile sahip olacakları, sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf edecekleri" Aynı maddenin IV maddesine "Mirasçılardan her birinin , terekedeki hakların korunmasını isteyebileceği, sağlanan korumadan mirasçılardan hepsinin yararlanacağı "öngörülmüştür.

TMK 701/II maddesinde ise "el birliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkının ortaklığa ait malların tamamına yaygın olacağı" hükme bağlanmıştır.

TMK. mad. 640/IV hükmü, mirasçılardan biri ya da bir kısmının başvurabileceği yasal yolları "terekedeki hakların korunması" ile sınırlı tutmuştur. Açılan dava veya başvurulan yasal yolun bu nitelikte olmadığı durumlarda ana kural (TMK. mad. 701/II) geçerli olup, bir ya da bir kısım mirasçının istemi, sıfat yokluğundan reddedilecektir.

Somut olayda, davacının kıdem tazminatının kendi payına ilişkin kısmının ödenmesi istemi "terekedeki hakların korunması" ile ilgili olmayıp terekedeki haktan yararlanmaya yönelik bulunmaktadır. Böyle bir durumda ana kural gereğince birlikte hareket etme gereği vardır.

Bu durumda kıdem tazminatının tahsili konusunda tüm mirasçıların birlikte dava açması veya miras ortaklığına temsilci atanması yahut TMK' nun 644. maddesi uyarınca iştirak halinde mülkiyetin müşterek mülkiyete dönüştürülmesi gerekmektedir.

Davacıların kendi mirasçılık payını talep yönünden aktif dava ehliyetinin bulunulmadığı dikkate alınmaksızın hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİ

ÖZET: Asgari geçim indirimi ücret olmadığı gibi ücretin eki de değildir.

Bu nedenle asgari geçim indirimi net ücrete veya brüt ücrete ilave edilemez.

Y. 9. HD. E:2015/28028 K:2019/1811 T: 21.01.2019.

Davacı vekili; davacı işçinin davalı işverenlere ait işyerinde 06/11/2012-19/09/2014 tarihleri arasında güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, aylık ücretinin 1.780,00 TL. olduğunu, bu ücretin 1.530,00 TL. tutarındaki kısmının banka hesabına yattığını, 150,00 TL. tutarındaki kısmının yol yardımı olarak verildiğini, 100,00 TL. tutarındaki kısmının elden ödendiğini, yemeğin işyerinde verildiğini, haftanın 6 günü günde 12 saat süreyle çalıştığını, işyerinde tehdit, hakaret ve aşağılamalara maruz kaldığını, son üç aylık ücretinin ödenmediğini, ayrıca son 5 aydır aylık ücretin elden ödenen kısmının da ödenmediğini, yıllık ücretli izinlerinin 4 günlük kısmının kullandırılmadığını, resmi tatil ve genel tatil günlerinde çalıştığını, 2 ayda bir ortalama ile hafta tatili kullanmadan çalıştığını, karşılıklarının ödenmediğini, bu sebeplere dayalı olarak iş sözleşmesinin davacı işçi tarafından haklı nedenle feshedildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, yıllık izin, hafta tatili ve ücret alacaklarının davalı işverenlerden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekili; talep edilen alacakların zamanaşımına uğradığını, davanın kısmi dava olarak açılmasının yerinde olmadığını, davacı işçinin, davalı işverenler yanında çalışmadığını, ... Hiz. A.Ş. yanında çalıştığını, davalı şirketler ile dava dışı ... Hiz. A.Ş. arasında yapılan sözleşme uyarınca, ... Hiz. A.Ş.'nin işyerinin güvenliği işini üstlendiğini, ... Hiz. A.Ş.'nin çalışma alanı ile ilgili konularda davalı şirketlerin işçi çalıştırmadığını, bu nedenle dava dışı ... Hiz. A.Ş.ile davalı şirketler arasında asıl işveren alt işveren ilişkisi olmadığını, bu yönüyle davanın husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiğini, davacı işçinin, ortada haklı bir neden olmadığı halde iş sözleşmesini feshettiğini, davacı işçinin 19/09/2014 tarihinden itibaren mazeretsiz olarak işyerine gelmediğini, ücretlerinin tam olarak ödendiğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile kıdem tazminatı, fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, yıllık izin ve ücret alacaklarının davalılardan tahsiline hükmedilmiştir.

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-Tazminata esas giydirilmiş brüt ücretin tespiti sırasında, asgari geçim indiriminin ücrete dahil edilerek bu şekilde ücretin tespit edildiği, talep edilen alacakların da tespit edilen bu ücret üzerinden hesaplandığı anlaşılmıştır.

Asgari geçim indirimi, ücret olmadığı gibi ücretin eki de değildir. Asgari geçim indirimi, bireyin ya da ailenin asgari geçim düzeyini sağlayacak bölümünün toplam gelirden düşülerek vergi dışı bırakılmasıdır. Bu nedenle, asgari geçim indirimi, net ücrete ya da brüt ücrete ilave edilemez, aynı şekilde asgari geçim indirimi, giydirilmiş ücret tespit edilirken, çıplak ücrete giydirilecek bir kazanç unsuru da değildir. Hüküm altına alınan alacaklar hesaplanırken ücrete asgari geçim indiriminin eklenmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine, 21/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi

EMEKLİ OLAN İŞÇİ • İŞ SÖZLEŞMESİNİN TASFİYESİ • İHBAR TAZMİNATI

ÖZET: Emekli olan işçiye tarafların anlaşmasıyla kıdem tazminatı ödenmiş ve bu şekilde hizmet sözleşmesi dönemi tasfiye edilmiştir.

İşçi emeklilikten sonra ara vermeden aynı işyerinde çalışmaya devam ederse yeni bir iş sözleşmesiyle çalışmış olacağından ihbar tazminatı bu yeni çalışma süresine göre hesaplanmalıdır.

Y. 9. HD. E: 2016/19963 K:019/2536 T: 29.01.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalıya ait işyerinde 12/09/1995 - 20/12/2010 tarihleri arasında en son bilgi işlem koordinatörü olarak çalıştığını, 2009 yılında emekli olmasına rağmen çalışmaya devam ettiğini, davalı şirketin içinde olduğu tüm grup şirketlere hizmet verdiğini, iş sözleşmesinin fesih üzerine haklarının ödenmediğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla çalışma, bir kısım aylık ücret ve yıllık izin ücreti alacaklarının tahsilini, istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının 31/08/2009 tarihinden sonra 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışması olmadığını, davacı tarafından imzalanan 31/8/2009 tarihli protokolün 4. maddesinde kıdem ve diğer işçilik hakları adı altında 33.976,00 TL +15000,00 Amerikan Doları ödemesinin kararlaştırıldığını, 3. maddesinde ödeme için çekler verildiğini, davacının 2009 yılında emekli olup, 31/08/2009 tarihli protokolle tüm haklarının ödendiği için ihbar tazminatının reddi gerektiğini, 01/09/2009-31/03/2010 arasında ise haricen 7 ay çalışmasının kararlaştırıldığını, bilgi işlem koordinatörü olarak idareci sıfatı taşıdığını, emrinde çalışanlar olduğu için fazla çalışma

ücreti talep edemeyeceğini, ayrıca taleplerinin zamanaşımına uğradığını, savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, 31.08.2009 tarihinde emeklilik sebebi davacıya kıdem tazminatı ödendiği görülmüşse de, taraflar arasında protokol başlıklı belge düzenlenerek davacının işyerindeki çalışmasına hiç ara vermeden aynı görev tanımı aynı iş yerinde çalışmaya devam ettiği, yapılan işin niteliği, davacının çalışmasında kesintinin olmaması, aynı görevine aynı yerde devam etmesi dikkate alındığında taraflar arasında aslında bir hizmet akdinin devam ettiği, bu hizmet akdinin tanık anlatımıyla da ve davacının beyanı ile de görüldüğü üzere 20.12.2010 tarihinde sonra erdiği, iş sözleşmesinin işverence haklı neden olmadan bitirildiği, davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı ancak yapılan ödemenin mahsubu ile kıdem tazminatı alacağı kalmadığı, ihbar tazminatı alacağı olduğu ayrıca fazla çalışma, yıllık izin ve bir kısım aylık ücret alacakları da olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne, karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında, davacının ilk dönem çalışmasının tasfiye edilip edilmediği hususunda uyuşmazlık vardır.

Davacı, 2009 yılında emekli olmasına rağmen çalışmaya devam ettiğini ve iş sözleşmesinin 20/12/2010 tarihinde sona erdiğini iddia ederken davalı davacının 2009 yılında emekliliğe hak kazandığını 31/08/2009 tarihli prokokol ile kıdem tazminatı ve diğer işçilik alacaklarına mahsuben ödeme yapıldığını bundan sonra protokole göre yeni bir çalışması olduğunu savunmuştur.

Dosyada mevcut davacı imzası taşıyan ve itiraza uğramayan protokolün incelenmesinde davalı savunmasında olduğu gibi davacıya geçmiş çalışmalarına ilişkin 33.976 TL kıdem tazminatı ödeneceğinin yazılı olduğu ve bu miktarın da davacıya ödendiği anlaşılmaktadır. Buna göre davacının ilk çalışma dönemi tarafların anlaşması ve yapılan ödeme ile tasfiye edilmiş olup, sonraki dönem yeni bir iş sözleşmesine dayanan ikinci bir

dönemdir. Buna göre Mahkemece ihbar tazminatının ikinci çalışma dönemindeki kıdemine göre hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken alacağın iki dönem çalışmasının toplamına göre belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** davalı yararına takdir edilen 2.037,00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VAKIF ÜNİVERSİTESİ • İDARİ YARGI

ÖZET: Vakıf Üniversitesinde öğretim görevlisi olarak çalışan davacının idari sözleşme ile çalıştığı dikkate alınarak uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu kabul edilmelidir.

Y. 9 HD. E: 2016/13436/ E: 2019/5337 T:12.03.219

A) Davacı İsteminin Özeti

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, müvekkilinin 21/07/2012 tarihinden 15/01/2014 tarihine kadar davalı üniversitede yardımcı doçent kadrosunda görev yaptığını, ücreti ilk kez 13/12/2013 tarihinde 2,610 TL olarak Denizbank'taki hesabına yatırıldığını, bundan önceki ücretlerin yatırılması istenmişse de herhangi bir ödeme yapılmadığını, bu sebeple istifa ettiğini, davalı tarafça hesabına açıklama olarak 2013/Ekim ayı maaşı 2.610 TL, 2013/Kasım ayı maaşı 2.700 TL, 2013/Aralık ayı maaşı 2.700 TL olarak 3 aylık ödeme yapıldığını, haftada 1 gün, 1 saat olmak üzere 2012/2013 eğitim öğretim dönemi güz sömestrinde 15 saat ek ders yaptığını, ek ders ücretlerini alamadığını iddia ederek birikmiş ücret alacağı ve ek ders ücret alacağından 30.000 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle, müvekkili üniversitenin davacıya ücret ödememesi gibi bir durumun söz konusu olmadığını, davacının aynı zamanda Medicalpark hastanesinde tam zamanlı olarak çalışması-sebebiyle Nisan 2012 tarihi itibariyle ücretsiz izne ayrıldığını, Medical-

park tarafından aylık ücretlerinin eksiksiz olarak davacıya ödendiğini, bu kapsamda müvekkili üniversitenin davacıya ücretsiz izinli olarak Medicalpark'ta çalıştığı döneme ait herhangi bir ücret borcu olmadığını, davacının üniversite nezdinde 2012-2013 akademik yılı içerisinde toplam 15 saat ders verdiğini, ders ücreti alacağı için toplam 1.050 TL alacağı bulunduğunu, bunun dışında davacının herhangi bir alacağı bulunmadığını savunarak, usule, yasaya, maddi vakıaya ve örnek içtihatlara aykırı haksız ve dayanaksız davanın reddine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davacıya yüklenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe

Anayasa'nın 131'nci maddesine göre "Vakıflar tarafından kurulan Yükseköğretim Kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan Yükseköğretim Kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir".

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3/l maddesine göre "Öğretim Elemanları: Yükseköğretim Kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir".

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek. 2. maddesi uyarınca "Vakıflar; kazanç amacına yönelik olmamak şartıyla ve mali ve idari hususlar dışında, akademik çalışmalar, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden bu Kanunda gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla, Yükseköğretim kurumları veya bunlara bağlı birimlerden birini veya birden fazlasını ya da bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın, ekonominin ihtiyaç duyduğu alanlarda yüksek nitelikli işgücü yetiştirmek amacıyla, bu Kanun hükümleri çerçevesinde kalmak şartıyla meslek yüksekokulu kurabilir. Bu meslek yüksekokulu, kamu tüzel kişiliğini haiz olup, Yükseköğretim Kurulunun görüşü alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulur. Kurulacak meslek yüksekokullarına, meslek ve teknik eğitim bölgesinde gereksinim duyulması esastır". Aynı Kanun'un ek. 5. maddesine göre "Vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyeti bulunur. Mütevelli heyet üyeleri, vakıf yönetim organı ta-

rafından dört yıl için seçilir, süresi biten üyeler yeniden seçilebilir. Mütevelli heyet üyelerinin yaş sınırlaması hariç Devlet memuru olma niteliklerine sahip bulunmaları ve en az üçte ikisinin lisans düzeyinde yükseköğrenim görmüş olması gerekir. Mütevelli heyet üyeleri kendi aralarından bir başkan seçer. Mütevelli heyet vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğini temsil eder. Vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticileri Yükseköğretim Kurulunun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanır. Mütevelli heyet; vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde yetkilerini devredebilir. Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar, yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylar ve uygulamaları izler, ayrıca vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürütür".

Uyuşmazlık Mahkemesi yargı yolu belirlenmesinde Vakıf Üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olduğunu şu gerekçelerle belirtmektedir. "Vakıf Üniversitesinin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı öğretim elemanın; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, İdare Hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğu açıktır. Bununla birlikte, öğretim elemanın sözleşmesinin feshine ilişkin üniversite işleminin idare hukuku anlamında bir idari işlem olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, bu idari işlemden kaynaklanan tazmin isteminin (taraflar arasındaki ihbar ve kötüniyet tazminatı alacağına ilişkin olan davanın,) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. Maddesinin b fıkrasında belirtilen; ''İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları'' kapsamında idari yargı yerinde görülmesi gerekmektedir"(29.12.2014 gün ve 2014 / 1053 E, 2014/1105 K, Aynı yönde 5.11.2012 gün ve ..., 05.11.2012 gün ve 2012/190 E. , 2012/235 K., 24.12.2012 gün ve 2012/273 E. , 2012/289 K.).

Aynı doğrultuda Danıştay'ın da idari yargının görevli olduğuna dair kararları mevcuttur. Anayasa'nın 130. maddesinde vakıf yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konular yönünden farklı hükümlere tabi kılınması buralarda çalışan akademisyenlerin mesleki güvenceden yoksun kılınmasına neden olmaz; Anayasa koyucunun vakıf üniversitesi ve devlet üniversitesi arasında mesleki güvenceler bakımından bir ayrım amaçladığı düşünülemeyeceğinden vakıf üniversitelerindeki akademik personelin mesleki güvenceleri yönünden özel hukuk hükümlerine tabi olmaları Anayasa'ya aykırı olacaktır. Kaldı ki, aynı yükseköğretim kamu hizmetini yerine getiren ancak farklı tip üniversitelerde görev yapan akademisyen-

lerin mesleki güvenceleri yönünden, bir kısmının kamu hukukuna, bir kısmının özel hukuka tabi olmalarını düzenleyen bir hüküm Anayasa'da ve 2547 sayılı Kanun'da bulunmamaktadır(Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 12.3.2010 tarihli ve ilgili 2010/5 E. sayılı kararı)

Keza Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 23/2. maddesi uyarınca; Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda Devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır" hükmü var ise de görev ancak kanunla düzenlenir. Kaldı ki yönetmelik hükmü görevi değil, özlük haklarına 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanacağını düzenlemiştir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda ise görev konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 31. maddesi düzenlemesi ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümleri ve özellikle kadroların akademik yönden belirlenmesi, sözleşmelerin onaya tabi tutulması dikkate alındığında, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının idari sözleşmelerle çalıştığının kabulü gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında hareketle 2013 yılında, Vakıf Üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir(Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 09.12.2013 gün ve 2013/34603 E, 2013/28476 K).

Somut uyuşmazlıkta, Vakıf Üniversitesinde öğretim görevlisi olarak çalışan davacının Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi idari sözleşme ile çalıştığı, uyuşmazlıkta idari yargının görevli olduğu anlaşıldığından, 6100 sayılı HMK.un 114 ve 115. maddeleri uyarınca yargı yolunun caiz olmaması nedeni ile davanın usulden reddi yerine esastan karar verilmesi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA, t**emyiz harcının isteği halinde ilgilisine iadesine, 12.03.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA HESABI • YASAYA AYKIRILIK • MADDİ HATA • USULİ KAZANILMIŞ HAK

ÖZET: Kural olarak haftada 45 saati aşan çalışmalar ya da haftada 45 saati aşmasa da günde 11 saati veya geceleri 7,5 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır.

Haftada 45 saati aşan fazla çalışmalar haftalık zaman dilimlerine göre hesaplanmalıdır.

Yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen maddi hata bakımından usuli hak oluşmaz.

Asgari geçim indirimi ücret niteliğinde olmadığından çıplak ücrete asgari geçim indirimi ilave edilerek işçilik alacaklarının hesaplanması hatalıdır.*

Y. 9. HD. E: 2019/2673 K: 2019/6306 T: 20.03.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin davalı işverene ait işyerinde, 01.05.1999-03.08.2013 tarihleri arasında dönemde çalıştığını, sigortasının bir dönem davalı Şirket, bir dönem ise diğer davalı üzerinden yapıldığını, davalı Şirketin asıl sahibinin diğer davalı ... olduğunu; davalı işverenin müvekkilini hakaret ederek işyerinden kovduğunu ve bu şekilde iş sözleşmesini feshettiğini, müvekkilinin satış danışmanı ve ön muhasebe görevlisi olarak çalıştığını, son aylık ücretinin net 3.250,00 TL. olduğunu ve işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek; kıdem ve ihbar tazminatları ile maaş, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalılardan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekili; kıdem ve ihbar tazminatı dışındaki talepler yönünden 5 yıllık zamanaşımı def'inde bulunduklarını, davacı işçinin her iki işveren yanında geçirdiği çalışmalar nedeniyle, her iki davalı işverenin, çalışma süreleriyle orantılı olarak ayrı ayrı sorumlu olması gerektiğini, davacı işçinin kendisinin işten ayrıldığını, 09.00-18.00 saatleri arasında çalıştığı-

* Gönderen Av. Oğuz Danişoğlu

nı, 1 saat yemek molası ve 15 dakikalık iki adet çay molası kullandığını, hafta tatillerinde çalıştığında ücretinin ödendiğini; asgari ücret aldığını, maaş dışında davacı işçinin hesabına yatırılan paranın işyeri giderleri için verilen para olduğunu, davacı işçinin ücret alacağı olmadığını, bayram ve genel tatil günlerinde işyeri kapalı olduğundan bu günlerde çalışma yapılmadığını, yıllık ücretli izinlerini kullandığını savunarak; davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı işverenler arasında organik bağ bulunduğu, tüm çalışma döneminin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ve işçilik alacaklarından her iki işverenin müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu, iş sözleşmesinin davalı işverenlikçe haksız suretle feshedildiği, davacı işçinin kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı gibi bir kısım ücret, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve yıllık izin ücreti alacakları da olduğu, gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne, karar verilmiştir.

Kararı davalılar vekili temyiz etmiştir.

Dairemizin 2015/7371 E. ... K. ve 20.12.2016 tarihli ilamı ile davalı tarafın diğer temyiz itirazları yerinde görülmese de "davacının bakiye 118 günlük ücretli izin alacağının hüküm altına alınması ve son ücretin tespitine yönelik araştırma yapılması" için karar bozulmuştur.

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş, ücret araştırması yapılıp bilirkişiden ek rapor da alındıktan sonra davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalılar adına şirket yetkilisi temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Karar başlığında dava tarihinin 26/08/2013 yerine, bozmadan sonra UYAP'a kayıt tarihi olan 17/01/2017 olarak yazılması mahallinde düzeltilebilir maddi hata kabul edilmiştir.

2-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

3- Taraflar arasında fazla çalışma ücretinin hesabı konusunda uyaşmazlık vardır.

Fazla çalışma hesabı haftalık olmalıdır. Bu yasal bir zorunluluktur (Gece çalışması ile 11 saati aşan fazla çalışma hesabı hariç olmak üzere).

Somut uyuşmazlıkta, bozma kararı verilirken, fazla çalışmanın haftalık yerine günlük olarak belirlendiği ve bunun Yasaya aykırı olduğuna ilişkin davalı temyizi gözden kaçırılarak bu husus bozmaya konu edilmemiş ise de, yukarıda belirtildiği şekilde açıkça temyize konu yapılan ve yasal düzenlemeye tabi kılınan fazla çalışma hesabındaki hatanın bozma nedeni yapılmaması davacı lehine usuli kazanılmış hak oluşturmaz. Kaldı ki davalı taraf bu konuda maddi hatanın düzeltilmesi talebinde bulunmuş ancak Mahkemece dosyanın Yargıtaya gönderilmesi yerine, hatalı olarak, bu yönde işlem yapılmamıştır.

Bu itibarla fazla çalışma hesabının haftalık hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hesabı hatalıdır.

4-Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının aylık ücreti asgari geçim indirimi dahil 3.250,00 TL. net olarak kabul edilip, davacının işçilik alacakları da buna göre hesaplanmıştır. Hesaplamaya esas çıplak ücretin asgari geçim ücret dışlanarak belirlenmesi gereklidir. Açıklanan nedenle hatalı hesap tarzı ile sonuca gidilmesi bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.03.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DAVALI ŞİRKETİN TASFİYESİ • İHYA İMKANI

ÖZET: Davalı şirketin tasfiye edildiği ve Ticaret Sicilinden kaydının silindiği anlaşıldığına göre şirketin tüzel kişiliğinin yeniden ihyası için tasfiye memuru ile Ticaret Sicili'ne husumet tevcihi suretiyle davacıya dava açma imkanı tanınmalı ve davanın sonucu beklenmelidir.

Y. 9. HD. E: 2016/22828 K: 2019/6481 T: 21.03.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili özetle, müvekkilinin ordudan emekli olduktan sonra deniz nakliyat işi yapan çeşitli şirketlerde çalıştığını, son olarak da davalı

şirketlerde 02/02/2005- 21/09/2006 tarihleri arasında 4500 TL net maaşla çalıştığını, davalı şirkete ait gemiyi yurt dışından getirip bakım ve onarımına nezaret ettiğini, işinin de yurtdışından gemi alınıp işletilmesi olduğunu, davalıların 21 aylık maaşını ödemediklerini, 21/09/2006 tarihinde de davalılar tarafından iş akdinin fesih edildiğini iddia ederek; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti ve ödenmeyen ücret alacaklarının faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı O. Taşımacılık ve Ticaret AŞ vekili özetle; davacının işe giriş tarihinin 09/05/2005 olduğunu, kendisinin başka bir şirket kurarak onlarda çalıştığını, müvekkilini yanıltıp uygun olmayan gemi raporu verdiğini, bu yüzden geminin çalıştırılmadığını, arızalı olduğunu, işletme müdürü sıfatıyla işini yapamadığını, bu sebeple geminin 01/05/2006 tarihinde sefere çıkamadığını, alkole düşkün olduğunu, öğlen 12.00 den önce işe gelmediğini, kötü niyetli olduğunu savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

Davalı O. Makine Enerji Hizmetleri Sanayi ve Ticaret AŞ'ne usulünce davetiye tebliğ edilmesine rağmen, bu şirket tarafından cevap dilekçesi sunulmamış, yargılamaya iştirak edilmemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak; sadece maaş alacağından davalıların müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna, diğer alacakların OrsaSea Taşımacılık ve Ticaret Anonim Şirketinden alınarak davacıya verilmesine, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, davacı ve O. Taşımacılık ve Ticaret AŞ 'nin tasfiye memuru temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Somut uyuşmazlıkta; davacı davalı O. Taşımacılık ve Ticaret Anonim şirketi'nin tasfiye ve terkinden önce doğan işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir. Şirketin ticaret sicilinden silinmesi işlemi kurucu değil, açıklayıcı nitelik taşır. Dosyadaki İstanbul Ticaret Sicil Müdürlüğü kayıtlarına göre, davalı O. Taşımacılık ve Ticaret Anonim şirketi'nin 21/11/2011 tarihinde tasfiyesine karar verildiği, 02/12/2011 tarihinde tescil, tasfiyesinin sona erdiği ise 10/04/2013 tarihinde tescil edildiğinden sicil kaydı terkin edilmiştir. Bu nedenle davacıya şirketin tüzelkişiliğinin

yeniden ihyası haklarında tasfiye memuru ile ticaret sicil memurluğuna husumet tevcihi suretiyle dava açması imkanının tanınması bunun için süre verilmesi, dava açıldığı takdirde de bu davanın sonucunun beklenmesi gerekir.

Mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde, davacıya davalı Or. Taşımacılık ve Ticaret AŞ hakkında ihya davası açması için süre verilmeden, bu yöndeki usulü işlemler tamamlanmadan davanın esasına girilerek, tüzelkişiliği ve taraf sıfatı sona eren davalı şirket hakkında hüküm kurulması hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın bu sebepten dolayı **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 21.03.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

ÖZET: Dava dilekçesinde beyan edilmiş olan talep aşılarak hüküm kurulamaz.

Y. 9. HD. E: 2017/10438 K:2019/10351 T: 08.05.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davalı iş yerinde yedek parça müdürü ve servis yardımcısı olarak işe başladığını, şirket yöneticilerinden ... tarafından iş akdinin haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğini, alacak ve tazminatlarının ödenmediğini belirterek alacak ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının son işvereninin ... ... Özel Eğitim Hizmetleri San. A.Ş. olduğunu, davacının başka bir çalışanla tartışması sonucunda devamsızlık yapmak suretiyle kendi isteği ile işten ayrıldığını, fazla mesai yapılmadığını, yıllık ücretli izinleri kullandığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı iş yerinde 4 yıl 11 ay 3 gün çalıştığı, son bildirimlerin her ne kadar dava dışı ... ... Özel Eğitim Hizmetleri ve Danışmalık A.Ş. adlı firmadan yapıl-

mış ise de Ticaret Sicil Memurluğu'ndan gelen kayıtlarına göre her iki şirket arasında organik bağ bulunduğu anlaşılmakla son iş verenin davalı şirket olduğunun kabul edilmesi gerektiği, iş akdinin iş veren tarafından haksız şekilde fesih edildiği, bu nedenlerle davacının kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı almaya hak kazandığı, haftada 7.5 saat fazla çalışmasının bulunduğu, dini bayramlarda ortalama 1 gün çalıştığı, 4 yıllıkçalışma süresine karşılık 56 gün yıllık izin hakkının bulunduğu, dosyaya sunulan kayıtlardan toplam 14 günyıllık iznini kullandığı, 42 gün yıllık izin hakkının kullandırıldığının veya ücretinin ödendiğinin davalı tarafça ispat edilemediği, prim talebi konusunda dosyaya yeterli bilgi ve belge sunulmadığı gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının fazla mesai ücreti hesaplanırken 1 saat ara dinlenme düşülmüşse de dinlenen tanık beyanlarına ve Dairemizden ve 7. Hukuk Dairesi'nden geçen aynı işyerine ait dava dosyalarındaki bilgilerden davalı işyerinde ara dinlenmenin 1.5 saat olarak uygulandığı anlaşılmıştır. Bu nedenle fazla mesai hesabında ara dinlenme 1.5 saat yerine 1 saat olarak düşülerek hesaplama yapılması hatalıdır.

3-Davacı dava dilekçesinde yıllık ücretli izin alacağı bakımından aynen "yıllık izinlerini yalnızca bir hafta kullanılmasına izin verilmiş olup" şeklinde açıklama yapmış dosyaya belgeler sunulduktan sonra davacı vekili;" 4 yıllık çalışma süresi boyunca iki hafta izin kullanıldığı sabit" olduğunun anlaşılması gerektiği belirtilmiş, Mahkemece sadece belgeye itibar edilerek sonuca gidilmişse de davacının dava dilekçesindeki açık kabulü karşında belgeyle ispatlanan 14 günlük izin süresi haricinde her yıl için 7 gün izin süresininmahsubu gerekirken vakıa ve taleple bağlılık ilkeleri dikkate alınmadan izin ücretine hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.05.2019 gününde oybirliği ile karar

BASIN İŞ KANUNU • İKRAMİYE

ÖZET: Gazetecinin yasal ikramiye hakkının doğması için işverenin kar etmesi gerekir.

Y.9. HD. E:2016/28206 K: 2019/11614 T: 21.05.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı-karşı davalı vekili asıl davada; müvekkilinin, davalı işveren nezdinde Basın İş Kanunu kapsamında çalıştığını, iş akdinin haklı bir neden olmaksızın feshedildiğini, sigortasının geç yapıldığını, son ücretinin net 1.560 TL olduğunu, fazla çalışma yapmasına, hafta tatillerinde ve genel tatillerde çalışmasına karşın ücretlerinin ödenmediğini ve ikramiye alacağı da olduğunu ileri sürerek; davanın kabulüne karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalı-karşı davacı vekili birleşen davada; davacı işçisinin iş akdinin geçerli nedenle feshedildiğini, talep edilen alacakların zamanaşımına uğradığını savunarak asıl davanın reddine karar verilmesini ve birleşen dava yönünden 5.750 TL'nin borç olarak verildiğinin tespiti ile asıl dava sonucunda aleyhe hüküm çıkması halinde takas ve mahsup talebinde bulunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece; asıl davanın kısmen kabulüne, birleşen davanın ise reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Davacı işçi, Basın İş Kanunu kapsamında çalışmıştır. Esasen bu husus mahkemenin de kabulündedir. Buna karşın, kararın gerekçesinde talep edilen işçilik alacakları yönünden 5953 sayılı Basın İş Kanunu yerine, 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine atıf yapılması hatalıdır.

3- Davacı işçi, ikramiye alacağı talebinde bulunmuştur.

5953 sayılı Basın İş Kanununun 14. maddesi uyarınca "Gazeteciler her hizmet yılı sonunda işvereninsağladığı karın emeklerine düşen nispi karşılığı olarak birer aylık ücret tutarında ikramiye alırlar" düzenlemesine yer verilmiştir.

Mahkemece, davalı tarafından sunulan ve herhangi bir resmi imza veya kaşe içermeyen bir takım bilançolara istinaden davalının zarar ettiği gerekçesi ile talebin reddine karar verilmiştir.

Gazetecinin yasal ikramiye hakkının doğması için işverenin kâr etmesi gerekir. Mahkemece, işverenin kâr elde edip etmediği hususu her türlü şüpheden uzak bir şekilde tespit edilmelidir. Bu nedenle, davalının sunduğu belgelerle yetinilmemeli ve mahkemece davalının kar edip etmediği ilgili vergi dairesinden araştırılmalıdır.

Eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, 21.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

BASIN İŞ KANUNU • %5 FAZLALIK ALACAĞI

ÖZET: Basın İş Kanunun'dan doğan %5 fazlalıklara hükmedilirken asıl alacak tutarlarının 4-5 katı civarında %5 fazlalık alacağına hükmedilmelidir.

Y. 9. HD. E: 2016/2932 K:2019/12254 T.28.05.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin, 01.10.2007-01.05.2011 tarihleri arasında davalı işverenlik nezdinde gazeteci olarak çalıştığını, 01.08.1995 tarihinden itibaren de basın sektöründe çalışmasının bulunduğunu, işsözleşmesinin işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın feshedildiğini, son aylık ücretinin net 1.200,00 TL olduğunu, fazla çalışma yapmasına, hafta tatillerinde ve genel tatillerde çalışmasına karşın ücretlerinin ödenmediğini, 5953 sayılı kanunun 14. maddesi uyarınca ikramiye hakkının bu-

lunduğunu ileri sürerek; kıdem ve ihbar tazminatları ile ikramiye alacağı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti ve genel tatil ücreti alacakları ile %5 fazlalıklarının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının hiçbir zaman fazla çalışma yapmadığını, resmi ve dini bayramlarda da çalışmadığını, kıdem tazminatı dışındaki alacaklarının zamanaşımına uğradığını, son maaşının asgari ücret olduğunu savunarak; davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar taraflar avukatlarınca temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dava, ... Yayıncılık ve Dış Tic. Ltd Şti aleyhine açılmış olup, bahsi geçen şirket tarafından davaya cevap verilmiş ve taraf teşkili sağlanmıştır. Buna karşın, karar başlığında bu şirketin ticaret ünvanının yanı sıra "genel yayın yönetmeni ..." ismine de yer verildiği saptanmış olup, bu durumun mahallinde düzeltilebilir maddi hata niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

2- Davalı temyizi yönünden;

Davalı vekilinin süresinde temyiz dilekçesi vermesine rağmen bir kısım temyiz harçlarını karşılamaması sebebiyle mahkemece usulüne uygun olarak muhtıra çıkarıldığı, muhtıranın 15.12.2015 tarihinde usulünce tebliğ edilmesine rağmen verilen 7 günlük süre içerisinde eksiklerin giderilmediği anlaşılmaktadır.

Davalının muhtırada belirtilen harçları 7 günlük kesin süre geçtikten sonra 23.12.2015 tarihinde yatırdığı harç makbuzundan anlaşıldığından, davalının temyiz isteminden vazgeçilmiş sayılmasına, nisbi temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine;

3- Davacı temyizi yönünden;

a)Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

b)Mahkemece, fazla mesai ve genel tatil ücreti alacaklarının gününde ödenmemesi nedeni ile %5 fazlalıkları hesaplanırken ilk önce %30 hakkaniyet indirimi (karineye dayalı makul indirim) daha sonra ise eski B.K 44. madde uyarınca %95 oranında indirim yapılarak asıl alacakların (fazla mesai ve genel tatil ücretleri) yaklaşık 2,7 katı tutarında %5 fazlalıklara hükmedilmiştir.

Dairemizin uygulamalarına göre gecikme süresi de dikkate alınarak asıl alacak tutarlarının 4-5 katı civarında %5 fazlalıklara hükmedilmesi gerekirken, daha yüksek bir oranda indirime gidilerek yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA,** 28.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YILLIK İZİN ÜCRETİ • BÖLÜNMEZLİK İLKESİ

ÖZET: Yıllık izin süresinin bölünmemesi esas ise de, işçinin talebi üzerine kullandırılmış olan izin sürelerinin izin ücreti alacağı hesabında mahsup edilmesi gerekir.

Y. 9. HD. E: 2016/3312 K: 2019/12688 T: 30.05.2019

Davacı vekili; müvekkilinin iş akdinin emeklilik sebebiyle feshedildiğini iddia ederek fark kıdem tazminatı ile fazla mesai, ulusal bayram-genel tatil ve yıllık izin alacaklarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni ge-

rektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Yıllık ücretli iznin bölünememesi esas ise de işçinin talebi üzerine yıllık ücretli izin kullandırılmasında usule aykırılık söz konusu değildir. Bu nedenle dosyaya sunulan izin kullanma belgeleri değerlendirilerek davacının talebi üzerine kullandırılan ücretli izin sürelerinin mahsup edilmemesi hatalıdır.

3-Bilirkişi raporunda okulların tatil olduğu Haziran, Temmuz, Ağustos, Eylül aylarında hesaplama yapılmayacağının belirtilmesine rağmen hesaplama tablosunda hafta sayılarının tam doğru olmadığı görülmüştür. Söz konusu aylar dışlanarak yeniden hafta sayısının belirlenerek hesaplama yapılması gerekmektedir. Ancak davalı lehine usulü kazanılmış hak gözden kaçırılmamalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 30.05.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EĞİTİM GEMİSİ • DENİZ İŞ KANUNU

ÖZET: Yük ve yolcu taşıma işinde kullanılmayan ve eğitim faaliyetinde kullanılan gemide görev yapan personel Deniz İş Kanunu kapsamında değildir.*

Y. 9. HD. E: 2016/4249 K: 2019/13923 T: 21.06.2019

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı Üniversitenin işvereni olduğunu ve Tuzla'da bulunan Denizcilik Fakültesine bağlı T/S Akdeniz Eğitim Gemisi'nde halen çalıştığını, davacının çalışmalarının gemi jurnalleri defterlerinde kayıtlı olduğunu, davacının Tez-Koop. İş Sendikası üyesi olmasına ve davalı Üniversite ile Sendika arasında akdedilmiş Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinden yararlanmasına rağmen, yürürlükte bulunan Toplu İş Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmadığını, davacının üç vardiya sisteminde işe başladığı gün 24 saat çalışıp, bir sonraki gün izin yaptığı,

* Gönderilen. Av. Muhittin Doğrucu

devam eden gün yine 24 saat çalışıp, bu sisteme göre haftalık 400 saatin üzerinde fazla mesai ile Pazar gününe denk gelen hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillere de rastlayacak şekilde çalıştığını, fiilen gemi adamı olarak çalışan davacıya iaşe bedellerinin ödenmediğini beyan ederek fazla mesai, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile iaşe alacağı ücretinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 22.02.1999 tarihinden itibaren geçici işçi kadrosu ile çalışmakta iken 19/10/2007 tarihinden itibaren sürekli işçi statüsü ile yağcı kadrosuna atanarak müvekkili Üniversitede halen görev yaptığını, göreve başladığı tarihten itibaren mevzuat ve Toplu İş Sözleşmelerinden kaynaklanan tüm hak edişlerinin ödendiğini, davacının görev yaptığı gemi personelinin 2009 ve sonraki tarihlerdeki nöbet çizelgesinden de anlaşılacağı üzere tam vardiya sistemi ile görev yaptığını, mevzuat gereği çalışması gereken süreleri aşacak nitelikte çalışması bulunmadığını, talep edilen alacakların zamanaşımına uğradığını savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının 09/04/1999 tarihinden itibaren Tez-Koop. İş Sendikası üyesi olduğu, vardiya çizelgeleri ve tanık beyanları karşısında 24/28 sistemine göre çalışması sebebi ile günde 10 saat fazla mesai yapması nedeni ile fazla mesai alacağı olduğu, bayram ve genel tatil günleri ile Pazar günleri çalışma yaptığının çizelgelere göre belirlenmesi sebebi ile bayram ve genel tatil alacağı ile hafta tatili alacağı olduğu. Toplu İş Sözleşmesinin 33/d hükmüne göre davacıya ödenmesi gereken Ramazan ayı iaşe bedellerinin ödendiği ispat edilemediğinden iaşe alacağı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının

Aşağıda ki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

Davacı işçi dava dilekçesinde işyerinde gemi adamı olarak çalıştığını ileri sürerek, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ile iaşe bedellerinin ödenmesini talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren davacının ilk önce geçici işçi statüsünde temizlik işinde çalıştırıldığını, daha sonra yağcı kadrosuna atandığını. TİS' den doğan tüm alacaklarının ödendiğini savunmuştur.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının gemi adamı olarak çalıştığına dair davalı tarafça bir itirazda bulunulmadığı belirtilerek, 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında kaldığının kabulüyle TİS hükümleri çerçevesinde hesaplamaya gidilmiştir.

Mahkemece davaya konu isteklerin kısmen kabulüne dair hüküm kurulmuştur.

Davacının 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na tabi gemi adamı olup olmadığı uyuşmazlık konusudur. Davalı İşveren tarafından karar bu yönden temyiz edilmiş olup aynı zamanda çalışmaların hangi Kanun kapsamında kaldığı kamu düzenini ilgilendirmektedir.

Deniz İş Kanunu'nun 1. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca, bir geminin Deniz İş Kanunu'nun kapsamına girebilmesi için denizlerde, göllerde ve akarsularda çalıştırılması, bu geminin Türk Bayrağı taşıması, geminin yüz ve daha yukarı grostonilatoluk olması gerekir. Aynı maddenin 2. Fıkrasına göre de:

Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplam yüz veya daha fazla olduğu" takdirde. Bu gemilerle, bu gemilerde çalışan ve çalıştırılanlar Deniz İş Kanunu hükümlerine tabi olacaklardır.

İşverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı beş veya daha fazla bulunduğu takdirde" başka bir şart aranmaksızın, başka bir anlatımla geminin grostonilatosuna bakılmaksızın, bu gemi Deniz İş Kanunu kapsamına giren bir işyeri olacaktır.

Gemi yabancı ülke bayrağı taşıyor veya gemi Türk bayraklı olsa dahi yüz grostonilatoluk değilse yada diğer belirtilen istisnai şartları taşımıyor ise bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanamaz. Taşıma işinde çalışan bu gemideki işçiler de 4857 sayılı İş Kanunu kapsamı dışında kaldığından, haklarında Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması ile ilgili uyuşmazlıkta ise görevli mahkemeler genel mahkemelerdir.

İş ilişkisine dayalı bir uyuşmazlıkta işçi deniz taşıma işinde çalışır, ancak çalıştığı gemi Deniz İş Kanunu kapsamında kalmaz ise uyuşmazlığın Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel mahkemede çözümleneceği açıktır. Ancak gemi ticaret gemisi ise deniz ticareti hükümlerine tabi olması nedeni ile özel ihtisas mahkemesi görevli olabilir. Nitekim 5136 sayılı Ka-

nun ile 6792 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4.maddesine eklenen fıkra uyarınca 19.7.2004 tarihli olurla İstanbul'da kurulan Denizcilik İhtisas Mahkemesi HSYK' nun 20.7.2004 gün ve 370 sayılı kararı ile faaliyete geçirildiğinden, uyuşmazlığın bu mahkemeye gönderilmesi gerekir.

Gemi adamının 854 sayılı Kanuna tabi olmaması halinde uyuşmazlık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na çözüleceğinden 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 25.10.2017 tarihinden sonra açılan davalar 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu' nun 5/1-a maddesi uyarınca iş mahkemelerinde görülecektir.

Diğer taraftan 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 49. Maddesine göre denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağı' nı taşıyan yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanan bu yasa hükümlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak üzere yapılacak takip, denetim ve teftişleri yürütmeye iş müfettişleri yetkili kılmıştır. Maddeye göre bu kanun hükümlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak üzere yapılması gereken takip, denetim ve teftişler Çalışma Bakanlığı tarafından yapılır. Bu konuda İş Kanunu'nun iş hayatının denetim ve teftişine ilişkin hükümleri ve aynı kanunun bu hükümlerle ilgili ceza maddeleri uygulanır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92/3 maddesi uyarınca da çalışma hayatını izleme, denetleme ve teftişe yetkili iş müfettişleri ile işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir.

Mahkemeler görevli olup, olmadıklarını re' sen araştırmak zorundadır.

Somut uyuşmazlıkta davacının çalıştığı geminin davalı Üniversite için eğitim amaçlı kullanıldığı hatta her iki tarafın tanıklarının anlatımlarına göre sefere çıkmayıp, atıl durumda olduğu ve limanda demirli vaziyette eğitim faaliyetinde kullanıldığı açıklanmıştır. Geminin yük ve yolcu taşıma işinde kullanılmadığı açık olup, sözü edilenmevzuat hükümleri doğrultusunda davacının 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında olmadığı açıktır.

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında kalan davacı yönünden davaya konu talepler, belirtilen Kanun kapsamında değerlendirilmeli ve davacının Sendika üyesi olduğu da gözetilerek TİS hükümlerine göre hesaplamaya gidilmelidir.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarı da yazılı sebep den doları **BOZULMASINA,** 21.06.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EMEKLİLİKLE SONA EREN HİZMET DÖNEMİ

ÖZET: İşyerinde emeklilikten sonra yeni bir iş sözleşmesiyle çalışmasına devam eden işçinin kıdem tazminatı da ödenerek emeklilik sebebiyle sona eren birinci hizmet dönemi kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz.

Y. 9. HD. E: 2017/28384 K:2019/5569 T.13.03.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işverene ait işyerinde 4.2.2004-21.8.2015 tarihleri arasındaki dönemde çalıştığını, elektrik zabiti olarak görev yaptığını, ortada haklı bir neden olmadığı halde işten çıkartıldığını, son aylık ücretinin net 2.800.00 TL olduğunu, yemek ve servis yardımı aldığını, işyerinde, çalışanların kendi aralarında anlaşarak vardiyalarını değiştirebildiklerini; davacı işçinin de, annesinin rahatsızlığı nedeniyle verdiyasını değiştirdiğini ve akabinde de annesinin vefat ettiğini, davacı işçinin, 72 saat çalışıp 24 saat dinlenme şeklinde çalıştığını, vardiyasına denk gelen tün resmi tatil ve genel tatil günlerinde çalıştığını, yıllık ücretli izinlerinin kullandırılmadığını iddia ederek bir kısım işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekili, dava dilekçesinde yer alan talepler yönünden zamanaşımı def'inde bulunduklarını, davacı işçinin tüm ücret alacaklarının ödendiğini, 14.2.2004-21.8.2015 tarihleri arasındaki dönemde çalıştığını, davacı işçinin, annesinin vefatı nedeniyle kendisine verilen izin süresinin dolmasına rağmen işbaşı yapmadığını ve bu nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini, yıllık ücretli izinlerinin kullandırıldığını, bayram tatillerinde çalıştırılmadığını, çalışmış olması durumunda ise karşılığı ücretlerin ödendiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) İstinaf başvurusu :

İlk derece mahkemesinin kararına karşı, davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

E) İstinaf Sebepleri:

Davalı vekili gerekçeli istinaf dilekçesini süresi içinde ibraz etmiştir.

F) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti :

Bölge Adliye Mahkemesince davalı vekilinin istinaf talebinin reddine karar verilmiştir.

G) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

H) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı, davalı işyerinde çalışırken 06/04/2009 tarihinde yaşlılık aylığı bağlanarak emekli olmuş,emekliliğinden sonra 08/06/2009 tarihinde imzaladığı yeni bir iş sözleşmesi ile davalı işyerinde yeniden çalışmaya başlamıştır. Davacı 05/08/2015 tarihinde 14/08/2015 tarihine kadar yıllık ücretli izne ayrılmış, izne ayrıldıktan bir gün sonra annesi vefat etmiştir. Vefat nedeniyle mahkemenin de kabulünde olduğu üzere araya iki günlük ölüm izni girdiğinden davacının ücretli izin dönüş tarihi iki gün uzamış ve davacı 17/08/2015 tarihinde işbaşı yapması gerekirken işbaşı yapmamıştır. Davalı işveren devamsızlık tutanakları düzenleyerek davacı işçinin iş akdini haklı nedenle devamsızlıktan 21/08/2015 tarihinde feshetmiştir. Ayrıca davacının emeklilik ile sona eren ilk dönem çalışması bakımından kıdem tazminatının ödendiği ve bu dönemin tasfiye edildiği de anlaşılmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere emeklilik ile sona eren ilk dönem için tasfiye söz konusu olduğundan, ikinci dönem için ise davalı işveren feshinde haklı olduğundan davacının şartları bulunmayan kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

I) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** dava dosyasının İlk Derece Mahkemesi'ne, karardan bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13/03/2019 tarihinde oybiriği ile karar verildi.

PRİMLE ÇALIŞAN ŞOFÖR • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ

ÖZET: Yurt içi şoförü olarak çalışan davacının kilometre başına prim alarak çalıştığı dikkate alınarak fazla çalışma ücreti alacağı; çalışılan fazla saatlerin ücretleri dikkate alınmayarak sadece %50 zam kapsamında hesaplanmalıdır.

Y. 9. HD. E:2017/962 K:2017/2339 T: 21.02.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini iddia ederek kıdem tazminatı ile fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, sefer primi ücret alacağı, 16 günlük asgari ücret alacağı ve yıllık ücretli izin alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak,

fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, yurtiçi tır şoförü olarak çalışan davacı işçinin fazla çalışma alacağı tanık beyanlarına itibarla haftalık 9 saat kabul edilmiştir. Dosya içeriğinden davacı tarafın takometre verilerini sunduğu ve yargılama safhasında bu konuda inceleme yapılıp rapor alındığı görülmüştür. Ancak hükme esas alınan hesap raporunda takometre inceleme raporunun bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda Mahkemece yapılacak iş, fazla çalışmanın takograf kayıtlarının bulunduğu dönem yönünden kayıtlara göre bir değerlendirmeye tabi tutulması ve davalının usulü kazanılmış hakkı da gözetilerek bu alacak kalemi hakkında yeniden karar verilmesidir.

Ayrıca, yurtiçi tır şoförü olarak çalışan davacının, asgari ücrete ek olarak km başına prim ödemesi ile çalıştığı anlaşılmıştır. Bu durumda fazla çalışma hesabında saat ücretinin %50 zamlı oran yerine %150 zamlı orana göre hesaplanması da isabetsizdir. Bu yönüyle de hatalı olan hesap raporuna itibarla fazla çalışmanın kabulü bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 21/02/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

PRİM ALAN İŞÇİ • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ

ÖZET: Tahsilata göre prim aldığı anlaşılan işçinin fazla çalışma ücreti hesaplanırken, fazla çalışılmış olan saatlerin zamsız ücrelerini aldığı kabul edilmeli sadece %50 zam kısmı kapsamında hesap yapılmalıdır.

Y. 9. HD. E:2016/976 K:2019/5494 T: 12.03.2019

Fazla mesai kural olarak 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, kanunda yazılı şartlar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. İşçi fazla mesai

yapsın yapmasın prim ödemesi var ise bu ek ücrete hak kazanır. Ancak ister gezerek, isterse işyerinde çalışsın işçinin mesaisi arttıkça prim alacağının da artması halinde, bir anlamda yüzde usulü ile çalışması söz konusu olduğundan fazla çalışma ücretinin yüzde usulünde olduğu gibi sadece zamlı kısmının (% 50) hesaplanması gerekir.

Öte yandan fazla çalışma hesabında, çalışmanın bulunmadığı izinli ve tatilde geçen süreler dışlanmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının 20.02.2009-19.11.2012 arası dönemde 42.151,08 TL brüt tahsilat primi tahakkuk ettirilerek banka kanalıyla ödendiği ve aynı çalışma dönemi için yapılan hesaplama neticesinde davacının toplam fazla çalışma alacağının 9.380,13 TL brüt olarak tespit edildiği ve davacının aldığı prim tutarının ve fazla mesai alacağını karşıladığını belirttiği gerekçesi ile fazla mesai ücreti alacağı reddedilmiş ise de; davacı işçinin tahsilata göre prim aldığı dosya içeriğinden anlaşıldığından, fazla çalışma ücretinin zamsız kısmının primlerle karşılandığı kabul edilmeli ve hesaplama %50 zam kısmına göre fazla mesai ücreti alacağı hesap edilerek hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır. Ayrıca hesaplama yapılırken davacının izinli olduğu günler ile ulusal bayram ve genel tatil günleri dışlanmalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 12/03/2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI
•
İŞVEREN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN SORUMLULUĞU

ÖZET: İş kazası veya meslek hastalığına birlikte sebebiyet veren sorumluların işveren ve üçüncü kişi olması durumunda işveren işçiye bağlanan gelirin ilk peşin değerinin kusur oranına göre belirlenecek miktarından sorumludur.

Y.10.HD. E:2017/2668 K:2017/5322 T.03.07.2017

Dava, rücuan tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, davalı ... hakkındaki dava reddedilip diğer davalılar bakımından kısmen kabul hüküm altına alınmıştır.

Hükmün, davacı ... Başkanlığı avukatı ile davalılar ... İnşaat Taahhüt Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ve ... 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.

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacı Kurum ve davalılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekir.

03.11.2008 günü gerçekleşen iş kazasında yaşamını yitiren sigortalı için karşılanan sağlık hizmeti giderleri ve sigortalının hak sahiplerine bağlanan ölüm gelirleri nedeniyle uğranılan Kurum zararının davalılardan teselsül hükümlerine göre rücuan alınmasına ilişkin davanın mahkemece yapılan yargılamasında düzenlenen bilirkişi raporuyla, kazanın oluşunda davalı işveren ... ... Şti.'nin %60, davalı şantiye şefi ...'nin %8, davalı ustabaşı ...'ın %2, sigortalının %30 oranında kusurlu oldukları, davalı ...'nın kusurunun bulunmadığı saptanmıştır.

Davanın gelirler yönünden yasal dayanağı olan 5510 sayılı Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasında, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir davranışı 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 toplamının, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirileceği, 4. fıkrasında, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle gerçekleşmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edileceği belirtilmiştir.

Sağlık hizmeti giderleri bakımından davanın yasal dayanağı niteliğindeki 5510 sayılı Kanunun 76. maddesinin 4. fıkrasında, iş kazası ile meslek hastalığı, işverenin kastı veya genel sağlık sigortalısının iş sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranışı sonucu olmuşsa, Kurumca yapılan sağlık hizmeti giderlerinin işverene tazmin ettirileceği, son fıkrasında, genel sağlık sigortalısına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere kastı veya suç sayılır bir davranışı veya ilgili kanunlarla verilmiş bir görevi yapmaması ya da ihmali nedeniyle Kurumun sağlık hizmeti sağlamasına veya bu kişilerin tedavi süresinin uzamasına sebep olduğu mahkeme kararıyla belirlenen üçüncü kişilere, Kurumun yaptığı sağlık hizmeti giderlerinin tazmin ettirileceği açıklanmıştır. Anlaşılacağı üzere 21/1. ve 76/4. maddelerde işverenin, 21/4. ve 76/son maddelerde üçüncü kişinin rücu alacağından sorumlulukları düzenlenmiş olup bu maddelere göre açılan rücuan tazminat davalarında işveren ile üçüncü kişi arasında müteselsil borçluluk ilişkisi bulunduğundan konuya ilişkin olarak 818 sayılı Borçlar Kanununun irdelenmesi de gerekmektedir.

Söz konusu Kanunun 141 – 148. maddelerinde müteselsil borçlara yer verilmiş olup 141. maddede, alacaklıya karşı, her biri borcun tümünden sorumlu olma yükümü altına girdiklerini beyan eden birden çok borçlu arasında teselsül bulunduğu, böyle bir beyanın yokluğunda teselsülün ancak kanunun belirlediği durumlarda olacağı, 142. maddede, alacaklının, müteselsil borçluların tümünden veya birinden borcun tamamen veya kısmen ödenmesini istemekte serbest olduğu, borç tamamen ödeninceye dek borçluların tümünün sorumluluklarının devam edeceği, 145. maddede, yaptığı ödeme veya takas ile borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmiş olan müteselsil borçlulardan birinin, sona eren borç oranında diğer borçluları borçtan kurtarmış olacağı, 146. maddede, borcun niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya yapılan ödemeden birbirine eşit birer payı üzerine almak zorunda olduğu ve payından çok ödeme yapanın, fazla tutar yönünden diğer borçlulara rücu hakkının bulunduğu, 147. maddede, rücu hakkından yararlanan mütesel-

sil borçlulardan her birinin, ödediği tutar oranında alacaklının haklarına halef olacağı bildirilmiştir. Diğer taraftan Kanunun haksız eylem yönünden müteselsil sorumluluğa ilişkin 50. maddesinde, birden çok kimseler birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri takdirde, önayak olan (kışkırtan) ile asıl gerçekleştiren ve yardımcı olanların, ayırım gözetilmeksizin müteselsilen sorumlu olacakları, hakimin, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve gerektiğinde bu rücunun kapsamının derecesini saptayacağı belirtilmiş, çeşitli nedenlerin birleşmesi bakımından müteselsil sorumluluğa dair 51. maddesinde, birden çok kimseler çeşitli nedenlere (haksız eylem, sözleşme, kanun) dayanarak sorumlu oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarara sebebiyet veren kimselere ilişkin hükümlere göre işlem yapılacağı, kural olarak haksız bir eylemi ile zarara sebebiyet vermiş olan kimsenin en önce, tarafından hata gerçekleşmemiş ve üzerine borç alınmamış olmasına karşın yasal olarak sorumlu olan kimsenin de en sonra, zarar ile yükümlü tutulacağı açıklanmıştır.

Müteselsil borç, birden çok borçlunun alacaklıya karşı borcun tümünden sorumlu olduğu, alacaklının tamamen veya kısmen edayı her bir borçludan isteyebildiği, eda tamamen yerine getirilinceye dek borçluların sorumluluklarının süregeldiği, her borçlunun iç ilişkideki payına bakılmaksızın borcun tamamını ifa etmekle yükümlü olduğu, borçlulardan birinin borcu ödemesi durumunda diğerlerinin de alacaklıya karşı borçtan kurtulduğu, borcun, her bir borçlu yönünden tali değil asli nitelik taşıdığı, alacaklı karşısında birden çok borç ve borçlunun bulunduğu borç ilişkisidir. Bu ilişkide ifa, asıl alacağı ortadan kaldırmayıp alacak hakkı, ödeme yapmak suretiyle rücu hakkını kazanan borçluya geçtiğinden, anılan borçlu, alacaklının halefi olarak diğerlerine rücu edebilmektedir. Bununla birlikte, rücua konu olan borcun müteselsil niteliği bulunmadığından, sorumluluktan kurtulmak için her borçlunun borcun tümü yerine, kendine düşen payını ödemesi yeterli olmaktadır ki burada kanundan doğan halefiyet söz konusudur. Kuşkusuz, ödeme yapan borçlu ile alacaklının öncesinde, halefiyeti ortadan kaldırıcı sözleşme yapmak yetkileri de bulunmaktadır. Öğreti ve yargı kararlarında, borçların aynı sebepten doğması durumuna "tam teselsül" denilmekte ve değinilen 50. maddenin bunu karşıladığı ifade edilmekte, borçların farklı nedenlerden (kanun, sözleşme, haksız eylem) doğması halinde ise "eksik teselsül"ün varlığından söz edilerek 51. maddenin de bunu tanımladığı kabul edilmektedir. 50. maddede, aynı zarardan dolayı birden çok kişinin birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaları, birden çok kişinin ortak kusurlarıyla zarara birlikte sebebiyet vermiş olmaları koşuluna bağlanmıştır. 51. maddede ise, müteselsil sorumluluk, ortak kusur yerine farklı hukuksal nedenlere

bağlanmıştır ve bunlar kanun, sözleşme veya haksız eylemdir. Birden çok kişi, kanun, sözleşme veya haksız eylem nedeniyle aynı zarar için, zarara uğrayana karşı sorumlu iseler, bunlar arasında, bir zarara ortaklaşa sebep olanlar hakkındaki dönmeye (rücu) ilişkin kurallar uygulanmakta, kural olarak ilk önce, haksız eylemiyle zarara yol açan sorumlu tutulmakta, en son olarak da kusuru olmaksızın ve sözleşme gereği sorumluluğu olmadığı halde kanun hükmü gereğince sorumlu tutulan kişiye başvurulmaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.10.2013 gün ve 2013/9-1559 Esas - 2013/1461 Karar, 15.05.2015 gün ve 2013/17-2267 Esas - 2015/1352 Karar, 19.06.2015 gün ve 2013/10-2281 Esas - 2015/1727 Karar, 24.06.2015 gün ve 2014/13-19 Esas - 2015/1743 Karar sayılı ilamlarında aynı görüşlere yer verilmiştir.

Önemle vurgulanmalıdır ki 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda eksik ve tam teselsül ayırımına son verilmiş, 61. maddede, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı, 62. maddede, tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağı, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olacağı bildirilmiştir.

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 müteselsil sorumluların toplam kusuruna düşeninden 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. Mahkemece açıklanan maddi ve hukuki ilkeler gözetilmeksizin düzenlenen bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

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

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

A-Hükmün 1. fıkrası silinerek, yerine "27.741,01 TL" ilk peşin sermayeli gelirin davalılardan (... ve ... yönünden teselsüle dayalı sorumluluk tutarı 14.937,47 TL sinden sorumlu olmak kaydı ile) 26/11/2009 onay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte, davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsili ile davacıya ödenmesine", sözlerinin yazılmasına,

B-Hükmün 4. fıkra silinerek, yerine "Alınması gereken 1.988,02 TL karar ve ilam harcının davalılar ... İnş. Taah. San. Tic. Ltd. Şti, ... ve ...'tan

(... ve ... yönünden teselsüle dayalı sorumluluk tutarı 1.020,38 TL'den sorumlu olmak kaydıyla) tahsili ile hazineye irat kaydına," sözlerinin yazılmasına

C-Hükmün 5. fıkrası silinerek, yerine" Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden A.A.Ü.T. gereğince 3.492,35 TL vekalet ücretinin davalılar ... İnş. Taah. San. Tic. Ltd. Şti, ... ve ...'tan (... ve ... yönünden teselsüle dayalı sorumluluk tutarı 1.955,92 TL sinden sorumlu olmak kaydıyla) alınarak davacıya ödenmesine" sözlerinin yazılmasına,

D-Hükmün 8. fıkrası silinerek yerine "Davacı tarafından yapılan ilk masraflar dahil toplam 1.472,75 TL yargılama giderinin red ve kabul oranına göre 956,42 TL sinin davalılar ... İnş. Taah. San. Tic. Ltd. Şti, ... ve ...'tan (... ve ... yönünden teselsüle dayalı sorumluluk tutarı 535,66 TL sinden sorumlu omak kaydıyla) tahsili ile davacıya ödenmesine" sözlerinin yazılmasına

E-Hükmün 9. fıkrasındaki "18,00 TL" rakamlarının yerine "20,77 TL" rakamlarının yazılarak hükmün bu şekliyle **DÜZELTEREK ONANMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalılardan ... İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. ve ...'ye iadesine, 03.07.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SİGORTALILIK ŞARTI

ÖZET: Sosyal güvenlik yönünden sigortalılığın gerçekleşmesi için sigortalı ile işveren arasında hizmet sözleşmesi ilişkisinin bulunması gerekir.

Ücret almadan eşinin yanında çalışan kişinin sigortalı olduğundan söz edilemez.

Y. 10. HD. E:2016/11184 K:2018/7280 T: 01.10.2018

Dava, Kurumca iptal edilen hizmetlerinin geçerli olduğunun tespiti ile sağlık giderlerine ilişkin yürütülen icra takibine ilişkin borcun olmadığının tespiti ve icra yoluyla tahsil edilen 1. 500,00 TL alacağın istirdatı istemine ilişkindir.

Mahkemece, ilamda belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı Kurum vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafın-

dan düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacının 13/09/2005 - 25/05/2006 tarihleri arasında eşi Bilal Kılıç'a ait ... Alüminyum PVC Doğrama unvanlı işyerinde çalıştığı süreler davalı Kurum tarafından fiili çalışmaya dayanmadığı gerekçesiyle 26.02.2014 tarihli Kurum raporu ile iptal edildiği, iptal sonrası ... 26. İcra Müdürlüğü'nün 2014/17253 sayılı dosyasından, 1.945,51 TL sağlık yardımının, 1.497,44 TL işlemiş faiziyle birlikte davacıya takip başlatıldığı ve davacının bu kapsamda, 1. 500,00 TL ödemede bulunduğu böylelikle davacının, Kurum işleminin iptali ile Kurum'a borçlu olmadığının tespiti ve istirdat isteminin bulunduğu eldeki davada, 26.02.2014 tarihli Kurum Raporu'nda davacının 26.02.2014 tarihli imzalı beyanında, eşinden ücret almadan çalıştığını açıkça dile getirdiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, 11.08.2006 tarihli görev emrine dayalı olarak 2014 yılında ve işyerinin kapanmasından uzun süre sonra çalışmanın iptaline yönelik rapor düzenlenmesi; davalı Kurumun, vatandaşların temel sosyal güvenlik hakkını koruma misyonuna uygun bir yaklaşım olarak değerlendirilmesinin mümkün bulunmadığı gibi; salt eşine ait işyerinde geçmiş olmasının, yöntemince bildirimi yapılan çalışmanın iptalini gerektirmediği; davacının eşine ait işyerindeki çalışma öncesi ve sonrasındaki zorunlu sigortalı konumundaki çalışma ve prim ödeme süreleri; dinlenen tanıkların eylemli çalışmayı ortaya koyan beyanları ve ceza yargılamasındaki beraat kararının dayanağı kanıtlara dayanılarak yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanaklarından, 506 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmüne göre; bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan kimse anılan Kanun kapsamında sigortalı sayılır. Bir başka anlatımla, sigortalı ile işveren arasındaki iş ilişkisinin hizmet akdine dayanması gerekir. 506 sayılı Kanunu'nun 3. maddesinde (01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve 506 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5510 sayılı Kanunu'nun 6. maddesinde de sigortalı sayılmayanlar tahdidi olarak sayılmış olup, bunların arasında 506 sayılı Kanunun 3-l-B maddesinde "işverenin ücretsiz çalışan eşi"nin sigortalı sayılamayacağı belirtilmiştir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, davacının, 26.02.2014 tarihinde Kurum'a verdiği imzalı beyanda, ücretsiz olarak eşinin yanında çalıştığını dile getirmesi karşısında davacının sigortalı sayılamayacağı gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 01.10.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

ÇEK ALACAKLISI • İYİNİYET

ÖZET: Bir çek keşidecinin elinden rızası hilafına çıkmış olsa da; kötüniyeti ve ağır kusuru olmadan çeki eline geçirmiş olan hamilin hakları korunur.

Y. 11 HD E:2018/3801 K:2019/5396 T.16.09.2019

Taraflar arasında görülen davada Küçükçekmece 2. Sulh Hukuk Mahkemesince bozmaya uyularak verilen 19/04/2018 tarih ve 2018/65-2018/522 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesinin davacı vekili tarafından istenildiği ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davacıya ait 21 adet müşteri çekinin çalındığını, çek iptali davaları açılarak ödeme yasağı kararı alındığını ancak dava konusu çekte ödeme yasağının sehven farklı bir çek numarasına konulduğunu ve çekin banka tarafından ödendiğini, çek arkasındaki cirolardan sahteliğin anlaşıldığını ileri sürerek, çek bedelinin davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, çekin davalı şirkete faktoring sözleşmesine istinaden geçtiğini, faktoring işleminin usulüne uygun bir şekilde yapıldığını, müşteriden alınması gereken ve alacağın dayanağı olan faturanın işlem sırasında alındığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece Dairemiz bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, dava konusu çekin davacının elinden rızası hilafına çıktığının sabit olduğu ve fakat davalının çeki usulüne uygun olarak elde ettiği,kötüniyet ve ağır kusurunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA,** aşağıda yazılı bakiye 8,50 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 16/09/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

YABANCI MAHKEME KARARI
•
USULÜNE UYGUN TEBLİGAT

ÖZET: Lahey sözleşmesi kurallarına göre usulüne uygun olarak tebliğ yapılmaksızın kesinleştirilmiş olan yabancı mahkeme kararının kesinleştiğinden söz edilemez.

Y.11 HD. E:2018/2833 E:2019/4602 T:16.06.2019

Taraflar arasında görülen davada Konya 1. Asliye HukuK Mahkemesince verilen 29/11/2017 tarih ve 2017/745 E 2017/828 K. sayılı kararın davacı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, istinaf isteminin esastan reddine dair Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesi'nce verilen 05/04/2018 tarih ve 2018/407-2018/319 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, yabancı ülke mahkeme ilamda davalı Kombassan İnşaat Tarım A.Ş.'nin ünvanının Kombassan Sanayi ve Ticaret Yatırım Holding A.Ş. olarak değiştiğini, bu değişiklikten sonra da Kombassan Holding A.Ş.'ye devredildiğini ve tekrar unvan değişikliği sonucu davalı şirketin Bera Holding A.Ş. unvanını aldığını, davacının davalı şirkete para verdiğini ve ancak parasını geri tahsil edemediğini, bu nedenle Alman Mahkemelerinde dava açtığını ve davanın kabul edildiğini ileri sürerek Almanya Federal Cumhuriyetinin Bielefeld Eyalet Asliye Hukuk Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 4 O 175/06 nolu kararının ve yargılama masraflarına dair ek kararın tenfizine, davalı malvarlığı üzerine ihtiyati tedbir konulmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, davaya konu yabancı mahkeme kararının, davalının savunma hakkı ihlal edildiğinden tenfiz edilemeyeceğini, ortada usulüne uygun olarak kesinleşmiş bir karar bulunmadığını, yabancı ilamın Anayasa'ya ve kamu düzeni kurallarına aykırı olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının davalıya Lahey Sözleşmesi'ne uygun olarak tebliğ edilmediği, adi postaya verilme tarihinin tebliğ tarihi sayıldığı ve ilamın bu şekilde kesinleştirildiği, diplomatik yolla sonradan yapılan tebligatın yabancı mahkeme tarafından kabul edilmediği, savunma hakkının kısıtlandığı, usulüne uygun kesinleşmiş bir mahkeme kararından söz edilemeyeceğinden tenfiz isteminin yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili istinaf etmiştir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesince tüm dosya kapsamına göre, kararın sonradan diplomatik yolla tebligatının şekil olarak kaldığı, davalıya esasa/savunmaya ilişkin bir hak kazandırmadığı, Türkiye Cumhuriyeti Lahey Sözleşmesi'nin 10. maddesine çekince koyarak adli belgelerin tamamının diplomatik yollarla tebligatının yapılmasını istediği, MÖHUK 54/c. maddesi gereğince savunma hakkının kısıtlanmasının tenfiz şartlarının oluşmasına engel oluşturduğu, MÖHUK'nın 50. maddesi gereğince ortada kesinleşmiş bir karar olduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk Derece Mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz isteminin reddi ile Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın HMK'nın 370/1. maddesi uyarınca **ONANMASINA,** HMK'nın 372. maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere dava dosyasının Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, aşağıda yazılı bakiye 8,50 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 19/06/2019 tarihinde kesin olarak oybirliğiyle karar verildi.

İDARİ PARA CEZASI • CEZA ZAMANAŞIMI

ÖZET: İdari para cezaları da Borçlar Kanunu yönünden ceza anlamında olup, idari para cezasına sebebiyet veren eylemden dolayı açılan davalarda da Borçlar Kanununda belirlenmiş olan "Ceza Zamanaşımı" uygulanır.

Y.11 HD. E:2019/1672 K:2019/5015 T:01.07.2019

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesince bozmaya uyularak verilen 10/12/2015 tarih ve 2015/729-2015/725 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesinin davacı vekili tarafından istenildiği ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, bazı noksanlıkların ikmali için mahalline gönderilen dosyanın eksikliklerin giderilmesinden sonra gönderildiği anlaşılmakla,

dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, asıl ve birleşen davada müvekkilinin imtiyaz sözleşmesi uyarınca mobil elektronik haberleşme hizmeti sunduğunu, aynı alanda faaliyet gösteren davalının GSM ve mobil pazarlama hizmetleri pazarlarındaki hakim durumunu çeşitli yollarla fiili münhasırlık yaratmak suretiyle kötüye kullandığını, bu durumun Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 tarih, 09-60/1490-379 sayılı kararıyla belirlendiğini, müvekkilinin zararının doğduğunu ileri sürerek, 1.000.000,00 TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, sonrasında ıslah ile 5.000.000.- TL maddi ve 1.000.000.- TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiş; Mahkemece ilk olarak dava açılışında talep edilmeyen manevi tazminatın ıslah ile talep edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle anılan kalem yönünden davanın tefrikine karar verilmiş, daha sonra gerekli harçların tamamlanmasını müteakip yeniden mezkur dava ile birleştirilmiştir.

Davalı vekili; davacının, davasında müvekkilinin 2007-2009 yıllarındaki bazı eylemlerine dayanarak talepte bulunduğunu, istemlerin zamanaşımına uğradığını, davacının 06.06.2008 tarihinde yaptığı başvuru üzerine Rekabet Kurulu'nun 23.12.2009 tarihli, 09/60/1490-379 sayılı kararını verdiğini, davacının haksız fiilden karar tarihi olan 23.12.2009'da haber-

dar olduğu kabul edilse dahi dava tarihi 29.12.2010 itibarıyla bir yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu, esas yönünden de davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, Dairemizin bozma ilamında direnilmesi sonucunda, 765 sayılı TCK'nın yürürlükten kalkmasından sonra, daha önce ceza kanunu kapsamında yer alan kabahatlerin, ceza kanunları kapsamı dışına çıkarılıp idari yaptırım gerektiren fiiller niteliğine dönüştürüldüğü ve böylece kabahatlerin bir suç türü olmaktan çıkarıldığı bu nedenle de kabahatler için öngörülen zamanaşımı sürelerinin ceza zamanaşımı süreleri gibi değerlendirilerek 818 sayılı B.K'nın 60/2. maddesi kapsamında somut uyuşmazlıkta uygulanmasının mümkün olmayacağı gerekçesiyle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dairemizce, verilen 30.03.2015 tarih, 2014/13296 E., 2015/4424 K. sayılı bozma kararının usul ve yasaya uygun bulunduğu, mahkemece verilen direnme kararının yerinde olmadığı gerekçesiyle temyiz incelemesi yapılmak üzere dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gönderilmiş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017/11-19 E., 2018/1151 K. sayılı ilamında "mahkemenin direnme olarak adlandırdığı temyize konu kararın usul hukuku anlamında gerçek bir direnme kararı olmadığı, yeni hüküm niteliğinde olduğu, kurulan bu yeni hükmün temyizen incelenmesi görevinin Hukuk Genel Kuruluna değil, Özel Daireye ait olduğu" gerekçesiyle temyiz incelemesinin yapılmasını teminen dosya Dairemize gönderilmiştir.

Dava, davalı tarafın 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6.maddesinde yasaklanan "hâkim durumun kötüye kullanılması" eylemi sebebine dayalı aynı Kanunun 57. maddesi uyarınca tazminat istemine ilişkin olup, Mahkemece Dairemizin 30.03.2015 tarih 2014/13296 E.- 2015/4424 K. sayılı bozma ilamına bozma öncesi karardan farklı bir gerekçeyle yukarıda yazılı şekilde davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" şeklinde düzenlenmiş olup, Kanun'un 16/3. maddesinde ise "Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan

yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir" denilmek suretiyle, söz konusu eylem için nispi idari para cezası öngörülmüştür. Nitekim somut vakıada, davaya konu eylem sebebiyle, davacı tarafın 06.08.2008 tarihli başvurusuna istinaden Rekabet Kurumu'nun 23.12.2009 tarih ve 09/60/1490-379 sayılı kararıyla davalı Şirket aleyhine nispi idari para cezasına karar verdiği anlaşılmaktadır.

Davaya konu olaydan ve dava tarihinden önce yürürlüğe giren 30.03.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, kabahatlerin "idari yaptırım" gerektiren haksızlıklar olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunun 16. maddesinde ise "idari para cezası" idari yaptırım türleri arasında sayılmıştır. Yine aynı Kanunun "Soruşturma Zamanaşımı" başlıklı 20/3. maddesinde ise "nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıl" olarak belirlenmiştir. Dava ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Müruruzaman" başlıklı 60/2.maddesinde yer alan "Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur" hükmü ve aynı doğrultudaki 6098 sayılı TBK'nın 72/1. maddesinin son cümlesinde düzenlenen "...Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır" hükmü uyarınca, kanun koyucu cezayı öngören kanunlarda belirtilen zamanaşımının Borçlar Kanunundaki zamanaşımından daha uzun olduğu durumlarda, hukuk davasına da bu zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

Somut olayda, davacı tarafın tazminatı gerektiren olayı öğrenerek Rekabet Kurumu'na başvurduğu tarih olan 06.06.2008 tarih ile dava tarihi olan 29.10.2010 birlikte değerlendirildiğinde, zamanaşımı süresinin dolduğundan bahsedilemeyecektir. Şöyle ki, her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle kabahatler 765 sayılı TCK'nın öngördüğü sistemden farklı olarak ayrı bir kanunda düzenlenmişse de, idarenin takdir ettiği para cezalarına da ceza ve ceza usul hukukunun temel ilkelerinin uygulanmasının benimsendiği öğretide kabul edilmiş bir görüştür (SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 570). Kabahatler idarenin bir yargı kararına gereksinim duymaksızın kanunların tanıdığı açıkyetkiye dayanarak, idare hukukuna özgü yöntemlerle verdiği cezalar olup, idari yaptırımları düzenleyen 5326 sayılı Kabahatler Kanunun 16. maddesinde idari para cezaları bir idari yaptırım türü olarak belirtilmiştir. Bu özelliğiyle kabahatlerin, sonucu idari ceza gerektiren eylemler olmakla, 6098 sayılı TBK'nın 72/1. madde-

sinin son cümlesi ve 818 sayılı BK'nın 60/2. maddesinde belirtildiği üzere "cezayı gerektiren fiil" kapsamında değerlendirilmesi zorunlu olup, ceza kanunları sistematiğinin değişmesi nedeniyle,idari para cezasının da teknik anlamda "ceza" olmadığı sonucuna varılamayacaktır.

Tüm bu nedenlerle, haksız fiil zamanaşımını düzenleyen 818 sayılı BK'nın 60/2. ve 6098 sayılı TBK'nın 72/1. maddelerinde tazminatın "cezayı gerektiren eylem"den doğması halinde bu eylem için ceza kanunlarında daha uzun zamanaşımının öngörüldüğü hallerde bu sürenin uygulanacağının düzenlendiği dikkate alındığında nispi idari para cezasını gerektiren davalı eylemi nedeniyle açılacak tazminat davasının 5326 sayılı Kabahatler Kanunun 20/3. maddesi gereğince sekiz yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu düşünülmeksizin davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi doğru görülmeyerek bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı Şirket vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın anılan taraf yararına **BOZULMASINA,** ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 01/07/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

BELEDİYE PARALARININ HACZEDİLMESİ

Haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı olusturan belediyenin söz konusu paraları farklı hesaplarda tutmamış olmasının iyi niyetle bağdaşmayacağı dikkate alınarak banka hesabında bulunan paralar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak haczedilen paraların nitelikleri tespit edilmelidir.

Y. 12 HD. E:2018/1197 K:2019/9336 T:28.05.2019

Borçlu Belediye vekili Belediye aleyhine başlatılan takipte ... Bankası ... Şubesi ve ... Şubeleri hesapları üzerine konan hacizlerin, 5999 sayılı yasa ile 2942 sayılı yasaya eklenen geçici 6.madde ve 6111 sayılı yasanın geçici 2. maddesi hükümleri gereği ve haczedilen hesaplar arasında haczi mümkün olmayan vergi , resim, harçlara ilişkin hesaplar, memur maaş hesapları, personel maaş hesapları vb. hesap çeşitlerinin de bulunduğunu belirterek fekkini talep ettiği, İstanbul 10. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 04.04.2017 tarih ve 2014/893 E.-2017/300 K. sayılı kararı ile şikayet kabul edilerek banka hesapları üzerine konulan hacizlerin kaldırılmasına karar verildiği, alacaklı tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi'nin 01.12.2017 tarih ve 2017/1536 E. 2017/2046 K. sayılı kararı ile istinaf talebinin kabulüne, İlk Derece Mahkemesi kararının kaldırılmasına ve şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/son maddesinde; "Belediyenin kamu hizmetinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez" düzenlemesine yer verilmiştir. Bu maddeye göre, belediyenin haczedilmezlik şikayetinin kabul edilebilmesi için, mahcuzların kamu hizmetinde fiilen kullanılması zorunludur.

Asıl olan, alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamak olduğundan, kural olarak borçlunun tüm mallarınınhaczi mümkündür. Bir malın haczedilememesi için yasal bir düzenlemenin bulunması zorunludur. Haczedilmezlik istisnai bir durum olduğundan, bu yöndeki düzenlemelerin dar yorumlanması gerekir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/son maddesinde açıkça haczedilmezlik için vergi, resim, harç geliri olma ya da "fiilen kamu hizmetinde kullanılma" koşullarının kabul edilmesi karşısında, belediyeye ait bir paranın haczedilmezliği ancak fiili durumun tespiti ile belirlenmelidir. Bu konuda ispat yükü borçluya düşmektedir. Bir diğer anlatımla, haczedilen paraların vergi, resim, harç geliri olduğunu ya da fiilen kamu hizmetinde kullanıldığını borçlu Belediye ispatlamalıdır. Bu nedenledir ki hacizli banka hesabındaki paralara ilişkin olarak kamuya tahsis kararı bulunmasının sonuca etkisi yoktur.

Buna göre, borçlu Belediyeye ait taşınır ya da taşınmaz bir malın haczedilmezliği için o malın fiilen kamu hizmetinde kullanılmasının gerektiği tartışmasız olup, bir malın fiilen kamu hizmetinde kullanıldığının kabulü için ise, o malın kamu hizmetinin yürütülebilmesi amacına uygun bulunması gerekir.

Haciz konulan borçlu Belediyenin banka hesaplarında vergi, resim ve harç gelirleri olduğu gibi haczi kabil paraların da bulunduğu durumlarda, haczedilen hesap havuz hesabı niteliğindedir. Hesabın sürekli işlem görüyor olması ve sürekli yatan ve çekilen paraların bulunması karşısında kalan bakiyenin vergi, resim ve harç gelirinden mi, yoksa haczi kabil paralardan mı oluştuğunun belirlenmesine imkan yoktur. Bu şekildehaczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlu Belediye iddiasını ispat imkanını kendisi kaldırmış bulunmaktadır. Bir başka deyişle borçlu Belediyeninhaczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını farklı hesaplarda tutması yerine havuz hesabı oluşturmasının iyi niyetle de bağdaşmayacağı tartışmasızdır. Böyle bir davranış AİHM'nin AİHS'nin 6 § 1. ve Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Böyle bir durumda borçlu belediyenin, hesaplardaki paraların haczedilmezliğini ispatlayamadığının kabulü gerekir.

Öte yandan borçlu belediyece haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmelidir.

Somut olayda, borçlu belediyenin haczedilmezlik şikayeti 5999 sayılı yasa ile 2942 sayılı yasaya eklenen geçici 6.madde ve 6111 sayılı yasanın geçici 2. maddesi hükümleri kapsamında incelenmekle yetinilmiş, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/son maddesi gereği inceleme yapılmadığı görülmüştür.

O halde, Bölge Adliye Mahkemesince yukarıda açıklanan ilke ve kurallar gözetilmek suretiyle şikayete konu haczedilen tüm hesaplar üzerinde Yargıtay denetimine imkan tanıyacak şekilde uzman bilirkişi aracılığıyla inceleme yaptırılarak, haczedilen paraların niteliklerinin belirlenmesi, hesapların havuz hesabı olduğunun saptanması halinde haczedilmezlik şikayetinin reddine, hesaplardaki paraların, vergi, resim, harç veya bu hükümde olmaları halinde ise haczedilemeyeceğinden şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi'nin 01.12.2017 tarih ve 2017/1536 E. 2017/2046 K. sayılı kararının yukarıda yazılı nedenlerle, 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddesi uyarınca, **BOZULMASINA,** dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, 28/05/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

TEHİRİ İCRA İSTEMİ • TEMİNAT YATIRLMASI • MEVCUT HACİZLER

ÖZET: Yargıtay'dan tehiri icra almak için icra dosyasına yatırılan paranın ya da sunulan teminat mektubunun icra dosyasındaki borcu tüm ferileriyle karşılaması halinde mevcut hacizler kaldırılmalıdır.

Y. 12. HD. E:2019/5848 K:2019/7903 T:13.05.2019

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi

... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı tarafından borçlu hakkında genel haciz yoluyla başlatılan ilamsız icra takibinde borçlunun borca itirazı üzerine takibin durdurulduğu, alacaklı tarafından açılan itirazın iptali davası üzerine verilen ve takibin 43.557,74 TL. üzerinden devamına ilişkin kısmen kabul kararının icra müdürlüğüne sunularak, borçlu adına kayıtlı taşınmaz ile borçlunun almakta olduğu maaş ve ikramiyelerinin haczinin talep edildiği, müdürlükçe talebin kabul edildiği, borçlunun icra mahkemesine yaptığı başvuruda; itirazın iptali kararının tehiri icra talepli olarak temyizi sonucu 43.557,74 TL tutarında nakdi teminatın depo edilmiş olması nedeniyle, dosyadan konulan hacizlerin aşkın hale geldiğini ve borçluya örnek 4-5 icra emri gönderilmeden haciz işlemlerine devam edilmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek hacizlerin kaldırılması ve borçluya örnek 4-5 icra emri gönderilmesine ilişkin talebinin icra müdürlüğünün 04/04/2016 ve 06/04/2016 tarihli kararlarıyla reddedildiğinden bahisle söz konusu müdürlük kararlarının iptalini talep ettiği, mahkemece; itirazın iptali davasında hükmedilen alacak kalemlerinin borçluya örnek 4-5 icra emri gönderilmeden talep edilmesi ve bu alacak yönünden borçlunun mallarına haciz konulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle şikayetin kabulü ile 06/04/2016 tarihli müdürlük kararının iptaline karar verildiği, kararın dairemizin 06/11/2017 tarihli 2016/22120 Esas - 2017/13655 Karar sayılı kararı ile 6100 sayılı kanunun 297/2 maddesi uyarınca, taleplerin her biri hakkında karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulduğu, mahkemece bozma ilamına uyularak şikayete konu 06/04/2016 ve 04/04/2016 tarihli müdürlük işlemlerinin iptaline karar verildiği karara karşı alacaklı vekilinin itirazın iptali kararı üzerine ilamsız takipte icra emri gönderilmesi gerekmediği ve asıl alacak/ferilerinden az miktarda dosyaya yatırılan para için hacizlerin kaldırılamayacağı beyan edilerek temyiz isteminde bulunduğu görülmüştür.

Alacaklının sair temyiz itirazları yerinde değilse de;

İİK'nun 36. maddesi gereğince; ilâmı temyiz eden borçlu, hükmolunan para veya eşyanın resmî bir mercie depo edildiğini ispat eder yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehin veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehin veya muteber banka kefaleti gösterirse veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise, icranın geri bırakılması için Yargıtay'dan karar almak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verilir.

Öte yandan İİK'nun 85. maddesi uyarınca; borçlunun mal ve haklarından, alacaklının ana para, faiz ve masraflar dahil tüm alacağına yetecek miktarı haczolunur. Buna göre, dosya alacağının tamamının icra müdürlüğüne yatırılması halinde, mevcut hacizler aşkın hale geleceği gibi, hacizlerin devam etmesinde alacaklının da hukuki yararı kalmayacağından kaldırılmaları gerekir.

Yargıtay'dan tehiri icra kararı almak üzere icra müdürlüğü tarafından mehil verilebilmesi için ibraz edilen teminat mektubu veya yatırılan nakdi teminat, ödeme yerine geçmez ise de, borçlu tarafından yatırılan teminatın, yatırıldığı tarih itibari ile icra takip dosyası alacağını tüm fer'ileri ile birlikte karşılaması halinde, mevcut hacizlerin aşkın hale geleceği kuşkusuz olduğu gibi, hacizlerin devam etmesi İİK'nun 85/son maddesiyle de bağdaşmayacaktır.

Somut olayda, 04.04.2016 tarihli dosya hesabında tespit edilen borç miktarının 50.090,03 TL olduğu, icra dairesine teminat olarak yatırılan miktarın 43.557,74 TL olduğu dolayısıyla dosya alacağının tüm ferileriyle karşılanmadığı görülmekte olup mahkemece bu bakımdan hacizlerin kaldırılması yönündeki talebin reddi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerekli kılmıştır.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 13/05/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

MAAŞ HACZİ • BORÇLUNUN ŞİKAYETİ

ÖZET: Maaş haczi nedeniyle her ay kesinti yapıldığından, borçlunun şikayetinin son ayın maaş haczini kapsadığı kabul edilmelidir.

Y. 12. HD. E:2018/6682 K:2019/5934 T:09.04.2019

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hâkimi

... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklılar tarafından borçlu hakkında ilamlı takip yapıldığı, borçlunun icra mahkemesine yaptığı başvuruda;iki ayrı takip dosyasından maaşına haciz konulduğunu, hacizlerin sıraya konularak nafaka alacağına ilişkin olan takip dosyasından yapılan kesinti bitinceye kadar diğer takip dosyasından yapılanmaaş kesintisinin durdurulması talebinin icra müdürlüğünce reddi kararının kaldırılmasını talep ettiği, mahkemece, İİK'nun 16/1 maddesi uyarınca şikayet süresinin 7 gün olduğundan bahisle süresinde yapılmayan şikayetin reddine karar verildiği görülmektedir.

İcra memuru işleminin yasaya veya olaya uygun bulunmaması nedeniyle icra mahkemesine başvurularak şikayet yolu ile kaldırılmasının istenmesi, İİK'nun 16/1. maddesi gereğince şikayete konu işlemin öğrenildiği günden itibaren kural olarak 7 günlük süreye tâbidir. Bu kuralın iki önemli istisnası vardır:

1-İİK'nun 16/2. maddesi gereğince bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikayet yoluna başvurulabilir. Bu hükmün amacı, ilgilileri icra memurunun bir hakkı yerine getirmekten kaçınmasına karşı korumaktır.

2-Kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı da süresiz şikayet yoluna gidilebilir. Anılan ilke doktrinde benimsenmiş ve Yargıtay uygulamalarında da kabul edilmiştir.

Somut olayda, borçlu aleyhine başlatılan ... İcra Müdürlüğü'nün 2011/333 E. sayılı ilamlı icra takip dosyasından alacağın tahsili için borçlunun maaşından 1/4 oranında kesinti yapıldığı, aynı zamanda ... İcra Müdürlüğü'nün 2015/3284 E. sayılı ilamlı icra takip dosyasından da 836,40 TL aylık nafaka alacağının tahsili için kesinti yapıldığı, şikayete konu, icra müdürlüğünün 12/01/2016 tarihli kararında "... borçlunun maaş ve ücreti üzerinde daha önce konulmuş haciz bulunsa dahi mahkemece hükmolunan ve işlemekte olan nafaka alacağı için borçlunun maaş ve ücreti üzerinde 1. sırada haciz işlemi yapılması ve kalan maaş ve ücretin 1/4'inden az olmamak üzere tespit edilecek miktarının da daha önce haciz koyduran alacaklıya ödenmesi gerekmektedir....cari aylık nafakanın borçlunun maaşından her ay tamamen kesildikten sonra geri kalan kısmından maaşın 1/4'inden az olmamak üzere alacaklı ...'un alacağından dolayı da haczi mümkündür..." denilerek talebin reddedildiği,borçlunun şikayet dilekçesinde söz konusu icra müdürlüğü kararının kendisine tebliğ edil-

mediğini, karardan 21/01/2016 tarihinde haberdar olduğunu beyan ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; maaş haczi nedeniyle kesinti her ay yapıldığından, son maaş kesintisi gözetilerek yeniden şikayet hakkının doğacağı tabiidir. Bir başka anlatımla kesinti, her ay tekrarlandığı için sadece son maaşkesintisi gözetilerek, borçlunun yeniden şikayet hakkının doğduğunun kabulü gerekir.

O halde mahkemece, şikayetin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09/04/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KURUMUN RUCÜ ALACAĞI • MAAŞ HACZİ

ÖZET: SGK'nın rücu alacağı sebebiyle yaptığı ilamlı icra takibinde borçlunun maaşı haczedilemez.

Y. 12. E:2018/5466 K:2019/1980 T:13.02.2019

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlu tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Alacaklı kurumun, borçlu aleyhine başlattığı rücuen tazminat alacağı konulu ilama dayalı takipte, borçlunun; takibin kesinleşmesi sonrası yaşlılık aylığı üzerine konulan haczin 5510 sayılı Yasanın 88. maddesi gereği kaldırılması istemi ile yaptığı başvurunun reddine yönelik olarak verilen 04.05.2016 tarihli icra müdürlüğü kararının iptali ile yaşlılık aylığına konulan haczin kaldırılması ve yapılan kesintilerin iadesi istemiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece; şikayet konusu alacağın 5510

sayılı Kanun'un 88. maddesine dayandığı, bu alacağın aynı Yasanın 93. maddesinde düzenlenmesi gereği ..... maaş haczi istisnalarından olduğu, işbu nedenle şikayete konu kararın doğru olduğu gerekçesiyle şikayetin reddine hükmolunduğu görülmektedir.

5510 Sayılı Yasanın 93. maddesine göre ; "Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir."

Somut olayda, alacaklı kurum tarafından rücuen tazminat ilamına dayalı olarak ilamlı takip yapıldığı, dolayısıyla takibe konu alacağın 5510 Sayılı Yasanın 88.maddesi kapsamında olmadığı anlaşılmakla yukarıda açıklanan yasa hükmü gereği borçlunun yaşlılık aylığı üzerine haciz konulması mümkün değildir.

O halde, mahkemece, şikayetin kabul edilerek borçlunun ..... almakta olduğu yaşlılık aylığı üzerine konulanhaczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 13/02/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

MAAŞ HACZİ • HACZİN KALDIRILMASI • YENİ HACİZ • BORÇLUNUN RIZASI

ÖZET: Alacaklının maaş haczinin durdurulması talebinin haczin kaldırılması istemi olduğu kabul edilmelidir.

Maaş haczi kaldırıldıktan sonra tekrar maaş haczi uygulanabilmesi için muvafakatının bulunması gerekir.

Y. 12 E: 2017/8288 K:2018/11669 T:19.11.2018

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

26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanuna paralel olarak, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümlerinde değişiklik yaparak istinaf ve temyiz ile ilgili hükümleri yeniden düzenleyen 18.3.2005 tarih ve 5311 sayılı Kanun ile İcra İflas Kanunu'na eklenen geçici 7. maddeye göre, 5311 sayılı Kanun hükümleri Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başladığı 20.07.2016 tarihinden sonra verilen kararlar hakkında uygulanır.

Borçlu, icra mahkemesine başvurusunda; daha önce verilen muvafakat nedeniyle emekli maaşından kesinti yapıldığı, alacaklı vekilinin talebi doğrultusunda 12/01/2017 tarihinde maaşı üzerindeki haczindurdurulduğu, akabinde temlik alacaklısı tarafından 17/03/2017 tarihinde tekrar haciz konulmasının istenildiği ve 20/03/2017 tarihinde tekrar haciz uygulandığı, 20/03/2017 tarihinde uygulanan hacizden önce muvafakatinin bulunmadığını ileri sürerek emekli maaşı üzerine konulan haczin kaldırılmasını talep ettiği, mahkemece; haczedilmezlik şikayetinin reddine karar verildiği, şikayetçi-borçlu tarafından ilk derece mahkemesi kararına karşı istinaf yoluna başvurulması üzerine, ... Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesinin 12.07.2017 tarihli ve 2017/1105 E. - 2017/1175 K.

sayılı kararıyla, HMK'nin 353/1-b-1 maddesi gereğince istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği görülmektedir.

5510 Sayılı Yasa'nın 93. maddesinde; "Bu kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının Genel Sağlık Sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler 88. maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez" hükmü yer almaktadır.

Öte yandan, 5510 Sayılı Yasa'nın 93. maddesinde değişiklik getiren ve 28.2.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5838 Sayılı Yasa'nın 32/2-b maddesine göre; "Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir".

Bu düzenleme, İİK'nun 83/a maddesine göre özel nitelikte olduğundan, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenen gelir, aylık ve ödeneklerin haczinde, takibin kesinleşmiş olması şartıyla 28.2.2009 tarihi sonrasında borçlunun haciz tarihinden önce hacze muvafakati geçerlidir. Bir diğer anlatımla, 5838 Sayılı Yasa'nın 32/2-b maddesi ile yapılan düzenleme usule değil esasa ilişkin olup, İİK'nun 83/a maddesi karşısında özel hüküm sayılır ve öncelikle tatbik edilir.

Somut olayda, borçlunun takibin kesinleşmesinden sonra icra müdürlüğüne 03/01/2014 tarihinde vermiş olduğu dilekçesi ile maaşından kesinti yapılmasını muvafakat ettiği, borçlunun bu beyanı esas alınarak icra müdürlüğü tarafından borçlunun emekli maaşından kesinti yapılmaya başlandığı, ancak alacaklının haczindurdurulmasına ilişkin 12/01/2017 tarihli talebi üzerine, talep gibi işlem yapılmasına karar verildiği, daha sonrasında alacaklı tarafından borçlunun almakta olduğu emekli maaşına daha önce verilen muvafakat doğrultusunda haciz konulması için 17/03/2017 tarihinde icra müdürlüğüne talepte bulunduğu, 20/03/2017 tarihinde de icra müdürlüğünce iş bu talebin kabulüne karar verilerek, UYAP sistemi üzerinden haczin SGK kayıtlarına işlendiği görülmüştür.

Maaş üzerindeki haczin durdurulması talebinin haczin kaldırılması anlamına geleceği, hukukumuzda maaşüzerindeki haczin durdurulması şeklinde hukuki bir terimin mevcut olmadığı bu sebeple alacaklı vekilinin 12/01/2017 tarihli talebinde yer alan emekli maaşı üzerindeki haczin durdurulması talebi ile haczinkaldırılmasının talep edildiğinin kabulü gerekir.

Diğer taraftan, borçlunun emekli maaşına konulan her haciz, kendi özgün koşulları içinde ve ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Konulan her haczin, öncekinden farklı olarak ayrıca bir şikayet hakkı doğuracağı ise tartışmasızdır. Dolayısıyla 03/01/2014 tarihinde borçlu tarafından verilen muvafakate dayanılarak yapılan haciz işlemi alacaklının talebiyle 12/01/2017 tarihinde kaldırıldığına (durdurulduğuna) göre, yeniden haciz konulabilmesi için borçlu tarafından yeniden muvafakat verilmesi gerekir. Aksi halde muvafakatin takip sonuna kadar devam edeceği gibi bir sonuç ortaya çıkar.

Bu durumda; haczi talep edilen mal veya hakkın haczinin caiz olup olmadığını değerlendirerek İİK'nun 82/son madde hükmüne göre talebin kabulü veya reddine karar vermek durumunda olan icra müdürünün, 17/03/2017 günü yapılan son haciz talep tarihi itibarı ile borçlunun emekli maaşının haczine ilişkin muvafakatinin bulunmadığını nazara alarak emekli maaşının haczi talebini reddetmesi gerekmekteydi.

O halde, ilk derece mahkemesince, şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nin 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nin 373/1. maddesi uyarınca, ... Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesinin 12.07.2017 tarihli ve 2017/1105 E. - 2017/1175 K. sayılı kararının **(KALDIRILMASINA),** ... 2. İcra Hukuk Mahkemesinin 13.04.2017 tarihli ve 2017/238 E. - 2017/299 K. sayılı kararının **(BOZULMASINA),** dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, 19/11/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BELEDİYE PARALARININ HACZİ

ÖZET: Haczedilen paranın vergi, resim, harç geliri olduğunu ya da fiilen kamu hizmetine tahsis edildiğini borçlu belediye ispatlamakla yükümlüdür.

Haczedilen paralar banka hesabında ise bu paraların niteliği tespit edilmelidir.

Haczi kabil paralar ile kabil olmayan paraları karıştırırak banka hesabı oluşturan belediyenin iddiasını ispat imkanını kendisinin kaldırdığı kabul edilmelidir.

Bu konuda bilirkişi incelemesi yapılarak söz konusu paraların niteliği belirlenmelidir.

Y. 12. HD.2018/4958 K:2019/360 T:16.01.2019

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklılar tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü :

Borçlu vekili, alacaklı tarafından, müvekkili Belediye aleyhine, ...İcra Müdürlüğü'nün 2014/8681 Esas sayılı dosyası ile icra takibi yapıldığını ve takibin kesinleştiğini, icra dosyasından müvekkili Belediye adına kayıtlı ... Bankası Mevlana Şubesi 743-6297985 no'lu maaş hesabına haciz konulduğunu, 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrası uyarınca, haczin usulsuz olduğunu ileri sürerek, hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrası uyarınca, haczin usulsuz olduğu gerekçesiyle şikayetin kabulüne karar verilmiş hüküm alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinde "Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez." hükmü yer almaktadır. Bu maddeye göre belediyenin haczedilmezlik şikayetinin kabul edilebilmesi için mahcuzların kamu hizmetinde fiilen kullanılması zorunludur.

Ayrıca, 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7.maddesinde; bu Kanunda, belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda verilmesi öngörülen payların vergi hükmünde olduğu düzenlenmiştir.

İcra ve İflas Kanunu ve takip hukuku ilkelerine göre asıl olanın 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.

Ayrıca, bir üst norm olan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 90/4. maddesi ile de; usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve uyuşmazlıklarda gözetilmesi gerektiği kuralına yer verilmiştir.

Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinde; "…Her gerçek ve tüzel kişi, maliki olduğu şeyleri barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve Uluslararası Hukukun genel ilkeleri ile hukukun aradığı koşullara uyulmadıkça, bir kimse mülkiyetinden yoksun bırakılamaz…" denilmektedir.

Ek protokol'ün mülkiyet hakkı ile ilgili 1. maddesi, Türkiye Büyük ... Meclisince onanmış ve onaylayan yasada; "…Her hakiki veya hükmi şahıs malların masuniyetine (dokunulmazlığına) riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak amme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dahilinde mülkiyetinden mahrum edilebilir…" ilkelerine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Ocak 2007 tarih 31277/03 sayılı, ... - Türkiye Davası hakkındaki kararında davacının lehine alınan yargı kararının altı yıldır uygulanmamasını, bir diğer anlatımla ilama konu borcun borçlu belediyece ödenmemesi nedeniyle, AİHM'nin AİHS'nin 6 § 1. ve Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna vararak tazminata hükmetmiştir.

Yine 17 Ocak 2006 tarih 13062/03 sayılı, Kranta - Türkiye Davası ve 18 EKİM 2005 tarih, 74405/01 sayılı Tütüncü ve Diğerleri - Türkiye Davası hakkındaki kararında da aynı sonuca varmıştır.

Bütün bu açıklamalar ışığında, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15/son maddesinin dar yorumlanması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Maddede açıkça haczedilmezlik için vergi, resim, harç geliri olma ya da "fiilen kamu hizmetinde kullanılma" koşullarının kabul edilmesi karşısında, belediyeye ait bir paranın haczedilmezliği ancak fiili durumunun tespiti

ile belirlenmelidir. Bu konuda ispat yükü ise borçluya düşmektedir. Bir diğer anlatımla, haczedilen paraların vergi, resim, harç geliri olduğunu ya da fiilen kamu hizmetinde kullanıldığını borçlu belediye ispatlamalıdır. Aksi halde şikayetin reddi gerekecektir.

Haczedilmezlik şikayetine konu edilenin banka hesabı olması durumunda ise hesaptaki paraların niteliği belirlenmelidir. Tamamının haczi kabil olmayan paralardan oluşması halinde haczinin kabil olmayacağı tartışmasızdır. Ancak hesapta haczi kabil paraların da bulunması, bir diğer ifade ile haczi mümkün olmayan paralarla haczi kabil paraların aynı hesaba yatırılarak karıştırılması durumunda, havuz hesabı söz konusu olacaktır. Hesabın sürekli işlem görüyor olması ve sürekli yatan ve çekilen paraların bulunması karşısında kalan bakiyenin vergi, resim ve harç gelirinden mi yoksa haczi kabil paralardan mı oluştuğunun belirlenmesine imkan yoktur. Bu şekilde haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlu belediyenin iddiasını ispat imkanını kendisinin kaldırdığı sonucuna varılmalıdır. Borçlu belediyenin haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paralarını ayrı hesaplarda tutması yerine havuz hesabı oluşturmasının da iyi niyetle bağdaşmayacağı tartışmasızdır.

Böyle bir davranış ...'nin ...'nin 6 § 1. ve Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracağı gibi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla, hukukça korunamayacağı muhakkaktır. Buna göre borçlu belediyenin, hesaptaki paraların haczedilmezliğini ispatlayamadığının kabulü gerekecektir.

Öte yandan borçlu belediyece haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraların aynı hesapta toplanması ve birbirine karıştırılması, haczedilmezlik hakkından feragat olarak kabul edilmelidir.

Bu durumda; haciz yazısında belirtilen ... Bankası hesap numarasına uygun hesap ekstreleri getirtilerek, hesaplara haciz tarihinden altı ay öncesine kadar yatan paraların mahiyeti ve kaynağı belirlenerek, alanında uzman bilirkişi marifeti ile şikayet nedenleri kapsamında değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi yerine, eksik inceleme ile hüküm tesisi isabetsiz olmuştur.

SONUÇ

Alacaklıların temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366. ve HUMK'nin 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16/01/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

AVUKATIN KUSURU • OLUŞAN ZARAR • İLLİYET BAĞI

Yargıtay'ın onama ilamına karşı süresinde karar düzeltme yoluna başvurmayan avukatın "özen görevini yerine getirmediği", bu şekilde vekalet görevini ifada kusurlu olduğu bellidir.

Ancak, bu noktada avukatın tazminat ödeme sorumluluğunun doğması için; avukatın ihmalinden dolayı bir zararın oluşması ve bu zarar ile avukatın ihmali arasında illiyet bağının bulunması gerekir.

Y. 13. HD. E:2014/8014 K:2014/29496 T:29.09.2017.

Davacı, muris muvazası nedeni ile tapu iptal ve tescil davası açmak için davalı avukat G.. Y..'i vekil tayin ettiğini, Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davanın aleyhine sonuçlandığını, davalı avukatın kararı murafaalı olarak temyiz ettiğini, duruşma gününün 1. Hukuk Dairesi tarafından tebliğe çıkarılmasına rağmen davalı avukatın duruşmaya katılmadığını ve kararın onandığını, onama ilamının davalının adresine tebliğ edilmesine rağmen davalının tebliğ tarihinden 28 gün sonra karar düzeltme yoluna başvurması üzerine yüksek mahkemenin karar düzeltmne talebini süreden reddettiğini, davalı avukatın mesleğin gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi nedeni ile yasal miras hakkından mahrum kaldığını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 500,00 TL maddi, 500,00 TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline kararverilmesini istemiştir.

Davalı G.. Y.., Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davanın reddedilmesi üzerine davacının, bundan sonraki aşamaların avukat ..tarafından yürütüleceğini beyan ettiğini ve bu amaçla bu avukata 30.05.2011 tarihli vekaletnameyi verdiğini, Av. ..tarafından hazırlanan temyiz dilekçesi ve davacı tarafından verilen vekaletnamenin faks yoluyla kendisine gönderildiğini, Yargıtaydaki duruşma gününün tebliğ edilmediğini, davacının başka bir avukata vekalet vermesine rağmen onama kararını öğrendiği tarihte karar düzeltme yoluna başvurduğunu, davacının vekalet ücreti, tem-

yiz ücreti, duruşmaya katılma ücreti ve karar düzeltme ücretini ödemeyip başka bir avukata vekalet verdiğini savunarak davanın reddini dilemiştir.

Davalı S.. K.., Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davanın reddedilmesi üzerine davacının, bundan sonraki aşamaların avukat .. tarafından yürütüleceğini beyan ettiğini ve bu amaçla bu avukata 30.05.2011 tarihli vekaletnameyi verdiğini, Av... tarafından hazırlanan temyiz dilekçesi ve davacı tarafından verilen vekaletnamenin faks yoluyla kendisine gönderildiğini, Yargıtaydaki duruşma gününün ve onama ilamının tebliğ edilmediğini, tarafına verilmiş bir vekaletname olmadığını, yetki belgesine istinaden bazı duruşmalara katıldığını, kendisine husumet yöneltilemeyeceğini savunarak husumet yokluğundan ve esastan da davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, onama ilamının tebliğinden sonra süresinde karar düzeltme yoluna başvurulmadığı ve süre nedeniyle karar düzeltme başvurusunun reddedildiği anlaşılmakta ise de, redde ilişkin ilamın onanması ve karar düzeltme talebinin reddedilmesinde davalı vekillerin tutum ve davranışlarının etkili olmadığı, yargılamaya katılsalar da onama gerekçesine göre kararın onanacağı, davacının bu yüzden bir zarara uğradığının ispat edilemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, avukat olan davalıların, özen ve sadakat borcuna aykırı davranmak suretiyle müvekkilini zarara uğrattıkları iddiasıyla açılan tazminat istemine ilişkin olup, Borçlar Kanununun 380. ve devamı maddelerine göre vekil, müvekkiline karşı vekaleti "sadakat ve özenle" ifa etmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcunun gereği olarak, mesleki bilgi ve deneyimleri ile hayat deneyimlerine ve işlerin normal oluşuna göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınıp, basiretli olarak hareket etmesi gereklidir. Vekil, amaçlanan sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için gerekli olan çalışmaların özenle yerine getirilmemesinden sorumludur. Bir avukatın yasa ile öngörülen süre içinde yapılması gereken işleri yapmaması, süresinde dava açmaması, müvekkili aleyhine verilen kararı temyiz etmemesi, karar düzeltme yoluna başvurmaması özen borcunun gereği gibi ifa edilmediğini ve kusurlu olduğunu gösterir. Hemen belirtmek gerekir ki, tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli olmayıp, eylem sonucunda bir zararın da doğmuş olması ve zararla eylem arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakılacak olursa; davacı tarafından verilen 21.06.2002 tarihli vekaletname ile davalı avukatların Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait 2007/164 Esas sayılı dosyasını takip ettiği uyuşmazlık konusu değildir. Tüm dosya kapsamı ve eklerinden, 03.05.2011 tarihinde davanın reddine karar verildiği, davacının 31.05.2011 tarihli avukat H.. E..'yi vekil tayin ettiğine dair vekaletnameyi sunduğu, 31.05.2011 tarihinde davalı avukatlar ve sonradan vekil tayin edilen vekilin de isminin bulunduğu temyiz dilekçesinin davalı S.. K.. tarafından imzalanarak dosyaya sunulduğu, 1. Hukuk Dairesinin duruşma gününü bildirir tebligatın, temyiz dilekçesinde davalı vekillerin bildirilen adresine tebliğ edilemediği, ancak Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin onama ilamı ve karar düzeltme isteğinin reddine dair verilen kararının davalı avukatlara aynı adrese(temyiz dilekçesinde bildirilen adresten farklı) usulüne uygun olarak tebliğ edildiği, onama ilamının 09.01.2012 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine davalı avukat G.. Y..'in 08.02.2012 tarihinde karar düzeltme dilekçesini sunduğu, 1. Hukuk Dairesinin 14.05.2012 tarihli kararı ile karar düzeltme isteğinin süre yönünden reddine karar verilerek hükmün kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, davalı avukatlar tarafından davacıya vekaleten takip edilen Kadıköy 4. Asliye Hukuk mahkemesinin 2007/164 Esas sayılı dava dosyasında davalı avukatların onama ilmına karşı süresinde karar düzeltme yoluna başvurmadığından "özen görevini yerine getirmediği", az yukarıda belirtilen kesinleşmiş mahkeme kararı ile sabit olduğundan, olayda davalı avukatların vekaleti ifada kusurlu davrandıklarının kabulü gerekir. Ne var ki bu noktada davalıların sorumluluğuna gidebilmek için, davalıların eylemi nedeniyle davacının bir zarara uğrayıp uğramağının, eylemle zarar arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının da belirlenmesi gereklidir. O halde mahkemece, söz konusu Asliye Hukuk Mahkemesine ait dava dosyasında davalı avukatların, süresinde karar düzeltme yoluna gitmeleri halinde sonucun değişip değişmeyeceği, başka bir deyişle davacı yararına bir sonuç alınıp alınamayacağı konusunda, gerektiğinde uzman bilirkişi kurulundan rapor alınmak suretiyle, inceleme ve değerlendirme yapılıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, açıklanan husus göz ardı edilerek, eksik inceleme ile hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarda açıklanan nedenlerle, temyiz edilen hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun

440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.09.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATIN İHMALİ • İLLİYET BAĞI • EKSİK HARÇ YATIRILMASI

ÖZET: Avukatın ihmali müvekkili ile davacının uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı saptanarak zarar tespiti yapılmalıdır.

Dava harcının eksik yatırıldığının tespiti halinde müteakip celseye kadar noksan miktar üzerinden davaya devam edilir. Eksik olan harç yatırılmadıkça davaya devam olunmaz.

Y. 13 HD. E: 2015/13670 K:2017/4585 T: 17.04.2017

Davacı şirket, davalı avukatın aleyhlerine açılan rücuen tazminat davasında davalı vekili olarak kendilerini temsil ettiğini, dava aleyhlerine sonuçlanmasına karşın kararı süresinde temyiz etmeyerek hak kaybına neden olduğunu ileri sürerek, kesinleşen dosya nedeni ile ödemek zorunda kaldıkları 41.271,00 TL nin ödeme tarihlerinden işletilecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, karar duruşmasından önce davacının muvafakat almaksızın yeni vekil tayin etmekle zımnen kendisini azlettiğini, yeni vekilin karardan haberdar olduğunu, kaldı ki hüküm temyiz edilseydi de sonucun lehlerine değişip değişmeyeceğinin belli olmadığını savunarak, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, yalnızca kararın temyiz edilmeyerek davalı şirketin aleyhine verilen hükmün kesinleşmesinin davalı avukatın özen sorumluluğunun doğmasında yeterli olacağı gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile 39.638,76 TL nin ödeme tarihlerinden işletilecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Dava, vekilin özen sorumluluğunu yerine getirmemesi neticesinde doğan zararın tazmini istemine ilişkindir. Davacı, aleyhlerine açılan rücuen tazminat davasında kendilerini temsil eden davalının, dava aleyhlerine

sonuçlanmasına karşın kararı süresinde temyiz etmeyerek hak kaybına neden olduğunu beyan ederek doğan zararının tazminini istemiş, davalı ise, karar duruşmasından önce davacının muvafakat almaksızın yeni vekil tayin etmekle zımnen kendisini azlettiğini, yeni vekilin karardan haberdar olduğunu, kaldı ki hüküm temyiz edilseydi de sonucun lehlerine değişip değişmeyeceğinin belli olmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında hukuken geçerli bir vekalet ilişkisinin kurulmuş olduğu, usulüne uygun azil veya istifanın yer almadığı, yeni vekilin görevlendirilmesinin usule uygun istifa olmadıkça davalı avukatın görevini sonlandırmayacağı hususu çekişmesizdir. Bu noktada davalının kararın temyizi hususundaki özen yükümlülüğü devam etmektedir. Ne var ki, öncelikle davalı avukatın ihmali ile müvekkili davacının uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Öyleyse mahkemece, karar temyiz edilseydi kararın davacı lehine bozulup bozulmayacağı ve neticeden yargılamanın davacı lehine sonuçlanıp sonuçlanmayacağının gerektiğinde bilirkişi deliline başvurularak tespit edilmesi gerekmektedir. Temyiz ile davacı lehine doğabilecek sonuç var ise, zarar tespit edilip hüküm kurulmalıdır. Aksi halde kesinleşen karardan davalı avukatın sorumluluğuna gidilemez. Bu hususlar gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

2-Davalı avukat, vekalet ücretinin tahsili istemi ile süresinde karşı dava açmış fakat dava harcı yatırmamıştır. Mahkemece ön inceleme duruşmasında davalı karşı davacıya harcın yatırılması hususunda iki hafta süre verilmiştir. Bu ara kararda her hangi bir kesin süre veya ihtarat yer almamıştır. Yargılama boyunca harç yatırılmamış, başkaca ara karar tesis edilmemiş, karşı dava işlemden kaldırılmaksızın mahkemece dava harcı yatırılmadığından davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Harçlar Kanunun 16. maddesine göre noksan tespit edilen harçlar hakkında aynı Yasa'nın 30. maddesi uygulanır. Madde lafsı "...Muhakeme sırasında tesbit olunan değerin, dava dilekçesinde bildirilen değerden fazla olduğu anlaşılırsa, yalnız o celse için muhakemeye devam olunur, takip eden celseye kadar noksan değer üzerinden peşin karar ve ilam harcı tamamlanmadıkça davaya devam olunmaz. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 409 uncu maddesinde gösterilen süre içinde dosyanın muameleye konulması, noksan olan harcın ödenmesine bağlıdır..."hükmünü ifade etmektedir. Öyleyse mahkemece Harçlar Kanunu'nun anılı hükümleri irdelenerek hüküm tesisi gerekirken, doğrudan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma sebebidir.

3-14.7.2004 günlü ve 5219 sayılı yasa ile HUMK'nun 427/2 maddesindeki temyiz ile ilgili parasal sınır 1.000.000.000 TL, 5236 sayılı yasanın 19. maddesi uyarınca 1.1.2014 tarihinden itibaren 1890,00 TL'ye çıkarılmıştır. Anılan yasada derdest davalar yönünden ne şekilde uygulanacağı yönünde açık bir uygulama hükmü bulunmamakta ise de Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.2.2005 gün ve esas 2005/13-32, karar 2005/85 sayılı kararı uyarınca yerel mahkemelerce kurulan hükümlerin temyizinin ve temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay daireleri ya da Hukuk Genel Kurulunca verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesi durumunda temyiz ya da karar düzeltme istemi hangi karara yönelik ise, o karar tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükmünün esas alınacağı belirtilmiştir. Davacı tarafından aleyhine reddedilen kısım 1632,24 TL olup temyiz edilen bölüm karar tarihi itibariyle 1890,00 TL'yi geçmediğinden HUMK.nun 5219 sayılı yasa ile değiştirilen 427.maddesinin 2.fıkrası gereğince davacının temyiz hakkı bulunmamaktadır. O nedenle miktar itibariyle kesin olan karara ilişkin temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmiştir

SONUÇ

Yukarıda birinci ve ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA,** üçüncü bent gereğince davacının temyiz dilekçesinin reddine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 17/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ • NEDENSELLİK BAĞI

ÖZET: Vekil özen yükümlülüğüne riayet ederek elindeki işi takip etmek zorundadır.

Davalı avukatın davacı tarafından masraf yatırılmadığını yasal delillerle ispatlanması gerekir.

Davalı avukat haczin düşmesine, takibin iptaline ve kambiyo senedinin zamanaşımına uğramasına sebebiyet vererek özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

Bu noktada alacağın tahsili imkanının olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre tazminat sorumluluğu belirlenmelidir.

Y. 13 HD. E:2015/20114 K:2017/8258 T:18.09.2017

Davacı, davalı avukata, alacaklısı olduğu 18.000,00 TL tutarındaki bonoyu icra yolu ile tahsil etmesi amacıyla gerekli masraflar ile birlikte vekaletname verdiğini, davalı tarafından ... İcra Müdürlüğü'nün 2007/1907 E. sayılı dosyası ile 24/09/2007 tarihinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip başlatıldığını, takibin kesinleştiğini ve dosyada işlemler yapıldığını, ancak takip dosyasında 25/10/2007 tarihinden sonra 4 yıla yakın bir süre hiçbir işlem yapılmadığını, dosyanın düşmesi nedeniyle 4 yıla yakın süre geçtikten sona yenileme talep edildiğini, bu sefer dosya borçluları tarafından ... İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2011/126 E. sayılı dosyası ile icranın geri bırakılması için davası açıldığını ve mahkemece bono için geçerli olan 3 yıllık zamanaşımı dolduğundan bahisle icranın geri bırakılması kararı verildiğini, verilen bu kararında davalı tarafından temyiz edilmeden kesinleştiğini ve bu nedenle zarara uğradığını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 18.000,00 TL maddi tazminatın işlemiş yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddine karar verilmesini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı ile davalı arasındaki ilişki vekalet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Vekil, özen yükümlülüğüne riayet ederek elindeki işi takip etmek zorundadır. Davalı avukatın, davacı tarafından masrafın yatırılma-

dığını yasal delillerle ispat etmesi gerekir. Bu hususta dosyada yazılı bir delil bulunmamaktadır. Davalı avukat, haczin düşmesine, takibin iptaline ve kambiyo senedinin zamanaşımına uğramasına sebebiyet vererek özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Hal böyle olunca, mahkemece davacının bu alacağının tahsil imkanının kalıp kalmadığı, bunun sonucunda da zararının oluşup oluşmadığı hususunda gerektiğinde uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerekirken eksik inceleme nedeniyle yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 18/09/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATIN ÖZEN VE SADAKAT BORCU
•
TAZMİNAT • İLLİYET BAĞI

ÖZET: Davalı avukatın eski müvekkili davacı adına açtığı davayı takip etmeyerek davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet vermek suretiyle özen ve sadakat borcuna aykırı davrandığı bellidir.

Bu noktada davalı avukatın ihmali ile müvekkilin uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağı olup olmadığı saptandıktan sonra tazminat ödeme sorumluluğu değerlendirilmelidir.

Y. 13. HD. E:2015/39878 K:2017/10454 T: 31.10.2017

Davacı, alacağını tahsil etmek için davalı avukata vekalet verdiğini, ancak davalıya gönderilen yargılama giderinin dosyaya yatırılmadığını, duruşmaları takip etmediğini, davanın takipsiz bırakılarak açılmamış sayılmasına neden olduğunu, bu davanın işçi alacaklarının ödenmesine ilişkin bir dava olması nedeniyle 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğunu, süre geçtiği için tekrar dava açamadığını, maddi zarara uğradığını ileri sürerek, mahrum kaldığı işçi alacağı için 10.116,00 TL yargılama gideri olarak ödemiş olduğu 500,00 TL, karşı taraf vekalet ücreti 1.213,00 TL,

işbu davayı açmak icin avukatlık ücreti olarak 3.000,00 TL, işbu dava için çıkarılan vekaletname gideri olarak 65,00 TL, manevi zarar olarak 2.000,00 TL'nin davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği tarihten itibaren en yüksek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, davacının peşin göndermesi gereken 1.000,00 TL.'den 500,00 TL.'sini gönderdiğini, dava masraflarını yollamadığını, telefonlarına cevap vermediğini, daha sonraki zamanlarda da yargılama gideri ve kalan vekalet ücretini yatırması için davacıyı aradığını ancak ulaşamadığını, aralarındaki irtibatın koptuğunu, davanın zarar görmemesi için ikinci celse mazeret bildirdiğini, sonraki celse başka bir avukata yetki belgesi verdiğini, davanın bir sonraki celse müracaata bırakıldığını, aradan bir yılı aşkın süre geçtikten sonra davacının kendisini aradığını, cezaevinde olduğu için irtibata geçemediğini bildirdiğini, bir kusuru bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile, 11.847,4 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davacının fazlaya yönelik talebi ile manevi tazminat talebinin reddine, karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava, vekilin görevini yerine getirmemesi neticesinde doğan zararın tazmini talebine ilişkindir. Davacı, davalının açtığı davayı takipsiz bırakarak açılmamış sayılmasına neden olduğunu beyan ederek doğan zararının tazminini istemiş, davalı ise; masraf ve vekalet ücretlerinin ödenmediğini, halen alacağını talep hakkının olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde davalı yararına 1.213,00 TL vekalet ücreti taktir edildiği, yine bu dosyada 500,00 TL avanstan bahsedildiği, dava dosyasının her ne kadar taşeron işçi alacağı olarak belirtilmiş ise de dosya ekindeki belgelerden davacının taşeron olarak çalıştığı, dolayısıyla aradaki ilişkinin iş akdinden kaynaklanmayıp eser sözleşmesi olduğu, zaman aşımı süresinin bu sebeple beş yıl olduğu, dilekçeye ekli dava dışı L.. imzasını taşıyan belgede davacı hesabının ödenmesi gereken 103.262,00 TL olup ödenen miktarın 93.146,00 TL olup bakiye miktarın ise 10.116,00 TL olduğu, talep olarak 2007 tarihinin yazıldığı, dava tarihi itibariyle beş yıllık zaman aşımı süresinin dolduğu, davalının bu davada zaman aşımına uğrayan dava dışı kişinin imzası ile belirtmiş olduğu 10.116,00 TL'den sorumlu olduğu, aynı şekilde ödenmiş olan 500,00 TL avans ile davanın açılmamış sayılmasına şeklindeki dava dosyasındaki 1.231,40 TL den sorumlu olduğu, toplam sorumluluk miktarının 11.847,4 TL olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasında hukuken geçerli

bir vekalet ilişkisinin kurulmuş olduğu, davalının alacağın tahsiline yönelik olarak açtığı davayı ise takip etmeyerek davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet vermek suretiyle, özen ve sadakat borcuna aykırı davrandığı hususu çekişmesizdir. Bu noktada öncelikle davalı avukatın ihmali ile müvekkili davacının uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Öyleyse mahkemece, öncelikle ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/159 esas sayılı dosyası celp edilerek, açılmamış sayılmasına karar verilen davada davacı, dava açma süresi dolmadan vekilden bağımsız olarak dava açsaydı davacının bu davayı kazanma şansının bulunup bulunmadığı gerektiğinde bilirkişi deliline başvurularak tespit edilmeli, bu tespit ile tarafların varsa kusur oranları değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır. Bu hususlar gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, davalının diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** 2. bent gereğince davalının diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 31/10/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

BAZ İSTASYONU • ADLİ ve İDARİ YARGI

ÖZET: Davacı baz istasyonunun limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olmasına rağmen zararlı olduğunu iddia ediyorsa, idari yargıda ilgili yönetmenliğin iptali için dava açmalıdır.

Adli yargıda görülecek davalarda ise öncelikle baz istasyonun yönetmelikte belirlenen limit değerlere uygun olup olmadığı ve sağlığa zarar verdiğine ilişkin iddiaların kanıtlanması gerekir.

Y 14. HD. E: 2016/13640 K:2019/4949 T:29.05.2019

Dava, sağlığa zarar verdiği iddiasıyla davalı GSM şirketine ait baz istasyonunun kaldırılması isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin evine bitişik nizamdaki binaya, davalı tarafından kurulan baz istasyonunun müvekkilinin psikolojisini etkilediği ve müvekkilinin sağlığına zarar verdiği gerekçeyle davalıya ait baz istasyonunun kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulü ile davalıya ait baz istasyonunun kaldırılmasına karar verilmiştir.

Hükmü, davalı vekili temyiz etmiştir.

Baz istasyonları, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 37. maddesi gereğince BTK tarafından bu konuyu düzenleyen Yönetmelikteki yer, ölçü ve limit değerlere göre verilen güvenlik sertifikası gereğince kurulan, günümüzde haberleşme ve iletişimin sağlanmasında önemli bir yeri olan, genel olarak alıcı/verici antenleri sayesinde elektromanyetik dalgaları (sinyalleri) alma ve gönderme işlemi yapan sistemlerdir. Konuşmanın az olduğu kırsal alanlarda 35 km'lik, konuşma trafiğinin daha yoğun olduğu şehir merkezlerinde ise 1-2 km'lik bir mesafe içinde hizmet verebilen, çıkış güçleri oldukça düşük olan cihazlardan oluşmaktadır.

Ulaşılan son teknolojik gelişmelere göre, telefonla haberleşme ve iletişimin sağlıklı ve verimli olarak gerçekleştirilebilmesi için baz istasyonlarının bal peteği benzeri hücresel bir yapıda ve her bir peteğin içinde de en az bir baz istasyonu bulunacak şekilde kurulması zorunludur. Her bir istasyon kapasitesi itibariyle belirli sayıda abonenin haberleşmesini sağlayabileceğinden nüfusun yoğun olduğu yerleşim merkezlerinde daha çok sayıda baz istasyonu kurulması gerekmektedir. Şehirlerin dışına çıkartılmaları halinde hücresel yapı bozulacağından haberleşme ve iletişimin sağlanabilmesi için gerek baz istasyonlarından abonelere gerekse abonelerden baz istasyonlarına karşılıklı olarak gereğinden çok yüksek elektromanyetik dalgalar gönderilmek zorunda kalınacak, toplum sağlığı olumsuz yönde etkilenecektir.

Diğer taraftan, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve bu kanun gereğince çıkartılan yönetmelik uyarınca baz istasyonlarının sağlığa zarar vermeyecek şekilde; nerede, nasıl, hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulacağını belirleme ve kurallarını koyma işlemleri, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığının (BTK) görev ve yetkisindedir.

İnsan sağlığına etkileri konusunda başta Dünya Sağlık Örgütü olmak üzere, Uluslararası İyonlaştırmayan Radyasyondan Koruma Komisyonu (ICNIRP), Elektrik Elektronik Mühendisleri Enstitüsü (IEEE) gibi bir çok uluslararası kuruluşun yapmış oldukları çalışmaların neticesinde bir takım sınır değerler belirlenmiştir. BTK tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikte de Türkiye'de geçerli olacak sınır değerleri; İngiltere, Amerika, Kanada, ICNIRP ve Avrupa Birliğinin kabul ettiği değerin yaklaşık ¼ ü olarak kabul edilmiştir.

Sağlığa zarar verdiği iddiası dışında baz istasyonlarının sertifikada belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olarak kurulmadığı, başlangıçta uygun kurulsa dahi sonradan sertifikadaki limit değer ve güvenlik mesafelerine aykırı davranıldığı gerekçesi ile kaldırılmasına ilişkin talep ve itirazların ilgili mevzuat gereğince BTK'ya yapılması gerekmektedir. Bu kurumun uygulamalarına ve kararlarına karşı da idari yargıda dava açılmalıdır. Keza davacı, baz istasyonunun limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olmasına rağmen zararlı olduğunu iddia ediyorsa, idari yargıda idareye karşı yönetmeliğin iptali davası açması gerekir.

Adli yargıda görülecek davalarda ise davanın kabul edilebilmesi için öncelikle baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere uygun bulunmadığı ve sağlığa zarar verdiğine ilişkin iddiaların kanıtlanması gerekir. Bunun için de öncelikle ölçümleri yapacak olan bilirkişilerin nasıl seçilmesi gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

21.04.2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 17.04.2018 tarihli Resmî Gazete'de adı ile birlikte bazı maddelerinde değişiklik yapılan "Elektronik Haberleşme Cihazları Güvenlik Sertifikası Yönetmeliği"nin 12. maddesi gereğince, bu Yönetmelikte yer alan güvenlik mesafelerinin ölçümünün üniversitelerin; elektrik-elektronik, haberleşme, fizik mühendisliği, fizik lisansı veya elektromanyetik dalgalar ile ilgili dersleri alarak teknik bölümlerin birinden veya meslek yüksek okulu ile liselerinin elektrik, elektronik haberleşme teknolojisi (telekomünikasyon, haberleşme, haberleşme teknolojisi, elektronik haberleşme), elektronik teknoloji (elektrik-elektronik, elektrik elektronik teknikerliği, elektronik, endüstriyel elektronik) bölümlerinden mezun olan personel tarafından yapılacağı ve ölçüm işlemleri ölçüm sertifikası almış olan personel tarafından yapılabileceği;

21.06.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan "Elektromanyetik Alan Ölçüm Sertifikası Alınmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ"in 4 ila 10. maddelerinde; sertifika başvurusu yapacakların nitelikleri, kurs süresi ve zamanı, kursun içeriği, kurs ve sınav ücreti, devam zorunluluğu, sınav ve değerlendirme, elektromanyetik alan ölçüm sertifikası verilmesi ve iptali usulü, düzenlenmiştir.

Komşuluk hukukundan kaynaklanan hallerde elatmanın önlenmesi davası açılabilmesi için, kural olarak bir zararın doğmuş olması gerekir. Ancak, istisnaî durumlarda, henüz zarar meydana gelmese dahi, yakın gelecekte zarar doğacağı pek muhtemel veya muhakkak ise bu hak kullanılabilir. Bu nedenle baz istasyonlarının uzun vadede sağlığa zarar vereceği/verebileceği, baz istasyonlarından psikolojik olarak etkilenildiği/etkilenileceği vs. şeklindeki kanıtlanması mümkün olmayan soyut iddialarla açılan davaların dinlenmesi mümkün değildir.

Dairemizin yukarıda belirtilen ilkeleri doğrultusunda dava konusu baz istasyonunun bahsi geçen Yönetmelikte belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun olup olmadığı, davacının sağlığına zarar verip vermediği konusunda tarafların göstermiş oldukları deliller toplanıp, Yönetmelik ve Tebliğname hükümleri dikkate alınarak belirlenecek uzman bilirkişiler marifetiyle keşif yapılarak alınacak bilirkişi raporları ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Somut olaya gelince; mahkemece keşif yapılmış, sertifika sahibi ölçüm bilirkişileri gerekli ölçümleri gerçekleştirmişler ve ilgili bilirkişilerce hazırlanan 25.12.2015 havale tarihli raporda, davaya konu anten çevresinden alınan bütün ölçümlerin yönetmelik ile belirlenen üst sınır değer limitlerinin altında olduğu belirtilmiş, buna karşın davacının yanı başın-

daki verici istasyonuna katlanmasının davacıdan beklenmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle baz istasyonunun kal'ine karar verildiği görülmüştür. Ölçüm sertifikasına sahip bilirkişilerce hazırlanan 25.12.2015 havale tarihli raporda yapılan ölçümlerin yönetmelikte belirlenen üst sınır limitlere uygunluğunun tartışılmasına rağmen, yine yönetmelikte aranan güvenlik mesafesine uygunluk kriterinin tartışılmadığı anlaşılmıştır. Yönetmelikçe aranan bu iki şart kümülatiftir. O halde; mahkemece, mahallinde yeniden keşif yapılarak davalı GSM şirketine ait baz istasyonunun yönetmelikte belirlenen limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olup olmadığı, davacının evinin baz istasyonuyla güvenlik mesafelerinde kalıp kalmadığı hususlarında ilgili yönetmelik ve tebliğnamede belirlenen ölçüm sertifikası almış uzman bilirkişilerden rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Mahkemece değinilen hususlar gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir.

Kabule göre de; 25.12.2015 havale tarihli raporda dava konusu alanda davalı şirkete ait 3 adet baz istasyonu bulunduğu belirtilmesine rağmen bunlardan hangisinin zarara sebebiyet verdiği ve kal'ine karar verildiği belli olmadığından 6100 sayılı HMK'nİn 297/2 maddesine aykırı biçimde ve infaza elverişli olmayan hüküm kurulması da doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan sebeplerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatıranlara iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 29.05.2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi

ÖZET: Terekenin borca batık olduğunun tespitine ilişkin davalara değere bakılmaksızın Asliye Hukuk Mahkemelerinde bakılır.

Y. 14. HD. E:2016/11514 K:2019/49676 T:.30.05.2019

Dava, mirasın hükmen reddi istemine ilişkindir.

Davacı ..., 29.05.2010 tarihinde ölen ...'in kendisinin eşi ve küçük çocuklar Nihat ve Aysel'in babası olduğunu; ...'in babası olan muris ...'in ise 02.06.2004 tarihinde öldüğünü; muris ...'in vergi borçlarından dolayı kendisine 04.09.2015 tarihinde ödeme emri geldiğini; murisin terekesinin borca batık olduğunu, mirasın hükmen reddi hükümlerinin uygulanması gerektiğini, mirası kayıtsız şartsız reddettiklerini, mirası reddin tescilini istemiştir.

Mahkeme, davanın 3 aylık hak düşürücü sürede açılmadığından bahisle davanın reddine karar vermiştir.

Hükmü, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dava, terekenin borca batık olduğunun tespiti hukuksal nedenine dayalı olarak TMK'nun 605/2. maddesi gereğince açılan mirasın hükmen reddi davasıdır. Ölüm tarihinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır (TMK. md. 605/2). Bu nedenle mahkemece yapılacak terekenin aktif ve pasifine ilişkin tüm araştırmaların mirasbırakanın ölüm tarihi esas alınarak yapılması gerekir. Mirasçılar Türk Medeni Kanununun 610. maddesinde yazılı aykırılık da bulunmadıkça yani zimnen mirası kabul etmiş duruma düşmüş olmadıkça her zaman murisin ödemeden aczinin tespitini isteyebilir. Türk Medeni Kanununun 606. maddesinde belirtilen süre bu davada uygulanmaz. Dava alacaklılara husumet yöneltilerek görülür. Bu davada yetkili mahkeme ise alacaklıların davanın açıldığı zamandaki ikametgahı mahkemesidir. Ayrıca TMK'nun velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin Tüzüğün 39/2. fıkrası gereğince mirasın reddi yetkisini içeren özel vekaletname sunulması zorunludur.

TMK'nın 426/2 maddesine göre bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışırsa vesayet makamının ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı ataması gerekmektedir. Mirasın reddinde davacı velinin hukuki yararı ile davacı çocukların hukuki yararı çatıştığında, küçüklere kayyum tayin ettirilmesi, husumetin kayyıma yö-

neltilmesi, kayyım gösterdiği takdirde delillerin toplanması gerekir.

Öte yandan, davanın niteliği gereği davalı alacaklıların, murisin terekesinin borca batık olduğunu bilmemeleri, bilmelerinin de mümkün olmaması, terekenin borca batık olup olmadığına yapılan yargılama sonrasında karar verilmesi durumlarında yargılama gideri ve harçtan davalıların değil davacıların sorumlu tutulması gerekir.

Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme Hakime aittir (HMK.m.33). Dava dilekçesi içeriğine göre dava, ölüm tarihinde miras bırakanın ödemeden aczinin tespiti isteğine ilişkindir (TMK.605/2 m.). Gerek 743 sayılı Medeni Kanun'da, gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda bu tür uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemesi'nin görevli olduğu konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. 23.12.1942 gün ve 24/29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, mirasın hükmen reddi davasında görevli mahkeme borç miktarına göre belirlenir. Davanın açıldığı tarihten önce yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK. ise asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemesinin görevli olup olmadığını, tayin ve tespitte dava konusunun değeri ve miktarı ölçüsünü kaldırmış, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ilişkin davalarda, görevlimahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır (HMK.m.2/1).

Kanunda bu konuda aksine bir düzenleme bulunmadığına göre, HMK'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak terekenin borca batık olduğunun tespitine ilişkin davalarda davanın değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesi görevlidir.

Görev, kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması zorunludur. Bu durumda dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken yanlış niteleme ve değerlendirme sonucunda süreye tabi olmayan mirasın hükmen reddinin tespiti davasında davanın süre yönünden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 30.05.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

VERASET BELGESİNİN İPTALİ • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Veraset belgesinin değiştirilmesine veya mevcut veraset belgesinin iptaline yönelik davalara Asliye Hukuk Mahkemesi'nde bakılacaktır.

Y. 14 HD. E:2016/11372 K:2019/4966 T: 30.05.2019

Davacı vekili tarafından, davalılar aleyhine 12.07.2012 gününde verilen dilekçe ile mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesinin istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; mahkemenin görevsizliğine dair verilen 08.03.2016 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili... Sulh Hukuk Mahkemesine verdiği dava dilekçesi ile, 26.12.1975 tarihinde ölen müvekkilinin murisi Mustafa Gökaslan'ın... Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/717 Esas, 2011/720 sayılı Kararı ile verilen mirasçılık belgesinin A... mirasçılarına pay verilmemiş olması nedeni ile hatalı olduğunu ve iptali ile yeni mirasçılık belgesi verilmesini istemiştir.

Davalı ... vekili, davanın reddini savunmuştur.

... Sulh Hukuk Mahkemesi, davanın kabulüne karar vermiştir. Hükmün davalı ... vekili tarafından temyizi üzerine, hüküm Dairemizin 06.04.2015 tarihli, 2015/1902 Esas, 2015/3720 Karar sayılı kararı ile asliye hukuk mahkemesinin görevli olması ve görevsiz sulh hukuk mahkemesince karar verilmesi nedeni ile bozulmuştur.

... Sulh Hukuk Mahkemesi bozma ilamına uyarak dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar vermiş ve karar, 05.11.2015 tarihinde kesinleşmiş, davacılar vekilinin süresindeki talebi üzerine dosya... Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmiştir.

... Asliye Hukuk Mahkemesi de sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermiştir.

Dava, HMK'nin yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra 12.07.2012 tarihinde açılmıştır. HMK m. 23/2 uyarınca, Yargıtayca verilen yargı yeri belirlenmesi ile kanun yolu incelemesi sonucunda kesinleşen göreveveya yetkiye ilişkin kararlar, davaya ondan sonra bakacak mahkemeyi bağlar.

Öte yandan, 01.10.2011 tarihinden önce yürürlükte bulunan HUMK'nun sulh hukuk mahkemesinin görevinibelirleyen 8/II-5. bendi "mirasçılık belgesi verilmesi hakkındaki isteklerle, bu belgenin değiştirilmesi veya iptali davalarına..." bakar şeklinde olduğu halde 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nin 1. maddesi, "Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindendir" hükmüne yer verilmiştir. Aynı kanunun 2. maddesinde ise, "Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesi" olduğu vurgulanmıştır. 6100 sayılı HMK'nin 4/1-ç bendinde, "Bu kanun ile diğer kanunların, sulh hukuk mahkemesi veya sulh hukuk hakimini görevlendirdiği davalara sulh hukuk mahkemesi bakar" yine aynı kanunun, görevli mahkeme başlığını taşıyan 383/1. fıkrasında; "çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi" olduğu açıklanmıştır. Öte yandan genel hüküm niteliğinde bulunan TMK'nin 598/1 maddesinde de veraset belgesinin sulh hukuk mahkemesince verilmesi öngörülmüştür. 6100 sayılı HMK'nin "çekişmesiz yargı işleri" başlığını taşıyan 382/2-c maddesinin 6. bendine göre mirasçılık belgesi verilmesi sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girmekte ve çekişmesiz yargı kapsamında kalmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi HUMK'nun 8/II-5. maddesi uyarınca mirasçılık belgesinin verilmesi, değiştirilmesi veya iptal davaları ile ilgili görev sulh hukuk mahkemesine verildiği halde HMK'nin 382/2-c maddesinin 6. bendine göre sulh hukuk mahkemeleri sadece veraset belgesi verilmesiyle ilgili istekler konusunda görevlidir. Buradan hareketle veraset belgesinin değiştirilmesi veya daha önce verilen veraset belgesinin iptali davalarının sulh hukuk mahkemesinde görülemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Kaldı ki veraset belgesinin iptali davalarının hasımlı olarak açılması zorunlu bulunduğundan çekişmesiz yargı kapsamından çıkıp çekişmeli yargı mahiyetini aldığı da bir gerçektir. Bu durum karşısında HMK'nin yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra açılan bu dava bakımından HMK'nin 382/2-c maddesinin 6. bendi uyarınca asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Mahkemece, işin esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 30.05.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MİRASIN HÜKMEN REDDİ • MİRASIN SAHİPLENMESİ

ÖZET: Mirasçıların murisin borcundan dolayı yapılan icra takibine itiraz etmemiş olmaları vefattan sonra üç ay içinde mirasın gerçek reddi için başvuruda bulunmamış olmamaları mirasın sahiplenmesi anlamında değildir.

Y. 14 HD. E:2016/11558 K:2019/5053 T.10.06.2019

Davacılar vekili tarafından, davalılar aleyhine 30.12.2013 gününde verilen dilekçe ile mirasın hükmen reddi talebi üzerine yapılan duruşma sonunda; davanın reddine dair verilen 17.09.2015 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR

Davacılar vekili, 13.01.2006 tarihinde vefat eden muris ... 'un terekesinin borca batık olduğunun tespiti ile mirasın hükmen reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalılar vekili cevap dilekçesinde, davaya bakma görevinin sulh hukuk mahkemesinde olduğunu, davacıların icra dosyasındaki alacağa karşılık hacizli gayrımenkullerin kıymet taktirlerini bizzat yaptırarak gayrımenkullerin satışından elde edilecek bedelden borcun ödenmesi ve diğer hacizlerin kaldırılması konusunda talepte bulunduklarını, murisin kredi kartından kaynaklanan borçlarını ödediklerini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dava, TMK'nin 605/2. maddesi gereğince açılan mirasın hükmen reddi ve davacıların borçlu olmadıklarının tespiti istemine ilişkindir. Ölüm

tarihinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır (TMK m. 605/2). Mirasçılar Türk Medeni Kanunu'nun 610. maddesinde yazılı aykırılık da bulunmadıkça yani zımnen mirası kabul etmiş duruma düşmüş olmadıkça her zaman murisin ödemeden aczinin tespitini isteyebilir. Türk Medeni Kanununun 606. maddesinde belirtilen süre bu davada uygulanmaz. Dava alacaklılara husumet yöneltilerek görülür. Bu davada yetkili mahkeme ise alacaklıların davanın açıldığı zamandaki ikametgahı mahkemesidir. Ayrıca Türk Medeni Kanununun Velayet Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğün 39/2. fıkrası gereğince mirasın reddi yetkisini içeren özel vekaletname sunulması da zorunludur.

6100 sayılı HMK'nin 297/2. maddesi gereğince;

Hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir.

Bunların yanında hakim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir (HMK m. 26/1).

Somut olaya gelince; mahkemece "Muris ... 'a ait ... Giyim Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti'de yer alan ve 15.000,00TL'lik hissesinin paylaşması yapılmış, ayrıca 34 UY 7027 plakalı araç satılarak bedeli miras hisseleri oranında almış ve tasarruf etmişlerdir." gerekçesinde de belirtildiği gibi davacıların terekenin sahiplenilmesi anlamına gelecek davranışlarda bulunduklarından bahisle davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak gerekçenin devamında "...Davacıların Malkara İcra Müdürlüğünün 2012/695 Esasına kayıtlı takip dosyasına itirazda bulunmayarak kesinleşmesini sağlamış vefat sonrasından ise 3 aylık süre içinde mirasın reddi yolu işletilmeyerek miras sahiplenilmiş ve bu durumu kabul ederek hareket etmiş olmaları nedeniyle..." cümlesinde belirtilen davranışların terekenin kabulü olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Davacıların icra dosyasına itiraz etmemeleri, 3 ay içerisinde mirasın gerçek reddi talebinde bulunmamaları mirasın sahiplenilmesi anlamına gelmeyeceğinden mirasın hükmen reddi davasını açmalarına da engel değildir.

Ayrıca, hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin davanın reddine karar verilmesi gerekirken gerekçenin hükümde de tekrarlanması doğru görülmemiş ise de, hüküm sonucu

esas bakımından usul ve kanuna uygun olduğundan HUMK'nun 438/son maddesi gereğince hükmün gerekçesinin, HUMK'nun 438/7 maddesi gereğince de hüküm sonucunun aşağıdaki şekilde düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle gerekçedeki "...davacıların Malkara İcra Müdürlüğünün 2012/695 Esasına kayıtlı takip dosyasına itirazda bulunmayarak kesinleşmesini sağlamış vefat sonrasından ise 3 aylık süre içinde mirasın reddi yolu işletilmeyerek miras sahiplenilmiş ve bu durumu kabul ederek hareket etmiş olmaları nedeniyle..." cümlesinin çıkarılmasına, hükmün birinci paragrafının çıkartılmasına, yerine "davanın **REDDİNE**" yazılması suretiyle gerekçenin ve hükmün **DEĞİŞTİRİLEREK DÜZELTİLMİŞ** şekliyle **ONANMASINA,** peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 10.06.2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

GARANTİ SÜRESİ • AÇIK VE GİZLİ AYIP • AYIP İHBARI

ÖZET: Garanti süresi içerisinde ortaya çıkan açık veya gizli ayıplardan dolayı ayıp ihbarında bulunmaksızın zamanaşımı süresi içinde ayıbın giderilmesi veya tazminat talep edilebilmesi yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Y. 15. HD. Hukuk E:2019/1628 K:2019/2660 T: 10.06.2019.

Davacı vekili, müvekkili davacı şirketin davalının üstlenmiş olduğu... Park AVM projesinde alt yüklenici olarak ahşap küpeşte imal ve montajı işini yaptığını, 20.11.2002 tarihli ve 317430 seri nolu faturayı keserek davalı şirkete gönderdiğini, 56.863,02 TL'lik faturada belirtilen 1 nolu hakediş bedelinden 12.100,45 TL'sinin ödenmediğini, davalı şirketin müvekkili davacı şirkete "12.100,45 TL borcu olduğuna" ilişkin 22.07.2013 tarihli "hesap mutabakat" belgesi gönderdiğini, müvekkili davacı şirketin bu hesap mutabakatını kabul ettiğini, buna rağmen borcun ödenmediğini, bunun üzerine davalı şirket hakkında Denizli 3. İcraMüdürlüğü'nün 2004/135 Esas sayılı dosyası ile takip başlatıldığını, davalı şirketin itirazı üzerine takibin durduğunu, bu nedenle davalının icra takibine yaptığı itirazın iptâline, takibin devamına ve %20'den az olmamak üzere davalı aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacı şirketin yüklendiği küpeştelerin montajı işini ayıplı olarak ifa ettiğini, ayıplar nedeniyle asıl işveren tarafından müvekkili davalı şirket alacağından kesinti yapıldığını, bu yüzden müvekkili davalı şirketin davacı şirketin istihkakından kesinti yapma hakkına sahip olduğunu, davacının 5 yıllık garanti taahhüdünde bulunduğunu bu nedenlerle davanın reddi gerektiğini savunarak, davacı aleyhine %20'den az olmamak üzere kötüniyet tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

Mahkemece, küpeşte imalâtının davalı iş sahibine tesliminden ve ayıplı olduğunu öğrenmesinden itibaren makul sayılabilecek süre çok geçtikten sonra ayıp ihbarında bulunulduğu gerekçesiyle bakiye iş bedeli olan 12.100,45 TL üzerinden ve takip tarihinden başlayarak avans faizi uygulanmak suretiyle itirazın iptâli ile takibin devamı ve %20 icra inkâr tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Okundu.

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin "Garanti" başlıklı 15. maddesinde; daha uzun bir süre öngörülmediği müddetçe, yüklenici iş'in, işveren ile yüklenici arasındaki kabul tutanağının işveren tarafından imzalandığı tarihten başlayarak, varsa yüklenici tarafından tedarik edilen malzemeler yahut işveren tarafından tedarik edilmiş malzemenin hatalı kullanımı ve/veya hatalı imalât, ve/veya işçilik ve/veya montaj işçilik hatalarına karşı 5 Yıl (beş) yıl garantili olduğu hüküm altına alınmıştır. Uyuşmazlık ve dava tarihinde yürürlükte olup uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 359. maddesi "İş sahibinin eserin tesliminden sonra işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur." demek suretiyle açık ayıplarda teslimden itibaren makul süresi içinde muayene ve ihbar zorunluluğunu getirmiştir. Aynı Yasa'nın 362/II. maddesinde "İş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır." denildikten sonra 362/III. fıkrasında "Yapılan şeylerdeki kusur sonradan meydana çıkarsa iş sahibi vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeye mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır." şeklindeki düzenlemeyle gizli ayıplarda da öğrenir öğrenmez derhal ihbar mükellefiyeti getirilmiştir. Açık ve gizli ayıplarda kural olarak az yukarıda açıklandığı gibi ihbar zorunluluğu bulunmakla birlikte, garanti hükmü bulunması halinde işi yapan taşeron ya da yüklenici garanti vermekle iş sahibinin açık ayıplarda muayene ve süresinde ihbar yükümlülüğünü, gizli ayıplar yönününde de derhal ihbar yükümlülüğünü kaldırmayı ve garanti süresi içinde ortaya çıkan bu ayıpları bedelsiz olarak gidermeyi üstlenmiş demektir. Garanti süresi içinde ortaya çıkan açık ve gizli ayıplarla ilgili iş sahibi ayıp ihbarında bulunmak zorunda kalmaksızın zamanaşımı süresi içinde ayıbın giderilmesi ve zararlarını isteyebileceği gibi, iş bedeline karşı ayıp defini de ileri sürebilir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 19.06.2014 gün 2013/4976 Esas 2014/4282 Karar, 28.01.2015 gün 2014/1955 Esas, 2015/442 Karar sayılı ilâmları).

Bu durumda her ne kadar mahkemece ayıp ihbarının süresinde yapılmadığı ve defter kayıtlarında da davalının borçlu gözüktüğü belirtilmiş ve dava kabul edilmiş ise de, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 15. maddesinde 5 yıllık garanti bulunduğu, garanti uyarınca ayıp ihbarına gerek bulunmadığı gözetilmek suretiyle davanın kesinti yapılan kısmı ile ilgili savunması üzerinde durulup davacı alacağından mahsubu ile varsa bakiye alacağının kabulü ve alacak yargılamayı gerektirdiğinden icra inkar tazminatının reddi, mahsuptan sonra alacak tespit edilmediği tak-

dirde ise davanın reddi gerekirken kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı tarafından temyiz olunan kararın **BOZULMASINA,** 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 176,60 TL Yargıtay başvurma harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya iadesine,karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 10.06.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CEZAİ ŞART • İHTİRAZİ KAYIT KOŞULU

ÖZET: İş teslim alınırken ihtirazi kayıt konulmadığından cezai şart talep etme hakkı düşmüş olur.

Y. 15. HD. E:2019/2083 K:019/3118 T: 03.07.2019

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup mahkemece davanın asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın açılmamış sayılmasına, birleşen davanın kabulüne dair verilen karar yasal süresi içerisinde davacı karşı davalı birleşen dosya davalısı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı karşı davalı birleşen dosya davalısı vekili;taraflar arasında 13.10.2011 tarihinde ... ... Bahçe Konut İnşaatında tünel kalıp ve betonarme kalıp işlerinin davacı tarafından yapılmasını içeren sözleşme imzalandığı, 19.10.2011 tarihinde davalı tarafça yer teslimi yapılarak iş başlandığı, sözleşme gereği işlerin davacı tarafça, eksiksiz tamamlandığı, davalı tarafça Kasım ayının hakediş ödemesi hariç ödemenin planlı şekilde yapılmadığı, 22.06.2012 tarihi itibariyle 10.533,22 TL hakediş alacaklarının bulunduğu, davacı tarafça tüm yükümlülüklerinin süresinde eksiksiz tamamlandığı, iş bitirme tutanağının mevcut olduğu, bu nedenle sözleşmeye göre kesilen nakti teminatın iadesi şartlarının oluştuğu, 12.506,29 TL nakti teminat iadesi talep ettikleri ayrıca davacı tarafça inşaat sahasına getirilen malzemelerde eksiklik olduğunun iş bitiminde tespit edildiğinden bahisle 6.500,00 TL ziyan olan malzeme bedelini talep ettikleri, bu üç kalem alacağın tahsili için çekilen ihtar üzerine davalı tarafça 5.000,00 TL ödeme yapıldığından bahisle bakiye 24.539,51 TL ile bu bedellerin

ödenmemesinden doğan faiz alacağı 888,04 TL ile hakedişin geç ödenmesi nedeniyle 1.921,29 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 27.348,84 TL alacağın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı karşı davacı birleşen dosya davacısı vekili savunmasında ve karşı davasında; yetki ve zamanaşımı itirazları olduğunu, hakediş ödemelerinde makul ölçüler içinde gecikmenin yaşandığı ancak davacı şirketçe sözleşmeden kaynaklı tüm hakediş alacaklarının ödendiği, nakti teminat iadesi talebi ile ilgili olarak; davacının sözleşme konusu işi taahhüt edilen tarihten 65 gün sonra tamamlandığı, sözleşme gereği bu gecikme nedeniyle 99.676,85 TL gecikmeden kaynaklı alacaklarının bulunduğu, bu cezai şart alacağını davacının hakedişinden kesme hakkının doğduğunu, davacının nakti teminat iadesine ilişkin alacağının bulunmadığı, zayi olan malzemelere ilişkin olarak sahadaki bu malzemelerin davacının sorumluluğu ve kullanımında olduğu, sözleşmede bu malzemelerdeki kayıpların davalı sorumluluğunda olduğunun kararlaştırılmadığı, sorumluluğun davalı tarafa yüklenemeyeceği, faize yönelik talepleri de kabul etmediklerini bildirerek davanın reddine karar verilmesini, aynı dilekçe ile davacı karşı davalı tarafça işin 65 gün geç bitirildiğinden bahisle sözleşme gereği 99.676,85 TL gecikme cezası tazminatı alacaklarının bulunduğunu kabul anlamına gelmemek kaydı ile mahkemece davacı karşı davalının alacağının bulunduğuna kanaat getirilirse öncelikle mahsup ve takasına, karşı dava kapsamında fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 15.000,00 TL gecikme cezası tazminatının davacı karşı davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davacı karşı davalı birleşen dosya davalısı vekili savunmasında; davalı vekilinin yetki itirazının reddi talep ettiklerini yine davalı vekili her ne kadar zamanaşımı olduğunu iddia etse de bu iddiasının neye dayandığını, neden zamanaşımı olduğu yönünde bir açıklaması olmadığı için ve zamanaşımına uğramış bir talepte söz konusu olmadığı için sebepsiz yere yapılan bu itirazında reddini talep ettiklerini, davalı yan her ne kadar aksini iddia etmiş ise de sözleşme ile yapılması kararlaştırılan işlerin müvekkili tarafından belirlenen iş süresinde, eksiksiz ve tam olarak tamamlandığını ve bu durumun 16.03.2012 tarihinde tutanak altına alındığını belirterek davalarının kabulüne karar verilmesini, karşı dava yönünden ise dava sözleşmeden doğan bir dava olduğu için ve sözleşmenin ifa yerinin ... olduğu için ... Mahkemelerinin yetkili olduğu kanısında olduklarını, davalı vekili tarafından müvekkiline gönderilen 05.12.2011 tarihli yazıdan bahsedilmiş olsa bile müvekkiline tebliğ edilmiş böyle bir yazının söz konusu olmadığını, sözleşmede belirlenen işler müvekkili tarafından eksiksiz tam ve zamanında yerine getirildiğini ancak davalı yanın üzerine düşen

görevlerinin hiç birini sözleşmeye uygun olarak ifa etmediğini, işin teslimi sırasında tutulan tutanağa bir itiraz şerhi, işin süresi ile ilgili bir problem olduğu iddiasının işlenmediğini, belirterek karşı davanın öncelikle usul yönünden reddine ve haksız ve mesnetsiz olması nedeniyle esas yönünden de reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Birleşen dosyada davalı karşı davacı birleşen dosya davacısı, müvekkili şirket ile davalı şirket arasında ...-... Konut İnşaatlarından K1 Blokun Tünel Kalıp İşleri'nin yapımı için taşeronluk sözleşmesi imzaladığını bu sözleşmeye göre müvekkili şirketin işveren davalı şirketin de taşeron olduğunu, sözleşmenin 15. maddesi uyarınca taşeron davalı şirketin her ayın son haftası içerisinde sözleşme maddelerine uygun olarak yapmış olduğu işlerin metrajını çıkarmak ve bunu müvekkili şirkete imzalatmak suretiyle hazırlanmış olan hakediş raporunu ayın son günü akşamına kadar müvekkili şirkete bildirerek hazırlanmış olan hakedişten nakdi teminat, verilmiş olan avanslar ve diğer kesintiler yapıldıktan sonra geriye kalan miktarın da takip eden ay içinde 4 eşit taksit halinde davalıya ödeneceğinin belirlendiğini, davalı şirket tarafından müvekkili aleyhine ... 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2014/782 Esas sayılı dava dosyası ile hakediş alacağının tahsili için dava açıldığını, müvekkili şirket tarafından da aynı davada davalı aleyhine karşı kısmi dava açılarak, davalı taşeron şirketin sözleşme konusu işi sözleşmede kararlaştırılan tarihten 65 gün daha geç bitirmesi nedeniyle sözleşmenin 6. maddesinde belirlenen hüküm uyarınca işin kararlaştırılan süre içinde bitirilememesi halinde ve her gün sözleşme bedelinin %5'i kadar TL cezanın taşeronun hakedişinden kesileceğinden işin geç bitirilmiş olmasından bahisle 99.676,85 TL cezai şart alacağının doğduğunu, bu alacağın 15.000,00 TL'sinin karşı dava ile talep edildiğini, yapılan yargılamada alınan bilirkişi raporları uyarınca bu miktardan daha fazla cezaişart alacağı bulunduğundan iş bu ek davanın ... 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2014/782 Esas sayılı dava dosyası ile birleştirilmesini talep etmiştir.

Mahkemece asıl davanın kısmen kabulü ile 18.162,32 TL'nin davalı ... Dış Tic. Taah. ve Yatırım A.Ş.'den tahsili ile davacı ... Mim. Müh. İnş. Savunma ve Bilişim Teknolojileri San. Tic. Ltd. Şti.'ne verilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine, karşı davanın HMK 150/5 maddesi gereğince açılmamış sayılmasına, birleşen davanın kabulü ile 99.676,85 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalı ... Mim. Müh. İnş. Savunma ve Bilişim Teknolojileri San. Tic. Ltd. Şti.'den tahsili ile davacı ... Dış Tic. Taah. ve Yatırım A.Ş.'ye verilmesine karar verilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı karşı davalı birleşen dosya davalısı vekilinin

aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Birleşen dava yönünden yapılan temyiz incelemesinde ise sözleşmede kararlaştırılan ceza TMK 179/2. maddesi uyarınca ifaya ekli cezai şart olup, iş teslim alınırken itirazî kayıt konulmadığından cezai şarthakkı düşmüş olur, bu nedenle birleşen davanın tümden reddi gerekirken kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davacı karşı davalı birleşen dosya davalısı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davacı karşı davalı birleşen dosya davalısı yararına **BOZULMASINA,** 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 353,20 TL Yargıtay başvurma harcının temyiz eden davacı-karşı davalı birleşen dosya davalısından alınmasına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacı-karşı davalı birleşen dosya davalısına iadesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 03.07.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CEZAİ ŞART • İHTİRAZİ KAYIT KOŞULU

ÖZET: Yapılan işin ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin kabul edilmesi halinde sözleşmede belirlenmiş olan cezai şart talep edilemez.

Y. 15. HD. E:2018/4821 K:2019/3113 T: 02.07.2019

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, sözleşme uyarınca kararlaştırılan cezanın tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine dair verilen kararın taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine davalı vekilinin tüm, davacı vekilinin sair temyiz itirazları reddedilerek, yargılama giderleri yönünden bozulmuş, taraf vekilleri bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuşlardır.

Karar düzeltme talebinin kural olarak temyiz incelemesini yapan Yargıtay Hukuk Dairesi'nce incelenmesi gerekmekte ise de; Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun 09.02.2018 gün 2018/1 sayılı işbölümü kararı ile arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan ve 01.07.2016

tarihinden sonra temyiz ya da karar düzeltme talepli olarak Yargıtay'a gelen dosyalardaki temyiz ya da karar düzeltme taleplerini incelemek görevi Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'ne verildiğinden karar düzeltme talebi Dairemizce incelenmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, delillerin takdirinde isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm karar düzeltme istemlerinin reddi gerekmiştir.

2-Davalı vekilinin karar düzeltme istemlerinin incelenmesine gelince; taraflar arasında imzalanan sözleşmede kararlaştırılan ceza,niteliği itibariyle ifaya ekli ceza olup, sözleşmenin 31. maddesi uyarınca oranı binde 3 olarak belirlenmiştir. İş sahibi davacı ... oluşturduğu komisyon marifetiyle, sözleşmeye konu hizmet binasının tamamlanmış olduğunu tesbit ettirmiş, daha sonra işin geçici kabulünü yapmıştır. Taraflarca tanzim ve imza edilen 05.11.2010 tarihli geçici kabul tutanağına göre, işin bitim tarihinin 03.09.2008 olduğu belirlenmiş ve bu tarihten önce, davacı ... tarafından, davalı yükleniciden gecikmeye bağlı cezai şarttalep edileceğini içeren ihtirazî kayıt düşülmediği veya bu sebeple bir ihtarda bulunulmadığı görülmektedir. Sonuç olarak geçici kabulün yapıldığının anlaşıldığı, geçici kabule engel olabilecek eksik kusur ve arızanın bulunmadığı tesbit edildiğinden, BK 158/II. md. hükmü uyarınca ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin iş kabul edilmekle; sözleşmenin 31. maddesinde düzenlenen söz konusu ceza, kabul yapılmakla düşeceğinden, davanın tümden reddi gerekirken; mahsup yapılmak suretiyle davanın sonuçlandırılması doğru olmamış, kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekirken, zuhulen yazılı gerekçe ile bozulduğu bu kez yapılan inceleme ile anlaşıldığından karar düzeltme isteminin kabulü, hükmün açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte yazılı nedenlerle davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin sair karar düzeltme itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** HUMK'nın 442. maddesi hükmünce 315,00 TL para cezası ile bakiye 17,70 TL red harcının karar düzeltme isteyen davacıya yükletilmesine, aşağıda yazılı bakiye 16,70 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 136,00 TL Yargıtay başvurma harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya iadesine,02.07.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TRAFİK KAZASI • SİGORTA LİMİTİ • GARAME

ÖZET: Eldeki dosyada desteğin anne ve babası destekten yoksun kalma tazminatı talep etmektedir. Mahkemece, sigorta şirketinin bu davayı bildiği halde diğer dosyaya bildirmemesinde ve o dosyaya limitin tamamının ödenmesinde kusuru bulunduğundan, iyiniyetli ödeme hali olduğu ve sorumluluktan kurtulduğu kabul edilemeyeceğinden, davacıların davasının kabulüne karar verilmiştir. Limitini bu suretle tüketen davalı sigortacının, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 96/2. maddesi gereğince, davacılara karşı da sorumluluktan kurtulabilmesi için öngörülen "başka tazminat taleplerinin olduğunu bilmeme" ve "iyiniyetle ödeme yapma" şeklindeki şartları sağlayamadığı; basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü altında olduğu halde mahkeme kararına dayalı olarak ödeme yaparken garameten paylaştırma ile ödeme yapma konusunda üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyen davalının kusurlu eylemi nedeniyle, hak sahibi davacıların tazminat alacaklarını azaltamayacaktır.

Y.17. HD E:2016/19313 K:2019/7504 T: 13/06/2019

Davacılar vekili, müvekkillerinin desteği olan oğlu ...'ın kendi sevk ve idaresindeki araçla yaptığı tek taraflı trafik kazası neticesinde vefat ettiğini, aracın davalı ... nezdinde sigortalı olduğunu belirterek, davacı anne ve baba ayrı ayrı 500,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, talebini 11.5.2015 tarihli ıslah dilekçesi ile davacı baba için 12.710,64 TL'ye, davacı anneye 11.897,15 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminat istemine ilişkindir.

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 sorumluluk sigortası türüdür. Bu sebepledir ki, sigorta şirketinin sorumluluğu, sigortalı araç sürücüsünün kusuru oranında ve poliçe limitiyle sınırlıdır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 96/1. maddesinde "zarar görenlerin tazminat alacakları, sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta tutarından fazla ise, zarar görenlerden her birinin sigortacıya karşı yöneltebileceği tazminat talebi, sigorta tutarının tazminat alacakları toplamına olan oranına göre indirime tabi tutulur" düzenlemesine; aynı maddenin 2. fıkrasında ise "başka tazminat taleplerinin bulunduğunu bilmeksizin zarar görenlerin birine veya birkaçına kendilerine düşecek olandan daha fazla ödemede bulunan iyiniyetli sigortacı, yaptığı ödeme çerçevesinde, diğer zarar görenlere karşı da borcundan kurtulmuş sayılır" düzenlemesine yer verilmiştir.

KTK'nun 96. maddesindeki hükme göre, garameten ödeme ilkesi; bir rizikonun gerçekleşmesi ile zarar görenlerin birden fazla olması ve tazminat alacaklarının da sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta bedelinden fazla olduğu hallerde, zarar görenlerden her birinin sigortacıya karşı yöneltebileceği tazminat miktarı isteminden, sigorta bedelinin tazminat alacaklıları toplamına olan oranına göre indirim yapılmasını ifade etmektedir. Burada amaç, zarar görenlerin birden fazla olması halinde, sigortacının poliçede gösterilen limitle sorumlu olacağı da dikkate alınarak, zarar görenler arasında eşitliği sağlayıcı ve poliçe limitini de aşmayacak şekilde eşit paylaştırmanın sağlanmasıdır.

Somut olayda; davacı desteğinin sürücüsü olduğu ve dava konusu kazayı yapan araç için, davalı ... tarafından zorunlu mali sorumluluk sigor-

ta poliçesi düzenlendiği; poliçeye göre ölüm halinde kişi başına teminat limitinin 175.000,00 TL. olduğu anlaşılmaktadır. Davaya konu kazada ölen davacı desteği ...'in hak sahibi olan tüm yakınlarının talep edebileceği tazminatlardan, davalı sigortacının bu limitle sınırlı olarak sorumlu olacağı açıktır. Buna göre destek ...'ın; eşi, bir çocuğu, anne ve babası sağ olduğu anlaşılmaktadır. Nizip 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2013/193 esas sayılı dosyası incelendiğinde; destek ...'ın ölümünden dolayı eşi ve çocuğu, davalı ... şirketine karşı destekten yoksun kalma tazminatı talep etmiştir. Nizip 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, davanın kabulüne karar vererek, davalı ... şirketinin limitini tüketmiştir. Davalı ... tarafından verilen karar temyiz edilmiş, Dairemizin 2015/928 esas 2015/11297 karar sayılı ilamı ile 27.10.2015 tarihinde onanarak kesinleşmiştir.

Eldeki dosyada ise desteğin anne ve babası destekten yoksun kalma tazminatı talep etmektedir. Mahkemece, sigorta şirketinin bu davayı bildiği halde diğer dosyaya bildirmemesinde ve o dosyaya limitin tamamının ödenmesinde kusuru bulunduğundan, iyiniyetli ödeme hali olduğu ve sorumluluktan kurtulduğu kabul edilemeyeceğinden, davacıların davasının kabulüne karar verilmiştir. Limitini bu suretle tüketen davalı sigortacının, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 96/2. maddesi gereğince, davacılara karşı da sorumluluktan kurtulabilmesi için öngörülen "başka tazminat taleplerinin olduğunu bilmeme" ve "iyiniyetle ödeme yapma" şeklindeki şartları sağlayamadığı; basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü altında olduğu halde mahkeme kararına dayalı olarak ödeme yaparken garameten paylaştırma ile ödeme yapma konusunda üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyen davalının kusurlu eylemi nedeniyle, hak sahibi davacıların tazminat alacaklarının azaltamayacaktır. Buna göre; mahkemece yazılan gerekçe doğru olmasına rağmen, tüm hak sahiplerinin payları dikkate alınıp tazminatlarının hesaplanması ve tüm hak sahipleri arasında garameten paylaştırma yapılması konularında, ek rapor alınıp oluşacak sonuca göre (usuli kazanılmış haklar da dikkate alınarak) karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle, yazılı biçimde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine; (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA;** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 13/06/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK TAZMİNATI • PAY DAĞILIMI

ÖZET: Dairemizce kabul görmüş pay esasına göre; desteğin vefat tarihinde evli ve 2 çocuğunun olduğu dikkate alınarak, eş, çocuklar ile ana babanın pay alacağı durumlarda desteğe 2 pay, eşe 2 pay, çocukların her birine 1'er pay, ana ve babaya 1'er pay ayrılarak böylece gelirin tamamının dağıtılacağı esası benimsenmiştir. Ana ve babadan birinin destekten çıkması ile payı diğerine aktarılacak, ana ve baba ile çocukların tamamının destekten çıkması durumunda ise desteğe 2 pay, eşe 2 pay esasına göre %50 pay desteğe, %50 pay eşe verilerek varsayımsal olarak gelir paylaştırılarak tazminatın bu ilkelere göre hesaplanması kabul edilmiştir.

Y. 17. HD E: 2016/15415 K: 2019/6595 T:22/05/2019

Davacılar vekili, müteveffa ...'ın sevk ve idaresindeki ... plakalı aracın ... plakalı araç ile kaza yaptığını, muris ... 'ın vefat ettiğini, davacıların destekten yoksun kaldıklarını, davacı ...'in müteveffanın gayriresmi nikahlı eşi olduğunu, diğer davacıların müşterek çocukları olduğunu, davalıya yapılan başvuruya rağmen talebin reddedildiğini belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla davacı ... için 40.000,00 TL, Nisan için 10.000,00 TL, Duygu için 7.500,00 TL olmak üzere 57.500,00 TL'nin olay tarihi olan 23/06/2006 veya diğer ölenlerin başvurusu üzerine davalının murisin de ölmüş olduğunu öğrendiğinden bu tarihten itibaren veya davalıya başvuru tarihinden itibaren reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın zamanaşımı yönünden reddinin gerektiğini, nikahsız ya da imam nikahlı eşin taraf sıfatının olmadığını, kusur durumunun tespiti gerektiğini, dava tarihinden itibaren yasal faiz oranına hükmedilebileceğini, Güvence Hesabının sorumluluğunun aracın kusur oranı ve poliçe limiti dahilinde olduğunu belirterek neticede davanın redddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, yapılan yargılama, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın

kısmen kabulü ile davacı ... için 40.000,00 TL, ... için 10.000,00 TL, ... için 7.500,00 TL'nin 05/05/2008 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin faiz talebinin reddine, dair karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan ölüm nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

Dairemizce kabul görmüş pay esasına göre; desteğin vefat tarihinde evli ve 2 çocuğunun olduğu dikkate alınarak, eş, çocuklar ile ana babanın pay alacağı durumlarda desteğe 2 pay, eşe 2 pay, çocukların her birine 1'er pay, ana ve babaya 1'er pay ayrılarak böylece gelirin tamamının dağıtılacağı esası benimsenmiştir. Ana ve babadan birinin destekten çıkması ile payı diğerine aktarılacak, ana ve baba ile çocukların tamamının destekten çıkması durumunda ise desteğe 2 pay, eşe 2 pay esasına göre %50 pay desteğe, %50 pay eşe verilerek varsayımsal olarak gelir paylaştırılarak tazminatın bu ilkelere göre hesaplanması kabul edilmiştir.

K.T.K 96. Maddesi hükmüne göre garameten ödeme ilkesi gereğince, bir rizikonun gerçekleşmesi ile zarar görenlerin birden fazla olması ve tazminat alacaklarının da sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta bedelinden fazla olduğu hallerde, zarar görenlerden her birinin sigortacıya karşı yöneltebileceği tazminat miktarı isteminden, sigorta bedelinin tazminat alacaklıları toplamına olan oranına göre indirim yapılmasını öngörülmektedir. Zarar görenlerin birden fazla olması halinde, bunlar arasında eşitlik esasını dikkate alan bu ilkenin, zorunlu mali mesuliyet sigortalarında da dikkate alınması gerekmektedir. Birden fazla kişi zarar görmüşse sigortacı, poliçede gösterilen limitle sorumlu olacağından zarar gören üçüncü kişiler oranlama yoluyla (garameten-oranlı eşit paylaştırma esasına göre) tazminat isteyebileceklerdir.

Somut olayda, murisin dosya içerisinde yer alan 07.07.2014 tarihli nüfus kayıt örneğine göre anne ve babasının yaşadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda annenin yaşadığı belirtilmiş olmasına rağmen tazminat hesabına dahil edilmemiş ve davacı eş Hilal için 137.878,33 TL, kızı Duygu için 28.283,37 TL, kızı Nisan için 31.599,17 TL hesaplanmış, ancak halen yaşıyor olmaları halinde anne ve babanın

destek payları tartışılmamıştır. Mahkemece yukarıda anlatılan hususları gözetmeden hesaplama yapan bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru olmayıp, murisin yeni tarihli nüfus kayıt örneği dosya içerisine alınarak anne ve babasının yaşıyor olması halinde aynı bilirkişiden ek rapor alınıp sonucuna göre anne ve babaya da destek payı ayrılması durumunda yukarıda anlatılan ilkelere göre davalı ... Hesabının olayda zarar görenlere karşı sorumlu olduğu teminat limitinin garame hesabı ile zarar görenlere paylaştırılması, ondan sonra davalı ... Hesabının davacılara garameten ödemekle yükümlü olduğu tutarın hüküm altına alınması (davalı lehine kazanılmış haklar saklı kalmak kaydıyla) gerektiğinin gözetilmemesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 22/05/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI • YETKİ KURALLARI • DAVA ŞARTI

ÖZET: Davalı icra dairesinin yetkisine ve ayrıca mahkemenin yetkisine itiraz etmiştir.

İcra takibinin yetkisiz icra dairesinden yapıldığının anlaşılması üzerine "dava şartı" yokluğundan dolayı dava reddedilmelidir.

Y.19. HD. E:2018/206 K:2019/3973 T:21.06.2019

-Davacı vekili, davacının bankadaki hesabından vekalet süresi sona eren dolayısıyla para çekme yetkisiolmayan dava dışı ...'a ödeme yapıldığını, ödenen bedelin tahsili için başlatılan icra takibine davalının itiraz ettiğini belirterek itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacının dava dışı 3. kişiye verdiği vekaletin geçerli olduğu tarihin geçmesine rağmen hesabından ödeme yapıldığı, bilirkişi raporu ile alacak miktarının tespit edildiği, takipten önce davalı temerrüte düşürülmediğinden işlemiş faiz talep edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, 35.036,00 TL asıl alacağa yönelik itirazın iptaline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir. Dairemizce davacının dava dilekçesinin netice talebinde davalının takibe itirazının iptaline ve alacağın tahsiline karar verilmesi istenerek çelişkili beyanda bulunulduğu, her iki talebin hukuki sonuçlarının ayrı olduğu, bu durumda mahkemece, HMK.nun 31. maddesi uyarınca hakimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, davacı tarafa talebi açıklattırılarak, şayet talep alacağın tahsiline ilişkin ise hükmün buna uygun kurulması, şayet talep itirazın iptali ise itirazın iptali davasının yetkili icra müdürlüğünde takip yapılmış olması ve süresi içerisinde ödeme emrine itiraz edilmiş olmasına ilişkin dava şartları kapsamında ödeme emrine itirazın süresinde olup olmadığı ile davalının dava konusu icra takibindeki icra müdürlüğünün yetkisine itirazı üzerinde durulup hüküm yerinde

tartışılarak talebe uygun bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Bozma sonrası mahkemece yapılan yargılama sonucunda davacı talebinin itirazın iptali yönünde olduğu,ayrıca icra takibine konu asıl alacağın ... Şubesi'nden çekildiği, genel yetkili mahkeme 6100 sayılı HMK'nın 6. maddesi uyarınca davanın açıldığı tarihteki davalı gerçek veya tüzel kişinin yerleşim yeri olduğu ve HMK'nın 14. maddesi gereğince bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili bulunduğundan mahkemelerinin davaya bakmakta yetkili olduğu, davayı temsileyetkili olmayan kişilere bir kısım ödeme yapıldığı, bu ödemelere icazet verilmediği için temsil olunanı bağlamadığı, alacağın likit olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne, ... İcra Müdürlüğü'nün ... esas sayılı dosyası üzerinden davacı alacaklı ... tarafından davalı borçlu ... Şubesi aleyhine yürütülen İcra takibine itirazın iptaline, 35.036,00 TL asıl alacak bedeli üzerinden takibin devamına, asıl alacak üzerinden icra takip tarihinden itibaren değişen oranlarda avans faizi yürütülmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine, icra inkar tazimnatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine, yetkili icra dairesinin Pervari İcra Müdürlüğü olduğuna karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Mahkemece bozmaya uyulmuş ve bozma doğrultusunda davacı vekiline açıklama yaptırılarak davanın itirazın iptali davası olduğu saptanmış ise de; itirazın iptali davalarının dava şartı olan yetkili bir icra müdürlüğünde takip yapılıp yapılmadığı üzerinde durulmamıştır.

Davalı icra takibinde icra dairesinin yetkisine ve ayrıca mahkemenin yetkisine itiraz etmiştir. Bu durumda öncelikle icra dairesine yapılan yetki itirazının yerinde olup olmadığının incelenmesi gerekir. Nitekim mahkemece yetkili icra müdürlüğünün Pervari İcra Müdürlüğü olduğu saptanmıştır. Bu durumda dava konusu icra takibinin yetkisiz Siirt İcra Müdürlüğü'nde yapıldığı gözetilerek davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddi gerekirken işin esasına girilerek karar verilmesi doğru olmamış ve yerel mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde temyiz eden taraflara iadesine, 21/06/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BANKAYA İBRAZ EDİLMEYEN ÇEK
•
YAZILI DELİL BAŞLANGICI

ÖZET: Bankaya ibraz edilmemiş olan çek genel mahkemedeki yargılamada yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmelidir.

Y.19. HD. E: 2019/1101 K:2019/3927 T.09.06.2019

Davacı asil, davalının davacıya çek verdiğini, çekin bankaya ibraz edildiğini, ancak sahte çıkması nedeniyle banka tarafından işlem yapılmadığını, çeke dayanılarak başlatılan ilamsız icra takibine karşı davalının icra dairesinin yetkisiyle birlikte borca haksız olarak itiraz ettiğini, borçlu davalının takibe konu çeki davacıya Geyve'de verdiğini, yani taraflar arasındaki alışverişin Geyve'de olduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline ve davalı aleyhine icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı asil davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davalı vekili olduğunu beyan eden Av. ...'in vekaletnamesini harçlandırmadığı için davaya vekil olarak kabul edilmediği, davalı borçlunun icra takibine itirazında, icra dairesinin yetkisiyle birlikte borca itiraz ettiği, davalı borçluya ödeme emrinin İznik'te tebliğ edilmiş olması nedeniyle davalının yerleşim yerinin İznik olduğunun anlaşıldığı, davacının takibe konu ettiği çekin sahteliğini kabul etmesi nedeniyle taraflar arasında kambiyo ilişkisinden de bahsedilemeyeceği, sahteliği kabul edilen çeke dayanılarak yapılan icra takibinde genel yetkili olan borçlunun yerleşim yeri icra dairesini yetkili olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dava dilekçesi ve davacının ön incelemedeki açıklamalarına göre davacının üzüm satışından kaynaklanan alacağın tahsili için ilamsız takip yaptığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, dava konusu takibin yetkili icra dairesinde yapılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de bu hüküm yeterli incelemeye dayanmamıştır. İİK'nın 50. maddesi yollamasıyla HMK'nın 10. ve TBK'nın 89. maddesi uyarınca davacı davalıya üzüm satıp bedelini alamadığını ispatlayabilirse, kendi ikametgahında icra takibi yapabilir. Bu itibarla tarafların delilleri toplanıp yetki hususu bir ön sorun olarak incelenmesi gerekir. Mahkemece öncelikle davacıdan çek aslı istenmeli, bu çekin lehdarı ve 1. cirantası olduğu görülen davalı isticvap edilmeli, şayet çek aslı davacı elinde ve imzada davalıya ait ise bankaya

ibraz edilmemiş bu çekin yazılı delil başlangıcı olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda davacının dava dilekçesinde tanık deliline dayandığı dikkate alınarak davacı tanıkları dinlenmelidir. Hal böyleyken mahkemenin hiçbir tahkikat yapmadan takibin davalının ikametgahında yapılmadığı gerekçesiyle davayı reddetmesi doğru olmamıştır.

Öte yandan davalı vekilinin mazeret dilekçesi ekinde gönderilen vekaletnamesinde, vekalet tasdik harcının yatırıldığı tam olarak anlaşılmıyor ise de daha sonra muhabere ile gönderilen makbuzdan harcı yatırıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece belge aslının gelmesi beklenmeden davalı vekilinin vekaletnamesi olmadığı şeklinde bir kabul ile vekaletsiz vekilin mazeretinin kabul edilmeyeceği şeklinde karar oluşturulması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle yerel mahkeme hükmünün davacı yararına bozulmasına, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle yerel mahkeme hükmünün davalı yararına BOZULMASINA, peşin harçların istek halinde temyiz eden taraflara iadesine, 19/06/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ADİ SENET • BORÇLUYA DÜŞEN İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: İki ayrı vade tarihi bulunan senet kambiyo senedi değildir.

Bu adi senedin borçlusu senet alacaklısına senet borcunun ödendiğini yazılı delil ile ispatlamalıdır.

Y. 19 HD. E:2018/1106 K:2019/3637 T:30.05.2019

Davacı vekili, davacının adi yazılı senede dayalı alacağın tahsili için giriştiği icra takibinin davalının itirazı üzerine durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline, takibin devamına ve icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, takibe konu senet metninde ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili kılındığını, bu nedenle ... İcra Müdürlüğünde başlatılan takibin yetkisiz icra müdürlüğünce başlatıldığını, dava konusu bonoya dayalı başlatılan takibe yapılan şikayet sonucu bononun iptaline karar

verildiğini, teminat amaçlı verilen senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, HMK'nın 17. maddesi uyarınca ... İcra Dairesinin yetkili olmadığı, davalının yetki itirazının yerinde olduğu gerekçesiyle dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizin 10.06.2016 tarih 2016/2744 E. 2016/10424 K. sayılı ilamı ile "Takip dayanağı belge davalı borçlu tarafından kabul edilmekte ve davacının talebi bir para alacağına yönelik bulunmaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilerek BK.'nun 73. maddesi (TBK.'nun 89. maddesi) uyarınca, davacının ikametgahı mahkemelerininyetkili olduğu gözetilerek, işin esası hakkında taraf delilleri toplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir." gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda, davalı tarafca davaya konu bononun anlaşmaya aykırı doldurulduğu ve bononun teminat amacıyla verildiği yönündeki iddialarına ilişkin olarak bu yönde yazılı bir delil sunulmadığı, davaya konu icra takip dosyasına dayanak yapılan bononun TTK 776'da belirtilen tüm zorunlu unsurları taşıdığı ve bu nedenle geçerli bulunduğu davalının ispat yükümlülüğünü yerine getirmediği, alacağın likit bilinebilir olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davalının ... 22.İcra Dairesinin 2015/1475 Esas sayılı icra dosyasına itirazının iptali ile anılan takibin 240.000,00-TL asıl alacak üzerinden takip tarihinden itibaren TL cinsinden işleyecek yasal faizi ile birlikte devamına, hüküm altına alınan alacağın %20 si oranında hesaplanan 48.000,00 TL icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, adi senede dayalı alacağın tahsiline yönelik icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir. Davaya konu senette iki ayrı vade tarihi olması nedeniyle kambiyo senedi niteliğinde olmadığından, adi senet olarak kabulü gerekir. Adi belgenin doğrudan davalı tarafından davacıya verilmesi nedeniyle davalının borçlu olmadığını yazılı delille ispatlaması gerekir. Davalı, borçlu olmadığını yazılı delille ispatlayamadığından davanın kabulü yerinde ise de mahkeme karar gerekçesinde takip konusu senedin kambiyo senedi niteğinde olduğunun kabulü doğru olmayıp, sonucu itibariyle mahkeme kararı doğru olduğundan mahkeme gerekçesinin yukarıda belirtilen gerekçe doğrultusunda hükmün gerekçesi değiştirilmek suretiyle 6100 sayılı HMK'nun 3.maddesi ve 5236 sayılı Kanunun geçici

2. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 5236 sayılı Kanunun 16. maddesiyle değiştirilmeden önceki 438 /son maddesi gereğince düzeltilerek onanmasına karar verilmesi uygun görülmüştür.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın gerekçesinin değiştirilerek belirtilen gerekçelerle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** peşin harcın istek halinde temyiz eden davalıya iadesine, 30/05/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

CARİ ALACAK • KAMBİYO SENEDİ • İLAMSIZ İCRA

ÖZET: Borç için kambiyo senedi verilmiş olması, cari alacağa ilişkin alacağın tahsili için ilamsız icra yoluyla ayrıca icra takibi yapılmasına engel teşkil etmez.

Y. 19. HD. E: 2018/879 K:2019/3143 T:14.05.2019

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının bozma ilamına uyularak yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü.

- KARAR -

Davacı vekili, davacının, davalı ile aralarındaki cari hesaptan doğan alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibinin davalının itirazı üzerine durduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline ve icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dava dışı ... Malzemeleri ile davacı arasında uzun yıllardır devam eden ticari ilişki bulunduğunu, şirketin işlerinin bozulması ve tasfiye sürecine girmesi sebebiyle davacıya olan 8.864,00 TL tutarındaki borcun ödenememesi üzerine davacı ile anlaşarak borca karşılık 5 adet senet verdiklerini, senet bedellerinin de vadesinde ödenmemesi üzerine davacının senetleri takibe koyduğunu, davalının davacıya başka bir borcunun bulunmadığını, dava konusu takibin aynı borç için mükerrer olarak başlatıldığını savunarak, davanın reddine ve kötüniyet tazminatına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece toplanan delillere ve tüm dosya kapsamına göre, davacı-

nın bilirkişi incelemesi için defter ve ticari belgelerini ibraz etmediği alacağın varlığına yönelik herhangi bir delil sunamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hükmün davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 2015/17360 E.,2016/6868 K. Sayılı ve 20/04/2016 tarihli bozma ilamında "Davacı, cari hesap ilişkisine dayanarak icra takibi başlatmış, itiraz üzerine bu dava açılmıştır. Davalı vekili, 27/02/2012 tarihli cevap dilekçelerinde, cari hesaba ilişkin 8.864,00 TL borcu kabul ederek, buna karşılık senetler verilerek ödeme yapıldığını, borcun kalmadığını savunmuştur. Somut olayda ispat yükü davalı tarafa geçmiştir. Hakimin davayı aydınlatma görevi bulunmaktadır. Bu çerçevede, davalının sunduğu cevap dilekçesinde gösterdiği delilleri toplanıp, davalı tarafa savunması açıklattırılıp, açıklanan ilkeler uyarınca deliller değerlendirilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle ispat yükünde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda ,davalı ... adına dava dışı ... tarafından protesto ve cari hesaba mahsuben 8.864TL. tutarında 24/02/2009 tarih ve 1656 numaralı tahsilat makbuzu ile dava dışı ... Ltd. Şti.'ne verilen 5 adet senedin davacı...Kaplama San. Tic. Ltd. Şti.'ne ciro edildiği, senetlerin ödenmediği, 09/02/2010 tarihinde ... 5. İcra Müdürlüğünün 2010/2262 Esas numaralı dosyasında icra takibi başlatıldığı, davacı-alacaklı tarafından borçlu ... Malzemeleri-... aleyhine 09/02/2010 tarihinde ... 5. İcra Müdürlüğünün 2010/2274 Esas numaralı dosyasında icra takibi başlatıldığı, takip talebinde alacağın sebebi olarak; cari hesap alacağı gösterildiği, davalı-borçlu yetkiye, borca faize ve ferilerine itiraz etmiş borçlunun yaptığı yetki itirazı alacaklı vekilince kabul edilerek ... 6. İcra Müdürlüğü 2011/5382 esas takip dosyasına tevzi edildiği anlaşılmış olup icra takiplerinin davacı ile davalı arasındaki cari hesaptan kaynaklanan aynı alacakla ilgili olduğu ve takiplerin mükerrer olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş ;ancak bozma ilamı doğrultusunda herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmaksızın aynı alacak nedeniyle iki ayrı icra takibi bulunması nedeniyle mükerrer takipten dolayı davanın reddine karar verilmiştir.Davaya konu icra takip dosyasının incelenmesinde davacının icra takip talebinde tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla icra takibine geçtiği anlaşılmıştır.Borcun ödenmesi için kambiyo senedi verilmesi cari alacağa dayalı alacağın tahsili için ilamsız icra yoluyla takip yapılmasına engel teşkil etmez. Mahkemece Dairemizin bozma ilamı doğrultusunda araştırma ve inceleme yapılarak toplanacak deliller

doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yanılgılı gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 14/05/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN ÇEK
•
YAZILI DELİL BAŞLANGICI

ÖZET: Zamanaşımına uğramış çekler yazılı delil başlangıcı olup, çek lehdarı alacağını genel mahkemede her türlü delil ile ispatlayabilir.

Y.19 HD. E: 2017/5424 K:2017/3007 T:08.05.2019

Davacı vekili, taraflar arasında soba alışverişleri olduğunu ve davalının borçları nedeniyle çekler verdiğini, bu çeklerden dolayı davalının, davacıya bakiye 8.500,00 TL borcu kaldığını, davalının oyalamaları sonucu kambiyo senetlerine özgü takip yapılmadığını, alacağın tahsili için başlatılan ilamsız takibe davalının haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek, 8.500 TL davacı alacağının yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekilince davaya süresinde cevap verilmemiştir.

Mahkemece verilen mahkemenin yetkisizliği kararı, Dairemiz 29.05.2014 gün, 2014/7354 E. - 2014/10035 K. sayılı ilamı ile "Dava, dava dilekçesinde açıkça belirtildiği gibi alacak davası olduğu halde mahkemece itirazın iptali davası olarak nitelendirilmesi doğru olmadığı gibi; somut olayda yetkili mahkeme belirtilmediğinden usulüne uygun bir yetki itirazı da bulunmadığı gözetilmeksizin yetkisizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda, taraflar arasında ticari ilişki olduğu, davacının davalıya ne kadar mal teslim ettiği veya davalının davacıya ne kadar ödeme yaptığının tam olarak tespit edilemediği, davacının delil olarak sunduğu çekler toplamının 22.000,00 TL olduğu, davacının bu çeklerden 3.500 TL'lik bir çek ve 5.000 TL'lik bir

çekin ödenmediği iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, taraflar arasında satım ilişkisinden kaynaklanan bakiye alacak istemine ilişkindir. Davacı alacak dayanağı olarak 5 adet çek ibraz etmiş olup, bu çeklerden 31.12.2009 ve 30.01.2010 tarihli 5.000'er TL bedelli 2 adet çekte davalı keşideci, davacı ise ilk ciranta konumundadır. Bu nedenle her iki çek nedeniyle davacı, davalı ile aralarındaki temel ilişkiyi ispatlamakla yükümlüdür. Zaman aşımına uğramış çekler, yazılı delil başlangıcı olup, davacı temel ilişkiyi tanık dahil her türlü delille ispatlayabilir. Mahkemece dinlenen davacı tanığı ..., davacı tarafın gönderdiği sobaları davalıya kendisinin teslim ettiğini belirtmiş olup, bu durumda davacı iddiasını ispatlamış olduğundan, davanın kabulü gerekirken eksik inceleme ve yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme hükmünün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 08/05/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DAVA ŞARTI • DAVANIN REDDİ • VEKALET ÜCRETİ

ÖZET: "Dava şartı yokluğu" sebebiyle reddedilen davada davalı yararına maktu vekalet ücretine hükmedilmelidir.

Y. 19 HD. E:2017/5608 K: 2019/2852 T: 02.05.2019

Davacı vekili,davacının davalıdan olan alacağının tahsili için ... İcra Müdürlüğü'nün 2013/3 sayılı dosyası ile icra takibi yaptığını, davalının takibe itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının aynı alacak için daha önce ilamsız icra takibi yaptığını ve iki kez ilamsız icra takibi yapılamayacağından davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hükmün taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine hüküm Dairemizin 13.06.2016 tarih 2016/3145 E. 2016/10566 K. sayılı ilamı ile "1)Dosyadaki yazılara kara-

rın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. 2) Davacı taraf faturaya dayalı alacaklarının tahsili için Kayseri İcra Müdürlüğü'nün 2012/2189 sayılı dosyası ile icra takibi yapmış ve bu takipte icra takibinin yetkisine ve borca itiraz edilmiş, takip durmuştur. Duran takip yönünden herhangi bir işlem yapılmadığından takip düşmüştür. Bu safhadan sonra alacaklının alacağını yeni bir ilamsız icra takibi ile talep etmesi mümkün değildir. Bu durumda davanın dava şartı yokluğu nedeni ile reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü doğru görülmemiştir." gerekçesiyle bozulması üzerine mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda,duran takip yönünden herhangi bir işlem yapılmadığından takip düşmüş ise bu safhadan sonra alacaklının alacağını yeni bir ilamsız icra takibi ile talep etmesi mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın dava şartı yokluğu nedeni ile reddine karar verilmiş,hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Somut olayda "dava şartı yokluğu" nedeniyle davanın reddine karar verilmiş olması nedeniyle davalı yararına maktu vekalet ücreti verilmesi gerekirken nispi vekalet ücreti verilmiş olması hatalı olup hükmün bu nedenle bozulması gerekmekte ise de bu yanlışlığın giderilmesi tek başına yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hüküm fıkrasının 8. bendinde yer alan "4.120,77" rakamının çıkarılarak "1.980,00 TL maktu" rakam ve sözcüğünün yazılması suretiyle 6100 sayılı HMK'nun geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 438/7 maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının 8. maddesinde yer alan "4.120,77 TL" rakamının çıkarılarak "1.980,00 TL maktu" rakam ve sözcüğünün eklenerek,hükmün değiştirilen bu haliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 02/05/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İHTİYADİ HACİZE İTİRAZ • İZLENECEK YÖNTEM

ÖZET: İhtiyati haciz kararlarına yönelik itirazlar duruşmalı olarak yapılsa da, tarafların duruşmaya gelmemeleri halinde yokluklarında karar verilmelidir.

Y. 19 HD. E:2017/5572 K:2019/2854 T: 02.05.2019

İhtiyati haciz isteyen vekili, kredi kartı üyelik sözleşmesi uyarınca borçlu hakkında ihtiyati haciz isteminde bulunmuş, mahkemece talep uygun görülerek ihtiyati haciz kararı verilmiştir.

İhtiyati hacze itiraz eden, ihtiyati haciz isteyen banka tarafından başlatılan icra takibine kısmen itiraz ettiğini, mal kaçırmadığını, adına kayıtlı menkul ve gayrimenkulleri olduğunu belirterek koşulları oluşmayan ihtiyati haczin kaldırılmasını talep etmiştir.

Mahkemece,itirazın kabulüne karar verilmiş,kararın ihtiyati haciz talep eden vekili tarafından temyizi üzerine,Dairemizin 04.02.2016 tarih 2015/11167 E. 2016/1551 K. sayılı ilamı ile ''İİK'nun 265. maddesinde borçlunun kendisi dinlenilmeden verilen ihtiyati haczin dayandığı sebeplere, mahkemenin yetkisine ve teminata karşı itiraz edebileceği hükme bağlanmıştır. Somut olayda ihtiyati haciz isteyenin keşide ettiği ihtarnamenin borçluya tebliğ edildiği (İİK 257/1) anlaşılmakta olup, mahkemece ihtiyati haciz kararı verilmiştir. Borçlunun itiraz sebebi olarak ileri sürdüğü hususlar İİK'nun 265. maddesinde sınırlı olarak sayılmış bulunan sebeplerden olmayıp, mahkemece ihtiyati hacze itirazın reddine karar verilmesi gerekirken anılan husus gözden kaçırılarak yerinde bulunmayan yazılı gerekçe ile itirazın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmadığından kararın alacaklı yararına bozulması gerekmiştir.'' gerekçesiyle bozulması üzerine,mahkemece tarafların 07.03.2017 tarihli duruşmaya gelmemeleri üzerine dosyanın işlemden kaldırılmış,üç aylık yenileme süresi içinde davanın yenilenmemesi sebebiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiş, verilen karar ihtiyati haciz talep eden vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK'nın 265/4. fıkrasına göre ihtiyati haciz kararlarına yönelik itirazlar duruşmalı olarak yapılsa da tarafların iştirak etmemeleri halinde dosya işlemden kaldırılmadan yokluklarında esas hakkında karar karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre ihtiyati haciz isteyenin sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde temyiz eden ihtiyati haciz talep edene iadesine, 02/05/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HAKSIZ HACİZ • EMEKLİ MAAŞI • İCRA MAHKEMESİ

ÖZET: Haksız haciz sebebiyle el konulan emekli maaşının iadesine ilişkin talep şikayet yoluyla İcra Mahakemesine yapılacaktır.

Y. 19 HD. E:2018/4081 K:2019/1032 T: 20.02.2019

Davacı vekili, davacı aleyhinde davalılardan ....'nin ... 8. İcra Dairesi'nin 2009/3048 Es. sayılı takip dosyası ile kesin rehin açığı belgesine istinaden icra takibi başlattığını, takipten sonra davalı bankanın alacağını diğer davalı ... Yönetimi A.Ş.'ye temlik ettiğini, 08.02.2009 tarihinden itibaren davacının emekli maaşından toplam 13.548,51 TL kesinti yapıldığını, haczin kaldırılması amacıyla açtıkları davanın kabul edildiğini ancak önceki yapılan kesintilerin iadesi talebinin yargılamayı gerektirdiğinden reddedildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla davacının emekli maaşından yapılan kesintilerin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı ... Yönetimi A.Ş. vekili, haksız davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, 5510 sayılı Kanunun 93. maddesine göre "sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. (Ek ibare: 5838 - 18.2.2009 / m.32/2-b / Yürürlük / m.33) "Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir." şeklinde düzenleme bulunduğu, bu durumda

davalı bankanın yaptığı kesintilerin haksız ve hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı ... Yönetimi A.Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, haksız haciz nedenine dayalı el konulan emekli maaşının iadesi istemine ilişkindir. Somut olayda; davacı vekili tarafından talep konusu haczedilmezlik şikayeti ile ilgili olarak İcra Hakimliği'ne başvuruda bulunulması gerekirken Genel Mahkeme'de istirdat davası açılmıştır. Şu halde yerel mahkemece, takip hukukuna yönelik eldeki dava hakkında İcra Hukuk Mahkemesi'nin görevli olması nedeniyle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** peşin harcın istek halinde temyiz eden davalı ... Yönetimi A.Ş.'ye iadesine, 20/02/2019 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

SATILAN MALDA AYIPLAR • ALICININ YÜKÜMLÜLÜĞÜ • AYIP İHBARI

ÖZET: Alıcı satın aldığı malı gözden geçirmeyi ve bildirmde bulunmayı ihmal ederse satılanı kabul etmiş sayılır.

Ancak, normal bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak ayıbın bulunması halinde sonradan ortaya çıkan ayıbın derhal satıcıya bildirilmesi gerekir.

Satılan mal için on yıllık garanti verilmesi ayıp ihbarının süresinde yapılması yükümlülüğünü kaldıramaz.*

Y.19 HD. E:2018/269 K:019/3370 T:21.05.2019

Asıl ve birleşen dava mal satışından kaynaklanan alacağın tahsili için başlatılan icra takiplerine itirazların iptali istemlerine yöneliktir. Her ne

* Gönderen Av. Deniz Demir

kadar mahkemece alınan bilirkişi raporu benimsenmek suretiyle malın ayıplı olduğu ve 10 yıllık garanti süresi bulunduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de davacılar tarafından davalıya satılan malzemelerin davalının taşeronu olduğu dava dışı kooperatife ait taşınmazlarda izolasyon malzemesi olarak kullanıldıktan sonra ortaya çıkan sorunların 14/12/2012 tarihli yazı ile dava dışı kooperatif tarafından dava dışı işveren ... İnş. Ltd. Şti.'ne bildirildiği, bilahare işveren şirket tarafından 17/12/2012 tarihli yazı ile davalı taşerona bildirildiği, davalı taşeron tarafından ise yazı içeriğindeki hususlara ilişkin olarak 3 aya yakın bir süre geçtikten ve hakkında davacı tarafından icra takipleri de yapıldıktan sonra 12/03/2013 tarihinde tespit talep edildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Her ne kadar davalı dava dışı işveren tarafından 17/12/2012 tarihli yazıya ilişkin olarak bildirimin derhal davacılara yapıldığı ve ihbarın süresinde olduğu savunulmakta ise de davacılar ihbarın süresinde olduğunu kabul etmediği gibi bu hususta ki deliller davalı tarafça da dosyaya sunulamamıştır. Davalı tarafından TTK'nın 23/c maddesinin "Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır. " hükmü yollaması ile Türk Borçlar Kanunu 223/2 maddesinin "Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılanda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır. " düzenlemesi uyarınca ortaya çıkan ayıbın davacılara hemen bildirilmesi gerekirken bu bildirimde bulunulmamıştır. Satılan mal için 10 yıllık garanti verilmesi ayıp ihbarının süresinde yapılması külfetini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle süresinde yapılan bir ayıp ihbarı bulunmadığı gözetilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. Kaldı ki, gerek tespit gerekse hükme esas alınan bilirkişi raporunda malzemenin ayıplı olduğundan değil, davaya konu malzemenin en çok 150.00-200.00 m2 alana uygulanabileceği, daha büyük alanlar için uygun olmadığı, teras bölümünde kullanılan çimento esaslı elastik izolasyon malzemesinin bu alana uygun malzeme olmaması nedeniyle inşaatta belirtilen sorunlara yol açtığı da saptanmıştır. Bu itibarla yerel mahkeme kararının açıklanan nedenlerle bozulması gerekirken onanması doğru olmadığından asıl ve birleşen davada davacılar vekili-

nin karar düzeltme isteğinin kabulü ile Dairemizin 25/10/2017 tarihli ve 2016/20539-2017/7246 E.-K. sayılı onama kararının kaldırılarak yerel mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle asıl ve birleşen davada davacılar vekilinin karar düzeltme isteğinin kabulü ile Dairemizin 25/10/2017 tarihli ve 2016/20539-2017/7246 E.-K. sayılı onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme kararının **BOZULMASINA,** evvelce alınan onama harcı ile peşin harcın istek halinde karar düzeltme isteyen asıl ve birleşen dosya davacılarına iadesine, 21/05/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

KAT MÜLKİYETİ
•
ORTAK GİDERLERDEN SORUMLULUK

ÖZET: Kat mülkiyetinde ortak gider ve aidat borcundan kural olarak kat maliki sorumludur.

Kiracı ise kat maliki ile birlikte söz konusu borçlardan kira miktarıyla sınırlı olarak her ay için mütelesil sorumludur.

Y. 20. HD. E: 2017/4269 K: 2018/8284 T: 17.12.2018

Dava dilekçesinde, ... Apartmanında davalı ...'in kat maliki, diğer davalı ...'in ise onun kiracısı olduğunu, ödemedikleri aidat bedellerinin tahsili için aleyhlerine ... 12. İcra Müdürlüğünün 2012/17904 E. sayılı dosyası ile başlatılan icra takibinin davalıların haksız itirazı ile durduğundan bahisle icra dosyasına davalılar tarafından yapılan itirazın iptali, takibin devamını ve % 20 icra inkar tazminatının tahsilinin istenildiği, mahkemece davalı ... aleyhine açılan davanın kabulü ile ... 12. İcra Müdürlüğünün 2012/17904 Esas sayılı takip dosyasındaki davalı-borçlunun itirazının iptaline, takibin devamına, 315.-L (asıl ve toplam) alacağın takip tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, koşulları bulunmayan icra inkar tazminatı talebinin reddine, davalı ... aleyhine açılan davanın reddine miktar itibariyle kesin olarak karar verildiği bu nedenle hükmün Yargıtay incelemesinden geçmeksizin kesinleştiği anlaşılmıştır.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 22. maddesine göre kat malikinin 20. madde uyarınca payına düşecek gider ve avans borcundan ve gecikme tazminatından bağımsız bölümlerin birinde kira akdine dayanarak devamlı bir şekilde faydalananlar da müştereken ve müteselsilen sorumludur. Ancak kiracının sorumluluğu ödemekle yükümlü bulunduğu kira miktarı ile sınırlı olup yaptığı ödeme kira borcundan düşülür. Kanunun bu hükmüne göre ortak gider ve aidat borcundan kural olarak kat maliki sorumludur. Kiracı ise kat maliki ile birlikte söz konusu borçlardan kira miktarı kadar her ay için müteselsil sorumlu bulunmaktadır.

Bu sebeple mahkemece; davalı kat maliki ...açısından dava konusu taşınmazı kullanmadığı ve bu sebeple taşınmazın ortak giderinden sorumlu olmayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi, Kat Mülkiyeti Kanununun 22. maddesinin anataşınmaza ait ortak gider borcundan kat maliki ve kiracının müşterek ve müteselsil sorumlu tutulacağı hükmüne açıkça aykırı olması sebebiyle doğru görülmemiştir.

Bu itibarla 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 Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine, temyiz harcının istek halinde iadesine 17/12/2018 gününde oy birliği ile karar verildi.

MENFİ TESPİT DAVASI • İSPAT KÜLFETİ

ÖZET: Menfi tespit davasında kural olarak hukuki ilişkinin varlığını ispat yükü davalı alacaklıdadır.

Y. 20 HD. E:2019/2494 K:2019/3652 T:27.05.2019

Dava dilekçesinde, davacı tarafça; davalı-alacaklının kendisi aleyhine icra takibi yapma ehliyetine haiz olmadığı ve herhangi bir ortak gider borcu bulunmadığı belirtilerek .....ayılı icra dosyasında borcunun olmadığının tespitinin istendiği, mahkemece davacının borcu ödediğini ispat edemediği gerekçesiyle davanın reddine miktar itibariyle kesin olarak karar verildiği bu nedenle hükmün Yargıtay incelemesinden geçmeksizin kesinleştiği anlaşılmıştır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nın "Menfi tespit ve istirdat davaları" başlıklı 72/I. maddesi, "Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tesbit davası açabilir." düzenlemesini içermektedir. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispatı için menfi tespit davası açabilir ve takip konusu alacağın borçlusu olmadığının tespitini isteyebilir. Dava İİK'nın 72. maddesi gereğince açılmış menfi tespit davası olduğu ve menfi tespit davasın da, kambiyo senetine bağlı olması gibi istisnai durumlar hariç, ispat külfetinin davalıda olduğu dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekir. Borçlu borcun varlığını inkar ediyorsa, bu durumlarda ispat yükü davalı durumunda olmasına karşın alacaklıya düşer. Borçlu varlığını kabul ettiği borcun ödeme gibi

bir nedenle düştüğünü ileri sürüyorsa, bu durumda doğal olarak ispat yükü kendisine düşecektir.

Görülmektedir ki, menfi tespit davasında kural olarak, hukukî ilişkinin varlığını ispat yükü davalı/alacaklıdadır ve alacaklı hukukî ilişkinin (borcun) varlığını kanıtlamak durumundadır.

Bu sebeplerle mahkemece; davacının davalı-alacaklının takip yetkisine ve borcun esasına itirazı olduğu değerlendirilerek öncelikle davalının takip yetkisi olduğu ve icra takibine konu borcun doğduğu hususunu sunacağı delillerle ispatlaması gerektiği gözönüne alınıp, tarafların sunacağı deliller toplanarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken ispat külfetinin davacı da olduğu yanlış değerlendirmesi ile yazılı olduğu şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

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 Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine, temyiz harcının istek halinde iadesine 27/05/2019 günü oy birliği ile karar verildi.

DERNEKLE İLGİLİ DAVALAR • YETKİLİ MAHKEME

ÖZET: Dernek ile ilgili davalar dernek merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılacaktır.

Bu yetki kesin niteliktedir.

Y. 20 HD. E:2019/1654 T: 2019/3383 T: 13.05.2019

Zayi belgesi istemine ilişkin olarak açılan davada ..... Mahkemelerince ayrı ayrı yetkisizlik kararı verilmesi nedeni ile dosyada son karar bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra verilmiş ise de iki farklı bölge adliye mahkemesinin yargı çevresinde kalan mahkemelerce karşılıklı olarak yetkisizlik kararı verilmiş olması ve 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin görevinin yargı çevresi içerisinde bulunan adlî yargı ilk derece hukuk mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek olduğundan yargı yerinin belirlenmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü:

Dava, derneğe ait bazı defterlerin kaybolması nedeniyle buna ilişkin zayi belgesi verilmesi istemine ilişkindir.

....., dernek tüzüğünde dernek genel merkezi adresinin "....." olduğu belirtilerek yetkisizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

..... ise derneğin yerleşim yerinin "....." adresinde kayıtlı olduğu, genel merkezinin ise "....." olduğu, her ne kadar Dernekler Kanunu 32/k maddesinde zayi belgesi vermeye yetkili mahkemenin dernek merkezinin bulunduğu yer olduğu yazılı ise de bu kural kesin yetki kuralı değildir. Dernekler Kanunundan sonra 01.11.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK 14/1 maddesinde "Bir şubenin işlerinden doğan davalarda o şubenin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir." hükmüne göre davanın ilk açıldığı ve kendisineyetki itirazında bulunmayan Söke Sulh Hukuk Mahkemesi yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir.

5253 sayılı Dernekler Kanununun 32/k maddesinde; dernekler tarafından tutulması zorunlu olan defter ve belgelerin gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olması şartıyla elde olmayan bir nedenle okunamayacak hale gelmesi veya kaybolması halinde derneğe bu hususun öğrenilmesi tarihinden itibaren 15 gün içinde dernek merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde zayi belgesi almak için dava açma zorunluluğu getirilmiş, bu gereği yerine getirmeyen yöneticilerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Dernek ile ilgili davalar kamu düzenine ilişkin olup, 5253 sayılı Kanunun 32/k maddesindeki düzenleme uyarınca, zayi belgesini vermeye yetkili mahkeme dernek merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Bu maddede düzenlenen yetki, kesin nitelikte olup, kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece re'sen gözönüne alınması gerekir.

Somut olayda, davacı derneğin genel merkez adresinin ''....." olduğu ..... yazısından anlaşılmakla, yetkilimahkeme ..... Mahkemesidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri ile 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince..... **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 13/05/2019 oy birliğiyle karar verildi.

KİRA İLİŞKİSİNDEN DOĞAN DAVA • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Kira ilişkisinden doğan davalarda Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir.

Y. 20 HD E: 2019/2148 T: 2019/4377 T: 24.06.2019

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

... 4. Asliye Ticaret Mahkemesince, taraflar arasında tır ve dorse kiralama ilişkisi bulunduğunun tartışmasız olduğu, takip konusu alacağın da kiraya ilişkin fatura bedeline ilişkin olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

... 6. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından ise tarafların ticari şirket, işin de tamamen ticari iş olduğu, geç teslim nedeni ile davacı şirketin ticari zararına (Yoksun kalınan kar) ilişkin alacak (tazminat) talep edildiği, cari hesap/fatura, ticari iş özel kanun (T.T.K.) da düzenlendiği, ticari ilişki taraflar arasında ihtilaf konusu olmadığı gibi 17/04/2014 tarihli duruşmada davacı vekili ve davalı vekili ticaret mahkemesinin görevli olduğunu beyan ettikleri, işin ticari iş olduğu bunlara ilişkin tüm düzenlemelerin 6762 sayılı T.T.K. da düzenlendiği, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı T.T.K. da bu tür işlerde Ticaret Mahkemesinin görevli olduğu, bu itibarla mahkememizin görevli olmadığı, davanın ilk açıldığı ... 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 4/I-a maddesinde; sulh hukuk mahkemelerinin, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın, kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaları göreceği hükmüne yer verilmiştir.

Somut olayda davacı tarafından reklam faaliyetinde kullanılmak üzere 25/05/2012 tarihli sözleşmeye istinaden davalıya bir tır ve 34 RJ 184 plakalı dorseyi kiraladığını, ancak araçların davalı tarafından yeniden kiraya verilmeyecek halde iade edilmek istendiğini, davacı teslimi kabul etmediğini, taraflar arasında yapılan yazışmalar ile davalının hatasını kabul ederek tır ve dorseyi geri aldığını, akabinde aracın 10/10/2012 tarihinde eksiklikleri giderilerek davacıya teslim edildiğini, geç teslim dolayısıyla davalıyagönderilen faturanın da davalı tarafça kabul edilmediğinden, bu

döneme ilişkin 41.300,00.-TL ödenmediğinden tahsili için davalı hakkında başlatılan Küçükçekmece 1. İcra Müdürlüğünün 2012/10633 E.- sayılı takibe de davalı-borçlunun haksız yere itiraz ettiğinden bahisle, itirazın iptali ile en az %20 icra inkar tazminatına karar verilmesini talep etmiştir. Uyuşmazlık, kira ilişkisinden kaynaklandığından, uyuşmazlığın ... 6. Sulh Hukuk Mahkemelerince görülerek sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 6. Sulh Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 24/06/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

VESAYET İŞLERİ • YETKİLİ MAHKEME

ÖZET: Vesayet işlerinde küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki mahkeme yetkilidir.

Y: 20 HD. E: 2019/2477 E: 2019/4571 T: 27.06.2019

Kısıtlı ..., Akçaabat Sulh Hukuk Mahkemesinin 26.09.2017 tarih ve 2017/602 Esas-2017/911 Karar sayılı ilamı ile TMK'nın 406. maddesi gereğince kısıtlanmış ve annesi ...'ın velayeti altına bırakılmıştır.

Veli, 30.11.2017 havale tarihli dilekçesi ile kısıtlılığının kaldırılması talebinde bulunmuştur.

Akçaabat Sulh Hukuk Mahkemesince, 16.03.2018 tarihli ek karar ile kısıtlının yerleşim yeri adresinin "... Mah. ... Cad. ... Sok. No:30 D:7 .../..." olduğu gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir.

İstanbul Anadolu 17. Sulh Hukuk Mahkemesince, dosya esasa kaydedilmiş, daha sonra kısıtlı ve velinin kısıtlılığının kaldırılması talebinde bulunması üzerine vesayet makamınca kısıtlının yerleşim yeri değişikliğine izin verilmesine ilişkin bir karar verilmediği gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir.

Türk Medenî Kanununun 411. maddesine göre, "Vesayet işlerinde yetki, küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir. "Aynı Kanunun 19/1. maddesi uyarınca "Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir." TMK'nın 412. maddesinde ise "Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. Yerleşim yerinin değişmesi hâlinde yetki, yeni vesayet dai-

relerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilân olunur." hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, kısıtlının yerleşim yeri değişikliğine izin verilmesine ilişkin vesayet makamı olan ... Sulh Hukuk Mahkemesince TMK'nın 412/1. maddesine göre verilmiş bir izin kararı olmadığından kısıtlının talebi ile ilgili karar vermekte Akçaabat Sulh Hukuk Mahkemesi yetkilidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri ile 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince Akçaabat Sulh Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 27/06/2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

TAŞINMAZLARA İLİŞKİN DAVALARDA YETKİ

ÖZET: Taşınmazın aynından doğan davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Ortaklığın giderilmesi davaları da miras bırakanın terekesiyle ilgili olmayan taşınmazın aynına ilişkin davalardır.

Y. 20. HD. E:2019/2387 K:2019/4632 T: 01.07.2019

Talep, ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir.

... Sulh Hukuk Mahkemesince davanın davacı vekilince dilekçesinde çoğunluğu başta ... olmak üzere dilekçesinde dökümü yapılan taşınmazlardaki ortaklığın satış suretiyle giderilmesi davası olduğu, davanın mirastan kaynaklı mal paylaşımı niteliğinde açılmış ortaklığın giderilmesi davası olduğu ve terekede bulunan malların tamamına ilişkin işbu dava bakımından murisin ölmeden önceki son yerleşim yeri mahkemesinin kesinyetkili olduğu, davacı ve davalıların murisi olan ...'un ölmeden önceki son yerleşim yeri adresinin UYAP'tan alınan nüfus kaydı ile ".../..." olduğu gerekçesi ile yetkisizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

... 1. Sulh Hukuk Mahkemesince ise, 6100 sayılı HMK' nın 11. maddesi uyarınca mahkemelerinin davaya bakmakta yetkili olmadığı ve murisin ölmeden önceki yer mahkemesi olan ... Sulh Hukuk Mahkemelerininyetkili olduğuna karar verilmiş ise de davanın miras bırakanın taşınır

taşınmaz mal ayrımı yapılmaksızın terekesiyle ilgili olarak açılmadığı, yalnızca belli taşınmazlar üzerindeki ortaklığın giderilmesinin istenildiği, dava dilekçesinde de terekede bulunan malların tamamının paylaşımının istendiğine dair bir ifade olmadığı, dolayısıyla "Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir", "Bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkin ise, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da dava açılabilir" hükümleri de uyarınca ... Sulh Hukuk Mahkemesinin de yetkilioldığu, davanın ilk açıldığı yer olan ... Sulh Hukuk Mahkemesinde görülmesi gerektiği gerekçesi ileyetkisizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki başlıklı 6100 sayılı HMK'nın 12. maddesinin 1. fıkrasında "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 kesinyetkilidir", 3. fıkrasında "bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkin ise, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da dava açılabilir" hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu, taşınmaza ilişkin bulunduğundan ve davanın miras bırakanın taşınır taşınmaz mal ayrımı yapılmaksızın terekesiyle ilgili olarak açılmadığı anlaşıldığından uyuşmazlığın davanın ilk açıldığı yer olan ... Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri ve 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince ... Sulh Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 01/07/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ MAHKEMESİ • YETKİ KURALI

ÖZET: Tüketicinin yerleşim yerinde de dava açılmasına ilişkin yasa hükmün mutlak yetki kuralı içermeyen davacıya seçimlik hak tanıyan yasa kuralıdır.

Y. 20 HD. E: 2019/2281 K:2019/4628 T: 01.07.2019

... 2. Asliye Hukuk (Tüketici mahkemesi sıfatıyla) Mahkemesince, HMK'nın 12/1. maddesinde düzenlendiği üzere taşınmazın aynına ilişkin davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılmasının gerektiği, dava konusu olan taşınmazın bulunduğu ... ilçesinin idari yönden ... iline bağlı olup, adli yönden ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun İlke Kararı uyarınca ... ili, ... ilçesine bağlı olduğu gibi taşınmaz ile ilgili sözleşmenin feshi talebini içerir davada yetki kuralının kamu düzenine ilişkin ve kesin olduğu gerekçesiyleyetkisizlik kararı vererek dosyanın yetkili ve görevli taşınmazın bulunduğu ... ilçesi yargı çevresi olan ... Tüketici Mahkemesine veya davacının ikametgahı olan İstanbul Tüketici Mahkemelerine gönderilmesine kararı verilmiştir.

İstanbul 8. Tüketici Mahkemesince ise davanın devre tatil sözleşmesinden cayma hakkının kullanılması nedeniyle ödenen bedelin iadesi talebi olduğu, davanın taşınmazın aynına ilişkin davalardan olmadığı gibi davalı tarafça süresi içinde yapılan yetki itirazı da bulunmadığı, bu sebeple dosyanın ... Tüketici Mahkemesine veya davacının ikametgahı olan İstanbul Tüketici Mahkemesine gönderilmesine şeklinde verilen yetkisizlik kararının 6100 sayılı HMK'nın yetki kurallarını düzenleyen hükümleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 73. maddesinin beşinci fıkrasında "Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir" denilmekte ise de bu kural 6100 sayılı HMK'nın yetkiye ilişkin kurallarının yanında bir ek yetki kuralıdır.

HMK'nın 6/1 maddesi uyarınca "(1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir." Bu yetki kuralı kesin olmadığından HMK'nın 19. maddesinde belirlenen süre ve yöntemle yetkisizlik itirazında bulunulmaz ise davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelir ve mahkemece kendiliğinden yetkisizlik kararı verilemez.

Bu durumda uyuşmazlığın, davanın ilk açıldığı yer mahkemesi olan ... 2. Asliye Hukuk (Tüketici mahkemesi sıfatıyla) Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 2. Asliye Hukuk (Tüketici mahkemesi sıfatıyla) Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 01/07/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

TEREKE TASFİYESİ • YETKİLİ MAHKEME

ÖZET: Tereke işlerinde miras bırakanın son yerleşim yerindeki Sulh Hukuk Mahkemesi yetkilidir.
Y.20. HD. E:2019/2885 K: 2019/4625 T:01.07.2019

Dava, tereke temsilci atanması davasıdır.

... Sulh Hukuk Mahkemesince miras bırakan ...'ın son yerleşim yerinin ....olduğu, ...'ın adresinin "... olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

... 2. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından ise kolluk tutanağı ve bu tutanakla aynı doğrultuda olan davacının beyanından; mirasbırakan ...'ın ölmeden önceki son yerleşim yerinin .../... olduğu gerekçesiyle yetkisizlikkararı verilmiştir.

Türk Medenî Kanununun 589. maddesine göre, tereke işlerinde yetki, mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine aittir.

Dosya kapsamından UYAP sistemi üzerinden alınan nüfus kaydının yapılan incelemesinde; MERNİS kaydına göre mirasbırakan ...'ın yerleşim yeri adresinin bulunmadığı ve kolluk araştırmasında ise mirasbırakan ...'ın .../... vefat ettiğinin bildirildiği anlaşıldığından murisin ölmeden önceki son yerleşim yerinin ".../..." olması nedeniyle uyuşmazlığın ... Sulh Hukuk Mahkemesince görülüp sonuçlandırılması gerekir.

SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri ve 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince ... Sulh Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 01/07/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ
•
TÜKETİCİ SIFATI

ÖZET: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesidir. Bu nedenle arsa sahibinin tüketici olduğundan söz edilemez.

Y. 20. HD. E.2019/2280 K.2019/4629 T: 01.07.2019

Dava, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat istemine ilişkindir.

... 9. Asliye Hukuk Mahkemesince, davacının gerçek kişi - arsa sahibi olarak sözleşmenin tarafı olduğu,davalı şirket ile yapılan sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun madde 3/1 (k) - (l) bendine göre tüketici işlemi niteliğinde olan sözleşmeye dayalıdavada aynı Kanunun 73. maddesine göre Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

... 10. Tüketici Mahkemesi ise davacı arsa sahibi, olay eser sözleşmesinde kaynaklanan davadır. Davanın6502 sayılı Kanunun 3. maddesinde kapsamında kalmadığı mesken niteliğinde bağımsız bölüm satışı olmadığı, bu itibarla 9. Asliye Hukuk Mahkemesinin görevsizlik karar gerekçesine katılınmadığı ticari nitelik taşıyan taşınmazla ilgili ihtilafın çözümünde genel mahkeme görevli olması nedeniyle görevsizlik kararı vermiştir.

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.

Bir hukukî işlemin sadece 6502 sayılı Kanunda düzenlenmiş olması tek başına o işlemden kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukukî işlemin 6502 sayılı Kanun kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6502 sayılı Kanun kapsamında olması için mutlak surette taraflardan en az birisinin tüketici vasfını taşıması gerekir.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanunun 3/1. maddesi (l) bendinde "Gerçek veya tüzel kişilerle tüketiciler arasında kurulan eser sözleşmelerini" tüketici işlemi kapsamına almıştır. Aynı Kanunun 73/1. maddesi ise tüketici işlemlerinden doğan davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu belirlemiştir.

6502 sayılı Kanunun 3. maddesi gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak, Kanunun sistematiği nazara alındığında, kanunda zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı BK'nın 155 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanununun 3/1-(k) maddesindeki tüketici tanımına uymadığı anlaşılmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta davacının (arsa sahibinin), Tüketici Kanununda tanımı yapılan tüketici kapsamında olmadığından, taraflar arasındaki ilişkinin 6502 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Buna göre; davaya bakma hususunda genel mahkemeler görevli olup, uyuşmazlığın davanın ilk olarak açıldığı ... 9. Asliye Hukuk Mahkemesince görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 9. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 01/07/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

MİRAS PAYLARININ TESPİTİ • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Tarafların mirasçılık sıfatları üzerinde bir uyuşmazlığın bulunmadığı drumlarda miras sebebiyle istihkak davasından söz edilemez, uyuşmazlık miras paylarının belirlemesine ilişkindir. Bu nedenle davada Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir.

Y. 20. HD. E:2019/2203 K:2019/4631 T:01.07.2019

Davacı, dava ve birleştirilen dava ile murisinden miras olarak 200 adet koyunun kaldığını, bugüne kadar payı oranında koyun yahut bedelinin ödenmediğini, karşılığı 8.000,00 TL'nin yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep etmiş, yargılama sırasında talebini ıslah etmiştir.

Salihli 2. Asliye Hukuk Mahkemesince Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 11/06/2015 gün ve 2015/1903 E. - 6462 K. sayılı bozma kararına uyulmasına karar verildikten sonra somut uyuşmazlıkta davacı ve davalılar murisin alt soyudur. Davalılar, davada davacı tarafın mirasçılık sıfatına karşı koymamıştır. Tarafların mirasçılık sıfatları üzerinde bir uyuşmazlığın bulunmadığı hallerde, miras sebebiyle istihkak davasından söz edilemez. Uyuşmazlık Türk Medenî Kanununun 640 ve devam maddelerinde belirtilen mirasın paylaşılmasına ilişkindir. Paylaşma davalarında sulh mahkemesi görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Salihli Sulh Hukuk Mahkemesince ise davalının muristen kalan koyunlar üzerindeki alacak ve uğranılan kazanç kaybının tazmini talepleri yönünden ise dava konusu malvarlığı haklarına ilişkin olduğundan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemleri Kanununun 2. maddesinde belirtilen "dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı ve şahıs varlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir." hükmü ve HMK'nın 4. maddesi gereğince mahkememizin görevliolmadığı, mal varlığına ilişkin çekişmeli davalarda asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiylegörevsizlik kararı verilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 22/2. maddesinde "İki mahkemenin aynı dava hakkında göreve veya yetkiye ilişkin olarak verdikleri kararlar kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleştiği takdirde, görevli veya yetkilimahkeme, ilgisine göre bölge adliye mahkemesince veya Yargıtayca belirlenir."

6100 sayılı HMK'nın 23/2. maddesinde, "Yargıtayca verilen merci tayini kararları ile temyiz incelemesi sonucu kesinleşen göreve ve yetkiye ilişkin kararlar davaya ondan sonra bakacak mahkemeyi bağlar" hükümlerine yer verilmiştir.

Somut olayda, Salihli 2. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 2011/206 E. - 2013/300 K. sayılı karar ile asıl davanın kabulüne, birleştirilen davanın reddine, karar Yargıtay 14. Hukuk Dairesince, "Somut uyuşmazlıkta davacı ve davalılar murisin alt soyudur. Davalılar, davada davacı tarafın mirasçılık sıfatına karşı koymamıştır. Tarafların mirasçılık sıfatları üzerinde bir uyuşmazlığın bulunmadığı hallerde, miras sebebiyle istihkak davasından söz edilemez. Uyuşmazlık Türk Medenî Kanununun 640 ve devam maddelerinde belirtilen mirasın paylaşılmasına ilişkindir. Paylaşma davalarında sulh mahkemesi görevlidir. (TMK'nın 640/2.

maddesi) Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindendir (HMK'nın 1. maddesi). Yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Kaldı ki, göreve ilişkin itiraz da ileri sürülmüştür. Bu nedenle, mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddine ve dosyanıngörevli sulh hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilip yazılı şekilde hüküm kurulması usül ve kanuna aykırıdır.." denilerek bozulmuştur. Bu durumda, davaya bakma göreviniSalihli Sulh Hukuk Mahkemesine ait olduğu özel dairenin kabulündedir. Özel Dairenin bozma kararının mahkemeleri bağlayıcılığı özelliği vardır.

O halde, uyuşmazlığın Salihli Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda belirtilen nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince Salihli Sulh Hukuk Mahkemesinin Y**ARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 01/07/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BOŞANMA DAVASINDA YETKİLİ MAHKEME

ÖZET: Boşanma davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son altı aylık sürede eşlerin birlikte oturdukları yer mahkemesidir.

Boşanma davalarındaki yetki kesin yetki değildir.

Y.20. HD. E:2019/2365 K:2019/4626 T: 07.17.2019

Dava, boşanma istemine ilişkindir.

... 14. Aile Mahkemesince, davacının dava açıldığında Almanya'da ikamet ediyor oluşu, davalının ise Türkiye'ye dönüş yaptığında ...'da ikamet etmeye başladığı, Türkiye'den taşınmadan önce ise tarafların son ikametgahının ... olması nedeniyle, davalının süresinde ileri sürdüğü yetki itirazı sebebiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

... 7. Aile Mahkemesi ise, her ne kadar ... 14. Aile Mahkemesince 2017/311 E. - 2019/147 K. sayılı kararı ile; "Davacının dava açıldığında Almanya'da ikamet ettiği, davalının Türkiye'ye dönüş yaptığında ...'da ikamet etmeye başladığı, Türkiye'den taşınmadan önce tarafların son ikametgahlarının ... olması" gerekçe gösterilerek yetkisizlik kararı verilmişse de dosya incelemesinde, davacının dava açtığı tarihin 19/04/2017 tarihi olduğu, dava dilekçesinde adres belirtilmediği, davacının vekiline verdiği vekaletnamedeki adresinin Almanya olduğu; davalının cevap dilekçesinde ikametgahının ... olduğunu belirterek yetkisizlik kararı verilmesini talep ettiği; mahkememizce UYAP üzerinden alınan adres sorgulamasında davalı-karşı davacının 17/10/2017 tarihinde "Muratpaşa/..." adresini MERNİS adresi olarak bildirdiği, davalı karşı davacının dava açıldıktan sonra mernis adresini ... olarak bildirdiği, 08/05/2017 tarihinde ... 5. Aile Mahkemesinde açılan davanın İstanbul 14. Aile Mahkemesi dosyası ile birleştirildiği, tarafların dilekçelerindeki beyanlarından evlendikleri tarihten itibaren Almanya'da yaşadıkları, son defa birlikte oturdukları yerin de Almanya olduğu, 03/05/2017 tarihinde UYAP üzerinden alınan nüfus kayıt örneğinde davacının ve davalının yerleşim yerinin "Frankfurt/ ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ" olarak göründüğü, dolayısıyla dava açıldığı tarih itibariyle tarafların Türkiye'de son yerleşim yeri adreslerinin bulunmadığı, ... 14. Aile Mahkemesinin bu davaya bakmaya MÖHUK 41. maddesi gereği yetkili olduğu gerekçesi ile yetkisizlik kararı vermiştir.

TMK'nın 168. maddesinde "Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir." hükmüne yer verilmiş olup, boşanma davalarında yetki kesin değildir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 160. maddesine göre, evlenmenin butlanı davasında, yetki ve yargılama usûlü bakımından boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır. Aynı Kanunun 168. maddesine göre ise boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Boşanma davalarında yetki kesin yetki değildir.

Somut olayda; davacı-b.davacı ...'ın yerleşim yerinin "Frankfurt/ALMANYA FEDERAL CUMHURİYETİ" olduğu, davalı-b.davalı ...'ın yerleşim yerinin "Muratpaşa/..." olduğu anlaşıldığından uyuşmazlığın ... 7. Aile Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nun 21 ve 22. maddeleri ile 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince ... 7. Aile Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 01/07/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KESİN YETKİ

ÖZET: Yetkinin kesin olduğu durumlarda dava şartı mevcut olup yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekir.

Kesin yetki durumunda mahkeme yargılamanın sonuna kadar yetki sorununu araştıracaktır.

Y. 20. HD. E:2019/2308 K:2019/4623 T:01.07.2019

Talep, vakıf evladı olduğunun tespiti istemine ilişkindir.

... 1. Asliye Hukuk Mahkemesince davalı ...Vakfı adresinin "..." olması, davalı tarafın da süresi içerisindeyetki itirazında bulunmuş olması karşısında, yetkili mahkemenin ... Asliye Hukuk Mahkemeleri olduğu gerekçesi ile yetkisizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

... 3. Asliye Hukuk Mahkemesince ise, kesin yetki bulunmayan davada davalı tarafından süresinde usule uygun olarak ileri sürülmeyen yetki

itirazının daha sonra düzeltilmek kaydı ile ileri sürülmesi mümkün olmadığı gibi mahkemece de kendiliğinden dikkate alınamayacağından ... 1. Asliye Hukuk Mahkemesininyetkili hale geldiği gerekçesi ile yetkisizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

4721 sayılı TMK'nın 609. maddesinin dördüncü fıkrasında "Süresi içinde yapılmış olan ret beyanı, mirasın açıldığı yerin sulh mahkemesince özel kütüğüne yazılır ve reddeden mirasçı isterse kendisine reddi gösteren bir belge verilir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu yasal düzenlemeye göre mirasın reddi istemi, mirasın açıldığı yerin sulh hukuk mahkemesinde mirasçı tarafından sözlü veya yazılı beyanla yapılabilir. Buradaki yetki kesin olup, miras bırakanın son yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesi görevli ve yetkili mahkemedir (TMK 609. md - Y.2.HD 2009/129191 E. - 2009/17413 K.).

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 3. maddesine göre, mülhak vakıf mülga 743 sayılı TMK'nın yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş ve bu kişiler tarafından; mazbut vakıf ise bu kanun uyarınca genel müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı TMK'nın yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıflar olarak tanımlandıktan sonra, aynı Kanunun 6 ve 7. maddelerinde ise mazbut vakıfların ... tarafından yönetilip temsil edileceği hükme bağlanmıştır.

Vakıflarla ilgili açılan davalarda yetkili mahkeme belirlenirken 6100 sayılı HMK'da iki ayrı düzenlemenin dikkate alınması gerekir;

Kesin yetki kuralının öngörüldüğü 14/2. madde de, özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, mevcut bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu bu özel ve sınırlı hal dışında kesin yetki kuralının mevcut olmadığı, maddede düzenlenen yetkinin, kesin nitelikte olup kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece yargılamanın her safhasında re'sen dikkate alınması gerekir.

Kesin yetki kuralı dışındaki genel yetkili mahkeme ise, 1086 sayılı HUMK'nın 9. maddesini karşılayan 6100 sayılı HMK'nın 6. maddesinde düzenlenmiş, buna göre; yetkili mahkeme davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.

Ayrıca aynı Kanunun 19/4. maddesine göre de yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında

bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelir. Hakim doğrudan (re'sen) yetkisizlik kararı veremez.

4721 sayılı TMK'nın 51. maddesinde; tüzel kişinin yerleşim yerinin, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yer olduğu hükme bağlanmıştır. İntifa haklarının (tevliyet, sükna ve galle) tespit ve tahsili için; mülhak vakıflar aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, vakfın yerleşim yeri (kurulduğu yer) mahkemeleri kesin yetkilidir.

Dava konusu vakıf, mülga 743 sayılı TMK'nın yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıf, yani "mülhak vakıf"tır. Dosyada bulunan ve Vakıflar Genel Müdürlüğünden gelen 09.11.2018 tarihli yazı ekinde bulunan vakfiyeye göre dava konusu mülhak vakfın ...'da kurulduğu anlaşılmaktadır. 6100 sayılı HMK'nın 114. maddesi gereği yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması dava şartı olup, dava şartlarının 115. madde gereği yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekir. Yine, aynı Kanunun 19. maddesi gereği yetkinin kesin olduğu davalarda, mahkeme yetkili olup olmadığını, davanın sonuna kadar kendiliğinden araştırmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Bu durumda mahkemece, vakfın merkezinin bulunduğu (kurulu olduğu yer) ... Asliye Hukuk Mahkemelerinin yetkili olması sebebi ile uyuşmazlığın ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri ve 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 01/07/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

SİTELERE İLİŞİKİN DAVALAR • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Yasaya uygun şekilde toplu yapı yönetimine geçilmemiş olan sitelerdeki uyuşmazlıklarda Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir.

Y. 20. HD. E:2019/2767 K:2019/4637 T:01.07.2019

Dava, birden çok parsel üzerinde kurulu bulunan sitede 28.07.2013 tarihli olağan genel kurulda alınan kararların iptali istemine ilişkindir.

... Sulh Hukuk Mahkemesince Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 19.11.2015 tarih, 2015/13945 -2015/16880 E.K. sayılı bozma ilamına uyulmasına karar verildikten sonra davaya konu yer birden fazla parsel üzerinde kurulu olup, Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 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 dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığa Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerektiği gerekçesiyle görevsizlikkararı vermiştir.

... 2. Asliye Hukuk Mahkemesince ise, davalı sitenin toplu yapı yönetimine geçtiğinin anlaşıldığı gerekçesiylegörevsizlik kararı verilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 22/2. maddesinde "İki mahkemenin aynı dava hakkında göreve veya yetkiye ilişkin olarak verdikleri kararlar kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleştiği takdirde, görevli veya yetkilimahkeme, ilgisine göre bölge adliye mahkemesince veya Yargıtayca belirlenir."

6100 sayılı HMK'nın 23/2. maddesinde, "Yargıtayca verilen merci tayini kararları ile temyiz incelemesi sonucu kesinleşen göreve ve yetkiye ilişkin kararlar davaya ondan sonra bakacak mahkemeyi bağlar" hükümlerine yer verilmiştir.

Somut olayda ... Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/649 E.- 2014/785 K. sayılı davanın reddine dair kararı Yargıtay 18. Hukuk Dairesince "Davaya konu yer birden fazla parsel üzerinde kurulu olup, Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 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 dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığa Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin

uygulanması gerekmektedir. Buna göre görev hususu da genel hükümler uyarınca tayin edilmelidir. 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 durumda mahkemece,görevsizlik kararı verilerek dosyanın asliye hukuk mahkemesine gönderilmesi gerekirken işin esası hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiştir." denilerek bozulmuştur. Bu durumda davaya bakma görevinin asliye hukuk mahkemesine ait olduğu özel Dairenin kabulündedir. Özel Dairenin bozma kararının mahkemeleri bağlayıcılığı özelliği vardır

O halde uyuşmazlığın ... 2. 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** 01/07/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BİRDEN FAZLA MAHKEMENİN YETKİLİ OLMASI

ÖZET: Bir davada birden fazla yetkili kılınmış ise, davacı bu mahkemelerin birinde dava açma konusunda seçimlik hakka sahiptir.

Davacı davasını yetkisiz mahkemede açarsa seçme hakkı davalı tarafa geçer.

Y. 20. HD. E:19/2189 K:2019/4646 T:07.17.2019

Dava, trafik kazası sonucu oluşan yaralanmadan kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

... 9. Asliye Ticaret Mahkemesi; davalı ... şirketinin yerleşim yerinin "..." olduğu dava konusu trafik kazasının ".../..." da meydana geldiği, davacının yerleşim adresinin ".../..." olduğu ve dava konusu ... plakalı araca ait ZMMS poliçesinin ...'da faaliyet gösteren sigorta acentesi tarafından düzenlendiği anlaşılmaktadır. Davanın açıldığı ... mahkemesi, 2918 sayılı Kanunun 110/2. maddesinde yapılan açık düzenlemede yer verilen

mahkemelerden olmadığı gibi HMK'da belirlenen yetkili mahkemelerden birisi de değildir. Kanunda yetkili kılınmayan bir yer mahkemesine genişletici yorum veya kıyas yolu ile yetkiverilmesi mümkün bulunmadığı gerekçeleri ile yetkisizlik yönünde hüküm kurmuştur.

... 2. Asliye Ticaret Mahkemesince talebin trafik kazası nedeniyle doğan maddi zararın tazmini talebi olduğu, davalı tarafça şirket merkezinin İstanbul ili, Kadıköy ilçesinde olduğundan bahisle yetki ilk itirazında bulunulduğu ve ... 9. Asliye Ticaret Mahkemesince yetkisizlik kararı verilerek dosyanın Mahkememize gönderildiği anlaşılmıştır. HMK'nın 6 ve devamı maddelerinde davanın konusuna göre yetkili olan mahkemeler belirlenmiş, 16. maddesinde de "Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir." düzenlemesine yer verilmek suretiyle, haksız fiiller bakımından birden fazla yer mahkemesiyetkili olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte haksız fiilin trafik kazasından kaynaklandığı görülmekle 2918 sayılı KTK'nın 110/2. madde ve fıkrasında yetkili mahkemeye ilişkin olarak "Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir." düzenlemesine yer verilmiştir. Yetkili mahkemenin birden fazla olduğu hallerde seçimlik hak davacıya aittir. HMK'nın 16. maddesi bakımından değerlendirilme yapıldığında her ne kadar davanın ilk açıldığı ... mahkemeleri yetkisiz gibi görünmekte ise de; davalı ... şirketinin ... Bölge Müdürlüğünün ... ilinde bulunduğu, bu hali ile yetkisizlik kararı veren ... 9. Asliye Ticaret Mahkemesinin yargılama bakımından yetkili olduğu, Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 12/06/2017 tarihli 2016/5765 Esas -2017/6653 Karar sayılı ilamında ve benzer nitelikteki 18/09/2017 tarihli 2016/5782 Esas - 2017/7840 Karar sayılı ilamında da belirttiği üzere "Davacı vekilinin davayı, sigortacının bir acenteden daha-yetkili organı olan ... Bölge Müdürlüğünün bulunduğu ...'da açtığı gözetilerek (H.G.K. Kararları da bu yöndedir) yetki itirazının reddi..." gerekmekte iken usule aykırı olarak yetkisizlik kararı verildiği, verilen kararın kanun yollarına başvurulmaksızın kesinleştiği ve bu nedenle Mahkememiz için bağlayıcı olmadığı gerekçesi ile yetkisizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

6100 sayılı HMK'nın genel yetkiyi düzenleyen 6. maddesininin birinci fıkrasına göre; "Genel yetkilimahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir." Yine, aynı Kanunun 16. maddesinde ise, "Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu

yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir." hükmü yer almaktadır.

Diğer taraftan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 110. maddesi ile ZMSS Genel Şartlarının C.7. maddesinde ise "Motorlu araç kazalarından dolayı hukukî sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentanın bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi, kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir." ifadesine yer verilmiştir.

Bir davada, birden fazla genel ve özel yetkili mahkeme varsa, davacı bu mahkemelerden birinde dava açmak hususunda bir seçimlik hakka sahiptir. Davacı, davasını bu genel ve özel yetkili mahkemelerden hiçbirinde açmaz ve yetkisiz bir mahkemede açarsa, o zaman seçme hakkı davalılara geçer.

Somut olayda, kaza .../... ilçesinde meydana gelmiş, davacının yerleşim yeri de .../...'dır. Ancak, ... 2. Asliye Ticaret Mahkemesince yapılan araştırma ile davalı ... şirketinin ... ilinde bölge müdürlüğünün olduğu anlaşılmıştır. Dolayısı ile davacının birden çok mahkemenin yetkili olduğu ve kesin yetki kuralının bulunmadığı bu davada, davayı davalının bölge müdürlüğünün bulunduğu ... ilinde açarak yetkili mahkemeyi seçmiş olduğu anlaşıldığına göre, davanın ... 9. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri ve 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince; ... 9. Asliye Ticaret Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE 01/07/2019 gününde oy birliği ile karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

YARGITAY BOZMASI • KAZANILMIŞ HAKLAR

ÖZET: Yargıtay kararında yerel mehkeme tarafından hüküm altına alınan maddi tazminattan SGK tahsislerinin ilk peşin değeri düşülmediği belirlenerek yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

Bu noktada bozma kararı dışında kalan hususlar konusunda davalı taraf lehine kazanılmış hak olmuş ve bozma kapsamı dışında kalan hususlar kesinleşmiştir.

Bu durum dikkate alınarak bozma sonrasında, davalının kazaınılmış hakları gözönüne alınarak yeni hüküm oluşturulmalıdır.

Y. 21. HD. E:2014/20808 Y: 2015/10604 T:12.05.2015

,

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava 20.04.2011 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece Dairemizin maddi tazminatın hak sahiplerine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilir bölümünün indirilmesi yoluyla maddi tazminatın belirlenmesi gerektiğine ilişkin bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda maddi tazminatın ve bozma öncesi gibi manevi tazminatın kısmen kabulüne karar verilmiş ve bu karar süresinde davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkemece uyulmasına karar verilen bozma sonrası yapılan yargılamada, yeni verilere göre hak sahiplerinin zararları hesaplatılarak, hesaplanan bu zarardan Kurumca hak sahiplerinin her birine bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin indirilmesi suretiyle maddi tazminatın belirlenmesi yoluna gidilmiş olup, yapılan bu uygulama ile davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hakkın ihlal edildiği görülmektedir.

Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına Mahkemece uyulmasına karar verildiğinde, Mahkeme için uyulan kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. "Usuli kazanılmış hak" olarak tanımlayacağımız bu olgu mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirdiği gibi, mahkemenin kararını bozmuş olan Yargıtay Hukuk Dairesince de, sonradan, ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara usuli kazanılmış hakka aykırı bir şekilde ikinci bir bozma kararı verilememektedir. (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, Hukuk Genel Kurulu'nun 12.07.2006 gün, 2006/9-508 E. 2006/521 sayılı kararı)

Mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usuli kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usuli kazanılmış hak gerçekleşebilir. Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar hakkında yeniden inceleme yaparak karar veremez. Bir başka anlatımla, kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usuli kazanılmış hak oluşturur (04.02.1959 gün ve 13/5 sayılı YİBK).

Kazanılmış haklar Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2.maddesinde açıklanan "Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir" hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Somut olayda, davalıların temyiz talepleri üzerine Dairemizce verilen kararda, Kurumca bağlanan gelirlerin indirimi dışında maddi tazminatın belirlenemsine ilişkin olarak bozma nedeni yoktur. Diğer bir deyişle maddi tazminatın belirlenmesine esas alınan diğer doneler bozma dışında kalmıştır. Kaldı ki davacı vekili dahi 12.12.2013 tarihli dilekçe ile bozma öncesi hesap raporu ile hak sahiplerinin her biri bakımından hesaplanan zarardan ilk ilk peşin sermaye değerinin indirilmesi yoluyla davacıların her biri bakımından hüküm altına alınmasını istediği maddi tazminat talebini belirtmiş olup, bu beyanın davacıları bağlayacağı ortadadır. Hal böyle olunca ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilir bölümünün bozmadan önce alınan hesap raporunda hesaplanan zarardan indirilerek sonucuna göre ve taleple bağlı biçimde bir karar verilmek gerekirken, yeni

verilere göre hesaplanan zarardan ilk peşin sermaye değerinin indirimi suretiyle maddi tazminata karar verilmesi davalılar yararına oluşan usuli kazanılmış hakkın ihlali niteliğinde olup bozma nedenidir.

Yapılacak iş 21.02.2013 tarihli hesap bilirkişi raporu ile hesaplanan zarardan, şimdiki gibi ilk peşin sermaye değeri indirilmek, sonucuna göre ve taleple bağlı biçimde maddi tazminat istemi hakkında bir karar verilmekten ibarettir.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olgular ve özellikle davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hak dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılar vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA,** davalılar yararına takdir edilen 1.100.00TL. duruşma Avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davalılara iadesine, 12.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MÜTESELSİL BORÇ • DAVADAN FERAGAT • SİGORTA ŞİRKETİ • FAİZ

ÖZET: Alacaklı müteselsil borçlulardan birinin durumun iyileştirirse bunun sonuçlarına katlanır. Müteselsil borçlulardan biri hakkında davadan feragat edilmesi diğer müteselsil sorumlu yönünden de feragat anlamı taşır. Bu duruma göre diğer borçlu feragat edilen müteselsil borçlunun sorumlu olduğu kadar borç ödeme sorumluluğundan kurtulur.

Usülüne uygun şekilde temerrüde düşürülmemiş olan sigortacının faiz ödeme yükümlülüğü dava tarihinden itibaren başlar.

Y. 21. HD. E:2016/17683 K:2018/449 T:23.01.2018

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlerle temyiz edenin sıfatına temyiz kapsam ve nedenlerine göre; temyiz eden davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, sigortalının iş kazası sonucunda vefatı nedeniyle yakınlarının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, birleşen dava dosyasının feragat nedeniyle reddine, asıl dava dosyası açısından davacıların maddi tazminat istemlerinin kabulüne, davacı eşin manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, diğer davacıların manevi tazminat istemlerinin ise kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, yargılamaya konu trafik iş kazasının meydana gelişinde kaza yapan aracın içerisinde yolcu olarak bulunan davacılar murisinin bir kusurunun bulunmadığı, araç şöförü davalı ...'ın %50, araç maliki birleşen dosya davalısı ...'in %25, davalı .... San. ve Tic. A.Ş. %25 oranın kusurlu oldukları. Davacıların 2012 yılında açtıkları birleşen dava dosyasının tek davalısının davalı ... olduğu, davacılar vekilinin yargılamanın 04/06/2015 tarihli 19. celsesinde birleşen dava dosyasından, dolayısıyla davalı ... hakkındaki davadan feragat ettiği, davacı tarafın ıslah dilekçesinde hükme esas olan bilirkişi hesap raporunu kabul ettikleri, davalı ... şirketinin asıl dava dosyasında hüküm altına alınan

maddi tazminat istemlerine ilişkin olarak olay tarihinden işleyecek yasal faizle sorumlu tutulduğu, yerel mahkemenin kararından sonra davacıların tümüne Kurum tarafından iş kazası sigorta kolundan gelir bağlandığı anlaşılmaktadır.

3-Müteselsil borçluluk, birden fazla borçlunun her birinin, alacaklıya borcun tamamını ifa etmekle yükümlü olduğu, borçlulardan birinin edimi yerine getirmesi halinde borcun sona erdiği ve buna bağlı olarak diğer borçluların da borçtan kurtuldukları bir birlikte borçluluk halidir. Alacaklı, müteselsil sorumlulardan herbirinden tazminat borcunun tamamını veya bir kısmını ifa etmelerini talep edebilecektir. Bu kapsamda alacaklıya ödeme yapan müteselsil borçlulardan her biri, ödediği tutar ve kusur oranına göre, diğer mütselsil borçlulara rücu edebilir.

Bunun yanında, Türk Borçlar Kanunun 168/2. maddesi gereğince alacaklı, diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse bunun sonuçlarına katlanır. Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragat edilmesi diğer müteselsil sorumlu yönünden de teselsülden feragat niteliğini taşır ve böylece müteselsil sorumlu olan diğer davalı da bu çerçeve kapsamında sorumluluktan kurtulmuş olur.

Somut olayda, davalı ... hakkındaki birleşen davadan feragat edildiği, birleşen dosya davalısı vemüteselsil borçlulardan birisi olan davalı ...'in iş kazasının meydana gelişinde %25 oranında kusurlu olduğu, adı geçen davalı hakkındaki feragat nedeniyle hesaplanan zarar tutarlarından indirim yapılması gerektiği gözden kaçırılarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

4-Mahkemece, maddi zararın belirlenmesi sırasında bilirkişi tarafından hesaplanan zarar tutarlarından davacılara Kurum'ca bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin rücu edilebilecek kısımları düşülmeden sonuca gidildiği görülmektedir. Varılan bu sonuç yerinde değildir.

Davanın bu yönüyle yasal dayanağını, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu oluşturmaktadır. Kanunun 55. maddesinde, " Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez." hükmüne yer verilmiştir.

Adalet Komisyonu'nun 55. madde gerekçesine göre; "sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bu

kural gereği, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam kaçınılmazlık hallerindeki ödemeler, bu tazminatlardan indirilemez. Bağlanan gelirlerin, işçinin kusuru ve kaçınılmazlık gibi nedenlerle rücu edilemeyen kısmı da indirilemez. Bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyeceği gibi, zarar görenin kusuruna (müterafık kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza halindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemez."

Öteyandan, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun 2. maddesine göre "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştirildikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanır". Dairemizin ve giderek Yargıtay'ın yerleşmiş görüşleri, Kurumca bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin ve geçici işgöremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, Kurumun rücu hakkının korunması ve mükerrer ödemeyi önleme ilkesine dayandığından, kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki, 6098 sayılı Kanunun 55. maddesi de emredici bir hükme yer verdiğinden gerçekleştiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır.

Buna göre, hükme esas alınan bilirkişi hesap raporunda belirlenen zarar tutarlarından, hakkında davadanferagat edilen davalı ...'in kusurundan kaynaklanan indirim de gözetildikten sonra her bir davacı için tespit edilen miktarlardan, davacılara Kurum tarafından iş kazası sigorta kolundan bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin rücu edilebilecek kısımları hesaplanarak indirilmesi gerekirken yazılı şekilde indirim yapılmadan hüküm kurulması isabetsizdir.

5-2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91 ve 99.maddeleri göre sigortacılar, hak sahibinin kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine iletiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar. Sigortacının sekiz iş günü içerisinde ödeme yapmaması halinde temerrüt gerçekleşir. Sigortacının temerrüde düştüğü hallerde faizin başlangıç tarihi temerrüt tarihi olup, hak sahiplerinin sigortacıyı dava tarihinden önce temerrüde düşürdüğü kanıtlanamaz ise sigortacının faiz yükümlülüğü dava tarihinden başlar.

Hal böyle olunca, davacıların dava tarihinden önce davalı ... şirketine kazayı ihbar edip etmediği ve hasar dosyası açılıp açılmadığı araştırılarak

davalı ... şirketinin temerrüt tarihinin yukarıda açıklanan hükümlere göre tespiti ve buna göre davalı ... şirketi açısından faizin başlangıç tarihinin belirlenmesi gerekirken, sigorta şirketinin olay tarihinden itibaren faizle sorumlu tutulması isabetsiz olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, temyiz eden davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, Davalılardan ... San.Tic. A.Ş. ile ... A.Ş. yararına takdir edilen 1.630,00TL duruşma Avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde temyiz eden davalılara iadesine, 23/01/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MÜTESELSİL BORÇ • DAVADAN FERAGAT

ÖZET: Müteselsil sorumlulardan biri hakkında davadan feragat edilmesi diğer müteselsil sorumlu yönünden de feragat anlamını taşıyacağından diğer borçlu da feragat edilen müteselsil borçlunun sorumlu olduğu oranda borç ödeme yükümlülüğünden kurtulur.

Y. 21. HD. E:2017/5611 K:2019/323 T:22.01.2019

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle, davalılardan ... İnş.Müşavirlik Taah. San.Tic.Ltd.Şti.yönünden feragat nedeniyle reddine, 217.051,63 TL maddi ve manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte diğer davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizen incelenmesi davacı ile davalılardan ... İnşaat A.Ş. vekillerince duruşmasız, davalılardan ... Gayrimenkul Geliştirme İnş.Yat.A.Ş.ile ... İnşaat San.Tic.A.Ş. vekillerince de duruşma olarak istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 22/01/2019 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalılardan ... Gayrimenkul Geliştirme İnş.Yat.A.Ş. vekili Avukat ..., ... İnşaat

A.Ş.vekili Avukat ... ile davacı vekili Avukat ... ... geldiler. Diğer davalılar adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıdaki karar verildi.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlerle temyiz kapsam ve nedenlerine göre; tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davalı ... İnş. Müş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. açısından feragat nedeniyle davanın reddine, diğer davalılar açısından davacının maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat isteminin ise kısmen kabulüne karar verilmiştir.Dosya kapsamından davacının iş kazası sonucu %64,00 oranında sürekli iş göremezliğinin bulunduğu ve iş kazasının meydana gelişinde davalılar ... Gay. Gel. İnş. ve Yat. A.Ş. ile ... İnş. San. ve Tic. A.Ş.'nin birlikte %50, davalı ... İnş. A.Ş.'nin %20, davalı ... İnş. Müş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin %30 oranında kusurlu oldukları, davacının ise bir kusurunun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

3-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 görene verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hakimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23.6.2004, 13/291-370) Bu ilkeler gözetildiğinde, davacı yararına hükmedilen 25.000,00 TL manevi tazminat azdır.

4-Türk Borçlar Kanunun 168/2. maddesi gereğince alacaklı, diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse bunun sonuçlarına katlanır. Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragatedilmesi diğer müteselsil sorumlu yönünden de teselsülden feragat niteliğini taşır ve böylece müteselsilsorumlu olan diğer davalı da bu çerçeve kapsamında sorumluluktan kurtulmuş olur.Somut olayda davacı vekili 07/09/2015 tarihli celsede davalı ... İnş. Müş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. yönünden davadanferagat etmiştir. Böylelikle davacı taraf bir kısım müteselsil sorumluların durumunu iyileştirirken diğermüteselsil borçluların iç ve dış ilişkideki durumlarını ağırlaştırmıştır. Buna göre, hükme esas bilirkişi hesap raporunda belirlenen maddi tazminat tutarından hakkındaki davadan feragat edilen ... İnş. Müş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin kusuru oranında indirim yapılması gerekirken bu husus gözetilmeden karar verilmesi isabetsiz olmuştur.Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** davacı ile davalılardan ... Gayrimenkul Geliştirme İnş.Yat.A.Ş.ve ... İnşaat A.Ş. yararına takdir edilen 2.037,00TL duruşma Avukatlık parasının karşılıklı olarak birbirlerine yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, 22/01/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • İBRANAME

ÖZET: İbranamade bir bedel belirlenmiş ise, ibranamenin düzenlendiği tarihteki verilere göre zarar arasında açık bir oransızlık yoksa hak sahibinin iradesinin ibra yönünde oluştuğu kabul edilmelidir.

Ödeme ile zarar arasında açık oransızlık varsa, kısmi ifadan söz edileceğinden ibranamenin makbuz niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

İbranamenin manevi tazminatı kapsayıp kapsamadığına da bakılmalıdır.

Y. 21. HD. E:2018/1651 K:2019/3758 T:14.05.2019

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; İlk Derece Mahkemesince davanın kısmen kabulüne karar verilmesi üzerine davalılar vekillerince istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesince, davalılar vekillerinin istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararının süresi içinde temyizen incelenmesi davalılardan ... İnş Tur San. Tic. Ltd. Şti.vekilince duruşmalı, ...vekilince de duruşmasız olarak istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 14/05/2019 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü temyiz eden davalılar adına kimse gelmedi. Davacı vekili Avukat ... geldi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü ve aşağıdaki karar verildi.

K A R A R

A) Davacı İstemi;

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; Müvekkilinin davalı ... İnş. işçisi olarak diğer davalıya ait Ottomanors evleri inşaat şantiyesinde çalışırken 07/10/2009 tarihinde geçirdiği iş kazası neticesinde yaralandığını, müvekkilinin ahşap-kalıp ustası işi yapmakta olduğunu ve işyerinde günlük

60,00 TL yevmiye ve yemek sosyal hakkından faydalandığını, kazanın meydana gelmesinde davalı tarafın tam kusurlu olduğunu, davalı işveren şirket tarafından müvekkiline ibraname imzalatıldığını, 199.000,00 TL geçici ve sürekli iş göremezlik ödeneği ile 1.000,00 TL manevi tazminat ödemesinin nakden yapıldığının yazılı olduğunu, ancak müvekkilinin herhangi bir ödeme almadığını, %55 maluliyet karşılığı 1.000,00 TL manevi tazminatın kabulünün mümkün olmadığını, iş kazası sonrası müvekkiline 30.000,00 TL tazminat ödemesinin banka kanalıyla yapıldığını, bu ödeme dışında ödeme yapılmamış olduğunu beyanla, ıslahla birlikte 62.887,16 TL maddi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep etmişlerdir.

B) Davalı Cevabı;

Davalı ... Şirketi vekili cevap dilekçesinde özetle; Davaya konu kaza nedeniyle davacıya 199.000,00 TL maddi ve 1.000,00 TL manevi tazminat ödemesi yapıldığını, davacı asilin noter huzurunda söz konusu tazminatları nakden aldığını beyan ederek müvekkilini ibra ettiğini beyanla, feragat ve ibra nedeniyle davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Davalı ...Ş. Vekili cevap dilekçesinde özetle; Diğer davalı işveren şirketin davacıya ödeme yaptığını, davacının noter huzurunda şirketi ibra ettiğini, davacının işvereni şirket ile müvekkili şirket arasındaki taşeronluk sözleşmesi gereği müvekkili şirketin sorumlu tutulamayacağını, davanın ....'ne ihbarına karar verilmesi gerektiğini, müvekkili şirketin kazanın meydana gelmesinde herhangi bir kusuru olmadığını beyanla, davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi:

İlk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir.

Gerekçe;

"Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde meydana gelen iş kazası nedeni ile çalışamadığı günlere ilikşin kazanç kaybının tahsili amacı ile işbu davayı açmıştır. Davalı vekili ise, dava konusu olayda müvekkilinin bir kusuru bulunmaması nedeni ile davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Davaya konu olayın kaza tarihi 17/07/2009 tarihi olup, meydana gelen kaza 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13. maddesine göre iş kazasıdır. Yapılan yargılama sırasında farklı bilirkişi heyetlerniden alınan ve birbirini teyit eden 24/11/2015 ve 04/04/2016 tarihli kusur bilirkişi heyet raporlarında; meydana gelen kaza niteliğinin

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 13 maddesine göre iş kazası olduğu, kazanın meydana gelmesinde davalı ... şirketin %70 oranında ve davalı ... İnşaat Şirketi'nin %20 oranında kazazede davacının ise %10 oranında kusurlu olduğu yönünde tespit ve değerlendirilmede bulunulmuş ve her iki kusur bilirkişi heyeti raporlarının, yeminli dinlenen tanık beyanları ile dosya kapsamına göre olayın oluş şekline uygun olduğu anlaşılmakla mahkememizce de hükme esas alınmışlar ve dava konusu iş kazasının meydana gelmesinde davalı ... şirketinin %70 oranında ve davalı ... İnşaat Şirketi'nin %20 oranında kusurlu olduğunun kabulü gerekmiştir.

Kaza tarihi olan 07/10/2009 tarihi için yürürlüktü olan günlük net 693,00 TL ücretin, 1.091,25TL/693,00 TL = 1,57 katı olup, bu oran üzerinden bilirkişi hesaplama yapmıştır. Ayrıca dosyada bulunan kayıtlardan davacının evli olup olmadığı veya çocuk sayısına ilişkin bir bilgi olmadığından bekar asgari ücretli asgari geçim indirimleri dikkate alınmıştır.

Yargılama aşamasında celp ve ibraz edilen SGK ... İl Müdürlüğünün cevabi yazıları, SGK peşin sermaye değeri hesap tablosu, SGK geçici iş göremezlik ödeme tabloları ile tüm dosya kapsamında; davacının maluliyet oranının %55 olarak tespit edildiği anlaşılmıştır.

Davacının dava konusu olay nedeni ile uğradığı maddi zararların hesabı bakımından dosya bilirkişiye tevdi edilmiş olup, bilirkişi 08/11/2016 tarihli raporunu ibraz etmiş, ibraz edilen bilirkişi raporunda meslek odasınca bildirilen ücrete göre yapılan hesaplamada maddi hata yapıldığı anlaşılmış, yapılan maddi hata mahkememizce düzeltilerek hükme esas teşkil edilmiş ve böylelikle davacının olay nedeni ile 62.887,16 TL maddi zararı olduğu anlaşılmakla, davalı işverenlerin kusuru nedeni ile bu miktar maddi zarardan sorumlu olduğu anlaşılmıştır."

D) Bölge Adliye Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi:

İlk derece mahkemesi kararına karşı davalılarca istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine ... Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi tarafından, ilk derece mahkemesi kararında delilerin tartışılıp değerlendirilmediği, bilirkişi raporlarına atıf yapılarak gerekçe düzenlendiği, yeterli gerekçe içermediğinden bahisle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmış, gerekçe eklenmek suretiyle yeniden esas hakkında karar verilmiştir.

Gerekçe;

"Uyuşmazlık ; 07/10/2009 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu %55 oranında maluliyeti gerçekleşen davacının maddi tazminat alacağının bulunup bulunmadığıdır.

Olay günü saat 19:00 civarında bahçe perde duvarı kalıp işini yapan davacının , kalıpları bağlamak için gerekli olan kilit malzemesini bulunduğu yerden alıp çalıştığı alana dönerken, havuzların arıtma tesis yer altı deposunun üzerinden geçerken, plywood malzeme ile kapatıldığından, davacının dengesini kaybederek deponun zeminine düştüğü, bu olay nedeniyle davacının malul kaldığı, dosyaya giren SGK yazı cevaplarına göre maluliyet oranına davacı tarafından itiraz edildiği, itiraz üzerine YSK tarafından oranın % 55 olarak tespit edildiği, kontrol kaydının bulunmadığı, maluliyet oranına yargılama sırasında davalılar tarafından açıkça itiraz edilmediği anlaşılmıştır.

Dosya kapsamına göre, gece çalışması yapılan yerde yeterli aydınlatma bulundurmayan , düşme riskine karşı gerekli önlemleri almayan, çalışmaları güvenli şekilde organize etmeyen, inşaat işinde çalışacak işçilere gerekli iş güvenliği eğitimlerini vermeyen ve denetimi yapmayan asıl işveren ... A.Ş'nin kazanın meydana gelmesinde %70 oranında , alt işveren ... İnş... Ltd.Şti'nin %20 oranında kusurlu olduklarının tespitine yönelik bilirkişi heyet raporunun oluşa uygun, denetime elverişli nitelikte olduğu, bu nedenle davalılara yüklenen kusur oranın yerinde olduğu anlaşılmıştır.

Davalı ... İnş.. Tarafından sunulan ... 30. Noterliğinin 14/02/2011 tarihli ibraname başlıklı belgede "...Söz konusu iş kazası dolayısıyla işverenden: 199.000,00 TL geçici ve sürekli işgöremezlik tazminatı ile 1.000,00 TL manevi tazminat olmak üzere toplam 200.000,00 TL nakden aldım. Bu nedenle halen ve doğmuş ve ileride doğması muhtemel bilcümle bakiye maddi ve manevi zararlara karşın talep ve dava hakkımdan gayri kabili rucu şartı ile feragat ediyorum..." şeklinde açıklamanın bulunduğu anlaşılmıştır.

Dava dilekçesinde davacıya sadece 30.000 TL ödeme yapıldığı bunun dışında ödeme yapılmadığı belirtilmiş ise de davacı vekilince 20/09/2016 tarihli oturumda 35.000 TL'lik çek verildiği beyan edilmiştir.

İlk Derece Mahkemesince Davalı ... şirketinin defter ve kayıtları üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen 03/12/2014 tarihli rapora göre , davalı şirketin kayıtlarında ibranamede belirtilen rakamlarda ödemenin bulunmadığı, hazır bulunan şirket muhasebecisinin ödemelerin şirket ortağının kendi hesabından yapıldığına yönelik beyanında, şirket adına yapılan ödemelerin ortaklar tarafından gerçekleştirilmesi halinde dahi şirket kayıtlarına intikal ettirilmesi gerektiğinin tespit edildiği anlaşılmıştır.

Maluliyet durumu ve kusur oranları konusunda kesin fikir sahibi olması mümkün olmayan işçinin olaydan sonra verdiği ibranameyi tümden geçerli saymak, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Mevzuatının temel prensibi olan "işçinin korunması temel ilkesi" ne de uygun düşmeyecektir. Konuyla ilgili doğrudan amir bir hüküm bulunmaması nedeniyle ibranın doğruluk ve güven kuralına aykırı olmaması gerektiği gerçeğine sıkıca sarılarak sorun çözümlenmelidir. Kural olarak tazminat alacaklısına yapılmış ödemenin bu miktar ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ödemeden söz edebilmek için tanzim edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunduğu durumlarda, yapılan ödeme makbuz niteliğinde kabul edilebilir.(Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 11/07/2011 tarih 2010/4177 Esas 2011/6149 Kararı)

Dosya kapsamı itibariyle ibraname başlıklı belge değerlendirildiğinde; iş kazasının 07/10/2009 tarihinde meydana geldiği, davacıya kurumca 26/09/2010 tarihine kadar geçici iş göremezlik ödeneği ödendiği, ibranamenin 14/02/2011 tarihinde düzenlendiği, davacı vekilince çek verilmek suretiyle ödendiği bildirilen 35.000 TL dışında ibranamede yazan 200.000,00 TL nin ödendiği hususunun gerek şirket kayıtları , gerek banka kayıtları ile ispatlanamadığı, kaldı ki hesap bilirkişisi tarafından , iddia, meslek odası ve bakanlıkça bildirilen ücretlere göre seçenekli yapılan tüm hesaplarda dahi kusur oranına göre bulunan rakamların ibranamede belirtilen rakamın altında kaldığı, kusur ve maluliyet oranı kesinleşmeden bu miktar tazminatın ödenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, bu nedenle ibranamenin doğruluk ve güven kuralına aykırı şekilde alındığı, sadece ödendiği kabul edilen miktar bakımından makbuz hükmünde olduğu , hesap bilirkişisince ödendiği bildirilen 35.000 TL mahsubu ile bakiye maddi zararın tespitinin dosya kapsamına uygun olduğu, bakiye maddi zararın giderildiği hususunun davalılar tarafından ispatlanamadığı anlaşılmıştır.

Kaza tarihi itibariyle davacının 53 yaşında olduğu, mesleki kıdeminin bulunduğu, asgari ücret ile çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, bu nedenle meslek odasından bildirilen ücret miktarına göre maddi zararın tespitinin yapılmasının dosya kapsamına uygun olduğu, bilirkişi tarafından yapılan hesaplama sırasında Pasif emeklilik dönemi için açıklama kısmında 19 yıl olarak belirtilmiş ise de hesaplamanın 13 yıl üzerinden PMF 1931 tablosuna göre yapıldığı, hesap bilirkişisi raporunda hata bulunmadığı anlaşılmış, davalıların istinaf başvuru nedenlerine itibar edilmemiştir.

Kamu düzeni yönünden yapılan inceleme sonucunda; 6100 Sayılı HMK'nın 297/1/c. maddesi uyarınca hükmün " Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri." taşıması gerekmektedir.

Bu düzenleme yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereği ve kamu düzeni ile ilgili olup Kanun'un aradığı anlamda oluşturulacak kısa ve gerekçeli kararların hüküm fıkralarının açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar, kararın gerekçesinin de sonucu ile tam bir uyum içinde, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta olması zorunludur.

Somut uyuşmazlıkta ;İlk derece mahkemesi kararında delilerin tartışılıp değerlendirilmediği bilirkişi raporlarına atıf yapılarak düzenlendiği, yeterli gerekçe içermediği anlaşılmakla, Dairemizce oluşturulan yukarıdaki gerekçelerle HMK 353/1-b-2 maddesi gereğince ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak davanın kabulüne yönelik aşağıdaki şekilde yeniden hüküm kurulmuştur."

E) Temyiz Nedenleri;

Bölge Adliye Mahkemesi kararına karşı davalılar tarafından temyiz kanun yoluna başvurulmuştur.

Davalı ...Ş. temyiz dilekçesinde özetle, ibraname dikkate alınmadan hüküm kurulmasının hatalı olduğunu, davacının diğer davalının işçisi olduğunu, kusurları bulunmadığını, kazanın davacı kusurundan kaynaklanması nedeniyle illiyet bağının kesildiğini, kendilerine daha fazla kusur verilmesinin hatalı olduğunu ileri sürmüştür.

Davalı ... İnş. Tur. San. Tic. Ltd. Şti. temyiz dilekçesinde özetle, İbramenin Noterden onaylı bir resmi belge olduğunu, davacı tarafından irade fesadı nedeniyle açılmış bir iptal davası vs. olmadığını, Eski BK döneminde ödemeyi banka ile yapmak gibi bir zorunlulukları olmadığını, sürekli iş göremezlik oranının hatalı tespit edildiğini, davacının vasıfsız işçi olduğunu, asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğini, pasif dönemin hangi gerekçe ile 19 yıl olarak kabul edildiğinin açıklanmadığını ileri sürmüştür.

F) Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe;

Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Bölge adliye mahkemesince yukarıda açıklandığı şekilde davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davacı tarafından imza itirazına uğramayan, dosya kapsamındaki ... 30. noterliğinden tasdikli 14/02/2011 tarih ve 04480 yevmiye numaralı ibranamede davacının 08/10/2009 tarihinde meydana gelen iş kazasında yaralandığını, bu kaza dolayısıyla işverenden 199.000,00 TL geçici/sürekli iş göremezlik için, 1.000,00 TL de manevi için toplam 200.000,00 TL'yi nakden aldığını, bu nedenle işvereni ibra ettiğini, her türlü dava hakkından feragat ettiğini beyan ettiği, davacı tarafın ibranamede belirtilen tutarın ödenmediğini, sadece çekle 35.000,00 TL ödendiğini beyan ettiği anlaşılmaktadır.

Türk hukukunda ibra sözleşmesi 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, 132 inci maddede "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir" şeklinde kurala yer verilmiştir.

İş ilişkisinde borcun ibra yoluyla sona ermesi ise anılan yasanın 420 inci maddesinde öngörülmüştür. Sözü edilen hükme göre, işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması gerekir.

Eldeki dosya içerisinde bulunan ibra sözleşmesinin düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı Yasada ise ibra kurumuna yer verilmemiştir. Buna karşılık mülga Yasa döneminde , ibra uygulamasına yer vermiş ve bu uygulamayı içtihatlarıyla geliştirmiştir.

Maddi tazminat için düzenlenen ibranamede bir bedele yer verilmesi halinde bu bedel ile ibranamenin düzenlendiği tarihteki verilere göre belirlenen zarar arasında açık bir oransızlık yoksa, sigortalı veya hak sahiplerinin iradelerinin de ibra yönünde oluştuğunun kabulü gerekir. İbranamedeki tutarın neredeyse tazminat borcunun tamamına yakın bir miktarı içermesi gerekir. Başka bir anlatımla, maddi tazminat alacağının

tamamının bedelsiz olarak ibra edildiği savunması ile borçlunun ifaden kaçınması mümkün değildir. Ödenen bedel ile ödeme tarihi itibariyle hesaplanan zarar arasında açık oransızlık varsa, o zaman yapılan ödeme kısmi bir ifa olarak değerlendirilmeli ve ibra belgesi makbuz niteliğinde sayılmalıdır.

Yargılamada geçerli bir ibranın varlığı saptanırsa bu ibraname müteselsil sorumluluğa borcun tamamını kapsadığından diğer müteselsil borçlularda ibra nedeniyle sorumluluktan kurtulurlar. Bu nedenle müteselsilborçlulardan birinin ibrasının diğer borçluları da kapsayıp kapsamayacağı problemi bu tür davalarda ortaya çıkmaz.

İbranamedeki rakamın maddi veya manevi tazminat için ödendiği, şeklinde bir açıklık yoksa, ibra tarihindeki maddi tazminat miktarının hesaplanması ve ödenen miktarın karşılaştırılması gerekir. Ödenen miktar maddi tazminatı tamamen karşılamıyorsa, manevi tazminatın ibra edilmediği, maddi tazminatı karşılamakla birlikte fazla bir ödemenin bulunması halindeyse, manevi tazminatı da kapsadığı şeklinde uygulama yapılmaldır.

Manevi tazminat yönünden, ibraname ile bir bedelin ödendiğinin anlaşılması halinde, manevi tazminat alacağının tamamen ibra edildiği kabul edilmelidir. Zira manevi tazminat, mahiyeti itibariyle bölünemez niteliktedir. Meslek hastalığı veya iş kazası nedeniyle düzenlenen ibranamede bir bedel yeralmış ve açıkça maddi ve manevi zararlardan söz edilmişse, manevi zararın tümüyle ibra edildiği kabul edilir. Bu durumda ibranamedeki rakamın ne kadarının maddi, ne kadarının manevi tazminat için alındığı hususunun davacıya açıklattırılması gerekir. Davalı da, davacının iddiasının aksini başka bir yazılı delil ile kanıtlamalıdır.

Müteselsil borçlulardan birinin ibra edilmesi halinde, ibraname borcun tamamını karşılıyorsa, diğer borçlular da sorumluluktan kurtulurlar. Eğer kısmi ifa olarak kabul edilirse, diğer borçlular da ibra edilen miktar kadar borçtan kurtulurlar Müteselsil sorumlulardan birinin kendi kusur oranına düşen bedel karşılığı alacağı ibraname ile borcun bakiyesinden kurtulması mümkün değildir. Bu durumda kısmi ifa söz konusu olur. Zira, bu durum müteselsil sorumluluk kavramına uygun düşmez.

Müteselsil sorumluların iç ilişkileri bakımından ise, kısmi ifa niteliğindeki ibraname söz konusu olduğunda, ödemede bulunan sorumlu ödediği miktar kadar rücu borcundan kurtulur. Müteselsil borçlulardan birinin bedelsiz olarak ibra edilmesi diğer müteselsil borçluların bu borçluya rücu hakkını etkilemez.

Somut olayda, 6098 sayılı yasanın yürürlüğünden önce düzenlenmiş 14/02/2011 tarihli ibranamede davacının kaza dolayısıyla işverenden 199.000,00 TL geçici/sürekli iş göremezlik için, 1.000,00 TL de manevi tazminat için toplam 200.000,00 TL'yi nakden aldığını beyan ettiği, davacının imza itirazında da bulunmadığı açık olduğuna göre, hükme esas alınan bilirkişi hesap raporunda belirlenen zarar tutarı ve ibranamede nakden ödendiği belirtilen maddi tazminat miktarı dikkate alındığında davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsiz olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli, Bölge Adliye Mahkemesi kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddesi uyarınca BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 14/05/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

ALT İŞVEREN • MÜTESELSİL BORÇ • BİRLİKTE İSTİHDAM • ORGANİK İLİŞKİ

ÖZET: Asıl işverende alt işveren arasında yapılan sözleşme ile zarardan alt işvereni sorumlu olduğunun kararlaştırılması hak sahibi üçüncü şahıs olan alacaklıları bağlamaz.

İşçinin grup şirketlerine hizmet vermesi birlikte istihdam anlamındadır. Bu durumda tek ilişki vardır. Başlangıçta tek işverende başlayan ilişkiye sonradan başka bir işverenin katılması halinde de tek ilişki vardır. Holding ve grup şirketlerdeki organik ilişki sebebiyle birlikte istihdam olduğundan tüm şirketler işçilik alacaklarından sorumludur.

Y. 21. HD. E:2018/4897 K:2019/4072 T: 23.05.2019

A) Davacı İstemi;

Davacı vekili dava dilekçesinde özet olarak; 09/01/2014 tarihinde davalı ... şirketinde meydana gelen patlama sonucu etrafa saçılan erimiş çelik nedeni ile müvekkilinin ağır yaralanarak malul kaldığını, kazanın meydana geldiği gün işinden ve görev tanımından ilgisiz olarak davalı şirket tarafından patlamanın meydana geldiği bölümde çalışmaya zorlandığını, işverenliğin kusurunun olduğunu, kaza anında işverence yaptırılan işe ilişkin hiçbir sertifikasının ya da ustalığının bulunmadığını, teknolojik ömrünü tamamlamış kazanlar olmasına rağmen işveren tarafından ticari gaye ile kullanılmaya devam edildiğini ve bu tür patlamalar gibi başka patlamalar ve yanıklar da yaşandığını ve davalı tarafından hiçbir önlem alınmadığını, iş bu davadaki üç davalı şirketin sahiplerinin aynı kişiler olduğunu, adreslerinin dahi aynı olduğunu, müvekkilinin hangi davalı şirket tarafından sigortalandığını bilmemesi ve işverenliklerin birbirinin devamı olma ihtimali sebebi ile üç davalının da söz konusu kaza sebebi ile müştereken sorumlu olduklarını, kaza sonucu müvekkilinin vücudunun feci şekilde yandığını, ağır derecede yanıklar oluştuğunu, ciddi oranda hareket kısıtlılığı ve his kaybı oluştuğunu, müvekkiline atfedilecek bir kusurun olmadığını beyanla şimdilik 1.000,00 TL maddi tazminat, 100.000,00 TL manevi tazminat olmak üzere toplam 101.000,00 TL'nin kaza tarihinden

işleyecek avans faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

B)Davalı Cevabı;

Davalı ... Met. San. Ve Tic. Ltd. Şti. vekili cevap dilekçesinde özet olarak; davanın belirsiz alacak davası olarak açılamayacağını, kazanın davacının kendi hatası, ihmali ve tam kusuru ile meydana geldiğini, işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliğine dair tedbirlerin alındığını belirterek belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... Metalurji Sanayi Ticaret A.Ş. (... Metalurji A.Ş.) vekili cevap dilekçesinde özet olarak; husumet ve zamanaşımı itirazında bulunduklarını, davacının müvekkili şiket işçisi olmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C)İlk Derece Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi;

"..1-Davalı ... Şirketi yönünden davanın açılmamış sayılmasına,

2-Davalı ... Metalurji Sanayi Ticaret A.Ş. (... Metalurji A.Ş.) yönünden davanın REDDİNE,

3-Davalı ... (... Çelik A.Ş.) yönünden DAVANIN KISMEN KABULÜNE KISMEN REDDİNE,

A-Maddi tazminat talebine ilişkin olarak talebin reddine,

B-Manevi tazminat talebinin kısmen kabulü ile; 5.000,00 TL manevi tazminatın olayın meydana gelmiş olduğu 09/01/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı ... şirketinden alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine,..."

GEREKÇE

"..... hizmet döküm cetveli, işyeri tescil bilgisi ekran görüntüleme kayıtları, ... tahkikat dosyası sureti, davacıya ait özlük dosyasının sureti dosyaya sunulmuş, tahkikat dosyası içinde bulunan 12/03/2015 tarih, 006945 numaralı ... SSGM raporunda özetle; davacının SİD oranı derecesinin %0 olduğu belirtilmiş, 5. celsede maluliyete dair duruma ilişkin davacı vekilince herhangi bir beyanda bulunulmamış, mahkememize sunulan 18/06/2015 tarihli dilekçenin 3. Maddesinde maluliyete itiraz olmadığı açıkça beyan edilmiş olmakla maddi tazminat talebine ilişkin talebin reddi gerektiği değerlendirilmiş, manevi tazminat talebine ilişkin olarak yargılamaya devam olunmuş, SİD oranı %0 olsa bile salt yaşanan olay nedeniyle manevi zararın meydana gelebileceği kabulü doğrultusunda kusur oranının da taktirde dikkate alınması gerektiği kanaatiyle kusur oranının

belirlenmesi yoluna gidilmiş, 24/05/2016 havale tarihli raporda özetle; .... Çelik'in %90, davacının %10 oranında kusurlu olduğu, ... Haddecilik ve ... Çelik şirketlerinin olayın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığı tespit edilmiş, itiraz doğrultusunda aldırılan 02/03/2017 tanzim tarihli raporda özetle; .... Çelik'in %90, davacının %10 oranında kusurlu olduğu, ... Haddecilik ve ... Çelik şirketlerinin olayın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığı tespit edilmiştir.

... Çelik (.... Metalurji A.Ş.) ile davacı arasındaki ilişkiye dair iddia incelenmekle hizmet dökümn cetvelinde davacının iş kazasının meydana geldiği sırada 1059204 işyeri numaralı ... Çelik Metalurji şirketinde çalıştığı, Mahkememizde aynı işyerinde çalışan başka bir işçinin açmış olduğu davada fiilen çalışılan yerde meydana gelen şirket değişikliklerine ilişkin olarak 2013/27 esas sayılı dosya kapsamında "davalılar arasındaki ilişki irdelenmekle; mahkememize göre emsal dosyalarda tespit edilen isim değişikliği ve ücret bordrolarının incelenmesinde aynı işçilerin diğer işverenle çalışmaya devam ettiği ve ... çeli metalurjinin isim değiştirerek ... metalurji ye dönüştüğü, ... metalurji şirketine ait işçilerin toplu halde önceki adı ... olan sunar çelik şirketinde çalışmaya devam ettikleri, şirketler arasında işyeri devri, isim değiştirme ilişkisinin bulunduğu, 4857 sayılı iş kanununun 6. Maddesi gereği işçilik alacaklarından müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunduğu," tespit edilmekle davacının geçirmiş olduğu iş kazasının en son işyerini devralan ... Çelik şirketinde çalışırken meydana gelmiş olması, bu yönüyle önceden işyerinde faaliyette bulunan ... Metalurji A.Ş.'nin olayla ilgili sorumluluğunun bulunmadığı, bu yönüyle davanın ... Metalurji yönünden husumetten reddi gerektiği değerlendirilmiştir.

... Çelik ve .... Haddecilik yönünden yapılan incelemede dosya içerisinde bulunan Ticaret Sicil Gazetesi suretlerinde .... Metalurji şirketinin davanın açılış aşamasında bildirilen ... Çelik Metalurji şirketi olduğunu, ... Haddecilik şirketinin Ticaret Sicilinden terkin edildiğinin bildirildiği, davacı vekilince dosyaya sunulan 16/06/2016 havale tarihli dilekçe ile davacı vekilinin ... Ltd Şti yönünden davanın atiye bırakıldığının bildirildiği görülmekle; dosya incelenmiş olup olayın meydana gelmesinde kusuru bulunmayan .... Metalurji şirketi yönünden davanın reddine, ... Haddecilik şirketi yönünden davanın takipsiz bırakılmış olması nedeni ile davanın açılmamış sayılmasına, olayın meydana gelmesinde kusur durumu, SİD oranı, paranın alım gücü, manevi tazminatın maksadının yaşanan manevi acıyı dindirmek olup sebepsiz zenginleşmeye sebebiyet verilmemesinin kanuni gereksinim olması hususları nazara alınarak taktiren 5.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği, vekalet ücreti yönünden

her iki şirket yönünden red gerekçelerinin ayrı olması nedeniyle ayrı ayrı vekalet ücreti takdiri gerektiği kanaatiyle açık yargılamaya son verilerek aşağıda belirtildiği şekilde hüküm kurulmuştur...”

D)Bölge Adliye Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi;

“..1-Davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK’nin 353/1-b.1 maddesi gereğince ESASTAN REDDİNE,.. ”

GEREKÇE

“ ..Dava, davacının geçirdiği iş kazası sonucu oluşan maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Somut olayda; davalı ... şirketinde çalışan davacının 09/01/2014 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu yaralandığı, 22.04.2014 tarihli ... kısa vadeli sigortalılar servisinin kararı ile kazanın iş kazası olduğunun tespit edildiği, yine ... ... Sağlık ... ... Merkezinin 12.03.2015 tarihli raporuna göre davacının maluliyetinin bulunmadığı, dosyada alınan ve birbirini teyit eden iki kusur raporu ile kazanın meydana gelmesinde davacı işçinin %10, davalı işveren ... Çelik şirketinin %90 oranında kusurlu oldukları, diğer davalıların kusurunun bulunmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece davanın ... Çelik(... Metalurji) şirketi yönünden reddi ile davalı şirket lehine vekalet ücreti verilmesi yerindedir. Ayrıca yargılama sırasında davacı vekilinin 10.06.2015 ve 06.11.2015 tarihli beyan dilekçeleri ile ... ca tespit edilen maluliyete itiraz etmediklerini bildirdiğinden Mahkemece ... ca tespit edilen maluliyetin bulunmadığı yönündeki rapora itibar edilerek karar verilmesi de yerindedir.

Manevi tazminat tutarının belirlenmesi sırasında hakimin takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların ... ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın 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 gerekir. Bu ilkeler gözetildiğinde ilk derece mahkemesi tarafından belirlenen manevi tazminat miktarının dosya kapsamına uygun olduğu görülmektedir.

Davacının bu yönleri hedefleyen istinaf talepleri isabetsiz Mahkeme hükmü yasaya ve vakıaya uygundur.

Tarafların iddia ve savunmalarına, dosya kapsamına, hükmün dayandığı deliller ve kanuni gerektirici sebeplere, delillerin taktirinde isabet-

sizlik görülmemesine göre davacı tarafından yapılan istinaf taleplerinin esastan reddine karar vermek gerekmiştir...”

E) Davacı Temyiz Nedenleri;

• Davacının gece vardiyasında meydana gelen patlama sonucu vücudunda kalıcı yanık yaraları oluştuğu, işverenin olayda % 90 oranında kusurlu olduğunun kabul edildiği,

• Takdir edilen manevi tazminat miktarının çok düşük olduğu,

• Kazada işverenin ağır kusurunun olduğunun bilirkişi raporlarıyla da saptandığı,

• Davanın ... Metalurji Şirketi yönünden reddinin hukuka ve usule uyarlı olmadığı,

• Davalı şirketlerin borçlulardan mal kaçırmak maksadıyla sürekli isim ve yer değişikliği yaptığı, farklı ticari unvanlarla, farklı ortaklar ve yöneticilerle aynı işi aynı yerde yaptığı, dava sürecinde dahi iki davalı şirketin isim değişikliğine gitmiş olmasının (.. ..., ... olarak ... Metalurji, ... Metalurji olarak) da durumun açık göstergesi olduğu, davalılar bünyesinde çalışan işçilerin dahi hangi şirkette çalıştıklarını bilmedikleri,

• Kabul etmemek kaydı ile davalı ... Metalurji'nin yargılama sürecinde davalı olarak bulunmasında müvekkiline atfedilebilecek herhangi bir kusur olmaması sebebiyle karşı vekalet ücretine hükmedilmemesi gerektiği belirtilerek Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulması talep edilmiştir.

F) Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe;

Dosyadaki temyiz kapsam ve sebeplerine göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

Dava, iş kazasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, Davalı ... Şirketi yönünden davanın açılmamış sayılmasına ve Davalı ... Metalurji Sanayi Ticaret A.Ş. (... Metalurji A.Ş.) yönünden davanın reddi ile 5000 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 09/01/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı ... Met. San. Ve Tic. Ltd. Şti.'den tahsiline, fazlaya ilişkin talebin ise reddine karar verildiği; davacı vekilinin istinaf başvurusu üzerine ...ana Bölge Adliye Mahkemesi 7.Hukuk Dairesince verilen karar ile istinaf başvurusunun esastan reddine hükmedildiği anlaşılmıştır.

Uyuşmazlık, 09/01/2014 tarihli zararlandırıcı olaydan dolayı hakkında davanın reddine karar verilen davalı ... Metalurji Sanayi Ticaret A.Ş. (... Metalurji A.Ş.)'nin davacıya karşı sorumluğunun doğup doğmadığı noktasında toplanmaktadır.

Yargılamaya konu ihtilafın sağlıklı biçimde çözülmesi için asıl işveren-alt işveren kavramlarıyla, somut uyuşmazlık için önem arz ettiğinden işveren niteliği konularının açıklanmasında fayda vardır.

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 ise "iş ilişkisi" denir.

İş Kanunu'nun 2.maddesinin 7.fıkrasına göre bir işverenden, iş yerinde 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 iş yerinde 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 iş yeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

4857 sayılı Kanun'un 2/7.maddesi ile işçilerin İş Kanunu'ndan, sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları güvence altına alınmak istenmiştir. Aksi halde, 4857 sayılı Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüklerinden kurtulmak isteyen işverenlerin işin bölüm veya eklentilerini muvazaalı bir biçimde başka kişilere vermek suretiyle yükümlülüklerinden kaçması mümkün hale gelecektir.

Asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu müteselsil niteliktedir. 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.

Öte yandan asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşme ile iş kazası veya meslek hastalığına bağlı maddi ve manevi tazminat sorumluluğunun alt işverene ait olduğunun kararlaştırılması; bu sözleşmenin tarafı olmayan işçi veya mirasçıları bağlamaz.

Birlikte istihdam, grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimidir ve bu çalışma biçiminde 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 iş yerinde verilen muhasebe, ..., ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ve işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır.

İş sözleşmesine katılmada ise, başlangıçta tek bir işverenle kurulan iş ilişkisine zamanla diğer bir iş veren katılmakta ve işçi iş görme edimini bu katılan şirkete karşı da yerine getirmektedir. İşçinin ilk işvereni ile bağlantısı kopmamakta, iş sözleşmesinin devri değil, işveren tarafında bir çoğalma söz konusu olmaktadır. Bu durumda da tek bir iş ilişkisi vardır. (M.Alp.İş Sözleşmesinin Devrinde Bazı Sorunlar.DEÜ.Hukuk Fakultesi Dergisi.Cilt 9.Özel Sayı, 2007.s:197).

Holding ve şirket gruplarının bünyesinde her biri bağımsız tüzel kişiliğe ve hukuki varlığa sahip şirketler yer almaktadır. Dolayısıyla holdinge bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni hukuken holding veya şirket topluluğu değil iş akdinin tarafı olan şirkettir. Buna göre, aynı gruba ya da holdinge bağlı farklı tüzel kişiliği haiz şirketlerin iş kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan hukuki sorumlulukları, bünyesinde bulundukları holding ya da gruptan bağımsızdır. Yani holding ya da guruptaki diğer şirketler, kazalı işçinin işvereni olan şirketin iş kazaları veya meslek hastalıklarından kaynaklanan hukuki sorumluluklarından ötürü kural olarak sorumlu tutulamazlar. Ancak şirketler arasında organik bağın bulunduğu durumlarda birlikte istihdamın mevcudiyeti veya işçinin işveren şirketten alacağının tahsilini olanaksız hale getiren muvazaalı işlemlerin varlığı durumunda işveren şirketle birlikte diğer şirketler de sorumlu tutulabilir. (Süzek, Sarper. İş Hukuku. Yenilenmiş 12. Bası. .... s:158)

Neticeten yukarıda değinildiği üzere çalışma hayatında işçinin asıl işverenin dışında başka işverenlere de hizmet verdiği, yine işçinin bilgisi dışında olmakla beraber esasında birbiri ile bağlantısı olan işverenlerin işlerini ifa ettiği de bir hakikattir. Bu gibi durumlarda, Dairemizin önceki içtihatlarında da belirtildiği gibi şirketler arasında organik bağdan söz etmek gerekir.

Somut olayda; davalı şirketler ... Metalurji San. ve Tic. Ltd. Şti. ve ... Çelik Metalurji Sanayi Ticaret A.Ş. (... Metalurji A.Ş.)'nin aşamalardaki

yönetim kurulu üyeleri, ortakları, adresleri ve faaliyet alanlarının aynı olduğu dikkate alındığında şirketler arasında organik bağ bulunduğu açık olup, bu kapsamda davalı şirketlerinin hüküm altına alınan tazminattan birlikte sorumlulukları yoluna gidilmesi gerektiği gözden kaçırılarak, davalı ... Metalurji Sanayi Ticaret A.Ş. (... Metalurji A.Ş.) açısından davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli, Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılmasına, ilk derece Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

G) SONUÇ

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca **KALDIRILMASINA,** ilk derece mahkemesi kararının **BOZULMASINA,** dosyanın İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 23/05/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • İŞYERİ DEVRİ • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Kusuru olmasa da davalı, devir aldığı işletmenin borçlarından sorumludur.

İş kazasında zamanaşımı süresi on yıldır.

Bedensel zararın gelişme gösterdiği durumlarda zamanaşımı kesin maluliyetin tespit edildiği tarihten itibaren başlar.

Kısmi davada ıslah dilekçesiyle arttırılan miktarın zamanaşımına uğradığı dikkate alınmalıdır.*

Y. 21. HD. E:2018/5345 K:2019/3508 T: 07.05.2019

A) Davacı İstemi;

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, müvekkilinin 23/05/1987 tarihinde davalı şirket bünyesinde çalışmaya başladığını, 25/09/2003 tarihinde davalı işyerinde geçirdiği iş kazası neticesinde yaralandığını ve malul kaldığını, müvekkilinin maluliyet oranının %41,2 olduğunu, olayda davalı

* Dergimizin 2019/Eylül - Ekim saysında yayımlanan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararlarına bakınız.

işverenin kusurlu olduğunu belirterek fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak müvekkilinin iş gücü kaybı sebebiyle 25.000,00 TL maddi tazminat ile 75.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davacı vekili, 22/01/2016 tarihli ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini 90.411,93 TL arttırmıştır.

B) Davalı Cevabı;

Davalı cevap dilekçesinde özetle; davacı işçinin dava konusu yaptığı olayın henüz müvekkili şirket işçisi değil ve müvekkilinin şirkete bağlı .... AŞ tarafından satın alınmaz..... Fabrikası olarak faaliyet gösterdiği sırada meydana geldiğini, olayın üzerinden 10 yıl geçtiğini, dolayısıyla o gün yaşananların ne olduğu hakkında bugün yorum yapmanın mümkün olmadığını belirterek davanın reddine, yargılama giderleri ve avukatlık ücretinin davacıya yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Gerekçesi:

"Dosyada mevcut 18/07/2006 tarihli kusur bulurkuşusu raporunda, meydana gelen iş kazasında davacının %40, davalı işverenin %50, fabrika müdürü .....'ın %5, üretim teknisyeni .....'ın %5 oranında kusurlu oldukları tespit edilmiş, dava dışı davalı işveren çalışanlarının kusur oranları davalı işveren kusuru içinde değerlendirilmiştir.

Davacının kaza tarihindeki ücretinin tespiti noktasında, dönemsel ücret bordroları mevcut olmamakla birlikte davalı işveren tarafından dosyaya sunulan 2013 yılı Haziran ayına ait ücret bordrosunda davacının bürüt ücretinin 2.383,34 TL net ücretinin 1.707,70 TL olduğu anlaşılmış olup, geçmiş dönem ücretlerinin tespitinde 2013 yılı Haziran ayındaki ücret ile yürürlükteki asgari ücret arasında orantı kurulmuştur.

Yargıtay uygulamaları gereği, davacı için hesaplanan maddi tazminattan kurum tarafından davacıya iş kazası sigorta kolundan yapılan ilk peşin sermaye değerli tahsis miktarlarının (rücuya tabi olan miktarlar) davacılar için hesaplanan maddi tazminatlardan indirilmesi gerekmiş dolayısıyla hesaplanan tazminattan ..... Başkanlığınca davacıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri miktarının, davalının kusuruna tekabül eden miktarının mahsubu yoluna gidilmiş ve taleple bağlı kalınarak 90.411,93 TL maddi tazminata hükmedilmiştir.

Bedensel zararlarda zamanaşımının başlangıcı, olay tarihi veya tazminat sorumlusu ile zararın öğrenilme günü değil, sürekli sakatlığa ilişkin kesin raporun ortaya çıktığı ve öğrenildiği tarihtir. Bu durum Yargıtay'ın

1958 yılından beri değişmeyen ve sürekli biçimde yinelenen yerleşik kararları ile sabittir.

Bu meyanda, uygulama ve öğretide kabul edildiği üzere, zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihten başlatılması gerekir. Zarar görenin zararı öğrenmesi demek, zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava açma ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişle bütün hal ve şartları öğrenmiş olması demektir. Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar, ancak bakım ve tedavi sonucunda düzenlenen hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşur. Bedensel zararın gelişim gösterdiği durumlarda zamanaşımınabaşlangıç olarak hastalık seyrinin yani gelişimin tamamlandığı tarihin esas alınması gerekir.

Manevi tazminat yönünden ise davacı ve davalının kusur durumları, davacının yaşı, tarafların ekonomik durumları, hak ve nesafet kuralları, tazminatın caydırıcılık özelliği gözönüne alındığında manevi tazminat yönünden talep edilen manevi tazminatın kısmen kabul kısmen reddine karar verilerek davacının 45.000,00-TL manevi tazminata hak kazanacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır." şeklinde belirtilmiştir.

D) İlk Derece Mahkemesi Kararı:

"Maddi tazminat davasının KABULÜ ile,

1-90.411,93 TL Maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Manevi tazminat talebinin KISMEN KABULÜ ile,

2-45.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine, " karar verilmiştir.

E)Bölge Adliye Mahkemesi Gerekçesinde Özetle;

" Taraflar arasında husumet, alacaklardan sorumluluk, zamanaşımı, bağlanan peşin sermaye değerinin doğru olarak hesaplamada mahsup edilip edilmediği, manevi tazminatın miktarı ve geç dava açılmasının bu talebe etkisi konularında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Gerçekten iş kazasının meydana geldiği tarihte işletmenin dava dışı Oyak (OYSA) ..... Fabrikası tarafından işletilmekte iken 30.10.2007 tarihli sözleşme ile davalı ...'ya devredildiği dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi hakime ait olup, davalılar arasındaki ilişkinin ticari işletme devri niteliğinde bulunduğu ortadadır. İşletmenin devir, dönüşüm ve benzeri

intikal hallerinde Borçlar Kanunu'nun 179-180. maddeleri hükmünün uygulanması yargı kararları ve öğretide benimsenmiştir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) "Malvarlığının veya işletmenin devralınması" başlıklı 179. maddesi; "Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki, iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalır; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır." düzenlemesini içermektedir.

Bu maddenin içinde; "müteselsil bir borç" ilişkisi vardır. Devir alan şirket, devir eden şirketin borçlarından ötürü sorumlu olduğu gibi, iki yıl müddetle evvelki borçlu (devreden) dahi, yenisi (devralan) ile birlikte müteselsilen sorumlu olur. Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçlara ilişkin 141. maddesine göre, teselsülün kanun hükmünden doğduğu hallerde, kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. Bu nedenle söz konusu müteselsil borç kanun hükmünden (BK m. 179'dan) doğduğundan, teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz.

Bu durum karşısında iktisadi devlet teşekküllerinin taraf olduğu devir, birleştirme ve diğer intikal hallerinde, BK'nun 179-180. maddeleri hükmü uyarınca "devre konu pasifler yönünden" sorumluluk doğacağından kuşku ve duraksama etmemek gerekir. Borçlar Kanunu'nun 179-180. madde hükümleri buyurucu nitelikte olduğundan, sorumluluk kaydı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiçbir şekilde etkisiz ve uygulama dışı bırakılamaz. Bunun tamamen etkisiz bırakılması veya sınırlandırılması, ancak bir kanunla mümkündür.

Burada belirtilen sorumluluğun zamanı, devir anıdır. Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş ve nedeni vücut bulmuş borçlar, bu sorumluluğun kapsamında kalmaktadır. İşletmenin devirden önceki borcunun naklinin alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi, kural olarak, BK. 173 ve 174. maddeleri gereğince alacaklının onamına bağlı ise de, 179. madde bu kurala bir istisna getirmiş, alacaklının rızasına gerek görülmeksizin borcun devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir. Hal böyle olunca davalının kusuru bulunmasa da devir aldığı işletmenin borçlarından sorumlu bulunduğunun kabulü yerindedir.

Davanın 12.07.2013 tarihinde belirsiz alacak davası olarak açılması nedeniyle tazminat talebininzamanaşımına uğramadığı da açıktır.

Maddi tazminatın saptanmasında; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, PMF yaşam tablosuna göre bakiye ömrü, işgörebilirlik çağı, işgörmezlik ve karşılık kusur oranları, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan tazminat miktarı; işçinin ve destek görenin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez. Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı, 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindendir. Mahkemece alınan raporda bu ilkelere uygun oyarak yapılan hesaplamadan Kurum tarafından davacıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilir kısmının tenzili suretiyle maddi tazminata karar verilmiş olması sebebiyle karar yerinde olmuştur.

Tarafların sosyal ekonomik halleri, kusur oranları, kaza tarihi, hüküm altına alınan manevi tazminat miktarının fazla olduğu dikkate alınarak davacı yararına 30.000,00 TL manevi tazminat takdir edilmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir.

Bu halde, davalının manevi tazminata dair istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece Mahkemesi kararının (bu yönlerden) kaldırılmasına ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmasına karar verilmiştir. " şeklinde belirtilmiştir.

F) Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

" 1-6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b-2. maddesi gereğince davalının manevi tazminata dair istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece Mahkemesi kararının (bu yönlerden) KALDIRILMASINA,

2-Maddi tazminat davasının KABULÜ ile, 90.411,93 TL Maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

Manevi tazminat talebinin KISMEN KABULÜ ile,

30.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek ya-

sal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine, " karar verilmiştir.

G)Davalı Vekilinin Temyiz Nedenleri;

Davalı Vekili temyiz dilekçesinde özetle; iş kazasının işyerinin 30.10.2007 tarihinde devralınmasından önceki dönemde 25.09.2003 tarihinde meydana geldiğini, bu nedenle haklarında dava açılamayacağını, ...'ya karşı dava açılması gerektiğini, zamanaşımı savunması dikkate alınmadan hüküm kurulduğunu,zamanaşımının 10 yıl değil haksız fiil zamanaşımı olması gerektiğini, manevi tazminatın haksız kazanç sağlamak için talep edildiğini, her gün acı çeken birinin yıllarca aynı işyerinde çalışmaya devam etmeyeceğini, 2003 yılında olan kazada davacının %40 kusurlu olduğu dikkate alındığında verilen manevi tazminat miktarının yüksek olduğu, bu nedenle kararın manevi tazminat yönünden kaldırılmasını talep ettiklerini; maddi tazminat yönünden ise, davacının karşılanması gereken bir zararının kalmadığını, mahkemenin kendince usule aykırı olarak yaptığı bir maddi zarar hesabının kabul edilemeyeceğini, 72.328,30 TL olan gelirin peşin sermaye değerinin 43.396,98 TL olarak düşürülüp bunun karşılanmayan zarardan mahsubunun ve bu rakam üzerinden ıslah yapılmasının kabul edilemeyeceğini beyan ederek, kararın kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmesini beyanla kararın bozulmasını talep etmiştir.

H) Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe;

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenler ile temyiz kapsam ve nedenlerine göre; davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Bölge Adliye Mahkemece, maddi ve manevi tazminat isteminin ise kısmen kabulü ile 90.411,93 TL maddi, takdiren 30.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 25/09/2003 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, kaza tarihinin 25/09/2003, dava tarihinin 17/07/2013 olduğu, davacının dava dilekçesi ile 25.000,00 TL maddi tazminat, 75.000,00 TL manevi tazminat talep ettiği, 22/01/2016 tarihinde davacı sigortalının davasını ıslah ederek mahkemeden sonuç olarak 90.411,93 TL maddi tazminat talep ettiği anlaşılmaktadır.

Sürekli iş göremezlik nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi amacıyla açılan maddi ve manevi tazminat davalarında zamanaşımı süresi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddeleri gereğince 10 yıldır. Uygulama ve öğretide kabul edildiği üzere, zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihten başlatılmalıdır. Zarar görenin zararı öğrenmesi demek, zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava açma ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartları öğrenmiş olması demektir. Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar, ancak bakım ve tedavi sonucunda düzenlenen hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşur. Bedensel zararın gelişim, gösterdiği durumlardazamanaşımına başlangıç olarak hastalık seyrinin yani gelişimin tamamlandığı tarihin esas alınması gerekir. Dava konusu olayda değişen ve gelişen bir durumun söz konusu olmadığı ortadadır.

Somut olayda maddi tazminatın, 17/07/2013 tarihli dava dilekçesinde fazlaya ilişkin talep hakları saklı tutularak kısmi dava olarak talep edildiği ortadadır. Bu duruma göre zamanaşımı süresi dava dilekçesi ile talep edilen maddi tazminat yönünden dava tarihinde kesilerek, bakiye alacak miktarı yönünden işlemeye devam edecektir.

Hal böyle olunca, 22/01/2016 tarihli ıslah dilekçesinin davalı vekiline 26/01/2016 tarihinde tebliğ edildiği ve davalı vekilinin 27/01/2016 tarihli dilekçesi ile zamanaşımı def'ini açıkça ileri sürdüğü değerlendirilerek, maddi tazminat istemine ilişkin dava dilekçesinde talep edilen miktarla sınırlı olarak bir karar verilmesi gerekirken; ıslah edilen kısmı da kapsayacak şekilde maddi tazminat talebinin kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan hüküm kurulması usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve Bölge Adliye Mahkemesince verilen karar bozulmalıdır.

SONUÇ

1- Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddesi uyarınca **(BOZULMASINA),** dosyanın kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,temyiz harcının istek halinde temyiz eden davalıya iadesine 07/05/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

KURUMLARA AÇILAN DAVA • DAVA ŞARTI

ÖZET: SGK'ya karşı açılan davada davacının davadan önce Kuruma başvuru yapıp yapmadığı araştırılmalı, başvuru yapılmamış ise dava şartı yokluğu sebebiyle dava reddedilmelidir.

Y. 21. HD. E: 2018/2594 T:2019/3975 T:21.05.2019

TÜRK MİLLETİ ADINA

Davacı, işyerinde çalışan sigortalılara ödenen yol-yemek yardımlarının 506 sayılı Yasa 77/2 maddesi gereği prime esas kazanca dahil edilmemesi gerektiğinin tespitiyle, davalı kuruma yanlış ve yersiz ödenen sigorta primleriyle işsizlik sigorta primlerinin fazlaya ilişkin haklar saklı kalarak yol ve yemek yardımı için olmak üzere 2.107,80 TL'nin her aya ilişkin primin kuruma yatırıldığı tarihi takip eden aybaşından geçerli yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar verildi.

KARAR

Dava, davacı şirketin yol ve yemek yardımı adı altında yaptığı prime esas kazanç tutarı olan 2 107,80 TL ' nin yasal faizi ile iadesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulü ile, 2107,80 TL nin davalı Kuruma ödendiği tarihi takip eden ay başından itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiştir.

11/09/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Yasanın 64. maddesi ile 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. Maddesine eklenen 3. fıkra ile, "31/05/2006 tarihli ve 5510 sayılı ... Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer ... ... mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce ... ... Kurumuna müracaat edilmesi zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan müracaata altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için

taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz." hükmü getirilmiştir.

Hukuk yargılamasında, mevzuatın yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukuki sonuçlarına, bu olaylar hangi mevzuat yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o mevzuat hükümleri uygulanır. Mevzuatın yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan mevzuata göre belirlenir.

Somut olayda, dava 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7/3. maddesinin yürürlük tarihinden sonra açılmış olup davacının davalı Kuruma başvurusunun bulunup bulunmadığı dosya kapsamından anlaşılamamaktadır. Söz konusu hüküm gereğince Kuruma başvuru yapılması dava şartı olup davacının Kuruma başvuru yapıp yapmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Yapılacak iş, davacının dava açmadan önce Kuruma başvurusunun bulunup bulunmadığını araştırmak, Kuruma başvuru yapmadığının anlaşılması halinde dava şartı yokluğundan usulden davanın reddine karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalı Kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 21/05/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MÜTESELSİL BORÇLULAR • DAVADAN FERAGAT

ÖZET: Müteselsil borçlulardan birine karşı davadan feragat eden davacı, bir kısım müteselsil borçlunun durumunu iyileştirirken diğer müteselsil borçlunun durumunu ağırlaştırmıştır. Bu duruma göre feragat edilenlerin kusuru oranında indirim yapılarak maddi zarar hesabı yapılmalıdır.
Y.21. HD. E:2018/3241 K:2019/2095 T: 18.03. 2019

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere, temyiz edenin sıfatına, temyiz kapsamına ve nedenlerine göre davalı ... AŞ vekilinin, aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine;

Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili, dava ve ıslah dilekçelerinde toplam olarak 41.308,69TL maddi, 75.000,00TL manevi tazminatın davalılardan müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, davalılardan ... ve ... Nakliyat AŞ yönünden davadan feragat edilmesi nedeniyle davanın reddine; diğer davalı ... AŞ yönünden ise 41.308,69TL maddi, 20.000,00TL manevi tazminatların davalı ... AŞ'den tahsiline karar verilmiştir.Dosya kapsamına göre Sosyal Güvenlik kurumu tarafından 22/05/2007 tarihli olayın iş kazası olarak kabul edildiği, sürekli iş göremezlik oranının %22,2 olarak tespit edildiği ve buna göre iş kazası gelirinin bağlandığı; alınan kusur raporunda davalılardan ... AŞ'nin %30, işveren ... Nakliyat AŞ'nin %10, davalı alt işveren ...'ın %30, davacı kazalı işçinin ise %30 oranında kusurlu bulundukları anlaşılmaktadır.Uyuşmazlık konusu, bir kısım davalılar yönünden davadan feragat edilmesi nedeniyle, hakkında aleyhine hüküm tesis edilen diğer davalıya feragatin etkisi noktasında toplanmaktadır.Türk Borçlar Kanunun 168/2. maddesi gereğince alacaklı, diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse bunun sonuçlarına katlanır. Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragat edilmesi diğer müteselsil sorumlu yönünden de teselsülden feragat niteliğini taşır ve böylece müteselsil sorumlu olan diğer davalı da bu çerçeve kapsamında sorumluluktan kurtulmuş olur.

Somut olayda davacı asil 08/06/2012 tarihinde, davalılardan ... ve ... Nakliyat Seyahat AŞ yönünden davadan feragat etmiştir. Böylelikle davacı taraf bir kısım müteselsil sorumluların durumunu iyileştirirken diğer müteselsil borçlunun iç ve dış ilişkideki durumlarını ağırlaştırmıştır. Buna göre, hükme esas bilirkişi hesap raporunda belirlenen maddi tazminat tutarından hakkındaki davadan feragat edilenlerin kusurları oranında indirim yapılması gerekirken bu husus gözetilmeden hesaplama yapılması ve karar verilmesi isabetsiz olmuştur. Bu kapsamda usulü kazanılmış hakkın da gözetilmesiyle birlikte bozma ilamından önce hükme esas alınan bilirkişi raporundaki diğer veriler ile birlikte, yukarıdaki bozma sebebine uygun şekilde maddi tazminata karar verilmesi gerekir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.O halde, temyiz talebinde bulunan davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmelidir ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 18/03/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÜCRET TESPİTİ • ASGARİ ÜCRET MUKAYESE

ÖZET: Bir kimsenin asgari ücretle çalışırken bir ay sonra çok yüksek ücretle çalıştığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır.

Mesleği itibariyle asgari ücretin üzerinde ücret aldığı belli olan davacının önceki dönem ücretleri bilinen dönem ücretin asgari ücretle mukayese edilerek tespit edilmelidir.

Y. 21. HD. E: 2016/17821 K: 2018/4995 T:28.05.2018

Davacı, davalı işverene ait işyerinde geçen çalışmalarının gerçek ücret üzerinden tespitine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davalıların tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, davacının davalı işyerinde 01.12.1998 - 15.04.2004 ve 02.01.2006 - 31.08.2014 tarihleri arasında 2013 yılında net 6730,00 TL ve 2014 yılında net 7250,00 TL ücretle çalıştığının tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile davacının 01.02.2006 tarihinden sonraki döneme ilişkin olarak prime esas ücretinin tespitine karar verilmiştir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasa'nın 77 ve 5510 sayılı Yasa'nın 80. maddesi olup, bu düzenlemelere göre sigortalıya yapılan ödemelerin kuruma bildirilen kazanç miktarından fazla olduğunun ileri sürülmesi halinde prime esas kazancın tespitinde gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Gerçek ücretin ise aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür. Gerçek ücretin belgelerle ispatlanması halinde ise varsayıma dayalı şekilde belirlenemeyeceği tartışmasızdır.

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; davacının 01.12.1998-31.07.2001 tarihleri arasında ...San. ve Tic. AŞ unvanı ile davalı Kurumda tescil edilmiş 107551 sicil numaralı işyerinden hizmetinin bildirildiği, 10.08.2001 tarihinden 01.01.2004 tarihine kadar davalı adına tescilli farklı işyerlerinden davacının bildiriminin yapıldığı, 20.01.2004-01.12.2005 tarihleri arasında dava dışı işyerlerinde çalışmasının olduğu, 2005 yılında dava dışı işyerinden ücretinin, asgari ücretin tavan miktarı üzerinden bildirildiği, davalı işyerinde yeniden 01.02.2006 tarihinden itibaren çalışmasının başladığı ve davalının değişik işyerlerinden 16.03.2014 tarihine kadar bildiriminin bulunduğu, davalı işyerinden çalışmaların bir dönem asgari ücretin bir miktar üzerinde bir ücretle bildirildiği, 2013 yılından itibaren ise asgari ücretin tavan miktarı üzerinden bildirim yapıldığı, davalı işverenin 2011 yılı Ağustos ayından itibaren 2014 yılı Ağustos ayına kadar olan dönemin ücret bordrolarını ibraz ettiği ancak hepsinin imzasız olduğu, davacı ile davalı işveren arasında işçilik alacaklarına dair dosyanın yargılamasının devam ettiği, davacının maaşının bir kısmının eşinin banka hesabına yatırıldığını beyan etmesi sebebi ile getirtilen banka kayıtlarından davalı şirket ortaklarından ... ismi ile 2006 yılı 3.ayından itibaren ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda, her ne kadar Mahkemece davacının yazılı belgelerin bulunuğu 2006 yılı 2.ayından itibaren prime esas ücretinin tespitine karar verilmiş ise de bir kimsenin asgari ücret üzerinden çalışırken bir sonraki ay bunun çok üzerinde bir ücretle çalıştığının kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Nitelikli ve tecrübeli bir işçinin, yaptığı işin özelliğine göre asgari ücret üzerinden ücret almasının da kabul edilemeyeceği Yargıtayın yerleşmiş içtihatlarındandır. Bu durumda davacının inşaat mühendisi bir şantiye şefi olduğu da göz önüne alınacak olursa yazılı belgelerin öncesindeki dönemde asgari ücretle çalıştığının kabulü hatalı olacaktır.

Yapılacak iş, davacının 01.12.1998-31.07.2001 tarihleri arasında hizmetinin geçtiği işyerinin davalı işyeri olup olmadığını araştırmak, davacının dava dışı işyerlerindeki çalışmalarını göz önüne almak, hangi tarihler arasında davalı işyerinde çalıştığını netleştirmek, davacı ile davalı işveren arasındaki işçilik alacakları dosyasının sonuçlanıp sonuçlanmadığını sormak, bir örneğini dosya arasına almak ve gerektiğinde konusunda uzman bir bilirkişiden rapor alınarak davacının 2006 yılı ve sonrası için tespit edilen prime esas kazancının asgari ücrete oranlanması ile davacının ücretinin asgari ücrete oranını bulmak ve önceki yıllardaki ücretini de bu orana göre belirlemek, Kurum tavan ücretlerini de göz önüne alarak sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davalıya yükletilmesine, 28.05.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

BELİRLİ İŞ SÖZLEŞMESİ
•
HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

ÖZET: İş sözleşmesinde yasanın belirlediği koşulların olmamasından dolayı belirli iş sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecek ise de; sözleşmeyi belirli süreli yaparak imzalayan işverenin sözleşmenin belirsiz olduğunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olduğundan davacı işçinin bakiye sözleşme süresi ücreti alacağı kabul edilmelidir.

Y. 22. HD E: 2017/17729 E:2018/26597 T.03.12.2018

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesinin 7. maddesinde iş sözleşmesinin 1 yıl süreli olduğunun açık bir şekilde yazıldığını, iş sözleşmesi gereği müvekkilinin 1 yıl çalışması gerekirken hiçbir haklı gerekçe gösterilmeksizin iş sözleşmesinin süre sonu beklenilmeksizin feshedildiğini ileri sürerek bakiye ücret alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesi feshedilmeden 1 ay önce durumun davacıya ihbar edildiğini ve günlük iş arama süresi toplu olarak kullandırılarak cuma tam gün boyunca davacıya iş arama izni kullandırıldığını, tüm bu sebeplerle, gerek İş Kanunu'nun 11. maddesindeki şartların bulunmaması, gerekse sözleşmenin diğer hükümlerinin değerlendirilmesi sonucunda işbu sözleşmenin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama neticesinde, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu ve davacı talebinin yasal dayanağının da bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışıp çalışmadığı noktasındadır.

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 koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar" şeklinde düzenleme ile belirli süreli iş sözleşmesi konusundaki esaslar belirlenmiştir. İş ilişkisinin süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı vurgulanarak ana kural ortaya konulmuştur.

Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve bunun için objektif sebeplerin varlığı gerekir. İşçinin niteliğine göre sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Buna karşın, yapılan işin niteliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için önem arz etmektedir. Belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak "belirli süreli iş sözleşmesi" yapılabilecektir.

4857 sayılı Kanun'un 11. maddesinde, esaslı bir sebep olmadıkça belirli süreli iş sözleşmelerinin birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamayacağı kuralı ile bir ölçüde koruma sağlanmak istenilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesinin yapılması ve yenilenmesi, işçinin iş güvencesi dışında kalması sonucunu doğurmamalıdır.

Dosya içeriğine göre; davacının davalı işverenliğe ait işyerinde 24/11/2014 - 10/04/2015 tarihleri arasında taraflarca imzalanan 1 yıl süreli iş sözleşmesi kapsamında veteriner hekim olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar somut olayda söz konusu iş sözleşmesinde belirtilen görev ve niteliğine göre davacının, İş Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmasını gerektirir objektif şartlar bulunmamakta ise de, sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerçekleştiren işverenin sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürmesi

hakkın kötüye kullanımı niteliğinde bulunduğundan davacı işçinin bakiye süre ücreti tutarındaki tazminat isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekirken reddi hatalıdır.

Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 03.12.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

ÜCRET TESPİTİ • EMSAL ÜCRETLER

ÖZET: Türkiye İstatistik Kurumunun kazanç sorgulama ekranından ve meslek kuruluşlarından edinilecek olan bilgilerle işçinin ücreti tespit edilmelidir.

Y. 22. HD. E:2016/8518 K:2018/26125 T:04.12.2018

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde usta şarküteri tezgahtarı olarak çalıştığını, aylık net ücretinin 1.500,00 TL olduğunu, iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı bir sebep olmadan feshedildiğini ileri sürerek, bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında davacıya ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı davalıya ait işyerinde usta şarküteri tezgahtarı olarak aylık 1.500,00 TL net ücret ile çalıştığını ileri sürmüş, davalı ise davacının perakende satış elemanı olarak asgari ücret ile çalıştığını savunmuştur. Mahkemece, davacının davalıya ait işyerinde 'tezgahtar' olarak çalıştığı kabul edilerek, bilirkişi raporundaki seçenekli hesapla-

malar arasından 1.500,00 TL ücrete göre hesaplanan alacaklar hüküm altına alınmıştır. Kararda, davacının Mahkemece kabul edilen ücret miktarının hangisi olduğunun belirtilmemesi ve ücrete yönelik herhangi bir gerekçeye yer verilmemesi HMK'nın 297. maddesine aykırı olup, kararın öncelikle bu yönüyle hatalı olduğu ifade edilmelidir.

Davacının aylık ücret miktarına gelince, hükme esas alınan bilirkişi raporundaki hesaplamalardan birisi asgari ücrete göre, diğeri ise aylık 1.500,00 TL ücrete göre yapılmıştır. Davacı tanıkları davacının ücrete ilişkin iddiasını doğrulamış ise de, tanıkların davacıdan önce işten ayrıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca dosya kapsamına göre davacı tanıklarının, davacının hangi tarihteki ücretinin 1.500,00 TL olduğuna yönelik beyanları bulunmamaktadır. Mahkemece emsal ücret yönünden sadece ... Ticaret Odası'na yazı yazılmış olup, ücret konusunda yapılan inceleme ve araştırma eksik ve yetersizdir. Bu itibarla, Mahkemece işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek gerek Türkiye İstatistik Kurumu kazanç sorgulama ekranından gerekse ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve ücret miktarı konusunda dosya kapsamındaki tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir. Mahkemece eksik araştırma ve incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan hükmün yukarıda açıklanan sebeplerden **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04/12/2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞ ŞARTLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK • HAKLI FESİH • KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: Otelde İdari Müdür olarak çalışırken başka yerde memur olarak çalıştırmak istenen işçinin iş şartları hem görev hem de mekan yönünden ağırlaştırılıp esaslı değişiklik yapıldığından; iş akdini feshederek işyerinden ayrılmış olan işçiye kıdem tazminatı ödenmelidir.

Y. 22. HD. E:016/8518 K:2018/26556 T:04.12.2018

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait ... Otel isimli iş yerinde 01/06/2009 tarihinde idari sorumlu olarak çalışmaya başladığını, bu çalışmasının 12/08/2014 tarihine kadar devam ettiğini, 12/08/2014 tarihli ihtarname ile üzerinde baskı olduğu, istifaya zorlandığı, görev tanımı ve yerinin rızası dışında değiştirildiği, odasının boşalttırılmaya çalışılıp, yakapaça iş yerinden attırılmaya çalışıldığı ve bilgisayarına şifre atılarak çalışmasının engellendiği gerekçeleri ile iş akdini haklı nedenle fehsettiğini iddia ederek kıdem tazminatı ile fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücret alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 12/08/2014 tarihli ihtarname ile iş yerinde mobbing uygulandığı, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığı iddiası ile iş akdini feshettiğini ancak bu durumun gerçeği yansıtmadığını, hastası olduğunu söyleyerek ayrılmak istediğini söylediğini, kendisine yazılı talepte bulunmasının söylendiğini, ancak hiçbir şey demeden iş yerini terk ettiğini ve sonrasında asılsız ihtar çektiğini, aslında öncesinde davacı hakkında tutanaklar tutularak bazı tespitlerde bulunulduğunu bunun üzerine davacının kıdem tazminatını alamayacağını anlayarak iş akdini feshettiğini, halbuki işverenin tespitlerine rağmen feshin son çare olması ilkesine dayaranak ... Kolejinde kendisini görevlendirdiğini, davacının ise bunu kabul etmeyerek iş yerine mazeretsiz gelmediğini, bu durumu kendine haklı neden olarak göstermeye çalıştığını bu nedenlerle istifasının hiçbir haklı nedene dayanmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, iş akdinin davacı tarafça haklı neden olmadan feshedildiği gerekçesi ile kıdem tazminatı ve hafta tatili ücret taleplerinin reddi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Davalı Temyizi Yönünden;

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre, yerinde bulunmayan ve süresinde verilmeyen gerekçeli temyiz dilekçesinde belirtilen hususlar değerlendirilmeksizin sebepleri bildirilmiş olmayan bozma isteğinin reddine,

Davacı Temyizi Yönünden;

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının iş akdinin feshi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, "çalışma şartları" olarak değerlendirilmelidir.

4857 sayılı Kanun'un 22. maddesindeki, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir" şeklindeki düzenleme, çalışma şartlarındaki değişikliğin kanuni dayanağını oluşturur.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma şartlarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki ça-

lışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma şartları arasında yerini alır.

Çalışma şartlarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu şartların neler olduğunun ortaya konulması gerekir.

Sözü edilen 22. maddenin yanı sıra Anayasa, kanunlar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma şartları olarak değerlendirilmelidir.

İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma şartlarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli sebebe dayanan değişiklikler, çalışma şartlarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez.

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

Somut olayda, davacı 01/06/2009– 12/08/2014 tarihleri arasında otelde idari müdür olarak çalışmış olup üzerinde kurulan baskı ve iş şartlarında yapılan esaslı değişiklik sebebi ile iş akdini haklı nedenle feshettiğini iddia etmiş, davalı taraf ise davacının hiçbir haklı sebebi olmadan iş yerini terk ettiğinden istifa etmiş sayıldığını ve istifasının hiçbir haklı sebebe dayanmadığını belirtmiştir. Dosya içerisinde yer alan belgeler incelendiğinde ... 3. Noterliği'nin 11/07/2014 tarih ve 5393 sayılı İhtarnamesi ile davacının 10/07/2014 tarihinde çalışmakta olduğu otele, çalışma saatinde kurucu sıfatıyla Hüseyin Şimşek isimli şahsın geldiğini, iş söz-

leşmesini sonlandıracağını, kıdem tazminatı ve tüm haklarının tarafına ödeneceğini söylediğini, aynı gün öğleden sonra şirketin muhasebecisi ile şirket avukatının kendisini telefonla arayarak istifa dilekçesi vermesini, bu dilekçeyi verdiği takdirde tüm haklarının ödeneceğini bildirdiğini, otelde kalmaması ve otelden çıkış yapmasının istendiğini, kendisi açısından iş sözleşmesini feshedecek bir durumun olmadığını, bu nedenle iş akdini feshetmeyerek çalışmaya devam edeceğini bildirdiği, 17/07/2014 tarihli yazı ile davacıya davalı şirkete ait ... Otelde memur olarak görev yaptığı, 15/07/2014 tarihli yazıları ile ... 'ın yapmış olduğu göreve atandığının bildirildiği, ... Koleji Halkla İlişkiler bölümünde açık olması nedeniyle, iş sözleşmesinin "personel sorumlulukları başlığını taşıyan 4. maddesi" gereği, aynı ücret ve aynı çalışma koşulları ile ... Hakla İlişkiler bölümünde memur olarak görevlendirildiğinin belirtildiği ve yazının alt kısmında, davacı tarafından "itirazı şartla aslını teslim aldım" şeklinde el yazısı ile şerh düşülerek belgenin imzalandığı akabinde davacının ... 5. Noterliği'nin 18/07/2014 tarih ve 4222 sayılı İhtarnamesi ile otel sorumlusu idari personel olarak çalışmakta iken, 18.07.2014 tarihli yazı ile hakla ilişikler departmanına alındığının bildirildiğini, görev yerinin daha önce resepsiyon personeli olarak değiştirildiğini, 15/07/2014 tarihinde güvenlik personeli getirtilerek zorla dışarı atıldığını, çalıştığı bilgisayara şifre konulduğunu, davalının bu işlemi, ... 3. Noterliği'nin 11/07/2014 tarih ve 05393 sayılı ihtarnamesinde, zorla istifaya zorlandığının bildirilmesi üzerine yaptığını, işyerinde psikolojik baskı gördüğünü, bu eylemlere son verilerek, görev ve ünvan değişiminin nedeninin açıklanmasının talep edildiğinin belirtildiği ve en son ... 3.Noterliğinin 06217 sayılı ve 12/08/2013 tarihli ihtarnamesi ile de davacının iş akdini feshettiği görülmüştür. Dosya kapsamında dinlenen tanıklardan feshe ilişkin beyan veren davalı tanığı ..., 2010 yılından bu yana ... Kolejinde muhasebe şefi olarak çalıştığını, davacıyı tanıdığını, davacının ... Otelde otel sorumlusu olduğunu, ... le konuşarak kız kardeşinin rahatsızlığı nedeni ile işten ayrılmak istediğini söylediğini, bunun üzerine kurucu ... 'in kendisini aradığını ve işlemleri yaparak bu hususu netleştirmesini istediğini, bunun üzerine davacı ile görüşerek yazılı evrak istediğini, istifa ediyorsanız, istifanızı yazılı olarak verin dediğini, bunun üzerine davacının istifa etmediğini, istifasını yazılı olarak vermeyecekse çalışmaya devam etmesi gerektiğini söylediğini, davacının da çalışmaya devam ettiğini ancak işe gelmemek için rapor aldığını, rapor aldıktan sonra da hiç bir şekilde işe gelmediğini, kendisini merkez koleje halkla ilişkilere almak istediklerini ve yazı yazdıklarını ancak davacının kabul etmediğini ve bunun üzerine rapor alarak işe gelmediğini hakkında tutanaklar tutularak çıkışının verildiğini beyan etmiştir.

Dosya içeriği, ihtarname içerikleri, görev değişikliği yazısı, tanık beyanları karşısında davacının ... Otelde idari müdür olarak çalışırken ... Kolejinde memur olarak çalışması istenerek hem çalışma yerinin hem de görev unvanının değiştirilerek çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapıldığı ve bu değişiklik karşısında davacının iş akdini haklı nedenle feshederek iş yerinden ayrıldığı anlaşıldığından kıdem tazminatının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 10/12/2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

BİLİRKİŞİ RAPORU • ISLAH DİLEKÇESİ • TEBLİĞ KOŞULU

ÖZET: Bilirkişi raporunun ve ıslah dilekçesinin davalı tarafa tebliği sağlandıktan sonra hüküm kurulmalıdır.

Y. 22. HD. E: 2019/21 K:2019/7241 T:01.04.2019

Davacı vekili, müvekkilinin ... Meslek Yüksek Okulunda kantin görevlisi olarak çalıştığını, günde 4. 5 saat ve haftalık 27 saat fazla çalışma yaptığını, karşılığının ödenmediğini ileri sürerek fazla çalışma ücret alacağının tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekili, vakfa usulüne uygun açılmış bir dava bulunmadığını, davalı olarak tebligat çıkartılarak davaya dahil edilmesinin usulüne uygun olmadığını, ... Meslek Yüksek Okulunun ayrı bir kuruluş, ... Eğitim Ve Sağlık Vakfı İktisadi İşletmesinin ayrı bir kuruluş olduğunu, bilirkişi raporu ve ıslah dilekçesine karşı cevap verme hakkı tanınmadan ıslah edilen miktar üzerinden hüküm kurulmasının hatalı olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece verilen kabul kararı Yargıtay (Kapatılan) 7. Hukuk Daire-

sinin 2013/ 12225 esas- 2013/ 18594 karar sayılı ilamı ile dava dilekçesinde ... Meslek Yüksek Okulu ile ... Eğitim ve Sağlık Vakfı olarak iki ayrı davalıya karşı dava açıldığı, mahkemece yalnız ... Meslek Yüksek okuluna tebligat yapıldığı, davalı ... Eğitim ve Sağlık Vakfına, davalı olarak tebligat yapılarak taraf teşkili sağlanmak sureti ile savunma ve delilleri toplandıktan sonra karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile bozulmuştur. Bozmaya uyan mahkemece davalı İlke Eğitim ve Sağlık Vakfına dava dilekçesi tebliğ edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalılar vekilleri temyiz etmiştir.

Gerekçe:

Hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı hususu uyuşmazlık konusudur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde yer bulan "Hukuki Dinlenilme Hakkı" gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Mahkeme, iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukukî dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir. Bu hak çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir.Bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkı, bilgilenme/bilgilendirme, açıklama yapma, yargı organlarınca dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları içerdiği açıktır. Bilgilenme hakkı, yargılamanın içeriğine dair tam bir bilgi sahibi olmanın yanında gerek karşı tarafın gerekse de yargı organlarının dosya içeriğine yapmış oldukları işlemleri öğrenmelerini kapsar. Bilgilenme/ bilgilendirme hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için gönderilecek tebligat ve davetiyelerde kanunda öngörülmüş şekil şartlarına sıkı sıkıya uyulması gerekmektedir. Ayrıca bu hak sadece davanın başındaki

iddia ve savunmalar açısından değil yargılamanın her aşamasında dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda devam eden bir yargılamada, tarafların açıklamaları için bilgilendirme yeterli olmayıp yargılamada yer alan diğer kişilerin (tanık, bilirkişi gibi) açıklamaları açısından da önemlidir. Bilgilenme hakkının usulüne uygun kullanımı ile tarafların haklarında öğrendikleri isnat ve iddialara karşı beyanda bulunabilme, davaya yönelik bilgi ve belge verebilme yani açıklama yapma hakkı da hukuki güvenceye bağlanmaktadır. Böylece davanın her iki tarafına eşit şekilde açıklama yapma hakkı tanınması ile adaletin görünür kılınması sağlanacaktır. Açıklamada bulunma hakkı, tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişkin beyanda bulunmalarını sağlar.6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 280. maddesinde:" Bilirkişi, raporunu, varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak mahkemeye verir; verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir." düzenlemesine yer verilmiş ve madde gerekçesinde de açıklandığı üzere bilirkişi raporunun taraflara tebliğ zorunluluğu öngörülmüştür.Bu genel açıklamalar ışığında temyiz itirazlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.Somut olayda; mahkemece bozma ilamına uyularak davalı ... Eğitim ve Sağlık Vakfına dava dilekçesi tebliğ edilmiştir. Her ne kadar taraf teşkili sağlanmış ise de, bilirkişi raporu ile ıslah dilekçesinin davalı ... Eğitim ve Sağlık Vakfı vekiline usulüne uygun tebliğ edilmeksizin hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıdaki yazılı kanun maddeleri ile açıklamalardan anlaşılacağı üzere mahkemenin hukuki dinlenilme hakkını yerine getirdiği, adil bir yargılama yaparak sonuca ulaştığı söylenemez. Bilirkişi raporunun ve ıslah dilekçesinin davalı tarafa usulüne uygun tebliği sağlanarak, bilirkişi raporuna ve ıslah dilekçesine karşı beyan ve itiraz hakkını kullanma imkanı tanınması gerekirken hukuki dinlenilme hakkı kısıtlanarak karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** sair hususların incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 01.04.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

REHİNLİ MAL • SIRA CETVELİ

ÖZET: Rehinli bir malın paraya çevrilmesi halinde rehin alacaklısının alacağı henüz muaccel değilse, satılan mal için sıra cetveli yapılabilir. Satılan rehinli malın satış bedelinden rehin alacaklısına ayrılan pay rehin alacağının muaccel hale gelmesi anına kadar muhafaza edilerek, muaccel hale geldikten sonra rehin alacaklısına ödenir.

Y.23. HD E:2016/3865 K:2019/3630 T: 17/09/2019

Şikayetçi vekili; borçlu ile müvekkili arasında imzalanan kredi sözleşmesi uyarınca müvekkili bankanın rehin hakkı dikkate alınmadan sıra cetveli düzenlendiğini ileri sürerek sıra cetvelinde müvekkili bankanın birinci sıraya alınmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Şikayet olunanlar vekilleri; şikayetin reddini savunmuşlardır.

Mahkemece; şikayetçi bankanın takip dosyasındaki alacağının muaccel olmadığı, alacağa muaccel olan hak sahiplerinin önüne şikayetçinin sıralamada geçemeyeceği gerekçesi ile şikayetin reddine karar verilmiştir.

Kararı şikayetçi vekili temyiz etmiştir.

Şikayet, sıra cetvelinin iptali istemine ilişkindir.

Rehinli bir malın paraya çevrilmesi halinde rehin alacaklısının alacağı henüz muaccel değilse, satılan mal için sıra cetveli yapılabilir. Satılan rehinli malın satış bedelinden rehin alacaklısına ayrılan pay rehin alacağının muaccel hale gelmesi anına kadar muhafaza edilerek, muaccel hale geldikten sonra rehin alacaklısına ödenir. Bankanın rehin alacağı bulunup bulunup bulunmadığı incelenerek bu bilgiler ışığında sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halilnde

temyiz edene iadesine, kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 17.09.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

FERAGAT • YEREL MAHKEME İNCELEMESİ

ÖZET: Davadan feragat, karar kesinleşinceye kadar her aşamada mümkündür. Mahkeme davadan el çektiğinden, karar ortada durduğu müddetçe, davayı yeniden ele alıp, feragat nedeniyle bir karar veremez. (11.04.1940 gün ve 70 sayılı İBK, 21.11.1981 gün 1981/2-551 sayılı HGK kararı.) Bu itibarla, şikayetçi vekilinin şikayetten feragat iradesi öncelikle dikkate alınarak feragat nedeniyle mahkemece bir karar verilmesi gerektiğinden, bunun sağlanabilmesi için hükmün öncelikle bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Y. 23. HD E: 2017/3013 K: 2019/3594 T: 12/09/2019

Şikayetçi vekili, kararı süresinde temyiz ettikten sonra şikayetçiden ve temyiz isteminden feragat etmiştir. Dosyaya ibraz edilen ... 53. Noterliğinin 02.05.2012 tarih ve 13086 yevmiye numaralı vekaletnamesi kapsamından şikayetçi vekilinin feragat yetkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Feragat, 6100 sayılı HMK'nın 311. madde hükmü uyarınca, kesin hüküm sonuçlarını doğurduğu gibi aynı Kanun'un 309/2. maddesi uyarınca karşı tarafın kabulüne de bağlı bulunmamaktadır. Öte yandan, aynı Kanun'un 310. maddesi uyarınca davadan feragat, karar kesinleşinceye kadar her aşamada mümkündür. Mahkeme davadan el çektiğinden, karar ortada durduğu müddetçe, davayı yeniden ele alıp, feragat nedeniyle bir karar veremez. (11.04.1940 gün ve 70 sayılı İBK, 21.11.1981 gün 1981/2-551 sayılı HGK kararı.) Bu itibarla, şikayetçi vekilinin şikayetten feragat iradesi öncelikle dikkata alınarak feragat nedeniyle mahkemece bir karar verilmesi gerektiğinden, bunun sağlanabilmesi için hükmün öncelikle bu nedenle bozulması gerekmiştir.

2-Bozma neden ve şekline göre şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA,** (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 12.09.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARLARI

CEZAİ ŞART • TAKDİRİ İNDİRİM
•
İCRA İNKAR TAZMİNATI

ÖZET: Hakimin aşırı gördüğü cezai şartı kendiliğinden indireceği Borçlar Kanununda öngörülmüştür.

Bu indirim yapılırken sözleşmenin feshinden önce tarafların davranışları da dikkate alınmalıdır.

Takdiri indirimin söz konusu olduğu alacak için icra inkar tazminatına hükmedilemez.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 31. Hukuk Dairesi
E: 2018/2077 K: 2018/1676 T: 26.11.2018

Yerel mahkemece verilen karar sonrasında istinaf başvurusu üzerine dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda:

DAVA:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkili ile davalı Türkiye Futbol Federasyonu arasında 15.11.2013 tarihli belirli süreli sözleşme akdedildiğini, davacının bu sözleşme uyarınca 15.11.2013-15.11.2018 tarihleri arasında Türkiye Futbol Direktörü sıfatıyla Türkiye Futbol Fe-derasyonu bünyesinde görev alacağı hususunda tarafların mutabık kaldıklarını, müvekkilinin yıllık maaşının primler hariç net 3.500.000-Euro olarak belirlendiğindiğini, döviz kurlarındaki yükselme sebebiyle taraflar arasında akdedilen 11.01.2017 tarihli ek sözleşme ile müvekkiline yapılacak ödemelerde 1 Euro'nun 3,70-TL'ye sabitlenmesini ve yapılacak ödemelerin sabitlenen bu kur üzerinden yapılması hususunda anlaştıklarını, müvekkilinin iş akdinin 26.07.2017 tarihli fesih bildirimi ile 15.11.2013 tarihli sözleşmenin 6.maddesi uyarınca davalı tarafından tek taraflı olarak feshedildiğini, davalı Federasyon tarafından müvekkiline sözleşme uyarınca ödeme yapılacağının şifahen bildirildiğini ancak herhangi bir ödeme yapılmaması üzerine, taraflarca keşide edilen Beyoğlu 34.Noterliği'nin 11 Eylül 2017 tarihli 11643 yevmiye numaralı ihtarnamesi ile davalıya cezai şartın ihtarnamenin tebliğinden itibaren 7 gün içinde ödenmesi hususunun ihtar edildiğini, söz konusu ihtarnamenin davalı yana 13.09.2017 tarihinde tebliğ edildiğini ancak davalı yan tara-

fından cevap verilmediğini, davalı aleyhine Beykoz İcra Müdür-lüğü'nün 2017/6302 E. sayılı dosyası ile takip başlatıldığını, davalı yanın yetki itirazı üzerine davalı Federasyon aleyhine İstanbul 19. İcra Müdürlüğü'nün 2017/33400 E. Sayılı dosyası ile takip başlatıldığını, davalı Federasyon tarafından icra takibine itiraz edildiğini ve takibin durdu-ğunu, yapılan itirazın hukuka aykırı olduğunu iddia ederek, davalı tarafından İstanbul 19. İcra Müdürlüğü'nün 2017/33400 E. Sayılı dosyasına yapılan itirazın iptaline ve takibin devamına, %20'den az olmamak üzere icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesin talep ve dava etmiştir.

CEVAP:

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; müvekkili Türkiye Futbol Federasyonu'nun 5894 sayılı Kanuna göre kurulan, özel hukuk hükümlerine tabi olan tüzel kişiliğe sahip özerk bir kuruluş olduğunu, anılan kanun ve kanuna göre çıkarılan TFF statüsüne göre Yönetim Kurulunun Federasyonun bir organı olduğunu, müvekkili Federasyon'un tacir sıfatına haiz olmadığını, davacı ile müvekkili arasında 15.11.2013 tarihinde yapılan sözleşme ile davacının 15.11.2013 - 15.11.2018 tarihleri arasında Türkiye Futbol Direktörü sıfatıyla görev yapmasının kararlaştırılarak taraflar arasında 4857 sayılı İş Kanunu anlamında iş ilişkisi kurulduğunu, davaya konu olan sözleşmeden doğan alacak iddiasının futbol ile ilgili olduğunu bu nedenle iş bu uyuşmazlı-ğın çözümünde yetkili ve görevli kurumun TFF bünyesinde yer alan Uyuşmazlık Çözüm Kurulu olduğunu, müvekkili Türkiye Futbol Federasyonu tarafından davacının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun derhal feshe ilişkin 25/2-b ve d bentleri uayarınca feshedilmiş olması nedeniyle davacının erken fesih tazminatına hak kazanmasının mümkün olmadığını, haklı nedenle fesih halinde cezai şart tazminatına hak kazanılamayacağını, İş Kanunu'nun derhal feshe ilişkin 25/2-b ve d bentlerinde yer alan hükmün uygulanmasında yer alan haklı nedenin davacının müvekkili Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu yedek üyesi S.A.'ya fiziki ve sözlü saldırıda bulunması olduğunu, davacı tarafından 19.07.2017 tarihinde yapılan basın açıklamasında davacının yaşanan olaylardan herhangi bir pişmanlık duymadığını belirtti-ğini, davacının iş akdinin feshinin usule uygun olarak ve hak düşürücü süre içinde gerçekleş-tiğini, müvekkilinin tüzel kişi olması nedeniyle altı iş günlük sürenin feshe yetkili merciin öğrendiği günden başlayacağını, davacı tarafından 19.07.2017 tarihinde yapılan basın açıklaması sonrası yapılan soruşturma neticesinde durumun TFF Yönetim Kurulu'na intikal ettirildiğini ve müvekkili Yönetim Kurulu tarafından davacının iş sözleşmesinin İş Kanunu'nun 25/II hükmü uyarınca feshedilmesine karar verildiğini ve davacıya 26.07.2017 tarihli fesih bildirim yazısı ile bildirildiğini,

davacının iş akdi sonrasında müvekkilinin maddi ve manevi olarak zarara uğradığını, dava konusu alacak likit olmadığından davacının icra inkar tazminatı talebinin haksız oldu-ğunu savunarak davanın reddine, %20 'den az olmamak üzere kötüniyet tazminatının dava-cıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARAR GEREKÇESİNİN ÖZETİ :

İlk Derece Mahkemesi tarafından; Davacının İstanbul 19. İcra Müdürlüğünün 2017/33400 Esas sayılı takip dosyası ile başlattığı ilamsız takibe davalı borçlunun yapmış olduğu itirazın asıl ala-cak 12.950.000,00 TL üzerinden TBK 182/son uyarınca takdiren %40 oranında tenkis yapıla-rak bulunan 7.770.000,00 TL asıl alacak yönünden iptaline, icra takibinin belirtilen miktar itibariyle kaldığı yerden devamına, asıl alacağa takip tarihinden itibaren yasal faiz işletilmesine, davacı vekilinin takip talebinde istemiş olduğu işlemiş faiz tutarı 120.866,67 TL'nin feragat nedeniyle reddine, itirazın iptaline karar verilen asıl alacak tutarı 7.770.000,00 TL'nin %20'si oranındaki toplam 1.554.000,00 TL icra inkar tazminatının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verildiği anlaşılmıştır.

İlk Derece Mahkemesi kararına karşı taraf vekillerince ayrı ayrı istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

İSTİNAF SEBEPLERİ:

Davacı vekilinin istinaf sebepleri özetle;

Davalı Federasyon'un bütçesinin yaklaşık 700.000.000 TL olması, müvekkilinin hak kazandığı cezai şart olan 12.950.000 TL'nin Federasyon bütçesinin yalnızca % 1.93'üne tekabül etmesi, müvekkilinin sözleşmesi davalı tarafından haksız olarak feshedilmemiş olsa müvekkili 4.520.833 Euro kazanacakken bu gelirden mahrum kalması, hak kazandığı cezai şartın sözleşmenin devamı mümkün olsaydı elde edeceği gelirden çok düşük olması, müvekkilinin iyi niyetle hareket ederek Euro kurunu 3.70 TL'sına sabitlemesi neticesinde yaklaşık 7.000.000 TL daha az gelir elde edecek olması, müvekkilinin yaklaşık 20 yıldan bu yana dava konusu cezai şart tutarı civarında yıllık gelir elde etmesi, sözleşmenin tek taraflı feshi sebebiyle davalı Federasyonun tam kusurlu olması ve bu sebeple müvekkilinin mağdur edilmesi gerçekleri bir-likte değerlendirildiğinde, müvekkili ile davalı Federasyon arasında akdedilen sözleşmenin 6. Maddesinde taraflarca kararlaştırılmış olan 12.950.000 TL tutarlı cezai şartın fahiş nitelikte olmadığının açıkça görüldüğü,

Yerel Mahkemenin dava konusu cezai şart tutarının fahiş olduğu yönündeki kararını kabul etmemekle birlikte % 40 oranındaki tenkis oranının da afaki olduğu, Yerel Mahkeme kararının bu yönden de hukuka ve yasaya aykırı olduğu, şeklindedir.

Davalı vekilinin istinaf sebepleri özetle;

Yerel Mahkemeye sunulmuş olan cevap dilekçesindeki delil listesinde yer alan tanık deliline istinaden tanık dinletilmesi yönündeki talebin Mahkemece reddedilmesi ile tanık dinlenilmemesi konusundaki ara karardan rücu edilmesi yönündeki taleplerinin Mahkemece reddedilmesinin iş kanunu mevzuatına, emsal yargıtay ile istinaf mahkemeleri içtihatlarına ve usule aykırılık teşkil ettiği,

İş Hukuku uygulamasında, işçinin iş akdinin haklı nedenle feshedildiğine yönelik işveren tara-fından iddiada bulunulması halinde, haklı nedenle feshi gerektiren nedenin ispat yükünün işve-ren üzerinde olduğu, dolayısıyla haklı nedenle fesih konusundaki iddialarının ispatı açısından, delil listelerinde yer alan tanıkların mahkeme tarafından dinlenilmesi yönündeki taleplerine karşın Yerel Mahkemece bu taleplerin reddedilmesinin usuli aykırılık teşkil ettiği, başlı başına bir bozma nedeni sayıldığı,

Davacının iş akdinin 4857 sayılı İş Kanununun 25/2-B ve D bentleri uyarınca haklı nedenle fes-hedilmesi nedeni ile sözleşmede cezai şart olarak belirlenen erken fesih tazminatına hak ka-zanmasının hukuken mümkün olmadığı,

Yerel Mahkeme tarafından davanın kısmen kabulüne ilişkin verilen kararın gerekçesinde "mü-vekkili TFF tarafından davacıya gönderilen fesih bildirim yazısında sözleşmenin 6. Maddesi uyarınca iş akdinin feshedildiğinin bildirildiği, yargılama sırasında kendileri tarafından ileri sürü-len iş akdinin haklı nedenle fesih iddiasının dikkate alınamayacağı, İş Sözleşmesinin, tarafları-nın bildirdikleri fesih sebebi ile bağlı olup bu sebebin daha sonra değiştirilemeyeceği ve yeni sebepler eklenemeyeceğinden" bahsedilerek "Fesih Sebebiyle Bağlılık Kuralına" aykırılıktan bahsedilmesinin somut olgular dikkate alındığında, dosya kapsamının doğru şekilde incelenme-diği ve hukuki dayanaklardan yoksun olduğunun açık şekilde görüleceği,

İş Hukuku Mevzuatında ve Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, haklı nedene dayanılarak yapılan fesih bildiriminde sebep belirtme zorunluluğu bulunmadığı,

Yerel Mahkemece, iş akdinin feshini gerektiren duruma bakılarak hak-

lı nedenle feshin söz konusu olmadığına ve sözleşmenin 6. Maddesine göre feshedildiğine kanaat getirildiği, somut olaya bakıldığından müvekkili TFF tarafından SGK'ya kod numarasının yanlış bildirilmesinin herhangi bir önemi bulunmadığı,

Yerel Mahkemece verilen kararın cezai şart bedeline ilişkin yapılan değerlendirilmesinde, cezai şart bedelinin TBK. M.182/son uyarınca % 40 oranında tenkise tabi tutulması bakımından, davacıya ödenen ücretler, sözleşmenin süresi ile çalışılan süreye oranı, davacının sözleşmenin sona ermesindeki ağır kusuru gibi olgular dikkate alınmadan Mahkemece en az % 80 oranında tenkis yapılması gerekirken daha düşük bir oranla tenkis edilmesinin hukuka aykırılık teşkil ettiği, bunun Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay içtihatlarındaki emsal nitelikteki kararlara da uymadığı,

Yerel Mahkemece, müvekkili TFF aleyhine asıl alacak tutarından % 20 oranında icra inkar tazminatına hükmedilmesi bakımından, icra inkar tazminatının doğması için gerekli koşullar sağlanmaksızın karar verilmesi söz konusu olduğu için verilen bu kararın açık şekilde hukuka aykırılık teşkil ettiği, icra inkar tazminatının hak kazanılabilmesi için gerekli olan alacağın likit olması şartının mevcut olmadığı ve davacı lehine inkar tazminatına hükmedilemeyeceğinin açık olduğu, yargılamayı gerektiren cezai şart alacağının likit olmadığı,

Yerel Mahkemece verilen kararın gerekçesinin somut delillere dayanmadığı, yapılan değerlendirmelerde, hangi gerekçelerle söz konusu kararın verildiğine yönelik açıklık bulunmadığı, mahkemenin gerekçesinin anlaşılamadığı,

Dosyaya sunulan cevap dilekçesinde, davacı aleyhine % 20'den az olmamak üzere kötüniyet tazminatına hükmedilmesi taleplerinin bulunmasına karşın söz konusu talebin reddi konusunda herhangi bir açıklama yapılmaksızın ve gerekçede bu duruma değinilmeksizin karar verilmesinin hatalı olduğu ve bozmayı gerektirdiği, şeklindedir.

DELİLLER:

SGK kayıtları, hizmet cetveli, 2013-2018 dönemine ilişkin bütçe denetim raporları ve gelir tabloları, Çeşme Cumhuriyet Başsavcılığının 2017/2353 sayılı soruşturma dosyası örneği, İstanbul 19. İcra Müdürlüğünün 2017/33400 esas sayılı takip dosyası ile tüm dosya kapsamıdır.

GEREKÇE:

Dava; icra takibine yapılan itirazın iptaline ilişkindir.

Taraf vekillerinin istinaf sebepleri açısından istinaf sebepleri ve kamu

düzeni ile bağlı ve sınırlı olarak dosya üzerinde ayrı ayrı yapılan incelemede;

Taraflar arasında imzalanan 15/11/2013 tarihli sözleşme ile davacının 15/11/2013 - 15/11/2018 tarihleri arasında olmak üzere Türkiye Futbol Direktörü olarak görevlendirildiği, ücretinin her bir sözleşme yılı için yıllık net 3.500.000,00 EURO olarak ve buna ilaveten kriterleri sözleşmede açıkça düzenlendiği şekliyle performans priminin de belirlendiği, 11/01/2017 tarihli "Ek Sözleşme" ile ek sözleşmenin imza tarihinden itibaren davacıya ödenecek ücrete ilişkin döviz kurunun 3,70 EURO ile sınırlandırıldığı ve TCMB döviz alış kurunun bu miktarın altına inmesi halinde geçerli kurun uygulanması ancak 3,70 TL.nin üstüne çıkması halinde 3,70 TL esas alınarak ödemelerin Türk Lirası cinsinden yapılmasının kararlaştırıldığı, taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamı sırasında davalı Fedarasyon tarafından "Sayın Muhatap Fatih Terim ile Türkiye Futbol Federasyonu arasında imzalanan 15/11/2013 tarihli Sözleşme, 6. Maddesi uyarınca Türkiye Futbol Federasyonu tarafından feshedilmiş olup ihbaren bildiririz" şeklinde 26/07/2017 tarihli yazılı bildirim yapılmak suretiyle iş sözleşmesinin tek taraflı olarak feshedildiği hususları çekişmesizdir.

Davacının, iş sözleşmesinin 6.maddesinde düzenlenen ceza şartına dayanarak talep ettiği tazminatın tahsiline ilişkin icra takibi başlattığı, davalı vekilinin, davacıya borçlu olunmadığını öne sürerek icra takibine ve borca itirazda bulunması üzerine yasal süresinde eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Cezai şart 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 179 ve 180. maddelerinde düzenlenmiş olup 420.maddesinde de hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğu belirtilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu'nda cezai şarta ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, genel hüküm niteliğinde olması sebebiyle Borçlar Kanunu'nun bu hükümleri iş hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklarda da uygulanmalıdır. Ayrıca Yargıtay kararlarıyla da cezai şartla ilgili olarak iş hukukuna özgü uygulamalar geliştirilmiştir. Yasal mevzuat ve Yargıtay'ın yerleşik uygulamaları dikkate alındığında, cezai şartın geçerli olabilmesi için her şeyden önce işçi aleyhine düzenleme içermemesi gerekir.

İşçi lehinde tek taraflı ceza koşulu içeren sözleşme hükümleri geçerlidir. Bunun yanında ceza koşulunun özellikle işveren lehine geçerli olabilmesi için karşılıklı olması ve eşit koşulları taşıması, denk olması gerekir.

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.

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.(Yargıtay 9.HD 10/12/2015 tarih, 2014/24185-2015/35123)

Somut olay incelendiğinde; Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin "Fesih" başlığını taşıyan 6.maddesi aynen aşağıdaki gibidir.

"6.1)İşbu sözleşme TÜRKİYE FUTBOL DİREKTÖRÜ tarafından feshedildiği takdirde, 1.450.000-EURO (Bir Milyon Dört Yüz Elli Bin Avro) tutarında erken fesih tazminatını Federasyon'a ödemekle yükümlüdür. İşbu sözleşme FEDERASYON tarafından feshedildiği takdirde, 3.500.000-EURO (Üç Milyon Beş Yüz Elli Bin Avro) tutarında erken fesih tazminatını TÜRKİYE FUTBOL DİREKTÖRÜ'ne ödemekle yükümlüdür.

6.2) Taraflar sözleşmenin feshi halinde 6.1.'de belirtilen erken fesih tazminatı ve muaccel olmuş ücret alacakları dışında başkaca hiçbir tazminat talep etmeyeceğini gayri kabili rücu olarak kabul eder."

Bu haliyle, cezai şartın, taraflar arasındaki belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi koşuluna bağlandığı, karşılıklı olduğu ve miktar itibariyle işçi lehine hüküm içerdiği anlaşıldığından, ortada yasal mevzuata ve yukarıda açıklanan ilkelere uygun bir düzenleme bulunduğu, geçerlilik sorunu olmadığı açıktır. Taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olduğu hususu da ihtilafsızdır. Cezai şartın, fesih şekil ve sebebine bağlı olmayıp sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlandığı dikkate alındığında, feshin haklı fesih koşullarını taşıyıp taşımadığı hususunun bir önemi yoktur. Bu nedenle, davalı tarafın, haklı fesih savunmasının ispatı bakımından bildirdiği tanıklarının dinlenmesi gerektiğine yönelik itirazları yerinde görülmemiştir. Kaldı ki, iş sözleşmesinin feshi hususunda gerek Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu Kararında ve gerekse yazılı fesih bildiriminde, feshin 15/11/2013 tarihli

Sözleşme'nin 6.maddesi uyarınca yapıldığına yönelik açıklama dışında bir fesih sebebine yer verilmediği anlaşılmaktadır. Her ne kadar, haklı fesih hallerinde fesih bildiriminin yazılı olması şekil şartı değil ise de fesih bildiriminin yazılı olarak yapılması halinde, ispat yükümlülüğü altında bulunan işveren fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlı olup dava sırasında başka bir sebep ileri süremeyeceği gibi yazılı fesih bildiriminde gösterilmeyen sebeplere yargılama sırasında dayanılması mümkün değildir. Esasen bu hususlar, feshin geçersizlik sorununa ilişkin uyuşmazlıklarda ele alınması ve irdelenmesi gereken hususlar olup somut davanın konusu değildir.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda; ilk derece mahkemesinin kararında, cezai şartın işçi ve işveren yönünden karşılıklı olarak düzenlendiği, işçi ve işveren lehine hükümler içerdiği, süre ve şekil yönünden kanuna aykırılık teşkil etmediği, davalı işverenin iş sözleşmesinin feshinde herhangi bir haklı sebebe dayanmadığı gerekçeleri ile davalı işverenin, sözleşme hükmü uyarınca kararlaştırılan cezai şartı ödemekle yükümlü olduğuna dair saptama ve gerekçesinde bir isabetsizlik bulunmadığı kanaatine varılarak, davalı tarafın buna yönelik istinaf başvurusunun reddi gerekmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun 182 maddesinin birinci fıkrasında, tarafların cezanın miktarını serbestçe belirleyebileceği düzenlenmiş ancak aynı maddenin sonuncu fıkrasında hakimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceği öngörülmüştür. Yapılacak indirimin oranı hususunda açık bir düzenleme yoktur. Uygulamada karşılaşılan uyuşmazlıkların, daha çok işçi aleyhine yani işçinin ödemekle yükümlü olduğu cezalar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar olması sebebiyle Yargıtay işçi lehine yorum ilkesinden hareketle çözüm yolları belirlemiştir. Bu kapsamda, Yargıtay 9 Hukuk Dairesi kararlarında, işçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışılan ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak işçi aleyhine hükmolunacak cezadan indirime gidilmesi gerektiği içtihat edilmekte olup kanaatimizce aynı oranın işveren lehine yapılacak indirimlerde de dikkate alınması objektif hakkaniyetin gereğidir.

Taraflar arasındaki iş sözleşmesi ile kararlaştırılan hizmet süresi 5 yıl (60 ay) iken bu sürenin tamamlanmasına yaklaşık 16 ay kala, işvereni sözleşmenin feshine götüren olayın davacının TFF Futbol Federasyonu yedek üyesi SA'ya yönelik sözlü ve fiziki saldırıda bulunması ve basın toplantısında "Yine olsa yine yaparım" diyerek beyanda bulunması şeklinde ileri sürülen ve kamuoyuna da yansıyan hususlar her ne kadar yukarıda

açıklandığı üzere cezai şartın geçerliliğini etkileyecek nitelikte değil ise de işverinin fesih iradesini oluşturmada etkili bulunduğundan, indirim oranının takdirinde dikkate alınması gereken bir diğer hususdur. O halde, tarafların dosyaya yansıyan sosyal ve ekonomik durumu, davacının icra ettiği görevin niteliği itibariyle kamuoyunun yakın takip ve ilgi alanı içinde olması nedeniyle işvereni feshe götüren sebep ve saikler ile ifa edilen sözleşme süresi dikkate alındığında Borçlar Kanunu uyarınca cezadan yapılacak indirim oranının %60 olarak belirlenmesi gerektiği kanaatine varılmış olup bu nedenle davalı istinafı yerinde görülerek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılıp yeniden hüküm kurulması, davacının bu yöne ilişkin istinaf başvurusunun ise yapılan açıklamalar çerçevesinde reddi gerekmiştir.

İcra inkar tazminatı yönünden yapılan incelemede; icra takibine yönelik itirazın niteliği, talebe konu alacağın Türk Borçlar Kanunu 182.maddesi kapsamında takdiri indirimi gerektirir nitelikte olması nedeniyle alacak miktarının tespitinin hesap ve yargılamayı gerektirdiği hususları gözetildiğinde icra inkar tazminatına hükmedilmesinin hatalı olduğu kanaatine varılmıştır.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde; dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebepleri ile kamu düzeni dikkate alındığında, davacı tarafın istinaf başvurusunun reddine, davalı tarafın istinaf başvurusunun yukarıda açıklanan yönlerden kısmen kabulüne, ilk derece mahkemesince verilen kararın kaldırılarak yeniden hüküm kurulmasına ilişkin Üye Hakim MA'un görüşü heyetçe de benimsenerek aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir.

HÜKÜM:

1-Davacı vekilinin ileri sürdüğü istinaf sebeplerinin, yukarıda belirtilen gerekçelerden dolayı yerine görülmediğinden REDDİNE,

2- Davalı vekilinin istinaf başvurusunun yukarıda açıklanan yönlerden KISMEN KABULÜ İLE; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b.2 maddesi gereğince İlk Derece Mahkemesi KARARININ KALDIRILMASINA,

3-Davanın KISMEN KABULÜNE,

a-Davalı tarafından İstanbul 19. İcra Müdürlüğü'nün 2017/33400 Esas sayılı dosyasına yapılan itirazın KISMEN İPTALİ İLE, takip konusu olan 12.950.000,00 TL üzerinden TBK.nun 182/son maddesi uyarınca takdiren %60 oranında indirim yapılarak tespit edilen 5.180.000,00 TL asıl

alacak üzerinden TAKİBİN DEVAMINA, fazlaya ilişkin talebin reddine,

b-Takibe konu 120.866,67 TL işlemiş faiz alacağı talebinin vaki feragat nedeniyle reddine,

c-İcra inkar tazminatı talebinin reddine,

4-Davalı tarafından yatırılan 159.231,00 TL istinaf karar harcının istemle birlikte davalıya iadesine, davacıdan alınması gereken 35,90 TL istinaf karar harcının peşin alındığı görülmekle ayrıca harç alınmasına yer olmadığına,

5- Harçlar kanunu uyarınca alınması gereken 353.845,80 TL karar harcının, davalı tarafından yatırılan 479.059,04 TL harçtan mahsubu ile fazla alınan 125.213,24 TL karar ve ilam harcının istemle birlikte davalıya iadesine,

6- Davacı tarafından peşin olarak yatırılan toplam 157.863,40 TL karar ve ilam harcının istemle birlikte davacıya iadesine,

7- Davacı tarafından yapılan 137,45 TL yargılama giderinden kabul ve red oranına göre hesap olunan 134,32 TL ile Başvurma harcı olarak yatırılan 31,40 TL olmak üzere toplam 165,72 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, kalanın davacı üzerinde bırakılmasına,

8- Davalı tarafından yapılan 75,85 TL yargılama giderinden kabul ve red oranına göre hesap olunan 1,73 TL'sinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, kalanın davalı üzerinde bırakılmasına,

9- Avukatlık asgari ücret tarifesi gereğince davacı vekili için hesap olunan 117.000,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, redden dolayı davalı vekili için hesap edilen 12.419,33 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

10- Davacının ve davalının gider avanslarında kalan ücretlerin karar kesinleştiğinde kendilerine iadesine,

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 9 uncu maddesinin yollamasıyla 6100 sayılı HMK'nın 361 inci maddesi uyarınca gerekçeli kararın tebliğinden itibaren İKİ HAFTALIK süresi içinde Yargıtay'a TEMYİZ YOLU AÇIK olmak üzere 26/11/2018 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

NOT: Veriler bilgi amaçlı olup olası yanlışlıklardan kaynaklı sorumluluk kabul edilmez.

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018**	**2019**
Ocak	5.22	9.59	5.50	4.96	15,66	28,70
Şubat	6.11	8.79	5.61	5.87	15,50	17,93
Mart	6.95	8.03	5.64	6.89	15,35	18,70
Nisan	7.89	7.36	5.47	8.01	15,36	19,39
Mayıs	8.66	6.98	5.19	9.02	15,80	19,91
Haziran	9.03	6.74	4.91	9.98	16,57	19,88
Temmuz	9.26	6.43	4.77	10.94	17,41	19,91
Ağustos	9.55	6.14	4,51	12.05	18,78	19,62
Eylül	9.84	5.92	4.07	13.26	21.36	18,27
Ekim	10.11	5.58	3.83	14.47	23.73	16,81
Kasım	10.32	5.33	3.93	15,38	25.52	
Aralık	10.25	5.28	4.30	15,82	27.01	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	0.33	0.55	3,98	0,99	0,45	1.10	1.82	2,46	1,02	1,06
Şubat	1.20	-0.20	1,26	2,68	0,09	0.71	- 0.02	0,81	0,73	0,16
Mart	1.05	0.40	1,04	1.54	1,58	1.19	- 0.04	1,02	0.99	1.03
Nisan	1.43	0.52	0,76	2.60	2,98	1.63	0.78	1,31	1.87	1,69
Mayıs	1.11	1.48	0,52	3,79	2,67	0.56	0.58	0,45	1,62	0,95
Haziran	0.25	0.41	0,07	3,03	0,09	-0.51	0.47	-0,27	2,61	0,03
Temmuz	-0.32	0.21	0,72	1,77	-0,99	0.09	1.16	0,15	0,55	1,36
Ağustos	0.98	0.08	0,85	6,60	-0,59	0.40	-0,29	0,52	2,30	0,86
Eylül	1.53	0.29	0,24	10,88	0,13	0.89	0.18	0,65	6,30	0,99
Ekim	-0.20	0.84	1,71	0,91	0,17	1.55	1.44	2,08	2,67	2,00
Kasım	-1.42	2.00	2,02	-2,53		0.67	0.52	1,49	-1,44	
Aralık	-0.33	2.98	1,37	-2,22		0.21	1.64	0,69	-0,40	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	0.33	0.55	3,98	0,99	0,45	1.10	1.82	2,46	1,02	1,06
Şubat	1.53	0.34	5,29	3,69	0,55	1.82	1.80	3,29	1,76	1,23
Mart	2.60	0.75	6,38	5,29	2.14	3.03	1.75	4,34	2.77	2.27
Nisan	4.06	1.27	7,19	8,03	5,18	4.71	2.55	5,71	4.69	4,00
Mayıs	5.22	2.77	7,74	12,12	7,99	5.30	3.15	6,18	6,39	4,99
Haziran	5.49	3.19	7,82	15,52	8,09	4.76	3.63	5,89	9,17	5,01
Temmuz	5.15	3.41	8,60	17,56	7,02	4.85	4.84	6,05	9,77	6,44
Ağustos	6.19	3.49	9,52	25,32	6,39	5.27	4,53	6,60	12,29	7,35
Eylül	7.81	3.79	9,78	38,96	6,53	6.21	4.72	7,29	19,37	8,42
Ekim	7.59	4.66	11,66	40,22	6,71	7.86	6.23	9,52	22,56	10,59
Kasım	6.06	6.76	13,91	36,68		8.58	6.78	11,16	20,79	
Aralık	5.71	9.94	15,47	33,64		8.81	8.53	11,92	20,30	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2015	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	3.28	5.94	13,69	12,14	32,93	7.24	9.58	9,22	10,35	20,35
Şubat	3.10	4.47	15,36	13,71	29,59	7.55	8.78	10,13	10,26	19,67
Mart	3.41	3.80	16,09	14,28	29,64	7.61	7.46	11,29	10.23	19,71
Nisan	4.80	2.87	16,37	16,37	30,12	7.91	6.57	11,87	10.85	19,50
Mayıs	6.52	3.25	15,26	20,16	28,71	8.09	6.58	11,72	12,15	18,71
Haziran	6.73	3.41	14,87	23,71	25,04	7.20	7.64	10,90	15,39	15,72
Temmuz	5.62	3.96	15,45	25,00	21,66	6.81	8.79	9,79	15,85	16,65
Ağustos	6.21	3,03	16,34	32,13	13,45	7.14	8,05	10,68	17,90	15,01
Eylül	6.92	1.78	16,28	46,15	2,45	7.95	7.28	11,20	24,52	9,26
Ekim	5.74	2.84	17,28	45,01	1,70	7.58	7.16	11,90	25,24	8,55
Kasım	5.25	6.41	17,30	38,54		8.10	7.00	12,98	24,62	
Aralık	5.71	9.94	15,47	33,64		8.81	8.53	11,92	20,30	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2105	2016	2017	2018	2019	2015	2016	2017	2018	2019
Ocak	9.59	5.50	4,96	15,66	28,70	8.80	7.87	7,76	11,23	17,16
Şubat	8.79	5.61	5,87	15,50	29,97	8.77	7.97	7,88	11,23	17,93
Mart	8.03	5.64	6,89	15,35	31,17	8.70	7.96	8,21	11.14	18,70
Nisan	7.36	5.47	8,01	15,36	32,24	8.57	7.84	8,66	11.06	19,39
Mayıs	6.98	5.19	9,02	15,80	32,85	8.45	7.71	9,09	11,10	19,91
Haziran	6.74	4.91	9,98	16,57	32,81	8.28	7.74	9,36	11,49	19,88
Temmuz	6.43	4.77	10,94	17,41	32,34	8.07	7.91	9,44	12,00	19,91
Ağustos	6.14	4,51	12,05	18,78	30,51	7.88	7,98	9,66	12,61	19,62
Eylül	5.92	4.07	13,26	21,36	26,44	7.80	7.92	9,98	13,75	18,27
Ekim	5.58	3.83	14,47	23,73	22,58	7.69	7.89	10,37	14,90	16,81
Kasım	5.33	3.93	15,38	25,52		7.61	7.79	10,87	15,63	
Aralık	5.28	4.30	15,82	27,01		7.67	7.78	11,14	16,33	

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 11374 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hulusi METİN

05/11/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1954 yılında Adana'da doğmuş, 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10094 sicil sayısında kayıtlı

Av. Osman Atilla YÜCEER

01/11/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1933 yılında İstanbul'da doğmuş, 1974 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1976 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 3300 sicil sayısında kayıtlı

Av. Abdurrahman HULUSİ ABACI

10/09/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1930 Karaman'da doğmuş, 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1953 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11499 sicil sayısında kayıtlı

Av. Ahmet BULUT

30/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1956 yılında Samsun Bafra'da doğmuş, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 45365 sicil sayısında kayıtlı

Av. Şenay GÖKBAYRAK

28/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1978 yılında İstanbul'da doğmuş, 2012 yılında Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2013 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5106 sicil sayısında kayıtlı

Av. Aydın NAYMAN

27/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1936 yılında Aydın'da doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 28840 sicil sayısında kayıtlı

Av. Olgun HAMARAT

26/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1971 yılında Kars Susuz'da doğmuş, 2001 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2006 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

2006-2008 ve 2008-2010 tarihleri arasında Sirkeci-Sultanahmet Bölge Temsilcisi olarak görev yapmıştır.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 16596 sicil sayısında kayıtlı

Av. Feza ARKAN

25/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Soma'da doğmuş, 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1990 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7017 sicil sayısında kayıtlı

Av. Ahmet Ömer UZTETİK

22/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Gümülcine'de doğmuş, 1966 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1971 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10975 sicil sayısında kayıtlı

Av. Suna KIRAN

21/08/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1947 yılında Burdur'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Burdur Barosu'nda yaptıktan sonra 1975 yılında Burdur Barosu'na kaydolmuştur. 1978 yılında naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 3960 sicil sayısında kayıtlı

Av. Mustafa Kemal ANIL

15/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1954 yılında İzmit'de doğmuş, 1956 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Adana Barosun'da yaptıktan sonra 1957 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

1968-69 yılları arasında İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi olarak görev yapmıştır.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 64688 sicil sayısında kayıtlı

Av. Nilüfer GÜVEMLİ

15/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1954 yılında Muğla'da doğmuş, 1983 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 2018 yılında hakimliktn emekli olup 2018 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5993 sicil sayısında kayıtlı

Av. Tolun BENÖN

15/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında İstanbul'da doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1985 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 28531 sicil sayısında kayıtlı

Av. Alper ÖZMERT

11/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1977 yılında İstanbul'da doğmuş, 2002 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2003 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

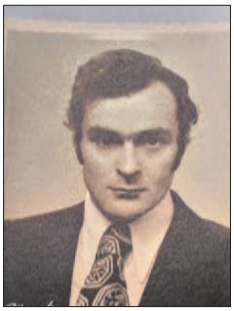
Baromuzun 18611 sicil sayısında kayıtlı

Av. Tülin BİRLİK

07/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1938 yılında İstanbu'da doğmuş, 1962 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1993 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 8343 sicil sayısında kayıtlı

Av. Tunçay ŞANLI

03/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1945 yılında İstanbul'da doğmuş, 1971 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10490 sicil sayısında kayıtlı

Av. Muharrem KESKİN

02/10/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1946 yılında Adapazarı'nda doğmuş, 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1970 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 6390 sicil sayısında kayıtlı

Av. Emine Berna EGEMAN

24/09/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1939 yılında İstanbul'da doğmuş, 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1969 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11707 sicil sayısında kayıtlı

Av. Alev TAŞCIOĞLU

22/09/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1942 yılında Giresun'da doğmuş, 1968 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosun'da yaparak1970 yılında Ankara Barosu'na nakil olmuş. 1980 yılında naklen Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 9784 sicil sayısında kayıtlı

Av. Yücel Bora ALANYA

19/09/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1951 yılında İstanbul'da doğmuş, 1974 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 7175 sicil sayısında kayıtlı

Av. Yıldırım YETER

18/09/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Gümüşhane'de doğmuş, 1970 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1972 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 5658 sicil sayısında kayıtlı

Av. İhsan DEMİRKIRAN

28/08/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1939 yılında İstanbul'da doğmuş, 1961 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1966 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Yargıtay'dan emekli olup, 2006 yılında Baromuz levhasına yeniden kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 11112 sicil sayısında kayıtlı

Av. Sedat AKKAYA

12/05/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1939 yılında Ankara Evciler'de doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaptıktan sonra 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 13888 sicil sayısında kayıtlı

Av. Bülent PASİN

08/05/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1958 yılında Erzurum Hasankale'de doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1985 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 3517 sicil sayısında kayıtlı

Av. Mehmet Orhan AKSOY

24/04/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1927 yılında Sivas Gürün'de doğmuş, 1951 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1954 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4229 sicil sayısında kayıtlı

Av. Mehmet ALTUG SAVAŞER

11/04/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1931 yılında Ankara'da doğmuş, 1956 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1958 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 8769 sicil sayısında kayıtlı

Av. Necmiye TİNGÖY

31/01/2015 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1933 yılında Üsküp'de doğmuş, 1972 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER					
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Nakil Baro**	**Hareket Tarihi**
1	54967	CEREN	AĞÇİÇEK	BURSA BAROSU	05/09/2019
2	58356	CİHAD ÇAĞRI	DÜZGÜN	BURSA BAROSU	05/09/2019
3	51772	ELİF	ALKAN	KOCAELİ BAROSU	05/09/2019
4	50135	MEHTİ CAN	ÖZTÜRK	KÜTAHYA BAROSU	05/09/2019
5	65361	ECE	ERSAN	İZMİR BAROSU	05/09/2019
6	37347	ÖZGE	VEZİROĞLU	İZMİR BAROSU	05/09/2019
7	15345	CEVAT	ÖKSÜZ	ERZURUM BAROSU	05/09/2019
8	48509	SİBEL	A. BAKAÇ	KOCAELİ BAROSU	05/09/2019
9	56292	CAHİDE	ATIL	ÇANAKKALE BAROSU	12/09/2019
10	63512	ATACAN	HELVACIOĞLU	EDİRNE BAROSU	12/09/2019
11	52816	AZİZ SANCAR	DALMAN	SAKARYA BAROSU	12/09/2019
12	58240	EBRU	BORU ERDOĞMUŞ	MALATYA BAROSU	12/09/2019
13	41850	GÖKHAN	BİLGİN	ÇANAKKALE BAROSU	12/09/2019
14	49434	KEZBAN KÜBRA	BİLGİN	ÇANAKKALE BAROSU	12/09/2019
15	63315	MÜGE	ANDIRIN	ADANA BAROSU	12/09/2019
16	53733	YEŞİM	ARI DALMAN	SAKARYA BAROSU	12/09/2019
17	64055	RUKİYE MÜGE	SAK	BALIKESİR BAROSU	12/09/2019
18	52144	DİDEM	SARAÇ YILMAZ	ARTVİN BAROSU	12/09/2019
19	57466	DUYGU	ALTINSOY CEYLAN	DÜZCE BAROSU	19/09/2019
20	63049	GİZEM	NASUHOĞLU	ANKARA BAROSU	19/09/2019
21	55441	VEYSEL	KUYULDAR	BİNGÖL BAROSU	19/09/2019
22	47720	FULYA	COŞKUN	ADANA BAROSU	19/09/2019
23	55783	ASİYE	KARADEMİR	AYDIN BAROSU	19/09/2019
24	57133	KUBİLAY	DEMİRTAŞ	MUĞLA BAROSU	19/09/2019
25	46614	VEYİS	AYDIN	MERSİN BAROSU	19/09/2019
26	62569	EMİNE	ÇEZİK	BİLECİK BAROSU	19/09/2019
27	63212	GİZEM GÜLSEN	BAYOĞLU	YALOVA BAROSU	19/09/2019
28	61130	AFRANUR	ASLAN	VAN BAROSU	19/09/2019
29	50393	FERİT	ATASOY	HAKKARİ BAROSU	19/09/2019
30	54092	METİN	CERİT	İZMİR BAROSU	26/09/2019
31	63663	BURAK	ERDAL	KONYA BAROSU	26/09/2019
32	60577	HALİME ŞEYMA	ÖZCÖMERT	ANKARA BAROSU	26/09/2019
33	64086	SİNEM	SAĞLAM	ZONGULDAK BAROSU	26/09/2019
34	57780	ÖZKAN	MENZİLCİ	İZMİR BAROSU	26/09/2019
35	53383	OĞUZHAN	ESEN	ANKARA BAROSU	26/09/2019
36	21516	İSMAİL	AYKUL	SAMSUN BAROSU	26/09/2019
37	63490	RAHİM	TUZLU	SAMSUN BAROSU	26/09/2019
38	63418	ÜNAL	AYDIN	SAMSUN BAROSU	26/09/2019

NAKİLLER					
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Nakil Baro**	**Hareket Tarihi**
39	42980	KAMURAN	ÇOLAK	ANKARA BAROSU	26/09/2019
40	50590	BENGÜ	BAY	ANKARA BAROSU	26/09/2019
41	55301	SAMİ TUNÇ	DAĞTEKİN	HATAY BAROSU	03/10/2019
42	53002	FERHAN	ERİNÇ	İZMİR BAROSU	03/10/2019
43	48850	ABDULLAH	ÖZTÜRK	MUĞLA BAROSU	03/10/2019
44	64626	EMRE	AYDINLIOĞLU	MUĞLA BAROSU	03/10/2019
45	53181	DİLARA	DOĞAN GÜZ	ADANA BAROSU	03/10/2019
46	45885	ZEKİYE	ÖZTÜRK	MUĞLA BAROSU	03/10/2019
47	59472	FURKAN	SÖNMEZOCAK	BURSA BAROSU	03/10/2019
48	28298	ERKAN	KAYAN	SAMSUN BAROSU	03/10/2019
49	16426	SEVGİ	DİNÇER	A.KARAHİSAR BAROSU	03/10/2019
50	63399	BESİME NUR	POLAT	ADANA BAROSU	03/10/2019
51	20993	TARKAN	YILDIZ	MUĞLA BAROSU	03/10/2019
52	58723	BERKAY	ERDEMİR	İZMİR BAROSU	10/09/2019
53	60913	SELAHATTİN	MACİT	MERSİN BAROSU	10/09/2019
54	61566	MERVE	ÖZET	İZMİR BAROSU	10/09/2019
55	55112	DENİZ VEZİRE	KÜÇÜKBAŞ	SİNOP BAROSU	10/09/2019
56	51573	LATİFE CEREN	YAVUZ	İZMİR BAROSU	10/09/2019
57	63601	ELÇİN	AVCI	YALOVA BAROSU	10/09/2019
58	52850	ÇAĞRI	UÇAR	ELAZIĞ BAROSU	10/09/2019
59	52500	AYNUR	GÖK	ŞANLIURFA BAROSU	10/09/2019
60	56703	AHMET FARUK	KARAÖMEROĞLU	İZMİR BAROSU	10/09/2019
61	54273	M.FATİH	YAVUZ	İZMİR BAROSU	10/09/2019
62	64168	UĞUR	YILDIRIM	UŞAK BAROSU	10/10/2019
63	56877	ALMILA	MARAŞ	ANKARA BAROSU	10/10/2019
64	53272	SIRRI	KÖYLÜ	BATMAN BAROSU	10/10/2019
65	59386	ŞERİFE	DURDAŞ	ANTALYA BAROSU	10/10/2019
66	48889	ECE	ÇAĞLAR	EDİRNE BAROSU	10/10/2019
67	31407	ZEHRA ANDAÇ	ÖZDEMİR	ANKARA BAROSU	10/10/2019
68	65422	HALİL İBRAHİM	MAHMUTOĞLU	TEKİRDAĞ BAROSU	10/17/2019
69	59113	BURAK	BALCI	KOCAELİ BAROSU	10/17/2019
70	49519	CANSU	ŞİRİN	İZMİR BAROSU	10/17/2019
71	27908	RAMAZAN	GÖNEN	DENİZLİ BAROSU	10/17/2019
72	43477	ERCAN	HÜSEYİN	TEKİRDAĞ BAROSU	10/17/2019
73	65573	ŞULE HANIM	S. TÜRKKAHRAMAN	İZMİR BAROSU	10/17/2019
74	63408	VEYSEL	DOĞAN	ADANA BAROSU	10/17/2019
75	64115	ZELİHA	ATAY	A.KARAHİSAR BAROSU	10/17/2019

NAKİLLER					
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Nakil Baro**	**Hareket Tarihi**
76	61115	İSMAİL SEFA	ÇETİN	K.MARAŞ BAROSU	24/10/2019
77	19144	YALÇIN	ÜNAL	BALIKESİR BAROSU	24/10/2019
78	52909	ŞİLAN	TAHMAZ	BALIKESİR BAROSU	24/10/2019
79	44001	BERCİS MERVE	BULCA	BURSA BAROSU	24/10/2019
80	60724	ÖZGE	KÜÇÜKYAZI	KAYSERİ BAROSU	24/10/2019
81	60520	MUHAMMED	YILDIRIM	ISPARTA BAROSU	24/10/2019
82	55573	CANSU	SARIOĞLU	BALIKESİR BAROSU	24/10/2019
83	50059	HÜSEYİN CAN	GÖKSU	ÇANAKKALE BAROSU	31/10/2019
84	55834	SELİNAY BUSE	OKUMUŞ	ÇANAKKALE BAROSU	31/10/2019
85	63971	KÜBRA	VAROL	ÇANAKKALE BAROSU	31/10/2019
86	43546	ŞAHİN	BORA	MARDİN BAROSU	31/10/2019
87	56813	FATMA MERVE	KAYA	MANİSA BAROSU	31/10/2019
88	59109	ABİD	ASLAN	KAYSERİ BAROSU	31/10/2019
89	57994	ÖZDEN	ULUSOY	KASTAMONU BAROSU	31/10/2019
90	54791	CENGİZ ORÇUN	TUNA	TEKİRDAĞ BAROSU	31/10/2019
91	35837	ZEYNEP	DURU	YALOVA BAROSU	31/10/2019

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
1	26549	SABİHA AYSUN	SIZMA	05/09/2019
2	48877	İNANÇ	ERTEN	05/09/2019
3	33125	ZEYNEP	DOĞAN	05/09/2019
4	65738	MUSTAFA AYTUNÇ	ÖZEN	05/09/2019
5	48564	HATİCE	TURAN	05/09/2019
6	41616	MELİS	KIZILTAN	12/09/2019
7	51093	ZEHRA	YÜZBAŞIOĞLU BANA	12/09/2019
8	64143	RUKİYE	KARA	12/09/2019
9	47302	MUSTAFA	MEHMETOĞLU	12/09/2019
10	56488	HALİL	CESUR	12/09/2019
11	65830	HATİCE	POLAT	19/09/2019
12	39040	HAMİDE	ŞAHİN SUBAŞI	19/09/2019
13	56326	MAZLUM	DAĞ	19/09/2019
14	28970	MEHMET	AKDAĞ	26/09/2019
15	47674	AYBEN	SAÇMALI	26/09/2019
16	65798	HÜSEYİN	DİKMEN	26/09/2019
17	41769	EBRU	KÜÇÜK BİRİNCİ	26/09/2019
18	47397	OKAN	YARAR	26/09/2019
19	52607	İBRAHİM	AKDOĞAN	03/10/2019
20	47712	GÖKMEN	DOĞAN	03/10/2019
21	60130	UFUK	YILDIZ	03/10/2019
22	43972	ALİOZAN	KARAÇAR	03/10/2019
23	44682	RATİP İSMAİL	TOPRAK	03/10/2019
24	38821	MUSA	DERE	03/10/2019
25	63247	İBRAHİM	GENÇ	03/10/2019
26	40084	CEYDA	GÜRBÜZ	03/10/2019
27	40345	HAKAN	ERGÜL	03/10/2019
28	44274	MEMDUH ÖMÜR	HARPUT	03/10/2019
29	39446	KÖKSAL	YURDUSEVEN	03/10/2019
30	60879	FATİH	KUMBAR	03/10/2019
31	40546	ERDAL	AĞAÇ	03/10/2019
32	33522	İBRAHİM HALİL	KIZILELMA	03/10/2019
33	51845	GÜLEN	BAYRAK	03/10/2019
34	63649	SALİH	KAYMAN	03/10/2019
35	50149	CANSU	ÇAMUR	03/10/2019
36	27250	METİN	KUTLUBAY	03/10/2019
37	42479	ELİF	DÜDÜKÇÜ	03/10/2019

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
38	24399	OZAN	HAS	03/10/2019
39	63141	ŞEYMA	FİLİZ	03/10/2019
40	6909	TINAZ	GÜREL	03/10/2019
41	26827	HAKAN	ÖZDEK	03/10/2019
42	37459	YILDIRIM CAN	ÇİMEN	03/10/2019
43	29296	AHMET	GÜÇLÜ	03/10/2019
44	27978	İSMAİL	ASLAN	03/10/2019
45	48911	HASAN	PERTAV	03/10/2019
46	50733	ZEHRA BETÜL	ORHAN	03/10/2019
47	48020	HALİS	CENGİZ	03/10/2019
48	47973	NAZLI	DELİÇAY	03/10/2019
49	24911	MEHMET SERDAR	SERATLI	03/10/2019
50	64729	FATMANUR	ALTAŞ	03/10/2019
51	31426	ERCAN	YEREBAKAN	03/10/2019
52	41306	AHMET	DOĞRU	03/10/2019
53	44836	MUHAMMED FATİH	KIZILTAŞ	03/10/2019
54	9275	MAHMUT NURETTİN	YILDIZ	03/10/2019
55	35525	ELİF	TEMUR	03/10/2019
56	46839	MAHMUT MUSA	AYDIN	03/10/2019
57	50643	MESUT BURAK	TERZİ	03/10/2019
58	42522	ZEKERİYA	UĞURLU	03/10/2019
59	46698	İLYAS	AYDEDE	09/10/2019
60	62672	EBUBEKİR	SÜRER	09/10/2019
61	29483	KADİR	ÖZOĞLU	09/10/2019
62	31282	DİLEK	ÇALIŞKAN KAYA	09/10/2019
63	62285	ORHAN	AYDİN	09/10/2019
64	48043	SANEM	AYDOĞAN	09/10/2019
65	32996	SABRİ	ARSLAN	09/10/2019
66	33806	HALE	MANAV	09/10/2019
67	48615	ZEYNEL	SEL	09/10/2019
68	48508	ÖMER	ÇELİK	09/10/2019
69	10521	AYTEN	GÜLTEKİN	09/10/2019
70	34194	ŞEYDA	KESKİNKILIÇ	09/10/2019
71	30953	MEHMET	YASİNOĞLU	17/10/2019
72	26020	AYŞEGÜL	GÜVELİ	17/10/2019
73	31533	KURBAN	KOŞAN	17/10/2019
74	39911	DUYGU	SÖNMEZ	17/10/2019

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
75	5360	YURDAKUL	TUNÇER	17/10/2019
76	46486	İSMET	DOĞAN	17/10/2019
77	61771	KAAN	GİRGİN	17/10/2019
78	13250	RAMAZAN	SARIGÜL	31/10/2019
79	29785	OYA	DEMİR	31/10/2019
80	44823	NAZMİ	ARİF	31/10/2019
81	45162	MÜNEVVER	YAMUÇ	31/10/2019

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAM DİZİNİ

A

%5 FAZLALIK ALACAĞI 401, 425
AÇLIK VE GİZLİ AYIP 487
ADİ SENET 503
ADLİ ve İDARİ YARGI 476
AİLE KONUTU 346, 354
ALICININ YÜKÜMLÜLÜĞÜ 512
ALT İŞVEREN 555
ANA ve BABANIN SORUMLULUĞU 353
ARAÇ SATIMI 252
ARALIKLI ÇALIŞMALAR 395
ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ 525
ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİ 410
ASGARİ ÜCRET DÜZEYİNDE GELİR 350
ASGARİ ÜCRET MUKAYESE 572
AVUKATIN İHMALİ 469
AVUKATIN KUSURU 466
AVUKATIN ÖZEN VE SADAKAR BORCU 473
AVUKATIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ 472
AVUKATIN SORUMLULUĞU 229
AYIP İHBARI 487, 512
AYLIK ÜCRET 401

B

BASIN İŞ KANUNU 401, 424, 425
BAZ İSTASYONU 476
BELEDİYE PARALARININ HACZEDİLMESİ 452
BELEDİYE PARALARININ HACZİ 463
BENZERLİK İDDİASI 274
BENZER MARKALAR 282
BİLİRKİŞİ RAPORU 583
BİRDEN FAZLA ÇALIŞMA DÖNEMLERİ 392
BİRDEN FAZLA MAHKEMENİN YETKİLİ OLMASI 534
BİRLİKTE İSTİHDAM 555
BORÇLUNUN RIZASI 460
BORÇLUNUN ŞİKAYETİ 456
BORÇLUYA DÜŞEN İSPAT KÜLFETİ 503
BOŞANMADA KUSUR 260
BOŞANMA DAVASI 344, 348

BOŞANMA DAVASINDA YETKİLİ MAHKEME 529
BOZULMASINA, ... 570
BÖLÜNMEZLİK İLKESİ 427

C

CARİ ALACAK 505
CEZAİ ŞART 489, 492
CEZA ZAMANAŞIMI 448
ÇEK ALACAKLISI 445

D

DAVADAN FERAGAT 543, 571
DAVADA REDDEDİLEN MİKTAR 387
DAVALI DELİLLERİ 235
DAVANIN REDDİ 508
DAVA ŞARTI 360, 500, 508
DENİZ İŞ KANUNU 428
DESTEKTEN YOKSUNLUK TAZMİNATI 497

E

ECRİMİSİL 378
ECRİMİSİL DAVALARI 381
EĞİTİM GEMİSİ 428
EKSİK HARÇ YATIRILMASI 469
EMEKLİLİKLE SONA EREN HİZMET DÖNEMİ 432
EMEKLİ MAAŞI 511
EMEKLİ OLAN İŞÇİ 399, 412
EMSAL ÜCRETLER 577
EŞLERDEN BİRİNİN ÖLÜMÜ 344, 346, 348
EVLİLİĞİN BUTLANI İSTEMİ 345
EVLİLİKTE ÖLÜM 345, 354

F

FAZLA ÇALIŞMA 404
FAZLA ÇALIŞMA HESABI 418
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ 434, 435
FERAGAT 373

G

GARAME 494
GARANTİ SÜRSİ 487
GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ 244
GİZLİ AYIP 252
GÖREVLİ MAHKEME 358, 479, 519, 527, 533

H

HACZİN KALDIRILMASI 460
HAKLI FESİH 579
HAKSIZ HACİZ 511

I

ISLAH DİLEKÇESİ 583
İCRA MAHKEMESİ 511
İDARİ PARA CEZASI 448
İDARİ YARGI 414
İHBAR TAZMİNATI 412
İHTİRAZİ KAYIT KOŞULU 489, 492
İHTİYADİ HACİZE İTİRAZ 510
İKRAMİYE 424
İLAMSIZ İCRA 505
İLK DÖNEMİN TASFİYE EDİLMESİ 399
İLLİYET BAĞI 301, 466, 469, 473
İSPAT KÜLFETİ 516
İŞÇİLİK ALACAKLARI 406
İŞÇİLİK ALACAKLARI HESABI 404
İŞ KAZASI 562
İŞ SÖZLEŞMESİNİN TASFİYESİ 412
İŞVERENLERİN SORUMLULUĞU 244
İŞYERİ DEVRİ 406, 562
İTİRAZIN İPTALİ DAVASI 500
İYİNİYET 445
İZİN ÜCRETİ 395
İZLENECEK YÖNTEM 510

K

KAMBİYO SENEDİ 505
KAMU GÖREVLİSİ 374
KARŞI TARAF VEKÂLET ÜCRETİ 369

KAT MÜLKİYETİ 515
KAZANILMIŞ HAKLAR 537
KESİN YETKİ 530
KIDEM TAZMİNATI 579
KİRA İLİŞKİSİNDEN DOĞAN DAVA 519
KİRA SÖZLEŞMESİ 358
KUSUR VE TAZMİNAT 374

M

MAAŞ HACZİ 456, 460
MADDİ HATA 418
MAHKEME GİDERLERİ 351
MARKA TAKLİDİ 291
MENFİ TESPİT DAVASI 516
MEVCUT HACİZLER 454
MİRASÇILARIN HAKLARI 344, 348
MİRASIN HÜKEMEN REDDİ 351
MİRASIN HÜKMEN REDDİ 479, 484
MİRASIN SAHİPLENMESİ 484
MİRAS PAYLARININ TESPİTİ 527
MUHDESAT BEDELİ 360
MUHDESAT VE TESİSLER 358
MÜTESELSİL BORÇ 543, 555
MÜTESELSİL BORÇLULAR 571

N

NAFAKA TAKDİRİ 350
NEDENSELLİK BAĞI 229, 472

O

OLUŞAN ZARAR 301, 466
ORGANİK İLİŞKİ 555
ORTAK GİDERLERDEN SORUMLULUK 515

P

PAY DAĞILIMI 497
PRİM ALAN İŞÇİ 435
PRİMLE ÇALIŞAN ŞOFÖR 434

R

REHİNLİ MAL 586

S

SATILAN MALDA AYIPLAR 512
SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME 360
SIRA CETVELİ 586
SİGORTA LİMİTİ 494
SİTELERE İLİŞİKİN DAVALAR 533
Ş KAZASI 244

T

TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ 378, 422
TARAF TEŞKİLİ 258
TASFİYE 392
TASFİYE EDİLEN DÖNEMLER 395
TAŞINMAZLARA İLİŞKİN DAVALARDA YETKİ 521
TAZMİNAT 301, 473
TAZMİNAT TALEBİ 260
TEBLİĞ KOŞULU 583
TEHİRİ İCRA İSTEMİ 454
TEMİNAT YATIRLMASI 454
TEMYİZ AŞAMASINDA KARAR MERCİİ 373
TİCARİ ÜNVANLAR 274
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ 404
TRAFİK KAZASI 494
TÜKETİCİ MAHKEMESİ 523
TÜKETİCİ SIFATI 525

U

USULİ KAZANILMIŞ HAK 418
USULÜNE UYGUN TEBLİGAT 446
ÜCRET TESPİTİ 572, 577

V

VAKIF ÜNİVERSİTESİ 414
VEKALET GÖREVİNİ KÖTÜYE KULLANMA 339
VEKALET GÖREVİNİ KÖTÜYE KULLANMA SONUÇLARI 341
VEKALET ÜCRETİ 387, 508
VEKALET YETKİSİ 336
VEKİLİN ÖZEN BARCU 301
VEKİLİN SORUMLULUĞU 336
VESAYET İŞLERİ 520

Y

YABANCI MAHKEME KARARI 446
YARGILAMA GİDERLERİ 369
YARGITAY BOZMA KARARI 258
YARGITAY BOZMASI 537
YASAYA AYKIRILIK 418
YASAYA AYKIRI MAAŞ BLOKESİ 265
YAZILI DELİL BAŞLANGICI 507
YEMİN DELİLİ 235
YENİ HACİZ 460
YENİ SÖZLEŞME 392
YETKİ KURALLARI 500
YETKİLİ MAHKEME 520
YETKİLİ MAHKEMESİ 524
YETKİYİ KÖTÜYE KULLANMA 336
YILLIK İZİN ÜCRETİ 427

Z

ZAMANAŞIMI 339, 353, 378, 381, 562
ZAMANAŞIMINA UĞRAYAN ÇEK 507
ZARARIN HESABI 291